

Kommunale Mandatsträger und Wahlbeamte im Spannungsfeld zwischen
Kooperation und Korruption

- Eine Untersuchung der Reichweite von §§ 331 ff. StGB -

Inaugural – Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen
vorgelegt von

Carl-Gustav Kalbfell
aus Reutlingen

2009

UI - Bürotechnik & Druckzentrum Tübingen

Dekan: Prof. Dr. Hermann Reichold

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Februar 2009

„Bestechungsgeschenke sollst Du nicht annehmen; denn diese machen Klarsehende blind und verdrehen die Sache derer, die im Recht sind.“

2. Moses 23, 8 und 5. Moses 16, 19

Diese Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen im Wintersemester 2008/2009 als Dissertation angenommen.

Zu besonderem Dank bin ich meinem langjährigen akademischen Lehrer Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther verpflichtet. Er hat mir als Doktorvater insbesondere auch während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl stets den nötigen Freiraum und die Unterstützung zur Erstellung dieser Arbeit gewährt. Ebenso bin ich Herrn Prof. Dr. Michael Ronellenfitch für die zügige Erstellung des Zweitvotums mit seinen weiterführenden Anregungen dankbar.

Darüber hinaus gilt mein aufrichtiger Dank Herrn Privatdozent Dr. Volker Haas und Frau Heidrun Leibfarth sowie den übrigen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl von Prof. Dr. Günther. Ferner sei das Team des Zeitschriftenzimmers des Juristischen Seminars erwähnt. Sie alle haben auf ihre Weise zum Gelingen dieser Doktorarbeit beigetragen.

Ganz besonders möchte ich mich auch bei meiner Familie für die großzügige materielle und immaterielle Unterstützung bedanken. Ihr sei diese Arbeit gewidmet.

Reutlingen, im Februar 2009

Carl-Gustav Kalbfell

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur konnten noch bis Ende 2008 berücksichtigt werden.

Inhaltsverzeichnis:

Einführung	- 1 -
1.) Problemaufriss	- 1 -
2.) Ziel der vorliegenden Arbeit	- 5 -
3.) Gang der Untersuchung.....	- 6 -
1. Kapitel: Kommunale Mandatsträger als Amtsträger ?	- 8 -
A) Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB ?.....	- 8 -
B) Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB ?.....	- 9 -
C) Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ?.....	- 15 -
I. Behörde oder sonstige Stelle ?	- 15 -
1.) Der Begriff der sonstigen Stelle	- 16 -
2.) Der Behördenbegriff.....	- 18 -
3.) Zwischenergebnis	- 22 -
II. Die Bestellung	- 22 -
1.) Der Begriff der Bestellung	- 22 -
2.) Worin liegt der Bestellungsakt bei kommunalen Mandatsträgern ?	- 24 -
a) Bestellung durch Wahl.....	- 25 -
b) Das Grundverhältnis	- 27 -
c) Freiwilligkeit der Bestellung ?	- 28 -
3.) Zwischenergebnis	- 31 -
III. Aufgaben der öffentlichen Verwaltung.....	- 31 -
1.) Was sind Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ?.....	- 32 -
a) Eingriffsverwaltung	- 34 -
b) Leistungsverwaltung und Daseinsvorsorge	- 34 -
c) Erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit	- 36 -
2.) Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auf kommunaler Ebene ?	- 39 -
a) Die ursprünglichen Kommunalverfassungssysteme in Deutschland .	- 39 -
b) Die dualistische Struktur aller Gemeindeverfassungen	- 41 -
c) Zuständigkeitsverteilung zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung.....	- 43 -
aa) Die sog. Pflichtaufgaben nach Weisung	- 43 -
bb) Die sog. Geschäfte der laufenden Verwaltung	- 44 -
cc) Die sonstigen auf den Bürgermeister übertragenen Aufgaben	- 44 -
dd) Das sog. Eilentscheidungsrecht	- 45 -
ee) Zusammenfassung	- 45 -

d) Zuständigkeitsverteilung bei Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ...	- 46 -
aa) Auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung	- 46 -
bb) Auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung	- 47 -
cc) Auf dem Gebiet der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Tätigkeit....	- 50 -
e) Resümee	- 51 -
3.) Kommunale Rechtssetzung als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung ? .	- 52 -
a) Keine Amtsträgereigenschaft von Parlamentariern	- 52 -
b) Einordnung der kommunalen Rechtssetzung	- 53 -
c) „Satzungsgebung“ keine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung ?	- 55 -
4.) Zwischenergebnis	- 58 -
IV. Merkmal <i>bei</i> einer Behörde oder <i>in deren Auftrag</i>	- 59 -
1.) Die beiden Alternativen von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB	- 60 -
a) Tätigkeit im Auftrag einer Behörde	- 61 -
aa) Umfang dieses Begriffsmerkmals	- 61 -
bb) Übertragbarkeit auf kommunale Mandatsträger ?	- 64 -
cc) Resümee.....	- 65 -
b) Tätigkeit bei einer Behörde	- 65 -
aa) Umfang dieses Begriffsmerkmals	- 65 -
bb) Übertragbarkeit auf kommunale Mandatsträger	- 66 -
(1.) Die Lösung des BGH	- 67 -
(a) Darstellung des Urteils.....	- 67 -
(b) Diskussion des Urteils.....	- 69 -
(2.) Vorgelagerte Problematik eines Weisungsrechts.....	- 70 -
(a) Stellungnahmen der Literatur zum Weisungsrecht	- 70 -
(b) Eigene Stellungnahme.....	- 72 -
(3.) Resümee.....	- 76 -
2.) Zwischenergebnis	- 76 -
2. Kapitel: Entwicklung eines eigenen Abgrenzungsmerkmals.....	- 77 -
A) Notwendigkeit eines neuen Differenzierungsmerkmals	- 77 -
B) Das Merkmal der unmittelbaren demokratischen Legitimation	- 78 -
I. Herleitung der These.....	- 78 -
II. Zusammenfassung.....	- 79 -
C) Die Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation	- 80 -
I. Die kommunale Volksvertretung im Vergleich zu Parlamenten.....	- 82 -
1.) Repräsentationsfunktion der demokratischen Volksvertretung	- 82 -

2.) Gewaltenteilungsfunktion der demokratischen Volksvertretung.....	- 86 -
a) Die sog. vertikale Gewaltenteilungsfunktion	- 87 -
b) Die sog. horizontale Gewaltenteilungsfunktion	- 89 -
c) Strikte Gewaltenteilung auf staatlicher Ebene ?	- 92 -
d) Resümee	- 94 -
3.) Aufgabe der materiellen Rechtsetzung	- 95 -
4.) Haushaltsrecht	- 104 -
5.) Ausübung demokratischer Kontrolle	- 105 -
6.) „Richtlinienkompetenz“ und Kurationsfunktion der Volksvertretung	- 107 -
7.) Recht auf autonome Selbstorganisation	- 108 -
a) Geschäftsordnungsrecht.....	- 109 -
b) Vertikale Untergliederungen	- 110 -
c) Horizontale Untergliederung	- 110 -
8.) Ergebnis.....	- 111 -
II. Kommunale Mandatsträger im Vergleich zu Abgeordneten	- 112 -
1.) Kandidatur und Erwerb des Mandats.....	- 112 -
a) Schutz der passiven Wahlfreiheit	- 112 -
b) Erwerb des Mandats.....	- 114 -
c) Pflicht zur Annahme des Mandats ?	- 115 -
2.) Der Grundsatz des freien Mandats	- 116 -
a) Rechte der Mandatsträger in der Volksvertretung	- 117 -
b) Rechte der Mandatsträger auf Grund ihres Mandats.....	- 118 -
c) Pflichten der Mandatsträger in der Volksvertretung	- 119 -
aa) Gemeinwohlbindung des Mandats ?	- 120 -
bb) Anwesenheitsverpflichtung und Abstimmungspflicht.....	- 122 -
cc) Mitwirkungsverbot	- 124 -
d) Pflichten der Mandatsträger gegenüber der Volksvertretung.....	- 131 -
aa) Anzeigepflichten in Bezug auf Nebentätigkeiten und Honorare... -	131 -
bb) Verschwiegenheitsverpflichtung und Aussagegenehmigung.....	- 132 -
cc) Kommunales Vertretungsverbot.....	- 134 -
3.) Sicherstellung der Mandatsausübung.....	- 136 -
a) Immunität.....	- 136 -
b) Indemnität.....	- 141 -
c) Zeugnisverweigerungsrecht.....	- 145 -
4.) Unfreiwilliger Verlust des Mandats ?.....	- 149 -

5.) Ergebnis.....	- 150 -
III. Argumentation aus der Existenz von § 108e StGB	- 152 -
1.) Anwendungsvorrang der §§ 331 ff. StGB vor § 108e StGB ?	- 153 -
2.) Konkurrenz von § 108e StGB und den §§ 331 ff. StGB ?	- 154 -
3.) § 108e hat Vorrang vor den §§ 331 ff. StGB	- 158 -
IV. Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 GG	- 160 -
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	- 162 -
3. Kapitel: Verteidigung der eigenen These gegen mögliche Einwände.....	- 164 -
A) Die formale Betrachtungsweise im öffentlichen Recht.....	- 164 -
I. Argumentation der formalen Betrachtungsweise.....	- 164 -
II. Kritik an der formalen Betrachtungsweise	- 166 -
III. Schlussfolgerung.....	- 167 -
B) Die differenzierende Ansicht des strafrechtlichen Schrifttums	- 168 -
I. Argumentation der differenzierenden Ansicht	- 168 -
II. Kritik an der differenzierenden Ansicht.....	- 169 -
III. Schlussfolgerung zur Lösung des strafrechtlichen Schrifttums	- 170 -
C) Die teilweise Übernahme der differenzierenden Ansicht durch den BGH..	- 170 -
I. Die Lösung des Bundesgerichtshofs	- 171 -
II. Vorzüge der Lösung des BGH	- 172 -
III. Kritik an der Lösung des BGH.....	- 173 -
1.) Abgrenzungsschwierigkeiten durch die Lösung des BGH	- 174 -
2.) Verkennung der beschließenden Ausschüsse	- 175 -
3.) Verkennung der Kompetenzbereiche von Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung	- 178 -
4.) Abschließende Kritik an der Lösung des BGH.....	- 181 -
D) Schlussbetrachtung zur These der demokratischen Legitimation.....	- 181 -
4. Kapitel: Sicherstellung der ehrenhaften Mandatsausübung.....	- 184 -
A) Besondere Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz.....	- 184 -
I. Regelungsgegenstände des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB	- 185 -
II. Möglichkeit der besonderen Verpflichtung ?	- 186 -
1.) Der Behördenbegriff.....	- 186 -
2.) Merkmal des Tätigseins	- 186 -
3.) Merkmal der förmlichen Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz	- 188 -
4.) Keine Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB	- 189 -
III. Ergebnis	- 193 -

B) Gesetzgeberische Möglichkeiten	193 -
I. Regelungen auf Bundesebene ?	193 -
1.) Erweiterung des Amtsträgerbegriffs ?	193 -
2.) Reform der Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB	195 -
II. Möglichkeiten der Landesgesetzgeber	196 -
1.) Änderung des rechtlichen Status der kommunalen Mandatsträger ?....	196 -
2.) Das Korruptionsbekämpfungsg in Nordrhein-Westfalen	198 -
3.) Schaffung gesetzlicher Vorgaben für kommunale Ehrenordnungen	199 -
C) Einführung kommunaler Ehrenordnungen	199 -
I. Vorstellung einzelner kommunaler Ehrenordnungen	200 -
1.) Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart	200 -
2.) Gesetzliche Regelung in Nordrhein-Westfalen	201 -
II. Kommunalverfassungsrechtliche Problematik der kommunalen Ehrenordnungen	202 -
III. Strafrechtliche Problematik kommunaler Ehrenordnungen	204 -
IV. Abschließende Würdigung	206 -
5. Kapitel: Die Problematik bei kommunalen Wahlbeamten	209 -
A) Die Doppelstellung der Bürgermeister	210 -
I. Die verwaltende Funktion des Bürgermeisters	210 -
II. Die politische Funktion des Bürgermeisters	212 -
B) Problemkonstellationen sowie deren Lösungen	214 -
I. Annahme von Spenden für kommunale Aufgaben und Projekte	214 -
1.) Beispiele aus Literatur und Praxis	214 -
2.) Strafrechtliche Problematik	216 -
3.) Lösungsansätze der Literatur	217 -
4.) Gesetzliche Regelung in Baden-Württemberg	222 -
5.) Ergebnis	223 -
II. Sponsoring	223 -
III. Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge	227 -
IV. Repräsentationsfunktion	229 -
V. Annahme von Spenden für die (Wieder-)Wahl	230 -
1.) Der Fall Dr. Kremendahl	231 -
2.) Lösung des LG Wuppertals und des BGH	231 -
3.) Reaktionen in der Literatur auf das Urteil	233 -
C) Entwicklung eines ganzheitlichen Lösungsansatzes	234 -

I. Rückgriff auf hergebrachte Auslegungsmethoden ?.....	236 -
1.) Der Amtsträgerbegriff nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB ?	236 -
2.) Teleologische Reduktion des Amtsträgerbegriffs ?.....	238 -
3.) Einschränkung des Vorteilsbegriffs ?	241 -
4.) Allgemeine Einschränkung der Unrechtsvereinbarung	244 -
a) Lehre von der Sozialadäquanz	245 -
b) Theorie des erlaubten Risikos	248 -
II. Lösung auf der Ebene der Strafrechtswidrigkeit ?.....	249 -
1.) Genehmigungsfähigkeit nach § 331 Abs. 3 StGB ?	249 -
2.) Annahme eines Strafunrechtsausschlusses ?	256 -
a) Die Lehre vom Strafunrechtsausschluss	256 -
b) § 331 Abs. 3 StGB als Strafunrechtsausschließungsgrund ?	257 -
III. Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation	260 -
1.) Vergleichbarkeit von Bürgermeistern und Mandatsträgern	260 -
2.) Teleologische Reduktion von § 331 Abs. 1 StGB	268 -
a) Kontrollfunktion demokratischer Wahlen	268 -
b) Kompensation des Strafrechts durch demokratische Kontrolle	270 -
c) Notwendigkeit von Transparenz	273 -
3.) Überprüfung der Lösung am Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB	277 -
4.) Strafrechtsdogmatische Umsetzung der hier vertretenen Theorie	282 -
5.) Konkrete Lösung der unterschiedlichen Problemkonstellationen.....	283 -
a) Annahme von Spenden für kommunale Aufgaben und Projekte	284 -
b) Sponsoring	284 -
c) Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge.....	285 -
d) Repräsentationsfunktion	286 -
e) Annahme von Spenden für die (Wieder-)Wahl	287 -
f) Ergebnis	289 -
D) Die Problematik bei kommunalen Beigeordneten.....	291 -
E) Die Problematik bei Landräten.....	293 -
Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	295 -
Literaturverzeichnis	305 -

Allgemeine Hinweise:

1. Aus Gründen der Klarheit, Einfachheit und Übersichtlichkeit wird in der vorliegenden Untersuchung – ohne Rücksicht auf die nach den einzelnen Gemeindeordnungen teilweise voneinander abweichenden Bezeichnungen – in folgenden Fällen ein **einheitlicher** Begriff verwendet:
 - a) Die gewählte Volksvertretung auf kommunaler Ebene der Städte und Gemeinden wird **Gemeinderat** genannt. Die gewählte Volksvertretung auf kommunaler Ebene der Landkreise wird **Kreistag** genannt. Als Oberbegriff für beide wird der Begriff **kommunale Volksvertretungen** verwendet.
 - b) Als Oberbegriff für Gemeinderäte und Kreistagsmitglieder wird der Begriff **kommunale Mandatsträger** verwendet
 - c) Die unmittelbar vom Volk gewählte Verwaltungsspitze der Städte und Gemeinden wird einheitlich als **Bürgermeister** bezeichnet, was die Bezeichnung Oberbürgermeister mit einschließt.
 - d) Die vom Gemeinderat gewählten weiteren Bürgermeister bzw. Dezernenten werden als **Beigeordnete** bezeichnet.
 - e) Als Oberbegriff für Bürgermeister, Beigeordnete und Landräte wird der Begriff **kommunale Wahlbeamte** verwendet.
2. Die Bezeichnung **Abgeordneter** wird ausschließlich für die Mitglieder des Bundestages bzw. der Landtage verwandt.
3. Soweit jeweils nur die männliche Bezeichnung verwendet wird, erfolgt dies aus Gründen der besseren Lesbarkeit des Textes und bezieht selbstverständlich die **weibliche** Bezeichnung mit ein !
4. Angesichts der sehr zahlreichen Gesetzesänderungen auf dem Gebiet des Kommunalrechts ist bei der zitierten Literatur jeweils das Erscheinungsjahr zu berücksichtigen. Ferner ist zu beachten, dass inhaltlich gleich lautende Bestimmungen sich heute teilweise nur in anderen Artikeln bzw. Paragraphen wiederfinden.

Einführung

1.) Problemaufriss

Durch das „Gesetz zur Bekämpfung der Korruption“ vom 13. August 1997 wurde der Anwendungsbereich der Korruptionstatbestände (§§ 331 ff. StGB) erheblich ausgedehnt.¹ Seitdem sind Literatur² und Rechtsprechung³ darum bemüht für viele Fallgestaltungen Kriterien zu entwickeln, um eine uferlose Ausdehnung der Korruptionsstrafbarkeit zu verhindern. Die vorliegende Arbeit untersucht unter welchen Voraussetzungen für Kommunalpolitiker wie Gemeinde- und Kreisräte (kommunale Mandatsträger) und (Ober-)Bürgermeister, Beigeordnete sowie Landräte (kommunale Wahlbeamte) eine Korruptionsstrafbarkeit im Raum steht, wenn sie mit finanziellen (Dritt-)Zuwendungen in Kontakt kommen.⁴ Solche (Dritt-)Zuwendungen sind insbesondere Gelder die Kommunalpolitiker für kommunale Aufgaben und Projekte einwerben, vermitteln oder annehmen. Unter dem Aspekt einer strafrechtlichen (Dritt-)Zuwendung sind ferner auch der Abschluss von Sponsoringvereinbarungen sowie städtebaulicher oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Verträge zu prüfen. Des Weiteren wird untersucht, inwieweit sich Kommunalpolitiker dem Verdacht der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB aussetzen, wenn sie im Zusammenhang mit ihren Repräsentationspflichten Geschenke, Einladungen und sonstige Vergünstigungen annehmen. Letztlich soll auch das strafrechtlich heikle Thema von Wahlkampfspenden an einen kommunalen Wahlbeamten, der sich zur Wiederwahl stellt, beleuchtet werden.⁵

¹ BGBl. 1997 I, S. 2038, in Kraft getreten am 20. August 1997; zur Problematik vor dem Korruptionsbekämpfungsgesetz und zum Gesetzgebungsverfahren selbst siehe *Dölling*, Gutachten C, S. 48 ff.; *Kerner/Rixen* GA 1996, 355; *Schaupensteiner* Kriminalistik 1996, 237, 306 und NStZ 1996, 409; *Ransiek* StV 1996, 446; *Geerds* JR 1996, 309; *König* DRiZ 1996, 357 Stellungnahmen zum Gesetz finden sich bei *Korte* NStZ 1997, 513 und *Schaupensteiner* Kriminalistik 1997, 699.

² Vgl. aus der umfangreichen Literatur nur die Monografien von *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 19 ff. und 24 ff.; *Höltkemeier*, Sponsoring, 21 ff. und 192 ff. und umfassend zur Thematik auch *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 9 ff. je mwN.

³ die Leitentscheidungen des BGH zur Drittmittelforschung BGHSt 47, 295 und BGHSt 48, 44.

⁴ zum Begriff der politischen Korruption vgl. *von Alemann/Kleinfeld*, in: *Benz/Seibel*, Zwischen Kooperation und Korruption, S. 278 ff. zu den einzelnen phänomenologischen Grundstrukturen der Korruption vgl. a.a.O., *Liebel*, S. 287 ff.

⁵ Hierzu die Leitentscheidung BGHSt 49, 275 ff. = NJW 2004, 3569-3579.

Wer aufmerksam die Berichterstattung in Presse, Funk und Fernsehen verfolgt, konnte feststellen, dass sich die Justiz immer häufiger mit Rechtsfragen bezüglich Korruption auf kommunaler Ebene zu beschäftigen hatte⁶:

Was die Strafbarkeit nach den Korruptionstatbeständen der § 331 ff. StGB in Bezug auf kommunale Mandatsträger angeht, so hat zunächst die sog. „Stuttgarter Freifahrtscheinaffäre“⁷ Aufsehen erregt. Dort wurden Stadträten der Landeshauptstadt Stuttgart unentgeltlich Jahresfreifahrtscheine der städtischen Verkehrsbetriebe zur Verfügung gestellt. Pikanterweise waren die Stadträte zugleich auch Aufsichtsräte der Verkehrsbetriebe. In jüngerer Zeit hat der sog. „Wuppertaler Korruptionsskandal“ sowie der sog. „Kölner Müllskandal“ für Schlagzeilen gesorgt. In Wuppertal stellte ein Baustatiker, der gleichzeitig als Stadtrat dem Rat der Stadt Wuppertal angehörte, über eine Scheinfirma einem örtlichen Bauunternehmer absprachegemäß fingierte Rechnungen aus. Diese wurden vom Bauunternehmer beglichen, um den politisch höchst einflussreichen Stadtrat für seine „Dienste“ bei der Durchsetzung der „schnellen und unkomplizierten“ städtischen Bauleitplanung ohne „unnötige Störfaktoren“ zu „entschädigen“.⁸ In Köln wurden einem Stadtrat zur Finanzierung des Bürgermeisterwahlkampfes seines Parteifreunds von einem örtlichen Entsorgungsunternehmer Gelder zugespielt.⁹

Auch die Vergabe von kostenlosen WM-Tickets an kommunale Mandatsträger sowie Bundes- und Landespolitiker durch Großsponsoren der FiFa-Fußballweltmeisterschaft 2006 in Deutschland hatte ein juristisches Nachspiel.¹⁰

⁶ Vgl. speziell zur Korruption und Korruptionsbekämpfung auf kommunaler Ebene aus kriminologischer Sicht: *Vahlenkamp/Knauß*, Korruption – hinnehmen oder handeln ?, Teil 1, Nr. 3, S. 63. ff. und im selben Werk *Ahlf*, Teil 4, Nr. 2.2, S. 427.

⁷ Juristische Aufarbeitung durch OLG Stuttgart, Urteil vom 28.10.2002, NJW 2003, 228 ff.

⁸ BGH Urteil vom 9. Mai 2006 (Az.: 5 StR 453/05) veröffentlicht in NStZ 2006, 389-393, NJW 2006, 2050-2057, wistra 2006, 299-305 sowie in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen BGHSt 51, 44 ff., welche fortan zitiert wird.

⁹ BGH Urteil vom 12.07.2006 (Az.: 2 StR 557/05) veröffentlicht in NStZ 2007, 36-37 und ausführlich in wistra 2006, 419-421 sowie nun auch BGH Urteil vom 27.04. 2007 = BGH NJW 2007, 2195-2198.

¹⁰ Vgl. die Nachweise im Internet unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,447390,00.html> und <http://www.netzeitung.de/wirtschaft/unternehmen/424718.html> sowie insgesamt die Recherche in Google unter den Stichwörtern WM-Ticket-Affäre sowie das sog. Sponsoring-Urteil des BGH vom 14. Oktober 2008 Az. 1 StR 260/08 = NJW 2008, 3580; instruktiv zur Vorinstanz LG Karlsruhe, NStZ 2008, 407 die Anmerkung von Paster/Sättele, NStZ 2008, 366.

Zentrales juristisches Problem in Bezug auf kommunale Mandatsträger ist die Frage, ob eine Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB gegeben ist. Dieses Tatbestandsmerkmal der Amtsträgereigenschaft bzw. das Vorliegen einer besonderen Verpflichtung für den öffentlichen Dienst nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB ist Voraussetzung für eine Ahndung nach den Korruptionstatbeständen der § 331 ff. StGB. Angesichts der großen Zahl potentiell Betroffener lohnt es sich im Rahmen einer juristischen Untersuchung dieser Frage nachzugehen. So weist *Püttner* darauf hin, dass auf der staatlichen Ebene nur etwa 2000 Parlamentarier tätig sind, während es auf Ebene der Gemeinden, Städte und Landkreise mehr als 100.000 kommunale Mandatsträger gibt.¹¹

Zwar hatte sich der BGH im bereits erwähnten "Wuppertaler Korruptionsskandal" zum ersten Mal mit der Problematik der Amtsträgereigenschaft von Stadträten in Nordrhein-Westfalen zu beschäftigen.¹² Der BGH befand jedoch, dass kommunale Mandatsträger auf Grund ihres freien Mandats und der damit verbundenen Weisungsunabhängigkeit grundsätzlich nicht unter den Amtsträgerbegriff fallen. Eine Amtsträgereigenschaft komme lediglich dann in Betracht, wenn sie mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut werden, die über ihre Mandatstätigkeit in der kommunalen Volksvertretung und den zugehörigen Ausschüssen hinausgeht.¹³ Für Nordrhein-Westfalen steht damit fest, dass Stadträte grundsätzlich keine Amtsträger sind. Das Urteil ist im Ergebnis zu begrüßen, jedoch erscheint die Begründung im Hinblick auf die Weisungsunabhängigkeit zu pauschal und in sich nicht stimmig. Darüber hinaus erweist sich die Urteilsbegründung vor dem Hintergrund der Kommunalverfassungen aller Bundesländer auch als höchst widersprüchlich.

Auch gegen kommunale Wahlbeamte wurden in letzter Zeit mehrere Ermittlungsverfahren wegen Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB eingeleitet, die teilweise mit Strafbefehlen und Verurteilungen endeten. So beantragte die Staatsanwaltschaft Offenburg gegen 11 Bürgermeister aus dem Ortenaukreis Strafbefehle, weil die Bürgermeister einem Energieversorger förderungswürdige kommunale Einrichtungen und Vereine als Spendenempfänger vermittelt haben

¹¹ *Püttner*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 19 Rn 26.

¹² Vgl. BGHSt 51, 44 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

¹³ Vgl. BGHSt 51, 44 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

sollen.¹⁴ In einem Fall kam es sogar zu einer Verurteilung durch das AG Lahr.¹⁵ Des Weiteren gibt es zahlreiche Ermittlungsverfahren gegen Bürgermeister, die auf Kosten von Energiekonzernen zu sog. Informationsreisen eingeladen wurden.¹⁶ Wie der Fall des Wuppertaler Oberbürgermeisters Dr. Kremendahl zeigt, ist auch die Einwerbung von Wahlkampfmitteln für die eigene Wiederwahl - anders als bei Abgeordneten - für Bürgermeister strafrechtlich höchst problematisch.¹⁷ Dies ergibt sich wiederum daraus, dass ein Bürgermeister, der sich zur Wiederwahl stellt Amtsträger ist und somit eine Wahlkampfspende grundsätzlich eine Vorteilsannahme i.S.v. § 331 StGB darstellen kann. Ein Herausforderer, der nicht dem öffentlichen Dienst angehört, sieht sich dieser Problematik nicht ausgesetzt. Er kann völlig straflos Wahlkampfmittel einwerben und als Gegenleistung im Falle seiner Wahl sogar konkret pflichtwidrige Diensthandlungen in Aussicht stellen, weil er ja (noch) kein Amtsträger ist.

Darüber hinaus befinden sich kommunale Wahlbeamte in einer besonderen Konfliktsituation. Einerseits sind sie als die zentralen Figuren unmittelbar im politischen Willensbildungsprozess auf der kommunalen Ebene eingebunden und haben wie kommunale Mandatsträger im „Gemeindeparlament“ volles Stimmrecht. Andererseits kommt ihnen nach den Gemeindeordnungen regelmäßig die Letztverantwortung im Bereich der sog. Pflichtaufgaben nach Weisung zu. Sie üben damit auch die Aufgabe einer materiell verwaltenden Tätigkeit aus, wenn sie z.B. auf dem Gebiet des Ordnungs- oder Leistungsrechts Verwaltungsakte erlassen. Da sie als kommunale Wahlbeamte Beamte i.S.d. Beamtengesetze sind, fallen sie nach bislang gängiger Ansicht vollständig unter den strafrechtlichen Amtsträgerbegriff.

In zahlreichen Fallkonstellationen bewegen sich kommunale Wahlbeamte auf Grund dieser Doppelfunktion nicht erst seit der Ausdehnung der Korruptionstatbestände

¹⁴ *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich

Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7; *Häring*, Einerseits froh um jede Spende, andererseits Angst vor dem Staatsanwalt, *bwWoche* 2007 Nr. 12 vom 2. April 2007, S. 8.

¹⁵ *Häring*, Einerseits froh um jede Spende, andererseits Angst vor dem Staatsanwalt, *bwWoche* 2007 Nr. 12 vom 2. April 2007, S. 8.

¹⁶ *Badische Neueste Nachrichten* vom 15.3.2006: War es Lust- oder Informationsreise? Staatsanwalt ermittelt jetzt wegen eines Flugs nach Norwegen gegen Ettlingens OB, näherers: <http://www.faire-energiepreise.de/html/region.html#ettlingen> sowie Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173 ff.

¹⁷ BGHSt 49, 275 ff.= NJW 2004, 3569-3579.

zumindest in einer rechtlichen Grauzone. So wird von der Bevölkerung gerade in Zeiten schlechter Kassen erwartet, dass der Bürgermeister sich als effektiver „Geldbeschaffer“¹⁸ erweist, indem er Spenden oder Sponsoren für bestimmte städtische Projekte oder Einrichtungen anwirbt. Eine solche Zuwendung an einen Dritten unterfällt de lege lata als sog. Drittverteil auch unter den Korruptionstatbestand der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB. Ferner stellt sich die Frage, wie sich ein Stadtoberhaupt verhalten soll, wenn es von (über)örtlichen Unternehmen zu Tagungen, Festen oder Freizeitveranstaltungen wie ins Fußballstadion oder gar auf den Golfplatz eingeladen wird. Einerseits ist der Bürgermeister als Stadtoberhaupt auf solche Kontakte zur Wirtschaft angewiesen. Denn diesbezüglich erwartet die Bürgerschaft einen Verwaltungschef, der mit den maßgeblichen Interessenkreisen vor Ort im Informationsaustausch steht und sich - gerade zum Wohle der Stadt - dort einsetzt. Andererseits macht sich der Bürgermeister auf Grund seiner Eigenschaft als Amtsträger in den genannten Beispielen gleichzeitig der Vorteilsannahme verdächtig.

2.) Ziel der vorliegenden Arbeit

Die Untersuchung stellt die These auf, dass kommunale Mandatsträger im Rahmen ihrer *gesamten* Tätigkeit in der kommunalen Volksvertretung oder eines ihrer Ausschüsse unter *keinem* rechtlichen Gesichtspunkt Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind. Ferner ist eine besondere Verpflichtung der kommunalen Mandatsträger für den öffentlichen Dienst nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB rechtlich nicht möglich. Vielmehr stehen kommunale Mandatsträger auf Grund ihrer unmittelbaren demokratischen Wahl gepaart mit besonderen *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnissen Parlamentsabgeordneten gleich. Es kommt folglich für kommunale Mandatsträger lediglich eine Strafbarkeit nach § 108e StGB (Abgeordnetenbestechung) in Betracht.

Bei kommunalen Wahlbeamten, die unmittelbar und direkt vom Wahlvolk gewählt werden, wird für eine extrem einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals „für die Dienstsausübung“ bei der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB plädiert. Die an diesem Tatbestandsmerkmal festgemachte sog. „Unrechtsvereinbarung“ kann in den oben problematisierten Fallgruppen der (Dritt-)Zuwendungen mit kommunalen

¹⁸ So die Diktion von *Wehling*, Taschenbuch, S. 46.

Wahlbeamten nicht zustande kommen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die endgültige Annahme der Zuwendung in einem transparenten Verfahren von der kommunalen Volksvertretung genehmigt wird. Soweit dieses Verfahren nicht eingehalten wird oder die (Dritt-)Zuwendung als konkrete Gegenleistung für eine bestimmbare rechtswidrige Diensthandlung gemacht wird, ist weiterhin eine Strafbarkeit nach § 331 Abs. 1 StGB bzw. § 332 Abs. 1 StGB zu prüfen.

3.) Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in fünf Kapitel. Die ersten drei Kapitel widmen sich der Problematik der strafrechtlichen Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger. Im 4. Kapitel werden Alternativen zur Sicherstellung einer lauterer Mandatsausübung erörtert. Wie das Spannungsfeld zwischen Kommunalpolitik und Korruption in Bezug auf kommunale Wahlbeamte aufgelöst werden kann, wird im 5. Kapitel dargestellt:

Im 1. Kapitel erfolgt eine Prüfung der zahlreichen Varianten des Amtsträgerbegriffs des § 11 StGB Abs. 1 Nr. 2 StGB im Hinblick auf kommunale Mandatsträger. Hier wird die Problematik insbesondere an § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB festzumachen sein und die vom BGH gefundene Lösung auf ihre Stimmigkeit zu überprüfen sein. Das 2. Kapitel führt die eigene These der unmittelbaren demokratischen Legitimation der kommunalen Mandatsträger als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal ein. Dieser eigene Ansatz soll herausarbeiten, warum das Differenzierungskriterium der unmittelbaren demokratischen Legitimation eine stimmige Verneinung des Merkmals *bei* einer Behörde i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB und damit die Verneinung einer Amtsträgereigenschaft insgesamt rechtfertigen kann. In einem ersten Schritt wird ein Vergleich der besonderen Rechte der kommunalen Volksvertretung als Ganzes mit denen von Parlamenten erfolgen. Dabei könnte es unerheblich sein, dass die „Kommunalparlamente“ nach ganz h.M. keine Parlamente im staatsrechtlichen Sinn darstellen, solange ihnen in *funktionell-inhaltlicher* Hinsicht weitgehend die gleichen Aufgaben und Befugnisse zukommen, wie den Parlamenten in Bund und Ländern. In einem zweiten Schritt muss sodann ein Vergleich der Rechte und Pflichten der einzelnen kommunalen Mandatsträger mit denen der Abgeordneten auf Bundes- und Landesebene durchgeführt werden. Auch hierbei könnte es zur Klärung der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger unerheblich sein, dass diese zwar keine Abgeordneten im parlamentsrechtlichen Sinne sind, ihnen aber dennoch

eine materiell gleiche Stellung und Funktion zugewiesen ist, wie den „richtigen“ Abgeordneten. In einem dritten Schritt wird auf die bestehende Regelung des § 108e StGB einzugehen sein, aus deren Existenz sich für die Auslegung von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB weitere originär strafrechtliche Argumente für die hier entwickelte Theorie der unmittelbaren demokratischen Legitimation durch Direktwahl abgeleitet werden könnten. In einem vierten Schritt wird zu prüfen sein, ob sich die These von der unmittelbaren demokratischen Legitimation auch über Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich untermauern lässt.

Im 3. Kapitel soll die neue These sich im Vergleich zu bestehenden Lösungsansätzen und insbesondere im Vergleich zur oben vorgestellten Grundsatzentscheidung des BGH bewähren. Nachdem festgestellt wurde, dass kommunale Mandatsträger nicht per se Amtsträger sind, widmet sich das 4. Kapitel alternativen Möglichkeiten zur Sicherstellung der ehrenhaften Mandatsausübung.

Abschließend sollen die in den ersten vier Kapiteln gewonnenen Erkenntnisse im fünften Kapitel zur Lösung der korruptionsrechtlichen Problematik bei kommunalen Wahlbeamten fruchtbar gemacht werden. Hier wird zunächst die gesetzliche Doppelstellung kommunaler Wahlbeamter beschrieben, die einerseits als Verwaltungschefs fungieren andererseits jedoch eine zentrale politische Funktion in ihrer Kommune ausfüllen. In einem zweiten Schritt werden die daraus resultierenden Problemkonstellationen für die kommunale und vor allem strafrechtliche Praxis sowie deren unterschiedliche Lösungsansätze vorgestellt. Sodann soll in einem dritten Schritt auf Grundlage anerkannter Auslegungsregeln nach einem einheitlichen Lösungsansatz für alle Fallkonstellationen gesucht werden, um den weiten Anwendungsbereich der Korruptionstatbestände in Bezug auf kommunale Wahlbeamte sinnvoll einzuschränken. Schließlich soll auch hier ein eigener und einheitlicher Lösungsvorschlag entwickelt werden. Dabei wird der schon in den vorigen Kapiteln herausgearbeiteten Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation eine maßgebliche Bedeutung für eine einschränkende Auslegung des Straftatbestands der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB zukommen.

1. Kapitel: Kommunale Mandatsträger als Amtsträger ?

Im nachfolgenden 1. Kapitel werden Schritt für Schritt die einzelnen Varianten des Amtsträgerbegriffs des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB in Bezug auf kommunale Mandatsträger untersucht. Dabei sollen zunächst die allgemein anerkannten Voraussetzungen jeder Variante vorgestellt und definiert werden. Sodann wird im Hinblick auf kommunale Mandatsträger das Vorliegen der einzelnen Merkmale geprüft.

A) Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB ?

Nach dieser ersten Variante sind Beamte oder Richter strafrechtliche Amtsträger. In Bezug auf kommunale Mandatsträger kann höchstens das Begriffsmerkmal „Beamter“ von § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB einschlägig sein:

Bis zum Jahre 1975 existierte mit § 359 StGB a.F. ein eigenständiger strafrechtlicher Beamtenbegriff.¹⁹ Dieser sollte durch die umfassendere Regelung des strafrechtlichen Amtsträgerbegriffs ersetzt werden, von dem die Beamteneigenschaft nunmehr lediglich eine (Unter-)Kategorie bildet.²⁰ Dementsprechend ist anerkannt, dass unter das Begriffsmerkmal Beamter i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB ausschließlich derjenige zu subsumieren ist, der nach den beamtenrechtlichen Vorschriften rechtswirksam in ein Beamtenverhältnis berufen wurde.²¹ Dies trifft jedoch auf kommunale Mandatsträger offensichtlich nicht zu.²² Vielmehr erhalten sie ihr kommunales Mandat auf Grund Direktwahl durch die Bürger. Ferner sind kommunale Mandatsträger nach allen Kommunalverfassungen ehrenamtlich tätig²³

¹⁹ Hierzu ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 91 ff. und 138 ff.

²⁰ Schon *Welp*, Lackner-FS, 761, 762 eingehend *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 317 ff. unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 209 bereits BT-Drs. IV/650, S. 115.

²¹ Statt aller *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 13; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 18; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 4 und aus der Rspr BGHSt 37, 191, 192.

²² So noch zum strafrechtlichen Beamtenbegriff nach § 359 StGB a.F. ausführlich das OLG Stuttgart NJW 1966, 679 und bereits *Engelhardt*, Mitwirkung des Bürgers, S. 19 ff.

²³ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b aa, S. 185 f unter Verweis auf § 32 Abs. 1 S. 1 BWGemO; Art. 31 Abs. 2 S. 1 BayGemO; § 18 Abs. 1 und § 30 Abs. 1 RPGemO; § 30 Abs. 1 S. 1 SaarKSVG; § 35 Abs. 1 S. 1 SächsGemO; § 42 Abs. 1 S. 1 SachsAnGemO; § 24 Abs. 1 S. 1 ThürKO.

oder werden ehrenamtlich Tätigen gleichgestellt.²⁴ Somit üben kommunale Mandatsträger eine ehrenamtliche Tätigkeit eigener Art aus.²⁵ Dies erklärt, warum kommunale Mandatsträger auch nicht unter den terminus technicus des sog. Ehrenbeamten gefasst werden können.²⁶ Denn Ehrenbeamte werden ebenfalls unter Aushändigung einer Urkunde in ein Beamtenverhältnis mit dem Zusatz „als Ehrenbeamter“ berufen und üben eigenständig Hoheitsgewalt aus.²⁷ Damit stehen sie zwar ebenfalls in einem Dienst und Treueverhältnis zu einem Dienstherrn, sie haben aber im Unterschied zu richtigen Beamten abgesehen von einer Aufwandsentschädigung keine Besoldungs- und Versorgungsansprüche.²⁸ Dagegen unterstehen die kommunalen Mandatsträger keinem Dienstherrn, sondern sind auf Grund der Wahl im Rahmen ihres politischen Auftragsverhältnisses zum Wähler nur diesem gegenüber verantwortlich.²⁹

Im Ergebnis können kommunale Mandatsträger nicht als Beamte angesehen werden. Sie fallen nicht unter den Amtsträgerbegriff nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB.³⁰

B) Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB ?

Anknüpfungsmerkmal dieses Amtsträgerbegriffs ist das *sonstige* öffentlich-rechtliche *Amtsverhältnis*. Aus dieser Formulierung wird deutlich, dass die unter § 11 Abs. 1 Nr.

²⁴ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b aa, S. 185 f. unter Verweis auf §§ 37 Abs. 2 und 38 Abs. 2 BbgGemO; § 35 Abs. 2 HessGemO; § 39 Abs. 3 ff. NdsGemO; § 43 Abs. 2 und § 44 NRWGemO; § 32 Abs. 3 SHGemO.

²⁵ *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 b, S. 97; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 283; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 348 unter Verweis auf BVerfGE 12, 73, 80; 48, 64, 89 sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b aa, S. 185 f.; jüngst *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 ff. unter Verweis auf BVerfG NVwZ 1994, 56, 57 so auch schon *Engelhardt*, Mitwirkung des Bürgers, S. 19 ff.

²⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 348 ausführlich zur historischen Entwicklung in Bezug auf kommunale Mandatsträger *Stober*, Ehrenbeamte, S. 203 und *Engelhardt*, Mitwirkung des Bürgers, S. 19 ff.

²⁷ So die Definition von *Stober*, Ehrenbeamte, S. 20 ff. zu weiteren Ehrenbeamten S. 30 ff. vgl. auch die Regelung in § 7 Abs. 4 i.V.m. § 5 Abs. 1 BWLBG.

²⁸ *Stober*, Ehrenbeamte, S. 27 ff. insbesondere S. 29.

²⁹ *Stober*, Ehrenbeamte, S. 27 ff. insbesondere S. 29.

³⁰ Einhellige Ansicht *Deiters* NStZ 2003, 453, 458; *Marel* StrFo 2003, 259, 261; *Dahs/Müssig* NStZ 2006, 191, 194 ff. zuletzt auch BGHSt 51, 44, 49 und BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

2 b) StGB fallenden Personen in einem besonderen statusrechtlichen Dienst- und Treuverhältnis zum Staat stehen ohne bereits Beamte oder Richter nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB zu sein.³¹ Auch in Abgrenzung zum Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB, wo es lediglich auf die funktionale Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ankommt, muss dem sonstigen öffentlichen Amtsverhältnis eine eigenständige Bedeutung zukommen.³² Damit ist sowohl für § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) als auch für Nr. 2 b) StGB allein die formale Rechtstellung des Amtsträgers zum Staat entscheidend.³³ Während es bei Nr. 2 a) auf die institutionelle und organisatorische Einbindung des Amtsträgers in die staatliche Verwaltung ankommt, ist im Rahmen von Nr. 2 b) auf die besondere personale Beziehung zwischen Staat und Amtsträger abzustellen.³⁴

Teilweise wird angenommen, kommunale Mandatsträger stünden in einem sonstigen öffentlichen Amtsverhältnis nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB.³⁵ Insbesondere *Rübenstahl* meint im Verhältnis kommunaler Mandatsträger zu ihrer Kommune zahlreiche amtsrechtlich geprägte Elemente erkennen zu können.³⁶ So hätten kommunale Mandatsträger zunächst eine Pflicht zur Annahme dieses Ehrenamts und zu dessen uneigennütziger und verantwortungsbewusster Ausübung. Ferner unterlägen kommunale Mandatsträger einer Verschwiegenheitspflicht, seien im Falle der Befangenheit ausgeschlossen und dürften als Vertreter eines Dritten keine rechtlichen Interessen gegen die Gemeinde wahrnehmen. All diese spezifischen Treuepflichten, auf deren gewissenhafte Erfüllung die kommunalen Mandatsträger zudem verpflichtet würden, seien typisch für ein öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis, welches hier eben kommunalrechtlicher Natur sei. Nicht zuletzt aus der Stellung der Kommunen als Teil der staatlichen Verwaltung im engeren Sinne resultiert für *Rübenstahl* die Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger nach § 11 Abs. 1

³¹ So bereits *Welp*, Lackner-FS, 761, 762 ff. statt aller vgl. nur *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Abs. 1 Rn 20 und *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 16.

³² Hierzu ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 349 ff.

³³ Eingehend *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 26 ff. und *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 20.

³⁴ So bereits *Welp*, Lackner-FS, 761, 762 ff.; *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 352 ff. jüngst auch *Dahs/Müssig* NStZ 2006, 191.

³⁵ Ohne nähere Begründung bereits *Moelter*, Funktionswandel der öffentlichen Verwaltung, S. 200 und *SK-Samson*, 5. Auflage, § 11 Rn 13; *Stober*, Kommunalrecht, S.187; *derselbe*, Ehrenbeamte, S. 197 insbesondere *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 ff. unter Verweis auf VwV Nr. 1 zu § 32 BWGemO „die Gemeinderäte sind Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB ...“.

Nr. 2 b) StGB. Dabei ist für ihn die Tatsache der unmittelbaren demokratischen Wahl der kommunalen Mandatsträger durch die Bürger ausdrücklich unbeachtlich.³⁷

Dem ist zuzugestehen, dass die wortlautorientierte Auslegungsmethode formal eine Subsumtion kommunaler Mandatsträger unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB zulässt. Einem derartigen Auslegungsergebnis steht aber der eindeutige Wille des Gesetzgebers entgegen:

Nach der Gesetzesbegründung zu § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB sind als in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehende Personen diejenigen Träger eines öffentlichen Amtes wie etwa Minister, der Wehrbeauftragte, Notare oder Notarassessoren anzusehen, die in einem ähnlichen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis wie Beamte und Richter stehen³⁸. Schon diese Beispiele des Gesetzgebers lassen erkennen, dass mit dem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis ein besonderes Dienstverhältnis zum Staat beschrieben wird, dem sich der jeweilige Amtsträger mit seiner ganzen Kraft über längere Zeit gegen Entgelt hauptberuflich widmet.³⁹ Als weitere Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB werden in der Literatur die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder sowie der Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR genannt.⁴⁰ Auch (Rechts-)referendare sollen hierunter fallen, soweit sie in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis stehen und nicht verbeamtet sind.⁴¹

Diese weiteren Beispiele machen deutlich, dass es zur Bejahung eines öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisses darauf ankommt, ob der Betroffene zum Staat regelmäßig in einem hauptamtlichen, zumindest jedoch in einem nebenamtlichen

³⁶ *Rübenstahl*/HRRS 2006, 23, 28 ff. und S. 33.

³⁷ *Rübenstahl*/HRRS 2006, 23, 28 ff. und S. 33.

³⁸ Statt aller *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 20; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 16; zu weiteren Beispielen *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 353 ff. nunmehr auch BGHSt 51, 44, 50 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung BT-Drs. 7/550, S. 209 und BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

³⁹ *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 20.

⁴⁰ *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 20; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 28; *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 356 ff. und bereits *Geppert* Jura 1981, 42, 44 ff.

⁴¹ *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 28; *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 20.

personalen Dienst- bzw. Anstellungsverhältnis im weiteren Sinne steht.⁴² Ferner wird das jeweilige Rechtsverhältnis zum Staat ähnlich wie bei den Beamten und Richtern regelmäßig durch Aushändigung einer Ernennungsurkunde oder eines andersartigen offiziellen Ernennungsakts begründet.⁴³ Darüber hinaus trägt es in erheblichem Maße zur Finanzierung des Lebensunterhalts seines Inhabers bei.

Teilweise werden in der Literatur die Beisitzer der Wahlausschüsse und die Mitglieder der Wahlvorstände nach § 11 BundesWahlG ebenfalls unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB subsumiert.⁴⁴ Diese Tätigkeit ist jedoch nur kurzfristig angelegt, erreicht nicht einmal den Umfang einer Nebentätigkeit und dient nicht der Bestreitung des Lebensunterhalts. Sie als öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis zu qualifizieren ist vor dem Hintergrund der oben dargestellten anerkannten Beispiele und Voraussetzungen dieses Amtsträgerbegriffes inkonsequent. Richtigerweise ist diesbezüglich eine Amtsträgerstellung nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB anzunehmen.⁴⁵

Ebenso stehen auch kommunale Mandatsträger zu ihrer Kommune nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienst bzw. Anstellungsverhältnis. Nach den Inkompatibilitätsregelungen aller Kommunalverfassungen ist es gerade ausgeschlossen, dass ein kommunaler Bediensteter gleichzeitig kommunaler Mandatsträger sein kann.⁴⁶ Eine solche Regelung wäre unsinnig, wenn in Bezug auf

⁴² MüKo-Radtke, § 11 Rn 26 ff.; NK-Lemke, § 11 Rn 25 und bereits AK-Wassermann, § 11 Rn 14 sowie LK-Gribbohm, § 11 Rn 28.

⁴³ Der Bundespräsident ernennt den Bundeskanzler und die Bundesminister nach §§ 1 ff. BMinG; die parlamentarischen Staatssekretäre nach §§ 1 ff. ParlStG; den Bundesdatenschutzbeauftragten nach § 22 BDSG; den Stasiunterlagenbeauftragten nach § 35 StUG; der Bundestagspräsident ernennt den Wehrbeauftragten nach § 15 WBeauftrG, für die Regierungsmitglieder und parlamentarischen Staatssekretäre finden sich in den einzelnen Bundesländern entsprechende gesetzliche Regelungen; ebenso werden die Notare nach § 12 BNotO durch Bestallungsurkunde von den Landesjustizverwaltungen bestellt; die Rechtsreferendare erhalten in Baden-Württemberg einen Zulassungserlass nach § 5 JAG i.V.m. § 42 JAPrO.

⁴⁴ Tröndle/Fischer, § 11 Rn 16; Lackner/Kühl, § 11 Rn 5; MüKo-Radtke, § 11 Rn 28; LK-Gribbohm, § 11 Rn 28 ausführlich Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 359 ff.

⁴⁵ So auch Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn 20 und SK-Rudophi/Stein, § 11 Rn 21a sowie zu § 359 a.F. BGHSt 12, 108, 110 ff.; 25, 204, 206.

⁴⁶ Gern, Kommunalrecht, Rn 344; Stober, Kommunalrecht, § 8 II 6, S. 138 unter Verweis auf § 29 BWGemO; Art. 31 Abs. 3 und 4 BayGemO; § 12 BbgKWG; §§ 37 und 65 Abs. 2 HessGemO; § 25

kommunale Mandatsträger ein beamtenähnliches öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis bestehen würde. Vielmehr üben die kommunalen Mandatsträger ihre Tätigkeit in der kommunalen Volksvertretung neben ihrem Hauptberuf z.B. als Handwerker, Arbeitnehmer, Lehrer, Freiberufler oder Selbständiger aus. Die Wahrnehmung eines kommunalen Mandats stellt damit eine ehrenamtliche Tätigkeit eigener Art dar.⁴⁷ Denn bereits historischer Sinn und Zweck der Wiedereinführung der kommunalen Selbstverwaltung durch die Stein'schen Reformen war die Gemeindeeinwohner zur Mitwirkung an den örtlichen Angelegenheiten zu motivieren. Damit sollte unter anderem der Sachverstand und die persönlichen Fähigkeiten des einzelnen Bürgers, die er auf Grund seines Berufs besaß, für das kommunale Ganze nutzbar gemacht werden.⁴⁸ Dieser Aspekt der kommunalen Selbstverwaltung beansprucht auch heute noch Gültigkeit. Nach wie vor gehen die Kommunalverfassungen von der Vereinbarkeit von kommunalem Mandat und hauptberuflicher Tätigkeit aus.⁴⁹ Für diejenigen Personen, die wie gezeigt in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen ist dieser Gedanke nicht einschlägig. Hier handelt es sich regelmäßig um Personen, welche die ihnen übertragene Tätigkeit als Minister, Staatssekretär, Wehrbeauftragter oder Notar nicht ehrenamtlich ausüben, sondern sich dieser Tätigkeit voll und ganz widmen. Schließlich dient das öffentlich-rechtliche Amtsverhältnis seinen Inhabern auch in erheblichem Umfang zur Finanzierung des Lebensunterhalts, was in Bezug auf kommunale Mandatsträger ebenfalls nicht der Fall ist.

Zwar mögen diese im Rahmen ihrer politischen Mandatsausübung gewissen amtsähnlichen Pflichten unterliegen. Derartige Pflichten allein können aber zur Annahme eines sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisses nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB nicht ausreichen. Denn einer besonderen Treuepflicht unterliegen gerade auch Mitglieder der Leitungs- bzw. Aufsichtsgremien großer

MVKV; § 35a NdsGemO; § 13 NRWKG; § 5 RPKWG; § 17 SaarkWG; § 40 SachsAnGemO; § 32 SächsGemO; § 31a SHGemO; § 23 Abs. 4 ThürKO.

⁴⁷ *Ericksen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 b, S. 97; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 283; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 348 verweist auf BVerfGE 12, 73, 80; 48, 64, 89; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b aa, S. 185 f.; auch *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 ff. und BVerfG NVwZ 1994, 56, 57.

⁴⁸ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 5 unter Verweis auf BVerfGE 11, 266, 274; *Stober*, Kommunalrecht § 1 I 1 a; S. 1 ff.; *von Unruh*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 4 Rn 9 ff.

⁴⁹ *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 33 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b, S. 185 f. unter Verweis auf BVerfGE 12, 73, 80; 48 64, 89.

Wirtschaftsunternehmen. Insbesondere die Organe einer Aktiengesellschaft stehen untereinander in einem ähnlichen Pflicht und Treueverhältnis wie die kommunalen Organe zueinander.⁵⁰ Dem Vorstand dieser juristischen Personen entspricht auf kommunaler Ebene der Bürgermeister und die Beigeordneten. Der Aufsichtsrat kann mit der kommunalen Volksvertretung verglichen werden. Die Aktionäre entsprechen den Einwohnern.

Weitergehend setzt die Wahrnehmung eines öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisses im Unterschied zur kommunalen Mandatsausübung zumindest die nebenamtliche Wahrnehmung von spezifischen, gesetzlich vorgegebenen Dienstaufgaben voraus. Schließlich fehlt es in Bezug auf kommunale Mandatsträger auch an einem für das öffentlich-rechtliche Amtsverhältnis typischen Ernennungsakt. Vielmehr werden die kommunalen Mandatsträger unmittelbar von den Bürgern auf Grund des Wahlakts zur Wahrnehmung eines freien und politischen Mandats beauftragt.⁵¹ Die weiteren von *Rübenstahl* aufgezählten Aspekte finden sich aber sowohl bei kommunalen Mandatsträgern als auch bei Abgeordneten. Parlamentsabgeordnete stehen aber unstreitig nicht in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis.⁵²

Im Ergebnis ist daher mit den bislang herrschenden Stimmen im Schrifttum, in der Rechtsprechung und nunmehr auch mit dem BGH eine Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB abzulehnen.⁵³

⁵⁰ Vgl. zu den Treuepflichten des Vorstandes einer AG nur die §§ 82, 87 ff. und 92 ff. AktG und für die Treuepflichten der Aufsichtsratsmitglieder nur die §§ 100, 105 ff. besonders die §§ 113 ff. AktG.

⁵¹ hierzu die umfassende Übersicht bei *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn 326 ff. und *Schrammeyer*, Bürgermeister, Rn 132, Tabelle 9; sowie noch ausführlich unten im 2. Kapitel unter C II 1 b.

⁵² statt aller nur *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 23; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 16 verweist auf BGHSt 5, 100, 105 f., bereits BT-Drs. 7/550, S. 209 und BT-Drs. 7/1261, S. 4; auch BGHSt 51, 44, 49 ff. verweist auf BT-Drs. 12/1630 und 12/5912 jeweils Seite 5; bereits *Schulze* JR 1973, 485, 486 ff.

⁵³ neben den bereits genannten Kommentarfundstellen *Deiters* NStZ 2003, 453, 455; *Marel* StrFo 2003, 259, 260 ff; *Nolte* DVBl 870, 871 ff. ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 675 ff. aus der Rspr LG Krefeld NJW 1994, 2037, 2038; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 zuletzt auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11.08.2004, Az.: 26 Kls 835 Js 19/01 – 31/03 VI, veröffentlicht in *Juris* unter Rn 363 im Langtext und nunmehr auch BGHSt 51, 44, 49 ff. wo jeweils § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) als *sedes materiae* betrachtet wird.

C) Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ?

Nachdem kommunale Mandatsträger nicht unter die Nummern 2 a) und 2 b) zu subsumieren waren, ist generell eine Amtsträgereigenschaft nach Nr. 2 c) zu prüfen.⁵⁴ Soweit die Problematik kommunaler Mandatsträger als Amtsträger bislang in Rechtsprechung und Literatur erörtert wurde, besteht unabhängig vom Ergebnis Einigkeit über § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB als *sedes materiae*.⁵⁵ Um eine dogmatisch richtige Antwort auf die Frage der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger zu erhalten, soll streng analytisch vorgegangen werden. Deshalb wird die recht komplexe Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB zunächst in die vier Prüfungsmerkmale *Behörde oder sonstige Stelle*, *Bestellung*, *Aufgaben der öffentlichen Verwaltung* und das Merkmal **bei oder im Auftrag einer Behörde oder sonstigen Stelle** aufgeteilt. Sodann wird jedes Prüfungsmerkmal bezüglich seiner allgemein anerkannten Voraussetzungen vorgestellt und definiert. Schließlich wird im Hinblick auf kommunale Mandatsträger das Vorliegen der einzelnen Merkmale geprüft.

I. Behörde oder sonstige Stelle ?

Gemäß dem Wortlaut von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB muss als Bezugspunkt zunächst eine Behörde oder eine sonstige Stelle eruiert werden, bevor eine Erörterung der übrigen Merkmale Sinn macht.⁵⁶ Umso bemerkenswerter ist es, dass sich die jüngeren Entscheidungen, die sich mit der Amtsträgerproblematik kommunaler Mandatsträger auseinandersetzen nicht konkret zu diesem Merkmal äußern.⁵⁷ So geht das LG Krefeld auf dieses Merkmal überhaupt nicht ein und stellt lediglich fest, dass ein Ratsherr dazu bestellt sei Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen und deswegen Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) sei.⁵⁸ Teilweise wird lediglich pauschal festgestellt, dass kommunale Mandatsträger bei einer

⁵⁴ So auch NK-Lemke, § 11 Rn 25; BGHSt 51, 44, 52 ff.; BGH wistra 2006, 419, 420 = NSTZ 2007, 36.

⁵⁵ Grundlegend bereits Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 676 ff. sowie Deiters NSTZ 2003, 453, 455 ff.; Marel StrFo 2003, 259, 260; Dahs/Müssig NSTZ 2006, 191, 192 ff. und nunmehr auch BGHSt 51, 44, 52 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NSTZ 2007, 36.

⁵⁶ zu dieser Vorgehensweise auch Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 368.

⁵⁷ Das OLG Stuttgart hält ohne nähere Begründung kommunale Mandatsträger für Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB, Die Justiz 1989, 198.

⁵⁸ LG Krefeld NJW 1994, 2037, 2038.

Behörde oder sonstigen Stelle tätig seien.⁵⁹ Teilweise wird sogar nur von einer „Stelle“ gesprochen.⁶⁰ Da die kommunalen Mandatsträger wohl kaum bei einer sonstigen Stelle tätig sind, soll diese Alternative zunächst kurz abgehandelt werden. Daran anschließend soll der Behördenbegriff untersucht werden. Hier wird genau zu prüfen sein, ob bereits die Kommune oder erst die kommunale Volksvertretung als die *Behörde* anzusehen ist.

1.) Der Begriff der sonstigen Stelle

Unter sonstigen Stellen versteht man zum einen ohne Rücksicht auf ihre Organisationsform *behördenähnliche* Institutionen, die zwar keine Behörden sind, rechtlich aber gleichwohl befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen mitzuwirken.⁶¹ Die Gesetzesbegründung nennt neben der Behörde auch die „sonstige Stelle“, um deutlich zu machen, dass bei § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB nicht nur Behörden im organisatorischen Sinn in Betracht kommen, sondern z.B. auch Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts.⁶² Ferner fallen darunter Stellen, die Teil einer Behörde im organisatorischen Sinn sind.⁶³ Außerhalb dessen sind sämtliche Einrichtungen erfasst, deren regelmäßige Funktion in der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung besteht;⁶⁴ dazu gehören auch Vereinigungen, Ausschüsse oder Beiräte, die bei der Ausführung von Gesetzen mitwirken.⁶⁵ Als typische Beispiele für sonstige Stellen werden die Ortskrankenkassen, die Ersatzkassen und Betriebskrankenkassen, Innungen, Knappschaften und Berufsgenossenschaften genannt.⁶⁶ Ferner hat die Rechtsprechung Krankenhäuser⁶⁷, Landesbanken⁶⁸ sowie die Treuhandanstalt und ihre Nachfolgegesellschaften⁶⁹ als sonstige Stellen qualifiziert.

⁵⁹ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 = StraFo 2003, 278, 279 = StV 2003, 507, 508.

⁶⁰ Zuletzt auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11.08.2004, Az.: 26 KlS 835 Js 19/01 – 31/03 VI, veröffentlicht in Juris unter Rn 364 im Langtext.

⁶¹ *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 19 sowie jüngst *Radtko* NStZ 2007, 57, 58 unter Verweis auf BGHSt 43, 370, 375 und BGHSt 49, 214, 219.

⁶² BT-Drs. 7/550, S. 209.

⁶³ BT-Drs. 7/550, S. 209.

⁶⁴ *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 54; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 35; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 25.

⁶⁵ BT-Drs. 7/550, S. 209 sowie *Haft* NJW 1995, 1113, 1114; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 8.

⁶⁶ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 374.

⁶⁷ OLG Karlsruhe NJW 1983, 352.

⁶⁸ BGHSt 31, 264.

Zum anderen werden auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand als sonstige Stellen angesehen, wenn bei ihnen Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung mit Behörden rechtfertigen.⁷⁰ Dabei kommt es nach dem BGH darauf an, ob sie bei einer Gesamtbetrachtung „als verlängerter Arm des Staates erscheinen“, was sowohl eine organisatorische Anbindung an eine Behörde (durch Vertrag oder Bestellungsakt) voraussetzt als auch eine Tätigkeit die inhaltlich typischerweise mit behördlicher Tätigkeit vergleichbar ist.⁷¹ Bejaht wurde dies vom BGH bei der Gesellschaft für die Technische Zusammenarbeit (GTZ)⁷²; verneint bei der Frankfurter Flughafen AG (FraPort)⁷³, beim Bayerischen Roten Kreuz⁷⁴ und der Deutschen Bahn AG⁷⁵. Offensichtlich sind weder die kommunale Volksvertretung noch die kommunale Gebietskörperschaft als ganzes eine juristische Personen des Privatrechts. Denn die Kommunen sind öffentlich-rechtliche Körperschaften und damit juristische Personen des öffentlichen Rechts.⁷⁶

Aber auch unter dem bereits oben genannten Aspekt können kommunale Mandatsträger nicht als Personen angesehen werden, die bei einer sonstigen Stelle tätig sind. Denn gemeinsames Merkmal der oben aufgeführten sonstigen Stellen ist, dass sie nicht organisch in den Verwaltungsaufbau des Staates eingegliedert sind, sondern mehr oder weniger „neben“ der strikten Hierarchie im Staatsaufbau stehen.⁷⁷ Die Kommunen stellen aber die Basis des Staatsaufbaus von unten nach oben dar und sind damit Teil der vertikalen Hierarchie des Staatsaufbaus.⁷⁸ Ferner kommt den Kommunen der Status einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft zu.⁷⁹ Mithin sind weder die Kommunen noch ihre Gremien sonstige Stellen. Es bleibt zu prüfen, ob sie als Behörden anzusehen sind.

⁶⁹ BGH NJW 2001, 3062.

⁷⁰ *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 22 sowie jüngst *Radtke* NStZ 2007, 57, 58.

⁷¹ BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 312 f.; 49, 214, 219 dieses Merkmal wird immer wieder in der Literatur kritisiert vgl. jüngst *Radtke* NStZ 2007, 57, 58 ff.

⁷² BGHSt 43, 370, 375.

⁷³ BGHSt 45, 16, 19.

⁷⁴ BGHSt 46, 310, 312 f.

⁷⁵ BGHSt 49, 214, 219.

⁷⁶ *Erichsen*, Kommunalrecht, § 3 A, S. 41 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 119.

⁷⁷ So auch *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 374.

⁷⁸ *Püttner*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 19 Rn 6 ff.; *Thieme*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 9 Rn 44 ff.

⁷⁹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 119, 124 ff.; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 3 A, S. 41 ff.

2.) Der Behördenbegriff

Zunächst muss festgestellt werden, dass die Bedeutung der strafrechtlichen Behördendefinition in § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB gegen Null tendiert.⁸⁰ Da weder der Begriff der Behörde noch der des Gerichts inhaltlich festgelegt wird, beschränkt sich der Regelungsgehalt auf die gesetzliche Anordnung, dass unter den in den zahlreichen Straftatbeständen und -vorschriften⁸¹ verwendeten Behördenbegriff auch Gerichte fallen.⁸² Ferner besteht Einigkeit darüber, dass ein eigenständiger strafrechtlicher Behördenbegriff nicht existiert, sondern grundsätzlich auf den – allerdings nicht wirklich inhaltlich geklärt⁸³ – staats- bzw. *verwaltungsorganisationsrechtlichen* Behördenbegriff abgestellt wird.⁸⁴ Dieser Behördenbegriff ist zunächst enger als der sog. *verwaltungsverfahrenrechtliche* Behördenbegriff des § 1 Abs. 4 VwVfG.⁸⁵ Danach gilt jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, als Behörde.⁸⁶ Gegen die Übertragung dieses funktional-verfahrensrechtlichen Behördenbegriffs ins Strafrecht spricht bereits, dass eine solch weite Begriffsbestimmung im Ergebnis zur Bedeutungslosigkeit der „sonstigen Stellen“ in § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB führen würde.⁸⁷ Wäre nämlich jede Stelle, die „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB wahrnimmt gleichzeitig eine Behörde, dann müsste die bestellende Stelle auch stets eine Behörde sein, weil § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB gerade voraussetzt, dass der Betreffende dazu bestellt werden muss, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung

⁸⁰ *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 20 ferner *NK-Lemke*, § 11 Rn 50.

⁸¹ Vgl. nur § 44 Abs. 2; § 90a Abs. 2; § 138 Abs. 2; § 145d Abs. 1; § 156; § 203 Abs. 1 Nr. 4; §§ 277-279 StGB.

⁸² *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 29; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 20.

⁸³ *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 95 und *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 57 unter Verweis auf *Wolff/Bachof*, *Verwaltungsrecht II*, § 76, S. 81 ff. nun *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *Verwaltungsrecht I*, § 45 Rn 17.

⁸⁴ Statt aller *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 30, 48a sowie *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 95.

⁸⁵ zur Abgrenzung des weiten funktional-verfahrensrechtlichen Behördenbegriffs vom engeren verwaltungsorganisatorischen Behördenbegriff *Maurer*, *Verwaltungsrecht*, § 21 Rn 32.

⁸⁶ Gleichlautende Vorschriften finden sich jeweils in den §§ 1 der einzelnen Landesverwaltungsverfahrensgesetze und in § 1 Abs. 2 SGB X.

⁸⁷ bereits *Lenckner ZStW* 106 (1994) 502, 523 und dort Fn 71, wo er unter Verweis auf *Wolff/Bachof/Stober*, *Verwaltungsrecht*, Band 3, § 90 Rn 53 darlegt, dass auch im öffentlichen Recht die Behördeneigenschaft des Beliehenen zwar i.S.v. § 1 Abs. 4 VwVfG, nicht aber als Behörde im privat- und strafrechtlichen Sinn anerkannt ist.

wahrzunehmen.⁸⁸ „Sonstige Stellen“ wären darüber hinaus nicht denkbar, es sei denn, es gäbe die Möglichkeit, dass eine Stelle, die selbst keine „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt“ (und damit keine Behörde im verfahrensrechtlichen Sinn darstellt), rechtlich dazu im Stande wäre, eine Person zu bestellen, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Eine solche Möglichkeit ist jedoch nicht denkbar, weil zumindest der Akt der Bestellung schon eine Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung darstellt.⁸⁹ Des Weiteren ist anzumerken, dass der verwaltungsverfahrensrechtliche Behördenbegriff des § 1 Abs. 4 VwVfG sich ausschließlich auf „Behörden im Sinne dieses Gesetzes“ - also des Verwaltungsverfahrensgesetzes – bezieht und damit selbst im öffentlichen Recht nicht uneingeschränkt Geltung beanspruchen kann.⁹⁰ Schließlich ergibt sich die Einschränkung des verwaltungsverfahrensrechtlichen Behördenbegriffs auch aus der Gesetzssystematik. Denn das VwVfG hat gem. § 9 VwVfG lediglich die Verwaltungsverfahren zum Gegenstand, die auf den Erlass eines Verwaltungsakts oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags abzielen. Damit fallen unter den Behördenbegriff des VwVfG in Wirklichkeit nur solche Stellen, die Verwaltungsakte erlassen oder öffentlich-rechtliche Verträge abschließen können.⁹¹ Für die darüber hinausgehenden (und eben problematischen) Fälle, kann diese Definition somit schon von ihrem Anwendungsbereich her nichts hergeben.⁹² Insgesamt ist daher der Begriff der Behörde, was die Übertragung der öffentlich-rechtlichen Begriffsbestimmung auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB angeht, höchstens im (engeren) verwaltungsorganisatorischen Sinne, nicht aber im weiten funktional-verfahrensrechtlichen Sinne anzusehen.⁹³ Letztlich ging auch der Gesetzgeber des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB von einem rein organisationsrechtlichen Behördenbegriff aus, wenn er neben der Behörde noch die sonstige Stelle zur Schließung von Strafbarkeitslücken in die Formulierung miteinbezogen hat.⁹⁴ Zur Bestimmung des strafrechtlichen Behördenbegriffs ist daher eine Orientierung am sog.

⁸⁸ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 369.

⁸⁹ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 370.

⁹⁰ *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 115 Fn. 2 gegen *Weiser* NJW 1994, 968, 969.

⁹¹ hierauf weist *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 115 in Fn 2 zu Recht hin, ebenso *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 21 Rn 33; *Welp*, Lackner-FS, 761, 765 ff.

⁹² *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 370 unter Verweis auf die in nachfolgender Fußnote genannten.

⁹³ *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 523 Fn 71 und *Haft* NJW 1995, 1113, 1114 sowie *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 52 f.

⁹⁴ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 370 unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 209.

staatsorganisatorischen Behördenbegriff erforderlich und kein Rückgriff auf die funktional-verwaltungsverfahrenrechtliche Behördendefinition des § 1 Abs. 4 VwVfG möglich.⁹⁵

Was ist nun unter dem Begriff der Behörde im verwaltungsorganisatorischen Sinne zu verstehen? Nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts ist eine Behörde „eine in den Organismus der Staatsverwaltung eingeordnete, organisatorische Einheit von Personen und sächlichen Mitteln, die mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattet dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Erreichung der Zwecke des Staates oder von ihm geförderter Zwecke tätig zu sein.“⁹⁶ Diese Definition ist deutlich enger als jene des § 1 VwVfG und deckt sich weitgehend mit jener, die bereits das Reichsgericht zum strafrechtlichen Behördenbegriff des § 359 StGB a.F. entwickelt hatte.⁹⁷ Die oben genannte Definition wurde zunächst von den Zivilsenaten des BGH⁹⁸ übernommen, dann von den Strafsenaten⁹⁹ und schließlich von der übrigen Rechtsprechung.¹⁰⁰ Heute besteht auch im strafrechtlichen Schrifttum Einigkeit über die Maßgeblichkeit dieser Definition für den strafrechtlichen Behördenbegriff.¹⁰¹ So wird lediglich von einigen Autoren angemerkt, dass sich aus dem jeweiligen Regelungszusammenhang ein anderer, insbesondere engerer Begriffsinhalt ergeben kann.¹⁰² Heinrich stellt darauf ab, dass sich die Behörde organisch und damit hierarchisch in den Staatsaufbau eingliedern lassen muss und nicht, wie dies bei den sonstigen Stellen oder bei Rechtssubjekten des Privatrechts der Fall ist, außerhalb der Organisationsstruktur des Staates steht.¹⁰³ Eine solche

⁹⁵ h.M. vgl. nur Müko-Radtke, § 11 Rn 96; LK-Gribbohm, § 11 Rn 99; Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 370 je mwN; a.A. lediglich SK-Rudolph/Stein, § 11 Rn 48a.

⁹⁶ Müko-Radtke, § 11 Rn 96; Tröndle/Fischer, § 11 Rn 29 und Lackner/Kühl, § 11 Rn 20 jeweils unter Heranziehung von BVerfGE 10, 20, 48.

⁹⁷ LK-Gribbohm, § 11 Rn 99 unter Bezugnahme von RGSt 18, 246, 249 f.

⁹⁸ Vgl. BGHZ 3, 110, 116 f.; 25, 186, 188 f.

⁹⁹ BGH NJW 1957, 1673 und BGH MDR 1964, 68, 69.

¹⁰⁰ Zu dieser Entwicklung LK-Gribbohm, § 11 Rn 99.

¹⁰¹ Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn 59; Tröndle/Fischer, § 11 Rn 29; Müko-Radtke, § 11 Rn 96; LK-Gribbohm, § 11 Rn 99; Lackner/Kühl, § 11 Rn 20 Bezug nehmend auf RGSt 33, 383; 54, 150 und schließlich BGH NJW 1957, 1673; BGHZ 25, 186.

¹⁰² SK-Rudolph/Stein, § 11 Rn 48a; Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn 57; Müko-Radtke, § 11 Rn 96; LK-Gribbohm, § 11 Rn 99.

¹⁰³ Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 371.

Betonung der hierarchischen Eingliederung in den Staatsaufbau erscheint gerade zur Abgrenzung von den sonstigen Stellen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB sinnvoll.

Subsumiert man die kommunalen Gebietskörperschaften unter diese Behördendefinition, dann ist unschwer ihre Zugehörigkeit zu den staatlichen Behörden festzustellen. Denn die Kommunen stellen die Basis des Staatsaufbaus von unten nach oben dar und sind damit Teil der vertikalen Hierarchie des Staatsaufbaus.¹⁰⁴ Sie sind auf vielen Gebieten dazu berufen unter öffentlicher Autorität für staatliche Zwecke tätig zu sein. Folglich ist die strafrechtliche Behördeneigenschaft der Kommunen als solches in Rechtsprechung¹⁰⁵ und Kommentarliteratur¹⁰⁶ unbestritten. Vor dem Hintergrund der hier zu behandelnden Frage der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger könnte man festhalten, dass Bezugspunkt der Behördeneigenschaft die Kommune als Ganzes sein muss. Möglich wäre aber auch angelehnt an die Vorgaben der einzelnen Kommunalverfassungen zwischen den jeweiligen Organen der Kommune (Bürgermeister oder Landrat als kommunaler Wahlbeamter und Gemeinderat oder Kreistag als kommunale Volksvertretung) eine Differenzierung vorzunehmen. Demnach würde auch der kommunalen Volksvertretung ebenso wie dem kommunalen Wahlbeamten mit der ihm unterstellten Verwaltung eine Behördenstellung zukommen. Ob man diese weitere Unterscheidung vornehmen will hängt entscheidend davon ab, wie man die Grenzen des Merkmals der „organisatorischen Einheit von Personen und sächlichen Mitteln“ in der oben herausgearbeiteten Behördendefinition zieht. Denn die übrigen Voraussetzungen der Behördendefinition erfüllt auch das Organ kommunale Volksvertretung. Gerade wegen der eigenständigen Organstellung und der kommunalverfassungsrechtlich

¹⁰⁴ Püttner, HdbKWP I (3. Aufl.), § 19 Rn 6 ff.; Erichsen, Kommunalrecht, § 3 A, S. 41 ff.

¹⁰⁵ Zunächst RGSt 40, 161, 162; RG GA Band 73, 425; RG Rspr 4, 135; OLG Frankfurt NJW 1964, 1682; LG Köln JZ 1969, 80.

¹⁰⁶ Statt aller Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn 60; MüKo-Radtke, § 11 Rn 97; LK-Gribohm, § 11 Rn 100 sowie SK-Rudolphi/Rogall § 164 Rn 31.

verbürgten grundsätzlichen Allzuständigkeit der kommunalen Volksvertretung,¹⁰⁷ sollte auch ihr die Eigenschaft einer Behörde zugesprochen werden.¹⁰⁸

3.) Zwischenergebnis

Unabhängig davon, ob man in Bezug auf den behördlichen Anknüpfungspunkt bei kommunalen Mandatsträger die Kommune als solche oder erst die kommunale Volksvertretung als Behörde i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ansieht, beides mal ist eine Behördeneigenschaft anzunehmen. Damit kann festgehalten werden, dass ungeachtet der noch weiter unten zu erörternden Merkmale „bei“ oder „im Auftrag“ eine Behörde Bezugspunkt der Tätigkeit kommunaler Mandatsträger ist.

II. Die Bestellung

Darüber hinaus muss der Betroffene dazu bestellt sein Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Auch auf dieses Merkmal gehen die bislang zur Problematik der Amtsträgereigenschaft von kommunalen Mandatsträgern ergangenen Entscheidungen entweder überhaupt nicht ein¹⁰⁹ oder begnügen sich mit der Formulierung, dass eine Bestellung auch durch Wahl erfolgen könne.¹¹⁰ Es ist deshalb zunächst die dogmatische Einordnung des Bestellungsakts zu klären.

1.) Der Begriff der Bestellung

Nach den Gesetzesmaterialien sollen mit dem Begriff „bestellt“ alle Arten von Dienst- und Auftragsverhältnissen erfasst werden, ohne dass es auf eine förmliche

¹⁰⁷ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 315 unter Verweis auf § 24 BWGemO; Art. 29 und Art. 30 BayGemO; § 32 Abs. 2 und § 35 Abs. 1 BbgGemO; § 9 HessGemO; § 22 Abs. 1 MVKV; § 31 NdsGemO; § 32 RPGemO; § 34 SaarkSVG; § 27 Abs. 1 SächsGemO; § 44 Abs. 1 SachsAnGemO; § 27 Abs. 1 SHGemO; § 22 ThürKO.

¹⁰⁸ So auch *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 60; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 20; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 97; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 100 sowie *SK-Rudolphi/Rogall* § 164 Rn 31 je verweisend RGSt 40, 161, 162; RG GA 73, 425; RG Rspr 4, 135; OLG Frankfurt NJW 1964, 1682; LG Köln JZ 1969, 80.

¹⁰⁹ OLG Stuttgart NJW 2003, 228.

¹¹⁰ LG Krefeld NJW 1994, 2037, 2038; LG Köln NStZ-RR 2003, 364; zuletzt auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11.08.2004, Az.: 26 KIs 835 Js 19/01 – 31/03 VI, veröffentlicht in *Juris* unter Rn 364 im Langtext.

Bestellung ankommt.¹¹¹ Aus dieser Aussage wird teilweise gefolgert, dass der „Bestellung“ über die Begründung des Grund- bzw. Innenverhältnisses hinaus keine weitere Bedeutung zukommt.¹¹² Bereits eine grammatikalische Auslegung erhellt aber die zwingende Trennung von „Grundverhältnis“ einerseits und „Bestellungsakt“ andererseits.¹¹³ An Hand des verschachtelten Wortlauts von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB lässt sich nämlich eine klare Unterscheidung zwischen der Bestellung („dazu bestellt“) und dem Beschäftigungsverhältnis („bei einer Behörde“) bzw. des Auftragsverhältnisses („im Auftrag einer Behörde“) ermitteln.¹¹⁴ Ferner lässt sich mit *Traumann* argumentieren, dass vom Wortsinn des Ausdrucks Bestellung eher ein Akt einseitig anordnenden Charakters zu verstehen ist, als die einverständliche Begründung eines Vertragsverhältnisses.¹¹⁵ Dieses Ergebnis wird zusätzlich durch eine systematische Auslegung unterstützt. Denn wäre die Bestellung lediglich ein unbeachtliches Tatbestandsmerkmal oder gar mit dem Abschluss des Dienstvertrags oder der Beauftragung identisch, hätte der Gesetzgeber § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB auch folgendermaßen fassen können: „... *wer nach deutschem Recht in sonstiger Weise bei einer Behörde oder sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ... wahrzunehmen hat*“.¹¹⁶ Schließlich ist schon das Reichsgericht zum strafrechtlichen Beamtenbegriff des § 359 StGB a.F. der Auffassung gewesen, dass zum Merkmal der *Anstellung* der Beamte zumindest „*durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden öffentlich-rechtlichen Akt allgemein zur Dienstverrichtung berufen worden sei*“ und zwischen dem staatlichen Träger und dem Beamten i.S.d. § 359 StGB a.F. als Grundverhältnis eine privatrechtliche Rechtsbeziehung besteht.¹¹⁷ Letztlich soll auch nach der Gesetzesbegründung der neue Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB „*im wesentlichen mit dem bisherigen Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinn nach § 359 StGB a.F. übereinstimmen*“.¹¹⁸ Wenn auch die Ausführungen der amtlichen

¹¹¹ *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 60 unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 209.

¹¹² *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 27; *Preisendanz*, § 11 Nr. 1 c bb; *AK-Wassermann*, § 11 Rn 21.

¹¹³ *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 61; *Haft* NJW 1995, 1113, 1116; *Ransiek* NStZ 1997, 519, 523 je mwN.

¹¹⁴ Vgl. *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 61; *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 519 ff. sowie ausführlich *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 60.

¹¹⁵ *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 60.

¹¹⁶ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 524 unter Verweis auf BayOblG NJW 1996, 268, 270 ebenso *Otto* Jura 1997, 47, 49 und bereits OLG Hamm NJW 695, 696.

¹¹⁷ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 522 verweist auf RGSt 38, 17, 19 und weitere Entscheidungen.

¹¹⁸ *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 60 ff. unter Heranziehung von BT-Drs. 7/550, S. 208.

Begründung zum Bestellungsakt mit diesem Postulat aufgrund der Vorgaben der Rechtsprechung zu § 359 StGB a.F. kaum kohärent erscheinen, ist davon auszugehen, dass für eine „Bestellung“ über die bloße Begründung eines Innenverhältnisses hinaus auch noch ein separater Bestellungsakt erforderlich ist.¹¹⁹ Auf Grund dieser „Vorarbeiten“ in der Literatur hat sodann auch der BGH die eigenständige Bedeutung des Bestellungsakts neben dem meist zivilrechtlichen Grundverhältnis anerkannt und fordert für beide Alternativen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB einen Bestellungsakt.¹²⁰ Dieser kann im Rahmen der ersten Alternative („bei“) bereits auf Grund der organisatorischen Eingliederung in die Behörde angenommen werden und mit dem Grundverhältnis zusammenfallen.¹²¹ Im Falle der zweiten Alternative („im Auftrag von“) soll allerdings eine gewisse Dauer der Beauftragung und damit ein zeitliches Moment zur Bejahung der Bestellung erforderlich sein.¹²² Nunmehr ist auch in der Literatur die besondere Bedeutung des Bestellungsakts neben dem Grundverhältnis anerkannt.¹²³ Es wird lediglich das vom BGH in Bezug auf die zweite Alternative („im Auftrag von“) eingeforderte zeitliche Moment kritisiert.¹²⁴

2.) Worin liegt der Bestellungsakt bei kommunalen Mandatsträgern ?

Wie eben ausgeführt ist zwischen dem meist zivilrechtlichen Grundverhältnis und dem Bestellungsakt zu differenzieren. Diesbezüglich stellen sich bei kommunalen Mandatsträgern mehrere Fragen. Zum einen ist problematisch, ob eine Bestellung auch durch Wahl möglich ist. Zum anderen ist offen, was bei kommunalen Mandatsträgern als Grundverhältnis anzusehen ist. Schließlich muss im Hinblick auf die in den Kommunalverfassungen vorgesehene Pflicht zur Übernahme des kommunalen Mandats die Frage geklärt werden, ob eine Bestellung auch ohne

¹¹⁹ *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 60 ff. unter Verweis auf OLG Hamm NJW 1981, 695.

¹²⁰ BGHSt 42, 230, 232; 43, 96, 104 zuletzt BGHSt 43, 370, 380.

¹²¹ BGH a.a.O.

¹²² BGHSt 42, 230, 232; 43, 96, 104 zuletzt BGHSt 43, 370, 380.

¹²³ *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 20; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 6; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 32; *NK-Lemke*, § 11 Rn 31; *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 31; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 61; daran zweifelnd wohl nur noch *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 27.

¹²⁴ Vgl. statt aller *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 27 und *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 64; *Schramm* JuS 1999, 333, 336 je mwN; ausführlich noch unter C IV 1 b aa.

Willen des Betroffenen möglich ist oder ausschließlich auf freiwilliger Basis erfolgen kann.

a) Bestellung durch Wahl

Die bislang ergangenen Entscheidungen zur strafrechtlichen Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträgern gehen auf das Merkmal der Bestellung entweder überhaupt nicht ein¹²⁵ oder begnügen sich mit der Formulierung, dass eine Bestellung auch durch Wahl erfolgen könne.¹²⁶ In der strafrechtlichen Literatur wird teilweise unter Verweis auf diese Entscheidungen die Möglichkeit der Bestellung durch Wahl anerkannt, ohne eine Begründung dafür zu geben.¹²⁷ Und auch *Gern* stellt lapidar fest, dass der in den verschiedenen Gemeindeordnungen¹²⁸ vorgesehene Verpflichtung bzw. Vereidigung der Gemeinderäte auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Amtspflichten keine konstitutive Wirkung zukommt, sondern die Gemeinderäte bereits unmittelbar durch die Wahl bestellt werden.¹²⁹ Ob *Gern* mit dieser Formulierung gerade auch den Bestellungsakt i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB meint, wie *Rübenstahl* annimmt,¹³⁰ muss bezweifelt werden. Jedoch erscheint eine Bestellung im strafrechtlichen Sinne direkt durch das wahlberechtigte Volk möglich. Offensichtlich ist der öffentlich-rechtliche Bestellungsakt das Instrument, welches die Zurechnung des Handelns eines mit einer Behörde oder sonstigen Stelle lediglich (privat)rechtlich verbundenen Subjekts zum Staat ermöglicht.¹³¹ Erst der öffentlich-rechtliche Bestellungsakt ermöglicht, dass ein Fehlverhalten des Privatsubjekts auch tatsächlich dem Staat als eigenes

¹²⁵ OLG Stuttgart NJW 2003, 228.

¹²⁶ LG Krefeld NJW 1994, 2037, 2038; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 zuletzt auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11.08.2004, Az.: 26 KIs 835 Js 19/01 – 31/03 VI, veröffentlicht in Juris unter Rn 364 im Langtext.

¹²⁷ Bereits *Hartmann* DVBl 66, 809 ff.; *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 543 verweist auf LG Krefeld NJW 1994, 2037, 2038 und *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 20 zuletzt *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 33.

¹²⁸ Hierzu § 32 Abs. 1 BWGemO; Art. 31 Abs. 5 BayGemO; § 28 Abs. 1 MVKV; § 42 NdsGemO; § 33 Abs. 2 SaarKSVG; § 35 Abs.1 SächsGemO; § 51 Abs. 2 SachsAnGemO; § 24 Abs. 2 ThürKO.

¹²⁹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 346 und *Gern*, Kommunalrecht BW, Rn 178 ferner *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 a), S. 88 und *Marek* StraFo 2003, 259, 261.

¹³⁰ *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 33 verweist in diesem Zusammenhang auf *Gern*.

¹³¹ *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 62.

Fehlverhalten zugerechnet werden kann.¹³² Deshalb könnte man den Beststellungsakt auch „Staatszurechnungsakt“ nennen. Die Erforderlichkeit eines solchen Zurechnungsinstrumentes in Form einer Bestellung bei § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB zeigt sich auch im Vergleich mit den anderen Amtsträgern. So ist die Zurechnung des Fehlverhaltens eines Beamten oder Richters [Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB] bzw. der in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehenden Person [Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB] zum Staat, bereits über die *ausdrückliche Ernennung* im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Dienst und Treueverhältnisses und die damit verbundene Eingliederung in die staatliche Organisation möglich.¹³³ Letztlich lässt sich das Erfordernis der Zurechnung zum Staat auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Volkssouveränität ableiten, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgehen muss.¹³⁴ Dieser erfordert, dass jeder staatliche Akt, jede staatliche Behörde und jeder staatliche Bedienstete sich in Form einer ununterbrochenen Legitimationskette auf eine demokratische Legitimation zurückführen lassen muss bzw. berufen kann.¹³⁵ Es ist offensichtlich, dass den kommunalen Mandatsträgern auf Grund des Wahlaktes eine besondere demokratische Legitimation zukommt. Die Möglichkeit einer strafrechtlichen Bestellung der kommunalen Mandatsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB unmittelbar durch Wahl, lässt sich ferner mit einem Vergleich zum Bürgermeister als dem anderen Hauptorgan der Gemeinde verdeutlichen. So erhält auch dieser, soweit er direkt und unmittelbar vom Volk gewählt wird, in den meisten Bundesländern keine beamtenrechtliche Ernennungsurkunde, sondern ist ebenfalls mit Annahme der Wahl und Amtsantritt Beamter auf Zeit.¹³⁶ § 95 Abs. 1 BRRG stellt sogar ausdrücklich klar, dass bei Beamten auf Zeit, bei denen die Verleihung des Amtes auf einer Wahl durch das Volk beruht, es zur Begründung des Beamtenverhältnisses keiner Ernennung bedarf und mit der Begründung des Beamtenverhältnisses die Rechtsfolgen

¹³² Ähnlich bereits *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 532 ff. ihm folgend *Ransiek* NStZ 1997, 519, 523 ff. und *Otto* JR 1998, 73, 74 sowie *Schramm* JuS 1999, 333, 337 ff.

¹³³ *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 31.

¹³⁴ *Dreier*, Art. 20 Rn 113 ff. und *Sachs*, Art. 20 Rn 27 ff. und 35 ff. jeweils mwN.

¹³⁵ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 20 II Rn 46 ff. und insbesondere Rn 53 sowie *Dreier*, Art. 20 Rn 113 ff.; *Sachs*, Art. 20 Rn 35 ff. je mwN und aus der Rspr BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 67.

¹³⁶ *Gern*, Kommunalrecht BW, Rn 186 unter Verweis auf § 134 Nr. 1 BWLBG; für NRW ausführlich *Erichsen*, Kommunalrecht; § 7 A 2 a, S. 121 unter Verweis auf § 195 Abs. 1 S. 1 NRWLBG; für die übrigen Bundesländer z.B. 128 MVLBG; § 194 Abs. 3 NdsLBG; 183 Abs. 2 RPLBG; 129a SaarBG; § 160 Abs. 1 SächsLBG.

eintreten, die in den gesetzlichen Vorschriften an eine Ernennung geknüpft sind.¹³⁷ Wird somit der Bürgermeister unmittelbar durch Volkswahl und ohne beamtenrechtliche Ernennung Beamter auf Zeit und damit auch Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB, dann kann die für die Amtsträgereigenschaft der kommunalen Mandatsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB erforderliche Bestellung ebenfalls unmittelbar durch das Wahlvolk durch Wahl erfolgen.¹³⁸ Letztlich geht auch das Korruptionsbekämpfungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen davon aus, dass bei kommunalen Mandatsträgern eine Bestellung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB durch die Wahl in den Rat möglich ist.¹³⁹

b) Das Grundverhältnis

Nachdem bereits oben geklärt wurde, dass § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB sowohl einen eigenständigen Bestellungsakt als auch ein Grund- bzw. Innenverhältnis voraussetzt, ist nun fraglich, worin bei kommunalen Mandatsträgern dieses Grundverhältnis liegt. Ist in den herkömmlichen Fallgruppen von einem privatrechtlichen Dienst- oder Auftragsverhältnis zur Behörde oder sonstigen Stelle auszugehen, so kann jedenfalls die Tätigkeit des kommunalen Mandatsträgers offensichtlich nicht als eine solche aufgrund eines privaten Vertragsverhältnisses angesehen werden. Ferner kann diese Tätigkeit nicht ein öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis sein, weil dann bereits § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) bzw. Nr. 2 b) StGB einschlägig wären, die in Bezug auf kommunale Mandatsträger schon weiter oben abgelehnt werden mussten.¹⁴⁰ Es liegt aber nahe, das Mandatsverhältnis als taugliches Grundverhältnis i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB anzusehen. Zwar ist dieses weder als ein privatrechtliches noch öffentlich-rechtliches Dienst- oder Auftragsverhältnis im herkömmlichen Sinne zu qualifizieren. Betrachtet man jedoch die Funktion des Grundverhältnisses im Rahmen eines privaten Vertragsverhältnisses, dann kommt ihm die Aufgabe zu, die Beziehung zwischen

¹³⁷ Siehe § 95 Abs. 1 BRRG und ausdrücklich auch § 194 Abs. 3 LBG-Nds.

¹³⁸ Im Ergebnis ebenso aber ohne jegliche Begründung LG Krefeld NJW 1994, 2037, 2038; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 zuletzt auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11.08.2004, Az.: 26 KIs 835 Js 19/01 – 31/03 VI, veröffentlicht in Juris unter Rn 364 im Langtext unter Verweis auf diese Rspr *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 543; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 20 zuletzt auch *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 33.

¹³⁹ Gesetzesentwurf der Fraktion der SPD und der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 13/5952 des Landtags von NRW, Teil B, Begründung zu § 1 KorruptionsbekämpfungG NRW.

¹⁴⁰ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 552.

zwei Rechtssubjekten sowie die wechselseitigen Rechte, Pflichten und Befugnisse zu definieren. Demgegenüber sehen die Kommunalverfassungen ebenfalls eine Reihe von Rechten und Pflichten der kommunalen Mandatsträger aufgrund ihres Mandats vor.¹⁴¹ So haben sie das Recht zur Mitwirkung an allen wesentlichen Entscheidungen, welches sich in Fragerecht, Antragstellungs- und Kontrollrecht aufgliedern lässt.¹⁴² Zu den Pflichten gehören die Anwesenheitspflicht in der kommunalen Volksvertretung sowie die gewissenhafte und uneigennützig Mandatswahrnehmung.¹⁴³ Schließlich kann der kommunale Mandatsträger für seine Tätigkeit zwar kein Entgelt, jedoch einen finanziellen Ausgleich in Form einer Aufwandsentschädigung verlangen.¹⁴⁴

Folglich kann festgehalten werden, dass auch das Mandatsverhältnis der kommunalen Mandatsträger als ein Grundverhältnis i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB angesehen werden kann.¹⁴⁵

c) Freiwilligkeit der Bestellung ?

Nach *Düwel* kommt der Frage nach der Freiwilligkeit der Bestellung eine grundsätzliche Bedeutung zu, denn für die Übernahme von Ehrenämtern und die Ausübung einer ehrenamtlichen Tätigkeit besteht allgemein eine gesetzliche Verpflichtung, von welcher der Staatsbürger nur bei Vorliegen besonderer Gründe entbunden ist.¹⁴⁶ Entsprechend sehen die meisten Kommunalverfassungen eine sanktionsbewehrte Pflicht zur Übernahme des kommunalen Mandats vor.¹⁴⁷ Ist dem so, dann wird relevant, ob eine Bestellung i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ohne oder sogar gegen den Willen des Betroffenen möglich ist oder ausschließlich auf freiwilliger Basis erfolgen darf. Bereits unter dem strafrechtlichen Beamtenbegriff des

¹⁴¹ Ausführlich hierzu erst im 2. Kapitel unter C II 2 a.

¹⁴² Dazu im 2. Kapitel unter C II 2 a und b.

¹⁴³ Im Einzelnen im 2. Kapitel unter C II 2 c und d.

¹⁴⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 580 sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b ee, S. 187 und hierzu ausführlich im 2. Kapitel unter C II 2 b.

¹⁴⁵ Im Ergebnis ebenso aber ohne jegliche Problematisierung LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln NSTZ-RR 2003, 364 zuletzt auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11.08.2004, Az.: 26 KIs 835 Js 19/01 – 31/03 VI, veröffentlicht in Juris unter Rn 381 im Langtext.

¹⁴⁶ *Düwel*, Amtsgeheimnis, S. 60, der als Beispiel gerade die kommunale Mandatstätigkeit, die Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter oder Wahlhelfer nennt.

§ 359 StGB a.F. war in der Rechtsprechung umstritten, ob der dortige Begriff der „Anstellung“ nur auf einer vertragsmäßigen Grundlage möglich war oder ob sie auch durch einen einseitigen Akt der öffentlichen Gewalt zustande kommen konnte.¹⁴⁸ Die h.A. hat zum früheren strafrechtlichen Beamtenbegriff des § 359 StGB a.F. die Freiwilligkeit der Übernahme vorausgesetzt.¹⁴⁹ Auch nach dem BGH konnte das Erfordernis der Freiwilligkeit als einschränkendes Korrektiv gegenüber einer zu weitgehenden Erstreckung der strafrechtlichen Beamteneigenschaft aufgrund der Berufungs- und Funktionskriterien des Amtsträgers im tatsächlichen Sinne wirken.¹⁵⁰ Dagegen haben einzelne Stimmen in der Literatur bereits unter Geltung des § 359 StGB a.F. zwischen Innenverhältnis (vorliegend Grundverhältnis genannt) und Außenverhältnis unterschieden und konnten deswegen auf die Freiwilligkeit der Übernahme verzichten, weil sich das Einverständnis mit der Amtsübertragung höchstens auf dieses Innenverhältnis beziehen könne. Jedenfalls nehmen im Außenverhältnis auch die unfreiwillig tätigen Amtsträger staatliche Rechte und Pflichten wahr, mit der Folge, dass ihr Amtshandeln dem Staate in dem gleichen Umfang zuzurechnen ist wie das aller anderen Amtswalter.¹⁵¹ Die Kontroverse um die Freiwilligkeit der Übernahme im Rahmen des strafrechtlichen Beamtenbegriffs nach § 359 StGB a.F. muss vor dem Hintergrund gesehen werden, dass dieser auch Beamte im staatsrechtlichen Sinne erfasste.¹⁵² Bei jenen ist aber zur Begründung der Beamtenstellung regelmäßig das Einverständnis des Betroffenen notwendig, weil die

¹⁴⁷ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 343; *Stober*, Kommunalrecht, § 8 II 7, S. 141 je mwN.

¹⁴⁸ Umfassend hierzu *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 549 ff. unter Verweis auf die Rspr des RG, wo noch eine freiwillige Übernahme gefordert wurde vgl. RGSt 12, 419, 422; 25, 204, 205; 29, 15, 19; 39, 232, 234 und dem folgend der BGH MDR 1952, 693; BGHSt 10, 294, 297; 12, 108, 111; 25, 204, 206 im Gegensatz zu einigen Entscheidungen der Obergerichte, die das Merkmal der Freiwilligkeit nicht mehr für erforderlich halten vgl. OLG Braunschweig, MDR 1950, 629 bzw. DVBl 1951, 513 ff.; OLG Celle MDR 1962, 671.

¹⁴⁹ *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 34 und *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 549/550 je mwN.

¹⁵⁰ BGHSt 4, 113, 117; 12, 108, 109 ff. und zuletzt BGHSt 25, 204, 206, wo die strafrechtliche Beamteneigenschaft eines ehrenamtlichen Kassenverwalters einer bayerischen Gemeinde abgelehnt wurde; vgl. die instruktive Besprechung von *Pelchen* in LM § 359 (1973) Nr. 1 Bl. 1150: Nach *Pelchen* entspreche es dem Rechtsempfinden, dass demjenigen, dem mit der Übertragung eines Ehrenamts ein Opfer für die Gemeinschaft auferlegt wird, nicht noch das Risiko einer strengeren Bestrafung wegen diesen Amtes aufgebürdet werde.

¹⁵¹ *Wagner*, Amtsverbrechen, S. 118 sowie *Düwel*, Amtsgeheimnis, S. 61 ff.

¹⁵² *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 34; *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 551; *Rohlf*, Amtsdelikte, S. 12 ff. mwN.

Ernennung ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt darstellt.¹⁵³ Die Amtsträgereigenschaft von Beamten im staatsrechtlichen Sinne ist nunmehr in § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB geregelt. Ferner spricht heute gegen das Erfordernis der Freiwilligkeit, dass § 48 WStrG auch nichtfreiwillig dienende Soldaten in bestimmten Fällen den Amtsträgern gleichstellt.¹⁵⁴ Aus einem Vergleich mit den in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehenden Personen nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB und den nunmehr unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) i.V.m. Nr. 3 StGB erfassten ehrenamtlichen Richtern folgt, dass der Gesetzgeber weitgehend auf das Erfordernis der Freiwilligkeit als Grundlage einer Amtsträgereigenschaft verzichtet hat.¹⁵⁵ Letztlich lässt sich auch dem Wortlaut von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB für das geltende Recht kein Freiwilligkeitserfordernis entnehmen.¹⁵⁶ Entscheidend muss aber mit *Heinrich* darauf abgestellt werden, dass auch im Falle einer zwangsweisen Bestellung dem Betroffenen die für das staatliche Handeln charakteristischen Machtmittel und Einflussmöglichkeiten zuteil werden und der Bürger vor deren Missbrauch in gleicher Weise zu schützen ist, wie wenn die Bestellung zum Amtsträger auf freiwilliger Basis erfolgt wäre.¹⁵⁷ Denn im Hinblick auf die Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts kann es keine Rolle spielen, ob der Betroffene die – sich in ihrer Qualität nicht ändernde Aufgabe - aufgrund einer freiwilligen Übernahme oder aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung wahrnimmt.¹⁵⁸

Aber selbst wenn man mit der Mindermeinung davon ausgehen möchte, dass eine Bestellung nur im Einverständnis mit dem Bestellten möglich ist, dann wird sich wohl niemand um einen Sitz in einer kommunalen Volksvertretung bewerben, wenn er von vornherein das Mandat nicht annehmen möchte.¹⁵⁹ Eine Einschränkung der Pflicht

¹⁵³ *Wolff/Bachoff/Stober*, Verwaltungsrecht II, § 111 Rn 11 und 14.

¹⁵⁴ Hiezu *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 20; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 34; *AK-Wassermann*, § 11 Rn 21 sowie *Rohlf*, Amtsdelikte, S. 12 ff. je mwN.

¹⁵⁵ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 551.

¹⁵⁶ Hiezu *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 20; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 34 sowie *Rohlf*, Amtsdelikte, S. 12 ff.

¹⁵⁷ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 553 unter Hinweis auf *Schröder*, Beamtenbegriff, S. 78.

¹⁵⁸ Mit diesen Argumenten hält es das heutige Schrifttum für unerheblich, ob die Tätigkeit freiwillig oder aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Anordnung ausgeführt wird vgl. *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 28; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 20; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 34; *AK-Wassermann*, § 11 Rn 21 sowie *Düwel*, Amtsgeheimnis, S. 61 ff.; *Schröder*, Beamtenbegriff, S. 78; *Wagner*, Amtsverbrechen, S. 118; *Rohlf*, Amtsdelikte, S. 12 ff. und *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 553.

¹⁵⁹ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 551 für die Ehrenbeamten, deren Tätigkeit in den überwiegenden Fällen auf einer gesetzlichen Pflicht zur Übernahme beruht.

zur Wahlannahme ergibt sich nach den einzelnen Wahlgesetzen auch im Vorfeld der Wahl, denn die Aufnahme in einen Wahlvorschlag darf nur mit Zustimmung des Kandidaten erfolgen.¹⁶⁰ An Hand des Merkmals der Freiwilligkeit einer Bestellung kann daher die Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger nicht ausgeschlossen werden.

3.) Zwischenergebnis

Nach alledem kann mit den Instanzgerichten zu Recht angenommen werden, dass kommunale Mandatsträger durch ihre Wahl in die kommunale Volksvertretung zur Wahrnehmung ihrer Tätigkeit auch „bestellt“ i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB sind.¹⁶¹

III. Aufgaben der öffentlichen Verwaltung

Schließlich müssen kommunale Mandatsträger nicht zu irgendeiner Tätigkeit bestellt sein, sondern konkret zur Wahrnehmung von „*Aufgaben der öffentlichen Verwaltung*“. Leider enthalten sich die bislang ergangenen Entscheidungen auch in diesem Punkt einer eingehenden Begründung.¹⁶² Somit ist zunächst dieser vom Gesetzgeber gewählte Rechtsbegriff der „*Aufgaben der öffentlichen Verwaltung*“ i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB zu bestimmen. Die Weite der Definition dieses Begriffsmerkmals ist präjudiziell für eine enge oder weite Auslegung des Amtsträgerbegriffs.¹⁶³ Dabei ist zu beachten, dass nicht nur der Amtsträger selbst dazu bestellt sein muss, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen, sondern dass darüber hinaus auch (und notwendigerweise) die den Amtsträger bestellende Behörde oder sonstige Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung

¹⁶⁰ Gern, Kommunalrecht, Rn 343 unter Verweis auf § 8 Abs. 1 BWKWG; § 31 Abs. 8 NdsKWG; § 15 Abs. 3 NRWKWG; § 14 Abs. 3 ThürKWG.

¹⁶¹ Im Ergebnis ebenso, aber ohne jegliche Problematisierung LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 zuletzt auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11.08.2004, Az.: 26 Kls 835 Js 19/01 – 31/03 VI, veröffentlicht in Juris unter Rn 381 im Langtext.

¹⁶² LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 zuletzt auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11.08.2004, Az.: 26 Kls 835 Js 19/01 – 31/03 VI, veröffentlicht in Juris unter Rn 364 ff. und 381 im Langtext, andeutungsweise BGHSt 51, 44, 52.

¹⁶³ Geppert Jura 1981, 42, 44; Lenckner ZStW 106 (1994) 502, 518; Traumann, Bestechungsdelikte, S. 50 ff. sowie Seiten 66 und 79.

wahrzunehmen hat.¹⁶⁴ Dementsprechend wird zunächst allgemein der Begriff der Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB vorgestellt. Sodann wird die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung durch die kommunale Volksvertretung zu prüfen sein. Hierbei stellt sich die Frage, ob die kommunale Volksvertretung auch dann eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, wenn sie im Rahmen ihrer Rechtssetzungshoheit kommunale Satzungen erlässt. Letztlich muss auch der kommunale Mandatsträger selbst Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.

1.) Was sind Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ?

Der Begriff der öffentlichen Verwaltung sowie deren Aufgaben werden weder im StGB noch in anderen Gesetzen definiert. Im öffentlichen Recht findet der Begriff der Verwaltung in unterschiedlichen Kontexten und damit notwendigerweise in unterschiedlichen Bedeutungen Verwendung.¹⁶⁵ So bezeichnet die Verwaltung im organisatorischen Sinn die Verwaltungsorganisation, die aus der Gesamtheit der Verwaltungsträger, Verwaltungsorgane und sonstigen Verwaltungseinrichtungen besteht.¹⁶⁶ Unter Verwaltung im formellen Sinn versteht man die gesamte von den Verwaltungsbehörden ausgeübte Tätigkeit ohne Rücksicht darauf, ob sie materiell verwaltender Art ist oder nicht.¹⁶⁷ Schließlich gibt es den Begriff der Verwaltung im materiellen Sinne.¹⁶⁸ Einigkeit besteht darüber, dass bei § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB weder der organisatorische noch der formelle Verwaltungsbegriff gemeint sein können.¹⁶⁹ Dies lässt sich gerade aus der zweiten Alternative von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB begründen, wonach als Amtsträger auch gilt, wer nur *im Auftrag* einer Behörde oder Stelle tätig wird.¹⁷⁰ Da hierunter auch verwaltungsexterne Privatpersonen fallen können, verweist die Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB auf den Begriff der öffentlichen Verwaltung im materiellen Sinne, der sich um die Kategorisierung von Verwaltungsfunktionen nach inhaltlichen bzw. funktionalen

¹⁶⁴ Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 391.

¹⁶⁵ Hierzu Maurer, Verwaltungsrecht, § 1 Rn 1 ff.

¹⁶⁶ Erichsen, Verwaltungsrecht, § 1 Rn 3 ff.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 3 Rn 21 ff., die auch von Verwaltung im institutionellen Sinne sprechen.

¹⁶⁷ Maurer, Verwaltungsrecht, § 1 Rn 2 und Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 3 Rn 23.

¹⁶⁸ Ausführlich hierzu nur Maurer, Verwaltungsrecht, § 1 Rn 5 ff. und Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 3 Rn 7 ff.

¹⁶⁹ Deiters NStZ 2003, 453, 455.

Kriterien bemüht.¹⁷¹ Doch auch in Bezug auf diesen Verwaltungsbegriff ist bislang keine allgemeingültige Definition gefunden worden, so dass man mit *Forsthoff* Verwaltung nur beschreiben, nicht aber definieren kann.¹⁷² Auch wegen dieser Unsicherheiten wird allgemein eine strikte Verwaltungsakzessorietät abgelehnt.¹⁷³ Jedoch ist für die Inhaltsbestimmung und Interpretation der „*Aufgaben der öffentlichen Verwaltung*“ i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB eine Orientierung am Primat des Staats- und Verwaltungsrecht anerkannt, soweit dabei ausreichend Raum zur Korrektur durch spezifisch strafrechtliche Wertungen wie etwa solche vom Rechtsgut der einschlägigen Amtsdelikte oder dem systematischen Verhältnis zu den übrigen Gruppen strafrechtlicher Amtsträger verbleibt.¹⁷⁴ Welchen materiellen Gehalt die Aufgaben öffentlicher Verwaltung erfüllen müssen ist allerdings immer noch nicht eindeutig geklärt.¹⁷⁵ Immerhin geben die Gesetzesmaterialien eine grobe Richtung vor. Danach soll mit diesem Begriff sowohl die Wahrnehmung von Aufgaben der staatlichen Anordnungs- und Zwangsgewalt sowie die Tätigkeit des Staates zur Daseinsvorsorge – also die staatliche Tätigkeit, die dazu bestimmt ist, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder zu sorgen (BGHSt 12, 90 ff.) – und schließlich auch die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit umfasst sein.¹⁷⁶ Die Rechtsprechung hat hieraus gefolgert, dass mit dem Begriff der Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Wesentlichen diejenigen Tätigkeiten erfasst werden, die im Sinne der Rechtsprechung zu § 359 StGB a.F. aus der Staatsgewalt abgeleitet sind, staatlichen Zwecken dienen und die deshalb ein Hoheitsträger (rechtlich) zulässigerweise an sich ziehen darf.¹⁷⁷ Einigkeit besteht allerdings, dass die früher teilweise vertretene Beschränkung auf hoheitsrechtliche Aufgaben der Exekutive jedenfalls seit Einfügung der Worte „*unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform*“ in § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB durch

¹⁷⁰ *Deiters* NStZ 2003, 453, 455.

¹⁷¹ Bereits *Welp*, Lackner-FS, 761, 774.

¹⁷² Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., 8. Aufl., § 1 Nr. 1.

¹⁷³ *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 510 ff. mwN.

¹⁷⁴ *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 34; *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 23 ff. und zur Beschränkung auf hoheitsrechtliche Aufgaben noch *Wagner*, Amtsverbrechen, S. 133 und *Schröder*, Beamtenbegriff, S. 227 und aus der Rspr BGHSt 38, 199 ff.

¹⁷⁵ *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 34 unter Verweis auf *Erichsen*, Verwaltungsrecht, § 1 Rn 6.

¹⁷⁶ BT-Drs. 7/550, S. 208.

¹⁷⁷ Vgl. zu § 358 StGB a.F. schon BGHSt 9, 203 ff.; 11, 345 ff. und zu § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB BGHSt 37, 191 ff.; 38, 199 ff.

das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13.8.1997 obsolet ist.¹⁷⁸ Dieser Ansatz der Rechtsprechung hat auch im Schrifttum weitgehend Beifall gefunden, wo man sich allerdings um eine weitere Konkretisierung im Hinblick auf die in der Verwaltungs(rechts)lehre anerkannten Typen von öffentlicher Verwaltung bemüht.¹⁷⁹ Diese sind die sog. Eingriffsverwaltung, die Leistungsverwaltung mit der Daseinsvorsorge sowie die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit des Staates.¹⁸⁰

a) Eingriffsverwaltung

Die Eingriffsverwaltung lässt sich in Ordnungsverwaltung zur Gefahrenabwehr also dem herkömmlichen Polizeirecht sowie in die Abgabenverwaltung einteilen. Dem Staat kommt hier im Rahmen seines Gewaltmonopols nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich eine Machtposition zu, die ihn von den Privatrechtssubjekten unterscheidet.¹⁸¹ Wesensmerkmal dieser ursprünglichsten Form der öffentlichen Verwaltung ist, dass ein Träger hoheitlicher Gewalt Entscheidungen mit belastender Wirkung für den Bürger trifft und ggf. mit Zwangsmitteln durchsetzen kann. Äußerungsform der Eingriffsverwaltung gegenüber dem Bürger ist damit regelmäßig ein belastender Verwaltungsakt nach § 35 Satz 1 VwVfG.¹⁸²

b) Leistungsverwaltung und Daseinsvorsorge

Hingegen versteht man unter der Leistungsverwaltung diejenige Verwaltungstätigkeit, die im Wesentlichen durch Gewährung von Zuwendungen unterschiedlichster Art für den einzelnen Bürger begünstigende Entscheidungen trifft.¹⁸³ Dabei gliedert sich die Leistungsverwaltung insbesondere in die Teilbereiche Subventionsverwaltung, Daseinsvorsorge und die sog. planende Verwaltung.¹⁸⁴ Die Subventions- oder Förderungsverwaltung hat die Gewährung von materiellen Begünstigungen an den einzelnen Bürger oder Zusammenschlüsse von Bürger in

¹⁷⁸ MüKo-Radtke, § 11 Rn 36.

¹⁷⁹ die umfassende Darstellung von *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 404 ff.; MüKo-Radtke, § 11 Rn 36; SK-Rudolphi/Stein, § 11 Rn 23 ff.

¹⁸⁰ Zu dieser Dreiteilung MüKo-Radtke, § 11 Rn 36.

¹⁸¹ *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 1 Rn 15 ff.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 4 Rn 8 ff.

¹⁸² *Wolff/Bachoff/Stober*, Verwaltungsrecht Band 1, § 23 Rn 39.

¹⁸³ *Wolff/Bachoff/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 4 Rn 16 mwN.

¹⁸⁴ *Wolff/Bachoff/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 4 Rn 16 ff.; *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 407.

Form von Zahlung von Sozialleistungen oder Subventionen an Wirtschaftsunternehmen oder landwirtschaftliche Betriebe zum Inhalt.¹⁸⁵ Der maßgeblich von *Forsthoff* in die Diskussion eingeführte Begriff der Daseinsvorsorge umfasst „alles, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuss nützlicher Leistungen zu versetzen.“¹⁸⁶ Die Rechtsprechung seit BGHSt 12, 89, 90 versteht darunter diejenige staatliche Tätigkeit, die dazu bestimmt ist, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder zu sorgen.¹⁸⁷ Darunter fasst man insbesondere den Ausbau von Infrastruktureinrichtungen wie Straßen- und Schienennetz sowie der Elektrizitäts- und Wasserversorgung und des öffentlichen Nahverkehrs.¹⁸⁸ Des Weiteren der Erhalt und Betrieb von öffentlichen Einrichtungen wie Schulen Universitäten, Krankenhäusern, Theatern und Museen, Parks und Sportanlagen.¹⁸⁹

Vor allem im Bereich der Daseinsvorsorge stößt die Bestimmung des strafrechtlichen Amtsträgerbegriffs nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB nicht zuletzt durch die mannigfaltigen Möglichkeiten der Privatisierung öffentlicher Betriebe und Einrichtungen auf Probleme.¹⁹⁰ Teil der Leistungsverwaltung ist schließlich die sog. planende Verwaltung¹⁹¹, die im Vorfeld der konkreten Umsetzung einer Infrastrukturverbesserung durch planende Tätigkeit eine Verbesserung der

¹⁸⁵ MüKo-Radtke, § 11 Rn 39 unter Zitierung von *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Band 1, § 3 Rn 6 sowie bereits *Welp*, Lackner-FS, 761, 779.

¹⁸⁶ *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band 1, Allgemeiner Teil, S. 370.

¹⁸⁷ auch BGHSt 31, 264, 268; 38, 199, 202; 45, 16, 19; 49, 214, 220.

¹⁸⁸ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 4 Rn 17 sprechen hier zu Recht auch von Infrastrukturverwaltung.

¹⁸⁹ Weitere Beispiele auch bei *Welp*, Lackner-FS, 761, 778 f.

¹⁹⁰ Vgl. *Ransiek* NSTz 1997, 519, 521 und ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 409 ff. sowie BGHSt 50, 299 ff. mit Besprechungen von *Noltensmeier* StV 2006, 132 ff.; *Becker* StV 2006, 263 ff. sowie *Radtke* NSTz 2007, 57 ff. jüngst bestätigt durch BGH wistra 2007, 17 = NSTz 2007, 211.

¹⁹¹ Die Begrifflichkeit wird leider nicht einheitlich gebraucht: So ist die planende Verwaltung nach *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 69 ein eigenständiger Typus, der Verwaltung neben der Leistungsverwaltung; *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 1 Rn 17 spricht von Lenkungsverwaltung und *Peine*, Verwaltungsrecht, Rn 16 von Planungsverwaltung.

Lebensbedingungen zum Ziel hat. Hierunter fällt die Straßenentwicklungsplanung, die Raumordnungs- sowie die Bauleitplanung.¹⁹²

c) Erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit

Diese Betätigung des Staates beinhaltet all diejenigen Aktivitäten, die sich nicht bereits der Eingriffsverwaltung oder Leistungsverwaltung zuordnen lassen. Dabei wird die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung des Staates in die Teilsegmente Beschaffungs- und Bedarfsverwaltung sowie wirtschaftliche Betätigung des Staates untergliedert.¹⁹³

Im Rahmen der Beschaffungs- und Bedarfsverwaltung tritt der Staat als Nachfrager von Waren und Dienstleistungen (fiskalische Hilfsgeschäfte) am privaten Markt auf und kauft diese teils unter Einschaltung von Vergabeverfahren ein.¹⁹⁴ Beschaffungsverwaltung liegt beispielsweise bei Ankauf von Dienstmaterial wie Computer, Büroeinrichtungen oder Fahrzeugen zum Zwecke der Eingriffs- oder Leistungsverwaltung vor.¹⁹⁵ Aber auch der Erwerb von Gebäuden und Grundstücken und deren bautechnische Unterhaltung und Einrichtung zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben gehört hierher.¹⁹⁶ Die Beschaffungs- und Bedarfsverwaltung wird unisono als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB angesehen.¹⁹⁷ Denn erst die Zurverfügungstellung von persönlichen und sachlichen Mitteln kann die Grundlage für eine funktionierende Verwaltungstätigkeit darstellen.¹⁹⁸ Qualifiziert man mit *Heinrich* diese Funktionsfähigkeit staatlicher Verwaltungstätigkeit als ein gemeinsames Rechtsgut der Amtsdelikte, so wird dieses besonders durch pflichtwidriges Verhalten von Bediensteten im Rahmen der

¹⁹² MüKo-Radtke, § 11 Rn 39; *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 407 ff. und aus dem Verwaltungsrecht *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 4 Rn 32 ff.; *Peine*, Verwaltungsrecht, Rn 16.

¹⁹³ Zu dieser Unterteilung MüKo-Radtke, § 11 Rn 36 unter Verweis auf *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 415 ff. sowie *Ransiek* NStZ 1997, 519, 521 und bereits *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 528.

¹⁹⁴ MüKo-Radtke, § 11 Rn 42.

¹⁹⁵ Ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 418 bereits *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 528.

¹⁹⁶ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 418 und *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 4 Rn 46 ff.; *Peine*, Verwaltungsrecht, Rn 16 bereits *Haft* NJW 1995, 1113, 1114.

¹⁹⁷ vgl. statt aller *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 22; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 22; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 9 ff.; MüKo-Radtke, § 11 Rn 43 je mwN.

¹⁹⁸ Ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 479, 490 ff.; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 22; MüKo-Radtke, § 11 Rn 43; *Ransiek* NStZ 1997, 519, 522 bereits *Weiser* NJW 1995, 968, 970.

Beschaffungs- und Bedarfsverwaltung betroffen.¹⁹⁹ Letztlich weist *Lenckner* zu Recht auf die Anfälligkeit gerade des staatlichen Beschaffungswesen gegen Korruption hin.²⁰⁰

Dagegen tritt der Staat im Rahmen seiner rein wirtschaftlichen Betätigung selbst als Anbieter von Waren und Dienstleistungen gewinnorientiert am Markt auf und kann hierbei durchaus mit privaten Dritten in Konkurrenz treten.²⁰¹ Beispiele hierfür sind unter anderem land- und forstwirtschaftliche Betriebe, staatliche Porzellanmanufakturen, der Betrieb von Beherbergungsstätten, Banken und Brauereien, aber auch die bloße finanzielle Beteiligung an privaten Wirtschaftsunternehmen.²⁰²

Während es sich bei der Beschaffungs- und Bedarfsverwaltung eindeutig um die Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung handelt,²⁰³ ist dies bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung umstritten. Soweit es sich hier noch im Sinne von Daseinsvorsorge um Tätigkeiten zum Zwecke der Schaffung und Verbesserung von notwendiger Lebensbedingungen handelt und die Gewinnerzielung lediglich ein Nebenprodukt darstellt, werden diese unabhängig von der konkret gewählten Organisationsform von der Daseinsvorsorge umfasst und stellen bereits deswegen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung dar.²⁰⁴ Der danach übrig bleibende Teil rein wirtschaftlicher staatlicher Tätigkeit ist schmal.²⁰⁵ Richtigerweise werden hier keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen.²⁰⁶ Denn in diesem Bereich tritt der Staat lediglich als einer von mehreren Wettbewerbern auf, so dass er allenfalls über §§ 298 ff. StGB geschützt wird. Für eine darüber hinausgehende

¹⁹⁹ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 487 und 489 ff. insoweit ihm folgend *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 43.

²⁰⁰ Zu dieser Argumentation *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 530.

²⁰¹ *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 42 verweist auf *Ransiek* NStZ 1997, 519, 521; *Geppert* Jura 1981, 42, 44.

²⁰² *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 416 mit weiteren Beispielen dort in Fn 670.

²⁰³ Ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 479, 490 ff.; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 22; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 43; *Ransiek* NStZ 1997, 519, 522 bereits *Weiser* NJW 1995, 968, 970.

²⁰⁴ *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 22; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 22; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 9 ff.; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 45.

²⁰⁵ Darauf verweist zutreffend *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 45.

²⁰⁶ *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 23; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 9a; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 45; *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 493 ff.; 498 ff.; *Ransiek* NStZ 1997, 519, 522; *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 533; *Welp*, *Lackner-FS*, 761, 786; *Dingeldey* NStZ 1984, 503 f.; *Geppert* Jura 1982, 42, 44 der BGH musste hierzu noch nicht Stellung beziehen, offen deshalb BGHSt 31, 264, 269; 38, 199, 202.

besondere Schutzbedürftigkeit nach §§ 331 ff. StGB gibt es keine vernünftigen Argumente.²⁰⁷ Ferner sollte nach der Gesetzesbegründung der Anwendungsbereich von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB jenen von § 359 StGB a.F. umfassen.²⁰⁸ Von diesem war aber die wirtschaftliche Betätigung des Staates unstrittig nicht erfasst.²⁰⁹ Soweit von der Gegenmeinung²¹⁰ darauf abgestellt wird, dass § 11 nunmehr von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung spricht und nicht - wie § 10 Nr. 4 b) des Entwurfs von 1962 - von „hoheitsrechtlichen Aufgaben der vollziehenden Gewalt“, ist diese Argumentation missverständlich.²¹¹ Zum einen wäre mit der Formulierung des E 1962 eine Beschränkung lediglich auf die Eingriffsverwaltung verbunden gewesen, was in der Tat hinter dem Anwendungsbereich von § 359 StGB a.F. zurückgeblieben wäre. Zum anderen ergibt sich aus dieser Argumentation kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber die jetzige Formulierung „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ sogar über ihre Bedeutung im öffentlichen Recht hinaus verstanden wissen wollte. Denn auch im öffentlichen Recht gehört die rein wirtschaftliche Betätigung des Staates nicht unbedingt zum Begriff der öffentlichen Verwaltung.²¹²

Im Ergebnis weist die rein wirtschaftliche Tätigkeit keinen unmittelbaren Bezug zu einem öffentlichen Interesse auf, das über das allgemeine Finanzinteresse des Staates hinausgeht.²¹³ Deshalb kann es sich bei der rein wirtschaftlichen Betätigung des Staates nicht um Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB handeln.²¹⁴

²⁰⁷ *Ransiek* NStZ 1997, 519, 522 sowie jüngst *Radtke* NStZ 2007, 57, 61 je mwN.

²⁰⁸ BT-Drs. 7/550, S. 208.

²⁰⁹ *Welp*, Lackner-FS, 761, 782 ff.

²¹⁰ So insbesondere *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 22; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 22; *NK-Lemke*, § 11 Rn 21; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 36 und *AK-Wassermann*, § 11 Rn 17 und bereits *Schaupensteiner*, Kriminallistik 1990, 507, 509.

²¹¹ Hierauf verweisen *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 9a; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 45.

²¹² ob hier der Staat überhaupt erwerbswirtschaftlich tätig werden darf vgl. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 23 Rn 6 ff. und 23 ff.; *Erichsen*, Verwaltungsrecht, § 1 Rn 31; *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 3 Rn 8.

²¹³ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 495 ff. ihm folgend *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 45.

²¹⁴ Neben den oben genannten: *Welp*, Lackner-FS, 761, 786; *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 533; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 9a; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 45; *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 23 ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 489 ff. jüngst *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 390 alle mwN.

2.) Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auf kommunaler Ebene ?

Wie vorstehend unter 1.) dargestellt ist das Merkmal der „*Aufgaben der öffentlichen Verwaltung*“ sehr vielschichtig. In der bisherigen Diskussion zur Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger wird das Merkmal „der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ durch die kommunale Volksvertretung pauschal und ohne weitere Argumentation mit deren Eigenschaft als kommunalverfassungsrechtliches Hauptorgan der Kommune begründet.²¹⁵ Tatsächlich kommt der kommunalen Volksvertretung nach allen Kommunalverfassungen zwar eine grundsätzliche Kompetenz für sämtliche Angelegenheiten der Kommune zu.²¹⁶ Das bloße Abstellen auf die kommunalverfassungsrechtliche Hauptorganstellung der kommunalen Volksvertretung verkennt jedoch die eigenständige Organstellung des Bürgermeisters, die diesem nunmehr nach allen Kommunalverfassungen neben der kommunalen Volksvertretung zukommt:

a) Die ursprünglichen Kommunalverfassungssysteme in Deutschland

Bis zur Wiedervereinigung gab es in Deutschland im Wesentlichen vier unterschiedliche Kommunalverfassungssysteme.²¹⁷

Die sog. Süddeutsche Ratsverfassung gab es damals lediglich in Baden-Württemberg und Bayern. Sie zeichnet sich durch eine starke Stellung des direkt von den Bürgern gewählten Bürgermeisters aus, dem neben dem Gemeinderat eine eigene Organstellung zukommt.²¹⁸ Ebenfalls dualistisch ausgeformt war die sog. (rheinische) Bürgermeisterverfassung in Rheinland-Pfalz, dem Saarland und den

²¹⁵ Vgl. LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 zuletzt auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11.08.2004, Az.: 26 KIs 835 Js 19/01 – 31/03 VI, veröffentlicht in Juris unter Rn 364 ff. im Langtext, ebenso *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 ff.

²¹⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 315 verweist auf § 24 BWGemO; Art. 29 und 30 BayGemO; §§ 32 Abs. 2 und 35 Abs. 1 BbgGemO; § 9 HessGemO; § 22 Abs. 1 MVKV; § 31 NdsGemO; § 40 NRWGemO; § 32 RPGemO; § 34 SaarKSVG; § 27 Abs. 1 SächsGemO; § 44 Abs. 1 SachsAnGemO; § 27 Abs. 1 SHGemO, § 22 ThürKO.

²¹⁷ Ausführlich *Schleberger*, HdbKWP II (2. Aufl.), § 30, S. 197 ff.

²¹⁸ Ausführlich hierzu *Gern*, Kommunalrecht, Rn 18.

nichtstädtischen Gemeinden in Schleswig-Holstein.²¹⁹ Auch hier standen dem Bürgermeister eigene Kompetenzen gegenüber dem Gemeinderat zu. Der Bürgermeister wurde aber nicht unmittelbar von der Bürgerschaft, sondern vom Gemeinderat gewählt.²²⁰ Nach der sog. Hessischen Magistratsverfassung, die über Hessen hinaus auch in den Städten von Schleswig-Holstein sowie in Bremerhaven galt, war zwar ebenfalls die Gemeindevertretung Haupt- und Beschlussorgan. Kollegiales Vollzugsorgan war aber der Magistrat und nicht ausschließlich der Bürgermeister. Dem Bürgermeister kamen aber als drittem Organ, welches ebenfalls von der Gemeindevertretung gewählt wurde, eigene Kompetenzen gegenüber dem Magistrat zu.²²¹ Die sog. echte Magistratsverfassung, bei der die Beschlüsse der Gemeindevertretung der Zustimmung des Magistrats bedurften gibt es in Deutschland nicht mehr.²²² Schließlich war in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen die sog. Norddeutsche Ratsverfassung oder auch Direktorialverfassung verbreitet.²²³ Diese auf englische Rechtsvorstellungen in der Besatzungszeit zurückgehende Verfassungsform war im Ansatz monistisch strukturiert.²²⁴ Denn sämtliche Kompetenzen waren beim Rat als kommunaler Volksvertretung konzentriert.²²⁵ Der Bürgermeister war lediglich Vorsitzender des Rates. Er wurde deshalb vom Rat gewählt.²²⁶ Ihm kamen aber nur repräsentative Funktionen zu. Die rechtliche Vertretung der Kommune sowie der Vollzug der Beschlüsse des Rates oblag einem Hauptverwaltungsbeamten, der ebenfalls vom Rat ernannt wurde. Dieser sog. Gemeinde- oder (Stadt)direktor wurde daher nicht Kraft eigener Kompetenz, sondern lediglich im Auftrag des Rates tätig.²²⁷

²¹⁹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 41.

²²⁰ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 41 sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 4 II 4, S. 31 ff.

²²¹ Hierzu *Gern*, Kommunalrecht, Rn 42.

²²² *Stober*, Kommunalrecht, § 4 II 4, S. 31 ff.

²²³ Ausführlich hierzu *Berg*, HdbKWP II (2. Aufl.), § 32, S. 222 ff. sowie *Erichsen*, Kommunalrecht § 2 C 2 d) und e), S. 25 ff. und 34 ff.

²²⁴ Zur geschichtlichen Entwicklung *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 15 ff.

²²⁵ *Stober*, Kommunalrecht, § 4 II 1., S. 28 ff.

²²⁶ *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 165.

²²⁷ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 43 sowie *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 165.

b) Die dualistische Struktur aller Gemeindeverfassungen

Nach der Wende galt im Beitrittsgebiet zunächst die noch zu DDR-Zeiten erlassene Kommunalverfassung.²²⁸ Die fünf neuen Bundesländer haben sich jedoch nach und nach eigene Kommunalverfassungen gegeben.²²⁹ Die nun in den neuen Ländern geltenden Gemeindeordnungen sehen durchweg die Direktwahl der Bürgermeister vor und lehnen sich auch sonst sehr an die Süddeutsche Ratsverfassung an.²³⁰ Dadurch bedingt kam es auch in den alten Bundesländern zu einem Paradigmenwechsel hin zur Süddeutschen Ratsverfassung.²³¹ 1993 wurden in Rheinland-Pfalz, 1994 im Saarland sowie 1998 in Schleswig-Holstein umfassend die Gemeindeordnungen novelliert und unter anderem die Direktwahl der Bürgermeister eingeführt.²³² Damit wurde die bis dahin in diesen Ländern geltende rheinische Bürgermeisterversfassung faktisch durch die Süddeutsche Ratsverfassung abgelöst.²³³ Auch in Hessen wurde 1993 die Direktwahl der Bürgermeister eingeführt und die bis dahin bestehende Magistratsverfassung umfassend an die Süddeutsche Ratsverfassung angeglichen.²³⁴ Im Jahre 1998 ist in Schleswig-Holstein die nur in den Städten bestehende Magistratsverfassung abgeschafft worden und entsprechend der Süddeutschen Ratsverfassung die Direktwahl der Bürgermeister eingeführt worden. Die Magistratsverfassung gibt es damit heute lediglich noch in Bremerhaven und in modifizierter Form als sog. unechte Magistratsverfassung in Hessen.²³⁵ Schließlich wurde bereits im Jahre 1994 auch in Nordrhein-Westfalen der monistische Ansatz der Norddeutschen Ratsverfassung aufgegeben und durch ein modifiziertes süddeutsches System abgelöst.²³⁶ Der Bürgermeister wird in NRW

²²⁸ Kommunalverfassung vom 17. Mai 1990, DDR GBl. S. 255 vgl. *Hoffmann DÖV* 1994, 621 und 621.

²²⁹ Vgl. hierzu die Verweise auf die einzelnen Kommunalverfassungen bei *Gern*, Kommunalrecht, Rn 46 sowie *Hoffmann DÖV* 1994, 621 und 623 ff.

²³⁰ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 44 und Kommunalrecht BW, Rn 22 auch *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 166 mit ausführlichem Vergleich *Hoffmann DÖV* 1994, 621.

²³¹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 40 ff. sowie *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 161 ff., 166; eingehend *Hoffmann DÖV* 1994, 621, 626 ff. und 629.

²³² *Gern*, Kommunalrecht, Rn 41.

²³³ *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 163 ausführlich *Hoffmann DÖV* 1994, 621, 626 ff.

²³⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 42 sowie *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 164.

²³⁵ *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 164.

²³⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 43; *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 165 grundlegend für NRW: *Erichsen*, Kommunalrecht, § 2 C 2 e), S. 34 ff. sowie aus der Sicht eines Politpraktikers *Schnoor*, Anmerkungen zur neuen Kommunalverfassung in NRW, NWVBI 1996, 281.

seit 1999 ebenfalls direkt gewählt und ist mit eigenen Verwaltungskompetenzen gegenüber dem Rat, dessen Vorsitzender er ist, ausgestattet worden.²³⁷ Dem folgend wurde 1996 auch in Niedersachsen die Norddeutsche Ratsverfassung abgeschafft an deren Stelle eine weitestgehend an der Süddeutschen Ratsverfassung orientierte Gemeindeordnung trat.²³⁸

Damit ist festzuhalten, dass sich nunmehr in ganz Deutschland die Kommunalverfassungen an der Süddeutschen Ratsverfassung orientieren.²³⁹ Deshalb lohnt es sich deren Grundstrukturen näher zu beleuchten. Sodann sollen die Zuständigkeitsbereiche von Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung gegeneinander abgegrenzt werden.

Die Süddeutsche Ratsverfassung zeichnet sich durch eine starke Stellung des Bürgermeisters aus, der direkt vom Volk gewählt wird und in Personalunion sowohl Vorsitzender der kommunalen Volksvertretung als auch Chef der auf ihn zugeschnittenen Kommunalverwaltung ist.²⁴⁰ Darüber hinaus vertritt ausschließlich der Bürgermeister die Kommune nach innen und nach außen, jeweils sowohl im rechtsgeschäftlichen als auch repräsentativen Sinne. Diese starke Stellung wird weiter hervorgehoben durch die ausschließliche Zuständigkeit des Bürgermeisters für die sog. Pflichtaufgaben nach Weisung und die Geschäfte der laufenden Verwaltung.²⁴¹ Darüber hinaus ist der Bürgermeister für die Erledigung sonstiger ihm von der kommunalen Volksvertretung übertragener Aufgaben zuständig. Schließlich steht ihm in unaufschiebbaren dringlichen Angelegenheiten ein sog. Eilentscheidungsrecht zu, das einem Beschluss der kommunalen Volksvertretung gleichsteht.²⁴² *Püttner* schlägt daher vor hier anstatt von Süddeutscher Ratsverfassung von „Süddeutscher Bürgermeisterverfassung“ zu sprechen.²⁴³

²³⁷ Zum Bürgermeister in NRW: *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 2, S. 118 ff.

²³⁸ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 43; *Neudza*, VerwRundsch 1996, 289 – zum Vergleich der Stellung des „alten“ Gemeindedirektors mit dem „neuen“ Bürgermeister.

²³⁹ *Hoffmann* DÖV 1994, 621, 626 ff.; *Schrameyer*, Bürgermeister, spricht in Rn 44 ff. unter Verweis auf *von Arnim* ZRP 1995, 340 ff. sogar vom „Siegeszug der Süddeutschen Ratsverfassung“.

²⁴⁰ Ausführlich hierzu *Wehling*, HdbKWP II (2. Aufl.), § 33, S. 230 ff.

²⁴¹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 40.

²⁴² *Gern*, Kommunalrecht, Rn 40.

²⁴³ *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 162.

c) Zuständigkeitsverteilung zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung

Aus der dualistischen Struktur nunmehr sämtlicher Gemeindeordnungen folgt, dass jedem der beiden Kommunalorgane ein eigenständiger Kompetenzbereich zukommt. Im Einzelnen besitzt der Bürgermeister nach dem Modell der Süddeutschen Ratsverfassung in folgenden Angelegenheiten eine ausschließliche Entscheidungskompetenz:

aa) Die sog. Pflichtaufgaben nach Weisung

Darunter versteht man all die Aufgaben, die die Gemeinde als Glied der Staatsverwaltung im sog. übertragenen Wirkungskreis wahrnehmen muss.²⁴⁴ Hierunter fällt die rein materiell verwaltende Tätigkeit im Sinne der strikten Anwendung der verschiedenen Bundes- und Landesgesetze auf dem Gebiet des Polizei- und Ordnungsrechts sowie des Leistungsrechts.²⁴⁵ Rechtliche Äußerungsform der Entscheidungen des Bürgermeisters auf diesem Gebiet ist der klassische Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG. Faktisch wird der Bürgermeister in größeren Kommunen die Verwaltungsakte nicht selbst erlassen, sondern durch damit betraute Verwaltungsbedienstete.²⁴⁶ In rechtlicher Hinsicht ergehen sie allerdings in seinem Namen.²⁴⁷ Somit kann bereits hier festgehalten werden, dass die kommunale Volksvertretung im Rahmen der Pflichtaufgaben nach Weisung nicht tätig wird und damit auf dem Gebiet der Ordnungs-, Eingriffs- und gesetzlichen Leistungsverwaltung keine Verwaltungsakte erlässt.²⁴⁸

²⁴⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 381 unter Verweis auf § 44 Abs. 3 BWGemO; Art. 37 und 59 BayGemO; § 66 Abs. 1 Ziff. 1 und § 150 HessGemO; § 37 Abs. 5 MVKV; § 62 Abs. 1 NdsGemO; § 62 Abs. 3 NRWGemO; § 47 Abs. 1 Ziff. 4 RPGemO; § 59 Abs. 4 SaarkSVG; § 53 Abs. 3 SächsGemO; § 63 Abs. 4 SachsAnGemO; § 55 Abs. 3 und § 65 Abs. 5 SHGemO; § 29 Abs. 2 Ziff. 2 ThürKO.

²⁴⁵ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 381; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 b, S. 209; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 380; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 2b, S. 127; *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 273 ff. und Rn 346 ff.

²⁴⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 373 unter Verweis auf § 53 BWGemO; Art. 39 BayGemO; 67 Abs. 4 BbgGemO; § 71 HessGemO; § 38 Abs. 2 und 4 MVKV; § 63 NdsGemO; §§ 62 Abs. 1; 64 Abs. 3, 68 Abs. 3 NRWGemO; § 49 RPGemO; § 62 SaarkSVG; § 59 SächsGemO; § 69 SachsAnGemO; § 56 Abs. 3 und § 61 Abs. 3 SHGemO; § 29 Abs. 1 ThürKO.

²⁴⁷ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 373; *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 273 ff.

²⁴⁸ Hierzu bereits oben unter III 1 a sowie *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 273.

bb) Die sog. Geschäfte der laufenden Verwaltung

Dies sind alle Angelegenheiten, die für die Gemeinde weder unter wirtschaftlichen noch unter politischen Gesichtspunkten von wesentlicher sozialer, kultureller oder vor allem finanzieller Bedeutung sind und die mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehren.²⁴⁹ Ob danach ein Geschäft in einer bestimmten Kommune zur laufenden Verwaltung gehört, kann je nach Größe, Struktur, Finanzkraft und Verwaltungsintensität der Kommune unterschiedlich zu beurteilen sein.²⁵⁰ Infolgedessen wird diesbezüglich der Verwaltungsleitung und damit dem Bürgermeister ein Beurteilungsspielraum eingeräumt.²⁵¹ Der Bürgermeister hat aber der kommunalen Volksvertretung bzw. dem jeweils zuständigen beschließenden Ausschuss immer dann die jeweilige Problematik zur Entscheidung vorzulegen, wenn sie von gewichtiger Tragweite und daher politisch umstritten ist.²⁵² Denn bei grundsätzlichen kommunalpolitischen Entscheidungsfragen ist die Zuständigkeit der kommunalen Volksvertretung gegeben.²⁵³

cc) Die sonstigen auf den Bürgermeister übertragenen Aufgaben

Nahezu alle Gemeindeordnungen räumen der kommunalen Volksvertretung oder ihren Ausschüssen die Möglichkeit ein, einzelne ihrer Aufgaben auf Grundlage von Hauptsatzung, Geschäftsordnung oder per Einzelbeschluss auf den Bürgermeister zu übertragen.²⁵⁴ Dieser erledigt die ihm übertragenen Aufgaben anstelle der kommunalen Volksvertretung. Hierbei sehen mehrere Gemeindeordnungen ferner vor, dass die kommunale Volksvertretung alle oder einzelne übertragene Aufgaben

²⁴⁹ Ausführlich *Kunze/Bronner/Katz*, § 44 BWGemO Rn 14 ff.; *Bauer/Böhle/Ecker*, Art. 37 BayGemO Rn 3 ff.; entsprechendes gilt auch in den anderen Bundesländern vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 378; *Burgi*, Kommunalrecht, § 13 Rn 22 und *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 2 b, S. 127.

²⁵⁰ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 b, S. 209; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 372.

²⁵¹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 380; *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 148 und 225 a.E.

²⁵² *Burgi*, Kommunalrecht, § 13 Rn 22 und *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 372.

²⁵³ *Kunze/Bronner/Katz*, § 24 BWGemO Rn 5 bis 8.

²⁵⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 382 unter Verweis auf § 44 Abs. 2 BWGemO; Art. 37 Abs. 2 BayGemO; § 63 Abs. 1b BbgGemO: Übertragung von Aufgaben des Hauptausschusses an den Bürgermeister; § 66 Abs. 1 Ziff. 3 HessGemO; § 57 Abs. 4 i.V.m. § 62 Abs. 1 Ziff. 2 NdsGemO: Übertragung von Aufgaben des Verwaltungsausschusses; § 62 Abs. 2 und § 41 Abs. 2 NRW GemO; §§ 34 und 59 Abs. 3 SaarLKSVG; § 53 Abs. 2 SächsGemO; § 63 Abs. 3 SachsAnGemO: nur durch Hauptsatzung möglich; § 29 Abs. 4 ThürKO.

generell²⁵⁵ oder sogar im Einzelfall²⁵⁶ wieder an sich ziehen oder sich eine abschließende Entscheidung vorbehalten kann.²⁵⁷

dd) Das sog. Eilentscheidungsrecht

Bei unaufschiebbaren dringlichen Angelegenheiten, für die die kommunale Volksvertretung an sich zuständig wäre, diese aber nicht mehr rechtzeitig entscheiden kann, weil eine Gemeinderatssitzung – auch ohne Form und Frist – nicht mehr rechtzeitig einberufen werden kann, steht dem Bürgermeister ein Eilentscheidungsrecht zu.²⁵⁸ Dringend ist eine Angelegenheit dann, wenn ohne die Entscheidung über sie erhebliche Nachteile oder Gefahren für die Kommune oder ihre Interessen drohen.²⁵⁹

ee) Zusammenfassung

Nachdem eine derartige Abgrenzung der Kompetenzbereiche zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung bislang in Reinform lediglich in Bayern und Baden-Württemberg bestand, hat sie mit dem Siegeszug²⁶⁰ der Süddeutschen Ratsverfassung in alle Gemeindeordnungen Einzug gehalten. Sie unterstreicht insbesondere die eigenständige Organfunktion des Bürgermeisters neben der kommunalen Volksvertretung.²⁶¹ Denn bei Sachentscheidungen auf dem

²⁵⁵ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 382 unter Verweis auf § 44 Abs. 2 BWGemO; Art. 39 Abs. 2 BayGemO; § 22 Abs. 2 MVKV; § 29 Abs. 4 ThürKO.

²⁵⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 382 verweist auf § 50 Abs. 1 HessGemO und § 27 Abs. 1 SHGemO.

²⁵⁷ Diesbezüglich *Gern*, Kommunalrecht, Rn 382 unter Verweis auf § 57 Abs. 2 NdsGemO.

²⁵⁸ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 376 unter Verweis auf § 43 Abs. 4 BWGemO; Art. 37 Abs. 3 BayGemO; § 61 SaarkSVG; § 52 Abs. 3 SächsGemO, § 62 Abs. 4 SachsAnGemO; §§ 55 Abs. 2 und 65 Abs. 4 SHGemO; § 30 ThürKO; in Rheinland Pfalz steht dieses Recht dem Bürgermeister nur im Benehmen mit den Beigeordneten zu: § 48 RPGemO; in NRW entscheidet zunächst der Hauptausschuss hierüber und wenn selbst dies nicht möglich sein sollte der Bürgermeister mit einem Ratsmitglied: § 60 NRWGemO.

²⁵⁹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 376 und Kommunalrecht BW, Rn 205.

²⁶⁰ Die Formulierung „Siegeszug der süddeutschen Ratsverfassung“ geht wohl auf *von Arnim ZRP* 1995, 340 ff. zurück, vgl. *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 44 ff.

²⁶¹ Hierzu *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 161 ff.; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 2 b, S. 127 und § 7 A 3, 132 f.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 378; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 b, S. 209 unter Verweis auf § 63 Abs. 1e BbgGemO; § 66 Abs. 1 Satz 2 HessGemO; § 38 Abs. 3 Satz 3 MVKV; § 62 Abs. 1

Gebiet der Pflichtaufgaben nach Weisung sowie bei den Geschäften der laufenden Verwaltung kann die kommunale Volksvertretung weder dem Bürgermeister im Einzelfall noch im allgemeinen Weisungen erteilen noch kann sie hier die Entscheidung an sich ziehen.²⁶² Im Gegenzug muss auch der Bürgermeister die Entscheidungen, die in diesen eigenständigen Zuständigkeitsbereich fallen grundsätzlich selbst treffen und kann höchstens von sich aus die kommunale Volksvertretung anhören.²⁶³

d) Zuständigkeitsverteilung bei Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

Angelehnt an die oben herausgearbeitete Unterscheidung zwischen zwei kommunalverfassungsrechtlichen Organen soll im nachfolgenden eine genaue Überprüfung dahingehend erfolgen, welche von den oben unter 1.) definierten Teilbereichen des Begriffs der Verwaltung im materiellen Sinne tatsächlich von der kommunalen Volksvertretung wahrgenommen werden:

aa) Auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung

Wie dargelegt erlässt die kommunale Volksvertretung als politisches Gremium auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung keine Verwaltungsakte, denn hier handelt es sich stets um sog. Pflichtaufgaben nach Weisung für die ausschließlich der Bürgermeister zuständig ist.²⁶⁴ Lediglich die Bestellung eines Bürgers zu ehrenamtlicher Tätigkeit sowie die Auferlegung eines Ordnungsgelds im Falle der Verweigerung der ehrenamtlichen Tätigkeit können als einen Fall angeführt werden, in welchem die kommunale Volksvertretung ausnahmsweise doch einmal einen belastenden

Nr. 6 NdsGemO; § 47 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 RPGemO; § 59 Abs. 3 Satz 1 SaarKSVG; § 53 Abs. 2 Satz 1 SächsGemO; § 63 Abs. 1 Satz 2 SachsAnGemO; § 29 Abs. 2 ThürKO.

²⁶² *Kunze/Bronner/Katz*, § 44 BWGemO Rn 12; *Bauer/Böhle/Ecker*, Art. 37 BayGemO Rn 2; entsprechendes gilt auch in den anderen Bundesländern.

²⁶³ für Baden-Württemberg *Kunze/Bronner/Katz*, § 44 BWGemO Rn 18 und Rn 25 ff.

²⁶⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 381 unter Verweis auf § 44 Abs. 3 BWGemO; Art. 37 und 59 BayGemO; § 66 Abs. 1 Ziff. 1 und § 150 HessGemO; § 37 Abs. 5 MVKV; § 62 Abs. 1 NdsGemO; § 62 Abs. 3 NRWGemO; § 47 Abs. 1 Ziff. 4 RPGemO; § 59 Abs. 4 SaarKSVG; § 53 Abs. 3 SächsGemO; § 63 Abs. 4 SachsAnGemO; §§ 55 Abs. 3 und 65 Abs. 5 SHGemO; § 29 Abs. 2 Ziff. 2 ThürKO.

Verwaltungsakt erlässt.²⁶⁵ Vielmehr ist nach allen Kommunalverfassungen für den Bereich der Eingriffsverwaltung das andere Organ der Kommune – der Bürgermeister bzw. seine Verwaltung zuständig.²⁶⁶ Folglich erlässt die kommunale Volksvertretung auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung keine Verwaltungsakte.²⁶⁷ Soweit die kommunale Volksvertretung hier Abgabensatzungen erlässt, stellt sich die Frage der Abgrenzung zur Gesetzgebung, die später gesondert zu erörtern ist.²⁶⁸

bb) Auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung

Was diejenige Verwaltungstätigkeit angeht, die im Wesentlichen durch Gewährung von Zuwendungen unterschiedlichster Art für den einzelnen Bürger begünstigende Entscheidungen trifft, muss allerdings eine differenzierende Betrachtung erfolgen:

Soweit im Rahmen der Subventions- oder Förderungsverwaltung auf Grund Bundes- oder Landesrechts einzelnen Personen ein Anspruch auf Leistungen zusteht, wird es sich hierbei um den strikten Gesetzesvollzug im Rahmen der Pflichtaufgaben nach Weisung handeln.²⁶⁹ Dementsprechend fallen die begünstigenden Verwaltungsakte z.B. auf dem Gebiet des Sozialhilferechts, der Arbeitsmarktförderung oder der Berufsförderung²⁷⁰ in den ausschließlichen Kompetenzbereich des Bürgermeisters,

²⁶⁵ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 569 und 578 unter Verweis auf §§ 17 Abs. 4 und 16 Abs. 3 BWGemO; Art. 20 Abs. 3 BayGemO; §§ 26 Abs. 2 und 27 Abs. 6 BbgGemO; § 24a HessGemO; § 29 Abs. 3 NRW; § 24 Abs. NdsGemO; § 19 Abs. 3 RPGemO; §§ 25 Abs. 2 und 26 Abs. 4 SaarkSVG; § 19 Abs. 4 SächsGemO; § 12 Abs. 3 und 3 ThürKO.

²⁶⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 381 unter Verweis auf § 44 Abs. 3 BWGemO; § 66 Abs. 1 Ziff. 1, § 150 HessGemO; § 37 Abs. 5 MVKV; § 62 Abs. 1 NdsGemO; § 62 Abs. 3 NRWGemO; § 47 Abs. 1 Ziff. 4 RPGemO; § 59 Abs. 4 SaarkSVG; § 53 Abs. 3 SächsGemO; § 63 Abs. 4 SachsAnGemO; §§ 55 Abs. 3 und 65 Abs. 5 SHGemO; § 29 Abs. 2 Ziff. 2 ThürKO; in Bayern ist die Erfüllung der „übertragenen Aufgaben“ grundsätzlich nach Art. 59 und 37 zwischen Gemeinderat und Erstem Bürgermeister aufgeteilt, faktisch ist aber über Art. 37 BayGemO der Bürgermeister für den Gesetzesvollzug eigenständig verantwortlich vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 381.

²⁶⁷ Hierzu bereits oben unter III 1 a und 2 a aa.

²⁶⁸ Hierzu ausführlich unten unter 3.

²⁶⁹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 238 ff. und 381 ff.

²⁷⁰ Genauer die Ansprüche nach den Sozialgesetzbüchern so zum Beispiel SGB II - Grundsicherung für Arbeitssuchende; SGB III – Arbeitsförderung; SGB IX - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen; SGB XII – Sozialhilfe; sowie nach weiteren Leistungsgesetzen wie z.B. das BAföG.

der diese ohne Mitwirkung der kommunalen Volksvertretung zu erlassen hat, wenn die Anspruchsvoraussetzungen des jeweiligen Gesetzes gegeben sind.²⁷¹

Soweit aber keine gesetzlichen Vorgaben bestehen, wird regelmäßig die kommunale Volksvertretung selbst über die Vergabe von Zuschüssen oder Subventionen an einzelne Bürger(-gruppen) oder kommunale Einrichtungen entscheiden. So gibt es in zahlreichen Kommunen Richtlinien über die Förderung von sozialem, sportlichem oder kulturellem Engagement einzelner Vereine oder Bürger(-gruppen).²⁷² In diesem Bereich der Förderungsverwaltung nimmt daher die kommunale Volksvertretung Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB wahr.

Auch im Rahmen der Daseinsvorsorge sind die Kommunen auf vielfältigem Gebiet tätig, soweit sie Infrastruktureinrichtungen wie das kommunale Straßennetz, die kommunale Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung sowie den öffentlichen Personennahverkehr und die Abfallbeseitigung unmittelbar organisieren.²⁷³ Des Weiteren entscheiden die Kommunen in diesem Rahmen über die grundsätzliche Errichtung, den Erhalt und den Betrieb von öffentlichen Einrichtungen wie Stadt- und Festhallen, Schulen, Krankenhäusern, Theatern und Museen, Parks und Sportanlagen.²⁷⁴ Über das grundsätzliche „Ob“ einer solchen Infrastruktureinrichtung hat die kommunale Volksvertretung zu entscheiden, weil eine Zuständigkeit des Bürgermeisters hierfür nicht gegeben ist.²⁷⁵ Stimmen die kommunalen Mandatsträger dementsprechend über das grundsätzliche „Ob“ einer solchen Infrastruktureinrichtung ab, nehmen sie daher im Rahmen der Daseinsvorsorge

²⁷¹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 238 ff., 381 ff.; falls die Kommunen unmittelbar durch ein Bundesgesetz zur Aufgabenerfüllung herangezogen werden, sprechen *Gern*, Kommunalrecht, Rn 241 und *Stober*, Kommunalrecht, § 4 IV 2, S. 34 ff. in diesem Fall von „Bundesauftragsangelegenheiten“.

²⁷² So zum Beispiel die Richtlinien der Landeshauptstadt Stuttgart zur Sportförderung Stand 1. Januar 2002 oder die Richtlinien zur Förderung von Chören, Musik- und Karnevalsvereinen in Stuttgart vom 24. Oktober 2002 und die Richtlinien der Stadt Mannheim zur Förderung der Vereine für Heimat und Brauchtumpflege in der Fassung vom Dezember 1994 sowie die Richtlinie der Stadt Mannheim zur Förderung kultureller Aktivitäten von Vereinen, Künstlerinnen und Künstler.

²⁷³ Vgl. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 4 Rn 17 ff. mit denen man hier sogar von kommunaler Infrastrukturverwaltung sprechen könnte.

²⁷⁴ Weitere Beispiele auch bei *Welp*, Lackner-FS, 761, 778 f., der eine Einteilung der Daseinsvorsorge in fünf Bereiche vorschlägt.

²⁷⁵ Zur Kompetenzverteilung zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung vgl. bereits oben unter C III 2 c und d.

Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB wahr. Aber auch diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass für die Umsetzung der Beschlüsse der kommunalen Volksvertretung stets der Bürgermeister verantwortlich bleibt.²⁷⁶ Teilweise wird für die Benennung der kommunalen Straßen eine Ausnahme dahingehend gemacht, dass hierbei unmittelbar die kommunale Volksvertretung einen Verwaltungsakt erlasse.²⁷⁷ Dieser „adressatlose“ dingliche Verwaltungsakt in Gestalt einer Allgemeinverfügung (§ 35 Satz 2 Alt. 2 VwVfG) werde sodann lediglich vom Bürgermeister nach § 41 VwVfG bekanntgemacht. Eines besonderen Vollzugsakts bedürfe es nicht.²⁷⁸ Eine vermittelnde Auffassung möchte darauf abstellen, ob der Benennungsbeschluss öffentlich bekannt gemacht worden ist.²⁷⁹ Sofern dies nicht der Fall sei, stelle der Benennungsbeschluss der kommunalen Volksvertretung lediglich eine bloße verwaltungsinterne Weisung an den Bürgermeister dar. Folglich werde die Benennung der Straße erst durch die Aufstellung der Straßenschilder oder durch die Mitteilung an die Anlieger nach außen rechtswirksam.²⁸⁰ Warum im Falle der Straßenbenennung jedoch von dem kommunalverfassungsrechtlichen Grundsatz abgewichen werden soll, wonach der kommunalen Volksvertretung zwar die materielle Entscheidungszuständigkeit zukommt, der formale Vollzug jedoch beim Bürgermeister obliegt, ist nicht ersichtlich. Richtigerweise ist auch in diesem Fall davon auszugehen, dass der Bürgermeister den Beschluss – unabhängig ob dieser bereits bekanntgegeben wurde – in Form eines dinglichen Verwaltungsaktes vollzieht.²⁸¹ Ansonsten würde auch auf anderen Gebieten - allein durch die Bekanntmachung der von der kommunalen Volksvertretung gefassten Beschlüsse - eine unmittelbare Außenwirkung und damit ein Rechtsverhältnis mit Dritten begründet. Dies widerspricht aber der grundsätzlichen Aufgabenverteilung wonach die Umsetzung der von der kommunalen Volksvertretung gefassten Beschlüsse nach außen allein dem

²⁷⁶ Gern, Kommunalrecht, Rn 384 unter Verweis auf § 43 Abs. 1 GemOBW; Art. 36 BayGemO; § 63 Abs. 1b BbgGemO; § 38 Abs. 3 MVKV; § 62 Abs. 1 NdsGemO; § 62 Abs. 2 NRWGemO; § 47 Abs. 1 RPGemO; § 59 Abs. 2 SaarKSVG; § 52 Abs. 1 SächsGemO; § 62 Abs. 1 SachsAnGemO; §§ 55 Abs. 1 und 65 Abs. 1 SHGemO; § 29 Abs. 1 ThürKO; ferner *Nettesheim* BayVBI 1989, 161, 163 f.

²⁷⁷ Gern, Kommunalrecht, Rn 133, 505 und VGH Baden-Württemberg VBIBW 1992, 140, 141.

²⁷⁸ VGH Baden-Württemberg, VBIBW 1992, 140, 141.

²⁷⁹ in dieser Richtung schon *Ehlers* DVBI 1970, 492, 493 f.

²⁸⁰ in dieser Richtung schon *Ehlers* DVBI 1970, 492, 493 f.

²⁸¹ So im Ergebnis auch *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 118.

Bürgermeister obliegt.²⁸² Was die sog. planende Verwaltung angeht, werden die Kommunen insbesondere auf dem Gebiet der kommunalen Bauleitplanung nach dem Baugesetzbuch tätig.²⁸³ Soweit die kommunale Volksvertretung oder eines ihrer Ausschüsse auf Grundlage des Baugesetzbuchs für einen Einzelfall einen konkreten Beschluss fasst, wie es z.B. bei Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB der Fall ist, nimmt sie konsequenterweise Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr. Dies obwohl die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen kein Verwaltungsakt ist, sondern lediglich ein Verwaltungsinternum zwischen dem Träger der Baurechtsbehörde und der kommunalen Volksvertretung als Inhaberin der kommunalen Planungshoheit darstellt.²⁸⁴ Soweit die kommunale Volksvertretung auf Grundlage des Baugesetzbuchs allerdings kommunale Satzungen über Bebauungspläne, Sanierungsgebiete oder Erschließungsbeiträge erlässt, stellt sich auch hier die Frage der Abgrenzung von der Gesetzgebungstätigkeit.

cc) Auf dem Gebiet der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Tätigkeit

Ferner ist denkbar, dass die kommunale Volksvertretung auch auf dem Gebiet der Beschaffungs- und Bedarfsverwaltung Entscheidungen trifft. Soweit es nämlich um größere Anschaffungen oder die Tötigung teurerer Investitionen geht, wird kein Geschäft der laufenden Verwaltung mehr vorliegen, weshalb die kommunale Volksvertretung und nicht der Bürgermeister allein zur Entscheidung berufen ist. So ist der Erwerb von Grundstücken oder technischen Arbeitsgeräten wie z.B. eines

²⁸² *Gern*, Kommunalrecht, Rn 384 unter Verweis auf § 43 Abs. 1 GemOBW; Art. 36 BayGemO; § 63 Abs. 1b BbgGemO; § 38 Abs. 3 MVKV; § 62 Abs. 1 NdsGemO; § 62 Abs. 2 NRWGemO; § 47 Abs. 1 RPKGemO; § 59 Abs. 2 SaarkSVG; § 52 Abs. 1 SächsGemO; § 62 Abs. 1 SachsAnGemO; §§ 55 Abs. 1 und 65 Abs. 1 SHGemO; § 29 Abs. 1 ThürKO; lediglich in Hessen ist nach § 66 Abs. 1 der Gemeindevorstand bzw. Magistrat zum Vollzug der Beschlüsse der Gemeindevertretung berufen. Dies ist insofern unerheblich, als der Bürgermeister wiederum nach § 70 Abs. 1 die Beschlüsse des Gemeindevorstands zu vollziehen hat; ferner *Nettesheim* BayVBl 1989, 161, 163 f. auch *Deiters* NSTz 2003 453, 457 und insoweit auch noch *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 29.

²⁸³ Vgl. *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 39; *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 407 ff.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 4 Rn 32 ff.; *Peine*, Verwaltungsrecht, Rn 16; diese Begrifflichkeit wird aber nicht einheitlich gebraucht. Nach *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 69 ist die planende Verwaltung ein eigenständiger Typus neben der Leistungsverwaltung; *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 1 Rn 17 spricht von Lenkungsverwaltung und *Peine*, Verwaltungsrecht, Rn 16 von Planungsverwaltung.

²⁸⁴ Hierzu ausführlich *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, § 36 BauGB Rn 23 ff.

neuen Feuerwehrautos oder einer neuen EDV-Anlage wie auch die Vergabe von größeren Bauaufträgen eine Entscheidung, die der kommunalen Volksvertretung oder des hierfür zuständigen Ausschusses vorbehalten bleibt. Auch hier geht es wie bei den oben beschriebenen Investitionen in die Daseinsvorsorge um das „Ob“ der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen am Markt. Entsprechend dem oben allgemein zur Beschaffungs- und Bedarfsverwaltung ausgeführten, erfüllt damit die Vergabeentscheidung – also das „Ob“ - über eine Beschaffung ebenfalls das Merkmal der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB.

e) Resümee

Es ist festzuhalten, dass auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung ausschließlich der Bürgermeister Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt und nicht die kommunale Volksvertretung. Auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung ist eine Differenzierung zwischen den gesetzgebundenen Leistungen vorzunehmen und solchen, die der Kommune selbst einen Spielraum bezüglich der Umsetzung im Hinblick auf das „Ob“ belassen. Während für die ersteren der Bürgermeister zuständig ist, bleibt es bei den letzteren der kommunalen Volksvertretung vorbehalten, wie weit sie politisch gestalten möchte. Was die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit angeht, trifft auch hier grundsätzlich die kommunale Volksvertretung die Beschaffungsentscheidungen. Zwar trifft auf diesen beiden Gebieten die kommunale Volksvertretung keine unmittelbaren Entscheidungen mit Außenwirkung. Da sie aber in diesen Bereichen maßgeblich über das „Ob“ einzelner Projekte, Investitionen und Anschaffungen entscheidet, nimmt sie diesbezüglich materiell Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr. Soweit also die Zuständigkeit des Gesamtorgans kommunale Volksvertretung eröffnet ist, nimmt hierbei auch der einzelne kommunale Mandatsträger Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr.²⁸⁵ Dem Bürgermeister kommt diesbezüglich lediglich die Aufgabe zu diese Beschlüsse

²⁸⁵ jedenfalls im Ergebnis auch LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 zuletzt auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11.08.2004, Az.: 26 Kls 835 Js 19/01 – 31/03 VI, veröffentlicht in Juris unter Rn 364 ff. und 381 im Langtext umfassend nunmehr auch BGHSt 51, 44, 52 und ähnlich schon *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 ff.

nach außen rechtlich zu vollziehen und faktisch umzusetzen, womit das „Wie“ beschrieben wird.²⁸⁶

3.) Kommunale Rechtssetzung als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung ?

Nachdem teilweise eine Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung durch die kommunale Volksvertretung und damit durch den einzelnen kommunalen Mandatsträger bejaht werden konnte, ist im vorliegenden Zusammenhang noch von Bedeutung, wie der Bereich der öffentlichen Verwaltungstätigkeit von der Gesetzgebung abzugrenzen ist. Es wird zu prüfen sein, ob auch dann eine Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB vorliegt, wenn die kommunale Volksvertretung auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung (konkret Abgabenverwaltung) und der Leistungsverwaltung (konkret im Bereich der sog. planenden Verwaltung) kommunale Satzungen beschließt. Denn würde die kommunale Rechtssetzung nicht zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB gehören, dann würde eine Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger bei der Beratung und Abstimmung über kommunale Satzungen ausscheiden:

a) Keine Amtsträgereigenschaft von Parlamentariern

Zunächst ist klarzustellen, dass die Tätigkeit der Parlamentarier auf Bundes- oder Landesebene im Rahmen ihrer legislativen Funktion offensichtlich nicht zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB zählt.²⁸⁷ Infolgedessen sind Parlamentsabgeordnete eindeutig nicht unter den Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 StGB zu subsumieren. Dies ergibt sich bereits aus

²⁸⁶ Gern, Kommunalrecht, Rn 384 unter Verweis auf § 43 Abs. 1 GemOBW; Art. 36 BayGemO; § 63 Abs. 1b BbgGemO; § 38 Abs. 3 MVKV; § 62 Abs. 1 NdsGemO; § 62 Abs. 2 NRWGemO; § 47 Abs. 1 RPGemO; § 59 Abs. 2 SaarKSVG; § 52 Abs. 1 SächsGemO; § 62 Abs. 1 SachsAnGemO; §§ 55 Abs. 1 und 65 Abs. 1 SHGemO; § 29 Abs. 1 ThürKO lediglich in Hessen ist nach § 66 Abs. 1 der Gemeindevorstand bzw. Magistrat zum Vollzug der Beschlüsse der Gemeindevertretung berufen. Dies ist insofern unerheblich, als der Bürgermeister wiederum nach § 70 Abs. 1 die Beschlüsse des Gemeindevorstands zu vollziehen hat; ferner *Nettesheim* BayVBl 1989, 161, 163 f. auch *Deiters* NStZ 2003 453, 457 und insoweit auch noch *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 29.

mehreren Gesetzesbegründungen²⁸⁸ und wird sowohl von der Literatur²⁸⁹ als auch von der Rechtsprechung²⁹⁰ anerkannt. So folgt schon aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, dass der Begriff der Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB nicht alle anderen Staatsfunktionen beinhalten kann.²⁹¹ Ferner wäre die Einführung von § 108e StGB völlig überflüssig gewesen, wenn die legislative Tätigkeit von Abgeordneten bereits unter den Amtsträgerbegriff und damit unter den Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB fiel.²⁹²

b) Einordnung der kommunalen Rechtssetzung

Bevor die kommunale Rechtssetzung mit der Gesetzgebung auf Parlamentsebene verglichen werden kann, soll sie zunächst beschrieben werden. Allgemein werden Satzungen als Rechtsvorschriften definiert, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie kraft öffentlichen Rechts mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden.²⁹³ Die besondere Befugnis der Kommunen zum Satzungserlass folgt bereits unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG.²⁹⁴ Ferner kommt den Gemeinden auch nach sämtlichen Kommunalverfassungen das Recht zur örtlichen Rechtssetzung zu, das auf das

²⁸⁷ Vgl. *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 500 ff.; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 23; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 32; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 29, 37; *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 21; *NK-Lemke*, § 11 Rn 34; *Moelter*, Funktionswandel der öffentlichen Verwaltung, S. 204 je mwN.

²⁸⁸ Vgl. bereits. BT-Drs. IV/650, S. 116 und zu § 11 StGB BT-Drs. 7/550, S. 209 und zu § 108e StGB BT-Drs. 12/5927, S. 1 ff.

²⁸⁹ *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 23; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 23; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 32.

²⁹⁰ BGHSt 51, 44, 55 ff.; BGHSt 5, 100, 105 ff., wo im Rahmen der Prüfung der Beamteneigenschaft eines ehrenamtlichen Richters in der Arbeitsgerichtsbarkeit nach § 359 StGB a.F. in einem obiter dictum die strafrechtliche Beamteneigenschaft von Abgeordneten verneint wurde.

²⁹¹ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 500 und ähnlich jüngst auch BGHSt 51, 44, 55 ff.

²⁹² Vgl. bereits *Hartmann DVBl* 1964, 615 und *von Arnim JZ* 1990, 1014 jüngst BGHSt 51, 44, 55 ff.

²⁹³ So die Definition seit der Facharztentscheidung BVerfGE 33, 125, 156 weiterführend *Erichsen*, Verwaltungsrecht, § 6 Rn 64; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 249; *BK-Stern*, Art. 28 GG Rn 106 ff.

²⁹⁴ *Scholler*, HdbKWP II (2. Aufl.), § 28, S. 165 ff. sowie HdbKWP I (3. Aufl.), § 23 Rn 1 ff. und 7 ff. und *Stober*, Kommunalrecht, § 7 II 2 f, S. 86 ff.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 473, sowie *Erichsen*, Kommunalrecht, § 8 A, S. 157 ff.

Gemeindegebiet beschränkt ist.²⁹⁵ Im Rahmen der weisungsfreien Angelegenheiten der Kommunen sind diese allgemeinen Ermächtigungsnormen zum Satzungserlass ausreichend, wenn nicht ausnahmsweise ein Gesetz die Frage bereits abschließend regelt.²⁹⁶ Soweit es allerdings um Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Sphäre des Bürgers durch oder aufgrund Satzung geht, reichen die Generalermächtigungen der einzelnen Kommunalverfassungen zum Satzungserlass - gemessen am Maßstab des Parlamentsvorbehalts - nicht aus.²⁹⁷ Infolgedessen finden sich in den Kommunalverfassungen weitere detaillierte Ermächtigungsnormen z.B. in Bezug auf den Anschluss- und Benutzungszwang. Was die Satzungen auf dem Gebiet der Abgabenverwaltung angeht, sehen die Kommunalabgabengesetze der Länder entsprechende spezielle Ermächtigungsnormen zum Erlass von Steuer-, Beitrags- oder Gebührensatzungen vor.²⁹⁸ Ebenfalls einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen die Gemeinden zum Satzungserlass auf dem Gebiet der Pflichtaufgaben nach Weisung.²⁹⁹ Inhaltlich enthalten die kommunalen Satzungen abstrakt generelle Regelungen der Kommune als rechtsetzender Körperschaft, die sich mit verbindlicher Kraft für eine Vielzahl von Sachverhalten an eine Vielzahl von Personen richten.³⁰⁰ Damit werden die von den kommunalen Mandatsträgern erlassenen Satzungen als Gesetze im materiellen Sinn angesehen.³⁰¹ Inwieweit die Satzungsgebung noch als Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung angesehen werden kann oder ob diese nicht eher mit der formellen Gesetzgebungstätigkeit der Parlamentarier zu vergleichen ist, soll nachfolgend erörtert werden:

²⁹⁵ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 255 unter Anführung von § 4 GemOBW, Art. 23 BayGemO; § 5 Abs. 1 BbgGemO; § 5 HessGemO; § 5 Abs. 1 MVKV; § 6 NdsGemO; § 7 NRWGemO; § 24 RPGemO; § 4 Abs. 1 SächsGemO; § 6 Abs. 1 SachsAnGemO; §12 SaarGemO; § 4 SHGemO; § 19 ThürKO.

²⁹⁶ *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 92; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 255; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 8 A, S. 157 ff.

²⁹⁷ *Erichsen*, Kommunalrecht, § 8 A, S. 158; seit BVerwGE 6, 247, 250 ff. ständige Rspr vgl. zuletzt BVerwGE 90, 359 ff. = NJW 1993, 411.

²⁹⁸ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 991 ff. ferner BVerwGE 9, 137, 147, VGH BaWü, VBIBW 1982, 235.

²⁹⁹ *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 92; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 8 A, S. 157 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 255.

³⁰⁰ *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 4 Rn 13; *Erichsen*, Verwaltungsrecht, § 6 Rn 65; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 256.

³⁰¹ Dazu *Gern*, Kommunalrecht, Rn 256 ff.; *Erichsen*, Verwaltungsrecht, § 6 Rn 65; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 466 ff.; *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 91 ff.

c) „Satzungsgebung“ keine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung ?

Insbesondere die Dissertation von *Ott* versucht die Satzungstätigkeit der Kommunen mit der Gesetzgebungstätigkeit auf Bundes- oder Landesebene auf eine Stufe zu stellen.³⁰² Nach der h.M. im Schrifttum³⁰³ und der Rechtsprechung³⁰⁴ gehören die Gemeinden zum Bereich der Exekutive, weil sie ihre Rechtsetzungsbefugnis vom staatlichen Gesetzgeber ableiten.³⁰⁵ Jenes Erfordernis einer konkreten gesetzlichen Ermächtigung zum Satzungserlass durch den staatlichen Gesetzgeber werde von der h.M. wiederum damit begründet, dass die kommunale Volksvertretung - wie die Kommune insgesamt - der Exekutive zugerechnet werde.³⁰⁶ Hierin erblickt *Ott* einen Zirkelschluss, der nach ihrer Ansicht über eine verfassungsunmittelbare Rechtsetzungsbefugnis der Kommunen aufgebrochen werden müsse.³⁰⁷ Die Frage der Exekutiv- oder Legislativeigenschaft der kommunalen Volksvertretung beantworte sich unmittelbar aus der Verfassung und speziell aus Art. 28 Abs. 2 GG.³⁰⁸ Mit der h.M. nimmt *Ott* zunächst an, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG den Kommunen eine eigene verfassungsunmittelbare Satzungsbefugnis einräumt.³⁰⁹ Während die h.M. allerdings – wie oben ausgeführt - zum Erlass einer grundrechtsrelevanten Satzung zusätzlich ein Parlamentsgesetz verlangt, um dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt zu entsprechen, kommt *Ott* zu dem Schluss, dass die verfassungsrechtliche Gewährleistung aus Art. 28 Abs. 2 GG die Kommunen auch ohne einfachgesetzliche Befugnisnorm zu Eingriffen in Grundrechte

³⁰² *Ott*, Parlamentscharakter, ausführlich auf S. 151 ff., 153 ff., 160 ff. und S. 163 ff.

³⁰³ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 28 Rn 50, 70 ff. und 79; *Dreier*, Art. 28 Rn 85 ff. und 95; *Sachs*, Art. 28 Rn 29 ff.; *von Münch/Kunig*, Art. 28 Rn 34 und 78.

³⁰⁴ BVerfGE 65, 283, 289, BVerfGE 78, 344, 348; BVerwGE 51, 49, 52; BVerwG NJW 1993, 411, 412 und jüngst BGHSt 51, 44, 52 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

³⁰⁵ So auch das kommunalrechtliche Schrifttum vgl. statt aller *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 1 ff. und zur Satzungsautonomie Rn 465 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 2 III 1; *Erichsen*, Kommunalrecht § 8 A, S. 157 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 119 ff. und zur Satzungsautonomie Rn 173 und Rn 250 ff.

³⁰⁶ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 153 ff. und ferner auf S. 164/165.

³⁰⁷ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 153 ff. und ferner auf S. 164/165.

³⁰⁸ So *Ott*, Parlamentscharakter, S. 153 ff.

³⁰⁹ So *Ott*, Parlamentscharakter, S. 153 ff. und aus dem kommunalrechtlichen Schrifttum vgl. statt aller *Scholler*, HdbKWP II (2. Aufl.), § 28, S. 165 ff. sowie HdbKWP I (3. Aufl.), § 23 Rn 1 ff. 7 ff.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 470 ff. zum Erfordernis eines Parlamentsgesetzes zum Erlass einer Satzung Rn 474 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 18 I 3, S. 260 ff.; *Erichsen*, Kommunalrecht § 8 A, S.

ermächtigte.³¹⁰ Nach *Ott* statte Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Aufgabenverteilungsprinzip und Kompetenzzuweisungsnorm die Kommunen mit einer eigenen Rechtssetzungsbefugnis in „den“ Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aus. Folglich könne die Rechtssetzungsbefugnis auch nicht auf den administrativen Bereich beschränkt werden.³¹¹ Neben den Art. 72 ff. GG, die die Gesetzgebungsbefugnisse zwischen dem Bund und den Ländern regeln, komme den Kommunen durch Art. 28 Abs. 2 GG eine verfassungsunmittelbare Gesetzgebungsbefugnis für die örtlichen Angelegenheiten zu.³¹²

Damit kommt *Ott* zu dem Ergebnis, dass die Satzungsgebung der kommunalen Volksvertretung Rechtsetzung aufgrund einer eigenen verfassungsunmittelbaren Rechtssetzungsbefugnis ist, die lediglich auf den örtlich begrenzten Wirkungsbereich beschränkt ist. Dadurch stehe die kommunale Volksvertretung als „Ortsgesetzgeberin“ dem Bundes- und Landesgesetzgeber qualitativ nicht nach und könne funktional als Legislative eingeordnet werden.³¹³

Schließt man sich dieser Argumentation an, dann wären die kommunalen Volksvertretungen als Parlamente anzusehen mit der Konsequenz, dass die kommunalen Mandatsträger entsprechend zu den Abgeordneten auf Bundes- oder Landesebene jedenfalls im Rahmen dieser Legislativfunktion unter keinen Umständen Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB wären.

Die Argumentation von *Ott* weißt allerdings mehrere Schwächen auf:

Ohne dies ausdrücklich festzustellen, scheint die Auffassung *Otts* an die längst überwundene naturrechtliche Definition des Verhältnisses von Gemeinde und Staat anzuknüpfen. Danach kamen den Gemeinden ihre Hoheitsrechte von Natur aus zu, weil die Gemeinden als tatsächliche und ursprüngliche Gebietskörperschaften

157 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 119 ff. und zur Satzungsautonomie Rn 173, 250; zum Erfordernis einer gesetzlichen Befugnisnorm für grundrechtsrelevante Satzungen Rn 251.

³¹⁰ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 160.

³¹¹ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 160.

³¹² *Ott*, Parlamentscharakter, S. 159 unter Verweis auf *Meyn*, Satzung und demokratische Legitimation, DVBl 1977, 593 und *Meyer*, Finanzverfassung der Gemeinden, S. 59.

³¹³ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 163 ff. zusammenfassend die Seiten 177 f.

historisch älter als der Staat - und damit diesem vorgelagert - seien.³¹⁴ Dieser naturalistische Ansatz war während des Mittelalters und bis Mitte des 19. Jahrhunderts vorherrschend. Die Entwicklung eines umfassenden Staatsbegriffs gegen Ende des 19. Jahrhunderts und die Entstehung des modernen Staates mit seiner umfassenden souveränen Staatsgewalt hatte aber zur Folge, dass alle hoheitliche Gewalt letztlich auf den Staat zurückzuführen ist.³¹⁵ Das bedeutet, dass innerhalb des staatlichen Hoheitsgebiets des Staates nur dem Staat selbst originäre Herrschaftsgewalt zukommen kann.³¹⁶ Dass auch das Grundgesetz von dieser Sichtweise ausgeht, wird besonders an der Einordnung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in Abschnitt II. unter der Überschrift „Der Bund und die Länder“ deutlich. Ferner definiert Art. 108 Abs. 9 GG die Einnahmen und Ausgaben der Gemeinden und Gemeindeverbänden als solche der Länder.³¹⁷ Zudem verdeutlichen zahlreiche Artikel den vom Verfassungsgeber gewählten zweigliedrigen Staatsaufbau.³¹⁸ In diesem gehören die Kommunen aber zur inneren Gliederung der Länder.³¹⁹ Somit müsste die Ansicht von *Ott* in letzter Konsequenz den Kommunen Staatsqualität zusprechen und zu einem dreigliedrigen Staatsaufbau führen. Vor dieser logischen Konsequenz scheut sich sogar *Ott* selbst.³²⁰ Darüber hinaus käme eine Bejahung der Staatsqualität der Kommunen einer „Aushöhlung“ der Staatsgewalt der Bundesländer gleich und steht somit in krassem Gegensatz zum verfassungsrechtlichen status quo.³²¹ Ferner finden sich in sämtlichen Landesverfassungen die Bestimmungen über die Gemeinden und zur kommunalen Selbstverwaltung im Abschnitt über die „Verwaltung“.³²² Schließlich ist das

³¹⁴ Vgl. zu diesem naturrechtlichen Ansatz *Püttner* (HdbKWP I) sowie *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 137 ff.

³¹⁵ *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 137 ff.

³¹⁶ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 20 Rn 11 und 20; *Dreier*, Art. 28 Rn 95.

³¹⁷ Zu dieser Argumentation *Stern*, Staatsrecht II, § 45 I 2 c, S. 1053.

³¹⁸ Vgl. Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 28 Abs. 1 S. 1 und Art. 28 Abs. 3 GG, Art. 29 und 30 GG, Art. 50 GG, Art. 70 ff., Art. 83 ff. GG und Art. 104a ff. GG sowie für die ganz h.M. in der staatsrechtlichen Literatur nur *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 20 Rn 13, 58 und 89 sowie Art. 28 Rn 79; *AK-Faber*, Art. 28 Abs. 1 II, Abs. 2 Rn 21 ff. und 24 ff. besonders Rn 28 sowie *Dreier*, Art. 28 Rn 92 ff. und Rn 95 ff.

³¹⁹ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 28 Rn 70 und 79 sowie *AK-Faber*, Art. 28 Abs. 1 II, Abs. 2 GG Rn 21 ff. und 24 ff. besonders Rn 28.

³²⁰ Eine Staatsqualität der Kommunen lehnt explizit auch *Ott*, Parlamentscharakter, S. 96 und 105 ab.

³²¹ Hierauf weist *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 140 ff. und S.150 ff. hin.

³²² Art. 71 ff. BWLV; Art. 97 BbgLV; Art. 137 HessLV; Art. 72 MVLV; Art. 78 NRWLV; Art. 57 NdsLV; Art. 84 SächsLV; Art. 87 SachsAnLV; Art. 46 SHLV; Art. 91 ThürLV; im Saarland finden sich die

Gemeindevolk stets ein Teilvolk und kann daher nicht Inhaber originärer Staatsgewalt (Souverän) sein. Die Hoheitsgewalt der Gemeinden ist lediglich eine vom Gesamtstaat abgeleitete Gewalt und damit mittelbare Staatsgewalt. Die vom Staat abgeleitete gemeindliche Hoheitsgewalt wird sodann auf Ebene der Gemeinden wiederum durch die Wahl der kommunalen Mandatsträger vom Gemeindevolk wahrgenommen.³²³ Letztlich kann auch Art. 28 Abs. 2 GG nicht als Gesetzgebungszuweisungsnorm verstanden werden, aufgrund dessen den Kommunen die verfassungsrechtliche Kompetenz zur Regelung aller örtlichen Angelegenheiten zukommt. So stellt bereits der Wortlaut „im Rahmen der Gesetze“ von Art. 28 GG klar, dass die Satzungskompetenz der Kommunen nicht mit den Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und der Länder konkurrieren kann. Folglich muss es dabei bleiben, dass die Gemeinden lediglich kraft Delegation durch den staatlichen Gesetzgeber zur Rechtssetzung befugt sind.³²⁴ Deshalb nehmen kommunale Mandatsträger auch im Zusammenhang mit dem Erlass von abstrakt-generellen Regelungen in Form von kommunalen Satzungen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr.

4.) Zwischenergebnis

Auf kommunaler Ebene werden nicht sämtliche Aufgaben der öffentlichen Verwaltung durch die kommunale Volksvertretung und damit durch die kommunalen Mandatsträger wahrgenommen. Es besteht vielmehr eine komplexe Aufgabenteilung zwischen den beiden Hauptorganen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung. Im Bereich der Satzungstätigkeit werden die kommunalen Volksvertretungen zwar als Gesetzgeber im materiellen jedoch nicht im formellen Sinne tätig. Deshalb nehmen die kommunalen Mandatsträger auch beim Erlass einer abstrakt generellen

Gemeinden in einem eigenen Abschnitt, sie werden in Art. 117 SaarLV aber ausdrücklich als in den Staat eingegliedert bezeichnet; in Bayern und Rheinland-Pfalz ist die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung im Abschnitt über die Grundlagen des Staates normiert (vgl. Art. 11 und 83 BayLV bzw. Art. 49 RPLV), was ebenfalls für ihre Inkorporation in den Staat spricht.

³²³ *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 140 ff.

³²⁴ So ausführlich *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 149 ff. und aus dem Kommunalrecht *Gern*, Kommunalrecht, Rn 251; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn 71; *Gönnenwein*, Gemeinderecht, S. 148; aus dem Verwaltungsrecht: *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 536; *Maurer*, § 4 Rn 21; *Erichsen*, Verwaltungsrecht, § 6 Rn 68 f. sowie *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 28 Rn 80.

Satzung Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr.³²⁵ Wollte man dies anders sehen, dann müsste man zum einen auch den Minister im Rahmen seiner Verordnungstätigkeit als Gesetzgebungsorgan ansehen.³²⁶ Zum anderen müsste man den Kommunen in letzter Konsequenz Staatsqualität zusprechen. Dies wird aber soweit ersichtlich bislang von niemand vertreten. Für die weitere Prüfung der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger sind folglich neben der Satzungsgebung nur die Aufgaben der öffentlich Verwaltung relevant, die nach der Aufgabenverteilung zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung tatsächlich von den einzelnen kommunalen Mandatsträgern wahrgenommen werden.

IV. Merkmal *bei* einer Behörde oder *in deren Auftrag*

Nach dem bisherigen Untersuchungsergebnis mussten alle geprüften Merkmale des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB bezüglich kommunaler Mandatsträger bejaht werden. Entscheidend für die Beantwortung der Frage nach der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger wird daher sein, wie das Merkmal *bei* oder *im Auftrag* einer Behörde oder sonstigen Stelle auszulegen ist. Sollte eine solche Auslegung zu dem Ergebnis führen, dass jede der Varianten von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ein irgendwie geartetes Weisungs- bzw. Abhängigkeitsverhältnis innerhalb der Verwaltungsorganisation voraussetzt, wäre die Lösung in Bezug auf kommunale Mandatsträger offensichtlich: Da sie mit der h.M. im kommunalrechtlichen Schrifttum Inhaber eines freien Mandats *sui generis* sind,³²⁷ würde ein Weisungs- bzw. Abhängigkeitsverhältnis von vornherein zu verneinen sein und damit eine Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB nicht vorliegen. Dieser Ansicht ist der BGH, wenn er sein Urteil zum einen damit begründet, dass es bei

³²⁵ So im Ergebnis auch die bislang ergangenen strafrechtlichen Entscheidungen zur Frage der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger: LG Köln NStZ-RR 2003, 364; LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037 zuletzt auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11.08.2004, Az.: 26 Kls 835 Js 19/01 – 31/03 VI, veröffentlicht in Juris unter Rn 367 ff. im Langtext und nunmehr auch BGHSt 51, 44, 52; bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36 so immer schon auch die verwaltungs- und verfassungsgerichtliche Rspr vgl. BVerwG NJW 1993, 411, 412 unter Verweis auf BVerfGE 65, 283, 289 und BVerfGE 78, 344, 348.

³²⁶ Vgl. zu diesem Argument *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 115 ff. und weitergehend *Deiters* NStZ 2003, 453, 457 ff.

³²⁷ Aus dem Schrifttum *Gern*, Kommunalrecht, Rn 350; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3, S. 185 ff., der von einem freien Mandat kommunalrechtlicher Prägung spricht und *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 b, S. 97 ff., der den Rat zwar als Volksvertretung nicht aber als Parlament ansieht.

kommunalen Mandatsträgern aufgrund ihres freien politischen Mandats an der notwendigen Ein- oder Unterordnung in ein Dienst- oder Auftragsverhältnis zur öffentlichen Hand fehlt.³²⁸ Und zum anderen darauf abstellt, dass die kommunalen Mandatsträger nicht in „behördlich-hierarchischen“, sondern in „eigenbestimmtpolitischen Strukturen“ tätig werden.³²⁹

In einem ersten Schritt muss folglich der Bedeutungsumfang der Formulierungen *bei* oder *im Auftrag* einer Behörde oder einer sonstigen Stelle insbesondere unter dem Aspekt eines Abhängigkeits- bzw. Weisungsverhältnisses geklärt werden. Sollte man hier zu dem Ergebnis kommen, dass § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB eine derartige Weisungsabhängigkeit nicht immanent ist, wird in einem weiteren Schritt nach einem schlüssigen Unterscheidungsmerkmal zu suchen sein, welches eine Abgrenzung der kommunalen Mandatsträger von den bislang anerkannten Fallgruppen der Amtsträger des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB und damit eine teleologische Reduktion von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) erlaubt. Ein solches Abgrenzungskriterium könnte die Tatsache darstellen, dass den kommunalen Mandatsträgern - im Unterschied zu den anderen in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB genannten Personen - durch ihre Direktwahl eine unmittelbare demokratische Legitimation gepaart mit besonderen *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnissen zukommt.

1.) Die beiden Alternativen von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB gibt in zwei Alternativen vor, in welchem rechtlichen Verhältnis der Betreffende zu der Behörde oder sonstigen Stelle steht. Dieser kann entweder *bei* oder *im Auftrag* einer Behörde oder sonstigen Stelle tätig sein. Unter Einschluss der sonstigen Stelle beinhaltet die Vorschrift insgesamt vier Varianten.³³⁰ Da die kommunalen Mandatsträger wie oben gezeigt höchstens bei einer Behörde, nicht aber bei einer sonstigen Stelle tätig sind, soll im nachfolgenden nur auf die Tätigkeit *bei* oder *im Auftrag* einer Behörde eingegangen werden.³³¹ Diese beiden Alternativen sollen näher vorgestellt und im Hinblick auf kommunale Mandatsträger geprüft werden. Dabei wird zunächst auf die zweite Alternative von § 11 Abs. 1 Nr. 2

³²⁸ BGHSt 51, 44, 52 bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

³²⁹ BGHSt 51, 44, 53 bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

³³⁰ Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 386.

³³¹ Vgl. bereits oben unter C I 1 und 2.

c) StGB eingegangen, weil kommunale Mandatsträger wohl kaum *im Auftrag* einer Behörde tätig sind.

a) Tätigkeit im Auftrag einer Behörde

aa) Umfang dieses Begriffsmerkmals

Bei den im Auftrag einer Behörde tätigen Personen soll es sich regelmäßig um solche Personen handeln, die nicht in eine Behördenstruktur bzw. Organisation eingegliedert sind.³³² Dabei umfasst der Auftrag i.S.v. Nr. 2 c) sämtliche Beauftragungen und ist keinesfalls auf Auftragsverhältnisse nach §§ 662 ff. BGB beschränkt.³³³ Dies wird damit begründet, dass es zur Bejahung der Amtsträgereigenschaft im Falle der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung nicht auf die Ausgestaltung des konkreten Innenverhältnisses ankommen dürfe, sondern jede Art der Beauftragung ausreichend sei.³³⁴ In Abgrenzung zu den Konstellationen des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB bedarf es keiner förmlichen Verpflichtung.³³⁵ Nach einer rein funktionalen Betrachtungsweise ist auch kein besonderer Bestellungsakt erforderlich, weil in jedem Fall der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung eine Amtsträgereigenschaft vielmehr ohne weiteres aus dem Wortlaut von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB folge.³³⁶ Während bei der ersten Alternative – wie bei den Amtsträgern nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) StGB das Moment der institutionellen Eingliederung den notwendigen Bezug zur Verwaltung und damit zum Schutzbereich der § 331 ff. StGB herstelle, muss nach *Lenckner* bei der zweiten Alternative das „*institutionelle Minus*“ beim Privaten durch ein „*funktionelles Plus*“ seiner Tätigkeit ersetzt werden.³³⁷ Einer solchen rein funktionalen Auslegung ist der BGH mit einer organisatorischen Betrachtungsweise entgegengetreten.³³⁸ Auf Grund der Formulierung „*im Auftrag einer Behörde bestellt*“

³³² MüKo-Radtke, § 11 Rn 59 und bereits *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 522.

³³³ MüKo-Radtke, § 11 Rn 59 verweist auf *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 388 und *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 58 je unter Verweis auf die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 7/550, 208 f.

³³⁴ Mit weitergehender Begründung *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 388.

³³⁵ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 388.

³³⁶ So ausführlich bereits *Welp*, Lackner-FS, 761, 764 ff. ihm folgend *Ossenbühl* JR 1992, 474; *Weiser* NJW 1994, 968, 970; *Rohlf*, Amtsdelikte, S. 170.

³³⁷ So ausdrücklich *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 533 f.

³³⁸ BGHSt 43, 96, 103 und 105.

werde deutlich, dass neben der vertraglichen Beauftragung eine öffentlich-rechtliche Bestellung erforderlich sei.³³⁹ Der BGH fordert zur Bejahung einer Bestellung des Weiteren eine über den einzelnen Auftrag hinausgehende längerfristige Tätigkeit. Mit diesem Zeitmoment soll im Sinne einer Warnfunktion für den Normadressanten hinreichend deutlich werden, dass mit dem Auftrag besondere strafbewehrte Verhaltenspflichten verbunden sind.³⁴⁰ Diese Rechtsprechung wird in der Literatur überwiegend abgelehnt, weil sich ein solches Zeitmoment nicht aus dem Gesetz begründen lasse, ihm nicht unbedingt eine Warnfunktion zukomme und zu Friktionen in Bezug auf die erste Alternative führe, wo ein solches Zeitmoment auch vom BGH nicht gefordert werde.³⁴¹ Dennoch ist mit dem BGH davon auszugehen, dass ein einmaliges Tätigwerden noch nicht für eine Bestellung ausreichen kann.³⁴² Schutzzweck der § 331 ff. StGB ist vor allem das Vertrauen der Bevölkerung in die Integrität (Lauterkeit und Unkäuflichkeit) des öffentlichen Diensts und damit zugleich in die Sachlichkeit und Gesetzmäßigkeit der Entscheidungen von Trägern staatlicher Funktionen.³⁴³ Durch einen Privaten kann dieser Schutzzweck nur dann im gleichen Maße wie durch einen behördeninternen Mitarbeiter gefährdet werden, wenn er mehrmals bzw. über einen längeren Zeitraum für die Behörde tätig wird. Erst dann wird das „Versagen“ des Privaten von der Bevölkerung der Behörde zugerechnet und es bleibt etwas an ihr „hängen“.³⁴⁴ Allerdings ist der Literatur zuzugestehen, dass erst die eigene Entscheidungsgewalt eine endgültige Zurechnung zur Behörde und damit eine Eröffnung der § 331 ff. StGB rechtfertigt.³⁴⁵ *Lenckners* ursprüngliche Formel könnte demnach wie folgt weiterentwickelt werden:

Das „institutionelle Minus“ des Privaten im Vergleich zur ersten Alternative muss zur Bejahung der zweiten Alternative durch ein über ein zeitlich gestrecktes

³³⁹ So bereits *Geppert* Jura 1981, 44 und *Haft* NJW 1995, 1113, 1117; *Zeiler* MDR 1996, 439, 441 f. sowie *Schramm* JuS 1999, 333, 334.

³⁴⁰ BGHSt 43, 96, 105.

³⁴¹ *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 27; *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Abs. 1 Rn 31b; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 59; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 6 je mwN und bezugnehmend auf *Schramm* JuS 1999, 333, 335 f.

³⁴² So auch *Haft* NJW 1995, 1113, 1117; *Zeiler* MDR 1996, 439, 441 f.; *Ransiek* NSTZ 1997, 519, 525.

³⁴³ Zum komplexen Rechtsgutsbegriff der §§ 331 ff. StGB vgl. die Darstellungen von *Dedes*, *Lackner-FS*, 787, 790 ff.; *Heinrich*, *Amtsträgerbegriff*, S. 239 ff.; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 2 je mwN; aus der Rspr vor allem BGHSt 15, 88, 97 ausführlich noch unten im 5. Kapitel unter C III 3.

³⁴⁴ Obwohl allein auf eine funktionale Betrachtungsweise abstellend so bereits schon *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 532 ff. und ihm folgend *Schramm* JuS 1999 333, 337.

³⁴⁵ So auch *Ransiek* NSTZ 1997, 519, 523 ff. und *Schramm* JuS 1999, 333, 337 ff.

„funktionelles Plus“ mit eigener Entscheidungsgewalt gegenüber Dritten kompensiert werden.

Damit werden sowohl das gebotene zeitliche Argument des BGH als auch die berechtigten Einwände der herrschenden Lehre zu einer sinnvollen Kombination ergänzt.³⁴⁶ Letztlich ist nunmehr auch geklärt, dass es sich bei der Tätigkeit im Auftrag einer Behörde nicht um weisungsgebundene und damit unselbständige Tätigkeiten im Rahmen eines Über- und Unterordnungsverhältnisses handeln muss.³⁴⁷ Einerseits lässt sich eine solche zwingende Weisungsabhängigkeit nicht aus dem Gesetz begründen andererseits ist sie auch sachlich nicht zu rechtfertigen. Denn im Auftrag eines anderen kann auch derjenige Handeln, der im Besitz überlegener Sachkunde ist und daher über das „Wie“ seiner Tätigkeit selbständig entscheidet.³⁴⁸ So sind heute - besonders bei technisch schwierigen Sachverhalten - die Behörden mangels eigener Sachkunde in steigendem Maße auf die Beauftragung von behördenexternen Gutachtern angewiesen. Gerade in Bezug auf diese Sachverständigen besteht ein Bedürfnis sie strafrechtlich genauso zu behandeln wie die eigenen Behördenmitarbeiter.³⁴⁹

Im Ergebnis umfasst die zweite Alternative des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB auf Grund des Wortlautes „in deren Auftrag bestellt“ nur verwaltungsorganisationsrechtlich *externe* Personen, die zum einen in einem entgeltlichen Vertragsverhältnis für die Behörde tätig sind und zum anderen zu dieser Tätigkeit über einen einzelnen Auftrag hinaus längerfristig beschäftigt und deswegen dazu bestellt sind mit eigener Entscheidungsbefugnis gegenüber Dritten Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen.³⁵⁰ Die Richtigkeit der hier entwickelten „Vereinigungsdefinition“ wird schließlich dadurch belegt, dass als Beispiel für die zweite Alternative zum einen Gutachter oder Referenten mit eigenen Entscheidungskompetenzen zum anderen

³⁴⁶ Ähnlich bereits *Ransiek* NStZ 1997, 519, 525 und NStZ 1998, 564, 565, *Otto* JR 1998, 73, 74 sowie *Schramm* JuS 1999, 333, 338 f.

³⁴⁷ Dazu ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 389. und *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 57 ff.

³⁴⁸ So bereits schon *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 522 f.

³⁴⁹ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 389.

³⁵⁰ In Ansätzen jeweils ähnlich *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 18 und bereits *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 522; *Haft* NJW 1995, 1113, 1117; *Zeiler* MDR 1996, 439, 441 f. sowie *Ransiek* NStZ 1997, 519, 525 und *Schramm* JuS 1999, 333, 334.

alle Arten von öffentlich-rechtlichen Beliehenen angeführt werden.³⁵¹ Bei Beliehenen handelt es sich um Privatrechtssubjekte, die durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes hoheitliche oder schlicht hoheitliche Aufgaben wahrnehmen und dabei selbstständig in eigenem Namen handeln.³⁵² Konkret werden die amtlich anerkannten Sachverständigen und Prüfer nach dem KfSachvG, die der Technischen Prüfstelle eines TÜV angehören, der öffentlich bestellte Vermessungsingenieur sowie der Prüflingenieur für Baustatik genannt.³⁵³

bb) Übertragbarkeit auf kommunale Mandatsträger ?

Zwar könnte man daran denken, dass kommunale Mandatsträger deshalb im Auftrag einer Behörde tätig sind, weil sie als ehrenamtlich tätige Bürger nicht in einem Dienst oder Anstellungsverhältnis zur Kommune stehen. Ferner können sie als Verwaltungsextern „bestellte“ Personen angesehen werden. Unabhängig vom Streit zwischen BGH und Literatur um die Anforderungen an einen Bestellsakt, kann aber - wie oben ausgeführt - von einer Bestellung in Bezug auf kommunale Mandatsträger ausgegangen werden. Denn sie sind auch nach den insoweit strengeren Anforderungen der Rechtsprechung über einen längeren Zeitraum, nämlich über ihre gesamte Wahlperiode tätig. Ferner stellt ihr freies Mandat unter dem Aspekt einer Weisungsgebundenheit kein Hindernis dar, da für die zweite Alternative kein derartiges Abhängigkeits- bzw. Weisungsverhältnis erforderlich ist. Offensichtlich ist jedoch, dass kommunale Mandatsträger nicht in einem entgeltlichen Vertragsverhältnis zur Kommune stehen. Denn sie erhalten kein Entgelt, sondern lediglich eine Aufwandsentschädigung.³⁵⁴ Entscheidend ist aber, dass die im Auftrag einer Behörde Tätigen letztlich immer auch zu ihrer Tätigkeit von der Behörde „beauftragt“ werden. Grundlage ist wie oben dargelegt neben der Bestellung immer ein irgendwie ausgestaltetes vertragliches Verhältnis zur Behörde.³⁵⁵ Kommunale Mandatsträger erhalten ihren Wählerauftrag ergo ihr *Mandat* aber nicht von einer

³⁵¹ zu den Gutachtern und Referenten *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 24; zu den Beliehenen *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 390, der bei den Gutachtern und Referenten zur Abgrenzung vom für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 zu Recht eine eigene Entscheidungskompetenz fordert.

³⁵² Ausführlich *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Band 3, § 90 Rn 1 ff.

³⁵³ *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 31c; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 18 und *Schramm* JuS 1999, 333, 338.

³⁵⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 580; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b ee, S. 187.

³⁵⁵ *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 58 ff und *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 27 ff.

Behörde, sondern unmittelbar vom Bürger durch Wahlakt.³⁵⁶ Damit sind kommunale Mandatsträger nicht im Auftrag einer Behörde, sondern höchstens „im Auftrag“ ihres Wählers tätig. Diese durch unmittelbare Wahl erlangte besondere Rechtsstellung, hebt sie schließlich gegenüber den in Bezug auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) Alt. 2 StGB anerkannten Personengruppen ab. Letztlich nehmen sie auch nicht unmittelbar gegenüber Dritten eigene Entscheidungsbefugnisse wahr, sondern legen die Grundsätze der Gemeindeverwaltung fest, die dann vom Bürgermeister nach außen vollzogen werden.³⁵⁷

cc) Resümee

Kommunale Mandatsträger können nicht als Personen angesehen werden, die im Auftrag einer Behörde Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) Alt. 2 StGB wahrnehmen.

b) Tätigkeit bei einer Behörde

Entscheidend für die Frage der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger wird daher sein, wie die Formulierung bei einer Behörde als das letzte noch offene Merkmal des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB auszulegen sein wird. Während der BGH diesbezüglich in seiner Leitentscheidung ein irgendwie geartetes Abhängigkeits- bzw. Weisungsverhältnis voraussetzen scheint,³⁵⁸ wird nachfolgend die Ansicht vertreten, dass eine solche Weisungsabhängigkeit der ersten Alternative des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB nicht immanent ist.

aa) Umfang dieses Begriffsmerkmals

Die erste Alternative des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB bezeichnet das Tätigwerden *bei einer Behörde*. Die h.M. in der Literatur geht davon aus, dass der Betroffene hier unmittelbar bei der Behörde beschäftigt sein müsse.³⁵⁹ Für dieses

³⁵⁶ Gern, Kommunalrecht, Rn 346.

³⁵⁷ Vgl. bereits ausführlich oben unter III 2 c).

³⁵⁸ BGHSt 51, 44, 52 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NSTZ 2007, 36.

³⁵⁹ Statt aller nur Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn 27 und SK-Rudolphi/Stein, § 11 Rn 30b je mwN.

Beschäftigungsverhältnis reiche jede rechtliche Beziehung zur Behörde aus,³⁶⁰ weil damit nur Personen gemeint sein können, die zu der Behörde „gehören“; ihr also verwaltungsorganisationsrechtlich zugeordnet sind.³⁶¹ Dies ist dann der Fall, wenn der Tätige in den Behördenapparat eingegliedert ist und somit seine Tätigkeit auch eindeutig der Behörde als Träger öffentlicher Verwaltung zugerechnet wird.³⁶² Dabei ist die Art des Anstellungsverhältnisses und die Ranghöhe innerhalb des Behördenapparats nicht entscheidend.³⁶³ Dieser Ansicht hat sich die Rechtsprechung angeschlossen.³⁶⁴ Auch sie fordert für eine Tätigkeit bei einer Behörde eine organisatorische Eingliederung des Betroffenen in die Behördenstruktur.³⁶⁵ Dies folge aus dem Regelungszusammenhang mit der Amtsträgereigenschaft der Beamten und Richter (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 a), der sonst in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis stehenden Personen (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 b) sowie der Gleichsetzung der Amtsträger mit den für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB).³⁶⁶

bb) Übertragbarkeit auf kommunale Mandatsträger

Wie oben dargestellt sind kommunale Mandatsträger allein dem Wortlaut nach bei einer Behörde, nämlich der kommunalen Gebietskörperschaft bzw. der kommunalen Volksvertretung als eigene Behörde, im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung tätig. Ferner kann behauptet werden, dass sie als Gemeinderats oder Kreistagsmitglieder immerhin dem Hauptorgan dieser Gebietskörperschaften angehören und damit auch organisationsrechtlich in die Behördenstruktur eingegliedert sind. Der Wortlaut der Wörter *bei* und *Behörde* ist also insoweit neutral und würde eine Subsumtion unter die erste Variante von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB zulassen.³⁶⁷

³⁶⁰ Weiser NJW 1994, 968, 970 und MüKo-Radtke, § 11 Rn 58.

³⁶¹ Lenckner ZStW 106 (1994) 502, 515 und 522; Haft NJW 1995, 1113, 1114; Zeiler MDR 1996, 439, 440 sowie Schramm JuS 1999, 333 ff.

³⁶² Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 387 und SK-Rudolphi/Stein, § 11 Rn 30b.

³⁶³ Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn 24 und NK-Lemke, § 11 Rn 32.

³⁶⁴ BGHSt 43, 96, 105 und auch in der Leitentscheidung BGHSt 51, 44, 53.

³⁶⁵ BGHSt 43, 96, 105 und auch in der Leitentscheidung BGHSt 51, 44, 53.

³⁶⁶ BGHSt 43, 96, 105 und auch in der Leitentscheidung BGHSt 51, 44, 53.

³⁶⁷ Davon geht auch BGHSt 51, 44, 52 ff. aus, bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NSTZ 2007, 36; ferner Rübenstahl HRRS 2006, 23, 27 ff. und 33 ff.

(1.) Die Lösung des BGH

Mit Urteil vom 9. Mai 2006 (Az.: 5 StR 453/05) hatte sich der BGH zum ersten Mal mit der Problematik der Amtsträgereigenschaft von Stadträten in Nordrhein-Westfalen zu beschäftigen.³⁶⁸

(a) Darstellung des Urteils

Hintergrund der Entscheidung des BGH zur strafrechtlichen Stellung kommunaler Mandatsträger war die Zahlung von Geldbeträgen durch einen Investor für Großprojekte an einen Stadtrat der Stadt Wuppertal, von dem sich der Investor Vorteile für die geplanten Projekte versprach. Neben seiner politischen Tätigkeit betrieb der Stadtrat ein Ingenieurbüro. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils des LG waren die Zahlungen allenfalls für Abstimmungen des Stadtrats in einer Volksvertretung der Gemeinde oder für die Vorbereitung solcher Abstimmungen gedacht. Ein solches Verhalten ist nach dem BGH nicht nach den Vorschriften der §§ 331 ff. StGB, also wegen Bestechlichkeit und wegen Vorteilsannahme, strafbar. Nach Auffassung des BGH unterfallen kommunale Mandatsträger nicht dem Beamtenbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB. Ferner stünden sie auch nicht in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB. Denn nach dem Willen des Gesetzgebers sollen in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis solche Personen stehen, die Träger eines öffentlichen Amtes wie Minister, Wehrbeauftragte, Notare oder Notarassessoren seien. Solche öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisse stünden denen des Beamten und des Richters gleich. Letztlich sei auch nicht der Amtsträgerbegriff nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB einschlägig. Zwar nähmen kommunale Mandatsträger inhaltlich Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr, sie seien aber nicht dazu bestellt, derartige Aufgaben bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle wahrzunehmen. Auf Grund ihres freien Mandats fehle es bei ihnen an der notwendigen Ein- oder Unterordnung in ein Dienst- oder Auftragsverhältnis zur öffentlichen Hand. Der BGH geht davon aus, *„dass kommunale Volksvertreter auf Grund ihres freien Mandats nicht in den von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB vorausgesetzten behördlich-hierarchischen, sondern in eigenbestimmt-politischen*

³⁶⁸ BGHSt 51, 44, 52 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NSTZ 2007, 36.

*Strukturen tätig werden.*³⁶⁹ Darüber hinaus wäre die Nichtanwendbarkeit der Amtsdelikte - also insbesondere der Bestechungsvorschriften - auf kommunale Mandatsträger, für den Gesetzgeber der ausschlaggebende Grund gewesen, mit § 108e StGB (Abgeordnetenbestechung) einen eigenen Straftatbestand zu schaffen. Dementsprechend seien kommunale Mandatsträger keine Amtsträger, wenn sie nicht mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut würden, die über ihre Mandatstätigkeit und die Tätigkeit in den zugehörigen Ausschüssen hinausgingen. Wenn der Mandatsträger allerdings mit konkreten Verwaltungsfunktionen wie beispielsweise der Entsendung in einen Aufsichtsrat oder in einen nicht der Volksvertretung zugehörigen Ausschuss betraut werde, könne eine Amtsträgerstellung in Betracht kommen. Ferner könne eine Amtsträgerstellung in Betracht kommen, wenn der kommunale Mandatsträger im Einzelfall nicht im Rahmen der politischen Willensbildung tätig werde, sondern in der kommunalen Volksvertretung oder eines ihrer Ausschüsse konkrete Verwaltungsaufgaben wahrnehme.³⁷⁰ Bei Zweifelsfällen könne für die Abgrenzung zwischen bloßer Mitwirkung an der politischen Willensbildung in der gemeindlichen Volksvertretung einerseits und dem Betrautsein mit der Erfüllung konkreter Verwaltungsaufgaben auf kommunaler Ebene andererseits, insbesondere auf zwei Kriterien zurückgegriffen werden: Zum einen sei zu fragen, ob der Mandatsträger in der konkreten Entscheidungssituation ersetzbar sei oder ob es rechtlich zwingend auf seine persönliche Entscheidung ankomme. Zum anderen sei zu untersuchen, ob die Entscheidung inhaltlich eher dem politischen oder dem verwaltenden Bereich zuzuordnen sei, was sich danach bestimme, ob die zur Entscheidungsfindung Berufenen ausschließlich den Interessen der Gesamtheit verpflichtet seien oder sich auch von (partei-)politischen Gesichtspunkten leiten lassen dürften.³⁷¹

Der BGH hat auch gewürdigt, dass europäisches Gemeinschaftsrecht und völkerrechtliche Verträge keine Vorgaben zu der Frage enthalten, ob kommunale Mandatsträger Amtsträger sind oder nicht.³⁷² Das Urteil endet mit einem

³⁶⁹ So wörtlich BGHSt 51, 44, 54 und BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

³⁷⁰ BGHSt 51, 44, 58 und BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

³⁷¹ BGHSt 51, 44, 59 verweist auf BGHSt 8, 21, 23 f.; BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

³⁷² BGHSt 51, 44, 54 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

rechtspolitischen Appell an den Gesetzgeber den vom Senat als zu eng empfundenen Tatbestand der Abgeordnetenbestechung beträchtlich auszuweiten.³⁷³

(b) Diskussion des Urteils

Ohne dies deutlich anzusprechen erkennt der BGH die Problematik des weiten Wortlauts von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB.³⁷⁴ Er meint aber die kommunalen Mandatsträger auf Grund ihres **weisungsunabhängigen** freien Mandats aus dem Amtsträgerbegriff ausscheiden zu können. Für seine teleologische Reduktion des Wortlauts von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB muss der BGH aber ein ungeschriebenes Merkmal der Weisungsabhängigkeit bezüglich der ersten Alternative des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB voraussetzen.³⁷⁵

Ein solches Abhängigkeits- bzw. Weisungsverhältnis kann aber dem Wortlaut dieser Alternative nicht entnommen werden. Gerade der vom BGH dafür angeführte Vergleich mit den in § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) StGB genannten Beamten, Richter oder sonstigen in einem öffentlichen Amtsverhältnis stehende Personen überzeugt im Hinblick auf ein ungeschriebenes Merkmal einer Weisungsabhängigkeit nicht. So ist der in § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB genannte Richter gerade ein Beispiel für einen Amtsträger, der sachliche und persönliche Unabhängigkeit genießt. Auch die vom BGH als Beispiele für in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehende Personen wie Notare und der Wehrbeauftragte sind sachlich und persönlich unabhängig tätig.

Insgesamt ist dem BGH vorzuhalten, dass er in seinem Urteil im Hinblick auf eine genaue Subsumtion der einzelnen Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sehr pauschal vorgeht. So wird zwischen den beiden Varianten von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB nicht unterschieden. Zwar ist im Ergebnis dem BGH zuzustimmen, dass kommunale Mandatsträger grundsätzlich keine Amtsträger sind, doch scheint die Begründung hierfür nicht in sich stimmig und ausführlich genug. Dies mag wohl dem Urteilsstil geschuldet sein. Eine solche eingehende Untersuchung und Begründung bleibt deshalb dieser Untersuchung vorbehalten und soll im Rahmen einer

³⁷³ BGHSt 51, 44, 59 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NSTZ 2007, 36.

³⁷⁴ BGHSt 51, 44, 52 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NSTZ 2007, 36.

³⁷⁵ BGHSt 43, 96, 105 und BGHSt 51, 44, 53 ff. sowie BGH wistra 2006, 419, 420 = NSTZ 2007, 36.

detaillierten Prüfung des Amtsträgerbegriffs des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) Alt. 1 StGB geschehen. Dabei wird insbesondere zu überprüfen sein, ob diese Variante des Amtsträgerbegriffs ein irgendwie geartetes Abhängigkeits- bzw. Weisungsverhältnis voraussetzt.

(2.) Vorgelagerte Problematik eines Weisungsrechts

Im nachfolgenden soll daher zunächst diese Prämisse des BGH kritisch überprüft werden. Erst wenn festgestellt werden kann, dass in Bezug auf die erste Alternative ein ungeschriebenes Merkmal eines Abhängigkeits- bzw. Weisungsverhältnisses erforderlich ist, ist die Lösung des BGH konsistent. Denn die kommunalen Mandatsträger würden dann bereits auf Grund ihres freien Mandats *sui generis* aus der ersten Alternative herausfallen.

(a) *Stellungnahmen der Literatur zum Weisungsrecht*

Bislang ist keine Stimme in der Literatur ersichtlich, die im Rahmen der ersten Alternative von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ausdrücklich die ungeschriebene Voraussetzung eines Abhängigkeits- bzw. Weisungsverhältnisses verlangt. In den Kommentierungen wird für diese Alternative lediglich die „*Eingliederung des Bestellten in die Organisationsstruktur der Behörde*“ gefordert.³⁷⁶ Hieraus kann aber nicht automatisch auf ein damit verbundenes Abhängigkeits- oder Weisungsverhältnis geschlossen werden. Soweit die Problematik der Weisungsabhängigkeit bezüglich der ersten Alternative überhaupt diskutiert wird, hat zunächst *Lenckner* die Ansicht vertreten, dass ein Weisungsrecht bezüglich der ersten Alternative nicht zu verlangen sei.³⁷⁷ Im Rahmen der Erörterung der **zweiten** Alternative stellt *Lenckner* fest, die Annahme die Formulierung „im Auftrag einer Behörde“ könne lediglich eine weisungsgebundene Tätigkeit meinen, weil bereits für die erste Alternative eine unselbständige Tätigkeit erforderlich sei, beruhe auf einer unrichtigen Prämisse.³⁷⁸ Denn auch im Rahmen der ersten Alternative gäbe es selbständig handelnde Amtsträger (dies jedenfalls bei den „sonstigen Stellen“, zu

³⁷⁶ Vgl. § 11 StGB bei *Schönke/Schröder-Eser*, Rn 25 ff.; *Tröndle/Fischer*, Rn 18; *SK-Rudolphi/Stein*, Rn 30b und *NK-Lemke* Rn 28 ff. sowie *MüKo-Radtke*, Rn 58.

³⁷⁷ *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 522 f.

³⁷⁸ *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 522 f.

denen auch Ausschüsse und Beiräte gehören), deren Mitglieder, vor allem wenn es sich um Private handele, in ihren Entscheidungen völlig frei sein können.³⁷⁹

Des Weiteren hat *Traumann* beklagt, dass in den strafrechtlichen Standardwerken die beiden Alternativen *bei* und *im Auftrag* einer Behörde noch nicht hinreichend konkretisiert sind, während das Merkmal der Bestellung überall erörtert wird.³⁸⁰ *Traumann* führt dies auf die Gesetzesbegründung zurück, die sich lediglich zum Merkmal „bestellt“ äußert.³⁸¹ Nach seiner Ansicht kommt sowohl der Alternative „*bei*“ als auch der Alternative „*im Auftrag*“ einer Behörde zusätzlich zum Merkmal der Bestellung eine eigenständige Bedeutung im Rahmen der Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB zu. Mutatis mutandis sei der Bestellungsakt unabhängig von der Tätigkeit *bei* und *im Auftrag* einer Behörde abzugrenzen, denen in eigenständiger Weise die Beschreibung des „Grundverhältnisses“ zur Behörde zukomme. Das Wörtchen *bei* drücke als lokale Präposition ein institutionelles Element aus, weswegen unabhängig vom jeweiligen Innenverhältnis ein bestimmter organisatorischer Zusammenhang zwischen Behörde und Amtsträger zu fordern sei.³⁸² Dagegen sei die Alternative *im Auftrag* dahin auszulegen, dass mit ihr lediglich verwaltungsexterne Personen gemeint sein können. Zusammenfassend hält *Traumann* fest, dass bezüglich der zwei Alternativen zwischen verwaltungsinternen und verwaltungsexternen Personen zu unterscheiden sei. Besondere Anforderungen an das Innenverhältnis ergeben sich aus dieser Differenzierung nicht.³⁸³ Damit scheint auch *Traumann* in Bezug auf die erste Alternative lediglich auf eine verwaltungsorganisatorische Eingliederung nicht aber auf eine Weisungsabhängigkeit abzustellen.

Schließlich stellt *Heinrich* ebenso wie *Lenckner* im Zusammenhang mit der Erörterung der zweiten Alternative indirekt fest, dass es für die erste Alternative keiner Weisungsabhängigkeit bedarf.³⁸⁴ *Heinrich* wirft zunächst die Frage auf, ob ein Vergleich der verschiedenen Varianten des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB es nicht nahe lege, dass es sich bei den Tätigkeiten im Auftrag einer Behörde (auch) um

³⁷⁹ *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 522 f.

³⁸⁰ *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 56.

³⁸¹ *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 57 unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 209 f.

³⁸² *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 58.

³⁸³ *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 59.

³⁸⁴ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 389.

weisungsgebundene und damit unselbständige Tätigkeiten im Rahmen eines Über- und Unterordnungsverhältnisses handeln müsse.³⁸⁵ Sodann kommt er zu dem Schluss, dass die zweite Alternative ein solches Weisungsrecht nicht erfordere, weil bereits die Tätigkeit *bei* einer Behörde nicht notwendigerweise eine solche Weisungsabhängigkeit voraussetze.³⁸⁶ *Heinrich* begründet dies zum einen mit dem Wortlaut, der eine solche einschränkende Weisungsabhängigkeit nicht fordere und zum anderen unter Verweis auf § 359 StGB a.F. Dort wurde von der Rechtsprechung mitunter gerade darauf abgestellt, dass der Beamte seine Aufgaben (weitgehend) selbständig wahrgenommen hat.³⁸⁷

Aus diesen Ausführungen von *Lenckner*, *Traumann* und *Heinrich* kann unmittelbar darauf geschlossen werden, dass sie für das Merkmal *bei* einer Behörde zwar eine institutionelle Eingliederung in die behördliche Verwaltungsorganisation voraussetzen. Mittelbar ergibt sich daraus aber, dass sie keinesfalls ein Abhängigkeits- oder Weisungsverhältnis im Innenverhältnis der **ersten** Alternative verlangen.

(b) Eigene Stellungnahme

Überprüft man die Formulierung „bei einer Behörde“ an Hand der anerkannten Auslegungsregeln dahingehend, ob sie eine Weisungsabhängigkeit voraussetzt, dann führt bereits die wortlautorientierte Auslegung nicht weiter. Das Wörtchen „bei“ indiziert nicht notwendigerweise, ein Abhängigkeits- bzw. Weisungsverhältnis. Vielmehr ist es diesbezüglich neutral. Mit *Traumann* ist der lokalen Präposition „bei“ lediglich das institutionelle Moment eines organisatorischen Zusammenhangs zwischen der Behörde und dem Betroffenen zuzusprechen.³⁸⁸ Ferner scheinen systematische Erwägungen gegen ein ungeschriebenes und dennoch als zwingend anzusehendes Erfordernis der Weisungsabhängigkeit im Rahmen der ersten Alternative zu sprechen. Wenn bereits für die zweite Alternative keine Weisungsabhängigkeit zu fordern ist, so spricht vieles dafür, dass sie auch in der ersten Alternative entbehrlich ist. Dagegen lässt sich einwenden, dass sich diese

³⁸⁵ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 388 und 389.

³⁸⁶ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 389.

³⁸⁷ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 389 vor allem die Nachweise in Fn 495.

³⁸⁸ *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 58.

Argumentation lediglich auf eine Vermutung stützen kann. Denn die beiden Alternativen müssen hinsichtlich der Weisungsunabhängigkeit nicht zwingend gleich ausgelegt werden. Allerdings wollte der Gesetzgeber mit der Formulierung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB zum einen die Rechtsprechung zum strafrechtlichen Beamtenbegriff des § 359 StGB a.F. kodifizieren³⁸⁹, der ja wie *Heinrich* ausführt, keinesfalls eine Weisungsabhängigkeit vorausgesetzt hat.³⁹⁰ Zum anderen wollte der Gesetzgeber mit der neuen Definition des Amtsträgerbegriffs der Rechtsprechung aus kriminalpolitischen Gründen die Möglichkeit einräumen, den Amtsträgerbegriff im Hinblick auf den stetig wachsenden Bereich der Daseinsvorsorge und der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Tätigkeit des Staates weiterzuentwickeln.³⁹¹ Ferner war Sinn und Zweck der Ersetzung des überkommenen strafrechtlichen Beamtenbegriffs des § 359 StGB a.F. - insbesondere durch die detaillierte Regelung des § 11 Abs. 2 c) StGB - eine weite Auslegung des Amtsträgerbegriffes zu ermöglichen, die dennoch mit dem Bestimmtheitsgrundsatz zu vereinbaren ist.³⁹² All diesen Zielen würde aber das Erfordernis der ungeschriebenen Weisungsabhängigkeit sowohl in Bezug auf die zweite als auch in Bezug auf die hier maßgebliche erste Alternative des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB eklatant zuwiderlaufen.

Schließlich liefert der BGH in seiner Urteilsbegründung selbst ein systematisches Argument gegen das von ihm offensichtlich vorausgesetzte Merkmal der Weisungsabhängigkeit in § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB, wenn er sich zum Merkmal „bei einer Behörde bestellt“ wie folgt äußert:³⁹³

„Mit diesem zusätzlichen Kriterium hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in derartigen Fällen allein eine Amtsträgerstellung nicht begründen kann, sondern der Betreffende durch

³⁸⁹ So *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 56 ff. und 60 ff. und BT-Drs. 7/550, S 208 ff.

³⁹⁰ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 389, der in Fn 495 auf RGSt 28, 239, 241 (Bürogehilfe); RGSt 58, 185, 186 (Inspektor); RGSt 68, 325, 327 (Arbeitsamt); RGSt 72, 362 (Kassenlehrling); RGSt 76, 209, 212 (Berufsgenossenschaft); RG JW 1927, 1268 (Vertragsangestellter); RG JW 1933, 1957 (Stadtsparkasse); RG JW 1937, 759 (Kassenverwalter); RG HRR Nr. 964 (Straßenamt); RG HRR 1940 Nr. 1161 (Kreissparkasse); sodann OLG Braunschweig HEST 1, 264 (Sturmführer); OLG Stuttgart MDR 1950, 627, 629 (Berufsgenossenschaft) verweist.

³⁹¹ BT-Drs. 7/550, S 208 ff.

³⁹² BT-Drs. 7/550, S 208 ff.

³⁹³ BGHSt 51, 44, 53 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

organisatorische Eingliederung in die Behördenstruktur eine vergleichbare Stellung haben muss wie die in § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a und b StGB genannten Beamten, Richter oder Personen, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen (vgl. BGHSt 43, 96 , 104; Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 11 Rdn. 27).“

Diese Argumentation erscheint in hohem Maße widersprüchlich. Denn der vom BGH genannte Richter stellt ja gerade das Paradebeispiel für eine Person dar, die sachliche und persönliche Unabhängigkeit genießt. Diese richterliche Unabhängigkeit ist in Art. 97 GG sogar verfassungsrechtlich garantiert. Auch die vom BGH als Beispiele für „in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis“ stehenden Personen wie Notare und der Wehrbeauftragte sind sachlich und persönlich unabhängig tätig.³⁹⁴ Aus dem systematischen Zusammenhang der einzelnen Amtsträgerkategorien in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB kann vom BGH folglich nicht auf das ungeschriebene Kriterium der Weisungsabhängigkeit in der ersten Alternative von Nr. 2 c) abgestellt werden. Gerade in Bezug auf den in Nr. 2 a) genannten Richter lässt sich sagen, dass dieser trotz seiner sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit „bei“ Gericht und damit nach § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB „bei“ einer Behörde tätig ist, obwohl er ansonsten nur dem Gesetz unterworfen ist.

Letztlich lässt sich auch durch die historische Auslegung der ersten Alternative das Erfordernis einer ungeschriebenen Weisungsabhängigkeit nicht begründen. Ganz im Gegenteil hat bereits *Lenckner* an Hand der Gesetzesmaterialien nachweisen können, dass diese selbst Beispiele für weisungsunabhängige Entscheidungsstellen im Rahmen der ersten Alternative aufzählen.³⁹⁵ In der Tat sieht die Gesetzesbegründung „*Vereinigungen, Ausschüsse oder Beiräte, die bei der Ausführung von Gesetzen mitwirken.*“ als von der ersten Alternative umfasst an. Namentlich werden in der Gesetzesbegründung der Ausschuss nach § 23 des Zündwarenmonopolgesetzes und die Beiräte nach §§ 23, 28 und 29 des damaligen SchwerbeschädigtenG genannt, die sich heute in den §§ 64, 103 und 105 SGB IX

³⁹⁴ So die Beispiele des BGH für Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) in BGHSt 51, 44, 49 f.; die Unabhängigkeit der freien Notare ist in §§ 1 und 2 BNotO garantiert; die des Wehrbeauftragten in § 5 Abs. 2 des Gesetzes über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages.

³⁹⁵ *Lenckner ZStW 106 (1994) 502, 522 f.*

finden.³⁹⁶ Als weiteres Beispiel seien auch diejenigen Rechtsanwälte genannt, die beim Landesjustizprüfungsamt ständige Mitglieder des Prüfungsausschusses sind.³⁹⁷ Darüber hinaus lässt sich dieses von *Lenckner* gebildete Beispiel auf alle mit Praktikern besetzten, ständigen Prüfungskommissionen ausdehnen.³⁹⁸ Damit hat die Gesetzesbegründung wohl unbewusst die sog. „Ministerialfreien Räume“ angesprochen. Darunter sind zusätzlich zu den bereits genannten Beispielen weitere Fachausschüsse und andere Kollegialorgane wie die Bundesstelle für jugendgefährdende Schriften, der Bundespersonalausschuss, und die Richterwahlausschüsse und jüngst die sog. Beschlusskammern bzw. Beschlussabteilungen bei den Regulierungsbehörden zu verstehen.³⁹⁹ Allen diesen Gremien ist zunächst gemeinsam, dass sie zwar bei einer Behörde oder einem Ministerium angesiedelt sind und damit in die Verwaltungsorganisation eingegliedert sind. Allerdings sind die einzelnen Gremienmitglieder in ihrer Entscheidungsfindung unabhängig und unterliegen keinem Weisungsrecht.⁴⁰⁰ Damit stellen sie eine anerkannte Durchbrechung des Grundsatzes der Weisungsabhängigkeit dar.⁴⁰¹ Soweit diese Gremien nicht explizit in der Verfassung verankert sind, stellt man insofern auf besondere Sach- und Entscheidungsstrukturen (Natur der Sache), auf Verfahrens- und Organisationskomponenten von Grundrechten oder auf die „Neutralität“ ministerialfreier Räume ab.⁴⁰²

Während sich damit aus den Gesetzesmaterialien keinerlei Hinweise auf die Notwendigkeit eines Abhängigkeits- bzw. Weisungsverhältnisses in Bezug auf die zweite Alternative von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB finden lassen, gibt es eindeutige Belege dafür, dass auch bei der ersten Alternative keinerlei Weisungsabhängigkeit zu fordern ist. Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit den oben vorgestellten Beispielen der Gesetzesbegründung dem Gesetzesanwender verdeutlichen, wie weit er das Merkmal *bei* einer Behörde verstanden wissen will. Schließlich stellen diese

³⁹⁶ BT-Drs. 7/550, S. 209.

³⁹⁷ Beispiel nach *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 523.

³⁹⁸ Man denke nur an die ständigen Prüfungskommissionen bei den Handwerksinnungen, den Handwerksammern sowie den Industrie und Handelskammern.

³⁹⁹ *Dreier*, Art. 20 Rn 126 und *Sachs*, Art. 20 Rn 41 jeweils mwN.

⁴⁰⁰ In diesem Sinne auch *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 389 verweist auf *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 522 f. und aus dem öffentlichen Recht *Dreier*, Art. 20 Rn 126; *Sachs*, Art. 20 Rn 41 je mwN.

⁴⁰¹ zu den ministerialfreien Räumen *Stern*, Staatsrecht II, § 41 IV 10 b, S. 790.

⁴⁰² Zur Problematik der ministerialfreien Räume *Dreier*, Art. 20 Rn 126; *Sachs*, Art. 20 Rn 41 je mwN.

Beispiele lediglich ein pars pro toto für all die Ausschüsse und Beiräte dar, die unter dem terminus technicus „Ministerialfreie Räume“ bekannt sind. Konsequenterweise müsste der BGH nach seinem Differenzierungsmerkmal der Weisungsunabhängigkeit auch den Mitgliedern dieser Ausschüsse und Beiräte wegen ihrer Weisungsunabhängigkeit die Amtsträgereigenschaft absprechen. Eine Konsequenz, die den Gesetzesmaterialien offensichtlich zuwiderläuft und die der BGH wohl nicht bedacht hat.

(3.) Resümee

Nachdem in Bezug auf die zweite Alternative von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB die Weisungsunabhängigkeit bereits seit längerem anerkannt ist, kann nach dem oben ausgeführten auch in Bezug auf die erste Alternative entgegen dem BGH **kein** ungeschriebenes Abhängigkeits- bzw. Weisungsverhältnis verlangt werden.

2.) Zwischenergebnis

Somit kann festgehalten werden, dass das Merkmal *bei* einer Behörde zwar eine organisatorische Eingliederung in die Behörde voraussetzt, nicht aber ein irgendwie geartetes Abhängigkeits- oder Weisungsverhältnis. Soweit der BGH kommunale Mandatsträger allein auf Grund ihres freien Mandats und der damit verbundenen Weisungsunabhängigkeit aus dem Amtsträgerbegriff der ersten Alternative des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ausscheiden will, greift die Argumentation in BGHSt 51, 44 ff. zu kurz. Denn um die Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger verneinen zu können, setzt der BGH ein - wohlgermerkt ungeschriebenes - Abhängigkeits- bzw. Weisungsverhältnis voraus. Eine solche Weisungsabhängigkeit lässt sich aber weder im Rahmen der zweiten noch im Rahmen der ersten Alternative von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB begründen. Ist folglich auch der hier entscheidenden 1. Alternative von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB kein irgendwie geartetes Abhängigkeits- oder Weisungsverhältnis immanent, dann lassen sich kommunale Mandatsträger weiterhin unter den Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB subsumieren.⁴⁰³

⁴⁰³ Im Ergebnis gleich aber mit anderer Begründung *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 33 ff.

2. Kapitel: Entwicklung eines eigenen Abgrenzungsmerkmals

Wie im 1. Kapitel dargestellt, fallen kommunale Mandatsträger unter den Wortlaut der ersten Alternative von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB.

Zwar mag der Wortlaut ein bedeutender Anhaltspunkt für die richtige Auslegung sein, dennoch ist das dadurch gewonnene Auslegungsergebnis im Hinblick auf die drei anderen Auslegungsregeln zu überprüfen.⁴⁰⁴ Dabei hat sich der vom BGH favorisierte Weg der teleologischen Reduktion des Wörtchens *bei* einer Behörde über das Kriterium der Weisungsunabhängigkeit nicht als gangbar erwiesen.

A) Notwendigkeit eines neuen Differenzierungsmerkmals

Will man mit dem BGH im Ergebnis zu einer weitgehenden Ablehnung der Amtsträgereigenschaft von kommunalen Mandatsträgern kommen, so muss nach einem Abgrenzungskriterium gesucht werden, welches sich als unterscheidungskräftiger erweist als jenes der Weisungsunabhängigkeit. Bei dieser Suche kann die Feststellung des BGH, dass den kommunalen Mandatsträgern ein freies Mandat zukommt nicht das Ende, sondern erst der Anfang einer umfassenden Differenzierung darstellen. Denn an Hand des freien Mandats lässt sich zwar die Weisungsunabhängigkeit der kommunalen Mandatsträger begründen, doch reicht allein dieses Merkmal wie gezeigt noch nicht zu einer eindeutigen Abgrenzung aus. Erst wenn sich zusätzlich zum Kriterium des freien Mandats und der damit einhergehenden Weisungsunabhängigkeit weitere Differenzierungsmerkmale finden lassen, kann das Herausfallen der kommunalen Mandatsträger aus § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB als gesichertes Erkenntnis gelten. Erst dann lässt sich das Merkmal *bei* einer Behörde trotz des eindeutigen Wortlauts auch unter dem Aspekt einer Eingliederung in die institutionelle Verwaltungsorganisation verneinen.

⁴⁰⁴ Larenz/Canaris, Methodenlehre in der Rechtswissenschaft, 4. Kapitel unter 2 a, S. 141 ff. sowie Zippelius, Juristische Methodenlehre, § 10 insbesondere unter IV und V, S. 57 ff.

B) Das Merkmal der unmittelbaren demokratischen Legitimation

Im nachfolgenden soll als eigener Lösungsansatz das Differenzierungskriterium der unmittelbaren demokratischen Legitimation entwickelt werden.

I. Herleitung der These

Fasst man sämtliche Gruppen der von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB anerkannten Amtsträger auf der einen Seite zusammen und stellt man ihnen die kommunalen Mandatsträger auf der anderen Seite gegenüber, dann ergibt sich zwangsläufig ein eindeutiges Differenzierungskriterium:

Wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Personengruppen ist die unmittelbare demokratische Legitimation aufgrund Direktwahl durch die Bürger gepaart mit besonderen *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnissen. Nur die kommunalen Mandatsträger haben ihr Mandat direkt und unmittelbar durch Volkswahl erlangt.⁴⁰⁵ Hingegen lässt sich bei den herkömmlichen Amtsträgern die Amtsausübung nur mittelbar und indirekt auf eine Volkswahl zurückführen. Dass die anerkannten Fallgruppen der Amtsträger über eine solche zumindest mittelbare und indirekte demokratische Legitimation verfügen, beruht auf dem in Art. 20 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Volkssouveränität, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgehen muss.⁴⁰⁶ Dies erfordert, dass jeder staatliche Akt, jede staatliche Behörde und jeder staatliche Bedienstete sich in Form einer ununterbrochenen Legitimationskette auf eine demokratische Legitimation zurückführen lassen muss bzw. berufen kann.⁴⁰⁷ Es ist manifest, dass den kommunalen Mandatsträgern auf Grund des Wahlakts eine besondere demokratische Legitimation zukommt. Folglich ist das hier vorgeschlagene Kriterium der unmittelbaren Legitimation auf Grund direkter Volkswahl ein viel griffigeres und eindeutigeres Abgrenzungsmerkmal als das vom BGH favorisierte Kriterium der Weisungsunabhängigkeit auf Grund des freien Mandats. Ferner haben die kommunalen Mandatsträger dieses Maß an unmittelbarer demokratischer

⁴⁰⁵ Vgl. hierzu ausführlich unter C II 1 b.

⁴⁰⁶ *Dreier*, Art. 20 Rn 113 ff. und *Sachs*, Art. 20 Rn 27 ff. und 35 ff. jeweils mwN.

⁴⁰⁷ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 20 II Rn 46 ff. besonders Rn 53; *Dreier*, Art. 20 Rn 113 ff.; *Sachs*, Art. 20 Rn 35 ff. je mwN und aus der Rspr BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 67.

Legitimation mit den Abgeordneten auf Bundes- und Landesebene gemeinsam. Für diese ist ein „Legitimationsvorsprung“ gegenüber den anderen Gewalten anerkannt.⁴⁰⁸ Des Weiteren ist unstrittig, dass Abgeordnete unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Amtsträger darstellen.⁴⁰⁹ Letztlich lässt sich mit dem Merkmal der unmittelbaren demokratischen Legitimation durch die Gemeindebürger eine schlüssige Trennungslinie zwischen den kommunalen Mandatsträgern und den weisungsunabhängigen Mitgliedern der oben vorgestellten und in der Gesetzesbegründung genannten sonstigen Ausschüsse und Beiräte bzw. sonstiger Selbstverwaltungsorgane ziehen. Während die kommunalen Mandatsträger ihre demokratische Legitimation unmittelbar durch die Wahl aller Gemeindeglieder und damit grundsätzlich aller Bevölkerungsgruppen erhalten, verfügen jene lediglich über die Legitimation eines Teilbereichs der Bevölkerung bzw. der jeweiligen Mitglieder der Selbstverwaltungskörperschaften.⁴¹⁰ Meist beruht diese Legitimation aufgrund einer Ernennung durch Personen, die selbst lediglich über eine mittelbare Legitimation verfügen können.⁴¹¹

II. Zusammenfassung

Die unmittelbare demokratische Legitimation aufgrund Direktwahl durch die Gemeindeglieder stellt folglich das entscheidende Differenzierungskriterium dar, welches die kommunalen Mandatsträger von den sonstigen Amtsträgern des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB eindeutig abgrenzt und deshalb eine Herausnahme aus dem Amtsträgerbegriff rechtfertigen kann. Konsequenterweise sind kommunale Mandatsträger aufgrund dieser Eigenschaft durchweg aus dem Amtsträgerbegriff auszuscheiden und zwar unabhängig davon, ob sie in der kommunalen Volksvertretung oder eines ihrer Ausschüsse im Einzelfall konkrete Verwaltungsentscheidungen treffen müssen. Denn auch die Abgeordneten werden

⁴⁰⁸ Speziell zu dieser Formulierung *Dreier*, Art. 20 Rn 119; *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 20 II Rn 76 und *Sachs*, Art. 20 Rn 36 ff. je mwN.

⁴⁰⁹ statt aller *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 23; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 16 verweist auf BGHSt 5, 100, 105 f.; BT-Drs. 7/550, S. 209 und BT-Drs. 7/1261, S. 4 nun auch BGHSt 51, 44, 49 ff. unter Verweis auf BT-Drs. 12/1630 und 12/5912 je Seite 5 und bereits *Schulze* JR 1973, 485, 486 ff.

⁴¹⁰ So zum Beispiel die Vertreter der Mitglieder in den Gremien der Selbstverwaltung von Hochschulen, Berufskammern sowie der gesetzlichen Krankenkassen und Rentenversicherungen.

⁴¹¹ So zum Beispiel die Mitglieder der Monopolkommissionen und Deregulierungsausschüsse, die vom zuständigen Minister ernannt werden.

nicht zu Amtsträgern, wenn sie Einzelfallentscheidungen treffen, die im Prinzip Verwaltungstätigkeit darstellen.⁴¹² Stellt man einzig auf das Differenzierungsmerkmal der unmittelbaren demokratischen Legitimation ab, dann ist schließlich auch unerheblich, ob die kommunale Volksvertretung im Rahmen des Staatsaufbaus nach der Mindermeinung wie ein Parlament der Legislative oder mit der herrschenden Meinung der Exekutive zuzuordnen ist.⁴¹³

Soweit aber kommunale Mandatsträger *außerhalb* der Volksvertretung oder einer ihrer Ausschüsse mit der Erledigung konkreter Verwaltungsaufgaben betraut werden, ist eine Amtsträgereigenschaft bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB möglich.⁴¹⁴

C) Die Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation

Die in dieser Arbeit gespannte Brücke der unmittelbaren demokratischen Legitimation zwischen kommunalen Mandatsträgern und Abgeordneten vermag nur dann zu tragen, wenn beide Gruppen tatsächlich miteinander vergleichbar sind. Dabei darf weder mit dem öffentlich-rechtlichen Schrifttum auf die formale Einordnung der kommunalen Mandatsträger als ein Teil der Exekutive abgestellt werden und folglich generell auf eine Amtsträgereigenschaft geschlossen werden. Noch darf mit der differenzierenden Ansicht im strafrechtlichen Schrifttum im Hinblick auf die auch auf kommunaler Ebene vorhandene Befugnis zu legislatorischer Tätigkeit abgestellt werden, wonach im Rahmen der Rechtssetzung lediglich § 108e StGB in Betracht komme, hingegen bei den übrigen Tätigkeiten die Amtsträgereigenschaft und damit der Anwendungsbereich der §§ 331 ff StGB eröffnet sei.

⁴¹² So zum Beispiel bei der Vergabe konkreter Beschlüsse in Bezug auf die Verwaltung des Bundestags und seiner Liegenschaften; anschaulich auch die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11. August 2004, Az: 835 Js 19/01 - 31/03 - VI - 26 Ks, veröffentlicht in Juris Rn 368 im Langtext: Genehmigungsbeschluss des Bundestags zum Verkauf von Panzern in den Nahen Osten und weitergehend *Deiters* NStZ 2003, 453, 457 ff. in Bezug auf einen Beschluss, zu einem bestimmten Zweck Bundeswehrsoldaten außerhalb des NATO-Gebiets einzusetzen.

⁴¹³ Hierzu auch *Deiters* NStZ 2003, 453, 458.

⁴¹⁴ So auch BGHSt 51, 44, 58 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

Mit der vorliegenden Untersuchung soll in Bezug auf die Amtsträgerproblematik kommunaler Mandatsträger der Blick weg von einer lediglich am überkommenen Merkmal der Gewaltenteilung orientierten - und somit als abstrakt-formell zu bezeichnenden - Betrachtungsweise der kommunalen Selbstverwaltung hin zu einer umfassenden konkret-inhaltlichen Bewertung gelenkt werden. Soweit sowohl das Gesamtorgan kommunale Volksvertretung als auch die kommunalen Mandatsträger selbst hinsichtlich ihrer *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnisse sowie ihrer Rechtsstellung mit einem Parlament bzw. einem Abgeordneten vergleichbar sind, erscheint die Annahme, dass kommunale Mandatsträger in all ihren Funktionen eher den Abgeordneten näher stehen als den herkömmlichen Amtsträgern, gerechtfertigt.

Im nachfolgenden soll deshalb zunächst eine eingehende vergleichende Darstellung in Bezug auf die inhaltlichen Aufgaben und Befugnisse von kommunaler Volksvertretung einerseits und Parlament andererseits vorgenommen werden. Sodann sollen die inhaltlichen Rechte und Pflichten des einzelnen kommunalen Mandatsträgers mit denen eines Abgeordneten verglichen werden. In einem dritten Schritt wird auf die bestehende Regelung des § 108e StGB einzugehen sein, aus deren Existenz sich für die Auslegung von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ein weiteres strafrechtliches Argument für das hier entwickelte Differenzierungskriterium der unmittelbaren demokratischen Legitimation durch Direktwahl abgeleitet werden könnte. Abschließend wird zu prüfen sein, ob die These von der unmittelbaren demokratischen Legitimation auch über Art. 28 GG verfassungsrechtlich untermauert werden kann.

Lässt sich in all diesen Prüfungsschritten hinreichend klar herausarbeiten, dass sowohl die Gesamtorgane beider Arten von Volksvertretungen als auch ihre Mitglieder im Hinblick auf ihre inhaltlichen Funktionen vergleichbar sind, dann lässt sich auch eine generelle Verneinung der Amtsträgereigenschaft hinsichtlich beiden Arten von Volksvertreter begründen. Dann kann es im Ergebnis auch unerheblich sein, dass die „Kommunalparlamente“ nach h.M. keine Parlamente im staatsrechtlichen Sinn darstellen, solange ihnen in *funktionell-inhaltlicher* Hinsicht weitgehend die gleichen Aufgaben und Befugnisse zukommen, wie den Parlamenten in Bund und Ländern. Ferner kann offen bleiben, ob kommunale Mandatsträger tatsächlich Abgeordnete mit einem freien Mandat im parlamentsrechtlichen Sinne sind. Denn für die Auslegung des Amtsträgerbegriffs von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB wird nach der hier vertretenen These entscheidend auf das Merkmal der

unmittelbaren demokratischen Legitimation und die damit verbundenen *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnisse abgestellt.

I. Die kommunale Volksvertretung im Vergleich zu Parlamenten

Methodisch erscheint es sinnvoll zunächst das Gesamtorgan kommunale Volksvertretung mit den Aufgaben der Parlamenten auf Bundes- und Länderebene zu vergleichen. Erst in einem zweiten Schritt sollen die einzelnen Rechte und Pflichten der Mitglieder dieser Volksvertretungsorgane beleuchtet werden (unter II.).

1.) Repräsentationsfunktion der demokratischen Volksvertretung

Schon die etymologische Herkunft des Worts *Demokratie* als Herrschaft des Volkes erhellt,⁴¹⁵ dass wesentliches Merkmal einer demokratischen *Volksvertretung* die Repräsentationsfunktion des gesamten Volkes darstellt.⁴¹⁶ Dabei besagt Repräsentation nicht privatrechtliche Vertretung, sondern Vergegenwärtigung, Präsent-Sein des zwar existenten, aber nicht gegenwärtigen und zum Handeln formierten Volkes.⁴¹⁷ Hieraus folgt die Anerkennung des Volkes als überindividuell-ideelle Einheit und der Verpflichtung der Volksvertreter dieses Volk und nicht spezifische Sonderinteressen zu repräsentieren.⁴¹⁸ Auf der Ebene der Parlamente führt damit das Repräsentativsystem zum Demokratiedanken und letztlich zur Volkssouveränität zurück.⁴¹⁹ Denn einzig das Parlament ist das Verfassungsorgan, das direkt vom Volk als dem Souverän unmittelbar demokratisch legitimiert ist.⁴²⁰

Dementsprechend muss nach der hier vertretenen These von der unmittelbaren demokratischen Legitimation auch der kommunalen Volksvertretung eine Repräsentationsfunktion zukommen. Denn auf Grund der unmittelbaren Direktwahl durch die Bürger, repräsentiert die kommunale Volksvertretung das Gemeindevolk auf kommunaler Ebene.

⁴¹⁵ Aus dem altgriechischen **δημοκρατία**, von *δῆμος* *dēmos* „Volk“ und *κρατία*, *kratía* „Macht, Herrschaft, Kraft, Stärke“.

⁴¹⁶ Zum Gedanken der Repräsentation *Hofmann/Dreier*, *Parlamentsrecht*, § 5 Rn 9 ff. sowie 16 ff.

⁴¹⁷ *Stern*, *Staatsrecht II*, § 26 I 1, S. 37.

⁴¹⁸ Speziell zur Repräsentationsfunktion des Bundestags *Dreier*, *Art. 38 Rn 30 ff.*

⁴¹⁹ *Stern*, *Staatsrecht II*, § 26 I 1, S. 38.

⁴²⁰ *Meyer*, *Parlamentsrecht*, § 4 Rn 9.

Hiergegen lässt sich jedoch einwenden, dass es den Kommunen an Staatsqualität fehle und sie infolgedessen keine originäre Staatsgewalt ausüben.⁴²¹ Nach Art. 20 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG könnten lediglich der Bund und die Länder in ihrer Eigenschaft als Staaten Träger der Staatsgewalt sein.⁴²² Sämtliche Hoheitsgewalt der Gemeinden stelle lediglich eine vom Staat abgeleitete Gewalt und damit mittelbare Staatsgewalt dar.⁴²³ Volkssouveränität und die Ausübung von Staatsgewalt bedingten sich aber gegenseitig. Folglich sei das Prinzip der Volkssouveränität mit seiner Repräsentationsfunktion lediglich in Bezug auf den einheitlichen Volkswillen innerhalb eines Staates und des staatlichen Parlaments gemünzt.⁴²⁴ Der Volksbegriff in Art. 20 Abs. 2 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG beziehe sich somit immer auf das jeweilige „Staatsvolk“ als Ganzes. Daneben bleibe für ein selbständiges „Gemeindevolk“ mit Repräsentationsfunktion kein Platz.⁴²⁵ Im Ergebnis komme den Kommunen lediglich eine Vertretungs- und Legitimationsfunktion minderen Ranges zu.⁴²⁶

Eine derartige Argumentation verkennt allerdings den eindeutigen Wortlaut von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, der gleichlautend für Länder, Kreise und Gemeinden eine Vertretung des *jeweiligen* Volkes fordert.⁴²⁷ Gleichzeitig stellt Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG für die Wahlen zu all diesen Volksvertretungen einheitliche Anforderung auf.⁴²⁸ Zwar muss anerkannt werden, dass das Grundgesetz lediglich „das Volk“ als den Souverän bezeichnet. Gerade aus der Regelungssystematik der Vorschriften von Art. 20 Abs. 2 und 28 Abs. 1 Satz 2 GG folgt aber, dass das Grundgesetz verschiedene Repräsentationsbereiche kennt. So legt Art. 20 Abs. 2 GG das Prinzip der Repräsentation und der Volkssouveränität für die Bundesebene fest. Es wird über Art. 28 Abs. 2 GG in Form des Homogenitätsprinzips auf die Länder übertragen.⁴²⁹

⁴²¹ Breer, Mitwirkung von Ausländern, S. 121.

⁴²² BK-Stern, Art. 28 Rn 4.

⁴²³ So zum Beispiel Birkenheier, Wahlrecht für Ausländer, S. 113 und Papier KritV 1987, 309, 312 ff.; Breer, Mitwirkung von Ausländern, S. 90 ff. je mwN.

⁴²⁴ Pietzcker, Parlamentsrecht, § 10 Rn 1.

⁴²⁵ Löwer, Der Gemeinderat als Petitionsadressat, StuGemB 1979, 29, 32.

⁴²⁶ Breer, Mitwirkung von Ausländern, S. 119; Stern, Staatsrecht I, § 19 III 2 a und b; Löwer, Der Gemeinderat als Petitionsadressat, StuGemB 1979, 29, 32.

⁴²⁷ so ausdrücklich Ott, Parlamentscharakter, S. 92.

⁴²⁸ auch Frowein, HdbKWP II (2. Aufl.), § 28, S. 81 ff.

⁴²⁹ Hierzu Maunz/Dürig/Herzog, Art. 20 Rn 17 ff.; Dreier, Art. 20 Rn 19 ff.; Stern, Staatsrecht I, § 19 III 2 a und b; ferner aus der Rspr BVerfGE 9, 268, 279.

Schließlich ist anerkannt, dass es durch Art. 28 Abs. 2 GG von den Bundesländern auch auf die einzelnen Gemeinden übergeleitet wird.⁴³⁰

Auf Grund dieses Homogenitätsprinzips geht bereits das Grundgesetz selbst von mehreren Ebenen der Repräsentation aus.⁴³¹ Die demokratische Legitimation der Gemeinden und die zu ihrem Bereich gehörende Ausübung von Hoheitsgewalt tritt daher nicht „neben“ die staatliche demokratische Legitimation, sondern „ersetzt“ diese lediglich in einem Teilbereich.⁴³² Die demokratische Legitimation der kommunalen Volksvertretung wird demnach durch das „Gemeindevolk“ als *Teil* des Staatsvolks vermittelt, weshalb das Gemeindevolk dem Staatsvolk als Legitimationsbasis der Vermittlung von Staatsgewalt vollkommen gleichwertig gegenübersteht.⁴³³ Letztlich stellt auch das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung heraus, dass die „gemeindliche Staatsgewalt“ wie alle andere Staatsgewalt auch der demokratischen Legitimation der Gewaltunterworfenen bedarf.⁴³⁴

Möchte man diese abstrakten Grundsätze in konkreter Form auf die kommunale Ebene anwenden, dann kann dies nicht ohne Berücksichtigung der schon oben dargestellten Aufgabenverteilung der Kommunen geschehen.⁴³⁵ Soweit die Kommunen im Rahmen der staatlichen Weisungsaufgaben tätig werden, sind sie Teil der mittelbaren Staatsverwaltung. In diesem Bereich sind sie als unterste Verwaltungseinheit im Staatsaufbau zur Ausübung von Staatsgewalt unmittelbar auf die vom Bund oder den Ländern abgeleiteten grundrechtsrelevanten staatlichen Hoheitsbefugnisse angewiesen. Wie dargestellt obliegt die Ausführung dieser staatlichen Pflichtaufgaben nach Weisung allein dem Bürgermeister und seiner Verwaltung. Dabei ist der Bürgermeister als Verwaltungsspitze unmittelbar selbst auf

⁴³⁰ hierzu *Stern*, Staatsrecht I, § 12 II 3 a und § 19 II 5 e und *BK-Stern* Art. 28 Rn 197 sowie *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 28 Rn 19.

⁴³¹ Vgl. ausführlich hierzu *Ott*, Parlamentscharakter, S. 102 ff. und S. 104.

⁴³² so ausdrücklich *Ott*, Parlamentscharakter, S. 110 mwN.

⁴³³ so *Ott*, Parlamentscharakter, S. 110 f. unter Verweis auf die erste Entscheidung des BVerfG zum Ausländerwahlrecht, BVerfGE 83, 37, 58 ebenso auch *Nolte* DVBl 2005, 870, 873 unter Verweis auf *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 330 ff.

⁴³⁴ Ständige Rspr BVerfGE 8, 122, 132; 38, 258, 270; 47, 253, 272; 83, 37, 58; sowie die zweite Entscheidung zum Ausländerwahlrecht BVerfGE 83, 60, 73.

⁴³⁵ Zur Aufgabenverteilung der Kommunen vgl. oben im 1. Kapitel unter C III 2 c und d.

Grund der Direktwahl durch die Bürger demokratisch legitimiert. Die Repräsentationsfunktion der kommunalen Volksvertretung beschränkt sich in diesem Bereich auf die personelle Legitimierung der weiteren kommunalen Bediensteten, denn diese werden grundsätzlich im Einvernehmen mit dem Bürgermeister ernannt.⁴³⁶

Soweit die Kommunen und insbesondere die kommunalen Mandatsträger jedoch auf dem Gebiet der originären Selbstverwaltungsaufgaben tätig werden, schöpfen sie ihre Hoheitsgewalt aus der unmittelbaren Legitimation durch ihre Gemeindebürger. Folglich üben die Kommunen auf diesem Gebiet eine eigenständige kommunale Hoheitsgewalt aus, die grundsätzlich von derjenigen des Bundes und der Ländern zu unterscheiden ist. Deren staatliche Hoheit lebt auf kommunaler Ebene lediglich insoweit fort, wie sie mittels der staatlichen Gesetzgebung den abstrakten gesetzlichen Rahmen für die kommunale Herrschaftsgewalt vorgibt. Die konkrete Ausfüllung dieses Rahmens, orientiert an den örtlichen Bedürfnissen und Gegebenheiten, obliegt aber der kommunalen Volksvertretung.⁴³⁷ Nichts anderes setzt der bundesverfassungsrechtlich garantierte und an die Länder adressierte Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG voraus. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG fordert gerade, dass den Gemeinden im Rahmen der staatlichen Gesetze das Recht zusteht alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Damit wird aus dem systematischen Bezug von Art 28 Abs. 1 und 2 GG deutlich, dass den Kommunen und insbesondere den Gemeinden ein eigenständiger Hoheitsbereich einschließlich demokratischer Repräsentation zugestanden wird.⁴³⁸

Der vorstehend entwickelten Argumentation kommt der große Vorteil zu, dass sich mit ihr die höchst unterschiedlichen verfassungsrechtlich vorgegebenen Noten des Art. 20 Abs. 2 GG, des Art. 28 Abs. 1 GG und des Art. 28 Abs. 2 GG als harmonischer Dreiklang ertönen lassen.⁴³⁹ Im Ergebnis kann daher die kommunale

⁴³⁶ hierzu *Gern*, Kommunalrecht, Rn 315 und Kommunalrecht BW, Rn 166; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 290; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 e, S. 117.

⁴³⁷ ähnlich *Püttner*, HdbKWP I (3. Auf.), § 19 Rn 5 ff. und *Ott*, Parlamentscharakter, S. 111 f.

⁴³⁸ ähnlich *Püttner*, HdbKWP I (3. Auf.), § 19 Rn 5 ff. und *Ott*, Parlamentscharakter, S. 111 f.

⁴³⁹ Ähnlich *Zippelius/Würtenberger*, Staatsrecht, § 15 I 2 und II 2 sowie *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 13, 29 ff. und S. 34 ff.

Volksvertretung in Bezug auf die Repräsentationsfunktion auf gemeindlicher Ebene durchaus mit einem Parlament verglichen werden.⁴⁴⁰

2.) Gewaltenteilungsfunktion der demokratischen Volksvertretung

Fraglich ist, inwieweit der kommunalen Volksvertretung eine gewaltenteilende Funktion zugesprochen werden kann. Auf Bundes- und Landesebene ist trotz der vielfachen Durchbrechungen das ursprüngliche Prinzip der Gewaltenteilung noch erkennbar.⁴⁴¹ So werden der Bundestag und die Länderparlamente wegen ihrer Gesetzgebungskompetenz der Legislative zugeordnet.⁴⁴² Zumindest stellen die jeweiligen Oppositionsparteien im staatlichen Parlament eine wirksame Kontrollinstanz im Sinne der Gewaltenteilung gegenüber dem Handeln der Gubernative bzw. der Exekutive dar.⁴⁴³

Die kommunale Volksvertretung wird jedoch nach der traditionell herrschenden Ansicht – *zu der sich auch die vorliegende Untersuchung bekennt* - dem Bereich der Exekutive zugesprochen.⁴⁴⁴ Darüber hinaus gehört erst recht die kommunale Verwaltungsspitze - allen voran der Bürgermeister - eindeutig zur Exekutive bzw. Administrative.⁴⁴⁵ Auf Grund dieser Exekutiveigenschaft scheint eine gewaltenteilende Funktion der kommunalen Volksvertretung bereits im Ansatz ausgeschlossen: Denn beide kommunalen Spitzenorgane sind der Exekutive bzw.

⁴⁴⁰ So auch *Marel* StraFo 2003, 259, 260; *Nolte* DVBl 2005, 870, 873; *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 330 ff.; *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 34; *Ott*, Parlamentscharakter, S. 137 ff., die aber noch weitergehend für eine Parlamentseigenschaft der kommunalen Volksvertretung ist.

⁴⁴¹ *Di Fabio*, HStR II (3. Aufl.), § 27 Rn 1 ff.; 18 ff. sowie Rn 50 ff.; *Meyer*, Parlamentsrecht, § 4 Rn 23.

⁴⁴² *Klein*, HStR III (3. Aufl.), § 50 Rn 17 ff. sowie *Brenner*, HStR III (3. Aufl.), § 44 Rn 47 ff. und *Di Fabio*, HStR II (3. Aufl.), § 27 Rn 18 ff. sowie Rn 50 ff.

⁴⁴³ *Stern*, Staatsrecht I, § 22 III 3 b und Staatsrecht II, § 26 II 3 sowie *Meyer*, Parlamentsrecht, § 4 Rn 29 ff. und Rn 39 sowie *Schneider*, HdbVerfR, § 13 Rn 17 ff. zur parlamentarischen Opposition auch *Zeh*, HStR III (3. Aufl.), § 52 Rn 21 ff.

⁴⁴⁴ Aus dem Staatsrecht statt aller *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 28 Rn 50, 70 ff. und 79; *Dreier*, Art. 28 Rn 85 ff. und 95; *Sachs*, Art. 28 Rn 29 ff. *von Münch/Kunig*, Art. 28 Rn 34 und 78 aus dem Kommunalrecht statt aller *Gern*, Kommunalrecht, Rn. 314 und 249 ff. sowie aus der Rspr BVerfGE 65, 283, 289; 78, 344, 348; BVerwGE 90, 359, 361 f. und letztlich auch BGHSt 51, 44, 52 bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

⁴⁴⁵ Statt aller *Gern*, Kommunalrecht, Rn 354 ff. und Rn 357 ff.

Administrative zuzuordnen.⁴⁴⁶ Schließlich kommt allein der kommunalen Volksvertretung nach allen Kommunalverfassungen die Zuständigkeit für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu.⁴⁴⁷ Eine Trennung in allgemeine Verwaltungsaufgaben und Legislativaufgaben wird nicht gemacht.⁴⁴⁸ Letztlich wird die kommunale Volksvertretung nur rudimentär legislativ tätig.⁴⁴⁹

All dies ist allerdings erneut eine lediglich formale Argumentation, die in der vorliegenden Untersuchung bereits mehrfach verworfen wurde.⁴⁵⁰ Deshalb soll im nachfolgenden die Gewaltenteilungsfunktion der kommunalen Volksvertretung strikt gemäß der hier entwickelten These von der unmittelbaren demokratischen Legitimation sowie an Hand des Merkmals der *funktionell-inhaltlichen* Vergleichbarkeit überprüft werden. Im Ergebnis wird sich zeigen, weshalb gerade der kommunalen Volksvertretung eine ganz bedeutende Rolle im System der staatlichen Gewaltenteilung zugestanden werden muss. Hierbei muss zunächst die vertikale Gewaltenteilungsfunktion der kommunalen Volksvertretung im Staatsaufbau beleuchtet werden. Sodann wird darzustellen sein, weshalb der kommunalen Volksvertretung in der kommunalen Binnenstruktur eine horizontale Gewaltenteilungsfunktion zukommt. Abschließend wird festzustellen sein, dass auch auf staatlicher Ebene das Prinzip der Gewaltenteilung nicht in „Reinform“ Verwirklichung gefunden hat:

a) Die sog. vertikale Gewaltenteilungsfunktion

Nach Art. 30 und 83 GG stellt die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheit der verfassungsrechtliche Normalfall dar. Dementsprechend regeln sie nach Art. 84 Abs. 1 GG die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren. Hierbei und zur Ausführung ihrer eigenen

⁴⁴⁶ So vor allem *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 f. teilweise auch *Dahs/Müssig* NStZ 2006, 191.

⁴⁴⁷ Vgl. vor allem *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 f.; LG Köln NStZ-RR 2003, 364, 365; LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037 sowie die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11. August 2004, Az: 835 Js 19/01 - 31/03 - VI - 26 KLs, veröffentlicht in *Juris* Rn 365 ff. im Langtext.

⁴⁴⁸ *Frowein*, HdbKWP II (2. Aufl.), § 28, S. 81, 85; LG Köln NStZ-RR 2003, 364, 365.

⁴⁴⁹ *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 29 ff.; LG Köln NStZ-RR 2003, 364, 365; LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037 sowie die Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11. August 2004, Az: 835 Js 19/01 - 31/03 - VI - 26 KLs veröffentlicht in *Juris* Rn 365 ff. im Langtext.

⁴⁵⁰ Hiergegen auch *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 83 ff.

Ländergesetze bedienen sich die Länder jedoch nicht ihrer unmittelbaren Landesverwaltung. Vielmehr werden auf Grundlage der Landesverwaltungsgesetze und Kommunalverfassungen unmittelbar die Kommunen als eigenständige Gebietskörperschaften mit der Gesetzesdurchführung beauftragt.⁴⁵¹ Den Kommunen kommt neben dem Bund und den Ländern zwar keine Staatsqualität zu, jedoch werden die Landkreise als dritte und die Gemeinden als vierte Ebene der Verwaltung bezeichnet.⁴⁵² Auf Grund dessen wird deutlich, dass den Kommunen und damit auch der kommunalen Volksvertretung im Bundesstaat rein faktisch eine gewaltenteilende Funktion zukommt.⁴⁵³ Eine „Gleichschaltung“ der Verwaltung ausgehend von der Bundesregierung wird bereits dadurch erschwert, weil nach der Vorstellung des Grundgesetzes „Verwaltung“ grundsätzlich Ländersache ist.⁴⁵⁴ Die Länder wiederum sind zur Ausführung der Bundesgesetze auf die Kommunen angewiesen, die als selbständige Gebietskörperschaften lediglich zur mittelbaren Landesverwaltung gehören. Die Bundesregierung kann folglich im Bundesstaat lediglich über die Länder und diese wiederum erst über die Kommunen die Lebensverhältnisse der Bürger beeinflussen.⁴⁵⁵ Noch plastischer wird diese vertikale Gewaltenteilung in den Fällen, in denen der Staat die Kommunen zum Satzungserlass ermächtigt. Die detaillierte Ausfüllung der den Bürger belastenden oder begünstigenden Regelungen obliegt hier nicht allein einem staatlichen Parlament, sondern zusätzlich der örtlichen kommunalen Volksvertretung.⁴⁵⁶

Als notwendiges Korrelat dieser vertikalen Gewaltenteilung eines mehrstufigen Verwaltungsaufbaus werden der jeweils höheren Ebene im Gegenzug Informations-, Kontroll-, und Eingriffsrechte zur Sicherung der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung eingeräumt. So übt die Bundesregierung nach Art. 84 Abs. 3 GG die Aufsicht darüber aus, dass die Länder die Bundesgesetze dem geltenden Recht

⁴⁵¹ *Dreier*, Art. 84 Rn 25 sowie *Maunz/Dürig/Herzog*, Art 83 Rn 14 und Art. 84 Rn 28 ausführlich *Thieme*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 9 Rn 44 ff.

⁴⁵² *Maunz/Dürig/Herzog*, Art 83 Rn 14; *Dreier*, Art 28 Rn 96; *Stern*, Staatsrecht I, § 12 I 7, S. 403 und Staatsrecht II, § 36 V 3 c, S. 553 sowie *Gern*, Kommunalrecht, Rn 119 ferner BVerfGE 83, 37, 54.

⁴⁵³ So bereits *Stern*, Staatsrecht I, § 12 I 7, S. 403 und Staatsrecht II, § 36 V 3 c, S. 553; *BK-Stern*, Art. 28 Rn 70 ähnlich *Di Fabio*, HStR II (3. Aufl.), § 27 Rn 11 ff. und 13 bereits *Budde*, Mitwirkungspflicht und Befangenheit, S. 229 ff.

⁴⁵⁴ *Sachs*, Art 83 Rn 3 ff.; *Dreier*, Art. 83 Rn 16 ff.; *Hendler*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 1 Rn 24 ff.

⁴⁵⁵ Auch *Hendler*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 1 Rn 24 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 119.

⁴⁵⁶ In diese Richtung auch *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 53 ff.

gemäß ausführen. Treten hierbei Mängel auf, die vom jeweiligen Bundesland nicht beseitigt werden, so kann die Bundesregierung vom Bundesrat diese Rechtsverletzung nach Art. 84 Abs. 4 GG feststellen lassen.⁴⁵⁷ In letzter Konsequenz kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrats im Wege des Bundeszwangs nach Art. 37 GG die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um diese Mängel abzustellen.⁴⁵⁸ Den Ländern wiederum stehen im Falle von Mängeln bei der Gesetzesausführung durch die Kommunen die Mittel der Fach- und Rechtsaufsicht zur Verfügung. Im Rahmen der Selbstverwaltungsaufgaben unterliegen die Kommunen lediglich der Rechtsaufsicht, die entsprechende Informations-, Beanstandungs-, und Anordnungsrechte vorsieht.⁴⁵⁹ In Bezug auf die Erfüllung staatlicher Aufgaben durch die Kommunen (sog. Pflichtaufgaben nach Weisung) sehen sämtliche Landesverwaltungsgesetze bzw. Kommunalverfassungen im Falle von Mängeln bei der Gesetzesausführung sog. fachaufsichtliche Informations- und Weisungsrechte vor.⁴⁶⁰ Kommt die Kommune einer fachaufsichtlichen Weisung nicht nach, so ist hierüber von der Fachaufsichtsbehörde die Rechtsaufsichtsbehörde zu informieren. Denn grundsätzlich ist auch in diesen Fällen nur die Rechtsaufsichtsbehörde zum Einschreiten gegen die Kommune berechtigt.⁴⁶¹ Zur Durchsetzung der fachaufsichtlichen Weisung stehen der Rechtsaufsichtsbehörde jedoch auch hier Informations-, Beanstandungs-, und Anordnungsrechte bis hin zur zwangsweisen Ersatzvornahme zu. In letzter Konsequenz ist damit auch im Verhältnis Ländern und Kommunen eine Sicherstellung des ordnungsgemäßen Gesetzesvollzugs bis hin zum Einsatz von Zwangsmitteln möglich.⁴⁶²

b) Die sog. horizontale Gewaltenteilungsfunktion

⁴⁵⁷ von Münch/Kunig, Art. 84 Rn 35 und Sachs, Art 84 Rn 29 ff.

⁴⁵⁸ Hierzu Maunz/Dürig/Herzog, Art. 37 Rn 4 ff. sowie Rn 14 ff.

⁴⁵⁹ Zu dieser Form der Kommunalaufsicht explizit Stober, Kommunalrecht, § 9 III 1, S. 148 ff.; Gern, Kommunalrecht, Rn 801 ff.; Erichsen, Kommunalrecht, § 15 B 1, S. 350 ff. und § 15 E 1, S. 357 ff.

⁴⁶⁰ Gern, Kommunalrecht, Rn 821 ff.; Stober, Kommunalrecht, § 9 III a, S. 156 f.

⁴⁶¹ Gern, Kommunalrecht, Rn 823; Stober, Kommunalrecht, § 9 III a, S. 156 f. nennen § 129 Abs. 2 BWGemO; Art. 116 Abs. 1 BayGemO; § 132 Abs. 2 bis 4 BbgGemO; § 145 HessGemO; § 87 MVKV; §§ 128 Abs. 2 und 129 Abs. 3 NdsGemO; § 124 NRWGemO; § 127 Abs. 1 RPGemO; § 137 Abs. 1 SaarKSVG; § 123 Abs. 2 SächsGemO; § 145 Abs. 2 u. 3 SachsAnGemO; § 129 SHGemO.

⁴⁶² Erichsen, Kommunalrecht, § 15 C, D und § 15 E 3, S. 349 ff.; Gern, Kommunalrecht, Rn 821 ff.; Stober, Kommunalrecht, § 9 III a, S. 156 f. sowie Waechter, Kommunalrecht, Rn 162 ff. und 213.

Aber auch in der kommunalen Binnenstruktur lassen sich zahlreiche gewaltenteilende Elemente feststellen:

Zum einen ist zwar die kommunale Volksvertretung nach allen Kommunalverfassungen das Hauptorgan der Kommune, dem die grundsätzliche Zuständigkeit für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zukommt.⁴⁶³ In dieser Funktion hat die kommunale Volksvertretung auch die Ausführung ihrer Beschlüsse durch den Bürgermeister zu überwachen.⁴⁶⁴ Jedoch konnte bereits oben dargestellt werden, dass dem Bürgermeister als dem anderen kommunalverfassungsrechtlichen Organ ein gesetzlich garantierter eigener Zuständigkeitsbereich zusteht.⁴⁶⁵ Damit gehen auch die einzelnen Kommunalverfassungen von einer grundsätzlichen Aufgabentrennung der beiden kommunalen Organe aus.⁴⁶⁶

Zum anderen steht dem Bürgermeister ein sog. Widerspruchs-, Beanstandungs- oder Rügerecht gegen Entscheidungen der kommunalen Volksvertretung zu.⁴⁶⁷ Entscheidungen in diesem Sinne sind sowohl Abstimmungsbeschlüsse über einzelne Sachfragen, Wahlen und sogar Satzungsbeschlüsse.⁴⁶⁸ Teilweise wird weiter dahingehend differenziert, ob der Bürgermeister die Entscheidung lediglich für die Gemeinde als nachteilig ansieht oder die konkrete Entscheidung gar für rechtswidrig

⁴⁶³ Hierzu bereits eingehend oben im 1. Kapitel unter C III 2 vgl. auch *Gern*, Kommunalrecht, Rn 315 unter Verweis auf § 24 BWGemO; Art. 29 und 30 BayGemO; §§ 32 Abs. 2 und 35 Abs. 1 BbgGemO; § 9 HessGemO; § 22 Abs. 1 MVKV; § 31 NdsGemO; § 40 NRWGemO; § 32 RFGemO; § 34 SaarkSVG; §§ 27 und 28 SächsGemO; § 44 Abs. 1 SachsAnGemO; § 27 SHGemO; § 22 ThürKO sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 4 a, S. 194; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 291 und *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 e, S. 116 ff.

⁴⁶⁴ Vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 316 unter Verweis auf § 24 BWGemO; Art. 30 BayGemO; § 36 BbgGemO; § 50 HessGemO; §§ 22 Abs. 2 und 34 MVKV; § 40 Abs. 3 NdsGemO; § 55 NRWGemO; §§ 32, 33 RFGemO; § 37 SaarkSVG; § 28 SächsGemO; §§ 44 Abs. 2 und 62 Abs. 2 SachsAnGemO; § 30 SHGemO; § 22 Abs. 3 ThürKO sowie unten unter 5.

⁴⁶⁵ Vgl. bereits ausführlich oben im 1. Kapitel unter C III 2 c und d.

⁴⁶⁶ 1. Kapitel unter C III 2 c und d; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 313 ff., 354 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 I, S.183 ff. sowie *Lühring*, Organisationsautonomie der Gebietskörperschaften, S. 63 und 86.

⁴⁶⁷ Vgl. § 43 Abs. 2 BWGemO; Art. 59 Abs. 2 BayGemO; § 65 BbgGemO; § 63 HessGemO; § 33 MVKV; § 65 Abs. 1 NdsGemO; § 54 NRWGemO; § 42 Abs. RFGemO; § 60 Abs. 1 SaarkSVG; § 52 Abs. 2 SächsGemO; § 62 Abs. 3 SachsAnGemO; § 43 Abs. 1 SHGemO; § 44 ThürKO.

⁴⁶⁸ Vgl. *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 193; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 c, S. 112.

erachtet.⁴⁶⁹ Im letzteren Fall muss der Bürgermeister dem Beschluss widersprechen, während es ihm im ersten Fall freisteht.⁴⁷⁰ Ein wirksames Veto des Bürgermeisters hat aufschiebende Wirkung und die kommunale Volksvertretung muss innerhalb bestimmter Fristen erneut über die strittige Frage Beschluss fassen. Nur wenn der Bürgermeister auch diesen Beschluss für rechtswidrig hält, hat er erneut zu widersprechen und unverzüglich die Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde einzuholen.⁴⁷¹ Der Zweck einer solchen Vetoregelung ist offensichtlich zum einen die außergerichtliche und innergemeindliche Rechtskontrolle und zum anderen die Ausbalancierung der gemeindeintern verteilten Organzuständigkeiten.⁴⁷²

Dass das Verhältnis von Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung unter dem Aspekt der Gewaltenteilung ausdifferenziert wurde, beweist zudem die Existenz des sog. Kommunalverfassungstreits.⁴⁷³ Ähnlich wie auf Staatsebene können hier die kommunalen Organe bzw. Organteile ihre Rechte, die aus ihrer jeweiligen Organstellung herrühren, gegeneinander vor Gericht durchsetzen. Zwar ergeben sich diese Rechtspositionen nicht aus der Verfassung, sondern aus den Regelungen der Kommunalordnungen.⁴⁷⁴ Ferner wird auch nicht vor einem Verfassungsgericht gestritten, sondern nach den Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung vor einem Verwaltungsgericht. Jedoch ist das Kommunalverfassungstreitverfahren nach Inhalt und Struktur mit einem Organstreit vor einem Verfassungsgericht zu vergleichen.⁴⁷⁵

⁴⁶⁹ Hierzu *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 a, S. 208 unter Verweis auf § 43 Abs. 2 BWGemO; § 65 BbgGemO; § 63 HessGemO; § 33 MVKV; § 65 NdsGemO; § 60 SaarkSVG; § 52 Abs. 2 SächsGemO; § 62 Abs. 3 SachsAnGemO; § 43 SHGemO.

⁴⁷⁰ *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 296.

⁴⁷¹ Hierzu im einzelnen *Gern*, Kommunalrecht, Rn 506 ff.

⁴⁷² bereits *Becker*, Wahlbeamte, S. 38 ff. und besonders 43 ff. ausführlich *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 a, S. 208 f.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 193; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 506 ff.

⁴⁷³ Hierzu ausführlich *Stober*, Kommunalrecht, § 15 X, S. 218 ff.; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 C, S. 150 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 784 ff.

⁴⁷⁴ Vgl. auch *Ehlers*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 21 Rn 125 ff.

⁴⁷⁵ Zu diesem Gedanken auch *Ott*, Parlamentscharakter, S. 213.

Damit kann festgehalten werden, dass sich bereits de lege lata die beiden kommunalen Hauptorgane im Sinne der Lehre von der Gewaltenteilung gegenseitig in ihrer Macht beschränken und kontrollieren.⁴⁷⁶

c) Strikte Gewaltenteilung auf staatlicher Ebene ?

Teilweise wird behauptet, dass das Gewaltenteilungsprinzip im Kommunalverfassungsrecht insoweit nicht realisiert sei, als exekutive und legislative Befugnisse nicht institutionell getrennt werden.⁴⁷⁷ Hiergegen ist allerdings einzuwenden, dass der Grundsatz der strikten Gewaltenteilung auch auf Staatsebene nicht konsequent durchgehalten wird.⁴⁷⁸ So ist anerkannt, dass Bundestag und Länderparlamente neben der Gesetzgebungsfunktion kraft Verfassung vielfältige exekutive Funktionen wahrzunehmen haben.⁴⁷⁹ So stellt die Ausübung der zahlreichen Kontrollrechte und Einflussmöglichkeiten des Parlaments auf die Regierung, die Wahlfunktion sowie die Fassung einzelner Parlamentsbeschlüsse und Entschlüsse mehr oder weniger Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinn dar.⁴⁸⁰ Ferner entscheidet der Bundestag z.B., wenn es um den Einsatz deutscher Soldaten im Ausland geht, durch einfachen Parlamentsbeschluss.⁴⁸¹ Letztlich hat die Anwendung des Parteiengesetzes insbesondere die Prüfung und Vergabe staatlicher Mittel zur Parteienfinanzierung zu einer beträchtlichen Ausdehnung der Verwaltungstätigkeit des Bundestagspräsidenten geführt.⁴⁸²

Im Gegenzug räumt das Grundgesetz dem Parlament über Art. 80 GG ein, der Exekutive das Recht zur materiellen Rechtsetzung zu delegieren. Darüber hinaus wird die überwiegende Anzahl der Bundes- bzw. Landesgesetze nicht aus der Mitte des Parlaments initiiert, sondern als Regierungsvorlage ins Parlament

⁴⁷⁶ Wie hier bereits *Becker*, Wahlbeamte, S. 38 ff. besonders 43 ff.; *Budde*, Mitwirkungspflicht und Befangenheit, S. 229 f. und 236 ff. sowie *Ott*, Parlamentscharakter, S. 198 ff., 206 ff. zusammenfassend auf S. 214 jüngst *Schrammeyer*, Bürgermeister, Rn 191 ff. und Rn 304.

⁴⁷⁷ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 314 und *Frowein*, HdbKWP II (2. Aufl.), § 28, S. 81 und 85.

⁴⁷⁸ Zu dieser Argumentation ausführlich *Di Fabio*, HStR II (3. Aufl.), § 27 Rn 31 ff.

⁴⁷⁹ *Di Fabio*, HStR II (3. Aufl.), § 27 Rn 39 ff. und aus der Rspr BVerfGE 9, 268, 280.

⁴⁸⁰ Hierauf weist *Ott*, Parlamentscharakter der Gemeindevertretung, S. 207 hin.

⁴⁸¹ für sog. Out of Area Einsätze der Bundeswehr umfassend BVerfGE 90, 286, 381 ff.

⁴⁸² Hierzu *Di Fabio*, HStR II (3. Aufl.), § 27 Rn 42 ff. mit weiteren Beispielen.

eingebraucht.⁴⁸³ Schließlich kommt dem Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren eine bedeutsame Rolle zu. Dies ist insoweit erstaunlich als dessen Mitglieder durchweg von den einzelnen Landesregierungen entsandt werden.⁴⁸⁴ Wollte man hier die gewaltenteilende Funktion allein auf Grund der formalen Zugehörigkeit der einzelnen Bundesratsmitglieder zur Exekutive entscheiden, dann würde der Bundesrat als ein reines Organ der Exekutive einzuordnen sein. Dies wird aber nirgends vertreten. Zwar wird ihm eine exekutivische Funktion zugeschrieben, die jedoch auf Grund der entscheidenden Mitwirkungsmöglichkeiten des Bundesrats an der Gesetzgebung des Bundes weit hinter die legislative Funktion zurückgedrängt wird.⁴⁸⁵

Letztlich kann damit gerade in Bezug auf die Staatsform der parlamentarischen Demokratie eher von einer lockeren Gewaltenverschränkung zwischen Exekutive und Legislative gesprochen werden als von einer strikten Gewaltentrennung. So wird nach Art. 63 GG der Bundeskanzler und damit indirekt die Bundesregierung vom Parlament gewählt. Wegen der Möglichkeit eines konstruktiven Misstrauensvotums nach Art. 67 GG ist die Bundesregierung auch fortlaufend auf das Vertrauen der Parlamentsmehrheit angewiesen. Umgekehrt hängt das Schicksal der Abgeordneten, wenn der Blick auf die Wiederwahl gelenkt wird, nicht unerheblich vom Wirken und der Leistungsbilanz der Regierung ab.⁴⁸⁶ Auf Grund dessen wird die Kontrolle der Regierung in einer parlamentarischen Demokratie lediglich von der Opposition bzw. den Minderheitsfraktionen ausgeübt.⁴⁸⁷ Des Weiteren fehlt es in einer parlamentarischen Demokratie an einer strikten personellen Trennung von Exekutivamt und Parlamentsmandat. Während die Kommunalverfassungen Inkompatibilitätsvorschriften für bestimmte Gruppen von Angehörigen des öffentlichen Diensts vorsehen,⁴⁸⁸ gilt für den Bundestag lediglich Art. 137 Abs. 1 GG.

⁴⁸³ von Münch/Kunig, Art. 76 Rn 9 ff. ausführlich *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, S. 285 ff.

⁴⁸⁴ Herzog, HStR III (3. Aufl.), § 59 Rn 3 ff.

⁴⁸⁵ Herzog, HStR III (3. Aufl.), § 57 Rn 28 ff. bes. Rn 31 sowie *Di Fabio*, HStR II (3. Aufl.), § 27 Rn 31.

⁴⁸⁶ Meyer, Parlamentsrecht, § 4 Rn 27, der in Bezug auf Bundestag und Bundesregierung von Gewaltenkumulation statt Gewaltentrennung spricht.

⁴⁸⁷ Stern, Staatsrecht I, § 22 III 3 b und Staatsrecht II, § 26 II 3 sowie Meyer, Parlamentsrecht, § 4 Rn 29 ff. und Rn 39; Schneider, HdbVerfR, § 13 Rn 17 ff.; zur Parlamentarischen Opposition auch Zeh, HStR III (3. Aufl.), § 52 Rn 21 ff.

⁴⁸⁸ Gern, Kommunalrecht, Rn 344; Stober, Kommunalrecht, § 8 II 6, S. 138 unter Verweis auf § 29 BWGemO; Art. 31 Abs. 3 und 4 BayGemO; § 12 BbgKWG; §§ 37 und 65 Abs. 2 HessGemO; § 25 MVKV; § 35a NdsGemO; § 13 NRWKWG; § 5 RPKWG; § 17 SaarkWG; § 32 SächsGemO; § 40 SachsAnGemO; § 31a SHGemO; § 23 Abs. 4 ThürKO.

Danach „kann“ die Wählbarkeit u.a. von Beamten beschränkt werden, sie muss es aber nicht.⁴⁸⁹ Bedenklich ist auch die regelmäßige Doppelstellung als Regierungs- und Parlamentsmitglied sowie die ständig wachsende Zahl der parlamentarischen Staatssekretäre.⁴⁹⁰ Darüber hinaus nehmen im Sinne einer intensiven Zusammenarbeit Regierungsmitglieder an den Ausschusssitzungen des Parlaments teil und anders herum.⁴⁹¹ Auf Grund dieser Doppelfunktionen besteht die Gefahr, dass die Regierung in einen „Parlamentsausschuss“ mutiert, was mit dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG schwer zu vereinbaren wäre.⁴⁹² Wegen dieser Vielfalt der sich wechselseitig durchdringenden personellen Funktionen und sachlichen Aufgabenbereichen spricht die überwiegende Meinung in der Literatur davon, dass die politische Staatsleitung eine kombinierte Gewalt sei, die Parlament und Regierung „zur gesamten Hand“ zustehe.⁴⁹³

Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass selbst die verfassungsrechtlichen Vorgaben weder von einer strikten institutionellen noch von einer konsequenten personellen Trennung zwischen Regierung und Parlament ausgehen.⁴⁹⁴ Denn in der Staatspraxis haben sich zur Vermeidung von „Reibungsverlusten“ derartige gewaltenverschränkende Strukturen besser bewährt als eine strikte „Gewaltenisolierung“.⁴⁹⁵

d) Resümee

Die vorliegende Argumentation macht deutlich, dass den Kommunen allen voran den kommunalen Volksvertretungen im bundesstaatlich gegliederten Staatsaufbau eine gewaltenteilende Funktion zukommt. Gerade in der kommunalen Binnenstruktur lassen sich im Verhältnis Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung typische Elemente der Gewaltenteilung entdecken. Dies ist zwangsläufig der Tatsache geschuldet, dass nach nunmehr allen Kommunalverfassungen sowohl dem Bürgermeister als auch der kommunalen Volksvertretung die Stellung eines

⁴⁸⁹ Peters, Gewaltentrennung, S. 13.

⁴⁹⁰ Meyer, Parlamentsrecht, § 4 Rn 29 ff. sowie Rn 39.

⁴⁹¹ Schneider, HdbVerfR, § 13 Rn 17 ff.

⁴⁹² Meyer, Parlamentsrecht, § 4 Rn 31 ff. sowie Rn 38 ff.

⁴⁹³ Klein, HStR III (3. Aufl.), § 50 Rn 9 ff. mwN.

⁴⁹⁴ Umfassend Ott, Parlamentscharakter, S. 208 ff.

⁴⁹⁵ Ähnlich Meyer, Parlamentsrecht, § 4 Rn 18 ff. und 27 ff.; Di Fabio, HStR II (3. Aufl.), § 27 Rn 39 ff.

kommunalen Organs zukommt.⁴⁹⁶ Auf Grund dieser dualistischen Grundstruktur stellt der ebenfalls mit unmittelbarer demokratischer Legitimation ausgestattete Bürgermeister der Gegenspieler zur kommunalen Volksvertretung dar. Denn auch er kann sich gegenüber der kommunalen Volksvertretung auf ein eigenes Mandat seiner Wähler berufen. Letztlich kommen ihm gegenüber der kommunalen Volksvertretung eine Reihe eigener Kompetenzen zu.⁴⁹⁷ Vor diesem Hintergrund ist es zu vernachlässigen, dass die beiden kommunalen Organe grundsätzlich der Exekutive zuzuordnen sind. Denn zum einen ist auch auf Staatsebene eher eine Gewaltenschränkung als eine strikte Gewaltentrennung zu erkennen. Der für die Zusammenarbeit von Parlament und Regierung gefundene Begriff der „*Staatsleitung zur gesamten Hand*“ macht dies besonders plastisch. Dementsprechend lässt sich zur Beschreibung des Verhältnisses von kommunaler Volksvertretung und Bürgermeister keine treffendere Bezeichnung wie „*Stadtleitung zur gesamten Hand*“ finden. Zum anderen übersieht eine rein schematische Betrachtungsweise den offensichtlichen Dualismus, der auf kommunaler Ebene zwischen Bürgermeister und Volksvertretung existiert. Die oben vorgestellten Regelungen der einzelnen Kommunalverfassungen dienen dazu diesen Interessenstreit gerecht auszugleichen. Der Ausgleich gegensätzlicher Interessen sowie die Vermeidung eines einseitigen Machtübergewichts ist aber originärer Sinn der Lehre von der Gewaltenteilung.⁴⁹⁸

3.) Aufgabe der materiellen Rechtsetzung

Im weitergehenden soll herausgearbeitet werden, dass im Hinblick auf die gesetzgeberische Tätigkeit eines Parlaments und der satzunggebenden Tätigkeit einer kommunalen Volksvertretung deutliche *funktionelle* Parallelen erkennbar sind. Hierbei wird insbesondere auf die unmittelbare demokratische Legitimation der kommunalen Volksvertretung abzustellen sein. Wie bereits oben erörtert,⁴⁹⁹ steht den kommunalen Volksvertretungen auf Grund von Art. 28 Abs. 2 GG ein

⁴⁹⁶ Hierzu ausführlich bereits oben im 1. Kapitel unter C III 2 b.

⁴⁹⁷ Hierzu ausführlich oben im 1. Kapitel unter C III 2 c.

⁴⁹⁸ In dieser Richtung *Di Fabio*, HStR II (3. Aufl.), § 27 Rn 9 ff.; *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 438 ff.; *Ott*, Parlamentscharakter, S. 206 ff., 211 ff. und 214 sowie *Klein*, HStR III (3. Aufl.), § 50 Rn 8 ff. unter Verweis auf BVerfGE 34, 52, 59; 68, 1, 86 ff. und BVerfGE 96, 375, 394.

⁴⁹⁹ Im 1. Kapitel unter C III 3 b.

verfassungsrechtlich garantiertes Mindestmaß an kommunaler Rechtssetzung zu.⁵⁰⁰ Folglich können kommunale Satzungen direkt auf Grundlage von Art. 28 Abs. 2 GG erlassen werden. Soweit damit jedoch Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Individualsphäre der Bürger verbunden sind, bedürfen die Kommunen zu dieser grundrechtsrelevanten Rechtssetzung einer besonderen formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.⁵⁰¹ Dieses Erfordernis einer formell-gesetzlichen Ermächtigung wird von der h.M. in Rechtsprechung und Schrifttum mit der überkommenen staatsrechtlichen Zuordnung der Kommunen zur Exekutive begründet.⁵⁰² Die sodann auf formell-gesetzlicher Ermächtigung von den Kommunen erlassenen Satzungen können zwar wie formelle Parlamentsgesetze abstrakt generelle Regelungen beinhalten, jedoch kommt den kommunalen Satzungen lediglich der Rang eines Gesetzes im materiellen Sinn zu.⁵⁰³ Dies ist – wie bereits erwähnt - Ausfluss der staatsorganisatorischen Zuordnung der Kommunen zur Exekutive.⁵⁰⁴ Sähe man dies anders, so könnte die Exekutive, zu welcher - auch nach der hier vertretenen Ansicht - die Kommunen gehören auf Grund der pauschalen Ermächtigung des Art. 28 Abs. 2 GG in Grundrechte eingreifen.⁵⁰⁵

Entgegen dieser h.M. vertritt *Ott* die Ansicht, dass den Kommunen bereits aus Art. 28 Abs. 2 GG ein unmittelbares Satzungsgebungsrecht auch in Bezug auf grundrechtsrelevante Regelungen zustehe.⁵⁰⁶ Ausgehend von dieser verfassungsunmittelbaren Satzungsbefugnis kommt *Ott* – unter Berücksichtigung der übrigen Regelungen der Hessischen Gemeindeordnung – zu dem Ergebnis, dass

⁵⁰⁰ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 248; *Stober*, Kommunalrecht, § 3 IV 1, S. 24 ferner *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 471.

⁵⁰¹ Für diese allgemein h.M. vgl. speziell aus der staatsrechtlichen Kommentarliteratur *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 28 Rn 50, 70 ff. und 79; *Dreier*, Art. 28 Rn 85 ff. und 95; *Sachs*, Art. 28 Rn 29 ff.; *von Münch/Kunig*, Art. 28 Rn 34 und 78 sowie aus dem kommunalrechtlichen Schrifttum statt aller *Gern*, Kommunalrecht, Rn 250 ff.; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 8 A, S. 157 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 18 I 3, S. 260 ff.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 471 und aus der Rspr BVerfGE 65, 283, 289; 78, 344, 348; BVerwGE 6, 247, 250 ff.; 90, 359, 361 f. = NJW 1993, 411.

⁵⁰² Vgl. die Fundstellen der vorstehenden Fußnote.

⁵⁰³ Vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 257; *Stober*, Kommunalrecht, § 18 I 3, S. 260 ff.; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 8 A, S. 157 ff. ferner *BK-Stern*, Art. 28 Rn 106 ff.

⁵⁰⁴ Vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 257; *Stober*, Kommunalrecht, § 18 I 3, S. 260 ff.; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 8 A, S. 157 ff. ferner *BK-Stern*, Art. 28 Rn 106 ff.

⁵⁰⁵ Zu dieser Argumentation der h.M. ausführlich *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 475.

⁵⁰⁶ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 161 ff., 163, 178 und 214 zusammenfassend die Seiten 279 ff.

zumindest die hessische Gemeindevertretung als ein „echtes“ Parlament angesehen werden könne.⁵⁰⁷ Konsequenterweise ist für *Ott* die Normgebung auf kommunaler Ebene mit der auf staatlicher Ebene uneingeschränkt vergleichbar.⁵⁰⁸ Nach *Ott* wäre damit eine kommunale Satzung sowohl ein Gesetz im materiellen Sinne als auch im formellen Sinne. Wie oben bereits dargestellt ist die Meinung von *Ott* auf Grund jetziger Verfassungslage nicht haltbar.⁵⁰⁹ Denn sie läuft auf die Bejahung einer eigenständigen vom Staat unabhängigen Souveränität der kommunalen Gebietskörperschaften hinaus.⁵¹⁰ Letztlich spricht aber nicht einmal *Ott* selbst den Kommunen Staatsqualität zu.⁵¹¹

Mit ähnlicher Begründung wie *Ott* kommt auch die Untersuchung von *Spiegel* zu dem Ergebnis einer unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG abzuleitenden Rechtsetzungsbefugnis der Kommunen.⁵¹² Anders als *Ott* meint *Spiegel* an der überkommenen Einordnung der Kommunen zur Exekutive jedoch nicht zweifeln zu müssen.⁵¹³ Nach ihm steht die Rechtssetzungsbefugnis der Kommunen zwar im Rang den förmlichen Gesetzen nach, entspricht sonst aber qualitativ der des Gesetzgebers auf Bundes- und Landesebene.⁵¹⁴ Damit räumt *Spiegel* den Kommunen einerseits eine unmittelbar - und ohne weitere staatliche Ermächtigung - direkt in Art. 28 Abs. 2 GG verortete grundrechtsbeeinträchtigende Rechtssetzungsbefugnis ein. Andererseits möchte er es dennoch bei der überkommenen Zuordnung der Kommunen zur Exekutive belassen.

Eine solche Argumentation erscheint *m.E.* in sich widersprüchlich. Darüber hinaus bleibt offen, warum ein Teil der Exekutive ohne weitere Einschränkungen zu Eingriffe in Grundrechte befugt sein soll und warum sich diese Befugnis sogar direkt aus der Verfassung ableiten lassen soll. Eine derartige Auslegung des Art. 28 Abs. 2 GG führt nämlich zu einer unnötigen Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes.

⁵⁰⁷ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 214 und zusammenfassend auf Seiten 279 ff.

⁵⁰⁸ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 214 und zusammenfassend auf Seiten 279 ff.

⁵⁰⁹ Vgl. die argumentative Auseinandersetzung mit *Ott* oben im 1. Kapitel unter C III 3 c.

⁵¹⁰ Insoweit zutreffend *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 29.

⁵¹¹ Staatsqualität der Kommunen lehnt auch *Ott*, Parlamentscharakter, S. 96 und S. 105 ab.

⁵¹² *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 38 ff., 47 ff., 53 ff. 76 ff. zusammenfassend auf S. 78 ff., 135 ff. und 289 ff.

⁵¹³ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 54 f. und S. 78 zfsd. auf S. 135 ff., 289 ff.

⁵¹⁴ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 54 f. und S. 78.

Die oben referierte Auslegung der h.M. zu Art. 28 Abs. 2 GG, mit ihrem Erfordernis einer einfachgesetzlichen Grundlage der Satzungsbefugnis im Falle von Grundrechtseingriffen, trägt hingegen dem Grundsatz der Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Legislative umfassender Rechnung.

Damit lässt sich festhalten, dass weder das Erklärungsmodell von *Ott* noch von *Spiegel* eins zu eins für die hier interessierende Frage der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger herangezogen werden kann. Allerdings können diese grundlegenden Untersuchungen für die hier zu untersuchende Frage der strafrechtlichen Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger fruchtbar gemacht werden.⁵¹⁵

Denn Ansatzpunkt der vorliegenden Arbeit ist die Verneinung der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger wegen ihrer unmittelbaren demokratischen Legitimation gepaart mit der hier sog. *funktionell-inhaltlichen* Vergleichbarkeit von kommunaler Volksvertretung und staatlichem Parlament. Mit dem hier eingeführten Begriff der sog. *funktionell-inhaltlichen* Vergleichbarkeit wird der Schwerpunkt weg von der überkommenen rein formalen staatsrechtlichen Einordnung hin zu einer Bewertung der tatsächlichen Aufgaben und Funktionen der einzelnen Volksvertretungen und Volksvertreter verlagert.

Für diese *funktionell-inhaltliche* Vergleichbarkeit von kommunalen Volksvertretungen mit den staatsrechtlichen Parlamenten spricht die unmittelbar auf eine Volkswahl zurückgehende Legitimation ihrer Mitglieder.⁵¹⁶ Diese Tatsache entkräftet den oft angeführten Einwand, dass zum einen auch die Verwaltung im Wege der Verordnungsgebung zur Rechtsetzung im materiellen Sinne berufen sei, ohne ihre Amtsträgereigenschaft zu verlieren: So wird gerade auch die Bundesregierung bzw. ein Bundesminister auf Grundlage von Art. 80 GG materiell rechtsetzend tätig. Die Verordnungsgebung und damit die Rechtsetzung im materiellen Sinne durch die Verwaltung kennen auch die einzelnen Länderverfassungen. Insbesondere die Befürworter einer Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger stellen nun

⁵¹⁵ Hierbei ist anzumerken, dass sich die Untersuchungen von *Ott* und *Spiegel* lediglich mit der Frage der Parlamentseigenschaft der kommunalen Volksvertretung auseinandersetzen, jedoch an keiner Stelle auf die Amtsträgerproblematik eingehen.

darauf ab, dass in all diesen Fällen ein Minister und damit ein Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB oder ein Beamter und damit ein Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB tätig werde.⁵¹⁷ Dass im Rahmen dieser rechtsetzenden Funktion des Ministers oder der Verwaltung ausnahmsweise keine Amtsträgereigenschaft vorliegen solle, werde aber ersichtlich nirgends vertreten.⁵¹⁸

Dieser durchaus berechnete Einwand lässt sich mit der vorliegend entwickelten These von der unmittelbaren demokratischen Legitimation dogmatisch sauber auflösen: Im Falle der materiellen Rechtsetzung durch die Gubernative oder Exekutive fehlt es am Merkmal der unmittelbaren demokratischen Legitimation der Rechtsetzungsberufenen. Deshalb muss das Parlament die lediglich mittelbar zur Rechtsetzung Berufenen im Wege des Art. 80 GG und entsprechender Vorschriften in den Ländern per Gesetz zur Verordnungsgebung legitimieren.⁵¹⁹ Zum anderen findet im Rahmen der Verordnungsgebung kein originär politischer Willensbildungsprozess mehr statt. Das Parlament als Forum der politischen Willensbildung und Diskussion hat ja gerade seine Rechtsetzungsbefugnis wiederum unter den strengen Voraussetzungen des Art. 80 GG und entsprechender Vorschriften in den Ländern an die Exekutive delegiert.⁵²⁰ Folglich werden in der Praxis mittels Rechtsverordnungen keine politisch tiefgreifenden und damit wesentlichen Fragen entschieden. Vielmehr werden im Verordnungswege meist technische Einzelheiten und Verwaltungszuständigkeiten geregelt.⁵²¹ Zum einen kann gerade die Exekutive hier mit ihrem speziellen Sachverstand zu sinnvollen Regelungen beitragen. Zum anderen wird das Parlament von komplizierten technischen Fragestellungen sowie zuständigkeits- und verfahrenstechnischen Details entlastet.⁵²² Hierbei ist unerheblich, dass zahlreiche Minister gleichzeitig ein Abgeordnetenmandat innehaben, denn im Rahmen der Verordnungsgebung werden sie ausschließlich in ihrer Funktion als Mitglied der Gubernative tätig. In dieser Funktion sind sie aber unproblematisch Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB.

⁵¹⁶ In diese Richtung ansatzweise auch *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 62 f. ferner *Marel* StraFo 2003, 259, 260 ff. und *Dahs/Müssig*, NSTZ 2006, 191, 193 und 194.

⁵¹⁷ So vor allem *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 29.

⁵¹⁸ Zu diesem Einwand LG Köln NSTZ-RR 2003, 364 = StraFo 2003, 278, 279 = StV 2003, 507, 508.

⁵¹⁹ hierzu *Dreier*, Art. 80 Rn 31 ff. und *Maunz/Dürig/Herzog* Art. 80 Rn 3, 14 und 19 ff.

⁵²⁰ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 80 Rn 5, 14 und 27 sowie *Dreier* Art. 80 GG Rn 11 ff., 20 ff. und 31.

⁵²¹ *Dreier*, Art. 80 Rn 20 ff.; *Badura*, Staatsrecht, Kapitel F unter 2 a, Rn 15, S. 546.

⁵²² *Badura*, Staatsrecht, Kapitel F unter 2a, Rn 15, S. 546; *Dreier*, Art. 80 Rn 20 ff.

Grundlegend anders ist jedoch die Situation auf kommunaler Ebene. Hier soll der Inhalt einer kommunalen Satzung gerade im freien Spiel der politischen Kräfte und Strömungen von der kommunalen Volksvertretung normiert werden.⁵²³ Die freie Debatte und das Ringen um die sachlich beste Lösung ist auf kommunaler Ebene genauso unabhängig von den Ansichten und Wünschen der Kommunalverwaltung, wie auf Parlamentsebene von der Ministerialbürokratie.⁵²⁴ Darüber hinaus ist gerade die kommunale Satzung dasjenige Rechtsinstitut, in dem die wesentlichen und grundsätzlichen Entscheidungen auf kommunaler Ebene gefällt werden. Erinnerung sei hier lediglich an die kommunale Bauleitplanung, die Haushaltssatzung und die Abgabensatzungen.⁵²⁵

Folglich können kommunale Satzung nicht mit den Rechtsverordnungen als einer anderen Gruppe von Gesetzen im materiellen Sinne verglichen werden.⁵²⁶ Schließlich hat auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Facharztbeschluss klargestellt, dass die Grundsätze des Art. 80 GG in Bezug auf die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Körperschaften der Selbstverwaltung keine analoge Anwendung finden können.⁵²⁷ Zwar betraf diese Entscheidung unmittelbar nur berufsständische Körperschaften, jedoch ist anerkannt, dass die Grundsätze des Art. 80 GG erst recht nicht für die Satzungsbefugnis kommunale Gebietskörperschaften gelten.⁵²⁸ Denn die Kommunen – allen voran die kommunalen Volksvertretungen – sind im Gegensatz zu den berufsständischen Körperschaften mit einer breiteren unmittelbaren demokratischen Legitimation ausgestattet.⁵²⁹

⁵²³ *Nolte* DVBl 2005, 870, 873 eingehend *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 36 ff., 66 ff. sowie 74 ff.; *Ott*, Parlamentscharakter, S. 166 ff. zusammenfassend S. 172.

⁵²⁴ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 166 ff. und S. 172 ausführlich auch *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 66 ff. und 74 ff.

⁵²⁵ Zu den einzelnen Satzungsarten ausführlich *Gern*, Kommunalrecht, Rn 266; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 486 f.; *Stober*, Kommunalrecht, § 18 I 1, S. 258.

⁵²⁶ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 58 f.; *Marel* StraFo 2003, 259, 261 je mwN.

⁵²⁷ BVerfGE 33, 125, 157 ff. ausführlich *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 59 f. sowie *Ott*, Parlamentscharakter, S. 164 ff.

⁵²⁸ Siehe *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 60 f. sowie *Ott*, Parlamentscharakter, S. 164 ff.; *BK-Stern*, Art. 28 Rn 106 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 18 I 3 a, S. 260.

⁵²⁹ So auch *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 60 ff. und *Ott*, Parlamentscharakter, S. 164, die im Facharztbeschluss des Bundesverfassungsgerichts kein Hindernis für die von ihnen vertretene Ansicht einer unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG folgenden umfassenden

Darüber hinaus werden die angeblich strengen gesetzlichen Vorgaben und damit die engen Spielräume für die kommunale Rechtsetzung gegen eine Vergleichbarkeit mit der Gesetzgebung auf parlamentarischer Ebene ins Feld geführt.⁵³⁰ Eine solche Argumentation verkennt aber, dass gerade in jüngster Zeit sowohl der Bundesgesetzgeber als auch die Länderparlamente neben den Bestimmungen der Verfassungen auch auf Grund europarechtlicher Vorgaben ebenfalls ganz erheblichen gesetzgeberischen Einschränkungen unterliegen.⁵³¹ Dabei ist in ganz Europa die gesetzgeberische Gestaltungsmacht der nationalen Gesetzgeber auf Grund der Europäischen Vertragswerke respektive der darin garantierten Grundfreiheiten in den letzten Jahren ganz enorm geschrumpft. Auf vielen - ehemals zum Hausgut nationaler Gesetzgebung gehörenden - Gebieten beschränkt sich heute die nationale Gesetzgebung lediglich auf das europarechtskonforme Umsetzen entsprechender Vorgaben europäischer Richtlinien.⁵³² Dies gilt vor allem für den wichtigen Bereich des gesamten Wirtschaftsrechts allen voran des Kartell-, Wettbewerbs- und Vergaberechts, des Kapitalmarkt- und Energierechts.⁵³³ Europarechtlich determiniert sind insbesondere aber auch das Wirtschaftsverwaltungsrecht, das Arbeitsrecht sowie das Umwelt- und Naturschutzrecht.⁵³⁴

Weiter wird geltend gemacht, kommunale Satzungen müssten zumeist von der Rechtsaufsichtsbehörde genehmigt werden, wohingegen Parlamentsgesetze keiner

Rechtssetzungskompetenz der Kommunen sehen; wie hier auch *AK-Faber*, Art. 28 Abs. 1 II, Abs. 2 Rn 21 ff., 24 ff. und besonders Rn 28.

⁵³⁰ vor allem *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 30 und 31.

⁵³¹ Mit ähnlicher Argumentation *Nolte* DVBI 2005, 870, 873.

⁵³² Hierauf weist zutreffend *Nolte* DVBI 2005, 870, 874 hin.

⁵³³ Vgl. nur die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, sog. Vergaberichtlinie sowie die Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, sog. Wettbewerbsrichtlinie.

⁵³⁴ Für das Arbeitsrecht jüngst die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, sog. Antidiskriminierungsrichtlinie; aus dem Umwelt und Naturschutzrecht lediglich die Vorgaben der Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24. September 1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung sog. IVU-Richtlinie, sowie der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere, sog. FFH-Richtlinie.

Aufsicht unterlägen.⁵³⁵ Hierbei ist zunächst richtigzustellen, dass nach den meisten Kommunalverfassungen Satzungen in der Regel lediglich der Rechtsaufsichtsbehörde anzuzeigen sind, so dass diese in der Lage ist ihre Aufsichtsfunktion wahrzunehmen.⁵³⁶ Ferner bedarf es einer Relativierung dahingehend, dass die Kontrolldichte beider Normbereiche im Ergebnis als gleichwertig einzustufen ist:

Auf kommunaler Ebene hat die Minderheit in der kommunalen Volksvertretung kein Institut zur Hand, um eine abstrakte Rechtmäßigkeitskontrolle einer beschlossenen Satzung herbeizuführen. Dagegen kann auf parlamentarischer Ebene bereits eine Minderheit von Abgeordneten die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes im Wege der abstrakten Normenkontrolle vom jeweiligen Verfassungsgericht überprüfen lassen.⁵³⁷ Damit lässt sich behaupten, dass auf kommunaler Ebene eine abstrakte Rechtmäßigkeitskontrolle im Wege der kommunalaufsichtlichen Genehmigung stattfindet; auf Parlamentsebene gegebenenfalls vor dem Bundesverfassungsgericht. Bemerkenswert hierbei ist, dass das Bundesverfassungsgericht eine verfassungswidrige Norm mit Gesetzeskraft für nichtig erklären kann.⁵³⁸ Hält dagegen die Kommunalaufsicht eine Satzung für rechtlich problematisch, stehen ihr grundsätzlich lediglich die allgemeinen aufsichtsrechtlichen Mittel der Beanstandung, sodann der Anordnung und äußerstenfalls der Ersatzvornahme zur Verfügung.⁵³⁹ Entsprechende Möglichkeiten stehen aber auch dem Bund gegenüber den Bundesländern bei der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder zu.⁵⁴⁰ Damit kann festgehalten werden, dass auf beiden Ebenen eine im wesentlichen gleichwertige abstrakte Rechtsprüfung gewährleistet ist.⁵⁴¹

⁵³⁵ vor allem *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 30 und 31.

⁵³⁶ hierzu *Marel* StraFo 2003, 259, 261; *Stober*, Kommunalrecht, § 18 III 1 d, S. 265 sowie *Gern*, Kommunalrecht, Rn 290 ff. jeweils unter Verweis auf § 4 Abs. 3 GemOBW; Art. 25 BayGemO; § 5 Abs. 3 BbgGemO; § 5 Abs. 1 HessGemO; § 5 Abs. 4 MVKV; § 7 Abs. 1 NRW; § 6 Abs. 3 NdsGemO; § 12 Abs. 2 SaarkSVG; § 4 Abs. 3 SächsGemO; § 6 Abs. 2 SachsAnGemO; nach § 21 Abs. 3 ThürKO besteht die Vorlagepflicht vor Bekanntmachung.

⁵³⁷ im Bund Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG; einfachgesetzlich geregelt in §§ 76 ff. BVerfGG.

⁵³⁸ § 31 Abs. 2 BVerfGG i.V.m. § 16 Nr. 6. BVerfGG.

⁵³⁹ Ausführlich *Stober*, Kommunalrecht, § 18 III 1 d, S. 265 und *Gern*, Kommunalrecht, Rn 801 ff.

⁵⁴⁰ Hierauf weist *Nolte* DVBl 2005, 870, 873 hin.

Neben dieser sozusagen „internen“ Rechtmäßigkeitskontrolle sieht das geltende Recht sowohl in Bezug auf kommunale Satzungen als auch in Bezug auf Gesetze gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten für den davon betroffenen Bürger vor. So können die Regelungen einer kommunalen Satzung direkt im Wege des Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO oder inzident im normalen Verwaltungsgerichtsverfahren gegen einen auf Grundlage der Satzung erlassenen Verwaltungsakt gerichtlich überprüft werden. In Bezug auf Parlamentsgesetze eröffnet das Institut der Individualverfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz jedem Bürger die Möglichkeit, sich unmittelbar gegen ein Parlamentsgesetz zu wenden,⁵⁴² soweit die übrigen Voraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde erfüllt sind.⁵⁴³

Letztlich kann der Rechtsetzung auf kommunaler Ebene auch nicht entgegengehalten werden, dass es sich hierbei lediglich um Rechtsetzung minderen Ranges und damit minderer politischer Bedeutung handele. So würde ein Vergleich zwischen den Entscheidungen des Frankfurter, Kölner oder Münchener Stadtrats und der Bremer Bürgerschaft wohl kaum nennenswerte Unterschiede für die betroffenen Bürger hervorbringen.⁵⁴⁴ Konkret kann für den einzelnen Bürger dieser Städte die durch Satzung im einen und Gesetz im anderen Falle zu treffende Entscheidung über die Einbeziehung seines Grundstücks in einen Bebauungsplan von ganz erheblich größerer rechtlicher und finanzieller Bedeutung sein, als irgendein sonstiges Parlamentsgesetz des Bundestags oder eines Landtags.⁵⁴⁵

Nach allem ist die Satzungsgebung der kommunalen Volksvertretung wegen ihrer unmittelbaren demokratischen Legitimation zwar nicht in formaler, jedoch in *funktionell-inhaltlicher* Hinsicht mit der Gesetzgebungstätigkeit eines staatlichen Parlaments zu vergleichen. Das hier herausgearbeitete Vergleichsmodell wirkt besonders vor dem Hintergrund zweier aktueller Entwicklungen im öffentlichen Recht überzeugend: Zum einen mehren sich in der öffentlich-rechtlichen Literatur in jüngster Zeit die Stimmen, die der kommunalen Volksvertretung - unabhängig von grundrechtsrelevanten Fragen - eine eigene, unmittelbar aus Art. 28 Abs 2 GG abgeleitete Rechtssetzungskompetenz in Bezug auf alle kommunal verwurzelten

⁵⁴¹ Mit ähnlicher Argumentation *Nolte DVBl* 2005, 870, 873.

⁵⁴² dies wird namentlich aus der Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG deutlich.

⁵⁴³ Hierzu die §§ 90 ff. BVerfGG.

⁵⁴⁴ Mit ähnlicher Argumentation *Nolte DVBl* 2005, 870, 873.

Angelegenheiten einräumen.⁵⁴⁶ Zum anderen wird gerade auch in der kommunal- und staatsrechtlichen Literatur immer lauter darüber nachgedacht, ob der kommunalen Volksvertretung nicht die funktionale Stellung eines Parlaments zugesprochen werden kann.⁵⁴⁷

4.) Haushaltsrecht

Neben der Gewaltenteilungsfunktion und der damit verbundenen Rechtssetzungsbefugnis ist das Bestimmungsrecht über die Einnahmen und Ausgaben eines der wichtigsten Charaktermerkmale jeder Volksvertretung.⁵⁴⁸ Auf staatlicher Ebene des Bundes und der Länder erfolgt die Beschlussfassung über den Haushalt regelmäßig in Form eines sog. Organgesetzes, welches nicht bürgeradressiert ist, sondern lediglich Innenwirkung erzeugt.⁵⁴⁹ Ebenso ermöglicht auf kommunaler Ebene die als Ausfluss der Finanzhoheit bestehende Haushaltshoheit den Kommunen die eigenständige Planung ihrer Haushaltswirtschaft.⁵⁵⁰ Spezielle Rechtsgrundlage der gemeindlichen Haushaltswirtschaft ist die Haushaltssatzung - die entsprechend dem Haushaltsgesetz auf staatlicher Ebene - die in der Haushaltsperiode zu tätigen

⁵⁴⁵ *Nolte* DVBl 2005, 870, 873 unter Verweis auf *Frotscher* ZParl 1976, 494, 499.

⁵⁴⁶ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 161 ff., 163, 178, 214, zsfnd. 279 ff.; *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 38 ff., 47 ff., 53 ff. 76 ff. zsfnd. auf S. 78 ff., 135 ff. und 289 ff. ferner *Engel-Boland*, Gemeindliches Satzungsrecht und Gesetzesvorbehalt, S. 81 ff. und 98; *Bussalb*, Gilt der Gesetzesvorbehalt auch für die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden ?, S. 196 je mwN.

⁵⁴⁷ Über den vorliegenden Ansatz hinausgehend sind sogar für eine formelle Vergleichbarkeit *Ott*, Parlamentscharakter, S. 153 ff., 178 ff. zsfnd. S. 214, 279 ff.; *Lühring*, Organisationsautonomie der Gebietskörperschaften, S. 86; *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 53 ff., 76 ff. bes. S. 78 zsfnd. S. 135 ff., 289 ff.; *Engel-Boland*, Gemeindliches Satzungsrecht und Gesetzesvorbehalt, S. 81 ff., 98; *Bussalb*, Gilt der Gesetzesvorbehalt auch für die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden ?, S. 196; aus der Kommentarliteratur *AK-Faber*, Art. 28 Abs. 1 II, Abs. 2 Rn 21 ff., 24 ff. und bes. Rn 28 alle mwN; für eine differenzierende die Ansicht im Sinne einer Übertragung einzelner parlamentsrechtlicher Grundsätze auf die kommunale Volksvertretung *Dreier*, Art 28 Rn 76 ff. umfassend zum Meinungsstand auch *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 304 alle mwN.

⁵⁴⁸ In Bezug auf die kommunale Volksvertretung auch *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament, S. 162.

⁵⁴⁹ *Stern*, Staatsrecht II, § 49 III 4 b.

⁵⁵⁰ *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 96 und 442 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 21 III 1 a, S. 320 ff. sowie *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 374.

kommunalen Einnahmen und Ausgaben bestimmt.⁵⁵¹ Damit ist das Haushaltsrecht sowohl für die staatlichen Parlamente wie auch für die kommunalen Volksvertretungen ein wesentliches Mittel zur Verwirklichung des politischen Willens.⁵⁵²

5.) Ausübung demokratischer Kontrolle

Unbestrittene Aufgabe und Merkmal eines Parlaments ist die Ausübung parlamentarischer Kontrolle gegenüber der Exekutive, zu der besonders die Opposition bzw. die Minderheitsfraktionen berufen sind.⁵⁵³ Hierfür steht diesen zum einen das sog. Zitierrecht nach Art. 43 GG sowie das daraus abgeleitete Frage- oder Interpellationsrecht nach §§ 105 ff. der Geschäftsordnung des Bundestags zu.⁵⁵⁴ Zum anderen kann bereits ein Viertel der Bundestagsmitglieder nach Art. 44 GG zur Untersuchung eines bestimmten Gegenstands einen Untersuchungsausschuss einsetzen.⁵⁵⁵ Gleichartige Kontrollinstrumente stehen aber auch nach allen Kommunalverfassungen der kommunalen Volksvertretung gegenüber dem Bürgermeister und seiner Verwaltung zu.⁵⁵⁶ Dementsprechend sehen alle Kommunalverfassungen ein ausdrückliches Informationsrecht der kommunalen Volksvertretung gegenüber Bürgermeister und Verwaltung vor.⁵⁵⁷ Ferner kann regelmäßig ein Viertel der kommunalen Mandatsträger in allen Angelegenheiten der Kommune und ihrer Verwaltung verlangen, dass der kommunalen Volksvertretung

⁵⁵¹ Vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 682 ff. und *Stober*, Kommunalrecht, § 21 III 1 a, S. 320 ff.

verweisen auf §§ 77 ff. BWGemO; Art. 61 ff. BayGemO; §§ 74 ff. BbgGemO; §§ 92 ff. HessGemO; §§ 43 ff. MVKV; §§ 82 ff. NdsGemO; §§ 75 ff. NRWGemO; §§ 93 ff. RPGemO; §§ 82 ff. SaarKSVG; §§ 72 ff. SächsGemO; §§ 90 ff. SachsAnGemO; §§ 75 ff. SHGemO; §§ 53 ff. ThürKO.

⁵⁵² Hierzu *Erichsen*, Kommunalrecht, § 9 C 1 und 2 b, S. 207 ff. sowie *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 96, 442 ff. und Rn 447 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 21 III 1 a, S. 320 ff.

⁵⁵³ *Stern*, Staatsrecht II, § 26 II 3 und *Steffani*, Parlamentsrecht, § 49 Rn 5 ff., 11 ff. und speziell für den Bundestag *Dreier*, Art. 38 Rn 41 ff.

⁵⁵⁴ Weiterführend hierzu *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 43 Rn 35 ff. und *Dreier*, Art. 43 Rn 8 ff., 15 ff. ferner *Stern*, Staatsrecht II, § 26 II 3 a sowie b und *Steffani*, Parlamentsrecht, § 49 Rn 24 ff.

⁵⁵⁵ Hierzu ausführlich *Stern*, Staatsrecht II, § 26 II 3 c sowie *Steffani*, Parlamentsrecht, § 49 Rn 29 ff.

⁵⁵⁶ Aus dem Schrifttum statt aller *Gern*, Kommunalrecht, Rn 316; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 4 a, S. 194; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 291 sowie *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 e, S. 116 ff.

⁵⁵⁷ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 316 unter Verweis auf § 24 BWGemO; Art. 30 BayGemO; § 36 BbgGemO; § 50 HessGemO; §§ 22 Abs. 2 und 34 MVKV; § 40 Abs. 3 NdsGemO; § 55

oder einem von ihr bestellten Ausschuss Akteneinsicht gewährt wird.⁵⁵⁸ Zwar steht dem kommunalrechtlichen Akteneinsichtsausschuss nicht das Recht zur Zeugenladung und -vernehmung oder das Recht Amtshilfe von Gerichten und Verwaltungsbehörden einzufordern zu.⁵⁵⁹ Jedoch sind solche umfassenden Enqueterrechte wegen des auf den kommunalen Bereich beschränkten Zusammenhangs nicht unbedingt erforderlich. Denn neben dem bloßen Recht auf Akteneinsicht und der dazu korrespondierenden Pflicht des Bürgermeisters zur Beantwortung diesbezüglicher Fragen, wird diesem Ausschuss zugestanden im Rahmen seiner Möglichkeiten zu „ermitteln“, insbesondere sich auf „freiwillige Aussagen“ zu stützen.⁵⁶⁰

Gerade auf kommunaler Ebene muss diesen Kontrollinstrumenten im Vergleich zur Parlamentsebene eine gesteigerte Bedeutung zukommen.⁵⁶¹ Dies gilt besonders vor dem Hintergrund der nunmehr in allen Flächenländern nach dem Vorbild der Süddeutschen Ratsverfassung reformierten Kommunalverfassungen. Mit der dadurch eingeführten Direktwahl der Bürgermeister, kommt diesen eine von der kommunalen Volksvertretung unabhängige Position mit weitreichenden eigenen Kompetenzen zu.⁵⁶² Auf Grund ihrer dualistischen Struktur ist die Handhabung der Kontrolle auf kommunaler Ebene gut mit derjenigen in einer Präsidialdemokratie zu vergleichen. Denn hier wie dort nimmt die gesamte Volksvertretung auch tatsächlich die Kontrollfunktion wahr, wohingegen im parlamentarischen System dies lediglich durch die Opposition und damit durch eine Minderheit geschieht.⁵⁶³ Im Ergebnis muss deshalb davon ausgegangen werden, dass die Kontrollmöglichkeiten der

NRWGemO; §§ 32 und 33 RPGemO; § 37 SaarkSVG; § 28 SächsGemO; §§ 44 Abs. 2 und 62 Abs. 2 SachsAnGemO; § 30 SHGemO; § 22 Abs. 3 ThürKO.

⁵⁵⁸ Vgl. *Eiermann* VBIBW 2007, 15 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 316; *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 87, 169 f. unter Verweis auf § 24 Abs. 3 Satz 1 BWGemO; § 36 BbgGemO; § 50 Abs. 2 Satz 2 HessGemO; § 34 Abs. 4 MVKV; § 40 Abs. 3 Satz 4 NdsGemO; § 55 Abs. 3 und 4 NRWGemO; § 33 Abs. 3 Satz 2 RPGemO; § 37 Abs. 1 Satz 3 SaarkSVG; § 28 Abs. 4 Satz 1 SächsGemO; § 44 Abs. 5 Satz 2 SachsAnGemO; § 30 SHGemO; § 22 Abs. 3 Satz 4 ThürKO.

⁵⁵⁹ *Eiermann*, Kommunale Ausschüsse zur Akteneinsicht, VBIBW 2007, 15, 18.

⁵⁶⁰ so *Ott*, Parlamentscharakter, S. 190 ff. unter Verweis auf *AK-Faber*, Art. 28 Abs. 2 Rn 72.

⁵⁶¹ Vgl. *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 81 ff. bes. S. 89 und zfsfd. S. 169 f.

⁵⁶² Vgl. hierzu ausführlich oben unter C III 2 c.

⁵⁶³ Vgl. zu diesem Gedanken *Steffani*, Parlamentsrecht, § 49 Rn 33.

kommunalen Volksvertretung denen auf parlamentarischer Ebene vergleichbar sind.⁵⁶⁴

6.) „Richtlinienkompetenz“ und Kurationsfunktion der Volksvertretung

Es ist anerkannt, dass dem Bundestag wegen seiner unmittelbaren demokratischen Legitimation von Verfassungs wegen eine Vorrangstellung verbunden mit der grundsätzlichen Entscheidungskompetenz in allen grundlegenden und richtungsweisenden Angelegenheiten der Gemeinschaft zukommt.⁵⁶⁵ Ausfluss dessen ist die staatsrechtliche Theorie vom Parlamentsvorbehalt und der Lehre des Gesetzesvorbehalts in allen wesentlichen Angelegenheiten nach der sog. Wesentlichkeitstheorie.⁵⁶⁶ Eng damit verbunden ist die teilweise als Legitimations- oder Wahlfunktion bezeichnete Kurationsfunktion.⁵⁶⁷ Sie enthält die aus dem Grundsatz der mittelbaren Demokratie und dem daraus folgenden Repräsentationsprinzip hergeleitete Befugnis des Parlaments zur Legitimation der Funktionsträger der übrigen obersten Staatsorgane.⁵⁶⁸ Für die Landtage gilt nichts anderes. Aber auch die einzelnen Kommunalverfassungen weisen den kommunalen Volksvertretungen die Rolle des kommunalen Hauptorgans zu und verleihen diesem die Kompetenz zur Bestimmung der Verwaltungsgrundsätze.⁵⁶⁹

Ferner kommt der kommunalen Volksvertretung ebenso wie dem Parlament eine Kurations- bzw. Legitimationsfunktion in Personalentscheidungen zu.⁵⁷⁰ Der

⁵⁶⁴ Im Ergebnis ebenso *Ott*, Parlamentscharakter, S. 189 ff., 192; *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 89, 131, 135 sowie *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament?, S. 159 ff. 168.

⁵⁶⁵ *Stern*, Staatsrecht II, § 26 I 2 a; *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 20 Abs. 2, Rn 76 ausführlich *Ott*, Parlamentscharakter, S. 138 ff. und 145.

⁵⁶⁶ Hierzu eingehend *Stern*, Staatsrecht II, § 37 I 4 b; *Maunz/Dürig/Herzog* Art. 20 Abs. 2 Rn 85 und zur Wesentlichkeitstheorie *Dreier*, Art. 20 Rn 113 ff.

⁵⁶⁷ Hierzu ausführlich *Steiger*, Parlamentsrecht, § 26 Rn 4 ff.

⁵⁶⁸ Vgl. *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 20 Abs. 2, Rn 74 ff.; *Meyer*, Parlamentsrecht, § 4 Rn 90 ff.

⁵⁶⁹ Hierzu bereits eingehend oben im 1. Kapitel unter C III 2 sowie *Gern*, Kommunalrecht, Rn 315 unter Verweis auf § 24 BWGemO; Art. 29 und 30 BayGemO; §§ 32 Abs. 2 und 35 Abs. 1 BbgGemO; § 9 HessGemO; § 22 Abs. 1 MVKV; § 31 NdsGemO; § 40 NRWGemO; § 32 RPGemO; § 34 SaarkSVG; §§ 27 und 28 SächsGemO; § 44 Abs. 1 SachsAnGemO; § 27 SHGemO; § 22 ThürKO sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 4 a, S. 194; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 291 und *Ericksen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 e, S. 116 ff.

⁵⁷⁰ ausführlich *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 78 und 80 f.

Bürgermeister wird zwar nunmehr in allen Flächenländern unmittelbar direkt von der Bürgerschaft gewählt. Diese Tatsache führt jedoch nur vordergründig zu einer Einschränkung der Kreationsfunktion der kommunalen Volksvertretung.⁵⁷¹ Denn die Wahl der weiteren Bürgermeister bzw. der Beigeordneten obliegt stets der kommunalen Volksvertretung.⁵⁷² Darüber hinaus ist die Kurations- und Legitimationsfunktion der Parlamente - abgesehen von Personalentscheidung im Rahmen ihrer eigenen Binnenorganisation - lediglich auf die Besetzung der Funktionsträger der obersten Verfassungsorgane und im Bund auf die Wahl der Bundesrichter beschränkt.⁵⁷³ Die Zuständigkeit für die Einstellung aller übrigen staatlichen Funktionsträger liegt auf Staatsebene jedoch bei der Exekutive. Dagegen werden alle Personalentscheidungen auf kommunaler Ebene grundsätzlich durch die Volksvertretung zusammen mit dem Bürgermeister getroffen.⁵⁷⁴ Somit hat die kommunale Volksvertretung anders als ein Parlament auf allen Ebenen der Personalauswahl und Einstellung ein bedeutendes Mitentscheidungsrecht. Die mit der Direktwahl des Bürgermeisters eingetretene Beschränkung der Kurationsfunktion der kommunalen Volksvertretung im Hinblick darauf mehr als kompensiert. Folglich sind auch im Hinblick auf die „Richtlinienkompetenz“ und Kurationsfunktion kommunale Volksvertretungen mit staatlichen Parlamenten vergleichbar.⁵⁷⁵

7.) Recht auf autonome Selbstorganisation

Darunter versteht man die Kompetenz einer Volksvertretung ihre wesentlichen inneren Angelegenheiten und Abläufe zu regeln. Sie beinhaltet das Selbstversammlungsrecht, die Modalitäten der Arbeitsweise und des Geschäftsgangs, die Verteilung der Antrags- und Rederechte, sowie die Einrichtung von Untergliederungen und schließlich Maßnahmen zur Disziplinierung und Aufrechterhaltung der Ordnung.⁵⁷⁶

⁵⁷¹ So auch *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 78 und 80 f.

⁵⁷² Grundlegend *Wolter*, Beigeordnete, S. 9 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 390 ff.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 386 ff.; *Ericksen*, Kommunalrecht, § 7 A 2 c, S. 129.

⁵⁷³ *Meyer*, Parlamentsrecht, § 4 Rn 90 ff.

⁵⁷⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 315 und Kommunalrecht BW, Rn 166; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 290; *Ericksen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 e, S. 117.

⁵⁷⁵ Im Ergebnis ebenso *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 78 und 80 f. sowie *Ott*, Parlamentscharakter, S. 144, 145 zur Leitungsfunktion und zur Legitimationsfunktion auf S. 178.

⁵⁷⁶ *Stern*, Staatsrecht II, § 26 III 6 a; *Pietzcker*, Parlamentsrecht § 10 Rn 4 ff. und 20.

a) Geschäftsordnungsrecht

Ausdruck findet diese Parlamentsautonomie in Form von Geschäftsordnungen. Sowohl das Grundgesetz als auch die Länderverfassungen bestimmen, dass sich der Bundestag bzw. das Landesparlament eine Geschäftsordnung gibt.⁵⁷⁷ Aber auch die einzelnen Gemeindeordnungen sehen eine entsprechende Regelung vor, die entweder wortwörtlich der des Grundgesetzes entspricht oder ausdrücklich auf die Regelung der inneren Angelegenheit und den Gang der Verhandlungen im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften abstellt.⁵⁷⁸ Gerade wegen dieser Bindung an die gesetzlichen Vorschriften, namentlich derjenigen der Gemeindeordnung, wird den kommunalen Geschäftsordnungen die Qualität von „Parlamentsgeschäftsordnungen“ abgesprochen.⁵⁷⁹ Der Gesetzgeber habe insbesondere das Recht zur Einsetzung von beratenden und beschließenden Ausschüssen unmittelbar selbst in den Gemeindeordnungen detailliert geregelt.⁵⁸⁰ Dem muss zum einen entgegengehalten werden, dass auch der Bundestag in seinem Selbstorganisationsrecht zahlreichen verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegt.⁵⁸¹ Zum anderen haben die Geschäftsordnungen größerer Städte ebenfalls einen beträchtlichen Umfang, wobei inhaltlich nicht lediglich auf die Regelungen der Gemeindeordnung verwiesen wird.⁵⁸² So finden sich dort detaillierte Regelungen über die Funktion und Aufgabe des Ältestenrats⁵⁸³, die Einberufung und den Ablauf der Sitzungen⁵⁸⁴, sowie der Worterteilung⁵⁸⁵ und der Antragstellung und Abstimmung⁵⁸⁶. Schließlich ist das

⁵⁷⁷ Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG bzw. Art. 32 Abs. 1 Satz 2 BWLV und z.B. Art. 99 HessLV.

⁵⁷⁸ Art. 45 Abs. 1 BayGemO: „Der Gemeinderat gibt sich eine Geschäftsordnung.“; ferner § 36 Abs. 2 BWGemO; § 60 Abs. 1 HessGemO; § 47 Abs. 2 NRWGemO; § 38 Abs. 2 SächsGemO, wo es jeweils heißt: „Der Gemeinderat regelt seine inneren Angelegenheiten, insbesondere den Gang seiner Verhandlungen, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften durch eine Geschäftsordnung.“

⁵⁷⁹ Löwer, Unterausschüsse auf gemeindlicher Ebene, SKV 1975, S. 35 ff.

⁵⁸⁰ Schröder, Parlamentsrecht, S. 427 mwN aus der Literatur.

⁵⁸¹ Art. 76 ff. GG: Gesetzgebungsverfahren, Art. 39 GG: Zusammentritt und Einberufung des Bundestags, Art. 40 GG: Aufgaben des Bundestagspräsidenten, Art. 42 GG: Öffentlichkeit der Verhandlung und Beschlussfassung, Art. 45 ff. GG: Existenz des Europa-, Verteidigungs- und Auswärtigen Ausschuss sowie des Petitionsausschusses, Art. 45b GG: Wehrbeauftragter.

⁵⁸² So hat die GO des Gemeinderats der Stadt Mannheim i.d.F. vom 19. Februar 2002 16 Seiten und jene der Landeshauptstadt Stuttgart i.d.F. vom 29. April 2004 29 Seiten.

⁵⁸³ § 9 GOG-Stuttgart; § 12 GOG-Mannheim.

⁵⁸⁴ § 10 ff. GOG-Stuttgart; § 13 ff. GOG-Mannheim.

⁵⁸⁵ § 22 GOG-Stuttgart; § 21 GOG-Mannheim.

Ordnungs- und Disziplinierungsrecht des Vorsitzenden oft ausführlicher als in der Gemeindeordnung ausgestaltet.⁵⁸⁷ All diese Elemente weisen auch die Geschäftsordnungen der Länderparlamente und des Bundestags auf.⁵⁸⁸

b) Vertikale Untergliederungen

Die kommunalen Volksvertretungen können ähnlich wie Parlamente auf Bundes- und Landesebene im Rahmen der Selbstorganisation Untergliederungen in Form von Ausschüssen bilden. Zwar werden in den Gemeindeordnungen die beratenden und beschließenden Ausschüsse bereits vorgegeben.⁵⁸⁹ Doch erst durch die Geschäftsordnung⁵⁹⁰ bzw. die Hauptsatzung⁵⁹¹ der Gemeinde wird über die Einsetzung und den Kompetenzbereich eines solchen Ausschusses entschieden. Damit bleibt es allein dem Gemeinderat vorbehalten, ob er einen Ausschuss einsetzt, ob er einen Verhandlungsgegenstand auf einen Ausschuss überträgt oder ob er einen Verhandlungsgegenstand aus dem Ausschuss dem Plenum vorlegt.⁵⁹² Dass dies durch Geschäftsordnung oder durch die Hauptsatzung der Gemeinde geschieht ist unerheblich, da beide autonome Innenrechtssätze darstellen.⁵⁹³

c) Horizontale Untergliederung

Des Weiteren können sich die Gemeinderäte wie Abgeordnete untereinander zu Fraktionen zusammenschließen.⁵⁹⁴ Die Möglichkeit zur Fraktionsbildung besteht

⁵⁸⁶ § 23 ff. GOG-*Stuttgart*; § 22 ff. GOG-*Mannheim*.

⁵⁸⁷ § 22 und § 28 GOG-*Stuttgart* und § 18 und § 21 GOG-*Mannheim*.

⁵⁸⁸ Vgl. lediglich die Übersichten der entsprechenden Geschäftsordnungen.

⁵⁸⁹ §§ 32 und 33 BayGemO und § 62 HessGemO.

⁵⁹⁰ Art. 33 BayGemO und § 62 HessGemO; hierzu instruktiv auch die GOG-*München*, die in §§ 7 bis 12 ausführlich die Existenz und Zusammensetzung verschiedener Ausschüsse regelt.

⁵⁹¹ die Regelung in den §§ 39 bis 41 BWGemO und die §§ 4 ff. der Hauptsatzung der Stadt *Stuttgart* sowie §§ 3 ff. der Hauptsatzung der Stadt *Mannheim*.

⁵⁹² *Gern*, Kommunalrecht, Rn 411 unter Verweis auf § 39 f. BWGemO; Art. 32 BayGemO; § 50 f. BbgGemO; § 62 f. HessGemO; § 35 f. MVKV; §§ 51 ff. und 57 NdsGemO; § 41 NRWGemO; §§ 44 f. RPGemO; §§ 48 f. SaarlKSVG; §§ 41 f. SächsGemO; §§ 45 f. SachsAnGemO; § 45 SHGemO; §§ 26 f. ThürKO.

⁵⁹³ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 441 zur Geschäftsordnung.

⁵⁹⁴ Hierzu ausführlich *Suerbaum*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 22 Rn 1 und 9 ff.

wiederum auf Grund Regelungen der Geschäftsordnungen⁵⁹⁵ oder wird von einzelnen Gemeindeordnungen⁵⁹⁶ gesetzlich anerkannt. In Hessen und Nordrhein-Westfalen haben die Fraktionen ähnlich, wie auf Bundes- oder Landesebene sogar Anspruch auf Zuwendungen aus Haushaltsmitteln für den sächlichen und personellen Geschäftsführungsaufwand.⁵⁹⁷ Damit besteht auf gemeindlicher Ebene ebenfalls ein Selbstorganisationsrecht mit weitem Spielraum für Detailregelungen, der erst durch die Geschäftsordnung bzw. die Hauptsatzung ausgefüllt werden kann.⁵⁹⁸

8.) Ergebnis

Im vorstehenden konnte nachgewiesen werden, dass sich Funktion und Arbeitsweise von kommunalen Volksvertretungen und Parlamenten in den wesentlichen Punkten entsprechen. Beiden Arten von Volksvertretungen kommt vorwiegend eine Repräsentations-, Kontroll- und materielle Rechtssetzungsfunktion zu. Ferner konnte aufgezeigt werden, dass gerade auch die kommunale Volksvertretung eine Gewaltenteilungsfunktion erfüllt. Dies ist umso erstaunlicher als dieser Aspekt der kommunalen Volksvertretung bislang weitgehend abgesprochen wird, obwohl das formale Prinzip der Gewaltenteilung auch auf Staatsebene nicht konsequent verwirklicht ist.⁵⁹⁹ Darüber hinaus haben sowohl die Parlamente als auch die kommunalen Volksvertretungen das „Letztbestimmungsrecht“ in allen wesentlichen Fragen sowie das weitgehende Recht zur Selbstorganisation.⁶⁰⁰ Mit dieser *funktionell-inhaltlichen* Vergleichbarkeit der Gesamtorgane ist eine wichtige Voraussetzung erfüllt, um auch im Hinblick auf die Amtsträgereigenschaft der einzelnen Mitglieder beider Arten von Volksvertretungen zu einer einheitlichen Antwort zu gelangen.

⁵⁹⁵ Da die BWGemO und die BayGemO keine Vorgaben bezüglich Fraktionen kennen, sehen hier die Geschäftsordnungen detaillierte Regelungen vor: vgl. nur § 8 GOG-Regelung Stuttgart und § 10 GOG-Regelung Mannheim und § 17 GOG-Regelung München; vgl. auch § 36a Abs. 1 Satz 2 HessGemO, wo ausdrücklich bestimmt wird, dass das Nähere über die Fraktionen in der Geschäftsordnung zu regeln ist.

⁵⁹⁶ § 36a Abs. 4 HessGemO und § 56 Abs. 1 NRWGemO sowie 35a Abs. 1 SächsGemO.

⁵⁹⁷ § 36a Abs. 4 HessGemO; § 56 Abs. 3 NRWGemO und § 35a Abs. 3 SächsGemO ausführlich *Suerbaum*, HdbKWP (3. Aufl.), § 22 Rn 31 ff.

⁵⁹⁸ Hierauf weisen auch hin *Marel*, StraFo 2003, 259, 260; *Deiters*, NStZ 2003, 453, 456 f. grundlegend schon *Ott*, Parlamentscharakter, S. 216 ff., 219.

⁵⁹⁹ Hierzu jüngst ausführlich *Di Fabio*, HStR II (3. Aufl.), § 27 Rn 1 ff. und 31 ff.

II. Kommunale Mandatsträger im Vergleich zu Abgeordneten

Im Weitergehenden wird nun detailliert die persönliche Rechtsstellung des kommunalen Mandatsträgers mit der eines Abgeordneten zu vergleichen sein. Nur wenn auch diesbezüglich eine wesentliche Übereinstimmung festgestellt werden kann, erscheint es möglich den kommunalen Mandatsträger unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt unter den Amtsträgerbegriff fallen zu lassen. Dabei soll auf die parlamentsrechtlichen Grundlagen auf Bundes- bzw. auf Landesebene nur kurz eingegangen werden, da sie als hinreichend bekannt vorausgesetzt werden können. Umso ausführlicher sind die entsprechenden Regelungen auf der kommunalen Ebene zu beleuchten:

1.) Kandidatur und Erwerb des Mandats

a) Schutz der passiven Wahlfreiheit

Auf Bundesebene gewährt unmittelbar Art. 48 Abs. 2 GG die passive Wahlfreiheit. Danach darf niemand gehindert werden das Amt eines Abgeordneten zu übernehmen und auszuüben. Eine Kündigung oder Entlassung aus diesem Grunde ist unzulässig.⁶⁰¹ Hierin wird ein umfassendes Benachteiligungsverbot gesehen.⁶⁰² Bemerkenswerterweise finden sich auch auf kommunaler Ebene in sämtlichen Gemeindeordnungen derartige Benachteiligungsverbote, die meist sogar mit dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 2 GG übereinstimmen.⁶⁰³ Zwar ist die passive Wahlfreiheit hier lediglich einfachgesetzlich gewährleistet, jedoch macht dies für die Praxis keinen Unterschied. Denn Adressat des Benachteiligungsverbots ist heute weniger die Staatsmacht, sondern vielmehr der Arbeitgeber des Kandidaten und sonstige gesellschaftliche Gruppen.⁶⁰⁴ Darüber hinausgehend räumt Art. 48 Abs. 1 GG dem Bundestagskandidaten einen Anspruch auf den zur Vorbereitung seiner Wahl

⁶⁰⁰ So auch *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 135 f.

⁶⁰¹ Einfachgesetzlich durch § 2 AbgG näher ausgestaltet.

⁶⁰² *Stern*, Staatsrecht I, § 24 II 2 b, S. 1063; *Badura*, Parlamentsrecht, § 15 Rn 66 ff.

⁶⁰³ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 138 unter Verweis auf § 32 Abs. 2 BWGemO; § 37 Abs. 2 BbgGemO; § 35a HessGemO; § 27 Abs. 5 KVMV; § 39 Abs. 2 NdsGemO; § 44 NRWGemO; § 18a RPGemO; § 35 Abs. 2 SächsGemO; § 42 Abs. 2 SachsAnGemO; §§ 32 Abs. 3 i.V.m. 24a SHGemO; § 12 Abs. 1 S. 3 ThürKO.

⁶⁰⁴ Hierauf weist *Ott*, Parlamentscharakter, S. 267 ff. hin.

erforderlichen Urlaub ein.⁶⁰⁵ Eine entsprechende Regelung findet sich auf kommunaler Ebene bislang nur in Nordrhein-Westfalen.⁶⁰⁶ Vereinzelt finden sich Bestimmungen, die dem gewählten kommunalen Mandatsträger ein Recht auf Sonderurlaub für die Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen einräumen.⁶⁰⁷ Hieraus muss geschlossen werden, dass generell kein Anspruch auf arbeitsrechtliche Freistellung zur Kandidatur besteht. Ein solcher wird auf kommunaler Ebene nicht für zwingend erforderlich gehalten.⁶⁰⁸

Zum einen erscheint der räumliche Bereich der Gemeinde - und damit das Gebiet auf dem ein kommunaler Wahlkampf stattfinden kann - überschaubar. Zum anderen scheint sich auch die zeitliche Beanspruchung der Bürger durch die Tätigkeit als kommunaler Mandatsträger im Rahmen zu halten.⁶⁰⁹ Zudem ist das kommunale Mandat nach gegenwärtiger Rechtslage in allen Bundesländern als ehrenamtliche Tätigkeit ausgestaltet oder einer ehrenamtlichen Tätigkeit gleichgestellt.⁶¹⁰ Letztlich ist die Tätigkeit eines kommunalen Mandatsträgers mit einer Nebentätigkeit zu vergleichen.⁶¹¹ Dagegen wird die Tätigkeit als Abgeordneter entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben oft als „full-time-job“ bezeichnet.⁶¹²

Nicht zuletzt auf Grund der sachlich immer komplexer werdenden Tätigkeit eines kommunalen Mandatsträgers ist diese Einschätzung aber de lege ferenda zu überdenken. Denn insbesondere in Großstädten über 250.000 Einwohnern ist es mit der räumlichen und zeitlichen Überschaubarkeit eines kommunalen Mandats rein faktisch nicht mehr weit her. So vertritt immerhin auch ein über ein Direktmandat in den Bundestag eingezogener Bundestagsabgeordneter im Durchschnitt 250.000 wahlberechtigte Bürger.⁶¹³

⁶⁰⁵ Einfachgesetzlich durch § 3 AbgG näher ausgestaltet.

⁶⁰⁶ Vgl. § 13 Abs. 2 NRWKG, was wohl auf die Größe der Kommunen in NRW zurückzuführen ist.

⁶⁰⁷ § 35a Abs. 4 S. 2 HGO; § 39 Abs. 2 S. 4 NdsGemO; § 18a Abs. 6 RPKGemO.

⁶⁰⁸ Ausführlich erörtert dies *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 139 ff. und *Ott*, Parlamentscharakter, S. 268 sowie *Nolte DVBI* 2005, 870, 878 f.

⁶⁰⁹ Hierzu *Nolte DVBI* 2005, 870, 878 f.

⁶¹⁰ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 139 ff. mwN.

⁶¹¹ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b aa, S. 185 f.

⁶¹² *Klein*, HStR III (3. Aufl.), § 51 Rn 7 ff. unter Verweis auf das Diätenurteil BVerfGE 40, 296, 312.

Unabhängig hiervon ist aber auch de lege lata das Schutzniveau in Bezug auf die Ausübung der passiven Wahlfreiheit auf kommunaler Ebene mit der auf Parlamentsebene zumindest vergleichbar.⁶¹⁴

b) Erwerb des Mandats

Sowohl der Abgeordnete als auch der kommunale Mandatsträger erwirbt sein Mandat durch Wahl. Für Bundestagsabgeordnete gelten die Wahlgrundsätze des Art. § 38 Abs. 1 Satz 1 GG, wonach sie in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt werden.⁶¹⁵ Was die Wahl der kommunalen Mandatsträger angeht, so ordnen die einzelnen Landesverfassungen ebenfalls eine Wahl nach diesen Grundsätzen an.⁶¹⁶ Dies folgt jedoch schon unmittelbar aus Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG, der insoweit den Regelungsgehalt des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG in Bezug nimmt.⁶¹⁷ Details bezüglich des kommunalen Wahlverfahrens regeln auch hier wieder die einzelnen Kommunalverfassungen bzw. die Kommunalwahlgesetze.⁶¹⁸ Dabei ist anzumerken, dass durch das sog. Kumulieren und Panaschieren der gewählte Mandatsträger eine besondere demokratische Legitimation erhält, denn der Wähler kann gleichsam aus den verschiedenen Listenvorschlägen seinen eigenen Gemeinderat zusammenstellen.⁶¹⁹ Diese Spielart der Verhältniswahl hat sich nunmehr in fast ganz Deutschland durchgesetzt.⁶²⁰ Folglich verfügen die

⁶¹³ Vgl. den Bericht der Wahlkreiskommission für die 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestags gemäß § 3 BWahlG vom 29. November 2006, Seite 5 ff.

⁶¹⁴ Auch *Ott*, Parlamentscharakter, S. 268; *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 142 f.

⁶¹⁵ ausführlich dazu *Schreiber*, Parlamentsrecht, § 12 Rn 26 ff.; *BK-Badura*, Anhang zu Art. 38 Rn 8 ff.; *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 38 Rn 33 und Rn 39 ff.; *Dreier*, Art. 38 Rn 51 ff und in Bezug auf das Kommunalwahlrecht *Meyer*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 20 Rn 5 ff.

⁶¹⁶ Ausführlich *Stober*, Kommunalrecht, § 8 II 2, S. 129 und *Meyer*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 20 Rn 1 und 42 ff. unter Verweis auf die jeweiligen Landesverfassungen und Kommunalwahlgesetze.

⁶¹⁷ Vgl. *Schrammeyer*, Bürgermeister, Rn 129 ff.

⁶¹⁸ hierzu die umfassende Übersicht bei *Gern*, Kommunalrecht, Rn 326 ff.; *Schrammeyer*, Bürgermeister, Rn 132, Tabelle 9 sowie *Meyer*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 20 Rn 1, 42 ff.

⁶¹⁹ *Löffler/Rogg*, in: *Pfizer/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 113 f. sowie *Weber/Wehling*, Baden-Württemberg, S. 170 f.; ferner *Meyer*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 20 Rn 30.

⁶²⁰ Vgl. die Übersichten bei *Gern*, Kommunalrecht, Rn 326 ff.; *Schrammeyer*, Bürgermeister, Rn 132, Tabelle 9 und *Meyer*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 20 Rn 1, 30.

kommunalen Mandatsträger über eine umfassende demokratische Legitimation durch unmittelbare Volkswahl, die der von Abgeordneten um nichts nachsteht.⁶²¹

c) Pflicht zur Annahme des Mandats ?

Gegen eine Vergleichbarkeit des kommunalen mit dem parlamentarischen Mandat wird allerdings eingewandt, dass auf kommunaler Ebene eine Pflicht zur Übernahme des Mandats bestehe. Parlamentarier wären aber sowohl bezüglich der Annahme des Mandats als auch des Verzichts frei.⁶²² Hieran ist richtig, dass die Bürger nach der Ausgestaltung der Kommunalverfassungen zur Übernahme von kommunalen Ehrenämtern verpflichtet sind, wozu grundsätzlich auch die Tätigkeit in der kommunalen Volksvertretung zählt.⁶²³ Zunächst sehen alle Kommunalverfassungen allgemeine Regelungen zur Ablehnung eines Ehrenamts aus wichtigem Grund vor.⁶²⁴ Auf diese Ablehnungsgründe kann sich auch ein gewählter Bürger berufen. Darüber hinaus finden sich in einigen Gemeindeordnungen spezielle Regelungen zur Annahme bzw. den Verzicht auf das kommunale Mandat.⁶²⁵ So können gewählte Bürger teilweise schon die Übernahme des Mandats ablehnen.⁶²⁶ Ferner sehen manche Kommunalordnungen einen Mandatsverzicht auch während der Wahlperiode ausdrücklich vor.⁶²⁷ In den übrigen Bundesländern muss ein gewählter Bürger tatsächlich das Mandat annehmen, wenn keine allgemeinen Ablehnungsgründe geltend gemacht werden können.⁶²⁸ Hier ergibt sich jedoch eine deutliche Einschränkung im Vorfeld der Wahl, wonach die Aufnahme in einen

⁶²¹ auch *Marel* StraFo 2003, 259, 260; *Deiters* NSiZ 2003, 453, 456 f.

⁶²² §§ 45 und 46 BWahlG; *Bick*, Die Ratsfraktion, S. 36; *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 384 je mwN.

⁶²³ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 343; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b cc, S. 186 und *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 77.

⁶²⁴ *Gern*, Kommunalrecht unter Verweis auf §§ 15 ff. BWGemO; Art. 19 BayGemO; § 26 BbgGemO; §§ 21 und 23 HessGemO; § 19 MVKV; § 24 NdsGemO; §§ 28 und 29 NRWGemO; §§ 18 und 19 RPGemO; §§ 24 und 25 SaarkSVG; §§ 17 und 18 SachsGemO; §§ 28 und 29 SachsAnGemO; §§ 19 und 20 SHGemO; § 12 Abs. 2 ThürGemO.

⁶²⁵ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b cc, S. 186 und ausführlich bei *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 150 ff.

⁶²⁶ § 26 Abs. 1 S. 2 BbgGemO; § 18 Abs. 1 RPGemO; 12 Abs. 1 S. 2 ThürKO

⁶²⁷ § 23 Abs. 3 S. 4 KVMV und § 32 Abs. 2 SHGemO.

⁶²⁸ § 15 Abs. 1 GemOBW; Art. 19 Abs. 1 S. 2 BayGemO; §§ 35 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 17 Abs. 1 SächsGemO; § 28 Abs. 1 S. 1 SachsAnGemO.

Wahlvorschlag nur mit schriftlicher Zustimmung des Kandidaten erfolgen darf.⁶²⁹ Damit ist eine unfreiwillige Wahl von vornherein ausgeschlossen. Neben diesen rein rechtlichen Überlegungen ist anzumerken, dass derjenige, der für eine kommunale Volksvertretung kandidiert, dieses Mandat im Falle einer erfolgreichen Wahl auch tatsächlich will. Ansonsten hätte er sich nicht zur Wahl gestellt. Im Übrigen besteht auch kein Mangel an qualifizierten Bewerbern für eine kommunale Mandatstätigkeit.

Im Ergebnis wird daher in allen Bundesländern kein Bürger zum kommunalen Mandatsträger wider Willen. Die Rechtslage in Bezug auf Kandidatur und Erwerb des kommunalen Mandats ist folglich mit der auf Parlamentsebene vergleichbar.⁶³⁰

2.) Der Grundsatz des freien Mandats

Viel umstrittener ist, ob den kommunalen Mandatsträgern ein freies Mandat im parlamentarischen Sinne zukommt. Das ältere Schrifttum neigt dazu dies abzulehnen und gesteht dem kommunalen Mandatsträger lediglich ein „bürgerschaftliches Mandat“ oder ein Mandat „sui generis“ zu.⁶³¹ So wird eingewandt, die kommunalen Mandatsträger verfügten auf Grundlage der Kommunalverfassungen zum einen nicht annähernd über eine vergleichbare Freiheit der Mandatsausübung.⁶³² Zum anderen sei das kommunale Mandat mit zahlreichen „amtsrechtlichen“ Elementen, wie Mitwirkungs- und Vertretungsverboten „belastet“.⁶³³ Weiterhin fehle es dem kommunalen Mandatsträger an verfassungsrechtlich abgesichertem Schutz in Form von Indemnität und Immunität sowie einem Zeugnisverweigerungsrecht.⁶³⁴

⁶²⁹ § 8 Abs. 1 S. 4 BWKWG; Art. 25 Abs. 3 S. 2 BayGLKrWG; § 11 Abs. 2 HessKWG; § 21 Abs. 8 NdsKWG; § 15 Abs. 3 S. 4 NRWKWG; § 6 Abs. 4 S. 4 SächsKWG; § 21 Abs. 8 SachsAnhaltKWG.

⁶³⁰ bereits *Becher*, Rechtstellung des Gemeindevertreters, S. 36; *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 65 f. ausführlich *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 150 ff.

⁶³¹ *Becher*, Rechtstellung des Gemeindevertreters, S. 82 ff.; *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 109 ff.; *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 413 f.

⁶³² so *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 31; *Ehlers*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 21 Rn 12 ff.

⁶³³ *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 413 f.; *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 116 und *Ehlers*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 21 Rn 12 ff.

⁶³⁴ wiederum *Becher*, Rechtstellung des Gemeindevertreters, S. 79 ff.; *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament, S. 108 ff.; *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 379 f. zur fehlenden Indemnität neuerdings *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 f. und *Ehlers*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 21 Rn 12 ff.

Diesen Argumenten ist mit dem jüngeren Schrifttum, das den kommunalen Mandatsträger einhellig als Inhaber eines „vollwertigen“ freien Mandats ansieht, zu widersprechen.⁶³⁵ Zunächst entspricht der Wortlaut der Vorschriften über die Rechtstellung der Gemeinderäte in den Gemeindeordnungen dem von Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG.⁶³⁶ Soweit dort von Überzeugung statt Gewissen die Rede ist, macht dies keinen Unterschied.⁶³⁷ Denn jeweils werden die Freiheit der Entscheidung und die Freiheit des Mandatsträgers sich seine Orientierungspunkte bei der Entscheidungsfindung selbst und in Freiheit zu suchen geschützt.⁶³⁸ Ferner ist das freie Mandat nicht lediglich durch die Gemeindeordnungen gewährt, sondern verfassungsrechtlich über Art. 20 Abs. 1 und 2 sowie 28 Abs. 1 GG und den entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen garantiert.⁶³⁹

Die Richtigkeit dieser Ansicht soll folgender Vergleich der sonstigen Rechte und Pflichten von kommunalen Mandatsträgern und Abgeordneten verdeutlichen:

a) Rechte der Mandatsträger in der Volksvertretung

Bezüglich Abgeordneten ist anerkannt, dass diese ein Recht auf Mitwirkung an den Verhandlungen und Entscheidungen des Parlaments sowie an der Erfüllung seiner Aufgaben haben. Dem einzelnen Abgeordneten kommt dabei insbesondere das Antrags-, Rede-, und Abstimmungsrecht zu. Ferner hat der Abgeordnete das Recht

⁶³⁵ *Marel* StraFo 2003, 259, 260; *Deiters* NStZ 2003, 453, 456 f.; *Nolte* DVBl 2005, 870, 874;

Dahs/Müssig NStZ 2006, 191, 193; das freie Mandat gesteht sogar Rübenstahl ein, obwohl er im Ergebnis zu einer Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB kommt, vgl. *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 26 ff. und grundlegend auch *Ott*, Parlamentscharakter, S. 234 ff. und S. 239.

⁶³⁶ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 153 unter Verweis auf § 32 Abs. 3 BWGemO; § 37 Abs. 1 BbgGemO; § 35 Abs. 1 HessGemO; § 23 Abs. 3 KVMV; § 39 Abs. 1 NdsGemO; § 43 Abs. 1 NRWGemO; § 30 Abs. 1 RPDGemO; § 30 Abs. 1 S. 2 SaarkSVG; § 35 Abs. 3 SächsGemO; § 42 Abs. 2 SachsAnGemO; § 32 Abs. 1 SHGemO; § 24 Abs. 1 ThürKO; für Bayern ergibt sich das freie Mandat aus dem Zusammenhang der Bayerischen Gemeindeordnung vgl. nur BayVerfGH, BayVBl 1984, 621, 622 hierzu auch *Nettesheim* BayVBl 1989, 161, 163 f.

⁶³⁷ *Nettesheim* BayVBl 1989, 161, 163 f. und *Nolte* DVBl 2005, 870, 875.

⁶³⁸ *Nolte* DVBl 2005, 870, 875 unter Bezugnahme auf *Gern*, Kommunalrecht, Rn. 350 vgl. ferner *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 377.

⁶³⁹ so auch die Rspr BVerfGE 47, 253, 272; 83, 37, 53 und BVerwG 90, 104, 105; *Frowein* HdbKWP II (2. Aufl.), § 28, S. 81, 87 und DÖV 1976, 44 ff.; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalecht, Rn. 68 jüngst *Meyer*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 20 Rn 42 ff. unter Verweis auf die jeweiligen Landesverfassungen.

in mindestens einem Ausschuss mitzuwirken und die zur Ausübung seines Mandats erforderlichen Informationen zu erhalten.⁶⁴⁰ Auf der kommunalen Ebene sind diese Mitwirkungsrechte entweder direkt in den Gemeindeordnungen oder den Geschäftsordnungen verbürgt und gewähren jedem kommunalen Mandatsträger ein selbständiges Informations-, Rede- und Antragsrecht.⁶⁴¹ Darüber hinaus steht jedem kommunalen Mandatsträger ein Recht auf Beantwortung seiner Fragen durch den Bürgermeister zu.⁶⁴² Entsprechend den parlamentarischen Grundsätzen werden auch hier die Ausschusssitze durch Wahl vergeben.⁶⁴³ Wie bereits oben erläutert hat der kommunalen Mandatsträgern auf Grundlage der Regelungen über die kommunalen Akteneinsichtsausschüsse ähnliche Kontrollmöglichkeiten gegenüber der Verwaltung zur Verfügung, wie die Mitglieder parlamentarischer Untersuchungsausschüsse.⁶⁴⁴ Damit kann insgesamt ein Gleichlauf der Mitwirkungsrechte von Abgeordneten und kommunalen Mandatsträgern festgestellt werden.⁶⁴⁵

b) Rechte der Mandatsträger auf Grund ihres Mandats

Die Abgeordneten des Bundestags haben nach Art. 48 Abs. 3 GG einen Anspruch auf angemessene Entschädigung. Entsprechende Vorschriften finden sich in den Landesverfassungen. Auch die Gemeindeordnungen sehen für ehrenamtlich Tätige, wozu auch die kommunalen Mandatsträger gehören, Aufwandsentschädigungen vor.⁶⁴⁶ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die

⁶⁴⁰ BVerfGE 40, 308, 316 f.; 80, 188, 218 und *Badura*, Parlamentsrecht, § 15 Rn 6.

⁶⁴¹ z.B. §§ 22 ff. GOG-Stuttgart; §§ 21 ff. GOG-Mannheim und ausführlich *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S.157 ff., 165 ff. und 167 f.

⁶⁴² Vgl. *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S.157 ff., 165 ff. unter Verweis auf § 24 Abs. 4 Satz 1 GemO und den entsprechenden Regelungen in den übrigen Kommunalverfassungen.

⁶⁴³ Vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 415 ff. und eingehend *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 243 ff. besonders S. 261 ff.

⁶⁴⁴ Hierzu ausführlich bereits oben unter C I 5.

⁶⁴⁵ Mit diesem Ergebnis bereits *Becher*, Rechtstellung des Gemeindevertreters, S. 44 und *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S.157 ff., 165 ff. besonders S. 169 f.

⁶⁴⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 580 sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b ee, S. 187 nennen § 32 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 BWGemO; Art. 31 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 21a BayGemO; § 37 Abs. 4 BbgGemO; § 35 Abs. 2 S.1 i.V.m. § 27 HessGemO; § 27 MVKV; § 39 Abs. 5 bis 7 NdsGemO; § 45 NRWGemO; § 18 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 RPGemO; § 51 SaarkSVG; § 35 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 21

Entschädigung der Abgeordneten wegen des zeitlichen Umfangs ihrer Tätigkeit in Form einer Vollalimentation einschließlich Ruhegehaltsansprüchen auszugestalten.⁶⁴⁷ Damit besteht zunächst ein Unterschied zu den kommunalen Mandatsträgern, die lediglich eine Aufwandsentschädigung im ursprünglichen Sinne erhalten.⁶⁴⁸ Dieser Unterschied ist aber dem Umstand geschuldet, dass die Abgeordnetentätigkeit heute einen „full-time-job“ darstellt, der faktisch keine parallele Berufsausübung mehr zulässt.⁶⁴⁹ Dagegen ist ein kommunales Mandat zumindest in kleineren Kommunen mit einer hauptberuflichen Tätigkeit vereinbar. Allein der geringere quantitative Umfang eines kommunalpolitischen Engagements kann aber nicht für dessen qualitative Bewertung entscheidend sein. Denn ansonsten unterscheidet sich die *materielle* Tätigkeit des kommunalen Mandatsträgers nicht von der eines Abgeordneten. Darüber hinaus hat insbesondere *Heuvels* eindrücklich belegen können, dass die Grundsätze des sog. Diätenurteils⁶⁵⁰ des Bundesverfassungsgerichts zumindest auch in den Großstädten eine Art abgestufte „Teilalimentation“ erfordern.⁶⁵¹ Denn besonders in Kommunen ab 250.000 Einwohner ist eine gewissenhafte Wahrnehmung des kommunalen Mandats nur mit einer zeitlichen Belastung von 25 Wochenstunden und mehr zu bewältigen.⁶⁵² Um hier die formale Gleichheit aller Bürger bei Ausübung ihres passiven Wahlrechts zu gewährleisten, ist eine finanzielle Kompensation abgestuft nach Größe der Kommune notwendig.⁶⁵³ Lässt sich folglich mit *Heuvels* sogar eine Teilalimentation kommunaler Mandatsträger in Großstädten begründen, dann kann der gegenwärtig bestehende finanzielle Unterschied eine Vergleichbarkeit von kommunalen Mandatsträgern und Abgeordneten nicht unmöglich machen.

c) Pflichten der Mandatsträger in der Volksvertretung

SächsGemO; § 42 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 33 SachsAnGemO; § 32 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 24 SHGemO; § 24 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 13 ThürKO.

⁶⁴⁷ BVerfGE 40, 296, 313 f.

⁶⁴⁸ *Heuvels*, Diäten für Ratsmitglieder ?, S. 16 ff.

⁶⁴⁹ Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. auch *von Arnim* NVwZ 2006, 249, 250 ff.

⁶⁵⁰ BVerfGE 40, 296, 313 f.

⁶⁵¹ *Heuvels*, Diäten für Ratsmitglieder ?, S. 55 ff. und 270 ff.

⁶⁵² Vgl. die Übersichtstabelle bei *Heuvels*, Diäten für Ratsmitglieder ?, S. 54.

⁶⁵³ *Heuvels*, Diäten für Ratsmitglieder ?, S. 270 und abschließend S. 273 ff.

Nachfolgend ist darzustellen, inwieweit in Bezug auf einzelne Pflichten innerhalb der Volksvertretung kommunale Mandatsträger und Parlamentarier zu vergleichen sind:

aa) Gemeinwohlbindung des Mandats ?

Teilweise wird in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG die Gemeinwohlbindung als Bestandteil des freien Mandats angesehen.⁶⁵⁴ Vereinzelt wird von der „Gemeinpflichtigkeit“ des Mandats gesprochen.⁶⁵⁵ Dies folge unmittelbar aus der Formulierung „*Vertreter des ganzen Volkes*“.⁶⁵⁶ Es ist aber fraglich, ob sich Bundestags- wie auch Landtagsabgeordnete bei ihrer freien Mandatsausübung ausschließlich am Wohl der Allgemeinheit zu orientieren haben.⁶⁵⁷ Die Stellung der Parlamentarier als Vertreter des ganzen Volkes darf nicht in dem Sinne verstanden werden, dass jeder Abgeordnete unabhängig von seiner wirtschaftlichen, sozialen und insbesondere politischen Herkunft einem abstrakten Gemeinwohl verpflichtet ist.⁶⁵⁸ Denn ohne eine „Rückkopplung“ auf besondere Gruppeninteressen ist es bereits theoretisch schwer zu definieren was unter dem schillernden Begriff des Allgemeinwohls konkret zu verstehen ist. So sind die Ansichten darüber, was dem Allgemeinwohl am Besten entspricht unter den Abgeordneten der einzelnen politischen Lager durchaus verschieden. Als dem Allgemeinwohl dienlich muss vielmehr erst das konkrete Produkt angesehen werden, welches in der politischen Debatte sowie im politischen Abwägungs- und Entscheidungsprozeß erzeugt wird.⁶⁵⁹ Unter diesem Gesichtspunkt kommt der Wahrnehmung von legitimen Partikularinteressen eine gewichtige Bedeutung im Rahmen der freien Mandatsausübung zu.⁶⁶⁰ Denn der Abgeordnete wurde nicht zuletzt deswegen von seinen Wählern ins Parlament gewählt, weil er diesen gegenüber versprochen hat, sich konkret für bestimmte Belange stark zu machen.⁶⁶¹ Dementsprechend finden sich in den Parlamenten verschiedene

⁶⁵⁴ BK-von Arnim, Art. 48 Rn 49.

⁶⁵⁵ AK-Schneider, Art. 38 Rn 19.

⁶⁵⁶ Dreier, Art. 38 Rn 128 ff.

⁶⁵⁷ So aber die Folgerung von Ott, Parlamentscharakter, S. 248 ff.

⁶⁵⁸ Hierzu Stern, Staatsrecht I, § 24 IV 2 a, S. 1071.

⁶⁵⁹ von Münch/Kunig, Art. 38 Rn 73 ff. insbesondere Rn 75 a.E. und Rn 77.

⁶⁶⁰ Sachs, Art. 38 Rn 45 ff.; Stern, Staatsrecht I, § 24 IV 2 a und BVerfGE 5, 85, 233 ff.

⁶⁶¹ Vgl. SK-Rudolphi/Stein, § 11 Rn 21 und nunmehr auch BGHSt 51, 44, 51 f., 54 und S. 57 ff.

Fraktionen der Parteien, die mit unterschiedlichen Schwerpunkten die Interessen ihrer jeweiligen Wählergruppen politisch durchzusetzen versuchen.⁶⁶²

Aber auch auf kommunaler Ebene lässt sich die Wahrnehmung von legitimen Partikularinteressen mit einer grundsätzlichen Gemeinwohlbindung vereinbaren. Zunächst wird den kommunalen Mandatsträgern ähnlich den Parlamentsabgeordneten ein kommunales Mandat eingeräumt. Danach entscheiden sie im Rahmen der Gesetze nach ihrer freien, nur durch das öffentliche Wohl bestimmten Überzeugung.⁶⁶³ Darüber hinaus sind kommunale Mandatsträger nach allen Kommunalverfassungen ehrenamtlich tätig⁶⁶⁴ oder werden ehrenamtlich Tätigen gleichgestellt.⁶⁶⁵ Der ehrenamtlich tätige Bürger muss die ihm übertragenen Geschäfte gewissenhaft, verantwortungsbewusst und vor allem uneigennützig führen.⁶⁶⁶ Aber gerade auf kommunaler Ebene werden die Volksvertreter auf Grund ihrer spezifischen Gruppenzugehörigkeit z.B. als Handwerker, aktives Vereinsmitglied oder Einzelhändler in die kommunale Volksvertretung gewählt, um dort die Interessen ihrer Gruppe wahrzunehmen. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Mandatsausübung, wird auch daran deutlich, dass die hier existierenden Mitwirkungsverbote bezüglich Beratung und Entscheidung nicht gelten, soweit nur eine soziale Gruppe von kommunalen Mandatsträgern betroffen ist.⁶⁶⁷

⁶⁶² Zum Spannungsverhältnis zwischen freiem Mandat und Parteiendemokratie jüngst *Klein*, HStR III (3. Aufl.), § 51 Rn 5 ff.

⁶⁶³ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 a, S. 185 sowie *Gern*, Kommunalrecht, Rn 250 je unter Verweis auf § 32 Abs. 3 BWGemO; § 37 Abs. 1 BbgGemO; § 35 Abs. 1 HessGemO; § 23 Abs. 3 KVMV; § 39 Abs. 1 NdsGemO; § 43 Abs. 1 NRWGemO; § 30 Abs. 1 RPGemO; § 30 Abs. 1 S. 2 SaarkSVG; § 35 Abs. 3 SächsGemO; § 42 Abs. 2 SachsAnGemO; § 32 Abs. 1 SHGemO; § 24 Abs. 1 ThürKO; für Bayern ergibt sich das freie Mandat aus dem Zusammenhang der Bayerischen Gemeindeordnung so ausdrücklich der BayVerfGH BayVBI 1984, 621, 622.

⁶⁶⁴ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b aa, S. 185 f. unter Verweis auf § 32 Abs. 1 S. 1 BWGemO; Art. 31 Abs. 2 S. 1 BayGemO; §§ 18 Abs. 1 und 30 Abs. 1 RPGemO; § 30 Abs. 1 S. 1 SaarkSVG; § 35 Abs. 1 S. 1 SächsGemO; § 42 Abs. 1 S. 1 SachsAnGemO; § 24 Abs. 1 S. 1 ThürKO.

⁶⁶⁵ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b aa, S. 185 f. nennt §§ 37 Abs. 2 und 38 Abs. 2 BbgGemO; § 35 Abs. 2 HessGemO; § 39 Abs. 3 ff. NdsGemO; §§ 43 Abs. 2 und 44 NRWGemO; § 32 Abs. 3 SHGemO.

⁶⁶⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 571 unter Verweis auf § 17 Abs. 1 BWGemO; Art. 20 Abs. 1 BayGemO; § 21 Abs. 2 HessGemO; § 19 Abs. 1 und 2 MVKV; § 19 Abs. 1 SächsGemO; § 30 Abs. 1 SachsAnGemO; § 21 SHGemO; § 12 Abs. 3 ThürKO.

⁶⁶⁷ Hierzu sogleich unter cc) und *Ott*, Parlamentscharakter, S. 252; zur Problematik der Befangenheit beim Vorliegen von abstrakten gemeinsamen Gruppeninteressen *Gern*, Kommunalrecht, Rn 516.

Im Ergebnis dürfen sich sowohl Parlamentarier als auch kommunale Mandatsträger bei Ausübung ihres Mandats von legitimen Partikularinteressen leiten lassen. Dagegen sind Amtsträger immer und ausschließlich dem bereits durch politische Entscheidungen definierten Allgemeinwohl verpflichtet.⁶⁶⁸ Die Wahrnehmung ausschließlich eigennütziger Interessen muss dagegen für alle mit öffentlichen Funktionen betrauten Personen - einschließlich Mandatsträger - unzulässig sein.

bb) Anwesenheitsverpflichtung und Abstimmungspflicht

Der kommunale Mandatsträger hat nicht nur ein Recht auf Anwesenheit und Mitwirkung an den Entscheidungen der kommunalen Volksvertretung, sondern ist hierzu grundsätzlich rechtlich verpflichtet.⁶⁶⁹ Diese Partizipationspflicht ist in den Kommunalverfassungen aller Länder – außer in Rheinland-Pfalz – ausdrücklich gesetzlich normiert.⁶⁷⁰ Sie umfasst neben der bloßen Anwesenheitspflicht zumindest auch die Pflicht an den Abstimmungen in der kommunalen Volksvertretung teilzunehmen. Dies folgt zum einen aus der Stellung der kommunalen Mandatsträger als gewählte Mitglieder eines Kollegialorgans.⁶⁷¹ Zum anderen aus der Tatsache, dass eine bloße Anwesenheitspflicht ohne die Pflicht zumindest abstimmen oder sich enthalten zu müssen, keinen Sinn macht.⁶⁷² Eine weitergehende aktive Mitarbeitspflicht an den Sitzungen der kommunalen Volksvertretung gibt es lediglich in Mecklenburg-Vorpommern.⁶⁷³ Verletzt der kommunale Mandatsträger diese Partizipationspflicht, so sehen zumindest für den Fall des unentschuldigten Fernbleibens sämtliche Kommunalverfassungen Sanktionsmöglichkeiten vor. Sie reichen von der Verhängung von Buß- oder Ordnungsgeldern über den

⁶⁶⁸ Wie hier BGHSt 51, 44, 51 f., 54, S. 57 ff. sowie SK-*Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 21.

⁶⁶⁹ Hierzu bereits *Becher*, Rechtstellung des Gemeindevertreters, S. 38 f.; *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament?, S. 59; *Ott*, Parlamentscharakter, S. 247 ff.; *Klein*, HStR III (3. Aufl.), § 51 Rn 23 ff.

⁶⁷⁰ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 c, S. 188; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 461; *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 170 ff. je unter Verweis auf § 34 Abs. 3 BWGemO; Art. 48 Abs. 1 S. 1 BayGemO; § 38 Abs. 1 S. 2 BbgGemO; § 35 Abs. 1 i.V.m. § 60 Abs. 1 HessGemO; § 23 Abs. 3 MVKV; § 24 Abs. 2 NdsGemO; § 29 Abs. 3 NRWGemO; § 33 Abs. 1 SaarKSVG; § 35 Abs. 4 SächsGemO; § 52 Abs. 1 SachsAnGemO; § 32 Abs. 2 SHGemO; § 37 Abs. 1 ThürKO.

⁶⁷¹ *Schröder*, Parlamentsrecht, S.394 f.; *Ott*, Parlamentscharakter, S. 247; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 c, S. 188.

⁶⁷² *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 350.

⁶⁷³ § 23 Abs. 3 Satz 3 KVMV.

Sitzungsausschluss gem. § 60 Abs. 1 Satz 2 HessGemO bis hin zum Verlust des Mandats bei wiederholten Verstößen gemäß Art. 48 Abs. 3 BayGemO.⁶⁷⁴

Aber auch Parlamentarier sind unmittelbar aus Art. 38 Abs. 1 GG zur Teilnahme an den Sitzungen sowie allgemein zur Mitwirkung an der parlamentarischen Arbeit verpflichtet.⁶⁷⁵ Denn ohne Präsenz und Mitarbeit in den parlamentarischen Gremien und Prozessen kann der Abgeordnete schlechterdings weder dem Mandat seiner Wähler noch der Gemeinwohlbindung gerecht werden.⁶⁷⁶ Darüber hinaus hat die parlamentarische Mitarbeitspflicht des Bundestagsabgeordneten auch in § 13 der GeschOBT ihren Niederschlag gefunden.⁶⁷⁷ Sanktioniert wird im Bundestag - wie in den meisten Landtagen - jedoch nur die Nichtanwesenheit und auch nur insoweit als die Kostenpauschale entsprechend gekürzt wird.⁶⁷⁸

Damit könnten die schärferen Möglichkeiten der Sanktionierung von Anwesenheitspflichtverletzungen auf kommunaler Ebene für die stärkere amtsähnliche Pflichtenbindung der kommunalen Mandatsträger sprechen.⁶⁷⁹ Hiergegen lässt sich allerdings die Tatsache einwenden, dass auf Parlamentsebene auch die Stadtstaaten Bremen und Hamburg als stärkste Sanktion für eine „*beharrliche und auf eigennützigen Gründen beruhende Verletzung der Abgeordnetenpflichten*“ den Mandatsentzug vorsehen.⁶⁸⁰ Somit ist eine Sanktionierung bis hin zum Mandatsentzug nicht durchweg ein kommunales Phänomen. Zur Beurteilung der Frage, inwieweit die stärkere Sanktionierung der Verletzung der Anwesenheitspflicht der kommunalen Mandatsträger einen Vergleich mit Abgeordneten erschwert, ist jedoch maßgeblich auf deren Sinn und Zweck abzustellen. Dieser liegt offensichtlich in der Sicherstellung der Partizipationspflicht der Mandatsträger. Die Sanktionierung der Anwesenheitspflicht erscheint aber heutzutage aus mehreren Gründen nicht mehr notwendig: Zum einen konnte bereits oben dargestellt werden, dass gegenwärtig auf Grund der

⁶⁷⁴ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 171.

⁶⁷⁵ *Stern*, Staatsrecht I, § 24 III 2, S. 1068.

⁶⁷⁶ BK-von Arnim, Art. 48 Rn 49; AK-Schneider, Art. 38 Rn 4; *Stern*, Staatsrecht I, § 24 IV 2 a.

⁶⁷⁷ Klein, HStR III (3. Aufl.), § 51 Rn 23 bereits *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 67.

⁶⁷⁸ Ott, Parlamentscharakter, S. 247; Klein, HStR III (3. Aufl.), § 51 Rn 23 verweisen auf § 14 AbgG.

⁶⁷⁹ Schröder, Parlamentsrecht, S. 394; *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 175.

⁶⁸⁰ Ott, Parlamentscharakter, S. 248. unter Verweis auf Art. 85 Abs. 1 Bremer Verfassung und Art. 13 Abs. 2 Hamburger Verfassung.

(kommunal)wahlrechtlichen Regelungen niemand gegen seinen Willen kommunaler Mandatsträger wird.⁶⁸¹ Im Übrigen finden sich in der Praxis genügend freiwillige Mandatsträger. Diesen kann aber unterstellt werden, dass sie sich aus politischer Überzeugung um ein Mandat bewerben und dieses ausfüllen werden. Folglich muss in der kommunalen Praxis die Anwesenheitspflicht äußerst selten erzwungen werden. Zum anderen findet gerade auf Parlamentsebene eine viel wirksamere Kontrolle der Anwesenheitspflicht durch die Opposition, die Medien und durch die Öffentlichkeit statt.⁶⁸² Ein ständig abwesender Abgeordneter muss mit massiver Kritik rechnen, die seinen Ruf und damit seine Wiederwahlchancen empfindlich verschlechtern. In letzter Konsequenz ist für einen Parlamentarier im Unterschied zum kommunalen Mandatsträger die Abwahl durch die Wähler nicht nur unter finanziellem Gesichtspunkt die härteste Sanktion.⁶⁸³

Folglich sind Parlamentsabgeordnete und kommunale Mandatsträger sowohl zur Anwesenheit als auch zumindest zur Abstimmung in der jeweiligen Volksvertretung verpflichtet. Der unterschiedlichen Sanktionierbarkeit einer Anwesenheitspflichtverletzung kann im Ergebnis keine entscheidende Bedeutung zukommen. Denn das Fehlen von Sanktionsmöglichkeiten auf Parlamentsebene wird höchst effektiv durch die öffentliche Kontrolle kompensiert.⁶⁸⁴ Von einem „Sanktionsungleichgewicht“ kann daher nicht die Rede sein.

cc) Mitwirkungsverbot

Als Korrelat des Mitwirkungsrechts und der Gemeinwohlbindung finden sich lediglich auf kommunaler Ebene sog. Mitwirkungsverbote bzw. Ausschließungsgründe.⁶⁸⁵ Danach ist es kommunalen Mandatsträgern untersagt an Beratungs- und Entscheidungsprozessen mitzuwirken, wenn diese ihnen selbst, ihren Familienangehörigen und Verwandten oder natürlichen oder juristischen Drittpersonen, zu denen eine spezielle Bindung oder Abhängigkeit besteht, einen

⁶⁸¹ Hierzu bereits oben unter 1 c.

⁶⁸² So auch *Stern*, Staatsrecht I, § 24 III 1, S. 1067.

⁶⁸³ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 248 und 264.

⁶⁸⁴ In dieser Richtung schon *Ott*, Parlamentscharakter, S. 248 und 264.

⁶⁸⁵ Ausführlich *Geyer*, Mitwirkungsverbot, S. 28 ff.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 352 ff. bereits *Hartmann DVBl* 1956, 708, 709 ff., der für eine Einbeziehung von immateriellen Vorteilen ist.

unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen können.⁶⁸⁶ Damit über das tatsächliche Vorliegen eines solchen Mitwirkungsverbots beschlossen werden kann, sind die kommunalen Mandatsträger von sich aus verpflichtet hierüber vor der Beratung Mitteilung zu machen (sog. Offenbarungspflicht).⁶⁸⁷

Diese Befangenheitstatbestände werden teilweise zur Begründung der strafrechtlichen Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger herangezogen.⁶⁸⁸ Da sich derartige Befangenheitsregelungen besonders in den Verwaltungsverfahrensgesetzen⁶⁸⁹ fänden, seien sie ein eindeutiges Indiz für die verwaltende und damit amtsähnliche Tätigkeit der kommunalen Mandatsträger.⁶⁹⁰

Eine solche Schlussfolgerung überzeugt nicht.⁶⁹¹ Denn zunächst finden sich derartige Befangenheitstatbestände auch in zahlreichen Prozessordnungen bezüglich der Richter sowie des sonstigen an einem Gerichtsverfahren beteiligten Personals.⁶⁹² Diese üben jedoch keine verwaltende, sondern eine rechtsprechende Tätigkeit aus. Ferner sind diese eindeutigen Amtsträger im Falle ihrer Befangenheit zu ersetzen, wohingegen die Stimmrechtsausübung des kommunalen Mandatsträger nicht substituierbar ist.⁶⁹³ Des Weiteren gelten die kommunalrechtlichen Mitwirkungsverbote im Unterschied zu den sonstigen Befangenheitsvorschriften getreu dem parlamentarischen Vorbild nicht bei Wahlen, wonach „*jeder auch für sich*

⁶⁸⁶ Eingehend *Budde*, Mitwirkungspflicht und Befangenheit, S. 65 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 510 ff. sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 15 3 II c, S. 188 ff. je unter Verweis auf § 18 GemOBW; Art. 49 BayGemO; § 28 BbgGemO; § 25 HessGemO; § 24 MVKV; § 26 NdsGemO; § 31 i.V.m § 43 Abs. 2 Nr. 3 bis 5 und § 23 NRWGemO; § 22 RPGemO; § 27 SaarkSVG; § 20 SächsGemO; § 31 SachsAnGemO; § 22 SHGemO; § 38 ThürKO.

⁶⁸⁷ Unter Verweis auf die jeweiligen Vorschriften *Gern*, Kommunalrecht, Rn 518; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 3 II c dd, S. 192 ff. *Hartmann* DVBl 1956, 708, 709 ff.

⁶⁸⁸ so vor allem *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 29, 33; *Ehlers*, HdKWP I (3. Aufl.), § 21 Rn 12 ff.; LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln NSTZ-RR 2003, 364 und als Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11. August 2004 Az: 835 Js 19/01 - 31/03 - VI - 26 KLs, veröffentlicht in *Juris* Rn 372 ff. im Langtext; BGHSt 51, 44, 53 und BGH wistra 2006, 419, 420 = NSTZ 2007, 36.

⁶⁸⁹ Jeweils § 20 der einzelnen Verwaltungsverfahrensgesetze.

⁶⁹⁰ *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 72 ff., 79; *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 396 ff.; *Becher*, Rechtsstellung des Gemeindevertreters, S. 54 ff., 79 ff. jüngst *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 29, 33.

⁶⁹¹ Strikt gegen kommunale Mitwirkungsverbote *Budde*, Mitwirkungspflicht und Befangenheit, S. 238 f.

⁶⁹² Vgl. nur die Vorschriften der §§ 41 ff. ZPO; 22 ff. StPO; § 54 VwGO i.V.m. 41 ff. ZPO; weitere Beispiele bei *Glage*, Mitwirkungsverbote, S. 21 ff.

⁶⁹³ Hierauf weist zu Recht *Geyer*, Mitwirkungsverbot, S. 28 ff. hin.

sprechen kann“.⁶⁹⁴ In diesem Punkt hat der Gesetzgeber der Wirksamkeit des aus der unmittelbaren Volkswahl hervorgegangenen Mandats höheres Gewicht beigemessen als der Gefahr eigennütziger Wahlentscheidungen im Falle von Interessenkollisionen.⁶⁹⁵ Zum anderen besteht wiederum im Gegensatz zu sonstigen Befangenheitsvorschriften kein Mitwirkungsverbot, wenn die Interessen eines kommunalen Mandatsträgers lediglich als Angehöriger einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe berührt sind.⁶⁹⁶ Darüber hinaus erhellen Sinn und Zweck des Mitwirkungsverbots, warum es besonders auf kommunaler Ebene erforderlich ist.⁶⁹⁷

Die Befangenheitsregeln sollen bei der Mandatsausübung entstehende Interessenkonflikte im Einzelfall ausschließen, die auf einer persönlichen oder sachlichen Beziehung zum Beratungsgegenstand und zur Beschlussfassung beruhen.⁶⁹⁸ Sie sind folglich Ausfluss einer Güterabwägung zwischen dem Rechtsgut einer möglichst vollständigen Teilnahme aller die Bürgerschaft vertretenden kommunalen Mandatsträger und dem Gut der Wahrung des Allgemeinwohls durch die kommunalen Mandatsträger unter Hintanstellung eigennütziger Individualinteressen.⁶⁹⁹

Somit wird deutlich, dass Mitwirkungsverbote wegen der auf kommunaler Ebene bestehenden engen Verflechtung von Entscheidern und Entscheidungsbetroffenen nicht der Beschränkung, sondern gerade zur Sicherung der gemeinwohlorientierten Mandatsausübung dienen. Denn wie bereits dargestellt, ist die Gemeinwohlbindung wesentliches Merkmal eines freien Mandats. Sind folglich in Bezug auf einen Bürger die strengen Voraussetzungen eines Mitwirkungsverbots einschlägig, dann wird zu Recht unwiderleglich vermutet, dass er sich in dieser Entscheidung nicht vorrangig am Gemeinwohl, sondern an subjektiven Eigeninteressen orientiert.⁷⁰⁰ Eine derartige

⁶⁹⁴ *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 399; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 517 unter Verweis auf § 18 Abs. 3 GemOBW; § 28 Abs. 2 Ziff. 3 BbgGemO; § 25 Abs. 2 HessGemO; § 24 Abs. 2 Ziff. 2 MVKV; § 26 Abs. 3 Ziff. 2 bis 3 NdsGemO; § 31 Abs. 3 Ziff. 2 bis 5 NRWGemO; § 22 Abs. 2 RFGemO; § 27 Abs. 2 Ziff. 2 SaarKSVG; § 22 Abs. 3 Ziff. 2 SHGemO; § 38 Abs. 2 ThürKO.

⁶⁹⁵ So ausdrücklich *Gern*, Kommunalrecht, Rn 517.

⁶⁹⁶ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 252 ff. zu den Ausnahmen von Befangenheit bei Vorliegen von gemeinsamen Gruppeninteressen *Gern*, Kommunalrecht, Rn 516.

⁶⁹⁷ *Geyer*, Mitwirkungsverbot, S. 28 ff. sowie *Glage*, Mitwirkungsverbote, S. 10 ff.

⁶⁹⁸ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 3 II c, S. 188 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 510 ff. unter Verweis auf OVG Münster OVGE 27, 60.

⁶⁹⁹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 510 ff.; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7A 1 b gg, S. 103 ff.

⁷⁰⁰ So auch *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 178 ff.

unwiderlegliche Vermutung ist bereits zur Vermeidung des bösen Scheins einer Interessenkollision erforderlich.⁷⁰¹ Würde es derartige Mitwirkungsverbote auf kommunaler Ebene nicht geben, so bestünde darüber hinaus die Gefahr, dass das Abstimmungsergebnis durch die Mitwirkung des eigentlich befangenen Mandatsträgers verzerrt wird. Insbesondere in kleineren Kommunen mit entsprechend wenigen kommunalen Mandatsträgern würde es damit zu einer weiteren Verfälschung des Wählerwillens kommen. Als „Reflexwirkung“ eines kommunalen Mitwirkungsverbots kann daher auch der Schutz des kommunalen Mandats der nicht befangenen Mandatsträger angesehen werden. Denn diese sollen sowohl ihre Beratung als auch ihre Abstimmung frei vom Einfluss des befangenen Mandatsträgers am Gemeinwohl ausrichten.⁷⁰²

All diese Erwägungen lassen sich auf den ersten Blick nur schwer auf Parlamentarier übertragen. Zumal für „befangene“ Parlamentarier de lege lata kein grundsätzliches Mitwirkungsverbot existiert. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass das kommunale Mitwirkungsverbot einen Vergleich von kommunalen Mandatsträgern und Parlamentariern nicht unmöglich macht:

Das Fehlen eines allgemeinen parlamentarischen Mitwirkungsverbots rührt nämlich schlicht aus der Tatsache, dass es hierfür nur wenig sinnvolle Anwendungsfälle gibt. Die Entscheidungen des Parlaments sind – auch wenn es sich um einzelne Parlamentsbeschlüsse handelt - derart abstrakt und generell, dass sie dem einzelnen Parlamentarier grundsätzlich keinen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen. Wenn durch solche abstrakten Entscheidungen jeweils eine bestimmte soziale Gruppe von Abgeordneten betroffen ist, kann dies nicht für ein Mitwirkungsverbot ausreichen. Denn eine bloße Gruppenbetroffenheit führt schon auf kommunaler Ebene nicht zu einem Mitwirkungsverbot.⁷⁰³ Hinzukommt, dass auf Parlamentsebene die Verknüpfung von Entscheidern und Entscheidungsbetroffenen bei weitem nicht so engmaschig ist, wie auf kommunaler Ebene.⁷⁰⁴ Soweit eine abstrakte Entscheidung faktisch nur einem Abgeordneten einen spezifischen Vorteil bringen würde, ist zu

⁷⁰¹ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 c bb, S. 189; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 352.

⁷⁰² In diese Richtung auch *Glage*, Mitwirkungsverbote, S. 10 ff. besonders S. 14 ff.

⁷⁰³ Zu diesen Argumenten *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 198 ff. unter Verweis auf *Ott*, Parlamentscharakter, S. 252 ff. sowie explizit zu den Ausnahmen von Befangenheit bei Vorliegen von gemeinsamen Gruppeninteressen *Gern*, Kommunalrecht, Rn 516 ff.

⁷⁰⁴ Siehe die Literaturangaben in vorstehender Fußnote.

berücksichtigen, dass dieser mit seinem Stimmrecht nur sehr begrenzt die Beschlüsse des Bundestags, dem grundsätzlich nach § 1 BundesWahlG 598 Mitglieder angehören, beeinflussen kann.

Wie bereits ausgeführt dient das kommunale Mitwirkungsverbot der Vermeidung von Interessenkollisionen und zur Sicherung einer gemeinwohlorientierten Mandatsausübung. Soweit auf Parlamentsebene im Einzelfall doch eine Interessenkollision möglich erscheint, besteht hier zwar kein umfassendes Mitwirkungsverbot. Jedoch wird dessen Zweck durch zahlreiche Anzeige- und Publikationspflichten sichergestellt.⁷⁰⁵

Die §§ 44a und 44b AbgG sehen zur Vermeidung von Interessenkollisionen zwingende Anzeigepflichten gegenüber dem Bundestagspräsidenten vor.⁷⁰⁶ Auf dieser gesetzlichen Grundlage hat sich der Bundestag als Anlage 1 zu seiner Geschäftsordnung detaillierte Verhaltensregeln gegeben. Diese verpflichten die Abgeordneten zur umfassenden Anzeige vormals und aktuell ausgeübter beruflicher (Neben)tätigkeiten.⁷⁰⁷ Ferner müssen daraus erlangte Vergütungen und Honorare gegenüber dem Bundestagspräsidenten bekannt gemacht werden.⁷⁰⁸ Diese Angaben *müssen* vom Bundestagspräsidenten sowohl im Amtlichen Handbuch des Bundestags als auch im Internet veröffentlicht werden.⁷⁰⁹ Darüber hinaus hat ein Bundestagsabgeordneter der entgeltlich mit einem Gegenstand beschäftigt ist, der in einem Ausschuss des Bundestags zur Beratung ansteht, vor der Beratung eine Interessenverknüpfung offenzulegen, soweit er Mitglied dieses Ausschusses ist.⁷¹⁰ Eine Missachtung dieser Verpflichtungen kann mit einem Ordnungsgeld bis zur Höhe der Hälfte der jährlichen Abgeordnetenentschädigung geahndet werden.⁷¹¹ All diese Transparenzvorschriften wurden jüngst vom Bundesverfassungsgericht gebilligt.⁷¹²

⁷⁰⁵ Ott, Parlamentscharakter, S. 255 ff. unter Verweis auf *Waechter*, Rn 352 bereits *Badura*, Parlamentsrecht, § 15 Rn 44 sowie 66 ff. insbesondere Rn 72.

⁷⁰⁶ von Arnim NVwZ 2006, 249, 251 ff.

⁷⁰⁷ § 1 Abs. 1 der Anlage 1 zur GeschOBT.

⁷⁰⁸ § 1 Abs. 2 und 3 der Anlage 1 zur GeschOBT.

⁷⁰⁹ § 3 der Anlage 1 zur GeschOBT.

⁷¹⁰ § 6 der Anlage 1 zur GeschOBT.

⁷¹¹ § 8 der Anlage 1 zur GeschOBT.

⁷¹² BVerfG, Urteil vom 4. Juli 2007, Az.: 2 BvE 1/06 u.a. = BVerfGE 118, 277 ff. = NVwZ 2007, 916 ff.

Auf kommunaler Ebene sind wegen des kommunalen Mitwirkungsverbots derartige umfassende Anzeigepflichten nur ansatzweise zu finden.⁷¹³

Der politisch sensible Parlamentarier wird im Falle einer Interessenkollision freiwillig davon absehen an der Beratung und Beschlussfassung des betreffenden Tagesordnungspunkts teilzunehmen. Andernfalls muss er damit rechnen, dass seine Entscheidung „in eigener Sache“ von der Opposition und den Medien publik gemacht wird. Damit ist der durch die Anzeige- und Publikationspflichten eingeschlagene Weg faktisch ein viel wirksameres Mittel zur Sicherung der lautereren Mandatsausübung als ein Mitwirkungsverbot. Denn die Bürger können am Wahltag selbst darüber entscheiden, inwieweit sich ein bestimmter Abgeordneter in Bezug auf Interessenkonflikte korrekt verhalten hat.⁷¹⁴

Dieser Mechanismus der Kontrolle durch Transparenz wird auch in Bezug auf die Höhe der Aufwandsentschädigungen fruchtbar gemacht. So ist in einer parlamentarischen Demokratie eine Entscheidung der Volksvertreter in eigener Sache bezüglich der Höhe ihrer Diäten sogar verfassungsrechtlich gefordert.⁷¹⁵ Gerade in einem solchen Fall verlangt das demokratische und rechtsstaatliche Prinzip (Art. 20 GG), dass der gesamte Willensbildungsprozess für den Bürger durchschaubar ist und das Ergebnis vor den Augen der Öffentlichkeit beschlossen wird. Denn dies sei die einzig wirksame Kontrolle. Die parlamentarische Demokratie basiere auf dem Vertrauen des Volkes; Vertrauen ohne Transparenz, die erlaubt zu verfolgen, was politisch geschieht, sei nicht möglich.⁷¹⁶ Dies ist insofern bemerkenswert, als auch die kommunalen Mandatsträger ihre Aufwandsentschädigung in Form einer Satzung selbst festzulegen haben.⁷¹⁷

Während auf kommunaler Ebene die Gefahr einer eigensüchtigen Mandatsausübung über das kommunale Mitwirkungsverbot gebannt wird, soll dieser Gefahr auf

⁷¹³ Hierzu noch weiter unten unter d aa) sowie im 4. Kapitel unter B I.

⁷¹⁴ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 198 unter Verweis auf *Achterberg* AöR 109 (1984) 505, 515, 531.

⁷¹⁵ So das Diätenurteil des Bundesverfassungsgerichts: BVerfGE 40, 296, 327.

⁷¹⁶ BVerfGE 40, 296, 327.

⁷¹⁷ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 580; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b ee, S. 187.

Parlamentsebene durch umfangreiche Transparenz- und Publikationsvorschriften begegnet werden.⁷¹⁸

Im Übrigen ist auch dem Parlamentsrecht ein Mitwirkungsverbot nicht durchweg fremd. Im Falle von konkret-individuellen Entscheidungen in Bezug auf einzelne Statusrechte ist auch der betroffene Abgeordnete von der Mitwirkung ausgeschlossen. So sieht § 17 Abs. 1 WahlprüfungsG ausdrücklich den Ausschluss desjenigen Abgeordneten von der Beratung und Beschlussfassung vor, dessen Wahl zur Prüfung steht.⁷¹⁹ Ferner ist nach der Geschäftsordnung des Bundestags derjenige Abgeordnete von der Entscheidung und Beschlussfassung ausgenommen, dessen Immunität aufgehoben werden soll.⁷²⁰ Darüber hinaus enthält die Bremische Landesverfassung als einzige in Deutschland ein mit dem kommunalrechtlichen Mitwirkungsverbot identisches parlamentarisches Mitwirkungsverbot.⁷²¹ Den Vertretern der Bremer Bürgerschaft wird aber die Eigenschaft als Parlamentsabgeordnete nicht abgesprochen.⁷²² Schließlich ist nach der Geschäftsordnung des Bayerischen Landtags ein Landtagsabgeordneter von der Abstimmung des Landtags ausgeschlossen, wenn es sich um Angelegenheiten handelt, die allein und unmittelbar ihn selbst betreffen.⁷²³

Zwar lässt sich aus all diesen Beispielen *de lege lata* kein allgemeiner Rechtssatz im Hinblick auf ein parlamentarisches Mitwirkungsverbot ableiten.⁷²⁴ Jedoch wird deutlich, dass ein Mitwirkungsverbot die Annahme eines freien Mandats nicht ausschließt. Letztlich wird von einigen Autoren sogar *de lege ferenda* ein parlamentarisches Mitwirkungsverbot nach dem Vorbild des kommunalen Mitwirkungsverbots gefordert.⁷²⁵

⁷¹⁸ So im Ergebnis auch *Ott*, Parlamentscharakter, S. 255 ff.

⁷¹⁹ Zu dieser Argumentation *Becher*, Rechtstellung des Gemeindevertreters, S. 53 ff.

⁷²⁰ § 107 Abs. 2 GeschOBT i.V.m. Anlage 6, Nr. 3 der Grundsätze in Immunitätsangelegenheiten.

⁷²¹ Art. 84 der Landesverfassung der Hansestadt Bremen.

⁷²² Zu diesem Gedanken *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 196 ff. und ferner *Ott*, Parlamentscharakter, S. 252 ff.

⁷²³ Nunmehr die §§ 135 und 172 der GeschO BayLT zu den Vorgängerregelungen noch *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 197 und *Ott*, Parlamentscharakter, S. 255 ff.

⁷²⁴ *Achterberg* AöR 109 (1984) 505, 521 bis 523.

Insgesamt wird die freie und uneigennützige Mandatswahrnehmung auf kommunaler Ebene durch das kommunale Mitwirkungsverbot mehr gesichert als beschränkt. Richtigerweise ist das Mitwirkungsverbot schon gar nicht als Einschränkung des kommunalen Mandats zu verstehen, sondern setzt gerade ein derartiges, ausschließlich am Gemeinwohl orientiertes freies Mandat, voraus. Damit ist das Mitwirkungsverbot lediglich als die immanente Grenze eines solchen freien kommunalen Mandats zu begreifen.⁷²⁶ Denn derjenige, der lediglich eigennützige Interessen verfolgt, bewegt sich nicht mehr in den Grenzen der freien und gemeinwohlorientierten Mandatsausübung. Letztlich konnte nachgewiesen werden, dass Mitwirkungsverbote auch dem parlamentarischen Betrieb nicht völlig fremd sind. Folglich spricht das kommunale Mitwirkungsverbot nicht gegen die Annahme eines freien Mandats auf kommunaler Ebene.⁷²⁷

d) Pflichten der Mandatsträger gegenüber der Volksvertretung

Des Weiteren wird angeführt, dass für kommunalen Mandatsträger auch außerhalb ihrer Tätigkeit in der kommunalen Volksvertretung weitergehenden Pflichten gelten als für Parlamentarier.⁷²⁸ Im Gegensatz zu Parlamentarier würden kommunale Mandatsträger umfassenden Anzeige- und Verschwiegenheitspflichten sowie einem Vertretungsverbot unterliegen.⁷²⁹

aa) Anzeigepflichten in Bezug auf Nebentätigkeiten und Honorare

Diesbezüglich müssen sich Parlamentarier aber neuestens weitaus strengeren Kontrollen unterziehen als kommunale Mandatsträger.⁷³⁰ Zurückgehend auf mehrere

⁷²⁵ *Knebel-Pfuhl*, Mitwirkungsverbot wegen Befangenheit für Parlamentarier ?, S. 179 ff., S. 236 mit Regelungsvorschlag ähnlich *Becher*, Rechtstellung des Gemeindevertreters, S. 53 ff. und 57.

⁷²⁶ Zu diesem Gedanken bereits *Badura*, Parlamentsrecht, § 15 Rn 44.

⁷²⁷ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 216 ff., 198 ff.; *Ott*, Parlamentscharakter, S. 259; *Budde*, Mitwirkungspflicht und Befangenheit, S. 238 ff. will Mitwirkungsverbote abschaffen.

⁷²⁸ *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 29, 33 bereits *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 71 ff., 79 ff. sowie *Becher*, Rechtsstellung des Gemeindevertreters, S. 60 ff. und 79 ff.

⁷²⁹ jüngst auch *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 29, 33 und LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 und als Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11. August 2004, Az: 835 Js 19/01 - 31/03 - VI - 26 KLs, veröffentlicht in Juris Rn 372 ff. im Langtext nunmehr auch BGHSt 51, 44, 53 bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

⁷³⁰ *von Arnim* NVwZ 2006, 249, 251 ff.

Skandale sehen die §§ 44a und 44b AbgG nunmehr weitreichende Anzeigepflichten gegenüber dem Bundestagspräsidenten vor.⁷³¹ Nach diesen detaillierten Verhaltensregeln sind die Abgeordneten zur umfassenden Offenlegung vormals und aktuell ausgeübter beruflicher (Neben-)Tätigkeiten verpflichtet.⁷³² Ferner müssen daraus erlangte Vergütungen und Honorare gegenüber dem Bundestagspräsidenten mitgeteilt werden.⁷³³ Diese Angaben hat der Bundestagspräsident sowohl im Amtlichen Handbuch des Bundestags als auch im Internet zu veröffentlichen.⁷³⁴ „Arbeitslose“ Zahlungen – also Honorare auf Grundlage von Beraterverträgen ohne konkrete Gegenleistung von Seiten des Abgeordneten - sind nunmehr ausdrücklich verboten und müssen vom Bundestagspräsidenten eingezogen werden.⁷³⁵ Die Verfassungsmäßigkeit all dieser Vorschriften zur Sicherung der Transparenz auf parlamentarischer Ebene ist vom Bundesverfassungsgericht jüngst bestätigt worden.⁷³⁶ Hingegen schreiben bislang nur wenige Kommunalverfassungen derartige Anzeigepflichten vor. In Nordrhein-Westfalen müssen die jeweiligen Ratsmitglieder nach § 43 Abs. 3 der GemO i.V.m. den zu erlassenden kommunalen Ehrenordnungen gegenüber dem Bürgermeister jährlich Angaben zu ihren persönlichen, beruflichen und wirtschaftlichen Verhältnissen machen. Diese Angaben können veröffentlicht werden.⁷³⁷ In Hessen sieht § 26a HessGemO eine Anzeigepflicht gegenüber dem Finanzausschuss vor.⁷³⁸ Im Übrigen finden sich lediglich in einigen Großstädten derartige kommunale Ehrenordnungen bzw. kommunale Ehrenkodexe.⁷³⁹

bb) Verschwiegenheitsverpflichtung und Aussagegenehmigung

Schon immer unterliegen kommunale Mandatsträger wegen dem spezifischen Treueverhältnis zur Kommune einer umfassenden Verschwiegenheitspflicht in Bezug

⁷³¹ Eine Darstellung der jüngsten Skandale sowie die Vorstellung der darauf ergangenen Neuregelungen bietet von *Arnim* NVwZ 2006, 249, 251 ff. sowie 253 ff.

⁷³² § 1 Abs. 1 der Anlage 1 zur GeschOBT.

⁷³³ § 1 Abs. 2 und 3 der Anlage 1 zur GeschOBT.

⁷³⁴ § 3 der Anlage 1 zur GeschOBT.

⁷³⁵ von *Arnim* NVwZ 2006, 249, 251 ff. unter Verweis auf § 44a Abs. 2 AbgG.

⁷³⁶ BVerfG, Urteil vom 4. Juli 2007, Az.: 2 BvE 1/06 u.a. = BVerfGE 118, 277 ff. = NVwZ 2007, 916 ff.

⁷³⁷ § 43 Abs. 3 Satz 3 NRWGemO.

⁷³⁸ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 262.

⁷³⁹ Hierzu noch ausführlich unten im 4. Kapitel unter B I.

auf die durch ihr Mandat bekannt gewordenen kommunalen Verhältnisse.⁷⁴⁰ Ferner bedürfen sie - vergleichbar mit sonstigen Bediensteten im öffentlichen Dienst - für Aussagen vor Gericht einer Aussagegenehmigung.⁷⁴¹ Insoweit wird dies als Indiz für die amtsähnliche Prägung des kommunalen Mandats gewertet.⁷⁴² In Bezug auf Bundestagsabgeordnete besteht jedoch seit 1994 eine vergleichbare Rechtslage.⁷⁴³ Nunmehr gilt auch für diese eine besondere Verschwiegenheitspflicht und sie bedürfen für gerichtliche Aussagen einer Aussagegenehmigung. Dies schreibt § 44d Abs. 1 und 2 AbgG ausdrücklich vor. Danach dürfen Bundestagsabgeordnete, auch nach Beendigung ihres Mandats, ohne Genehmigung weder vor Gericht noch außergerichtlich aussagen oder Erklärungen über Angelegenheiten abgeben, die auf Grund eines Gesetzes oder nach den Bestimmungen der Geschäftsordnung des Bundestags der Verschwiegenheit unterliegen. Neben ausdrücklich gesetzlich angeordneten Geheimhaltungspflichten⁷⁴⁴ bestimmt insbesondere die als Anlage 3 zur Geschäftsordnung des Bundestags erlassene Geheimschutzordnung des Deutschen Bundestags was zu den Verschlussachen (VS) gehört und definiert ihre Geheimhaltungsgrade. Die nach § 43d Abs. 2 AbgG erforderliche Aussagegenehmigung erteilt der Bundestagspräsident. Bemerkenswert ist, dass gegenwärtig eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht lediglich für Parlamentarier eindeutig nach § 353b Abs. 2 StGB strafbewehrt ist.⁷⁴⁵ Denn kommunale Mandatsträger lassen sich weder unter § 353b Abs. 1 StGB noch unter dessen Abs. 2 subsumieren.⁷⁴⁶ Zum einen ist gerade fraglich, ob sie Amtsträger sind. Deshalb kann § 353b Abs. 1 Nr. 1 StGB, der diese Amtsträgereigenschaft voraussetzt, nicht als Argument für oder gegen eine Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger

⁷⁴⁰ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 e, S. 193 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 572 ff. unter Verweis auf § 17 Abs. 2 BWGemO; Art. 20 BayGemO; § 27 BbgGemO; § 24 HessGemO; §§ 19 Abs. 4 und 27 Abs. 6 MVKV; § 25 NdsGemO; § 32 Abs. 1 NRWGemO; § 20 RPGemO; § 26 Abs. 3 SaarKSVG; § 19 Abs. 2 SächsGemO; § 30 Abs. 2 SachsAnGemO; § 21 SHGemO; § 12 Abs. 3 ThürKO ausführlich zur Verschwiegenheitspflicht *Düwel*, Amtsgeheimnis, S. 70 ff.

⁷⁴¹ Umfassend hierzu *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 216 ff.

⁷⁴² Bereits *Düwel*, Amtsgeheimnis, S. 70 ff.; *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 400 ff.; *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 79 ff. jüngst *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 29, 33.

⁷⁴³ 17. Gesetz zur Änderung des Abgeordnetengesetzes vom 4.11.1994 und zur rechtshistorischen Entwicklung *Lüttger* JZ 1969, 578 ff. insbesondere S. 580.

⁷⁴⁴ § 15 Abs. 2 des Gesetzes zu Art. 10 GG; § 10a Abs. 2 Satz 4 Bundeshaushaltsordnung; § 6 Abs. 4 BVerfGG und § 6 Abs. 2 RiWahlG.

⁷⁴⁵ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 260 ff. unter Verweis auf BVerfGE 67, 100, 135.

⁷⁴⁶ *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 353b Rn 10.

herangezogen werden.⁷⁴⁷ Ferner sind sie konsequenterweise auch nicht als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete zu betrachten,⁷⁴⁸ was für § 353b Abs. 1 Nr. 2 StGB nötig wäre. Offensichtlich stellen kommunale Mandatsträger auch keine Personen dar, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Personalvertretungsrecht wahrnehmen, was Voraussetzung für § 353b Abs. 1 Nr. 3 StGB wäre. Letztlich lassen sie sich nicht unter § 353b Abs. 2 StGB fassen, weil sie dort nicht aufgezählt werden und es darüber hinaus an einer förmlichen Verpflichtung unter Hinweis auf die Strafbarkeit der Verletzung der Geheimhaltungspflicht fehlt.⁷⁴⁹ Dieselbe Problematik existiert in Bezug auf die Verschwiegenheitspflicht nach § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Damit verbleibt im Falle einer Verletzung der Verschwiegenheits- bzw. Geheimhaltungspflicht durch kommunale Mandatsträger der kommunalen Volksvertretung lediglich die Möglichkeit ein Ordnungsgeld zu verhängen.⁷⁵⁰ Diese Sanktionendiskrepanz macht deutlich, dass ein Vergleich in Bezug auf die Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht nach heutiger Rechtslage sogar zugunsten der kommunalen Mandatsträger ausgeht.⁷⁵¹

cc) Kommunales Vertretungsverbot

Nach dem sog. Vertretungsverbot, welches wiederum in der Treuepflicht zur Gemeinde wurzelt, ist es kommunalen Mandatsträger untersagt Ansprüche und Interessen eines Dritten gegen die Kommune geltend zu machen.⁷⁵² Dieses Vertretungsverbot betrifft vor allem Rechtsanwälte, die zugleich kommunale Mandatsträger sind. Es hat den Zweck die Kommunalverwaltung von allen Einflüssen frei zu halten, die eine objektive, unparteiische und einwandfreie Führung der Gemeindegeschäfte gefährden könnte.⁷⁵³ Es soll ferner verhindern, dass kommunale

⁷⁴⁷ So BGHSt 51, 44 ff., 52, wo ferner auf § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB hingewiesen wird.

⁷⁴⁸ Hierzu noch ausführlich unten im 4. Kapitel unter A II.

⁷⁴⁹ *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 353b Rn 13 ff. und Rn 15.

⁷⁵⁰ Ausführlich *Spiegel*, *Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale*, S. 210 unter Verweis auf die einzelnen Ordnungsgeldtatbestände der Kommunalverfassungen.

⁷⁵¹ In dieser Richtung *Spiegel*, *Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale*, S. 209 ff., 213; *Ott*, *Parlamentscharakter*, S. 260 ff.; *Becher*, *Rechtsstellung des Gemeindevertreters*, S. 63 ff. zur rechtshistorischen Entwicklung *Lüttger JZ* 1969, 578 ff., 580.

⁷⁵² *Gern*, *Kommunalrecht*, Rn 574 unter Verweis auf § 17 Abs. 3 BWGemO; Art. 50 BayGemO; § 29 BbgGemO; § 26 HessGemO; § 26 MVKV; § 27 NdsGemO; § 32 NRWGemO; § 21 RPGemO; § 26 Abs. 2 SaarKSVG; § 19 Abs. 3 SächsGemO; § 30 Abs. 3 SachsAnGemO; § 23 SHGemO.

⁷⁵³ *Stober*, *Kommunalrecht*, § 15 II 3 d, S. 192 ausführlich *Schoch*, *Vertretungsverbot*, S. 20 ff.

Mandatsträger ihren politischen Einfluss in der kommunalen Volksvertretung zu Gunsten der von ihnen vertretenen Personen ausnutzen und ihre berufliche Tätigkeit in Widerstreit mit den von ihnen wahrzunehmenden öffentlichen Pflichten gerät.⁷⁵⁴ Neuerdings ist das Vertretungsverbot dahingehend relativiert worden, dass es nur dann gilt, wenn die vertretenen Ansprüche oder Interessen mit der Tätigkeit des kommunalen Mandatsträgers in Zusammenhang stehen. Dieses sog. eingeschränkte Vertretungsverbot trägt der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG hinreichend Rechnung.⁷⁵⁵

Interessanterweise finden sich aber auch in § 2 der Anlage 1 zur GeschOBT Regelungen in Bezug auf anwaltlich tätige Bundestagsabgeordnete. Zwar müssen diese die Mandatsübernahme als rechtlicher Interessenvertreter gegen die Bundesrepublik Deutschland dem Bundestagspräsidenten lediglich anzeigen. Jedoch gilt diese Anzeigepflicht ausdrücklich auch für den Fall, dass sie im Auftrag der Bundesrepublik deren rechtliche Interessen wahrnehmen.⁷⁵⁶ Ferner gelten diese Anzeigepflichten auch in Bezug auf die rechtliche Interessenwahrnehmung für oder gegen bundesunmittelbare Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts.⁷⁵⁷ Damit kann festgehalten werden, dass auch die als Rechtsanwältin tätigen Bundestagsabgeordneten zwar nicht einem Vertretungsverbot, jedoch einer umfassenden Anzeigepflicht unterliegen. Auch für Parlamentsabgeordnete ist es nunmehr nicht mehr möglich ohne weiteres für oder gegen die Bundesrepublik Deutschland rechtliche Interessen wahrzunehmen.⁷⁵⁸ Als entscheidend muss aber angesehen werden, dass das eingeschränkte Vertretungsverbot auf kommunaler Ebene nur der dort weitaus größeren Gefahr von Interessenkollisionen geschuldet ist. Allein dieser sachliche Gesichtspunkt lässt es vor Art. 12 Abs. 1 GG als verhältnismäßig bestehen. Keinesfalls kann daraus die Minderwertigkeit des kommunalen Mandats begründet werden.⁷⁵⁹ Im Gegenteil zeugt gerade die Existenz eines solchen eingeschränkten Vertretungsverbots von der

⁷⁵⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 574 unter Verweis auf BVerfGE 52, 42 und BVerwG NJW 1984, 377 sowie BVerwG NJW 1988, 1994.

⁷⁵⁵ BVerfGE 41, 231, 242; 52, 42, 54 ff. und BVerfGE 56, 99, 108 ff.

⁷⁵⁶ § 2 Abs. 1 und 2 der Anlage 1 zur GeschOBT.

⁷⁵⁷ § 2 Abs. 3 der Anlage 1 zur GeschOBT.

⁷⁵⁸ So auch schon *Ott*, Parlamentscharakter, S. 259 f.

⁷⁵⁹ in diese Richtung *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 213 ff. und 235.

großen Bedeutung und den Einflussmöglichkeiten die mit einem kommunalen Mandat verbunden sind.

3.) Sicherstellung der Mandatsausübung

Problematisch erscheint die Vergleichbarkeit von kommunalen Mandatsträgern und Parlamentsabgeordneten in punkto Immunität, Indemnität und Zeugnisverweigerungsrecht. Denn diese statussichernden Elemente existieren offensichtlich lediglich auf parlamentarischer Ebene. Es wird aber zu hinterfragen sein, inwieweit diesen überkommenen Statusrechten in der modernen parlamentarischen Demokratie noch eine substantielle Daseinsberechtigung zukommt. Sollte sich dabei herausstellen, dass ihre tatsächliche Bedeutung in der parlamentarischen Praxis zu vernachlässigen ist, dann können diese Statusunterschiede eine *funktionell-inhaltliche* Vergleichbarkeit beider Arten von Volksvertreter nicht mehr in Frage stellen. Vor allem deshalb, weil bezüglich der bislang untersuchten Merkmale eine weitgehende Vergleichbarkeit festgestellt werden konnte.

a) Immunität

Unter Immunität versteht man den dem Parlamentarier von Verfassungs wegen gewährten Schutz vor insbesondere strafrechtlicher Verfolgung sowie vor jedweder Beschränkung seiner persönlichen Freiheit.⁷⁶⁰ Auf Bundesebene gewährt Art. 46 Abs. 2 bis 4 GG den Mitgliedern des deutschen Bundestags Immunität.⁷⁶¹ Entsprechende Regelungen finden sich in allen Landesverfassungen.⁷⁶² Das Fehlen von Immunitätsvorschriften auf kommunaler Ebene wird als eines der Hauptargumente gegen eine Vergleichbarkeit von kommunalen Mandatsträgern mit Parlamentariern angeführt.⁷⁶³

⁷⁶⁰ Passim *Butzer*, Immunität im demokratischen Rechtsstaat, S. 125 ff.

⁷⁶¹ Das Verhältnis von § 36 StGB zu Art. 46 GG erörtert *Klein*, Parlamentsrecht, § 17 Rn 1 ff.

⁷⁶² *Klein*, Parlamentsrecht, § 17 Rn 1 ff.

⁷⁶³ Bereits *Becher*, Die Rechtstellung des Gemeindevertreters, S. 27 ff., 34; *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament?, S. 48 ff., 55 ff., 58; *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 379 f.; jüngst *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 und LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 und als Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11. August 2004, Az: 835 Js 19/01 - 31/03 - VI - 26 KLS, veröffentlicht in Juris Rn 372 im Langtext; zuletzt auch BGHSt 51, 44, 53 bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

Hiergegen muss eingewandt werden, dass der Immunität heutzutage nicht mehr die Bedeutung wie in der frühen Phase des Parlamentarismus zugesprochen werden kann:

Geschichtlich geht das Institut der Immunität auf die lange Tradition des englischen Parlamentarismus sowie auf die Französische Revolution zurück.⁷⁶⁴ Seinen vollen Bedeutungsgehalt konnte es aber nur zur Zeit des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert entfalten. Denn nach seinem theoretischen Zweck sollte es die Tätigkeit des Parlaments und seiner Mitglieder vor tendenziöser Einflussnahme seitens des Monarchen und der ihm unterstellten Regierung sicherstellen.⁷⁶⁵ Unter diesem Aspekt kam der Immunität eine wichtige Sicherungsfunktion zu. Es war nämlich nicht auszuschließen, dass die politische Arbeit der bürgerlichen Volksvertretung durch willkürliche Übergriffe der vom Monarchen kontrollierten Polizei und Justiz behindert oder gar unmöglich gemacht wird.⁷⁶⁶

Diese historisch überkommene Daseinsberechtigung muss jedoch mit dem gegenwärtigen Schrifttum zu Recht in Frage gestellt werden:⁷⁶⁷

Denn mit dem Ende der Monarchie und der Gründung der Weimarer Republik wurde in Deutschland ein parlamentarischer Paradigmenwechsel eingeleitet. Aus der konstitutionellen Monarchie wurde eine modifizierte präsidentiale Demokratie. Nach dem Schrecken des Dritten Reichs fand diese Entwicklung mit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland als parlamentarische Demokratie ihren Abschluss.⁷⁶⁸ Wesensmerkmal dieses parlamentarischen Regierungssystems ist aber die Abhängigkeit der Regierung - und damit der Exekutive - vom Vertrauen der

⁷⁶⁴ Ausführlich *Klein*, Parlamentsrecht, § 17 Rn 9 ff.; *Andriof*, Immunität der Abgeordneten, S. 4 ff.; *Butzer*, Immunität im demokratischen Rechtsstaat, S. 30, 38 ff. zuletzt BVerfGE 104, 310, 326.

⁷⁶⁵ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 222 f. jüngst BVerfGE 104, 310, 326.

⁷⁶⁶ So schon *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 41 ff.; *Butzer*, Immunität im demokratischen Rechtsstaat, S. 30 ff., 47 ff., 93 ff.; *Stern*, Staatsrecht I, § 24 II 2, S. 1061.

⁷⁶⁷ Bereits *Bockelmann*, Immunitätsrecht, S. 11 ff.; *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 41 ff.; *Andriof*, Immunität der Abgeordneten, S. 16 ff.; *Ahrens*, Immunität, S. 101 ff.; grundlegend *Beyer*, Immunität als Privileg, S. 80 ff. kritisch *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 46 Rn 25, 33; *Stern*, Staatsrecht I, § 24 II 2, S. 1061; *Schneider*, HVerfR, § 13 Rn 124 ff. und *Witt* Jura 2001, 585, 588.

⁷⁶⁸ Zu dieser historischen Entwicklung eingehend *Schneider*, HVerfR, § 13 Rn 27 ff.

Parlamente in Bund und Ländern.⁷⁶⁹ Damit ist die Gefahr einer einseitigen Störung der Volksvertretung durch die Exekutive nicht mehr virulent.⁷⁷⁰

Allerdings wird heute geltend gemacht, durch eine Behinderung der parlamentarischen Arbeit des einzelnen Abgeordneten, würden nicht nur die vom Volke festgelegten Mehrheitsverhältnisse verändert, sondern der den Strafverfolgungsmaßnahmen ausgesetzte Abgeordnete würde möglicherweise auch gehindert, seine Sachkompetenz, seine Erfahrungen, seine Überzeugungen und die Interessen seiner Wähler in die parlamentarische Arbeit einzubringen. Auch dadurch würde die parlamentarische Willensbildung, die auf einen Ausgleich sozialer Gegensätze ziele, beeinträchtigt.⁷⁷¹

Eine solche Argumentation bleibt jedoch im historisch überkommenen Sinn des Instituts der Immunität verhaftet.⁷⁷² Denn nicht nur die Exekutive, sondern auch die Strafverfolgungsorgane sind an Gesetz und Recht gebunden. Für zahlreiche grundrechtsrelevante Ermittlungseingriffe wie etwa Beschlagnahme, Überwachung der Telekommunikation und Hausdurchsuchung brauchen die Ermittlungsbehörden heute eine richterliche Genehmigung.⁷⁷³ Ebenso kann die Untersuchungshaft nach §§ 112 ff. StPO ausschließlich durch den Richter bei Vorliegen eines Haftgrunds sowie eines dringenden Tatverdachts angeordnet werden. Gegen all diese Maßnahmen steht dem betroffenen Abgeordneten wie jedem Bürger der Rechtsweg zu mindestens einer höheren Gerichtsinstanz offen.⁷⁷⁴ Dabei ist die persönliche und sachliche Unabhängigkeit der zur Entscheidung berufenen Richter stets in Art. 97 GG garantiert. Obendrein gelten für Parlamentsabgeordnete besondere Sicherungsvorkehrungen, wie z.B. Beschlagnahmeverbote.⁷⁷⁵ Des Weiteren muss bezweifelt werden, dass die Arbeit des Bundestags gefährdet ist, wenn eines seiner mindestens 598 Mitglieder strafrechtlich belangt wird.⁷⁷⁶ Zum einen wird für die Ausschussarbeit für jeden Abgeordneten ein Vertreter bestellt. Zum anderen stellt ein

⁷⁶⁹ Zum parlamentarischen Regierungssystem *Badura*, HStR II (3. Aufl.), § 25 Rn 10 ff.

⁷⁷⁰ *Bockelmann*, Immunitätsrecht, S. 11 sowie *Stern*, Staatsrecht I, § 24 II 2, S. 1061.

⁷⁷¹ Vgl. *Wurbs*, Immunität und Indemnität, S. 24 ff. bis 27 und jüngst BVerfGE 104, 310, 329.

⁷⁷² So die Argumentation von *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 224 f.

⁷⁷³ *Schlüchter*, Geerds-FS, 713, 723 und die Richtervorbehalte in §§ 100; 100d und § 105 StPO.

⁷⁷⁴ Bereits *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 41 ff. und *Witt* Jura 2001, 585, 588.

⁷⁷⁵ So das Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 3 und das Abhörverbot nach § 100c Abs. 6 StPO.

⁷⁷⁶ Zu dieser Argumentation *Ahrens*, Immunität, S. 101 unter Verweis auf § 1 Satz 1 BWahlG.

vollzähliges Plenum aufgrund auswärtiger Termine, Wahlkreisarbeit oder Krankheit einiger Abgeordneter sowieso die Ausnahme dar.⁷⁷⁷ Letztlich ist es mehr als fragwürdig, die vom Wahlvolk zusammengestellte Repräsentation im Bundestag über die Immunitätsvorschriften auch dann noch zu konservieren, wenn gegen einen Abgeordneten begründete strafrechtliche Verdachtsmomente bestehen.⁷⁷⁸

Weitergehend muss die Frage aufgeworfen werden, ob heutzutage die Immunitätsregelungen die Arbeit und den Ruf des Parlaments nicht mehr belasten als schützen.⁷⁷⁹ Denn sie werden von der Bevölkerung zunehmend als ungerechtfertigtes Privileg angesehen.⁷⁸⁰ Dies bringt das Parlament in ein Entscheidungsdilemma: Wird die Immunität eines Abgeordneten aufgehoben, so kommt dies vor allem wegen des von den Medien verursachten Aufsehens zu einer faktischen Vorverurteilung des Betroffenen durch die Öffentlichkeit.⁷⁸¹ Wird die Immunität eines Abgeordneten nicht aufgehoben, dann entsteht in der Öffentlichkeit der Eindruck von „Vertuschung“. Nicht zuletzt auf Grund der großen öffentlichen Kontrolle durch die Medien wurde bislang in der Parlamentspraxis stets die Immunität eines Abgeordneten aufgehoben.⁷⁸²

Dies erklärt auch, weshalb in Immunitätsfragen bereits seit der 5. Wahlperiode des Bundestags ein Vorzeichenwechsel festzustellen ist.⁷⁸³ Seitdem fasst der Bundestag zu Beginn einer jeden Wahlperiode einen Beschluss betreffend die Aufhebung der Immunität von Mitgliedern des Bundestags.⁷⁸⁴ Danach wird generell die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen Bundestagsmitglieder vorab genehmigt, soweit

⁷⁷⁷ Ahrens, Immunität, S. 101 und nun *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 224 f.

⁷⁷⁸ Ausführlich *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 226 f. unter Verweis auf *Wiefelspütz DVBI* 2002, 1229, 1231 ff.

⁷⁷⁹ So *Witt Jura* 2001, 585, 586 ff. und *Glauben DRiZ* 2003, 51 ff. 55.

⁷⁸⁰ Ausführlich *Beyer*, Immunität als Privileg, S. 80 ff. in diese Richtung auch *Lieber/Rautenberg DRiZ* 2003, 56 ff. und 59 ff. sowie *Schneider*, HVerfR, § 13 Rn 124 ff.

⁷⁸¹ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 228 verweist auf *Witt Jura* 2001, 585, 588.

⁷⁸² *Ott*, Parlamentscharakter, S. 271 mwN.

⁷⁸³ Darauf weisen ausdrücklich hin: *Witt Jura* 2001, 585, 586 ff.; *Glauben DRiZ* 2003, 51 ff. 55 und *Lieber/Rautenberg DRiZ* 2003, 56 ff., 59 ff.

⁷⁸⁴ *Stern*, Staatsrecht I, § 24 II 2, S. 1062; *Klein*, Parlamentsrecht, § 17 Rn 43 und *Schlüchter*, Geerds-FS, 713, 723.

es sich nicht um Beleidigungen politischen Charakters handelt.⁷⁸⁵ Zwar bleibt das Recht des Bundestags das Verfahren auf Grundlage von Art. 46 Abs. 4 GG auszusetzen unberührt. Ferner umfasst diese Genehmigung neben weiteren Ausnahmen nicht die Erhebung der öffentlichen Klage wegen einer Straftat und den Antrag auf Erlass eines Strafbefehls.⁷⁸⁶ Hierfür bedarf es eines weitergehenden Beschlusses. Jedoch belegt diese Umkehrung im Immunitätsverfahren, dass auch der Bundestag selbst der Immunität keine gesteigerte Bedeutung mehr zumisst. Zumal in den meisten Fällen über eine weitere Aufhebung der Immunität nicht mehr vom Plenum des Bundestags, sondern vom speziell hierfür gebildeten Ausschuss für Immunität und Geschäftsordnungsangelegenheiten entschieden wird.⁷⁸⁷ Noch weiter gehen die Landesverfassungen von Brandenburg und Hamburg.⁷⁸⁸ Hier sind grundsätzlich alle Strafverfolgungsmaßnahmen ohne Genehmigung des Landtags bzw. der Bürgerschaft möglich, solange bis die Aussetzung des Verfahrens von der Volksvertretung beschlossen wird.⁷⁸⁹ Damit wird die Bedeutung von Immunitätsfragen auch in der Parlamentspraxis deutlich relativiert. Im Übrigen sinkt die Zahl der zu treffenden Immunitätsentscheidungen stetig.⁷⁹⁰

Schließlich muss das Fehlen von Immunitätsregelungen auf kommunaler Ebene besonders vor dem historischen Hintergrund der kommunalen Selbstverwaltung gesehen werden. Auf kommunaler Ebene gab es nie einen Bedarf für besondere Schutzgewährleistungen. Denn die kommunale Selbstverwaltung wurde zu Beginn des 19. Jahrhunderts gerade durch die Stein'sche Reform des Städtewesens „von oben“ zur Restrukturierung des Preußischen Staatswesens neu belebt. Mit der Dezentralisation der Verwaltung sollte das Ziel erreicht werden, das bürgerliche Engagement enger mit dem Staat zu verbinden. Der Gegensatz zwischen Obrigkeit und Untertan sollte gemildert werden. Durch die selbstverantwortliche und ehrenamtliche Beteiligung der Bürgerschaft an der Verwaltung der Kommune sollten

⁷⁸⁵ Nr. 1 des Bundestagsbeschlusses betreffend die Aufhebung der Immunität seiner Mitglieder, veröffentlicht in der Anlage 6 der GeschOBT; zum Verfahren *Wiefelspütz* DVBI 2002, 1229, 1234 ff.

⁷⁸⁶ Nr. 2 a) ff. dieses Beschlusses; ausführlich *Wiefelspütz* DVBI 2002, 1229, 1234 ff.

⁷⁸⁷ § 107 GeschOBT i.V.m Nr. 13 der als Anlage 6 der GeschOBT veröffentlichten Grundsätze in Immunitätsangelegenheiten.

⁷⁸⁸ Art. 58 brandenburgische Verfassung und Art. 15 hamburgische Verfassung.

⁷⁸⁹ Hierzu *Lieber/Rautenberg* DRiZ 2003, 56, 57 ff. und 65.

⁷⁹⁰ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 271 siehe ferner die Statistik in *von Münch/Kunig*, Art. 46 Rn 40 im Anschluss an die Literaturangaben sowie eingehend *Wiefelspütz* DVBI 2002, 1229, 1235.

der Gemeinsinn sowie das politische Interesse des Einzelnen am Ganzen wieder geweckt werden.⁷⁹¹ Anders als die Beteiligung des Volkes an der Staatsverwaltung musste die Beteiligung der Einwohner an der Verwaltung ihrer Kommune nicht „von unten“ gegenüber dem Monarch erkämpft werden. Im Gegenteil war die monarchische Obrigkeit an einer aktiven Beteiligung von sachkundigen Einwohnern an der Verwaltung ihrer Gemeinden äußerst interessiert. All dies ließ besondere Vorschriften zum Schutz der Vertreter der Einwohnerschaft von Anfang an überflüssig werden. Anders als im Verhältnis Monarch und Parlament gab es folglich keinen Dualismus zwischen Monarch und Kommunen.

Damals wie heute sind Interessengegensätze und Konflikte mit der Regierung, die Anlass willkürlicher Verfolgungsmaßnahmen sein könnten, sowohl auf kommunaler als auch auf staatlicher Ebene höchst unwahrscheinlich. Daher ist eine einseitige Privilegierung der Parlamentarier gegenüber kommunalen Mandatsträgern nur schwer zu rechtfertigen.⁷⁹² Nach allem, was dem erschein, die überkommenen Immunitätsregelungen nicht mehr als ein „*parlamentsgeschichtlicher Anachronismus*“ zu sein.⁷⁹³ Zwar soll dessen Abschaffung im Rahmen dieser Untersuchung nicht gefordert werden.⁷⁹⁴ Jedoch kann das Institut der Immunität auf Grund seines massiven Bedeutungsschwunds einem umfassenden Vergleich von kommunalen Mandatsträgern mit Parlamentariern nicht im Wege stehen.⁷⁹⁵

b) Indemnität

Die Freistellung der Abgeordneten von der rechtlichen Verantwortung für ihre Äußerungen im Parlament ist bundesrechtlich in Art. 46 Abs. 1 GG garantiert.⁷⁹⁶

⁷⁹¹ Gern, Kommunalrecht, Rn 5 unter Verweis auf BVerfGE 11, 266, 274 sowie ausführlich Stober, Kommunalrecht § 1 I 1 a, S. 1 ff.

⁷⁹² Zu dieser Argumentation auch Nolte DVBl 2005, 870, 876 f. grundlegend Beyer, Immunität als Privileg, S. 80 ff.

⁷⁹³ So bereits Bockelmann, Immunitätsrecht, S. 11.; Beyer, Immunität als Privileg, S. 80 ff. sowie Schlüchter, Geerds-FS, 713, 723.

⁷⁹⁴ Mit dem Bundesverfassungsgericht lässt sich durchaus noch eine Daseinsberechtigung der Immunitätsregelungen vertreten vgl. BVerfGE 104, 310, 328.

⁷⁹⁵ So im Ergebnis auch Spiegel, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 228 f. und Ott, Parlamentscharakter, S. 269 und 272 f.

⁷⁹⁶ Klein, Status des Abgeordneten, HStR III (3. Aufl.), § 51 Rn 38 und Parlamentsrecht, § 17 Rn 1 ff.; ferner Wurbs, Immunität und Indemnität, S. 84 ff.; Härth, Rede- und Abstimmungsfreiheit, S. 77 ff.

Entsprechende Vorschriften finden sich auch in den Landesverfassungen.⁷⁹⁷ Hingegen existieren auf kommunaler Ebene keine Indemnitätsregelungen. Insbesondere ist Art. 51 Abs. 2 BayGemO keine derartige Regelung.⁷⁹⁸ Danach darf kein Mitglied des Gemeinderats zu irgendeiner Zeit *wegen seiner Abstimmung* gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Gemeinderats zur Verantwortung gezogen werden.⁷⁹⁹ Denn diese Regelung ist im Zusammenhang mit Art. 48 Abs. 1 Satz 2 BayGemO zu sehen, wonach sich kommunale Mandatsträger in Bayern bei einer Abstimmung nicht enthalten dürfen.⁸⁰⁰ Sie bezieht sich folglich ausschließlich auf die Abstimmung nicht aber auf die Redefreiheit und ist als bayerisches Spezifikum nicht verallgemeinerungsfähig.⁸⁰¹

Die Indemnität sieht sich gegenwärtig im Wesentlichen denselben Einwänden wie die Immunität ausgesetzt, so dass die hierzu dargelegten Argumente auch für die Indemnität gelten.⁸⁰² Insbesondere ist es fraglich, ob es heutzutage tatsächlich noch erforderlich ist – mit Ausnahme verleumderischer Beleidigungen - die Parlamentarier vor jeder zivil- und strafrechtlichen Verfolgung für Äußerungen im Parlament zu verschonen.⁸⁰³ So sprach bereits *Kelsen* im Jahre 1929 von einem unzeitgemäßen Privileg der Abgeordneten, weil die Indemnität auch dann gilt, wenn parlamentsfremde Dritte beleidigt werden.⁸⁰⁴ Ferner besteht eine rechtliche Ungleichbehandlung in Bezug auf Mitglieder der Bundesregierung, die nicht gleichzeitig dem Parlament angehören.⁸⁰⁵ Denn diese haben zwar dem Bundestag Rede und Antwort zu stehen, können sich aber im Falle einer hitzigen Diskussion nicht auf den Indemnitätsschutz berufen.⁸⁰⁶ Darüber hinaus darf bezweifelt werden,

⁷⁹⁷ Vgl. die Nachweise bei *Klein*, Parlamentsrecht, § 17 Rn 2 und ausführlich zu den einzelnen Landesverfassungen: *Härth*, Rede- und Abstimmungsfreiheit, S. 80 ff.

⁷⁹⁸ Ausführlich zu Art. 51 Abs. 2 BayGemO *Kuhn* BayVBl 1989, 169, 170 ff. und teils mit anderer Ansicht *Nettesheim* BayVBl 1989, 161, 163 ff.

⁷⁹⁹ *Kuhn* BayVBl 1989, 169, 170 ff.

⁸⁰⁰ Hierzu kritisch *Nettesheim* BayVBl 1989, 161, 163 ff.

⁸⁰¹ *Becher*, Rechtstellung des Gemeindevertreters, S. 32 ff.; *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 57; *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 382 f. ausführlich *Kuhn* BayVBl 1989, 169, 170 ff.

⁸⁰² So auch *Wurbs*, Regelungsprobleme der Immunität und der Indemnität, S. 87 ff.

⁸⁰³ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 229 f.

⁸⁰⁴ *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 42.

⁸⁰⁵ Hierzu *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 230.

⁸⁰⁶ *Stern*, Staatsrecht I, § 24 II 2 b, S. 1060 unter Verweis auf *BK-Magiera*, Art. 46 Rn 31 und OVG Münster DVBl 1967, 51, 55.

dass eine derart umfassende Indemnitätsregelung für den Schutz der parlamentarischen Arbeit erforderlich ist:

Zunächst ist nach § 194 StGB für alle Beleidigungstatbestände grundsätzlich ein Strafantrag als Prozessvoraussetzung erforderlich.⁸⁰⁷ Dieser steht aber im Ermessen des Angegriffenen. Soweit es sich hierbei ebenfalls um ein Parlamentsmitglied handelt, ist nicht auszuschließen, dass dieses aufgrund der besonderen Umstände der Debatte von einem Strafantrag absieht. In Bezug auf Abgeordnete ist darüber hinaus keine zusätzliche Antragsbefugnis der übergeordneten Stelle gem. § 194 Abs. 3 StGB eröffnet.⁸⁰⁸ Sofern sich der Betroffene doch zu einer Anzeige entschließen sollte, wird man unter materiellrechtlichen Gesichtspunkten im Rahmen einer hitzigen Debatte am Beleidigungsvorsatz des Redners zweifeln müssen.⁸⁰⁹ Jedenfalls wird der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen nach § 193 vorliegen.⁸¹⁰ Damit liefert bereits das einfache Recht einen hinreichenden Schutz vor Strafverfolgung.

Unabhängig von diesen strafrechtlichen Erwägungen wird sich ein Abgeordneter aber schon aus politischen Gründen in verbaler Mäßigung üben. Denn auch die Indemnität schützt ihn nicht davor, dass er wegen eines Redebeitrags oder einer Abstimmung im Parlament anderweitig sanktioniert wird. So können sich seine Anhänger und seine Partei von ihm distanzieren. Heftige Reaktionen in der Öffentlichkeit können für ihn den unfreiwilligen Rücktritt von einem Parteiamt oder gar den Ausschluss aus Fraktion und Partei zur Folge haben.⁸¹¹ Derartige Konsequenzen hat der Abgeordnete unabhängig vom Indemnitätsschutz zu tragen.⁸¹²

Die vorstehenden Erwägungen gelten gleichermaßen für die kommunale Ebene. Hier mag es zwar keine Indemnität geben. Jedoch können sich auch kommunale Mandatsträger auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen

⁸⁰⁷ *Tröndle/Fischer*, § 194 Rn 2.

⁸⁰⁸ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 230.

⁸⁰⁹ bereits *Becher*, Rechtsstellung des Gemeindevertreters, S. 33 f.; *Wurbs*, Regelungsprobleme der Immunität und der Indemnität, S. 93; jüngst *Ott*, Parlamentscharakter, S. 273.

⁸¹⁰ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 230; *Ott*, Parlamentscharakter, S. 272 f.

⁸¹¹ *Ott*, Parlamentscharakter, S. 272 und *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 230.

⁸¹² *Becher*, Rechtsstellung des Gemeindevertreters, S. 31.

nach § 193 StGB berufen, wenn man nicht schon den Beleidigungsvorsatz entfallen lassen möchte und soweit überhaupt ein Strafantrag gestellt wurde.⁸¹³ Weitergehend ist darauf hinzuweisen, dass kontroverse Diskussionen auf kommunaler Ebene eher eine Seltenheit sind. Die Arbeit der kommunalen Volksvertretungen zeichnet sich größtenteils durch sachliche Stellungnahmen aller Beteiligten aus.⁸¹⁴ Ins persönliche gehende Wortgefechte mit beleidigendem Inhalt werden hier aus guten Gründen vermieden. Dies deshalb, weil ein jeder kommunale Mandatsträger in Bezug auf eine andere Sachfrage auf das unvoreingenommene Urteil der jeweils anderen Mitglieder angewiesen ist. Ferner würden Dauerkontrahenten nicht nur in der kommunalen Volksvertretung, sondern auch bei zahlreichen anderen Anlässen ständig aufeinandertreffen. Schließlich zwingen die meist räumlich und personell überschaubaren kommunalen Gegebenheiten von sich heraus zu einem rücksichtsvollen Umgang miteinander.⁸¹⁵ Die oben beschriebenen sozialen Sanktionen, mit denen ein Volksvertreter unabhängig vom Indemnitätsschutz rechnen muss, wirken gerade auf kommunaler Ebene besonders nachhaltig.

Letztlich gab es auch aus historischen Gründen für Indemnitätsregelungen auf kommunaler Ebene keinen Bedarf.⁸¹⁶ Wie bereits oben zur Immunität erläutert, standen die kommunalen Volksvertretungen anders als die Parlamente nie in Opposition zur monarchischen Obrigkeit.⁸¹⁷ Vielmehr hat diese die kommunale Selbstverwaltung erst ermöglicht. Dagegen sollte die Indemnität den Parlamentsabgeordneten im Frühkonstitutionalismus eine freie Debatte ermöglichen ohne zugleich wegen „Majestätsbeleidigung“ mit Repressalien rechnen zu müssen.⁸¹⁸ Ferner sollte ihr Abstimmungsverhalten, falls es unmittelbar zu Lasten des Monarchen ging, nicht von diesem sanktioniert werden können.⁸¹⁹

⁸¹³ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 230; *Ott*, Parlamentscharakter, S. 272.

⁸¹⁴ *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 33 ff. und bereits *Gönnewein*, Gemeinderecht, S. 250.

⁸¹⁵ Zu dieser Argumentation *Nolte DVBI* 2005, 870, 876 f.; *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 33 ff.

⁸¹⁶ *Wurbs*, Regelungsprobleme der Immunität und der Indemnität, S. 84 ff.

⁸¹⁷ *Nolte DVBI* 2005, 870, 876 f.

⁸¹⁸ Vgl. *Hilgendorf*, Parlamentarische Redefreiheit in Deutschland, S. 1 ff.; *Härth*, Rede- und Abstimmungsfreiheit, S. 26 ff., 30 ff.; *BK-Magiera* Art. 46 Rn 6 ff., Rn 10 ff.

⁸¹⁹ *Hilgendorf*, Parlamentarische Redefreiheit in Deutschland, S. 30 ff. und 70 ff.

Nach allem kann auch dem Indemnitätsschutz nicht mehr eine derartige Bedeutung zugesprochen werden, die einen Vergleich von kommunalen Mandatsträgern mit Parlamentariern unmöglich machen würde.⁸²⁰

c) Zeugnisverweigerungsrecht

Art. 47 GG gewährt den Bundestagsabgeordneten ein verfassungsunmittelbares Zeugnisverweigerungsrecht in Bezug auf Personen und Tatsachen mit denen sie in ihrer Eigenschaft als Abgeordnete in Kontakt gekommen sind.⁸²¹ Entsprechende Regelungen finden sich in den Landesverfassungen.⁸²² Zusätzlich wird dieses umfassende Zeugnisverweigerungsrecht der Abgeordneten in den einzelnen Prozessordnungen einfachgesetzlich abgesichert.⁸²³ Teilweise wird angeführt, für kommunale Mandatsträger existiere überhaupt kein Zeugnisverweigerungsrecht.⁸²⁴ Eine derartige Behauptung ist aber zu pauschal und im Ergebnis unzutreffend. Zwar finden sich in den (Kommunal-)Verfassungen keine diesbezüglichen Vorschriften. Denn der Bund hat von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das gerichtliche Verfahren nach Art. 74 Nr. 1 GG abschließend Gebrauch gemacht.⁸²⁵ Jedoch lässt sich aus den Zeugnisverweigerungsgründen der einzelnen Prozessordnungen auch ein Zeugnisverweigerungsrecht für kommunale Mandatsträger herleiten.⁸²⁶

Für den Zivilprozess folgt dies aus § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO. Danach sind *Personen, denen kraft Amtes, Standes oder Gewerbe Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschriften geboten ist, in*

⁸²⁰ So auch *Ott*, Parlamentscharakter, S. 272 f.; *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 230 ff.; *Nolte DVBl* 2005, 870, 876 f. verweist auf *AK-Faber*, Art. 28 Abs. 1 II, Abs. 2 GG Rn 25.

⁸²¹ ausführlich *Schulte*, Zeugnisverweigerungsrecht und Verschwiegenheitspflicht, S. 5 ff.

⁸²² *Umbach/Clemens*, Art. 47 Rn 2.

⁸²³ z.B. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO; § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO und § 98 VwGO.

⁸²⁴ So aber *Rübenstahl HRRS* 2006, 23, 28 f. und *LG Krefeld NJW* 1994, 2036, 2037; *LG Köln NSTZ-RR* 2003, 364 und als Vorinstanz zu *BGHSt* 51, 44 *LG Wuppertal*, Urteil vom 11. August 2004, Az: 835 Js 19/01 - 31/03 - VI - 26 KLs, veröffentlicht in *Juris Rn* 372 im Langtext und zuletzt auch *BGHSt* 51, 44, 53 bestätigt durch *BGH wistra* 2006, 419, 420 = *NStZ* 2007, 36.

⁸²⁵ *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 84 ff.

⁸²⁶ So bereits *Eckardt*, Rechtstellung des Gemeinderats, S. 62 und ferner auch *Siebler*, Rechtstellung der Gemeindevertreter, S. 61 f. sowie S. 143.

Betreff der Tatsachen, auf welche sich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit bezieht, zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt.

Zunächst lassen sich kommunale Mandatsträger wie auch Parlamentarier unproblematisch unter den Wortlaut dieser Regelung subsumieren. Beide Arten von Volksvertreter unterliegen in Bezug auf vielfältige Sachverhalte tatsächlich kraft gesetzlicher Vorschriften oder Geschäftsordnung einer Geheimhaltungspflicht.⁸²⁷ Sie können sich daher prima facie auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO berufen. Dies bestreitet auch die Gegenmeinung nicht. Vielmehr macht sie aber den Unterscheid von kommunalen Mandatsträgern und Abgeordneten an § 385 Abs. 2 ZPO fest. Danach dürfen unter § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO fallende Personen das Zeugnis nicht mehr verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind. Eine solche Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht stelle für kommunale Mandatsträger die Erteilung einer Aussagegenehmigung nach § 376 Abs. 1 ZPO i.V.m den analog anzuwenden beamtenrechtlichen Vorschriften dar.⁸²⁸ Aber auch Bundestagsabgeordnete bedürfen nach § 376 Abs. 2 ZPO eine Aussagegenehmigung, die sie nach § 44d Abs. 2 und 3 AbgG vom Bundestagspräsident erhalten. Der wesentliche Unterschied zwischen Parlamentariern und kommunalen Mandatsträgern bestünde nun darin, dass letztere nach Erteilung der Aussagegenehmigung tatsächlich Aussagen müssten. Hingegen könnte sich ein Parlamentarier unabhängig von einer Aussagegenehmigung auf sein verfassungsrechtliches Zeugnisverweigerungsrecht berufen.⁸²⁹ Denn dieses umfassende und verfassungsunmittelbar gewährte Zeugnisverweigerungsrecht gehe einer einfach gesetzlich statuierten prozessualen Aussageverpflichtung nach § 385 Abs. 2 i.V. m § 376 Abs. 2 ZPO und § 44d AbgG vor.⁸³⁰

Nach diesem gesetzlichen Regelungsmodus besteht zunächst auch für kommunale Mandatsträger ein Zeugnisverweigerungsrecht. Es entfällt erst mit Erteilung der Aussagegenehmigung durch den Bürgermeister bzw. durch die kommunale Volksvertretung.

⁸²⁷ Hierzu bereits ausführlich oben unter 2 d bb.

⁸²⁸ Oben bereits unter 2 d bb, sowie *Ott*, Parlamentscharakter, S. 273 f. und jüngst ausführlich *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 216 ff.

⁸²⁹ So vor allem *Becher*, Rechtstellung des Gemeindevertreters, S. 60 ff. und 64 ff.

⁸³⁰ *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 84 ff. und 89 ff. zu einer ausführlichen Darstellung dieser nunmehr veralteten Argumentation: *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 216 ff.

Entscheidend ist aber nunmehr, dass diese Aussagegenehmigung sich ausschließlich auf diejenigen Kenntnisse beziehen kann, die der kommunale Mandatsträger *innerhalb* seiner Tätigkeit in der kommunalen Volksvertretung (also volksvertretungsintern) erlangt hat. Hiervon nicht umfasst sind diejenigen Sachverhalte und Anliegen, die dem kommunalen Mandatsträger von *außen* durch andere Bürgern (also volksvertretungsextern) im besonderen Vertrauen auf seine Stellung als Volksvertreter herangetragen werden.⁸³¹ Denn diese Tatsachen unterliegen gerade nicht der Geheimhaltungspflicht und der Amtsverschwiegenheit gegenüber der Kommune. Jedoch können diese volksvertretungsextern erlangten Kenntnisse gleichwohl ebenfalls unter § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO subsumiert werden. Zum einen werden auch sie dem kommunalen Mandatsträger in diesem Sinne „anvertraut“. Ferner ist deren Geheimhaltung durch ihre Natur geboten. Denn brisante Informationen werden dem kommunalen Mandatsträger von den Bürgern nur dann weitergeben, wenn dieser sich im Gegenzug zur Verschwiegenheit verpflichtet. Auch die Erteilung einer Aussagegenehmigung ändert in Bezug auf volksvertretungsexterne Kenntnisse nichts an dem diesbezüglich bestehenden Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO. Insoweit ist schon keine Aussagegenehmigung nach § 376 Abs. 1 ZPO erforderlich. Denn anders als volksvertretungsintern erlangte Kenntnisse unterliegen Aussagen über volksvertretungsextern erlangte Kenntnisse nicht der Verschwiegenheitspflichtung. Sie stehen daher nicht im Wege der Aussagegenehmigung nach § 376 Abs. 1 ZPO zur Disposition des Bürgermeisters oder der kommunalen Volksvertretung. Eine spezielle Aussagegenehmigung in Bezug auf diese volksvertretungsextern erlangten Kenntnisse ist bereits im Ansatz nicht möglich.⁸³² Gemäß § 98 VwGO gelten die zivilprozessualen Vorschriften über den Zeugenbeweis auch für den Verwaltungsprozess. In der Strafprozessordnung fehlt allerdings eine dem § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO entsprechende Regelung über das Zeugnisverweigerungsrecht. Für kommunale Mandatsträger wird hier aber überwiegend eine analoge Anwendung

⁸³¹ *Siebler*, Rechtstellung der Gemeindevertreter, S. 61 f. und 143 ausdrücklich auch *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 218 ff.

⁸³² *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 219 unter Verweis auf *Siebler*, Rechtstellung der Gemeindevertreter, S. 61 f., 143 sowie *Eckardt*, Rechtstellung des Gemeinderats, S. 61, 143.

des für Bundes- und Landtagsabgeordnete einschlägigen § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO befürwortet.⁸³³

Damit steht dem kommunalen Mandatsträger wie dem Parlamentsabgeordneten in Bezug auf volksvertretungsextern erlangte Informationen auch ein Zeugnisverweigerungsrecht im Verwaltungsgerichtsverfahren und im Strafprozess zu. Was diese Informationen abgesehen, entspricht das Zeugnisverweigerungsrecht der kommunalen Mandatsträger auf einfachgesetzlicher Ebene dem der Abgeordneten aus Art. 47 Satz 1 GG.⁸³⁴

Diese Differenzierung zwischen volksvertretungsintern und volksvertretungsextern erlangten Kenntnissen wird besonders einleuchtend, wenn man sich den historischen Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts des Abgeordneten vor Augen führt. Wie alle anerkannten Zeugnisverweigerungsrechte soll es ein bestimmtes Vertrauensverhältnis des Zeugnisverweigerungsberechtigten mit einer Dritten Person schützen.⁸³⁵ Das verfassungsrechtlich garantierte Zeugnisverweigerungsrecht dient daher der Sicherstellung einer vertrauensvollen Kommunikation des Abgeordneten mit den Bürgern.⁸³⁶ Insbesondere zur Wahrnehmung seiner Überwachungs-, Kontroll- und Gesetzgebungsfunktion ist der Abgeordnete auf vertrauliche Hinweise von Bürgern, Journalisten und öffentlichen Multiplikatoren angewiesen.⁸³⁷ Diese können sich darauf verlassen, dass die ihnen vom Abgeordneten zugesicherte Vertraulichkeit auch rechtlich abgesichert ist. Von diesem historischen Zweck des parlamentarischen Zeugnisverweigerungsrechts kann jedoch nicht die Geheimhaltung von volksvertretungsinternen Sachverhalten oder Staats-

⁸³³ So auch *Ott*, Parlamentscharakter, S. 274 und *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 219 beide unter Verweis auf *Siebler*, Rechtstellung der Gemeindevertreter, S. 61 f. und 143 sowie *Eckardt*, Rechtstellung des Gemeinderats, S. 62.

⁸³⁴ *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 218 ff. und *Wurzel*, Gemeinderat als Parlament ?, S. 91 f. je unter Verweis auf *Siebler*, Rechtstellung der Gemeindevertreter, S. 61 f. und 143 sowie *Eckardt*, Rechtstellung des Gemeinderats, S. 61.

⁸³⁵ *Umbach/Clemens*, Art. 47 Rn 9 sowie *Schulte*, Zeugnisverweigerungsrecht und Verschwiegenheitspflicht des Abgeordneten des Deutschen Bundestages, S. 90 ff.

⁸³⁶ Auch *Sachs*, Art. 47 Rn 1 ff.; *Dreier*, Art. 47 Rn 4 ff.; *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 47 Rn 2 ff. sowie *Badura*, Parlamentsrecht, § 15 Rn 61 ff.

⁸³⁷ Umfassend hierzu *Groß StV* 1996, 559, 560 ff.

geheimnissen erfasst sein.⁸³⁸ Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass für diesen Schutzzweck zahlreiche andere Strafvorschriften existieren.⁸³⁹ Genau dieser historische Zweck greift auch für die Bestimmung des Umfangs des Zeugnisverweigerungsrechts eines kommunalen Mandatsträgers Platz.

Stellt man maßgeblich auf den Sinn und Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts ab, der in der Absicherung der Vertraulichkeit zwischen Bürger und Volksvertreter zu sehen ist, dann lässt sich ein Gleichlauf der Zeugnisverweigerungsrechte von kommunalen Mandatsträgern und Parlamentariern nachweisen. Demnach ist es unerheblich, dass das parlamentarische Zeugnisverweigerungsrecht dem Abgeordneten bezüglich geheimhaltungsbedürftiger volksvertretungsinterner Sachverhalte ein weitergehendes Zeugnisverweigerungsrecht zugesteht.⁸⁴⁰ Denn angesichts der äußerst seltenen Fälle, in denen Volksvertreter in der Praxis überhaupt als Zeugen in einem Prozess in Betracht kommen, ist dieser Unterschied für die hier zu untersuchende Vergleichbarkeit kommunaler Mandatsträger mit Abgeordneten zu vernachlässigen.⁸⁴¹ Als entscheidend muss nämlich der Gleichlauf in Bezug auf die unmittelbar von den Bürgern also volksvertretungsextern erlangten Informationen angesehen werden.

4.) Unfreiwilliger Verlust des Mandats ?

Auf Bundesebene verliert der Abgeordnete sein Mandat grundsätzlich erst mit Ablauf der Wahlperiode und Zusammentritt des neuen Bundestags, soweit er nicht wiedergewählt wurde. Die unfreiwillige Entziehung des Mandats während der Legislaturperiode ist nur in äußersten Ausnahmefällen möglich.⁸⁴² So vor allem wenn die Wählbarkeitsvoraussetzungen entfallen sind oder die Partei, der der Abgeordnete angehört vom Bundesverfassungsgericht verboten wurde.⁸⁴³ Ansonsten gibt es auf

⁸³⁸ So *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 214 f.; *Schulte*, Zeugnisverweigerungsrecht und Verschwiegenheitspflicht, S. 90 ff. sowie *Umbach/Clemens*, Art. 47 GG Rn 9.

⁸³⁹ Vgl. die Strafvorschriften zum Schutz von Staatsgeheimnissen nach §§ 93 ff. StGB, die Verletzung von Privatgeheimnissen nach § 203 Abs. 2 StGB, die Verletzung eines Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht nach § 353b Abs. 2 StGB jeweils durch Abgeordnete.

⁸⁴⁰ Hierauf weist *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 219 f. hin.

⁸⁴¹ In dieser Richtung auch *Nolte* DVBl 2005, 870, 878 f.

⁸⁴² Vgl. die Tatbestände in § 46 Abs. 1 BWahlG.

⁸⁴³ *Klein*, HStR III (3. Aufl.), § 51 Rn 19 ff.

Bundesebene auch im Falle von unzuverlässiger, ja gar missbräuchlicher Mandatsausübung keine Möglichkeit einem Abgeordneten gegen seinen Willen das Mandat abzuerkennen.⁸⁴⁴ Einige Landesverfassungen räumen dem Parlament für den Fall, dass ein Abgeordneter sein Mandat gewinnsüchtig missbraucht, die Befugnis zur Abgeordnetenanklage vor dem Landesverfassungsgericht mit dem Ziel der Mandatsaberkennung ein.⁸⁴⁵ In Bremen und Hamburg kann ein Abgeordneter, der sein Amt ausnutzt, um sich oder anderen persönliche Vorteile zu verschaffen, durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss der Bürgerschaft aus dieser ausgeschlossen werden.⁸⁴⁶

Der kommunale Mandatsträger ist hingegen sogar im Falle eines Missbrauchs seiner Mandatsstellung genauso vor einer unfreiwilligen Mandatsaberkennung geschützt wie ein Bundestags oder Landtagsabgeordneter. Folglich kann auch auf kommunaler Ebene das Mandat des kommunalen Mandatsträgers nur dann gegen dessen Willen entzogen werden, wenn die Wählbarkeitsvoraussetzungen entfallen sind.⁸⁴⁷ So tritt im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten wegen Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB, automatisch bei beiden Arten von Volksvertretern der Verlust der Mandatsstellung nach § 108e Abs. 2 StGB i.V.m. § 45 Abs. 2 und 4 StGB ein.⁸⁴⁸

5.) Ergebnis

Was die Rechte und Pflichten der kommunalen Mandatsträger sowohl in der Volksvertretung als auch gegenüber der Volksvertretung angeht, sind sie umfassend mit denen von Abgeordneten vergleichbar. Soweit dies bezüglich einzelner Staturelemente nicht oder nur eingeschränkt der Fall ist, lässt sich dies mit dem

⁸⁴⁴ *Badura*, Parlamentsrecht, § 15 Rn 29 ff.

⁸⁴⁵ *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 92 verweist auf Art. 42 Abs. 1 BWVerf; Art. 61 Abs. 3 BayVerf; Art. 61 Abs. 1 BbgVerf; Art. 17 Abs. 1 NdsVerf; Art. 85 Abs. 1 SaarVerf und aus historischer Sicht *Kühne*, Abgeordnetenbestechung, S. 55 ff.

⁸⁴⁶ *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 92 ff.; *Kühne*, Abgeordnetenbestechung, S. 69 ff. je unter Verweis auf Art. 85 Abs. 1 Bremer Verfassung und Art. 13 Abs. 2 Hamburger Verfassung.

⁸⁴⁷ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 351 verweist auf § 31 BWGemO; Art. 19 BayGemO; § 23 HessGemO; § 19 Abs. 3 MVKV; § 24 NdsGemO; § 29 NRWGemO; §§ 19 und 31 RPKGemO; § 25 SaarKSVG; § 34 SächsGemO; § 41 Abs. 1 SachsAnGemO; § 33 Abs. 2 SHGemO; § 12 Abs. 2 ThürKO.

örtlichen Bezug der Tätigkeit des kommunalen Mandatsträgers erklären, der diese Elemente entweder entbehrlich werden lässt oder gerade erfordert. So sind finanzielle Entschädigungen im Umfang von Abgeordnetendiäten auf kommunaler Ebene allein wegen des geringeren zeitlichen Aufwands verzichtbar. Die Tätigkeit als kommunaler Mandatsträger ist gerade kein „full-time-job“, der eine Vollalimentation erfordert. Allerdings lässt sich mit *Heuvels* zur Wahrung der formalen Gleichheit des *passiven* Wahlrechts vor allem in Großstädten eine Notwendigkeit der „Teilalimentation“ begründen.⁸⁴⁹ In Bezug auf Anwesenheitspflicht und daraus folgender Mitwirkungspflicht sind beide Arten von Volksvertreter unproblematisch miteinander zu vergleichen. Was das ausschließlich auf kommunaler Ebene existierende Mitwirkungsverbot angeht, so ist dieses hier wiederum dem Umstand der engeren sachlichen und personellen Verknüpfung von Entscheidern und Entscheidungsbetroffenen geschuldet. Zudem wird es *de lege ferenda* auch in Bezug auf Parlamentarier vehement eingefordert. Des Weiteren konnte dargelegt werden, dass nach dem reformierten Abgeordnetenrecht in Bezug auf die angeblichen amtsähnlichen Elemente wie Verschwiegenheitsverpflichtung und dem Erfordernis einer Aussagegenehmigung für beide Volksvertreter ähnliche Maßstäbe gelten. Was Anzeigepflichten von Nebentätigkeiten und Honoraren anbelangt, sind Abgeordnete zu Recht sogar strengeren Regelungen unterworfen. Schließlich kann auf beiden Ebenen ein gleichwertiges Schutzniveau sowohl bezüglich der Kandidatur als auch der ungehinderten Ausübung des Mandats festgestellt werden. Heutzutage kann insbesondere die Frage der Immunität und der Indemnität gerade für kommunale Mandatsträger nicht mehr die Bedeutung zukommen, die sie in der frühen Phase des Parlamentarismus für die Abgeordneten hatte.⁸⁵⁰ Schließlich kann bereits *de lege lata* auch für kommunale Mandatsträger in Bezug auf volksvertretungsextern erlangte Kenntnisse ein Zeugnisverweigerungsrecht begründet werden. Letztlich kann beiden Arten von Volksvertretern das einmal errungene Mandat – abgesehen vom freiwilligen Verzicht – grundsätzlich nur durch das Wahlvolk in Form von Ab- bzw. Nichtwahl entzogen werden.

⁸⁴⁸ Hierzu *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 48 ff; *Schaller*, Abgeordnetenbestechung, S. 153; ausführlich *Epp*, Abgeordnetenbestechung, S. 461 ff. und 465 ff.

⁸⁴⁹ *Heuvels*, Diäten für Ratsmitglieder ?, S. 55 ff. und 270 ff.

⁸⁵⁰ Im Ergebnis ebenso *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 231.

Nach allem besteht in keinem der untersuchten Vergleichspunkte ein offener und unüberwindbarer statusrechtlicher Unterschied zwischen kommunalen Mandatsträgern und Parlamentariern. Soweit graduelle Verschiedenheiten festzustellen sind, lassen sich diese mit der örtlichen Verwurzelung des kommunalen Mandats begründen und beziehen sich lediglich auf den formal unterschiedlichen Status der beiden Arten von Volksvertretern. In Bezug auf ihre *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnisse unterscheiden sich hingegen beide Gruppen von Volksvertretern kaum voneinander. Damit können sowohl Parlamentsabgeordnete als auch kommunale Mandatsträger als Inhaber eines vollwertigen freien Mandats angesehen werden.⁸⁵¹

III. Argumentation aus der Existenz von § 108e StGB

Vorstehend konnte eine umfassende *funktionell-inhaltliche* Vergleichbarkeit zwischen kommunalen Mandatsträgern und Abgeordneten nachgewiesen werden. Fraglich ist nun, inwieweit sich das hier entwickelte Differenzierungskriterium der unmittelbaren demokratischen Legitimation noch mit originär strafrechtssystematischen Auslegungsargumenten absichern lässt. Hierzu wird zunächst das Konkurrenzverhältnis von § 108e StGB zu den §§ 331 ff. StGB zu beleuchten sein. Würde man nämlich die Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger einmal unterstellen, dann wären diese potentielle Täter der Amtsdelikte des 30. Abschnitts des StGB. Insbesondere wäre dann für kommunale Mandatsträger der Anwendungsbereich der Korruptionstatbestände nach §§ 331 ff. StGB eröffnet. Gleichzeitig wären sie unter § 108e StGB zu subsumieren, wo sie als Volksvertreter der Kommunen ausdrücklich genannt werden. Anders herum gewendet, müssen sich aus der Existenz von § 108e StGB Argumente für oder gegen eine Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger finden lassen. Wenn in der Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB ausdrückliche auch die kommunalen Mandatsträger Erwähnung finden, dann könnte dies Bedeutung in Bezug auf die Auslegung von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB haben. Denn § 108e StGB kann zu den §§

⁸⁵¹ aus dem kommunalrechtlichen Schrifttum ebenso *Gern*, Kommunalrecht, Rn 350; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b, S. 185 ff., der von einem freien Mandat kommunalrechtlicher Prägung spricht; *Ericksen*, Kommunalrecht, S. 97 ff., der den Rat zwar als Volksvertretung nicht aber als Parlament ansieht; ebenfalls von einem parlamentsähnlichen freien Mandat spricht *Waechter*, Kommunalrecht Rn 336 ff. zur Rechtslage in Bayern vgl. *Bauer/Böhle/Ecker*, Art. 31 Rn 3.

331 ff. StGB in Bezug auf kommunale Mandatsträger theoretisch in drei unterschiedlichen Anwendungskonstellationen stehen:

1.) §§ 331 ff. haben Vorrang vor § 108e StGB, der im Ergebnis bedeutungslos ist.⁸⁵²

2.) §§ 331 ff. und § 108e StGB stehen gleichrangig nebeneinander.

Welcher Norm jedoch konkret der Anwendungsvorrang gebührt, hängt davon ab, ob der kommunale Mandatsträger im Einzelfall abstrakt-generell rechtsetzend tätig wird oder eine konkret-individuelle Verwaltungsentscheidung trifft.⁸⁵³

3.) § 108e hat Vorrang vor § 331 ff. StGB

Auf Grund der Existenz von § 108e StGB ist die Annahme einer Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger insgesamt unhaltbar.⁸⁵⁴

Um hier eine Antwort zu finden, sollen die einzelnen Konstellationen unter Berücksichtigung der bislang gewonnenen Ergebnisse und den anerkannten (straf-) rechtlichen Auslegungsregeln bewertet werden:

1.) Anwendungsvorrang der §§ 331 ff. StGB vor § 108e StGB ?

Insbesondere *Epp* plädiert für eine generelle Verdrängung des § 108e StGB durch die §§ 331 ff. StGB und betrachtet § 108e StGB in Bezug auf kommunale Mandatsträger ausdrücklich als überflüssig.⁸⁵⁵

Dieser Lösung kann nicht gefolgt werden. Denn zur Beantwortung der Frage des Konkurrenzverhältnisses der beiden Normen setzt *Epp* zum einen ungeprüft die Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger nach § 11 Abs. Nr. 2 c) StGB

⁸⁵² *Epp*, Abgeordnetenbestechung, S. 384 ff., 387 f. und 391 ff.

⁸⁵³ Vgl. statt aller nur *Tröndle/Fischer* (53. Aufl.), § 11 Rn 23 und § 108e Rn 5; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 23 und § 108e Rn 6 ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 675 ff.; *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 32; *Schaller*, Abgeordnetenbestechung, S. 48 ff., 149 alle mwN.

⁸⁵⁴ So die hier vertretene Auffassung ähnlich nun mehr auch BGHSt 51, 44, 56 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NSZ 2007, 36.

⁸⁵⁵ *Epp*, Abgeordnetenbestechung, S. 391 f. ihr folgend MüKo-Müller, § 108e Rn 14 ähnlich *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 ff. unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien.

voraus. Zur Begründung verweist sie schlicht auf die überkommene Zurechnung der kommunalen Selbstverwaltung und ihrer Mitglieder zur Exekutive, wobei es auch im Fall der örtlichen Rechtsetzung verbleibe.⁸⁵⁶ Die vorliegende Arbeit möchte aber gerade die vorrangige Frage der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger klären. Zum anderen ignoriert *Epp* völlig den Wortlaut von § 108e StGB. Dieser statuiert expressis verbis die Strafbarkeit des Stimmkaufs auch für Volksvertreter in den Kommunen. Dem Gesetzgeber kann schlicht nicht unterstellt werden, dass er die kommunalen Mandatsträger in § 108e StGB erwähnt hätte, wenn er der festen Überzeugung gewesen wäre, dass eine umfassende Sanktionierung auf Grund ihrer Amtsträgereigenschaft bereits über die §§ 331 ff. StGB gewährleistet ist. Würde es daher dem Willen des historischen Gesetzgeber entsprechen, dass kommunale Mandatsträger bereits Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB wären, dann hätte er sie in § 108e StGB nicht ausdrücklich einbezogen.⁸⁵⁷

2.) Konkurrenz von § 108e StGB und den §§ 331 ff. StGB ?

Nach der bislang h.M. im Schrifttum ist ausschließlich der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB anwendbar, wenn der kommunale Mandatsträger im Rahmen der Satzungsgebung abstrakt generell rechtsetzend tätig wird. Eine Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB und damit der Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB soll nur dann eröffnet sein, wenn der kommunale Mandatsträger im Einzelfall eine konkret individuelle Verwaltungsentscheidung trifft.⁸⁵⁸

So einleuchtend eine derartige Auflösung des Konkurrenzverhältnisses beider Normen auf den ersten Blick erscheinen mag, umso unbefriedigender erweisen sich ihre Konsequenzen für die praktische Rechtsanwendung im Strafverfahren:

⁸⁵⁶ *Epp*, Abgeordnetenbestechung, S. 384 ff. und 387 f. ihr folgend *MüKo-Müller*, § 108e Rn 14 ähnlich *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 ff., der auf die Gesetzesmaterialien verweist.

⁸⁵⁷ So auch *Marel* StrFo 2003, 259, 261; *Dahs/Müssig* NSTZ 2006, 191, 194 ff. zuletzt auch BGHSt 51, 44, 55 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NSTZ 2007, 36.

⁸⁵⁸ Hierzu statt aller nur *Tröndle/Fischer* (53. Aufl.), § 11 Rn 23 und § 108e Rn 5; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 23 und § 108e Rn 6 ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 675 ff.; *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 32; *Schaller*, Abgeordnetenbestechung, S. 48 ff., 149; *Überhofen*, Korruption, 201 f. alle Autoren mwN.

Da nach dieser Auffassung § 108e StGB und die §§ 331 ff. StGB grundsätzlich nebeneinander anwendbar sind, muss im Strafverfahren stets eine Abgrenzung vorgenommen werden, ob das Bestechungsgeld nun für die politisch-legislative Tätigkeit oder für eine sonstige (verwaltende) Tätigkeit in der kommunalen Volksvertretung gezahlt wurde.⁸⁵⁹ Eine solche Sachverhaltsaufklärung wird aber fast nie möglich sein. Zum einen gibt es bei den Bestechungsdelikten der §§ 331 ff. StGB und der Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB keine „Opferpersönlichkeit“, womit ein Opfer als Zeuge zur Sachverhaltsaufklärung stets ausscheidet.⁸⁶⁰ Zum anderen ist es den §§ 331 ff. StGB bzw. 108e StGB immanent, dass sich sowohl der Zuwendende als auch der Empfänger des Vorteils strafbar machen.⁸⁶¹ Deshalb werden beide Partner darauf bedacht sein, dass sowohl ihre Abmachung als auch die Transaktion des Vorteils weder potentielle Zeugen noch sonstige Spuren hervorbringt.⁸⁶² Wegen der beiderseitigen Strafbarkeit wird auch wechselseitig ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO bestehen. Wird von diesem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, wird meist eine weitere Sachverhaltsaufklärung nicht möglich sein. Im Gegenzug wird der gut beratene Angeklagte stets von seinem Schweigerecht Gebrauch machen. Wenn nicht bereits bei dieser Sachlage ein Freispruch aus tatsächlichen Gründen erfolgen muss, so läuft die differenzierende Lösung in den meisten Fällen von vornherein auf die Prüfung einer wahldeutigen Verurteilung hinaus. Denn entweder war die Zuwendung für den Erlass einer (Bau-)Satzung oder für einen konkreten Zuschlag im Rahmen einer Vergabeentscheidung (nach dieser Ansicht eine Verwaltungsentscheidung) gedacht.⁸⁶³ Kann hier – wovon wie oben beschrieben auszugehen ist - keine weitere und eindeutige Aufklärung erfolgen, so sind die Voraussetzungen einer wahldeutigen Verurteilung aufgrund alternativer Tatsachengrundlage zu prüfen. Für eine solche ist aber nach der Rechtsprechung eine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit zwischen den §§ 331 ff. und § 108e StGB zu begründen.⁸⁶⁴ Mit der

⁸⁵⁹ Zu dieser Problematik *Bernsmann* StV 2003, 521, 525; *Epp*, Abgeordnetenbestechung, S. 387 f.; *Heisz*, Abgeordnetenbestechung, S. 43 ff. bereits *Dölling*, Gutachten C, S. 84.

⁸⁶⁰ Zu diesem Gedanken *Kerner/Rixen* GA 143 (1996) 355, 365.

⁸⁶¹ Vgl. zu dieser Argumentation auch *von Arnim* NVwZ 2006, 249, 252 ff. bereits *Vahlenkamp/Knauß*, Korruption – hinnehmen oder handeln ?, Teil 2, Nr. 2.5 (1), S. 294.

⁸⁶² Zur Nachweisproblematik *Hartmann* DVBl 1964, 615, 617; bei § 108e StGB auch *Schaller*, Abgeordnetenbestechung, S. 90 ff. jüngst *von Arnim* NVwZ 2006, 249, 252 ff.

⁸⁶³ Diese Problematik erkennt auch *Epp*, Abgeordnetenbestechung, S. 387 f.

⁸⁶⁴ Vgl. nur BGHSt 4, 340, 342; 9, 390, 394; 21, 152, 153 f.; 23, 203, 207; 25, 182, 183.

rechtsethischen Vergleichbarkeit wird zum einen auf die Rechtsgüter abgehoben, die in den fraglichen Vorschriften geschützt sind (z.B.: Eigentum, Vermögen, Leib und Leben). Zum anderen wird damit an die sittliche Bewertung angeknüpft, die den Taten zuteil wird.⁸⁶⁵ Bereits an dieser ersten Voraussetzung der echten Wahlfeststellung wird eine wahldeutige Verurteilung scheitern. Denn das von § 108e StGB geschützte Rechtsgut ist sowohl die unverfälschte politische Willensbildung in der Volksvertretung als auch der Schutz der anderen Lobbygruppen und des Parlaments selbst, vor unsachlichen und unlauteren Beeinflussungsversuchen.⁸⁶⁶ Hingegen ist das Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB vor allem das Vertrauen der Bevölkerung in die Integrität (Lauterkeit und Unkäuflichkeit) des öffentlichen Dienstes und damit zugleich in die Sachlichkeit und Gesetzmäßigkeit der Entscheidungen von Trägern staatlicher Verwaltungsfunktionen.⁸⁶⁷ Somit stellt § 108e StGB auf den Schutz der Lauterkeit in der Legislative zum Zwecke der unbeeinflussten politischen Willensbildung ab, während die §§ 331 ff. StGB die Lauterkeit der Exekutive im Rahmen der Vollziehung des vorgegebenen politischen Willens sichern. Die Unterschiedlichkeit der Rechtsgüter wird ferner durch ihre systematische Trennung im StGB unterstrichen. § 108e StGB wurde vom Gesetzgeber bewusst in den Vierten Abschnitt des StGB unter der Überschrift „Straftaten gegen Verfassungsorgane sowie bei Wahlen und Abstimmungen“ eingefügt.⁸⁶⁸ Dagegen finden sich die §§ 331 ff. StGB erst im Dreißigsten Abschnitt unter der Überschrift „Straftaten im Amt“. Schließlich kann die sittliche Bewertung der Taten nicht die gleiche sein. So stellt auch der BGH fest, dass nach § 108e StGB die Einflussnahme auf politische Entscheidungen in geringerem Maße strafbar sein soll, wie die Einflussnahme auf Verwaltungshandeln.⁸⁶⁹

Unabhängig davon wird auch das weitere von der Rechtsprechung geforderte Merkmal der *psychologischen* Vergleichbarkeit nicht vorliegen.⁸⁷⁰ Mit ihm soll

⁸⁶⁵ Sehr anschaulich *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 10 Rn 42 und die vorstehende Fußnote.

⁸⁶⁶ Hierzu *Schaller*, Abgeordnetenbestechung, S. 25 ff.; *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 30 ff.

⁸⁶⁷ Zum Rechtsgut die Darstellung von *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 239 ff.; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 2 mwN sowie BGHSt 15, 88, 97 ausführlich unten im 5. Kapitel unter C III 3.

⁸⁶⁸ *Schaller*, Abgeordnetenbestechung, 14 ff. verweist auf die Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, S. 262 ff. und die Äußerungen des Berichterstatters *Tröndle*.

⁸⁶⁹ BGHSt 51, 44, 57 und zu diesem Aspekt auch die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion BT-Drs. 15/3849, S. 1 ff.

⁸⁷⁰ BGHSt 4, 340, 342; 9, 390, 394; 21, 152, 153 f.; 22, 154, 155 f.; 23, 203, 207; 25, 182, 183.

sichergestellt werden, dass nur solche Verhaltensweisen der wahldeutigen Verurteilung zugrunde gelegt werden, die eine im wesentlichen gleichgeartete seelische Beziehung des Täters zu seiner Tat aufweisen.⁸⁷¹ Eine solche gleichgeartete seelische Beziehung zwischen dem Täter des § 108e StGB und eines Delikts der §§ 331 ff. StGB kann bereits deshalb nicht festgestellt werden, weil der eine lediglich unlauter auf die demokratische Willensbildung Einfluss nimmt, während der andere den korrekten Vollzug des Gesetzes und damit des Produkts der demokratischen Willensbildung verfälscht.⁸⁷² Diese unterschiedliche Zielrichtung des Angriffs wird letztlich im differierenden Strafmaß deutlich. Während die Abgeordnetenbestechung Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vorsieht, sieht die Bestechlichkeit nach § 332 Abs. 1 Satz 1 StGB eine Mindestfreiheitsstrafe von sechs Monaten vor. Eine Geldstrafe kommt lediglich in einem minderschweren Fall nach Satz 2 in Betracht.⁸⁷³

Insgesamt lässt sich daher weder eine rechtsethische noch eine psychologische Vergleichbarkeit zwischen § 108e und den §§ 331 ff. StGB begründen. Im Ergebnis scheidet eine wahldeutige Verurteilung aus.

Selbst wenn man diese von der Rechtsprechung entwickelte Formel als zu vage empfindet und deshalb ablehnt, wird man mit den in der Literatur entwickelten Alternativlösungen erst recht nicht zu einer wahldeutigen Verurteilung zwischen § 108e oder den §§ 331 ff. StGB kommen. Stellt man mit *Deubner*⁸⁷⁴ und *Tröndle*⁸⁷⁵ auf die Identität des Unrechtskerns der zur Wahl stehenden Normen ab, dann besteht auch hier die Frage, wie nun der gemeinsame Unrechtskern zu definieren ist. Jedenfalls ist nach dem oben ausgeführten ein gemeinsamer Unrechtskern von § 108e und den 331 ff. StGB schon im Ansatz nicht auszumachen. Auch das Abstellen auf die lediglich graduelle Unwertverschiedenheit der beiden Tatbestände, die jedoch das Zurückgehen auf einen gemeinsamen „Rumpftatbestand“ erlauben - wie es *Günther* vorschlägt⁸⁷⁶ -, ermöglicht vorliegend mangels Vorhandensein eines solchen

⁸⁷¹ Sehr anschaulich *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 10 Rn 43.

⁸⁷² BGHSt 51, 44, 57 unter Verweis auf SK-*Rudolphi/Stein*, 40. Lieferung, § 11 Rn 21.

⁸⁷³ Dies erkennt auch BGHSt 51, 44, 57 f. und BGH wistra 2006, 419, 420 = NSTZ 2007, 36.

⁸⁷⁴ Vgl. *Deubner* JuS 1962, 21 ff.

⁸⁷⁵ Vgl. LK-*Tröndle*, 10. Auflage, § 1 Rn 83.

⁸⁷⁶ Vgl. *Günther*, Verurteilung im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, S. 219 ff. zur seiner Methode besonders S. 237 ff. und 248 ff.

„Rumpftatbestands“ ebenfalls keine wahldeutige Verurteilung. Die Möglichkeit einer solchen Wahlfeststellung auf Grund unklarer Tatsachenlage zwischen § 108e und den §§ 331 ff. StGB scheint nunmehr auch der BGH abzulehnen.⁸⁷⁷

Insgesamt können die aus der differenzierenden Ansicht resultierenden Konsequenzen nicht als sach- und systemgerecht bezeichnet werden. Sie ist gerade wegen der Differenzierung und der daraus folgenden Abgrenzungsprobleme der Rechtssicherheit abträglich.⁸⁷⁸ Dabei wiegt am schwersten der Einwand, dass ihre Anwendung in der Praxis durch clevere Verteidigungsstrategien faktisch leer laufen wird. Letztlich hat sich auch BGHSt 51, 44 ff. nicht uneingeschränkt der differenzierenden Auffassung angeschlossen.

3.) § 108e hat Vorrang vor den §§ 331 ff. StGB

Nachdem die vorstehenden Lösungsmodelle nicht überzeugen konnten ist nunmehr zu prüfen, ob die Existenz von § 108e StGB in Bezug auf die Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger eine Sperrwirkung entfaltet:

Wenn bereits der Wortlaut von § 108e StGB neben Parlamentsabgeordneten auf gleicher Stufe auch kommunale Mandatsträger anführt, dann liegt nahe, dass der Gesetzgeber mit dieser Norm eine abschließende Strafbarkeitsbestimmung für alle Arten von Volksvertretern schaffen wollte.⁸⁷⁹ Ebenso wie Parlamentsabgeordnete noch nie unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB gefasst wurden, sind daher mit Einführung von § 108e StGB auch kommunale Mandatsträger nicht unter diesen Amtsträgerbegriff zu subsumieren.⁸⁸⁰ Zu einem derartigen Auslegungsergebnis führt auch die Gesetzessystematik. Der Gesetzgeber hat den Tatbestand der Abgeordnetenbestechung im Vierten Abschnitt unter der Überschrift „Straftaten gegen Verfassungsorgane sowie bei Wahlen und Abstimmungen“ eingefügt. Hingegen finden sich die Amtsdelikte im 30. Abschnitt des StGB unter der Überschrift „Straftaten im Amt“. Wenn nun kommunale Mandatsträger auf gleicher Ebene mit

⁸⁷⁷ BGHSt 51, 44, 55 f., 57 und BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

⁸⁷⁸ Dies räumen sowohl *Ehlers*, HdKWP I (3. Aufl.), § 21 Rn 12 a.E. als auch die Bundesregierung in ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion BT-Drs. 15/3849, S. 1 ff. ein; kritisch auch *Lackner/Kühl*, § 108e Rn 3 mwN.

⁸⁷⁹ *LK-Laufhütte/Kuschel*, § 108e Rn 3; *Marel* StrFo 2003, 259, 261; *Deiters* NStZ 2003, 453, 458; *Nolte* DVBl 2005, 870, 879 f.

⁸⁸⁰ *Deiters* NStZ 2003, 453, 458; *Marel* StrFo 2003, 259, 261; *Dahs/Müssig* NStZ 2006, 191, 194 ff.

den Abgeordneten im Vierten Abschnitt des StGB genannt werden, dann spricht dies für eine umfassende Gleichstellung beider Arten von Volksvertretern in Abgrenzung zu den Amtsträgern.⁸⁸¹ Darüber hinaus haben sich auch Regierung und Parlament in der Beratung des § 108e StGB nicht den Stimmen angeschlossen, die die Ansicht vertreten haben, dass kommunale Mandatsträger bereits vom Amtsträgerbegriff und den entsprechenden Strafvorschriften erfasst sind.⁸⁸² Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung beruht - wie sich auch aus der Entstehungsgeschichte ergibt - auf der Erwägung, dass der Gesetzgeber die interessengeleitete Beeinflussung des demokratischen Willensbildungsprozesses von Volksvertretern in staatlichen Organen - abgesehen von der Konstellation des Stimmenkaufs - nicht für strafwürdig befand.⁸⁸³ Gerade die im Vergleich zu den §§ 331 ff. StGB restriktivere Fassung des § 108e StGB wurde damit begründet, dass die Interessenwahrnehmung auch innerhalb des Parlaments Bestandteil des politischen Kräftespiels sei und man vom Abgeordneten nicht verlangen könne, dass er - wie Beamte und Richter - stets unparteiisch und frei von unsachlichen Einflüssen sein Mandat ausübt.⁸⁸⁴ Ferner lässt sich das Tätigkeitsfeld des Abgeordneten anders als der klar definierte Pflichtenkreis des Amtsträgers nicht hinreichend sicher eingrenzen.⁸⁸⁵ Der Abgeordnete muss auf bestimmte gesellschaftliche Gruppen schon deshalb Rücksicht nehmen, weil seine Zugehörigkeit zu denselben nicht selten für seine Aufstellung als Kandidat maßgeblich war. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn bei der Stimmabgabe politische Zwecke mitverfolgt werden, die den eigenen Interessen des Stimmberechtigten entgegenkommen.⁸⁸⁶ Damit

⁸⁸¹ Nolte DVBl 2005, 870, 879 f.; Deiters NStZ 2003, 453, 458; Dahs/Müssig NStZ 2006, 191, 194 ff. unter Verweis auf BT-Drs. 12/5927, S. 5.

⁸⁸² Dahs/Müssig NStZ 2006, 191, 194 f. verweisen auf die Aussagen der Sachverständigen Fischer und Dr. Scheu in den Protokollen des Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags, 12. Wahlperiode, 69. Sitzung, S. 65, 68 und 82: „im Sinne der herrschenden Strafrechtsliteratur sind materiell rechtsetzende Tätigkeiten allerdings ausgenommen“; in diese Richtung kann ebenfalls die Bemerkung des Abgeordneten Eylmann verstanden werden: „dass im kommunalen Bereich der erweiterte Beamtenbegriff gelte und damit ohnehin zahlreiche Entscheidungen unter einen Straftatbestand fallen würden“ vgl. Rechtsausschuss, 12. Wahlperiode, 76. Sitzung, S. 58 und ferner unter Verweis auf die Begründung des Entwurfs von 1962, BT-Drs. IV/650, S. 591.

⁸⁸³ So insbesondere Schlüchter, Geerds-FS, 713, 725.

⁸⁸⁴ Barton NJW 1994, 1098, 1099 f.; Deiters NStZ 2003, 453, 458 verweist auf BT-Dr 12/5927, S. 5.

⁸⁸⁵ Zu dieser Argumentation Schlüchter, Geerds-FS, 713, 725, 728; Dölling, Gutachten C, S. 82; Greeve, Korruptionsdelikte, Rn 332; Gänßle NStZ 1999, 543, 544.

⁸⁸⁶ So bereits Barton NJW 1994, 1098 ff.; Schulze JR 1973, 485, 486 nunmehr BGHSt 51, 44, 56 ff.

unterscheidet sich die politische Willensbildung auf Gemeindeebene von der Rechtsanwendung der öffentlichen Verwaltung wesentlich dadurch, dass erstere zulässigerweise auch von Partikularinteressen beeinflusst werden darf und politische Wertentscheidungen trifft, während letztere vorhandene gesetzliche Wertentscheidungen frei von parteipolitischen Gesichtspunkten nachzuvollziehen und ausschließlich von den Interessen der Gesamtheit geleitet umzusetzen hat.⁸⁸⁷ Darüber hinaus lassen sich auch Unterschiede im Strafraumen beider Normkomplexe feststellen. Während § 108e StGB keine Mindeststrafe kennt, sieht § 332 StGB als Äquivalent zur Abgeordnetenbestechung eine Mindestfreiheitsstrafe von sechs Monaten vor.⁸⁸⁸ Eine parallele Anwendung beider Straftatbestände würde damit zu kaum lösbaren Wertungswidersprüchen führen.⁸⁸⁹ Weitergehend findet die hier entwickelte These von der unmittelbaren demokratischen Legitimation auch in § 108e StGB eine Stütze. All die in § 108e StGB aufgezählten Volksvertreter haben mit den kommunalen Mandatsträgern die Direktwahl durch ihre Wähler bzw. die Bürger gemeinsam. Hingegen verfügen die Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht über eine derartige unmittelbare demokratische Legitimation.

Folglich spricht die Existenz von § 108e StGB vor dem Hintergrund einer umfassenden Auslegung dieser Norm im Verhältnis zu den §§ 331 ff. StGB gegen eine Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB.⁸⁹⁰

IV. Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 GG

Zuletzt soll die hier vertretene These von der unmittelbaren demokratischen Legitimation noch verfassungsrechtlich untermauert werden:

Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG muss das Volk in den Ländern, Kreisen und Gemeinden eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Analysiert man diese

⁸⁸⁷ BGHSt 51, 44, 57 unter Verweis auf SK-*Rudolphi/Stein*, 40. Lieferung, § 11 Rn 21; *Ransiek StV* 1996, 446, 452 f.; *Greeve*, Korruptionsdelikte, Rn 332 bereits *Dölling*, Gutachten C, S. 82.

⁸⁸⁸ So *Marel StrFo* 2003, 259, 261 und bereits *Barton NJW* 1994, 1098, 1099 f.

⁸⁸⁹ Vgl. auch BGHSt 51, 44, 55 ff. unter Verweis auf *Heinrich NSTZ* 2005, 197, 202.

⁸⁹⁰ Im Ergebnis wie *Marel StrFo* 2003, 259, 261; *Nolte DVBl* 2005, 870, 879 f.; *Dahs/Müssig NSTZ* 2006, 191, 194 f. schließlich auch BGHSt 51, 44, 50 und 55 ff.

Formulierung so lässt sich festhalten, dass Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG ohne weitere Differenzierung sowohl auf staatlicher Ebene der Länder als auch auf kommunaler Ebene für das Volk eine Vertretung fordert. Vereinzelt wird nun eingewandt, schon aus dem Wortlaut von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG folge die qualitativ andersartige Natur der kommunalen Volksvertretung im Gegensatz zum staatlichen Landesparlament oder gar zum Bundestag.⁸⁹¹ So sei in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG der Begriff „Volksvertretung“ selbst überhaupt nicht genannt. Vielmehr finde sich dort die Formulierung „Vertretung des Volkes“, um die inhaltliche Abgrenzung zum terminus technicus „Volksvertretung“ klarzustellen.⁸⁹² Darüber hinaus spreche auch Art. 28 Abs. 1 Satz 4 GG, der sich auf Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG beziehe, bezüglich der Gemeindevertretung lediglich von einer „gewählten Körperschaft“.⁸⁹³

Hiergegen ist anzuführen, dass ein staatliches Parlament ebenfalls als gewählte Körperschaft bezeichnet werden kann. Ferner verkennt eine derartige Argumentation, dass gerade der Wortlaut von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG sowohl für Landesparlamente als auch für kommunale Volksvertretungen völlig unterschiedslos gilt. Schließlich spricht auch eine vom Wortlaut und Wortsinn her unterschiedslose Regelung dafür, dass Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG auf staatlicher wie auch kommunaler Ebene eine qualitativ gleichwertige Volksvertretung mit einem gleichwertigen demokratischen Legitimationsniveau voraussetzt. Dass insoweit von einem unterschiedlichen Sprachgebrauch auszugehen wäre, ist nicht ersichtlich. Vielmehr wollte der Verfassungsgeber mit der gewählten Formulierung „*muss das Volk in ... eine Vertretung haben*“ auf den in Art. 20 Abs. 2 GG niedergelegten Grundsatz der Volkssouveränität rekurrieren, der über Art. 28 Abs. 1 GG für die Länder und Kommunen Geltung beanspruchen soll.⁸⁹⁴ Damit ist die kommunale Volksvertretung unabhängig von der Frage ob ihr ein vollumfänglicher Parlamentscharakter zukommt, jedenfalls auf Grund von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG als repräsentative Volksvertretung anzusehen.⁸⁹⁵ Aber auch im Hinblick auf die Mitglieder der Volksvertretungen ist zu

⁸⁹¹ Hierzu Löwer, Der Gemeinderat als Petitionsadressat, StUGemB 1979, 29, 32.

⁸⁹² So Löwer, Der Gemeinderat als Petitionsadressat, StUGemB 1979, 29, 32 und Spiegel, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 30 ff.

⁸⁹³ Vgl. Löwer, Der Gemeinderat als Petitionsadressat, StUGemB 1979, 29, 32 und Ott, Parlamentscharakter, S. 92.

⁸⁹⁴ Ott, Parlamentscharakter, S. 92 ff., 111 und 121 ff.

⁸⁹⁵ So Frowein DÖV 1976, 44, 45 ff.; Erichsen, Kommunalrecht, § 7 A 1 b, S. 97 verweist auf BVerfGE 65, 283, 289; 78, 344, 348; Spiegel, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 30 ff. und 35.

betonen, dass Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG keinerlei Unterschiede in Bezug auf die Ausgestaltung des Wahlverfahrens von staatlichen Abgeordneten der Länderparlamente einerseits und kommunalen Mandatsträgern andererseits macht.⁸⁹⁶ Denn ausweislich des Wortlauts von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG bedürfen alle Arten von Volksvertretern einer unmittelbaren demokratischen Legitimation durch das jeweilige Wahlvolk.⁸⁹⁷

Insgesamt ist festzuhalten, dass Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG sowohl für den staatlichen Bereich als auch für den kommunalen Bereich unterschiedslos Volksvertretungen fordert, deren Mitglieder nach einheitlichen Wahlgrundsätzen unmittelbar demokratisch legitimiert sind. Diesen verfassungsrechtlich garantierten Gemeinsamkeiten muss eine entscheidende Bedeutung bei der Schaffung neuen und der Auslegung bestehenden Rechts zukommen.⁸⁹⁸ Hierbei ist darauf zu achten, dass Ungleichbehandlungen vermieden werden, soweit sich der Normgeber nicht ausdrücklich zu einer Ungleichbehandlung bekannt hat. Denn eine solche bedarf stets sachlicher Rechtfertigungsgründe, was insbesondere für den sensiblen Bereich des Strafrechts gilt. Diesen Grundsätzen hat der Gesetzgeber bereits bei Schaffung von § 108e StGB Rechnung getragen, der sowohl Parlamentarier als auch kommunale Mandatsträger umfasst. Wenn hier schon keine Differenzierung zwischen Abgeordneten und kommunalen Mandatsträgern getroffen wurde, dann muss vor Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG auch § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB dahingehend ausgelegt werden, dass kommunale Mandatsträger keine Amtsträger sind. Ein anderes Auslegungsergebnis ist verfassungsrechtlich nicht vertretbar.

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

Eine umfassende Erörterung der *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnisse von kommunalen Volksvertretungen auf der einen und staatlichen Parlamenten auf der anderen Seite belegt, dass beide Arten von Volksvertretungen unschwer miteinander vergleichbar sind. Dementsprechend lassen sich auf Grund ihrer jeweiligen unmittelbaren demokratischen Legitimation gepaart mit besonderen *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnissen auch die jeweiligen Mitglieder beider Arten von Volksvertretungen weitgehend miteinander vergleichen. In einem

⁸⁹⁶ Dreier, Art. 28 Rn 70; von Münch/Kunig, Art. 28 Rn 23 und bereits Frowein DÖV 1976, 44, 45 ff.

⁸⁹⁷ Ott, Parlamentscharakter, S. 92, 111 und 121 ff.

⁸⁹⁸ Frowein DÖV 1976, 44, 45 ff.

dritten Schritt wurden auf Grund der Existenz von § 108e StGB originär strafrechtliche Argumente für die umfassende Gleichstellung von kommunalen Mandatsträgern mit Parlamentsabgeordneten aufgezeigt. Zuletzt konnte die These von der unmittelbaren demokratischen Legitimation auch über Art. 28 GG verfassungsrechtlich untermauert werden.

Im Hinblick auf die hier zu untersuchende Problematik muss daher festgehalten werden, dass kommunale Mandatsträger wegen ihre unmittelbaren demokratischen Legitimation gepaart mit *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnissen nicht unter den strafrechtlichen Amtsträgerbegriff nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB sondern ausschließlich unter den Abgeordnetenbegriff des § 108e StGB zu subsumieren sind. Hierbei ist unbeachtlich, dass der kommunalen Volksvertretung auf Grund ihrer überkommenen Zuordnung zur Exekutive bislang noch kein Parlamentstatus zugesprochen wird, obwohl dies in jüngster Zeit zunehmend befürwortet wurde.⁸⁹⁹

⁸⁹⁹ Für eine formelle Vergleichbarkeit *Ott*, Parlamentscharakter, S. 153 ff. und 178 ff. besonders S. 214 und 279 ff.; *Lühring*, Organisationsautonomie der Gebietskörperschaften, S. 86 und *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 53 ff.; 76 ff. bes. S. 78 zsf. S. 135 ff., 289 ff.; *Engel-Boland*, Gemeindliches Satzungsrecht und Gesetzesvorbehalt, S. 81 ff., 98; *Bussalb*, Gilt der Gesetzesvorbehalt auch für die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden ?, S. 196 und *AK-Faber*, Art. 28 Abs. 1 II, Abs. 2 GG Rn 21 ff., 24 ff. besonders Rn 28 alle je mwN; für eine differenzierende Ansicht im Sinne einer Übertragung einzelner parlamentsrechtlicher Grundsätze auf die kommunale Volksvertretung ist *Dreier*, Art 28 Rn 76 ff. mit umfassender Darstellung zum Meinungsstand jüngst auch *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 304 alle Autoren mwN.

3. Kapitel: Verteidigung der eigenen These gegen mögliche Einwände

Im 2. Kapitel wurde die eigene These zur Ablehnung der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger entwickelt und einer eingehenden Begründung zugeführt. Im vorliegenden 3. Kapitel sollen mögliche Einwände gegen die Theorie der unmittelbaren demokratischen Legitimation abgewehrt werden und die Überlegenheit der hier vertretenen These im Vergleich mit alternativen Lösungsansätzen dargestellt werden. Dabei wird kritisch auf die bislang herrschenden Meinungen sowohl im öffentlichen als auch im strafrechtlichen Schrifttum einzugehen sein. Des Weiteren muss erneut das Grundsatzurteil des BGH auf seine Konsistenz überprüft werden.

A) Die formale Betrachtungsweise im öffentlichen Recht

Wie oben ausgeführt ist allgemein anerkannt, dass die kommunale Selbstverwaltung Teil der Exekutive ist.⁹⁰⁰ Diese grundsätzliche Einordnung braucht im Rahmen dieser Untersuchung nicht in Frage gestellt werden. Soweit daraus aber auf eine Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger geschlossen wird, ist dies kritisch zu hinterfragen.

I. Argumentation der formalen Betrachtungsweise

Die ganz überwiegende Meinung im öffentlichen Recht ordnet die kommunale Selbstverwaltung und ihre Volksvertretungen im Schema der Gewaltenteilung der Exekutive zu.⁹⁰¹ Dies gilt selbst dann, wenn die kommunale Volksvertretung wie ein Parlament in Form von Satzungen abstrakt generelle Regelungen und damit

⁹⁰⁰ Ausführlich oben im 1. Kapitel unter III 3 b aus der Rspr nur BVerwG NJW 1993, 411, 412 und BVerfGE 65, 283, 289 letztlich auch BGHSt 51, 44, 52 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

⁹⁰¹ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 28 Rn 50, 70 ff. und 79; *Dreier*, Art. 28 Rn 85 ff. und 95; *Sachs*, Art. 28 Rn 29 ff.; *von Münch/Kunig*, Art. 28 Rn 34 und 78; *Düwel*, *Amtsgeheimnis*, S. 70 ff.; *Kuhn* BayVBl 1989, 169, 170 f.; sowie aus der Rspr BVerfGE 65, 283, 289; 78, 344, 348; BVerwGE 90, 359, 361 f. und BGHSt 51, 44, 52 ff. sowie bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

materielles Recht erlässt.⁹⁰² Damit werden auch die einzelnen Mitglieder der kommunalen Volksvertretung als ein Teil der Exekutive angesehen.⁹⁰³ Aus diesem anerkannten Faktum wird vor allem vom kommunalrechtlichen Schrifttum auf die strafrechtliche Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger geschlossen.⁹⁰⁴ Soweit ersichtlich wird in der kommunalrechtlichen Literatur überhaupt nicht die Auffassung vertreten, kommunale Mandatsträger könnten nicht als Amtsträger im strafrechtlichen Sinn anzusehen sein.⁹⁰⁵ Dieser Rechtsansicht sind auch einige Instanzgerichte.⁹⁰⁶ Denn die vielen amtsähnlichen Beschränkungen wie Verschwiegenheitsverpflichtung, Mitwirkungs- und Vertretungsverbote sowie das Fehlen von Immunität, Indemnität und Zeugnisverweigerungsrecht belegten zusätzlich, dass kommunale Mandatsträger aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Exekutive nicht Inhaber eines parlamentarischen Abgeordnetenmandates sein könnten.⁹⁰⁷ Hingegen fielen die Abgeordneten deswegen aus dem Amtsträgerbegriff heraus, weil sie einem staatlichen Gesetzgebungsorgan und eben nicht einem kommunalen Verwaltungsorgan angehörten. Aufgrund dessen liesen sich

⁹⁰² *Ehlers*, HdKWP I (3. Aufl.), § 21 Rn 12; *Gern*, Kommunalrecht, Rn. 250 ff.; *Düwel*, Amtsgeheimnis, S. 70 ff.; *Kuhn* BayVBl 1989, 169, 170 f.; auch BVerfGE 57, 43, 59; BVerfG NVwZ 1989, 46; BayVerfGH BayVBl 1984, 621; VGH BWVPr 1978, 88 auch *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28.

⁹⁰³ ausführlich bereits oben im 1. Kapitel unter C III 3 b und bereits *Düwel*, Amtsgeheimnis, S. 70 ff.; *Kuhn* BayVBl 1989, 169, 170 f. aus der Rspr nur BVerwG NJW 1993, 411, 412 und BVerfGE 65, 283, 289 letztlich auch BGHSt 51, 44, 52 ff. und BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

⁹⁰⁴ *Kunze/Bronner/Katz*, § 32 BWGemO Rn 2; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 349 und Kommunalrecht BW, Rn 180; *Reichert/Baumann*, Kommunalrecht, Rn 169; jüngst *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 27 unter Verweis auf *Hartmann* DVBl 1966, 809 und die VwV Nr. 1 zu § 32 BWGemO ("die Gemeinderäte sind Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB...") ebenso für Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB aber ohne Begründung *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b dd, S. 187.

⁹⁰⁵ Eingehend *Ehlers*, HdKWP I (3. Aufl.), § 21 Rn 12 und jüngst *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 27 unter Verweis auf *Ade/Seeger*, Baden-Württembergische Gemeindeordnung, § 32 Rn 1; *Zwick/Winkler u.a.*, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 20 Rn 3.2 ("stets Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB"); *Tutschapsky/Stubenrauch u.a.*, Rheinland-Pfälzische Gemeindeordnung, § 28 Rn 7; *Seeger/Schlempp u.a.*, Sächsische Gemeindeordnung, § 35 Rn 1.

⁹⁰⁶ LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 und als Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11. August 2004, Az: 835 Js 19/01 - 31/03 - VI - 26 KLs veröffentlicht in Juris Rn 370 ff. im Langtext.

⁹⁰⁷ Ausführlich *Ehlers*, HdKWP I (3. Aufl.), § 21 Rn 12; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 349 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3, S. 185 ff.; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 b, S. 97 ff.; *Waechter*, Kommunalrecht Rn 336 ff.; *Kunze/Bronner/Katz*, § 32 BWGemO Rn 4 ff.; *Bauer/Böhle/Ecker*, Art. 31 BayGemO Rn 3.

kommunale Mandatsträger trotz ihrer unmittelbaren demokratischen Legitimation statusrechtlich nicht mit Abgeordneten gleichstellen.⁹⁰⁸ Da es sich bei Gemeindefestsetzungen nicht um formelle Gesetze, sondern um materielle Gesetzgebung handelt, die von der Exekutive wahrgenommen werden, sind nach dieser Auffassung kommunale Mandatsträger selbst dann als Amtsträger im strafrechtlichen Sinne anzusehen, wenn sie am Erlass einer Satzung mitwirken.⁹⁰⁹

Grundlage dieser Argumentation ist die Orientierung an der überkommenen Lehre von der Gewaltenteilung. Nach dieser Lehre soll die Staatsgewalt auf drei Gewalten Exekutive, Judikative und Legislative verteilt werden, die sich in einem System von „checks and balances“ kontrollieren und gegenseitig beschränken.⁹¹⁰ Eine solche Herangehensweise zur Bestimmung der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger kann daher als formale bzw. formelle Betrachtungsweise bezeichnet werden, weil sie die kommunale Selbstverwaltung mangels ihrer originären Gesetzgebungszuständigkeit im formellen Sinn nicht als Legislativorgan, sondern als Exekutivorgan einordnet. Dabei erfolgt diese Einordnung ohne Rücksicht auf die inhaltliche bzw. materielle Tätigkeit der kommunalen Selbstverwaltung und ihrer Mandatsträger.

II. Kritik an der formalen Betrachtungsweise

Auf Grundlage des in dieser Untersuchung entwickelten Perspektivenwechsels ergibt sich schlüssig, warum eine rein formale Lösung nicht überzeugen kann. Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zwischen Amtsträgern auf der einen und kommunalen Mandatsträgern auf der anderen Seite muss die unmittelbare demokratische Legitimation letzterer sein, die gepaart mit ihren *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnissen eine umfassende Vergleichbarkeit mit

⁹⁰⁸ Speziell zu diesem Vergleich LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 sowie zuletzt als Vorinstanz zu BGHSt 51, LG Wuppertal, Urteil vom 11. August 2004, Az: 835 Js 19/01 - 31/03 - VI - 26 KLS veröffentlicht in Juris Rn 370 ff. im Langtext und aus der jüngsten Literatur *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 ff.

⁹⁰⁹ LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 und als Vorinstanz zu BGHSt 51, 44 ff.: LG Wuppertal, Urteil vom 11. August 2004, Az: 835 Js 19/01 - 31/03 - VI - 26 KLS, veröffentlicht in Juris Rn 369 im Langtext und zuletzt *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 ff.

⁹¹⁰ Ursprünglich zurückgehend auf *Baron de Montesquieu: De l'esprit des lois* (1748), *Vom Geist der Gesetze*; ausführlich im 11. Buch, 6. Kapitel: Über Gewaltenteilung.

Parlamentariern zulässt. Während die formale Betrachtungsweise zur Beantwortung der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger lediglich die rein schematische Einordnung im System der Gewaltenteilung heranzieht, setzt die hier entwickelte Theorie auf einen umfassenden funktionalen Vergleich. Ein solcher umfassender Vergleich ist angesichts der Tatsache, dass sich die Aufgabe einer jeden Volksvertretung nicht allein in der Gesetzgebung erschöpft auch unter methodischen Aspekten geboten. Die formale Betrachtungsweise muss sich deshalb vorhalten lassen, dass sie sich allein um ihres Ergebnisses Willen vor der Einbeziehung weiterer Vergleichsmerkmale verschließt. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass ein umfassender Vergleich sowohl in Bezug auf die Volksvertretungen als Ganzes als auch in Bezug auf ihre einzelnen Mitglieder mehr einende als trennende Elemente hervorgebracht hat.⁹¹¹ Soweit dies bezüglich einzelner Staturelemente wie Immunität, Indemnität, und Zeugnisverweigerungsrecht nicht der Fall ist, wurde deutlich, dass diese Unterschiede im Rahmen eines Gesamtvergleichs nicht ins Gewicht fallen. Dies gilt erst Recht vor dem Hintergrund, dass diese historisch überkommenen Staturelemente zum einen zeitlich überholt sind. Zum anderen sind sie wegen des rein örtlichen Bezugs des kommunalen Mandats auch nicht erforderlich.⁹¹²

III. Schlussfolgerung

Die Beantwortung der Frage nach der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger über den Weg einer undifferenzierten Einordnung der kommunalen Selbstverwaltung zur Exekutive erscheint daher als zu pauschal und nicht eindeutig. Vielmehr wird damit lediglich auf rein „äußerliche“, formale Kriterien abgestellt, die als solche nicht präzise genug sind. So verleiht gerade die unmittelbare demokratische Legitimation ihrer Mitglieder beiden Arten von Volksvertretungen eine demokratische Repräsentationsfunktion, die sich besonders in der umfassenden „Richtlinienkompetenz“ und dem Selbstorganisationsrecht dieser Organe niederschlägt.⁹¹³ Ferner konnte nachgewiesen werden, dass sogar der kommunalen Volksvertretung eine Gewaltenteilungsfunktion und damit eine Kontrollfunktion

⁹¹¹ Hierzu bereits ausführlich oben im 2. Kapitel unter C I und II.

⁹¹² Hierzu bereits ausführlich oben im 2. Kapitel unter C II 3.

⁹¹³ Hierzu bereits ausführlich oben im 2. Kapitel unter C I 1 und 6.

zukommt.⁹¹⁴ Darüber hinaus obliegt ihr wie einem Parlament die Festsetzung des kommunalen Haushalts. Schließlich sind die Aufgaben, Befugnisse und Statusrechte der Mitglieder beider Arten von Volksvertretungen weitestgehend vergleichbar.⁹¹⁵ Letztlich ist die kommunale Volksvertretung zur Gesetzgebung zumindest im materiellen Sinne berufen. Hier - wie auch auf Parlamentsebene - stellt jedoch die legislatorische Tätigkeit lediglich einen kleinen Teil der zahlreichen Aufgaben einer jeden Volksvertretung und ihrer Mitglieder dar. Wenn dem so ist, dann ist nicht verständlich, warum für die Qualifizierung der kommunalen Mandatsträger als Amtsträger oder als Abgeordnete allein auf die überkommene Zuordnung zur Exekutive abgestellt werden soll. Dies gilt besonders vor dem Hintergrund, dass sich ansonsten die Aufgaben, Befugnisse und Funktionen sowohl im Hinblick auf die beiden Volksvertretungen im Ganzen als auch in Bezug auf ihre Mitglieder sehr gut miteinander vergleichen lassen. Im Ergebnis kann daher eine rein formale Argumentation nicht überzeugen.

B) Die differenzierende Ansicht des strafrechtlichen Schrifttums

Auch im strafrechtlichen Schrifttum wird die hier als formale Theorie bezeichnete Ansicht überwiegend als zu pauschal abgelehnt.

I. Argumentation der differenzierenden Ansicht

Hier wird anerkannt, dass kommunale Mandatsträger nicht pauschal als Amtsträger zu qualifizieren sind. Vielmehr bewegten sie sich bei Ausübung ihres kommunalen Mandats im Spannungsfeld zwischen „*hierarchisch-gesetztespräjudiziertem*“ Tätigkeitsbereich (Verwaltung) auf der einen und „*politisch-legislativem*“ Tätigkeitsbereich (Gesetzgebung) auf der anderen Seite. Folglich möchte diese Ansicht die Frage nach der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger aufgrund einer Differenzierung nach der konkreten Tätigkeit im Einzelfall beantworten.⁹¹⁶ Denn dies stelle die logische Konsequenz ihrer doppelten Funktion

⁹¹⁴ Hierzu bereits ausführlich oben im 2. Kapitel unter C I 2 und 5 sowie 7.

⁹¹⁵ Hierzu bereits ausführlich oben im 2. Kapitel unter C II.

⁹¹⁶ *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 23 und § 108e Rn 6; *Tröndle/Fischer* § 11 Rn 23 und § 108e Rn 5; *Rengier*, BT 2, § 59 Rn 15; *Krey/Heinrich*, BT 1, § 9 Rn 666; *Gössel/Dölling*, BT 1, § 75 Rn 7; *Dölling*, Gutachten C, S. 84 ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 675 ff. jeweils mwN.

dar. Einerseits würden kommunale Mandatsträger durch den Erlass von Satzungen materiell rechtsetzend tätig. Andererseits nähmen sie aber auch ggf. zusammen mit dem Bürgermeister Verwaltungsaufgaben wahr.⁹¹⁷ Für die strafrechtliche Verantwortlichkeit sei daher entscheidend, ob die konkrete Tätigkeit, in deren Zusammenhang ein Amtsdelikt verwirklicht worden sein könnte, dem Bereich der Normsetzung oder Verwaltung zuzuordnen sei.⁹¹⁸ Ein Hauptargument für diese Ansicht ist, dass ein städtischer Beamter sich etwa nach §§ 331 ff. StGB strafbar machen kann, wenn er sich bei einer Auftragsvergabe von Geldzuwendungen Dritter leiten lässt. Hingegen wären kommunale Mandatsträger, wenn sie die Entscheidung über die Vergabe desselben Auftrags an sich ziehen würden, im Falle einer Geldzuwendung, nicht wegen Vorteilsannahme und Bestechlichkeit strafbar.⁹¹⁹ Dies wäre umso unverständlicher, weil die Verwaltungsangelegenheiten, über die die kommunale Volksvertretung zu befinden habe, in der Regel von größerer Bedeutung sei als die Geschäfte der laufenden Verwaltung.⁹²⁰

II. Kritik an der differenzierenden Ansicht

Dieser Ansicht ist zugute zu halten, dass sie bereits nach der jeweils ausgeübten Tätigkeit differenziert. Insoweit schließt sie sich der hier geübten Kritik an der schlicht formalen Betrachtungsweise an. So einleuchtend diese Differenzierung aber auf den ersten Blick sein mag, ihre Prämisse bleibt vor dem Hintergrund der vorliegend herausgearbeiteten Vergleichbarkeit kommunaler Mandatsträger und Abgeordneter auf halbem Wege stehen. Wie bereits oben im Rahmen des Verhältnis zu § 108e StGB dargestellt, führt die differenzierende Ansicht zu gewaltigen Wertungswidersprüchen und Ungereimtheiten.⁹²¹ Darüber hinaus haben kommunale Volksvertretung und Parlament mehr Funktionsgemeinschaften als lediglich die Rechtssetzung.⁹²² Ferner stellt auch im Parlamentsbetrieb die Gesetzgebung nicht

⁹¹⁷ MüKo-Radtke, § 11 Rn 48.

⁹¹⁸ Lackner/Kühl, § 11 Rn 11 und Geppert Jura 1981, 42, 44 f. und dort Fn. 13.

⁹¹⁹ Zu diesem Beispiel OLG Braunschweig DVBl 1951, 513, 514; Erdsiek NJW 1959, 25, 26 sowie Schulze JR 1973, 485, 486 ff.; von Arnim JZ 1990, 1014, 1015 und Dölling, Gutachten C, S. 82.

⁹²⁰ bereits OLG Braunschweig DVBl 1951, 513, 514 und Hartmann DVBl 1966, 809, 813 zu dieser Argumentation auch LG Köln NSTZ-RR 2003, 364 = StraFo 2003, 278, 279 = StV 2003, 507, 508.

⁹²¹ Hierzu bereits ausführlich oben im 2. Kapitel unter C III 2.

⁹²² bereits SK-Rudolphi/Stein, 40. Lieferung, § 11 Rn 21.

die Haupttätigkeit dar.⁹²³ Vielmehr nehmen sowohl die Abgeordneten als auch die kommunalen Mandatsträger ihr freies Mandat im Rahmen vielfältiger Aufgaben wahr, von denen die Rechtsetzung lediglich eine ist.⁹²⁴ Denn bereits oben konnte ausführlich nachgewiesen werden, dass eine strikte Zuständigkeitsverteilung zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung besteht. Danach ist der Bürgermeister für den einfachen Vollzug der Gesetze zuständig, wo es nur eine rechtlich richtige bzw. zweckmäßige Lösung gibt. Die Zuständigkeit der kommunalen Volksvertretung umfasst jedoch stets komplexe Fragestellungen, in denen es mehrere richtige Lösungen gibt.⁹²⁵ Welche davon für die Kommune und ihre Bürger die richtige und zweckmäßige ist, soll im freien Kräftespiel der politischen Strömungen in der kommunalen Volksvertretung beraten und durch die kommunalen Mandatsträger beschlossen werden.⁹²⁶ Folglich treffen die kommunalen Mandatsträger in Ausübung ihres kommunalen Mandats durchweg politische Entscheidungen, die sich weder als legislatorische noch als klassische Verwaltungstätigkeit begreifen lassen.

III. Schlussfolgerung zur Lösung des strafrechtlichen Schrifttums

Insgesamt können die aus der differenzierenden Ansicht resultierenden Konsequenzen nicht als sach- und systemgerecht bezeichnet werden. Sie ist gerade wegen der Differenzierung und der daraus folgenden Abgrenzungsprobleme der Rechtssicherheit abträglich.⁹²⁷ Dabei wiegt am schwersten der Einwand, dass ihre Anwendung in der Praxis durch clevere Verteidigungsstrategien faktisch leer laufen wird. Wie sogleich zu zeigen ist, hat sich letztlich auch BGHSt 51, 44 ff. nicht uneingeschränkt der differenzierenden Auffassung angeschlossen.

C) Die teilweise Übernahme der differenzierenden Ansicht durch den BGH

Der BGH hat die differenzierende Ansicht der Literatur lediglich in einer modifizierten Form übernommen. Zwar werden in BGHSt 51, 44 ff. die maßgeblichen Vertreter der

⁹²³ Hierzu bereits *Ott*, Parlamentscharakter, S. 87 ff. und insbesondere 208 ff. mwN.

⁹²⁴ Hierzu bereits *Ott*, Parlamentscharakter, S. 87 ff. und insbesondere 208 ff. mwN.

⁹²⁵ Hierzu bereits eingehen oben im 1. Kapitel unter C III 2 c.

⁹²⁶ Hierzu noch eingehend unten unter C III 3.

⁹²⁷ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion BT-Drs. 15/3849, S. 1 f.

differenzierenden Ansicht aufgezeigt, doch entwickelt der BGH im Anschluss an BGHSt 8, 21, 23 f. eine eigenständige differenzierende Ansicht.

I. Die Lösung des Bundesgerichtshofs

In seiner Leitentscheidung zur Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger in Nordrhein-Westfalen trifft der BGH folgende Kernaussagen:

Kommunale Mandatsträger sind grundsätzlich keine Amtsträger, es sei denn, sie werden mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut, die über ihre Mandatstätigkeit in der kommunalen Volksvertretung und den zugehörigen Ausschüssen hinausgehen. Auch nach dem BGH enthält die Vorschrift des § 108e StGB eine im Verhältnis zu den §§ 331 ff. StGB abschließende Sonderregelung. Soweit sich die Tätigkeit eines kommunalen Mandatsträgers im Handeln in Wahlen und Abstimmungen in der Volksvertretung selbst, in Teilen der Volksvertretung wie den Fraktionen oder in den unmittelbar der Volksvertretung zugehörigen Ausschüssen erschöpfe, komme lediglich eine Strafbarkeit nach § 108e StGB in Betracht.⁹²⁸ Gleiches gelte für die Tätigkeit im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen, also etwa für die Einflussnahme auf andere Ratsmitglieder und die sonstige Beteiligung an der politischen Willensbildung auf Gemeindeebene. Werde der Mandatsträger darüber hinaus mit konkreten Verwaltungsfunktionen auf Gemeindeebene betraut, komme allerdings grundsätzlich eine Amtsträgerstellung und damit eine Strafbarkeit nach den §§ 331 ff. StGB in Betracht.⁹²⁹ Dies könne etwa der Fall sein bei Entsendung oder Wahl eines Mitglieds einer kommunalen Volksvertretung in ein anderes Gremium, das - wie etwa der Aufsichtsrat eines kommunalen Versorgungsunternehmens - selbst keine Volksvertretung im Sinne von § 108e StGB sei. Gleiches gelte für die Mitgliedschaft in einem nicht der kommunalen Volksvertretung unmittelbar zugehörigen Ausschuss wie etwa in dem Verwaltungsausschuss nach der niedersächsischen Gemeindeordnung.⁹³⁰ Dieser

⁹²⁸ BGHSt 51, 44, 57 f. unter Verweis auf *Tröndle/Fischer*, 53. Aufl., § 108e Rn 3 und *Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 108e Rn 2.

⁹²⁹ BGHSt 51, 44, 58 unter Verweis auf *Tröndle/Fischer*, 53. Aufl., § 11 Rn 23; *Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 11 Rn 11; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 48; *LK-Gribbohm*, 11. Aufl., § 11 Rn 37; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 23.

⁹³⁰ BGHSt 51, 44, 58 unter Verweis auf OLG Celle MDR 1962, 671 siehe auch OLG Braunschweig MDR 1950, 629 bzw. DVBl 1951, 513 ff.

Ausschuss sei nach der Konzeption des niedersächsischen Kommunalrechts kein organinterner Ausschuss des Rates und damit letztlich nicht der Volksvertretung auf Gemeindeebene zugehörig. Mit dieser spezifischen Ausgestaltung des niedersächsischen Kommunalrechts korrespondiere die Tatsache, dass für den Fall der Verhinderung bei der Stimmabgabe in diesem Gremium Regelungen für die Vertretung bei der Stimmabgabe getroffen seien.⁹³¹ Bei Zweifelsfällen könne für die Abgrenzung zwischen bloßer Mitwirkung an der politischen Willensbildung in der gemeindlichen Volksvertretung einerseits und dem Betrautsein mit der Erfüllung konkreter Verwaltungsaufgaben auf kommunaler Ebene andererseits insbesondere auf zwei Kriterien zurückgegriffen werden:⁹³² Zum einen sei zu fragen, ob der Mandatsträger in der konkreten Entscheidungssituation ersetzbar wäre oder ob es rechtlich zwingend auf seine persönliche Entscheidung ankomme. Zum anderen sei zu untersuchen, ob die Entscheidung inhaltlich eher dem politischen oder dem verwaltenden Bereich zuzuordnen sei; dies bestimme sich danach, ob die zur Entscheidungsfindung Berufenen ausschließlich den Interessen der Gesamtheit verpflichtet wären oder sich auch von (partei-)politischen Gesichtspunkten leiten lassen dürften.⁹³³

Zusammenfassend ist der kommunale Mandatsträger nach Ansicht des BGH immer dann kein Amtsträger, wenn er im Rahmen des politischen Willensbildungsprozesses aufgrund seines Mandats an einer politischen Entscheidung mitwirkt. Sobald er aber substituierbare und konkrete Verwaltungsentscheidungen trifft, die nicht im Zusammenhang mit einer politischen Willensbildung stehen, ist er *grundsätzlich* (!) als Amtsträger anzusehen.⁹³⁴

II. Vorzüge der Lösung des BGH

Zunächst ist positiv festzustellen, dass der BGH mit dieser Ansicht über die differenzierende Meinung in der strafrechtlichen Literatur hinausgeht, indem er entscheidend auf die Mandatsausübung im Rahmen der politischen Willensbildung abstellt. Denn hierunter fallen auch konkrete Einzelfallentscheidungen, wie

⁹³¹ BGHSt 51, 44, 58 unter Verweis auf § 56 Abs. 3 Satz 2 NdsGemO.

⁹³² So ausdrücklich BGHSt 51, 44, 58; BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

⁹³³ BGHSt 51, 44, 59 unter Verweis auf BGHSt 8, 21, 23 f. (Wohnungsausschuss).

Grundsatzbeschlüsse zur kommunalen Verwaltungsstruktur, zum Bau einer kommunalen Einrichtung wie z.B. eines Freibads oder einer Stadthalle. In all diesen Bereichen entscheiden die kommunalen Mandatsträger über das ob und wie aufgrund ihres Mandates im freien Kräftespiel der politischen Willensbildung und damit nicht als Amtsträger. Nach der strengeren Ansicht in der Literatur wären solche Einzelfallentscheidungen bereits zur Verwaltungstätigkeit zu rechnen, weil sie keine Rechtssetzung darstellen. Folglich ist dem BGH beizupflichten, wenn er die Schlussfolgerung zieht, dass nach dem Willen des Gesetzgebers eine Reihe von Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Vorteilszuwendungen an kommunale Mandatsträger straflos bleibt.⁹³⁵ Ferner ist dem BGH darin zuzustimmen, dass im Falle des Tätigwerdens eines kommunalen Mandatsträgers für die Kommune außerhalb der kommunalen Volksvertretung oder eines ihrer Ausschüsse z.B. im Aufsichtsrat eines kommunalen Unternehmens sehr wohl eine Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB gegeben sein kann. Damit kommt die Lösung des BGH der hier vertretenen These im Ergebnis recht nahe.

III. Kritik an der Lösung des BGH

Allerdings ist zu bedauern, dass der BGH nicht bereit war die letzte Konsequenz zu ziehen und kommunale Mandatsträger wie die sonstigen parlamentarischen Volksvertreter in all ihren Funktionen aus dem Amtsträgerbegriff auszuscheiden. Denn für Abgeordnete der Parlamente ist allgemein anerkannt, dass sie selbst dann unter das Abgeordnetenprivileg fallen, wenn sie im Einzelfall konkrete Verwaltungsentscheidungen treffen, die nicht unbedingt auf ihrer Mandatsausübung beruhen.⁹³⁶ Im ersten Kapitel wurden bereits eingehend die Schwächen des BGH im Rahmen der Auslegung von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB aufgedeckt und kritisiert.⁹³⁷ Im nachfolgenden sollen die oben dargestellten Kernaussagen des BGH insbesondere

⁹³⁴ BGHSt 51, 44, 59 bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36 sowie die Besprechung von *Feinendegen* NJW 2006, 2014, 2015 und *Leipold* NJW-Spezial 2006, 330, 331.

⁹³⁵ BGHSt 51, 44, 59 bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

⁹³⁶ *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 23; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 11; *AK-Wassermann*, § 11 Rn 16 konkret auch gegen eine Amtsträgerstellung des Sächsischen Landtagspräsidenten bei Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben OLG Dresden Beschluss vom 19.4.1995 (1 SW 233/94) teilweise veröffentlicht bei *Paeffgen* JZ 1997, 178 unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 209.

⁹³⁷ Ausführlich oben im 1. Kapitel unter C IV 1 b bb.

vor ihrem kommunalverfassungsrechtlichen Hintergrund einer kritischen Analyse unterzogen werden:

1.) Abgrenzungsschwierigkeiten durch die Lösung des BGH

Die Ansicht des BGH führt im Ergebnis dazu, dass die Problematik der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger nicht endgültig und eindeutig gelöst wird, sondern lediglich auf die „Abgrenzung zwischen bloßer Mitwirkung an der politischen Willensbildung in der gemeindlichen Volksvertretung einerseits und dem Betrautsein mit der Erfüllung konkreter Verwaltungsaufgaben auf der kommunalen Ebene andererseits“ verlagert wird.⁹³⁸ Ferner ist unklar, was der BGH mit Erfüllung konkreter Verwaltungsaufgaben meint. Diesbezüglich hilft auch das Abgrenzungsmodell des BGH nicht weiter, wonach zu prüfen ist, ob der Mandatsträger zum einen in der konkreten Entscheidungssituation ersetzbar sei oder ob es rechtlich zwingend auf seine persönliche Entscheidung ankomme oder zum andern die Entscheidung inhaltlich eher dem politischen oder dem verwaltenden Bereich zuzuordnen sei, was sich danach bestimme, ob die zur Entscheidungsfindung Berufenen ausschließlich den Interessen der Gesamtheit verpflichtet seien oder sich auch von parteipolitischen Gesichtspunkten leiten lassen dürften. Ein solch kompliziertes und extrem wertungsabhängiges Abgrenzungsmodell dient schon gar nicht der Rechtssicherheit.⁹³⁹ Vor dem Hintergrund des teilweise im Detail äußerst unterschiedlichen Kommunalverfassungsrechts und der unterschiedlichen Größe der Kommunen wird diese Abgrenzung nicht klar durchzuführen sein. Sie verlangt wohlgerne vom *Strafrichter* sowohl eine gründliche Einarbeitung in dieses komplizierte Gebiet des öffentlichen Rechts als auch ein Gefühl für die politischen Strukturen in der einzelnen Kommune.⁹⁴⁰ Eine solch detaillierte Durchdringung des Kommunalverfassungsrechts ist aber selbst dem BGH nicht vollkommen gelungen:

⁹³⁸ BGHSt 51, 44, 58 f.; auf eine Abgrenzungsproblematik weist auch *Leipold* in seiner Besprechung dieser Leitentscheidung in NJW-Spezial 2006, 330, 331 hin.

⁹³⁹ auch *Leipold* in der Besprechung von BGHSt 51, 44 ff. in NJW-Spezial 2006, 330, 331, wo er auf die Parallele zum Abgeordneten hinweist.

⁹⁴⁰ So bereits die Bedenken von *Römer*, Abgeordnetenbestechung, S. 2 f. und *Schulze* JR 1973, 485, 487 f. jeweils in Bezug auf die Schaffung eines Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung.

2.) Verkennung der beschließenden Ausschüsse

Was den ersten Abgrenzungsparameter der Fungibilität bzw. Substituierbarkeit der zur Entscheidungsfindung Berufenen angeht, muss dem BGH vorgehalten werden, sich nicht hinreichend mit dem kommunalrechtlichen Institut der beschließenden Ausschüsse beschäftigt zu haben. Diese setzen sich aus kommunalen Mandatsträgern zusammen, die aus der Mitte der kommunalen Volksvertretung in die beschließenden Ausschüsse gewählt wurden.⁹⁴¹ Im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereichs können die beschließenden Ausschüsse an Stelle der kommunalen Volksvertretung bindend für diese entscheiden.⁹⁴²

Der BGH meint nun, dass bei Ersetzbarkeit der „Entscheider“ im Falle einer Verhinderung eine Amtsträgerstellung zu bejahen ist und führt zur Untermauerung die besondere Organstellung des Verwaltungsausschusses nach der Niedersächsischen Gemeindeordnung an.⁹⁴³ Er stellt fest, dass § 56 Abs. 3 Satz 2 NdsGemO eine Regelung im Falle der Verhinderung bei der Stimmabgabe in diesem Gremium trifft. Damit sind die Mitglieder dieses Ausschusses nach dem vom BGH aufgestellten Abgrenzungskriterium der individuellen Entscheidungsnotwendigkeit und Unersetzbarkeit in der konkreten Entscheidungssituation als Amtsträger anzusehen, da sie wegen § 56 Abs. 3 Satz 2 NdsGemO im Falle der Verhinderung ersetzbar sind.⁹⁴⁴ Bei dieser Argumentation ist zwar zutreffend, dass dem Verwaltungsausschuss in Niedersachsen eine Organstellung zukommt.⁹⁴⁵ Denn im Unterschied zu den beschließenden Ausschüssen, die erst durch die Hauptsatzung oder die Geschäftsordnung der Kommune eingerichtet werden können, gibt es den Verwaltungsausschuss in Niedersachsen kraft Gesetzes. Dennoch ist er nach neuer Rechtslage nichts anderes als ein beschließender Ausschuss, wie ihn auch alle

⁹⁴¹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 408 f. unter Verweis auf §§ 39 ff. BWGemO; Art. 32 BayGemO; §§ 50 und 55 f. BbgGemO; § 62 HessGemO; §§ 35 und 36 MVKV; § 56 NdsGemO; § 57 NRWGemO; § 44 RPPGemO; § 48 SaarkSVG; § 41 ff. SächsGemO; § 45 SachsAnGemO; § 45 SHGemO; § 26 ThürKO.

⁹⁴² Ausführlich *Waechter*, Kommunalrecht Rn 325 ff. und *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 1, S. 206.

⁹⁴³ BGHSt 51, 44, 58 zu diesem besonderen Ausschuss *Gern*, Kommunalrecht, Rn 412; *Berg*, HdbKWP II (2. Aufl.), § 32, S. 228 ff. und *Wilkins*, Verwaltungsausschuss, S. 178 ff. und 247 ff.

⁹⁴⁴ BGHSt 51, 44, 58 bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

⁹⁴⁵ *Berg*, HdbKWP II (2. Aufl.), § 32, S. 228 ff. und *Wilkins*, Verwaltungsausschuss, S. 31 ff., 268 ff.

anderen Gemeindeordnungen kennen.⁹⁴⁶ Auch für diese Ausschüsse werden in der Praxis aufgrund gesetzlicher Regelungen⁹⁴⁷, aufgrund der Hauptsatzung⁹⁴⁸ oder Geschäftsordnung des Gemeinderats⁹⁴⁹ vorab sog. Verhinderungsvertreter gewählt. Würde man also mit dem BGH streng auf die Substituierbarkeit der einzelnen Ausschussmitglieder abstellen, dann wären die Mitglieder der beschließenden Ausschüsse generell als Amtsträger anzusehen. Dies obwohl die kommunalen Mandatsträger ebenfalls in den beschließenden Ausschüssen ihr kommunales Mandat wahrnehmen und aufgrund individueller politischer Überzeugung entscheiden.⁹⁵⁰ Hier liegt der Widerspruch des BGH. Denn einerseits sollen kommunale Mandatsträger bei Wahrnehmung ihres Mandats auch in den zur kommunalen Volksvertretung gehörenden Ausschüssen grundsätzlich keine Amtsträger sein.⁹⁵¹ Andererseits sollen die einzelnen Mandatsträger dann doch wieder Amtsträger sein, wenn sie im Falle einer Verhinderung durch Vertreter substituierbar sind.⁹⁵² Eine solche Verhinderungsvertretung für Mitglieder beschließender Ausschüsse sehen aber die Kommunalverfassungen, Satzungen oder Geschäftsordnungen ausdrücklich vor.⁹⁵³ Letztlich muss dem BGH also vorgeworfen werden, dass er zwar mit dem Niedersächsischen Verwaltungsausschuss einen kraft Gesetzes vorgesehenen beschließenden Ausschuss erkannt hat. Er hat aber nicht bemerkt, dass alle Gemeindeordnungen solche beschließenden Ausschüsse kennen, in denen die einzelnen Mandatsträger im Falle einer Verhinderung durch Stellvertreter substituierbar sind.⁹⁵⁴ Damit erweist

⁹⁴⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 412 und Rn 413; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 325 ff.; *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 215 und *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 1, S. 205 ff.

⁹⁴⁷ § 40 Abs. 1 S. 2 BWGemO; § 56 Abs. 3 BbgGemO; § 62 Abs. 2 HessGemO; § 45 RPGemO; § 48 Abs. 2 SaarkSVG; § 42 Abs. 1 SächsGemO; § 46 Abs. 4 SachsAnGemO.

⁹⁴⁸ § 35 Abs. 1 MVKV; § 45 Abs. 2 SHGemO; 27 Abs. 2 ThürKO.

⁹⁴⁹ Art. 32 und 33 Abs. 1 BayGemO; § 58 Abs. 1 NRWGemO.

⁹⁵⁰ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 408, 411 und 417 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 325 ff. *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 215 und *Stober*, Kommunalrecht, § 15 IV 1, S. 205 ff.

⁹⁵¹ BGHSt 51, 44, 57 f. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

⁹⁵² BGHSt 51, 44, 58 f. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

⁹⁵³ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 409 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 IV 1, S. 205 ff. ausführlich auch *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 278 und S. 346 ff.

⁹⁵⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 409 verweist auf §§ 39 ff. BWGemO; Art. 32 BayGemO; §§ 50 und 55 f. BbgGemO; § 62 HessGemO; §§ 35, 36 MVKV; § 56 NdsGemO; § 57 NRWGemO; § 44 RPGemO; § 48 SaarkSVG; § 41 ff. SächsGemO; § 45 SachsAnGemO; § 45 SHGemO; § 26 ThürKO.

sich auch der Abgrenzungparameter der Fungibilität bzw. Substituierbarkeit der zur Entscheidungsfindung Berufenen nicht als tragfähig.

Dringt man tiefer in die historische Entwicklung des niedersächsischen Kommunalrechts ein, dann wird deutlich warum der BGH zur Untermauerung seiner Argumentation gerade den niedersächsischen Verwaltungsausschuss heranzieht. Dieser gesetzliche Ausschuss hatte bis zum Jahre 1963 Gesetze, Weisungen der Aufsichtsbehörde, Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises durchzuführen und Beschlüsse der kommunalen Volksvertretung auszuführen.⁹⁵⁵ Weiterhin führte er die Geschäfte der laufenden Verwaltung und konnte daher mit dem hessischen Magistrat verglichen werden. Wegen dieser Verwaltungszuständigkeiten und der gesetzlichen Stellvertretungsregelungen hat das vom BGH zitierte OLG Celle im Jahre 1962 die strafrechtliche Beamteneigenschaft der Mitglieder des niedersächsischen Verwaltungsausschusses nach § 359 StGB a.F. festgestellt.⁹⁵⁶ Dies mag zur damaligen Rechtslage richtig gewesen sein. Doch bereits seit 1963 und spätestens seit der Reform der Niedersächsischen Kommunalverfassung aus dem Jahre 1996 kommen dem niedersächsischen Verwaltungsausschuss nicht mehr diese Aufgaben zu.⁹⁵⁷ Vielmehr muss der Niedersächsische Verwaltungsausschuss seitdem als eine Sonderform eines beschließenden Ausschusses angesehen werden, wie sie sich ebenfalls in den übrigen Gemeindeordnungen finden.⁹⁵⁸ Damit basiert der vom BGH entwickelte Abgrenzungparameter der Fungibilität bzw. Substituierbarkeit der zur Entscheidungsfindung Berufenen auf einer kommunalverfassungsrechtlichen Sonderkonstellation der Niedersächsischen Gemeindeordnung vor den tiefgreifenden Novellen in den Jahren 1963 und 1996.⁹⁵⁹

⁹⁵⁵ Kühne, Abgeordnetenbestechung, S. 23 ausführlich Wilkens, Verwaltungsausschuss, S. 27 ff.

⁹⁵⁶ BGHSt 51, 44, 58 unter Verweis auf OLG Celle MDR 1962, 671 siehe auch OLG Braunschweig MDR 1950, 629 bzw. DVBl 1951, 513 ff.

⁹⁵⁷ Kühne, Abgeordnetenbestechung, S. 23 verweist auf das Zweite Gesetz zur Änderung der Niedersächsischen Gemeindeordnung vom 18.4.1963, NdsGVBl S. 255 ausführlich hierzu auch Wilkens, Verwaltungsausschuss, S. 27 ff. und Ipsen, HdbKWP I (3. Aufl.), § 24 Rn 114 ff.

⁹⁵⁸ Zu einem Vergleich nach alter Rechtslage vor 1992: Wilkens, Verwaltungsausschuss, S. 254 ff. zur jüngsten Rechtslage ausführlich Ipsen, HdbKWP I (3. Aufl.), § 24 Rn 114 ff. und Rn 124 ff.

⁹⁵⁹ Kühne, Abgeordnetenbestechung, S. 23 verweist auf das Zweite Gesetz zur Änderung der Niedersächsischen Gemeindeordnung vom 18.4.1963, NdsGVBl S. 255 ausführlich hierzu auch Wilkens, Verwaltungsausschuss, S. 27 ff. und Ipsen, HdbKWP I (3. Aufl.), § 24 Rn 114 ff.

3.) Verkennung der Kompetenzbereiche von Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung

Selbst wenn man über diesen weiteren Widerspruch in BGHSt 51, 44 ff. hinwegsieht, dann steht der Strafrichter immer noch vor dem weiteren Abgrenzungsproblem, wann der kommunale Mandatsträger in der konkreten Entscheidungssituation in der kommunalen Volksvertretung ausschließlich den Interessen der Gesamtheit verpflichtet ist oder sich auch von (partei-)politischen Gesichtspunkten leiten lassen darf.⁹⁶⁰

Gegen dieses zweite vom BGH vorgegebenen Abgrenzungskriterium ist ein noch heftigerer kommunalverfassungsrechtlicher Einwand zu erheben. Hierbei übersieht der BGH nämlich, dass diese Wertungsmaßstäbe im Kommunalverfassungsrecht bereits für die Abgrenzung der Kompetenzbereiche von Bürgermeister als Leiter der Kommunaladministration und kommunaler Volksvertretung herangezogen werden.⁹⁶¹ Demnach beschäftigt sich die kommunale Volksvertretung oder eines ihrer Ausschüsse stets mit grundsätzlichen, parteipolitischen bzw. kommunalpolitischen Entscheidungsfragen.⁹⁶² Aber auch dem Bürgermeister und seiner Verwaltung fällt nach der Grundstruktur nunmehr aller Gemeindeordnungen ein eigenständiger Zuständigkeitsbereich zu, in welchem er ohne Bindung an die kommunale Volksvertretung entscheidet.⁹⁶³ Sachentscheidungen, die in diesen Kompetenzbereich fallen kann die kommunale Volksvertretung weder an sich ziehen noch kann sie dem Bürgermeister im Einzelfall Weisungen erteilen.⁹⁶⁴ Allerdings muss auch der Bürgermeister die Entscheidungen, die in seinen eigenständigen Zuständigkeitsbereich fallen grundsätzlich selbst treffen und kann höchstens von sich aus die kommunale Volksvertretung anhören.⁹⁶⁵

⁹⁶⁰ So ausdrücklich BGHSt 51, 44, 59; wie hier bezweifelt aber auch *Leipold*, NJW-Spezial 2006, 330, 331 die Praktikabilität und Durchführbarkeit einer Abgrenzung.

⁹⁶¹ *Leipold* NJW-Spezial 2006, 330, 331 und ähnlich bereits *Bernsmann* StV 2003, 521, 525 sowie *Marel* StrFo 2003, 259, 261/262.

⁹⁶² *Kunze/Bronner/Katz*, § 24 BWGemO Rn 5 bis 8.

⁹⁶³ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 368 ff., 381 ff. und *Kunze/Bronner/Katz*, § 44 BWGemO Rn 12.

⁹⁶⁴ *Kunze/Bronner/Katz*, § 44 BWGemO Rn 12; für Bayern: *Bauer/Böhle/Ecker*, Art. 37 BayGemO Rn 2 entsprechendes gilt auch in den anderen Bundesländern.

⁹⁶⁵ für Baden-Württemberg *Kunze/Bronner/Katz*, § 44 BWGemO Rn 18 und Rn 25 ff.

Zum einen sind das die sog. Pflichtaufgaben nach Weisung, also all die Aufgaben, die die Gemeinde als Glied der Staatsverwaltung im sog. übertragenen Wirkungskreis wahrnehmen muss.⁹⁶⁶ Hierunter fällt die rein materiell verwaltende Tätigkeit im Sinne der strikten Anwendung der verschiedenen Bundes- und Landesgesetze auf dem Gebiet des Polizei- und Ordnungsrechts sowie des Leistungsrechts.⁹⁶⁷ Folglich erlässt die kommunale Volksvertretung auf diesem Gebiet keine Verwaltungsakte.⁹⁶⁸ Überhaupt erlässt die kommunale Volksvertretung nur in ganz wenigen Ausnahmefällen unmittelbar selbst Verwaltungsakte. Die Benennung einer Straße als einziges praxisrelevantes Beispiel scheidet nach der auch hier vertretenen Literaturauffassung jedoch aus.⁹⁶⁹ Somit verbleiben als rein theoretische Beispiele lediglich, die Bestellung eines Bürgers zu ehrenamtlicher Tätigkeit⁹⁷⁰ sowie die Auferlegung eines Ordnungsgelds im Falle der Verweigerung der ehrenamtlichen Tätigkeit.⁹⁷¹

Zum anderen handelt es sich hierbei um die sog. Geschäfte der laufenden Verwaltung.⁹⁷² Hierunter fallen all diejenigen Angelegenheiten, die für die Gemeinde weder nach der wirtschaftlichen noch nach der politischen Seite von wesentlicher sozialer, kultureller oder vor allem finanzieller Bedeutung sind und die mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehren.⁹⁷³ Ob ein Geschäft in einer bestimmten

⁹⁶⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 381 unter Verweis auf § 44 Abs. 3 BWGemO; Art. 37 und 59 BayGemO; §§ 66 Abs. 1 Ziff. 1 und 150 HessGemO; § 37 Abs. 5 MVKV; § 62 Abs. 1 NdsGemO; § 62 Abs. 3 NRWGemO; § 47 Abs. 1 Ziff. 4 RPGemO; § 59 Abs. 4 SaarkSVG; § 53 Abs. 3 SächsGemO; § 63 Abs. 4 SachsAnGemO; §§ 55 Abs. 3 und 65 Abs. 5 SHGemO; § 29 Abs. 2 Ziff. 2 ThürKO.

⁹⁶⁷ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 381; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 b, S. 209; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 380; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 2 b, S. 127; *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 346 ff.

⁹⁶⁸ Hierzu bereits oben im 1. Kapitel unter C III 2 c aa und d aa.

⁹⁶⁹ Zu diesem Meinungsstreit ausführlich bereits oben im 1. Kapitel unter C III 2 d bb; wie hier im Ergebnis auch *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 118.

⁹⁷⁰ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 569.

⁹⁷¹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 578 unter Verweis auf § 17 Abs. 4 und § 16 Abs. 3 BWGemO; Art. 20 Abs. 3 BayGemO; § 26 Abs. 2 und § 27 Abs. 6 BbgGemO; § 24a HessGemO; § 29 Abs. 3 NRW; § 24 Abs. 2 NdsGemO; 19 Abs. 3 RPGemO; § 25 Abs. 2 und § 26 Abs. 4 SaarkSVG; § 19 Abs. 4 SachsGemO; § 12 Abs. 2 und 3 ThürKO.

⁹⁷² Ausführlich *Kunze/Bronner/Katz*, § 44 BWGemO Rn 14 ff.; *Bauer/Böhle/Ecker*, Art. 37 BayGemO Rn 3 ff. entsprechendes gilt auch in den anderen Bundesländern vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 378; *Burgi*, Kommunalrecht, § 13 Rn 22 und *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 2 b, S. 127.

⁹⁷³ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 378 ff.

Gemeinde danach zur laufenden Verwaltung gehört, kann je nach der Größe, der Struktur, der Finanzkraft und der Verwaltungsintensität der Gemeinde unterschiedlich sein.⁹⁷⁴ Die Entscheidung darüber hat die Verwaltungsleitung und damit der Bürgermeister in eigener Zuständigkeit zu prüfen.⁹⁷⁵

Dementsprechend hat der Bürgermeister der kommunalen Volksvertretung bzw. dem zuständigen beschließenden Ausschuss immer dann die jeweilige Problematik zur Entscheidung vorzulegen, wenn sie von gewichtiger Tragweite und daher politisch umstritten ist.⁹⁷⁶ Nachdem diese Abgrenzung der Kompetenzbereiche zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung bislang nur in Bayern und Baden-Württemberg bestand, hat sie mit dem Siegeszug der Süddeutschen Ratsverfassung in alle Gemeindeordnungen Einzug gehalten.⁹⁷⁷

Damit muss festgehalten werden, dass auch die weiteren vom BGH aufgestellten Abgrenzungskriterien nicht tauglich sind, weil sie nach der hergebrachten kommunalrechtlichen Dogmatik bereits für die Abgrenzung des Kompetenzbereichs von Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung verwendet werden müssen. Ist folglich die Zuständigkeit für die konkrete Entscheidungsfrage nach diesen Kriterien bereits eindeutig entweder dem Bürgermeister oder der kommunalen Volksvertretung zugewiesen, dann bleibt für die Anwendung der Kriterien innerhalb der kommunalen Volksvertretung bzw. eines ihrer Ausschüsse kein Raum mehr. Denn immer wenn es nach den Kriterien des BGH um eine konkrete Verwaltungsentscheidung geht, bei welcher der zur Entscheidung Berufene ausschließlich dem Interesse der Gesamtheit verpflichtet ist, wird nach der kommunalrechtlichen Abgrenzung bereits eine Zuständigkeit des Bürgermeister und nicht der kommunalen Gremien begründet sein. Dies zeigt sich ferner daran, dass sowohl nach BGH als auch nach der kommunalrechtlichen Dogmatik denjenigen Entscheidungsgegenständen, die von der kommunale Volksvertretung zu beschließen sind, stets politische

⁹⁷⁴ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 b, S. 209; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 372.

⁹⁷⁵ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 380.

⁹⁷⁶ *Burgi*, Kommunalrecht, § 13 Rn 22 und *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 372.

⁹⁷⁷ *Ericksen*, Kommunalrecht, § 7 A 2 b, S. 127 und § 7 A 3, S. 132 f.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 378 sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 b, S. 209 unter Verweis auf § 63 Abs. 1e BbgGemO; § 66 Abs. 1 Satz 2 HessGemO; § 38 Abs. 3 Satz 3 MVKV; § 62 Abs. 1 Nr. 6 NdsGemO; § 47 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 RPGemO; § 59 Abs. 3 Satz 1 SaarkSVG; § 53 Abs. 2 Satz 1 SächsGemO; § 63 Abs. 1 Satz 2 SachsAnGemO; § 29 Abs. 2 ThürKO.

Wertungsentscheidungen zugrunde liegen. Diesbezüglich gibt es aber abhängig von den Mehrheitsverhältnissen mehrere vertretbare und politisch richtige Lösungsmöglichkeiten. Folglich müssen diese Fragen der kommunalen Volksvertretung als Vertretungsorgan der Bürgerschaft zur Entscheidung nach kommunalpolitischen Überzeugungen vorgelegt werden. Hingegen gibt es bezüglich jenen Entscheidungsgegenständen, die dem Bürgermeister und seiner Verwaltung vorbehalten bleiben, in der Regel lediglich eine rechtlich richtige bzw. für das Gemeinwohl offensichtlich zweckmäßige Lösung. Daraus resultiert, dass die kommunale Volksvertretung immer dann zuständig ist, wenn es um wertungsabhängige Entscheidungen geht. Im Endeffekt läuft in der Praxis die vom BGH entwickelte Abgrenzung wegen Verkennung der kommunalrechtlichen Geschäftsverteilung zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung ins Leere.

4.) Abschließende Kritik an der Lösung des BGH

Insgesamt ist vor dem Hintergrund genauer kommunalrechtlicher Analyse die vom BGH entwickelte differenzierende Ansicht als widersprüchlich und inkonsequent abzulehnen. BGHSt 51, 44 ff. erzeugt sowohl für kommunale Mandatsträger als auch für den zur Entscheidung berufenen Richter mehr offene Fragen als Antworten und ist damit in hohem Maße der Rechtssicherheit abträglich.⁹⁷⁸

D) Schlussbetrachtung zur These der demokratischen Legitimation

Somit muss festgehalten werden, dass weder die rein formale Lösung des Schrifttums noch die differenzierenden Lösungen der Literatur als auch die des BGH überzeugen können. Deshalb ist eine in sich schlüssige und systematisch klare Antwort auf die Frage nach der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger lediglich über das Merkmal der unmittelbaren demokratischen Legitimation aufgrund Direktwahl durch die Bürger gepaart mit besonderen *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben zu finden. Die vorliegende Untersuchung konnte beweisen, dass sich die daraus resultierende einheitliche Verneinung der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger durch die Änderung des Betrachtungsschwerpunkts - weg von einer

⁹⁷⁸ So im Ergebnis auch *Leipold NJW-Spezial* 2006, 330, 331 zu BGHSt 51, 44 ff.

abstrakten und formellen Betrachtungsweise der kommunalen Selbstverwaltung hin zu einer inhaltlich konkreten Bewertung - plausibel begründen lässt. Weil sowohl das Gesamtorgan kommunale Volksvertretung als auch der kommunale Mandatsträger selbst hinsichtlich ihrer *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnisse sowie ihrer Rechtsstellung mit einem Parlament bzw. einem Abgeordneten vergleichbar sind, ist bezüglich kommunaler Mandatsträger auch die Frage der Amtsträgereigenschaft im gleichen Umfang wie bei Parlamentariern zu verneinen.⁹⁷⁹

Konsequenterweise darf entgegen dem BGH und Teilen der Literatur der kommunale Mandatsträger auch dann nicht zum Amtsträger „mutieren“, wenn er im Rahmen seiner Mandatstätigkeit innerhalb der kommunalen Volksvertretung oder ihrer Ausschüsse im Einzelfall an konkreten Verwaltungsentscheidungen beteiligt ist.⁹⁸⁰ Zum einen wird dies wie oben beschrieben sowieso nur in ganz geringem Umfang der Fall sein. Zum anderen ist der kommunale Mandatsträger auch hier immer in seiner Funktion als demokratischer Volksvertreter mit weiter kommunalpolitischer Einschätzungsprärogative anzusehen. Schließlich werden auch Abgeordnete nicht zu Amtsträgern, wenn sie im Rahmen ihrer Abgeordnetentätigkeit im Parlament oder eines seiner Ausschüsse mit konkreten Verwaltungsentscheidungen betraut sind.⁹⁸¹ Denn auch hier sind die Entscheidungen wie beim kommunalen Mandatsträger immer konkret-politischer Art.⁹⁸²

Dem BGH ist aber insoweit zu folgen, als eine Amtsträgereigenschaft des kommunalen Mandatsträger zu prüfen ist, wenn dieser auf kommunaler Ebene eine Tätigkeit wahrnimmt, die über seine Mitgliedschaft in der kommunalen Volksvertretung oder eines von ihr eingerichteten Ausschusses hinausgeht. So können kommunale Mandatsträger als Aufsichtsratsmitglieder eines kommunalen

⁹⁷⁹ im Ergebnis auch *Leipold* in seiner Besprechung von BGHSt 51, 44 ff. in NJW-Spezial 2006, 330, 331 und bereits *Bernsmann StV* 2003, 521, 525.

⁹⁸⁰ *Bernsmann StV* 2003, 521, 525.

⁹⁸¹ *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 23; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 11; *AK-Wassermann*, § 11 Rn 16 konkret auch gegen eine Amtsträgerstellung des Sächsischen Landtagspräsidenten bei Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben OLG Dresden Beschluss vom 19.4.1995 (1 SW 233/94) teilweise veröffentlicht bei *Paeffgen JZ* 1997, 178 unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 209.

⁹⁸² So im Ergebnis auch *Leipold* NJW-Spezial 2006, 330, 331 zu BGHSt 51, 44 ff.

Unternehmens in Privatrechtsform sehr wohl als Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2
c) StGB in Betracht kommen.⁹⁸³

⁹⁸³ im Ergebnis auch BGHSt 51, 44, 58 und *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 23; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 11;
MüKo-Radtke, § 11 Rn 48; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 37; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 23.

4. Kapitel: Sicherstellung der ehrenhaften Mandatsausübung

Wie in den vorangegangenen Kapiteln ausgeführt ist eine strafrechtliche Sanktionierung unlauterer Mandatsausübung mangels Amtsträgereigenschaft der kommunalen Mandatsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht möglich. Allerdings ist zu prüfen, ob nicht der Anwendungsbereich der § 331 ff. StGB doch noch über eine besondere Verpflichtung nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 a) StGB i.V.m dem Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen eröffnet werden kann. Unabhängig zu dieser Option könnte der Gesetzgeber eine klarstellende Regelung in Bezug auf kommunale Mandatsträger in § 11 Abs. 1 StGB treffen oder den Anwendungsbereich von § 108e StGB erweitern. Schließlich sollen weitere gesetzgeberische Handlungsalternativen ausgelotet werden. Letztlich ist die Möglichkeit einer Sicherstellung der ehrenhaften Mandatsausübung durch sog. kommunale Ehrenordnungen bzw. Ehrenkodexe zu diskutieren.

A) Besondere Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz

Soweit ersichtlich werden in der Praxis kommunale Mandatsträger nicht förmlich nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB i.V.m. dem Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen (VerpflG) verpflichtet. Auf Grund eigener Recherche konnte herausgefunden werden, dass lediglich in Mannheim die Stadträte über die in § 32 Abs 1 Satz 2 BWGemO vorgesehene kommunalverfassungsrechtliche Verpflichtung hinaus ausdrücklich vom Oberbürgermeister auf ihre Eigenschaft als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete aufmerksam gemacht werden.⁹⁸⁴ Über die Abgabe des kommunalverfassungsrechtlichen Gelöbnisses hinaus bestätigen die Stadträte in Mannheim:

⁹⁸⁴ § 2 der Geschäftsordnung für den Gemeinderat der Stadt Mannheim vom 23. Februar 1988 in der Fassung vom 19. Februar 2002.

„ ... Zusätzlich wurde ich vom Oberbürgermeister nach § 1 des Verpflichtungsgesetzes vom 09.03.1974 (BGBl. I S. 547) darauf hingewiesen, dass ich als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter private und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die mir anlässlich meiner Tätigkeit anvertraut oder mir sonst bekannt geworden sind, nicht unbefugt weitergeben darf und dass ein Verstoß den Tatbestand der §§ 203 und 353 b) und c) StGB erfüllen kann.⁹⁸⁵

Bemerkenswert ist hierbei, dass eine Belehrung über die sensiblen Korruptionstatbestände der §§ 331 ff. StGB auch im Rahmen dieser Verpflichtung nicht erfolgt. Im nachfolgenden soll daher herausgearbeitet werden unter welchen förmlichen Voraussetzungen neben der kommunalverfassungsrechtlichen Verpflichtung auch eine besondere Verpflichtung der kommunalen Mandatsträger nach dem VerpflG möglich ist. Die besondere Verpflichtung nach dem VerpflG wurde bereits von *Lenckner* und *Traumann* in Bezug auf die Problematik der Amtsträgereigenschaft eines privaten Planungsingenieurs als gangbarer Weg beschrieben, um jedenfalls dadurch zu einer Strafbarkeit nach § 331 ff. StGB zu gelangen, weil die Amtsträgereigenschaft des privaten Planungsingenieurs nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB fraglich war.⁹⁸⁶

I. Regelungsgegenstände des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Auf Grund der Gesetzssystematik des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB lassen sich vier mögliche Personengruppen herausarbeiten.⁹⁸⁷ Im Rahmen der Nr. 4 a) ist der besonders Verpflichtete bei einer Behörde *oder* sonstigen Stelle beschäftigt oder für sie tätig, die unmittelbar selbst Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Dagegen ist der besonders Verpflichtete im Rahmen der Nr. 4 b) für eine Organisation beschäftigt oder tätig, die lediglich mit der Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben für eine Behörde *oder* eine sonstige Stelle tätig ist.⁹⁸⁸ Damit steht der besonders Verpflichtete bei Nr. 4 a) also noch unmittelbar mit einer

⁹⁸⁵ so ausdrücklich § 2 der Geschäftsordnung für den Gemeinderat der Stadt Mannheim vom 23. Februar 1988 in der Fassung vom 19. Februar 2002.

⁹⁸⁶ *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 540 ff. 546 a.E.; *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 127 ff.

⁹⁸⁷ *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 74 ff.; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 73 ff. und hierzu wieder ausführlich *Heinrich*, Amtsträgebegriff, S. 567 ff.

⁹⁸⁸ *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 74 ff.; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 73 ff.

Behörde in Kontakt. Hingegen ist dies bei Nr. 4 b) lediglich mittelbar durch die dazwischen geschaltete Organisation, mit welcher der Betroffene in Beziehung steht, der Fall.⁹⁸⁹

II. Möglichkeit der besonderen Verpflichtung ?

In Bezug auf kommunale Mandatsträger kann offensichtlich nur eine besondere Verpflichtung nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 a) StGB in Form *des Tätigseins für eine Behörde* in Betracht kommen. Im nachfolgenden sollen daher diese einzelnen Merkmale auf ihr Vorliegen im Hinblick auf kommunale Mandatsträger überprüft werden:

1.) Der Behördenbegriff

Es besteht Einigkeit darüber, dass der Begriff der Behörde bzw. sonstigen Stelle im Rahmen von § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB demjenigen von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB entspricht.⁹⁹⁰ Wie oben dargestellt, ist in Bezug auf kommunale Mandatsträger je nach Definitionsweite entweder schon die kommunale Volksvertretung als ganzes oder erst die Kommune als maßgebliche Behörde anzusehen.⁹⁹¹

2.) Merkmal des Tätigseins

Der Begriff der „Beschäftigung“ i.S.d. der ersten Alternative setzt ein Dauerbeschäftigungsverhältnis zwischen dem Betroffenen und der ihn beschäftigenden Behörde im Rahmen eines Dienst oder Arbeitsverhältnisses voraus.⁹⁹² Da kommunale Mandatsträger bereits nicht in einem Dienstverhältnis zur Kommune stehen,⁹⁹³ kommt lediglich das Merkmal für eine Behörde *tätig sein* – also

⁹⁸⁹ Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn 37; MüKo-Radtke, § 11 Rn 74 ff.; LK-Gribbohm, § 11 Rn 73 ff. und Tröndle/Fischer, § 11 Rn 25.

⁹⁹⁰ LK-Gribbohm, § 11 Rn 73 sowie Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 568.

⁹⁹¹ Hierzu oben im 1. Kapitel unter C I 2 und 3.

⁹⁹² Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 568 unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 210; BT-Drs. IV/650, S. 118; Lackner/Kühl, § 11 Rn 16; Tröndle/Fischer, § 11 Rn 25; MüKo-Radtke, § 11 Rn 75; LK-Gribbohm, § 11 Rn 76; Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn 38; SK-Rudolphi/Stein, § 11 Rn 34a sowie Rohlff, Amtsdelikte, S. 73.

⁹⁹³ Hierzu bereits oben ausführlich im 1. Kapitel unter C 2.

die zweite Alternative - in Betracht. Unter einer solchen Tätigkeit, die kein Dauerverhältnis darstellen muss, ist vor allen Dingen eine Aufgabenwahrnehmung im Rahmen eines Auftragsverhältnisses zu verstehen.⁹⁹⁴ Unter diese Alternative subsumiert die Literatur folglich diejenigen freiberuflich tätigen Personen wie Planungsingenieure, Gutachter oder Sachverständige, die unmittelbar von einer Behörde - gelegentlich oder vorübergehend – zu einer bestimmten Tätigkeit herangezogen werden.⁹⁹⁵

Diese Voraussetzung scheint in Bezug auf kommunale Mandatsträger nicht gegeben zu sein. Denn ihr Mandatsverhältnis zur Kommune lässt sich auf Grundlage des eben erläuterten Begriffs *tätig sein* nicht als lediglich „vorübergehendes freiberufliches Tätigkeitsverhältnis“ zur Kommune verstehen. Jedoch lässt sich die Tätigkeit als kommunaler Mandatsträger bereits nach dem Wortlaut unschwer als ein *tätig sein* für eine Behörde beschreiben und damit unter § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB subsumieren. Darüber hinaus wurden neben den o.g. Freiberuflern in der Gesetzesbegründung auch Mitglieder von beratenden Ausschüssen als weitere Beispiele aufgeführt.⁹⁹⁶ Wenn aber bereits nach der Gesetzesbegründung⁹⁹⁷ Mitglieder von in bestimmten Gesetzen⁹⁹⁸ vorgesehenen beratenden Ausschüssen zum Kreis der Personen zählen, die i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB bei einer Behörde tätig sind, dann wird man das Merkmal bei einer Behörde tätig sein auch in Bezug auf kommunale Mandatsträger bejahen können.

⁹⁹⁴ SK-Rudolphi/Stein, § 11 Rn 34b; MüKo-Radtke, § 11 Rn 75; Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 569 ff.

⁹⁹⁵ Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 570 und aus der Kommentarliteratur MüKo-Radtke, § 11 Rn 75; LK-Gribbohm, § 11 Rn 76; Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn 38; SK-Rudolphi/Stein, § 11 Rn 34b.

⁹⁹⁶ BT-Drs. 7/550, S. 210, Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn 38; MüKo-Radtke, § 11 Rn 75; LK-Gribbohm, § 11 Rn 73; AK-Wassermann, § 11 Rn 24; Lackner/Kühl, § 11 Rn 16 unter Verweis auf BT-Drs. V/1319, S. 65; Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 570; Rohlf, Amtsdelikte, S. 73 sowie nunmehr auch Tröndle/Fischer, § 11 Rn 25 unter Verweis auf BGHSt 42, 230, 234.

⁹⁹⁷ BT-Drs. V/1319, S. 65; BT-Drs. 7/550, S. 210.

⁹⁹⁸ Als Beispiel ist hier an die Mitarbeit in einem Ausschuss nach § 13 des Geräte- und Produktsicherheitsgesetzes vom 6. Januar 2004 (BGBl. 2004 I, S.2) zu denken.

3.) Merkmal der förmlichen Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz

Nach den meisten Kommunalverfassungen sind die kommunalen Mandatsträger auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Amtspflichten vom Bürgermeister zu verpflichten.⁹⁹⁹ Denkbar ist daher, dass bereits in dieser kommunalverfassungsrechtlichen Verpflichtung eine förmliche Verpflichtung nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 a) StGB i.V.m. dem Verpflichtungsgesetz (VerpflG) gesehen werden könnte:

Die kommunalverfassungsrechtliche Verpflichtung entspricht allerdings bereits unter formalen Gesichtspunkten nicht den Voraussetzungen derjenigen nach dem Verpflichtungsgesetz. Denn nach § 1 Abs. 2 und 3 VerpflG ist der besonders zu Verpflichtende ausdrücklich auf die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung hinzuweisen und es ist hierüber eine Niederschrift aufzunehmen, die der Verpflichtete unterzeichnet.¹⁰⁰⁰ Die Verpflichtung nach den Kommunalverfassungen erfolgt aber lediglich durch Handschlag des Bürgermeisters zu Beginn der ersten Sitzung der kommunalen Volksvertretung nach der Wahl.¹⁰⁰¹ Eine ausdrückliche Belehrung über die strafrechtlichen Folgen, die Anfertigung einer Niederschrift sowie eine Unterschriftsleistung des kommunalen Mandatsträgers über den Vorgang der Verpflichtung findet nicht statt.¹⁰⁰² Schließlich sieht auch die Verpflichtungsformel keine Bezugnahme auf die strafrechtlichen Tatbestände vor.¹⁰⁰³ Letztlich werden alle Beteiligten auch nicht subjektiv davon ausgehen, dass gleichzeitig eine besondere Verpflichtung nach dem VerpflG durchgeführt wird, sondern allein eine solche kommunalverfassungsrechtlicher Art. Damit fehlt es der kommunalverfassungsrechtlichen Verpflichtung bereits an den wesentlichen Grundvoraussetzungen einer besonderen Verpflichtung nach dem VerpflG. Die strenge Formalisierung des Akts der besonderen Verpflichtung wurde allerdings vom Gesetzgeber wegen der strafrechtlichen Folgen, die an eine solche Verpflichtung

⁹⁹⁹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 346 unter Verweis auf § 32 Abs 1 Satz 2 BWGemO; 28 Abs. 1 MVKV; § 42 NdsGemO; § 33 Abs. 2 SaarkSVG; § 35 Abs. 1 SächsGemO; § 51 Abs. 2 SachsAnGemO; § 24 Abs. 2 ThürKO; in Bayern wird sogar vereidigt: § 31 Abs. 4 BayGemO.

¹⁰⁰⁰ LK-*Gribbohm*, § 11 Rn 77 und ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 587 ff.

¹⁰⁰¹ *Kunze/Bronner/Katz*, § 32 BWGemO Rn 7 ff.; *Bauer/Böhle/Ecker*, § 31 Abs. 4 BayGemO Rn 24 ff.

¹⁰⁰² *Kunze/Bronner/Katz*, § 32 BWGemO Rn 7 ff.; *Bauer/Böhle/Ecker*, § 31 Abs. 4 BayGemO Rn 24 ff.

¹⁰⁰³ Zum Inhalt der Verpflichtungsformel in Baden-Württemberg siehe die Erläuterungen der Verwaltungsvorschrift zu § 32 BWGemO in *Kunze/Bronner/Katz*, § 32 BWGemO.

geknüpft werden eingeführt.¹⁰⁰⁴ Ferner sollte hierdurch der Personenkreis der tauglichen Täter eingeschränkt werden.¹⁰⁰⁵ Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit für den Betroffenen, ist unstrittig, dass im Falle einer Missachtung der Formerfordernisse des VerpflG keine wirksame Verpflichtung vorliegt.¹⁰⁰⁶

Nach allem muss festgehalten werden, dass die kommunalverfassungsrechtliche Verpflichtung nicht die Voraussetzungen der besonderen Verpflichtung nach dem VerpflG erfüllt. Insoweit ist die Rechtslage ähnlich wie bei nach § 36 GewO öffentlich bestellten Sachverständigen. Diese gehören nach allgemeiner Meinung nicht zum Kreis der besonders Verpflichteten, obwohl sie nach § 36 Abs. 1 Satz 2 GewO auf eine unabhängige, weisungsfreie, persönliche, gewissenhafte, und unparteiische Erfüllung ihrer Sachverständigentätigkeit vereidigt werden.¹⁰⁰⁷ Erst durch eine förmliche Verpflichtung nach dem VerpflG werden sie auch zu Amtsträgern nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB, was sich insbesondere aus dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 Nr. 3 VerpflG ergibt¹⁰⁰⁸. Dementsprechend müssten auch kommunale Mandatsträger zusätzlich zur kommunalverfassungsrechtlichen Verpflichtung noch formgerecht nach dem VerpflG verpflichtet werden. Den förmlichen Voraussetzungen der besonderen Verpflichtung nach dem VerpflG könnte aber im Rahmen der kommunalverfassungsrechtlichen Verpflichtung Rechnung getragen werden.

4.) Keine Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Eine förmliche Verpflichtung kommunaler Mandatsträger zusätzlich zur kommunalverfassungsrechtlichen Verpflichtung könnte aber an der letzten Voraussetzung von § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB scheitern.¹⁰⁰⁹ Nach der Formulierung des Gesetzes setzt eine besondere Verpflichtung nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB in

¹⁰⁰⁴ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 582 f. unter Hinweis auf BT-Drs. 7/550, S. 211.

¹⁰⁰⁵ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 582 f. und *Rohlf*, Amtsdelikte, S. 178.

¹⁰⁰⁶ *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 77; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 26; *Petri* NStZ 1991, 471 f. unter Verweis auf BGH NJW 1980, 846 sowie *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 582 und 587 ff.

¹⁰⁰⁷ unter Berufung auf BT-Drs. 7/550, S. 211, *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 26; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 72; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 78; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 39; *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 36 und ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 583 f. sowie *Rohlf*, Amtsdelikte, S. 74 dort Fn. 307.

¹⁰⁰⁸ *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 78 ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 583 f.

¹⁰⁰⁹ Hierzu *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 34 ff. und *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 581 ff.

negativer Hinsicht (...*wer, ohne Amtsträger zu sein ...*) voraus, dass der besonders zu Verpflichtende nicht bereits Amtsträger ist.

Auf den ersten Blick, wäre diese negative Voraussetzung - wie oben eingehend erörtert - bei kommunalen Mandatsträgern erfüllt. Denn diese sind sowohl nach der Lösung des BGH als auch nach der hier entwickelten Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation keine Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2, insbesondere Nr. 2 c) StGB. Daher könnten kommunale Mandatsträger auf Grund mangelnder Amtsträgereigenschaft nach dem Gesetzeswortlaut von § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB besonders verpflichtet werden.

Allerdings wird der Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB allgemein als zu weit empfunden.¹⁰¹⁰ Da die Wortlautinterpretation zwar eine bedeutende aber nicht die einzige Methode der Gesetzesauslegung darstellt, ist es legitim das dadurch gefundene Ergebnis an Hand der systematischen, teleologischen und historischen Auslegungsmethode zu überprüfen und ggf. zu korrigieren.¹⁰¹¹ So ist im Rahmen von § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB anerkannt, dass Handwerker die vorübergehend für eine Behörde arbeiten oder die Lieferanten von Sachmitteln nicht unter die Vorschrift fallen.¹⁰¹² Eine solche teleologische Reduktion des Wortlauts gebietet sich aus folgenden Erwägungen auch im Hinblick auf kommunale Mandatsträger:

Nach der Gesetzessystematik nehmen sämtliche Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 und speziell auch nach Nr. 2 c) StGB unmittelbar selbst Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr.¹⁰¹³ Dagegen nehmen die besonders Verpflichteten nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB in eigener Person keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr, sondern unterstützen auf verschiedene Weise – unmittelbar im Rahmen des § 11

¹⁰¹⁰ *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 127 und *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 573 ff.

¹⁰¹¹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 4. Kapitel unter 2 a, S. 141 ff. sowie *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, § 10 insbesondere unter IV und V, S. 57 ff.

¹⁰¹² Statt aller nur *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 25 und *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 37 a.E. bereits auch *Lenckner ZStW* 106 (1994) 502, 541.

¹⁰¹³ Zu diesem Kriterium speziell bei § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB: *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 41; *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 29; *NK-Lemke*, § 11 Rn 32 f.; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 63; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 21; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 21, 24; *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 512 ff., 572 ff.

Abs. 1 Nr. 4 a) oder mittelbar bei Nr. 4 b) StGB – solche Personen oder Organisationen, die selbst Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.¹⁰¹⁴

Damit wird das Merkmal der unmittelbaren und eigenverantwortlichen Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zum entscheidenden Abgrenzungskriterium. Jemand, der bereits unmittelbar selbst Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, kann nicht gleichzeitig zum Kreis der für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten gehören.¹⁰¹⁵ Und anders herum nimmt der besonders Verpflichtete niemals unmittelbar selbst Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr.¹⁰¹⁶ Diese Differenzierung zwischen § 11 Abs. 1 Nr. 2 auf der einen und Nr. 4 a) StGB auf der anderen Seite wird sowohl in der Kommentarliteratur¹⁰¹⁷ als auch in der Rechtsprechung¹⁰¹⁸ anerkannt.

Da wie oben gezeigt kommunale Mandatsträger im Rahmen ihrer Mandatsausübung auf kommunaler Ebene auf vielfältige Weise unmittelbar selbst mit der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung betraut sind, können sie aus diesen systematischen Gründen nicht zum Kreis der besonders zu Verpflichtenden gehören. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, dass der kommunale Mandatsträger diese Aufgaben der öffentlichen Verwaltung als Mitglied des Hauptverwaltungsorgans der Kommune selbst wahrnimmt.

Insbesondere aber auch aus teleologischen und historischen Gründen können kommunale Mandatsträger nicht zum Personenkreis der besonders zu Verpflichtenden zählen. Der Begriff des für den „öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten“ wurde erst durch die Einführung des § 11 StGB im Jahre 1974 ins StGB aufgenommen.¹⁰¹⁹ Inhaltlich deckt er sich im Wesentlichen mit demjenigen

¹⁰¹⁴ Grundlegend *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 542; ihm folgend *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 571 ff. sowie aus der übrigen Kommentarliteratur *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 37; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 74 ff.; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 73 ff. und *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 25.

¹⁰¹⁵ Ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 571 ff.

¹⁰¹⁶ bereits *Lenckner* ZStW 106 (1994) 502, 541 ff.

¹⁰¹⁷ *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 25; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 35 und 37; *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 14; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 72; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 77; *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 34c; *NK-Lemke*, § 11 Rn 39; *AK-Wassermann*, § 11 Rn 24.

¹⁰¹⁸ BGH NJW 1980, 846, 847; BGH NSZ 1994, 277; BGHSt 40, 211, 213.

¹⁰¹⁹ BT-Drs. 7/550, S. 210 sowie umfassend *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 561 ff.

Personenkreis, der nach bis dahin geltendem Recht durch die Bestechungsverordnung von 1943¹⁰²⁰ erfasst wurde.¹⁰²¹ Dabei war die Intension des Gesetzgebers einerseits all diejenigen Personen in den Anwendungsbereich ausgewählter Amtsdelikte einzubeziehen, die bereits keine Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind, jedoch als Private in annähernd gleicher Weise und gleichem Umfang Einblick in die Abläufe der Verwaltung haben sowie Einflussmöglichkeiten auf das Verwaltungshandeln besitzen können.¹⁰²² Andererseits sollen aber auch diejenigen Personen erfasst sein, die zwar bei einer Behörde oder sonstigen Stelle in der öffentlichen Verwaltung beschäftigt sind, allerdings keine „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ ausführen. Sondern vielmehr Supportarbeiten wie Schreib-, Putz- oder Hausmeistertätigkeiten verrichten oder ggf. als Praktikant oder Auszubildender tätig sind und damit allesamt keine Amtsträger sind.¹⁰²³

Vor dem Hintergrund dieser Beispiele, die so auch in der Gesetzesbegründung genannt werden¹⁰²⁴, erhellt, dass kommunale Mandatsträger auf Grund ihrer bedeutenden kommunalverfassungsrechtlichen Stellung eine Tätigkeit ausüben, die sich keinesfalls mit Support-, Hilfs- oder Ausbildungstätigkeiten vergleichen lässt. In dem Umfang wie eine besondere Verpflichtung auch bei herausgehobenen Funktionen - wie im Falle von Gutachtern oder Sachverständigen - in Betracht kommt,¹⁰²⁵ ist anerkannt, dass auch diese besonders Verpflichteten mit ihrer Tätigkeit lediglich den Entscheidungsprozess des zuständigen Amtsträgers vorbereiten, jedoch nie die Entscheidung selbst fällen.¹⁰²⁶

¹⁰²⁰ RGBI. 1943 I, S. 351.

¹⁰²¹ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 561 unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 210, 364, 365; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 15, 34, 39; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 18; *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 8; *AK-Wassermann*, § 11 Rn 24; *Geppert* Jura 1981, 42, 45.

¹⁰²² BT-Drs. 7/550, S. 210, *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 34; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 71; *NK-Lemke*, § 11 Rn 39; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 73; *AK-Wassermann*, § 11 Rn 24.

¹⁰²³ je unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 210: *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 25; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 75; *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 563.

¹⁰²⁴ BT-Drs. 7/550, S. 210 und *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 35; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 25, *MüKo-Radtke*; § 11 Rn 75; *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 563.

¹⁰²⁵ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 583 unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 211; *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 77; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 71; sowie *Rohlf*, Amtsdelikte, S. 74; *Petri* NSTz 1991, 471 auch *Knauß*, in: *Vahlenkamp/Knauß*, Korruption – hinnehmen oder handeln ?, Teil 2, Nr. 2441, S. 284 ff.

¹⁰²⁶ *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 572 ff. so auch *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 56 und 127 f.

III. Ergebnis

Eine Verpflichtung kommunaler Mandatsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 a) Alt. 1 StGB i.V.m. dem Verpflichtungsgesetz ist rechtlich nicht möglich. Denn die kommunalen Mandatsträger nehmen unmittelbar selbst Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr.¹⁰²⁷ Negative Voraussetzung für eine förmliche Verpflichtung ist aber, dass der förmlich zu Verpflichtende nicht unmittelbar selbst mit der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung betraut ist.¹⁰²⁸

B) Gesetzgeberische Möglichkeiten

Die Untersuchung hat ergeben, dass kommunale Mandatsträger weder als Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB noch als besonders Verpflichtete nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB anzusehen sind. Somit fallen de lege lata kommunale Mandatsträger ebenso wie Abgeordnete lediglich unter den Tatbestand der Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB. Nachfolgend soll geprüft werden, welche Möglichkeiten dem Gesetzgeber für eine Ausdehnung der Strafbarkeit kommunaler Mandatsträger zur Verfügung stehen:

I. Regelungen auf Bundesebene ?

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG steht dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für das Strafrecht zu. Deshalb sollen zunächst die Möglichkeiten des Bundesgesetzgebers erörtert werden:

1.) Erweiterung des Amtsträgerbegriffs ?

Sicherlich die einfachste Lösung wäre § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB um die Gruppe der kommunalen Mandatsträger zu ergänzen und ihm folgenden Wortlaut zu geben:

Amtsträger:

Wer nach deutschem Recht ...

¹⁰²⁷ Hierzu ausführlich bereits oben im 1. Kapitel unter C III. 1 und 2.

¹⁰²⁸ Hierzu ausführlich oben unter II. 4.

...

„d) *unmittelbar demokratisch gewähltes Mitglied des Selbstverwaltungsorgans einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbandes (kommunaler Mandatsträger) ist.*“

Eine derartige Gesetzesergänzung wäre politisch bestimmt ohne größere Widerstände umzusetzen. Die damit verbundene Eröffnung des Anwendungsbereichs der Korruptionstatbestände nach § 331 ff. StGB auch für kommunale Mandatsträger, brächte für alle Beteiligte sofortige Rechtsklarheit. Eine derartige Lösung lässt sich jedoch mit den in dieser Arbeit herausgearbeiteten Grundsätzen nicht vereinbaren. Denn es konnte begründet werden, dass kommunale Mandatsträger umfassend mit Abgeordneten zu vergleichen sind. Beide Gruppen von Volksvertreter haben nachweislich zahlreiche Gemeinsamkeiten. Insbesondere die unmittelbare demokratischen Legitimation gepaart mit *funktionell-inhaltlich* gleichartigen Aufgaben und Befugnissen unterscheidet sie von den übrigen Amtsträgern.¹⁰²⁹ Hieraus ergibt sich ein struktureller Unterschied zwischen Mandatsausübung und Amtsausübung. Gerade wegen ihrer umfassenden politischen und legislativen Funktionen, würden kommunale Mandatsträger im Amtsträgerbegriff des § 11 Abs 1 Nr. 2 StGB einen Fremdkörper darstellen. Der Gesetzgeber wäre mit einer solchen Lösung auch im Hinblick auf den Tatbestand der Abgeordnetenbestechung schlecht beraten. Mit einer gesetzlich angeordneten generellen Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger würde § 108e StGB nämlich ein noch geringerer Anwendungsbereich zukommen. Eine derartige faktische Ausgliederung der kommunalen Mandatsträger aus der Abgeordnetenbestechung würde § 108e StGB zum „symbolischen Strafrecht“ degradieren und damit endgültig von einer Strafvorschrift zu einer ausschließlich Parlamentsabgeordnete privilegierenden Schutzvorschrift mutieren.¹⁰³⁰ Vor diesem Hintergrund müssen sich die Bundestagsabgeordneten zu Recht die Frage gefallen lassen, aus welchen Gründen sie sich nicht selbst in die Ausdehnung des Amtsträgerbegriffs einbezogen haben. Eine in sich schlüssige Antwort wird hier schwer fallen. Denn eine Ungleichbehandlung von Parlamentsabgeordneten und

¹⁰²⁹ Vgl. oben im 2. Kapitel unter C I und II.

¹⁰³⁰ So aber bereits *Barton* NJW 1994, 1098, 1100 und *Geerds* JR 1996, 309, 312; *Schaupensteiner* NStZ 1996, 409, 415; *de With*, Kriministik 1997, 400 ff.; *LK-Häger*, § 36 Rn 5 und 12a; *von Arnim* NVwZ 2006, 249, 252 f. dagegen aber *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 53 ff.

kommunalen Mandatsträgern lässt sich - wie u.a. die Ergebnisse dieser Arbeit zeigen - nicht rechtfertigen. Auf Grund dessen ist unschwer zu prophezeien, dass es zu einer einseitigen Ausdehnung des Amtsträgerbegriffs in Richtung kommunaler Mandatsträger nicht kommen wird. Letztlich ist auch der BGH einer derartigen Lösung nicht nähergetreten.¹⁰³¹

2.) Reform der Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB

Der Weg zu einer in sich stimmigen Lösung führt daher nicht an einer umfassenden Reform des Tatbestands der Abgeordnetenbestechung vorbei. Hierzu hat die Literatur auch im Hinblick auf internationale Vorgaben eine große Zahl von Reformvorschlägen unterbreitet.¹⁰³² Um den Umfang dieser Untersuchung nicht zu sprengen, muss an dieser Stelle auf diese Arbeiten verwiesen werden.¹⁰³³ Angemerkt sei hierzu lediglich, dass über die Notwendigkeit einer Privilegierung von Volksvertretern gegenüber Amtsträgern grundsätzlich Einigkeit besteht.¹⁰³⁴ So hat ein Amtsträger seine Entscheidung im Rahmen der maßgeblichen Rechtsvorschriften stets unparteiisch und frei von unsachlichen Einflüssen zu treffen. Hingegen dürfen bei der Ausübung von Stimmrechten im Parlament auch politische Gesichtspunkte und Rücksichtnahmen eine Rolle spielen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn bei der Stimmabgabe derartige politische Zwecke mitverfolgt werden, die den eigenen Interessen des Stimmberechtigten entgegenkommen.¹⁰³⁵ Dies deswegen, weil bei zahlreichen Abgeordneten die Zugehörigkeit zu einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe von wesentlicher Bedeutung für ihre Aufstellung als Kandidat durch ihre Partei und letztendlich für die Wahlentscheidung des Wählers ist.¹⁰³⁶ Diese Tatsache

¹⁰³¹ BGHSt 51, 44, 59 f. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

¹⁰³² hierzu jüngst die Untersuchung von *Möhrenschlager*, Weber-FS, 217, 230 ff.

¹⁰³³ Aus der umfangreichen Literatur z.B. *Michaela Becker*, Korruptionsbekämpfung, 1998; *Ursula Epp*, Abgeordnetenbestechung - § 108e StGB, 1997 und *Janina Heisz*, Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB, 1998 sowie *Heiner Schaller*, Strafrechtliche Probleme der Abgeordnetenbestechung, 2002; und bereits *Rolf Olderog*, Die Wahl- und Abgeordnetenbestechung, 1965 alle mwN.

¹⁰³⁴ Statt aller *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 185 ff. und 188 ff.; *Epp*, Abgeordnetenbestechung, S. 487 ff.; *Heisz*, Abgeordnetenbestechung, 108 ff.; *Schaller*, Abgeordnetenbestechung, S. 159 ff.; *Überhofen*, Korruption, 209 f. sowie *Schlüchter*, Geerds-FS 713, 728 ff.

¹⁰³⁵ zu weiteren Beispielen *Überhofen*, Korruption, 207 ff.; *Olderog*, Abgeordnetenbestechung, S. 98 ff.

¹⁰³⁶ So auch BGHSt 51, 44, 56 ff. unter Verweis auf BT-Drs. 12/1630, S. 6; 12/5927, S. 5 f.; 12/6092, S. 6. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

gebietet es auch den Vorteilsbegriff der §§ 331 ff. StGB nicht eins zu eins auf den politischen Betrieb zu übertragen.¹⁰³⁷

Eine Ausdehnung der Strafbarkeit kommunaler Mandatsträger lässt sich damit lediglich im Rahmen einer umfassenden Reform des § 108e StGB erreichen. Hierzu liegen sinnvolle Regelungsvorschläge aus der Literatur vor.¹⁰³⁸ Auf diese sollte der Gesetzgeber im Rahmen der auch vom BGH angemahnten Reform des § 108e StGB zurückgreifen.¹⁰³⁹

II. Möglichkeiten der Landesgesetzgeber

Unabhängig von der Gesetzgebungstätigkeit des Bundes, sollen hier auch die landesrechtlichen Möglichkeiten zur Ausdehnung einer Strafbarkeit bezüglich kommunaler Mandatsträger untersucht werden:

1.) Änderung des rechtlichen Status der kommunalen Mandatsträger ?

Kommunale Mandatsträger sind bislang nach allen Kommunalverfassungen ehrenamtlich tätig¹⁰⁴⁰ oder werden ehrenamtlich Tätigen gleichgestellt.¹⁰⁴¹ Sie üben damit eine ehrenamtliche Tätigkeit eigener Art aus.¹⁰⁴² Um zu einer Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger zu kommen, könnten die Länder

¹⁰³⁷ *Epp*, Abgeordnetenbestechung, S. 322 und *Schaller*, Abgeordnetenbestechung, S. 70 ff. verweist auf BT-Drs. 12/1739, S. 4 weitere Fallkonstellationen *Schlüchter*, Geerds-FS, S. 713, 725 f.; *Römer*, Abgeordnetenbestechung, S. 53 ff., 138 ff. und bereits *Olderog*, Abgeordnetenbestechung, S. 98 ff.

¹⁰³⁸ Vgl. *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 185 ff., 188 ff.; *Epp*, Abgeordnetenbestechung, S. 487 ff., 501; *Heisz*, Abgeordnetenbestechung, 108 ff.; *Schaller*, Abgeordnetenbestechung, S. 159 ff. sowie *de With*, Kriminalistik 1997, 400 ff. und bereits *Olderog*, Abgeordnetenbestechung, S. 106 ff.

¹⁰³⁹ BGHSt 51, 44, 59 f. ebenso für eine Reform *Zypries* StraFo 2004, 221, 224 und *Wolf* NJW 2006, 2735, 2738.

¹⁰⁴⁰ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b aa, S. 185 f. unter Verweis auf § 32 Abs. 1 S. 1 BWGemO; Art. 31 Abs. 2 S. 1 BayGemO; § 18 Abs. 1 und § 30 Abs. 1 RPGemO; § 30 Abs. 1 S. 1 SaarkSVG; § 35 Abs. 1 S. 1 SächsGemO; § 42 Abs. 1 S. 1 SachsAnGemO; § 24 Abs. 1 S. 1 ThürKO.

¹⁰⁴¹ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b aa, S. 185 f. unter Verweis auf §§ 37 Abs. 2 und 38 Abs. 2 BbgGemO; § 35 Abs. 2 HessGemO; § 39 Abs. 3 ff. NdsGemO; §§ 43 Abs. 2 und 44 NRWGemO; § 32 Abs. 3 SHGemO.

das Rechtsverhältnis der kommunalen Mandatsträger als öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB ausgestalten. So könnte in den Kommunalverfassungen klargestellt werden, dass die kommunalen Mandatsträger zur Kommune in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen. Des Weiteren könnten in diesem Zusammenhang die Rechte und Pflichten der Mandatsträger in Bezug auf ihre Person ausgestaltet und dem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis angeglichen werden. Damit wären die Länder unabhängig vom Bundesgesetzgeber in der Lage eine Amtsträgerstellung kommunaler Mandatsträger zu kreieren. Hiergegen ist jedoch zu erinnern, dass die Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht allein beim Bund liegt. Nur dessen Vorgaben sind für die Auslegung des Amtsträgerbegriffs nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB maßgeblich. Bereits am Anfang dieser Untersuchung konnte nachgewiesen werden, dass sich das öffentlich-rechtliche Amtsverhältnis am Beamtenverhältnis orientiert und wie dieses ein hauptamtliches, zumindest jedoch ein nebenamtliches personales Dienst- bzw. Anstellungsverhältnis zur Anstellungskörperschaft voraussetzt.¹⁰⁴³ Damit ist es keinesfalls ausreichend, wenn die Länder das kommunale Mandatsverhältnis lediglich formal als ein öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis bezeichnen. Vielmehr muss das kommunale Mandatsverhältnis auch den inhaltlichen Anforderungen des Amtsträgerbegriffs nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB entsprechen. Wie bereits dargelegt, lässt sich das kommunale Mandatsverhältnis u.a. wegen seiner historischen Wurzeln nicht als ein öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis zur Kommune beschreiben.¹⁰⁴⁴ Im Ergebnis ist daher festzuhalten: Nur wenn die Länder auch zu einer durchgreifenden inhaltlichen Änderung der Rechtstellung des kommunalen Mandatsträgers in Richtung eines öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisses bereit wären, könnten sie kommunale Mandatsträger unter den Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB fallen lassen. Ob die Länder zu einem derartigen Paradigmenwechsel bereit sind, darf bezweifelt werden. Viel einfacher dürfte es sein, wenn die Länder über den Bundesrat auf eine Änderung des Strafgesetzbuchs im Sinne der oben bereits erörterten Alternativen hinwirkten.

¹⁰⁴² *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 b, S. 97; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 283; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 348 unter Verweis auf BVerfGE 12, 73, 80; 48, 64, 89 *Stober*, Kommunalrecht, § 15 II 3 b aa, S. 185 f.; *Rübenstahl* HRRS 2006, 23, 28 ff. verweist auf BVerfG NVwZ 1994, 56, 57.

¹⁰⁴³ *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 26 ff.; *NK-Lemke*, § 11 Rn 25; *AK-Wassermann*, § 11 Rn 14 und *LK-Gribbohm*, § 11 Rn 28 sowie ausführlich oben im 1. Kapitel unter B.

¹⁰⁴⁴ ausführlich oben im 1. Kapitel unter B.

2.) Das KorruptionsbekämpfungsgG in Nordrhein-Westfalen

Als bislang einziges Bundesland hat Nordrhein-Westfalen ein Korruptionsbekämpfungsgesetz (KorrbekG) erlassen.¹⁰⁴⁵ Dieses Gesetz gilt nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KorruptionsbekämpfungsgG ausdrücklich auch für kommunale Mandatsträger. Vereinzelt wird hieraus der Schluss gezogen, dass nunmehr für NRW die Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB gesetzlich festgestellt ist.¹⁰⁴⁶ Dem ist aus mehreren Gründen zu widersprechen. Inhaltlicher Schwerpunkt dieses Gesetzes ist die Gründung einer Informationsstelle, die ein sog. Vergaberegister führt. Dieses Register enthält Informationen über Vergabeausschlüsse von Bietern und Hinweise auf Verfehlungen, die nicht zu einem Vergabeausschluss geführt haben.¹⁰⁴⁷ Derartige Verfehlungen sind insbesondere näher definierte straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Unregelmäßigkeiten, die von einer Person im Rahmen ihrer unternehmerischen Betätigung im Zusammenhang mit öffentlichen Vergabeverfahren bekannt wurden.¹⁰⁴⁸ Solche Informationen haben alle staatlichen und kommunalen Behörden der Informationsstelle mitzuteilen, damit andere Behörden bei Vergabeentscheidungen darauf zurückgreifen können und vor unlauteren Bietern gewarnt sind.¹⁰⁴⁹ Erst der 4. Abschnitt des Gesetzes ist in Bezug auf kommunale Mandatsträger relevant. Diese haben zum Zwecke der Transparenz bestimmte berufliche, private und geschäftliche Verhältnisse und Beziehungen gegenüber der Informationsstelle bzw. dem Bürgermeister mitzuteilen, der diese veröffentlicht.¹⁰⁵⁰ Aber auch an dieser Stelle enthält sich das KorruptionsbekämpfungsgG jeglicher Aussage zur Problematik der strafrechtlichen Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger. Eine solche strafrechtliche Bestimmung könnte der Landesgesetzgeber nicht schaffen. Denn der Bund hat von seiner konkurrierenden

¹⁰⁴⁵ Gesetz zur Verbesserung der Korruptionsbekämpfung und zur Errichtung und Führung eines Vergaberegisters in Nordrhein-Westfalen vom 16. Dezember 2004 (GVBl. NRW 2005, S. 8).

¹⁰⁴⁶ so Greeve, Korruptionsdelikte, Rn 181 a.E. und die Begründung der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/DIE GRÜNEN; LT-Drs. 13/5952, Teil B, Begründung zu § 1 KorruptionsbekämpfungsgG darauf Bezug nehmend die kommunale Ehrenordnung der Bundesstadt Bonn unter http://www.bonn.de/bo_ris/ris_sql/documents/richtman.pdf.

¹⁰⁴⁷ Vgl. § 4 Abs. 1 KorruptionsbekämpfungsgG.

¹⁰⁴⁸ Vgl. § 5 KorruptionsbekämpfungsgG.

¹⁰⁴⁹ Vgl. § 4 Abs. 2 i.V.m. § 6 ff. KorruptionsbekämpfungsgG.

¹⁰⁵⁰ Vgl. §§ 15 und 17 KorruptionsbekämpfungsgG.

Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG abschließend Gebrauch gemacht. Letztlich misst auch der BGH in seiner Leitentscheidung zur Frage der strafrechtlichen Amtsträgereigenschaft eines kommunalen Mandatsträgers diesem Korruptionsbekämpfungsg keine Bedeutung bei. Dies erstaunt, denn der der angeklagte Kommunalpolitiker gehörte dem Rat der nordrhein-westfälischen Stadt Wuppertal an.¹⁰⁵¹

Folglich können die Länder über ein Korruptionsbekämpfungsg die Korruption gerade nicht mit strafrechtlichen Mitteln, sondern nur auf dem Weg des behördeninternen Informationsaustauschs und der Schaffung von Transparenz begegnen.

3.) Schaffung gesetzlicher Vorgaben für kommunale Ehrenordnungen

Als eine weitere Möglichkeit zur Sicherstellung einer lauterer Mandatsausübung auf kommunaler Ebene ist die Schaffung einer kommunalverfassungsrechtlichen Rechtsgrundlage für sog. kommunale Ehrenordnungen in Betracht zu ziehen. Die Problematik der kommunalen Ehrenordnungen soll nachfolgend in einem eigenen Gliederungspunkt dargestellt werden. An dieser Stelle sei lediglich angemerkt, dass bislang lediglich Nordrhein-Westfalen mit § 43 Abs. 3 NRWGemO diesbezüglich eine gesetzliche Regelung geschaffen hat.

C) Einführung kommunaler Ehrenordnungen

Abschließend soll erörtert werden, was auf kommunaler Ebene zur Sicherstellung einer lauterer Mandatsausübung getan werden kann. Hierbei werden vor allem die in der letzten Zeit von einigen Städten erlassenen sog. kommunale Ehrenordnungen oder Ehrenkodexe zu untersuchen sein. Hierunter versteht man Regelungen in denen sich die kommunalen Mandatsträger im Zusammenhang mit ihrer Mandatsausübung gewissen Verhaltenspflichten unterwerfen.¹⁰⁵² Insbesondere ist

¹⁰⁵¹ Die Entscheidungen BGHSt 51, 44 ff. und BGH wistra 2006, 419, 420 = NSiZ 2007, 36 erwähnen das nordrhein-westfälische Korruptionsbekämpfungsg nicht einmal.

¹⁰⁵² Vgl. die Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart veröffentlicht unter:

http://www.stuttgart.de/sde/menu/frame/ns_top_11021_11041.htm sowie für Bochum unter:

http://www.bochum.de/ortsrecht/ortsrecht/ehren_ordnung.pdf für die Bundesstadt Bonn unter:

geregelt, wie kommunale Mandatsträger mit Geschenken oder sonstigen Vergünstigungen verfahren sollen, die in Bezug auf ihr Mandat gewährt werden. Darüber hinaus sehen die kommunalen Ehrenordnungen zum Zwecke der Transparenz die Pflicht zur gewissenhaften Offenlegung bestimmter privater und geschäftlicher Verhältnisse eines kommunalen Mandatsträgers vor.¹⁰⁵³

I. Vorstellung einzelner kommunaler Ehrenordnungen

1.) Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart

Soweit ersichtlich hat sich in Baden-Württemberg bislang lediglich der Gemeinderat der Landeshauptstadt Stuttgart eine Ehrenordnung gegeben.¹⁰⁵⁴ Sie soll nach ihrer Präambel den Mitgliedern des Gemeinderats Orientierung und Rechtssicherheit vermitteln, darüber hinaus aber auch transparent machen, wo nach Auffassung des Gemeinderats die Grenze zwischen zulässiger ehrenamtlicher Mandatsausübung und unzulässigem eigennützigem Verhalten zu ziehen ist.¹⁰⁵⁵ Zunächst verpflichten sich die Gemeinderäte interne Kenntnisse aus ihrer Mandats Tätigkeit nicht zum eigenen Vorteil zu verwenden oder weiterzugeben.¹⁰⁵⁶ Im Rahmen von Einladungen zu Bewirtungen oder ähnlichen Anlässen ist auf deren Angemessenheit zu achten und zu prüfen, ob sich aus der Einladung Abhängigkeiten ergeben können. Als Obergrenze werden hier 100 Euro angesehen.¹⁰⁵⁷ Geschenke oder im Rahmen des Üblichen liegende Aufmerksamkeiten dürfen bis zu einem Wert von 30 Euro angenommen werden. Die Annahme von Bargeld ist jedoch generell unzulässig.¹⁰⁵⁸ Die Teilnahme an repräsentativen Veranstaltungen wird ausdrücklich zu den Pflichten der Mandatsträger gezählt. Soweit diesbezüglich Freikarten gewährt werden, ist deren Annahme grundsätzlich zulässig, wenn deren Wert 50 Euro nicht

http://www.bonn.de/bo_ris/ris_sql/documents/richtman.pdf für die Stadt Wuppertal

http://www.wuppertal.de/allg_dienste/rechtsabteilung/stadtrecht/satzungen_pdf/0-50.pdf.

¹⁰⁵³ bereits *Ahlf*, in: *Vahlenkamp/Knauß*, Korruption – hinnehmen oder handeln ?, Teil 4, Nr. 2.2.4, S. 432 sowie *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

¹⁰⁵⁴ Der volle Wortlaut findet sich im Internet unter

http://www.stuttgart.de/sde/menu/frame/ns_top_11021_11041.htm.

¹⁰⁵⁵ Vgl. Nr. 1 Präambel der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁵⁶ Vgl. Nr. 4 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁵⁷ Vgl. Nr. 5 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

übersteigt.¹⁰⁵⁹ Des Weiteren bedürfen Dienstreisen eines Gemeinderats grundsätzlich der Genehmigung des Gemeinderats oder eines Ausschuss.¹⁰⁶⁰ Die Annahme von Spenden ist ausgeschlossen, soweit es sich nicht um Zuwendungen an die Stadt handelt, die umgehend an den Oberbürgermeister weiterzuleiten sind.¹⁰⁶¹ Ferner ist in Bezug auf die berufliche Tätigkeit oder eine sonstige Nebentätigkeit der Mandatsträger gehalten zu überprüfen, ob sich dabei Interessenkollisionen oder Abhängigkeiten für seine Mandatstätigkeit ergeben könnten.¹⁰⁶² Schließlich haben die Stadträte den Oberbürgermeister über einzelne persönliche und geschäftliche Verhältnisse zum Zwecke der Transparenz zu unterrichten.¹⁰⁶³ Zur Entscheidung von Zweifelsfragen bezüglich einzelner Regelungen wird ein sog. Ehrenrat aus der Mitte des Ältestenrats gebildet.¹⁰⁶⁴

Bevor hierzu eine Stellungnahme abgegeben werden soll, wird noch kurz auf die Regelungen in NRW eingegangen.

2.) Gesetzliche Regelung in Nordrhein-Westfalen

Als einziges Bundesland hat bislang Nordrhein-Westfalen für alle Gemeinden eine verbindliche gesetzliche Regelung vorgeschrieben. Dort müssen die Ratsmitglieder nach § 43 Abs. 3 der GemO gegenüber dem Bürgermeister Auskunft über ihre wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse geben, soweit das für die Ausübung ihres Mandats von Bedeutung sein kann. Dabei obliegt die Ausgestaltung der näheren Einzelheiten dem Rat. Die Auskunft ist vertraulich zu behandeln. Name, Anschrift, der ausgeübte Beruf sowie andere vergütete und ehrenamtliche Tätigkeiten können veröffentlicht werden. Nach Ablauf der Wahlperiode sind die gespeicherten Daten der ausgeschiedenen Mitglieder zu löschen. Entsprechend diesen gesetzlichen Vorgaben haben nunmehr sämtliche Gemeinden in NRW Ehrenordnungen erlassen.¹⁰⁶⁵ Während sich manche Städte lediglich auf die Umsetzung dieser

¹⁰⁵⁸ Vgl. Nr. 6 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁵⁹ Vgl. Nr. 7 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁶⁰ Vgl. Nr. 8 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁶¹ Vgl. Nr. 9 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁶² Vgl. Nr. 10 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁶³ Vgl. Nr. 13 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁶⁴ Vgl. Nr. 3 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁶⁵ Vgl. die umfassenden Rechercheergebnisse in Google unter dem Suchbegriff „Ehrenordnung“.

gesetzlichen Vorgaben beschränken,¹⁰⁶⁶ geben sich andere Städte ähnlich umfassende Verhaltensregelungen, wie sie die bereits oben beschriebene Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart vorsieht.¹⁰⁶⁷

II. Kommunalverfassungsrechtliche Problematik der kommunalen Ehrenordnungen

Die rechtsdogmatische Einordnung der kommunalen Ehrenordnungen wird bislang nirgends thematisiert.¹⁰⁶⁸ Dies ist verwunderlich, immerhin werden mit dem Instrument der Ehrenordnung dem kommunalen Mandatsträger weitgehende Auskunftspflicht und Verhaltenspflichten auferlegt. Für NRW existiert mit § 43 Abs. 3 NRWGemO jedenfalls eine gesetzliche Grundlage für die dort statuierten Anzeige und Auskunftspflichten. Aber auch diese - bislang einzige kommunalverfassungsrechtliche Regelung - verlangt lediglich die Einführung einer Ehrenordnung. Sie enthält sich aber zur Frage der konkreten rechtlichen Form. Insbesondere für darüber hinausgehende Verhaltenspflichten und erst Recht für die bislang lediglich auf rein freiwilliger Basis erlassenen Ehrenordnungen - wie z.B. der Landeshauptstadt Stuttgart - ist die Rechtsgrundlage völlig ungeklärt. Denn hierzu sehen sämtliche Kommunalverfassungen keinerlei Regelungsgrundlage für kommunale Ehrenordnungen vor. Die Rechtsform einer Satzung dürfte mangels unmittelbarer Außenwirkung gegenüber dem Bürger ausgeschlossen sein. Näher dürfte indessen der Bezug zur Geschäftsordnungsautonomie der kommunalen Volksvertretung liegen, weil diese vorwiegend die organinternen Verfahrens- und Organisationsabläufe zum Gegenstand hat.¹⁰⁶⁹ Teilweise werden derartige Regelungen tatsächlich in den Geschäftsordnungen einiger Städte getroffen.¹⁰⁷⁰ Diese regeln damit unmittelbar das Verhaltensrecht, das materielle Statusrecht und die persönliche Rechtsstellung der kommunalen Mandatsträger. Insoweit gehen

¹⁰⁶⁶ So z.B. die Stadt Bochum unter http://www.bochum.de/ortsrecht/ortsrecht/ehren_ordnung.pdf.

¹⁰⁶⁷ für die Stadt Bonn: http://www.bonn.de/bo_ris/ris_sql/documents/richtman.pdf für Wuppertal: http://www.wuppertal.de/allg_dienste/rechtsabteilung/stadtrecht/satzungen_pdf/0-50.pdf.

¹⁰⁶⁸ *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

¹⁰⁶⁹ *Ericksen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 e, S. 117; *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

¹⁰⁷⁰ Vgl. die Geschäftsordnungen der Stadträte von Freiburg und Heidelberg sowie *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

kommunale Ehrenordnungen eindeutig über den herkömmlichen Umfang der Geschäftsordnungsautonomie einer (kommunalen) Volksvertretung hinaus.¹⁰⁷¹ Somit stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die kommunale Volksvertretung im Rahmen einer kommunalen Ehrenordnung die Ausübung des gesetzlich vorgegebenen kommunalen Mandats weiter ausgestalten bzw. beschränken darf.

Eine systemgerechte Antwort hierauf lässt sich unter Rückgriff auf die Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestags finden. Mit ihnen unterwerfen sich die Bundestagsabgeordneten ähnlichen Verhaltens-, Auskunfts- und Anzeigpflichten, wie sie sich auch in den kommunalen Ehrenordnungen finden.¹⁰⁷² Damit besteht in Bezug auf deren rechtliche Einordnung eine ganz ähnliche Problematik wie bei den Regelungen der kommunalen Ehrenordnungen. Denn zunächst ist das freie Mandat der Bundestagsabgeordneten unmittelbar in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsrechtlich garantiert. Das Grundgesetz ermöglicht jedoch über Art. 38 Abs. 3 die nähere Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der Bundestagsabgeordneten durch Bundesgesetz zu regeln. Hiervon hat der Bundesgesetzgeber mit dem Erlass des Abgeordnetengesetzes Gebrauch gemacht. Die Verhaltensregeln der Mitglieder des Deutschen Bundestags werden bislang auf Grundlage von § 44a bzw. 44b AbgG als Anlage 1 zur Geschäftsordnung durch einfachen Beschluss des Bundestages erlassen. Ob eine derartige Zweiteilung der Verhaltensregelungen zwischen Gesetzes- und Geschäftsordnungsrecht verfassungsrechtlich zulässig ist, ist heftig umstritten.¹⁰⁷³ Teile der Literatur fordern aus verfassungsrechtlichen Gründen vehement die vollständige Überführung der Verhaltensregeln in Gesetzesform.¹⁰⁷⁴ Unabhängig von diesem Streit besteht jedoch Einigkeit darüber, dass ein Beschluss des Bundestags bezüglich der Verhaltensregeln seiner Abgeordneten wenigstens der einfachgesetzlichen Grundlage bedarf.¹⁰⁷⁵ Selbst der Bundestag könnte sich also ohne die gesetzliche Grundlage der §§ 44a bzw. 44b AbgG nicht durch einfachen Beschluss Verhaltensregeln geben. Denn die Bundestagsabgeordneten können ihr

¹⁰⁷¹ Zu dieser Problematik in Bezug auf die Verhaltensregeln der Bundestagsabgeordneten vgl.

Braun/Jantsch/Klante, Abgeordnetengesetz, § 44a Rn 7.

¹⁰⁷² Zu den Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestags bereits ausführlich oben im 2. Kapitel unter C II 2 d aa.

¹⁰⁷³ Zum Streit ausführlich mwN *Braun/Jantsch/Klante*, Abgeordnetengesetz, § 44a Rn 7 ff. und 9.

¹⁰⁷⁴ *Braun/Jantsch/Klante*, Abgeordnetengesetz, § 44a Rn 7 ff. mwN.

¹⁰⁷⁵ *Badura*, Parlamentsrecht, § 15 Rn 72 und *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 114 ff.

normhierarchisch höher angesiedeltes freies Mandat nicht durch einfachen Beschluss einschränken. Vielmehr bedarf es hierfür vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund der Art. 38 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 GG einer gesetzlichen Grundlage, die mit § 44a bzw. § 44b AbgG geschaffen wurde. Erst auf dieser gesetzlichen Grundlage können die Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestags in Form eines einfachen Beschlusses als Anlage zur Geschäftsordnung erlassen werden.¹⁰⁷⁶

Überträgt man diese normhierarchische und kompetenzrechtliche Argumentation auf die kommunalen Mandatsträger bzw. die kommunalen Ehrenordnungen, dann wird klar: Kommunale Mandatsträger können erst Recht nicht ohne kommunalverfassungsrechtliche Grundlage ihr einfachgesetzlich gewährtes Mandat durch einen Beschluss der kommunalen Volksvertretung in Form einer Ehrenordnung rechtsverbindlich ausgestalten oder gar einschränken.¹⁰⁷⁷ Zum einen eröffnen die Kommunalverfassungen den kommunalen Volksvertretungen - anders als das Grundgesetz dem Bundestag - nicht die Möglichkeit nähere Bestimmungen in Bezug auf das kommunale Mandat zu erlassen. Vielmehr haben die Landesgesetzgeber in ihren Kommunalverfassungen in Bezug auf die Ausgestaltung des kommunalen Mandats abschließende Regelungen getroffen. Damit können zum anderen diese gesetzlichen Bestimmungen nicht durch die rangniederen kommunalen Ehrenordnungen modifiziert oder ergänzt werden. Solange und soweit für kommunale Ehrenordnungen keine kommunalverfassungsrechtliche Grundlage existiert, entfalten die darin angeordneten Verhaltensregeln und Pflichten keine unmittelbare rechtliche Bedeutung und Durchsetzbarkeit.¹⁰⁷⁸

III. Strafrechtliche Problematik kommunaler Ehrenordnungen

Aus der vorstehend beschriebenen kommunalverfassungsrechtlichen Problematik kommunaler Ehrenordnungen resultiert nicht zuletzt auch eine strafrechtliche Problematik. Zunächst können die kommunalen Mandatsträger über den Erlass einer Ehrenordnung nicht den Anwendungsbereich des strafrechtlichen Amtsträgerbegriffs

¹⁰⁷⁶ Ausführlich *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 114 ff.

¹⁰⁷⁷ So auch *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB für sich selbst eröffnen. Denn wie ausgeführt fehlt selbst dem Landesgesetzgeber und damit erst Recht den Kommunen hierfür die verfassungsrechtliche Kompetenz.¹⁰⁷⁹ Soweit ersichtlich finden sich auch in keiner kommunalen Ehrenordnung derartige Bestimmungen.

Viel problematischer ist indessen die umgekehrte Fragestellung: Inwieweit können kommunale Ehrenordnungen die Annahme von Vergünstigungen durch kommunale Mandatsträger im Zusammenhang mit der Mandatsausübung rechtfertigen, wenn eine Amtsträgereigenschaft einmal unterstellt wird. So lange die Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger noch nicht höchstrichterlich geklärt war, stellten die kommunalen Ehrenordnungen in der Tat den Versuch dar, eine Strafverfolgung kommunaler Mandatsträger wegen Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB in Zusammenhang mit ihrer Mandatsausübung auszuschließen. Mittels des Instituts der kommunalen Ehrenordnung wollte die kommunale Volksvertretung transparent machen, wo nach ihrem Selbstverständnis die Grenze zwischen zulässiger ehrenamtlicher Mandatsausübung und unzulässigem eigennützigem Verhalten zu ziehen ist.¹⁰⁸⁰ Wie gezeigt regelt z.B. die Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart ausdrücklich in welcher Höhe und Art die Stadträte Vorteile und Vergünstigungen in Zusammenhang mit ihrer Mandats Tätigkeit annehmen dürfen.¹⁰⁸¹

Eine derartige Regelung wäre im Falle eines Ermittlungsverfahrens wegen Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB nur schwer als eine Bestimmung zur Ermittlung der Sozialadäquanz und schon gar nicht als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund anzusehen.¹⁰⁸² Einerseits liegt die Deutungshoheit in Bezug auf die Sozialadäquanz bei den Staatsanwaltschaften und Gerichten. Andererseits steht fest, dass der Landesgesetzgeber und damit erst Recht die Kommunen keine

¹⁰⁷⁸ ebenso *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006 S. 7.

¹⁰⁷⁹ Vgl. schon oben unter B I und B II 2.

¹⁰⁸⁰ Vgl. Nr. 1 Präambel der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁸¹ Vgl. die Nr. 5 bis 9 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁸² So auch die Meinung von *Jürgen Zeeb*, Fraktionsvorsitzender der Freien Wähler im Stuttgarter Gemeinderat bei *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

strafrechtlichen Schutzvorschriften bzw. Rechtfertigungsgründe für ihre kommunalen Mandatsträger erlassen können.¹⁰⁸³

Nachdem auch der BGH mit der herrschenden Meinung im Schrifttum nunmehr eine Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger grundsätzlich ausgeschlossen hat, dürfte sich diese strafrechtliche Problematik der kommunalen Ehrenordnungen aber erledigt haben. Im Ergebnis tendiert die Bedeutung kommunaler Ehrenordnungen für die Auslegung und Anwendung des materiellen Strafrechts in Bezug auf kommunale Mandatsträger gegen Null.¹⁰⁸⁴

IV. Abschließende Würdigung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Einführung kommunaler Ehrenordnungen kein Allheilmittel zur Sicherstellung der lautereren Mandatsausübung auf kommunaler Ebene darstellt. Soweit und solange die Landesgesetzgeber den Kommunen zur Einführung kommunale Ehrenordnungen keine ausdrückliche gesetzliche Befugnis einräumen, können die in den kommunalen Ehrenordnungen festgelegten Verhaltensregelungen und Pflichten keine unmittelbare rechtliche Geltung für die kommunalen Mandatsträger beanspruchen. Vielmehr sind sie solange als rechtlich unverbindliche, auf freiwilliger Basis abgegebene Selbstverpflichtungen anzusehen. Damit führt eine rein rechtliche Betrachtungsweise der kommunalen Ehrenordnungen in Bezug auf kommunale Mandatsträger zu einem ernüchternden Ergebnis.

Ungeachtet dessen sind die kommunalen Ehrenordnungen aber keinesfalls als überflüssig anzusehen. Vielmehr haben sie einen Bedeutungswandel erfahren. Waren sie ursprünglich ein untauglicher Versuch kommunale Mandatsträger vor Strafverfolgung zu schützen, so stellen sie nach der Ablehnung der strafrechtlichen Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger durch den BGH ein wichtiges Institut zur Sicherung der lautereren Mandatsausübung auf kommunaler Ebene dar. Denn an Hand der kommunalen Ehrenordnungen können die kommunalen Mandatsträger im Wege einer Selbstverpflichtung klar definieren welche Vorteile und

¹⁰⁸³ *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 33, 380 ff., 383 sowie *Klein*, Parlamentsrecht, § 17 Rn 4.; bereits *Weber* BayVBI 1989, 166, 168; *Kuhn* BayVBI 1989, 169, 171 f. und jüngst *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 221 f.; ausführlich auch *LK-Häger*, § 36 Rn 30.

Vergünstigungen sie als annehmbar erachten. Die kommunalen Ehrenordnungen werden zudem öffentlich beraten, beschlossen und sodann bekanntgegeben. Ein derart transparentes Verfahren stellt sicher, dass nur diejenigen Vorteile als annehmbar angesehen werden, auf welche die kommunalen Mandatsträger insbesondere zur zweckgerichteten Mandatstausübung angewiesen sind.¹⁰⁸⁵ So stellt die Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart klar, dass die Teilnahme der kommunalen Mandatsträger an repräsentativen Veranstaltungen grundsätzlich zu den Pflichten ihrer Mandatstätigkeit gehört. Nicht zuletzt, um in Bezug auf die zahlreichen von einer Kommune unterstützten bzw. geleiteten Einrichtungen wie Theater, Museen oder öffentliche Versorgungs- und Nahverkehrsunternehmen sinnvolle Entscheidungen treffen zu können, müssen sich die kommunalen Mandatsträger darüber hinreichend informieren.¹⁰⁸⁶ Es wäre unzumutbar, wenn die kommunalen Mandatsträger damit verbundene Kosten selber tragen müssten. Deshalb wird die Annahme diesbezüglicher Freikarten, Vergünstigungen oder Reisekostenerstattungen auch von Dritter Seite allgemein für zulässig erachtet.¹⁰⁸⁷ Darüber hinaus werden die kommunalen Mandatsträger durch den Erlass einer Ehrenordnung generell in Bezug auf die Problematik der Annahme von Vorteilen und Vergünstigungen sensibilisiert. Zum anderen ermöglicht auch hier wieder die Schaffung von Transparenz eine Kontrolle durch Medien und Öffentlichkeit. Insgesamt kann daher den kommunalen Ehrenordnungen auch auf Grundlage einer rein freiwilligen Selbstverpflichtung der kommunalen Mandatsträger ein wichtiger Beitrag zur politischen Hygiene in kommunalen Volksvertretungen zukommen.¹⁰⁸⁸ Um kommunalen Ehrenordnungen eine tatsächliche rechtliche Bedeutung und Durchsetzbarkeit zu verschaffen, müssten jedoch die Landesgesetzgeber tätig

¹⁰⁸⁴ Ebenso *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

¹⁰⁸⁵ Vgl. *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

¹⁰⁸⁶ So die Meinung von *Ursula Marx*, Fraktionsvorsitzende der Grünen im Stuttgarter Gemeinderat bei *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

¹⁰⁸⁷ Vgl. Nr. 7 und Nr. 8 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁰⁸⁸ Vgl. die Stellungnahme von *Norbert Brugger* vom Städtetag Baden-Württemberg bei *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

werden.¹⁰⁸⁹ Eine entsprechende gesetzliche Grundlage, wie sie bislang lediglich in Nordrhein-Westfalen existiert, ist auch den übrigen Bundesländern zu empfehlen. Letztlich kann kommunalen Ehrenordnungen auch in Bezug auf die gleichgelagerte Problematik bei Bürgermeistern eine bedeutende Rolle zukommen, was sogleich im 5. Kapitel gezeigt wird.

¹⁰⁸⁹ So auch *Jörg Ennuschat* bei *Mostbacher-Dix*, Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

5. Kapitel: Die Problematik bei kommunalen Wahlbeamten

Wie bereits in der Einführung zu dieser Arbeit beschrieben, sehen sich zunehmend auch Bürgermeister in zahlreichen Fallkonstellationen mit dem strafrechtlichen Vorwurf der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB konfrontiert. Sie befinden sich dabei im Vergleich zu kommunalen Mandatsträger in einer noch heikleren rechtlichen Zwickmühle. Einerseits sind sie als sog. kommunale Wahlbeamte statusrechtlich regelmäßig Beamte auf Zeit und damit Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB. Andererseits sind sie die zentralen Figuren des politischen Geschehens auf kommunaler Ebene. Denn einem Bürgermeister kommen bereits nach geltendem Kommunalverfassungsrecht mehr Funktionen zu, als lediglich die des „obersten Verwaltungsbeamten“ in seiner Kommune.¹⁰⁹⁰ Nicht erst seit gestern verlangen die Bürger von ihrem Bürgermeister ausgesprochene „Managerqualitäten“ in Bezug auf die bürgerfreundliche und dienstleistungsorientierte Gestaltung der Kommune. Die Erwartungshaltung der Bürgerschaft an ihren Bürgermeister ist dementsprechend hoch.¹⁰⁹¹ Vor allem seit der fast konturenlosen Erweiterung der Korruptionstatbestände im Jahre 1997 befinden sich Bürgermeister in zahlreichen Fallkonstellationen in einem unausweichlichen Interessenkonflikt.

In diesem Kapitel soll versucht werden das Spannungsfeld, in dem sich der moderne Bürgermeister zwangsläufig bewegen muss, näher darzustellen und es sachgerecht aufzulösen. Um die Problematik weiter zu verdeutlichen, ist zunächst die Doppelstellung der Bürgermeister näher zu untersuchen. Sodann wird dargestellt, wie bislang auf diese Problematik reagiert wurde. Schließlich soll auf Grundlage der in dieser Arbeit entwickelten Theorie der unmittelbaren demokratischen Legitimation auch in Bezug auf die Bürgermeister ein handhabbarer einheitlicher Lösungsansatz entwickelt werden. Zuletzt wird noch auf die entsprechende Problematik bei den kommunalen Beigeordneten sowie den Landräten einzugehen sein.

¹⁰⁹⁰ *Pfizer/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 172 ff. und 183 ff.

¹⁰⁹¹ *Witt*, Gedanken zum Beruf des Bürgermeisters, BWGZ 2006, 759 ff., 762.

A) Die Doppelstellung der Bürgermeister

Um die Problematik anschaulich zu machen, ist zunächst die dem Bürgermeisterberuf eigentümliche Doppelstellung zu beleuchten.

I. Die verwaltende Funktion des Bürgermeisters

Nach nunmehr allen Kommunalverfassungen leitet der Bürgermeister die kommunale Verwaltung und nimmt die damit verbundenen Organkompetenzen der Verwaltungsleitung, insbesondere der Aufgabenverteilung und der Personalorganisation wahr.¹⁰⁹² Wie bereits in Bezug auf die Problematik der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger erörtert, ist der Bürgermeister auch für zahlreiche Verwaltungsaufgaben eigenständig und rechtlich unabhängig von der kommunalen Volksvertretung originär zuständig.¹⁰⁹³ erinnert sei hier lediglich an die Geschäfte der laufenden Verwaltung, das Eilentscheidungsrecht des Bürgermeisters, sowie die von der kommunalen Volksvertretung auf den Bürgermeister übertragenen Aufgaben.¹⁰⁹⁴ Am deutlichsten wird die eigenständige Verwaltungstätigkeit des Bürgermeisters im Rahmen der sog. Pflichtaufgaben nach Weisung.¹⁰⁹⁵ Darunter versteht man all die Aufgaben, die die Gemeinde als Glied der Staatsverwaltung im sog. übertragenen Wirkungskreis wahrnimmt. Hierunter fällt die rein materiell-verwaltende Tätigkeit im Sinne der strikten Anwendung der verschiedenen Bundes- und Landesgesetze auf dem Gebiet des Polizei- und Ordnungsrechts sowie des Leistungsrechts.¹⁰⁹⁶ Rechtliche Äußerungsform der

¹⁰⁹² Vgl. Übersicht bei *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 222 sowie *Gern*, Kommunalrecht, Rn 368 und *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 b, S. 209 ff. je unter Verweis auf § 44 Abs. 1 BWGemO; Art. 29, 37, 38 und Art. 46 BayGemO; § 61 Abs. 1 BbgGemO; §§ 70 Abs. 1 und 71 HessGemO; § 38 MVKV; § 62 Abs. 2, 63 NdsGemO; § 62 Abs. 1 NRWGemO; § 47 RPKGemO; § 59 SaarkSVG; § 51 SächsGemO; § 63 Abs. 1 SachsAnGemO; § 55 Abs. 1, § 65 Abs. 1 SHGemO; § 29 ThürKO.

¹⁰⁹³ Siehe oben im 1. Kapitel unter C III 2 c.

¹⁰⁹⁴ Hierzu ausführlich oben im 1. Kapitel unter C III 2 c.

¹⁰⁹⁵ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 381 nennt § 44 Abs. 3 BWGemO; Art. 37 und 59 BayGemO; § 66 Abs. 1 Ziff. 1 und § 150 HessGemO; § 37 Abs. 5 MVKV; § 62 Abs. 1 NdsGemO; § 62 Abs. 3 NRWGemO; § 47 Abs. 1 Ziff. 4 RPKGemO; § 59 Abs. 4 SaarkSVG; § 53 Abs. 3 SächsGemO; § 63 Abs. 4 SachsAnGemO; §§ 55 Abs. 3 und 65 Abs. 5 SHGemO; § 29 Abs. 2 Ziff. 2 ThürKO.

¹⁰⁹⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 381 und *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 b, S. 209 sowie *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 380; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 2 b, S. 127; *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 273 ff. und Rn 346 ff.

Entscheidungen des Bürgermeisters auf diesem Gebiet ist der klassische Verwaltungsakt nach § 35 LVwVfG. Wie bereits ausgeführt, hat die kommunale Volksvertretung im Rahmen dieses Aufgabenbereichs des Bürgermeisters kein Mitsprache- oder gar Mitentscheidungsrecht.¹⁰⁹⁷

In der Praxis wird der Bürgermeister - zumal in größeren Kommunen - die Verwaltungsakte nicht selbst erlassen, sondern Verwaltungsbedienstete damit betrauen.¹⁰⁹⁸ In rechtlicher Hinsicht ergehen sie allerdings in seinem Namen und er trägt hierfür die Verantwortung im Verhältnis zur staatlichen Fach- bzw. Rechtsaufsichtsbehörde.¹⁰⁹⁹ Nach nunmehr sämtlichen Kommunalverfassungen ist der Bürgermeister letztlich auch Vorgesetzter, Dienstvorgesetzter und oberste Dienstbehörde aller kommunalen Bediensteten.¹¹⁰⁰

Betrachtet man lediglich diese verwaltenden Tätigkeiten eines Bürgermeisters, dann ist es konsequent das Anstellungsverhältnis der Bürgermeister als Beamtenverhältnis auszugestalten. Tatsächlich ist der Bürgermeister mittlerweile nach sämtlichen Kommunalverfassungen kommunaler Wahlbeamter auf Zeit.¹¹⁰¹ Infolgedessen ist die Bejahung der Amtsträgereigenschaft eines Bürgermeisters nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB problemlos möglich.

¹⁰⁹⁷ Hierzu bereits oben im 1. Kapitel unter C III 1 a und 2 c ebenso *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 273 und *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 b, 209 ff.

¹⁰⁹⁸ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 373 unter Verweis auf § 53 BWGemO; Art. 39 BayGemO; § 67 Abs. 4 BbgGemO; § 71 HessGemO; § 38 Abs. 2 und 4 MVKV; § 63 NdsGemO; §§ 62 Abs. 1, 64 Abs. 3, 68 Abs. 3 NRWGemO; § 49 RPGemO; § 62 SaarKSVG; § 59 SächsGemO; § 69 SachsAnGemO; §§ 56 Abs 3, 61 Abs. 3 SHGemO § 29 Abs. 1 ThürKO.

¹⁰⁹⁹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 373; *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 273 ff. *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 b, 209 ff.; zur Rechts- bzw. Fachaufsicht auch *Gern*, Kommunalrecht, Rn 805 ff. bzw. Rn 821 ff.

¹¹⁰⁰ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 b, S. 210; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 2 b, S. 123; *Waechter*, Kommunalrecht je unter Verweis auf § 44 Abs. 4 BWGemO; Art. 37 Abs. 4 BayGemO; § 72 Abs. 2 BbgGemO; § 73 Abs. 2 HessGemO; § 37 Abs. 2 MVKV; § 62 und § 80 NdsGemO; § 73 Abs. 2 NRW GemO; § 47 Abs. 2 RPGemO; § 63 Abs. 5 SachsAnGemO; § 53 Abs. 4 SächsGemO; §§ 50 Abs. 4 und 55 Abs. 2 SHGemO; § 29 Abs. 3 ThürKO.

¹¹⁰¹ *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 50 sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 8 II 4 a, S. 131 bzw. § 15 V 1, S. 207 ausführlich *Gern*, Kommunalrecht, Rn 357 ff.

II. Die politische Funktion des Bürgermeisters

Neben der oben beschriebenen Verwaltungsfunktion kommt dem Bürgermeister jedoch eine ganz erhebliche politische Funktion in seiner Kommune zu.¹¹⁰² Gerade die Stärkung dieser politischen Bedeutung des Bürgermeisters ist eines der wesentlichen Ergebnisse der einschneidenden Reformen sämtlicher Kommunalverfassungen in der Bundesrepublik.¹¹⁰³ Denn angelehnt an das Modell der Süddeutschen Ratsverfassung wird der Bürgermeister nunmehr in allen Bundesländern direkt von den Bürgern - also unmittelbar durch Volkswahl - gewählt.¹¹⁰⁴ Diese „höhere Weihe“ der Volkswahl und die damit zusammenhängende höhere Legitimation „krönt“ den Bürgermeister zur zentralen Figur des kommunalpolitischen Geschehens.¹¹⁰⁵ So ist er nach nunmehr fast allen Kommunalverfassungen stimmberechtigter Vorsitzender der kommunalen Volksvertretung und ihrer Ausschüsse. In dieser Eigenschaft stellt er die Tagesordnungen auf und leitet die Beratungen dieser Gremien. Dass ihm hierbei ein wesentlicher Einfluss auf die Beratungen und deren Resultate zukommt liegt nahe.¹¹⁰⁶ Ferner steht ihm gegen Beschlüsse, die er für rechtlich nachteilig für die Kommune erachtet, ein sog. Einspruchs- bzw. Vetorecht zu.¹¹⁰⁷ Darüber hinaus ist der Bürgermeister Chef der monokratisch auf ihn zugeschnittenen Verwaltung, die er zur Verwirklichung seiner kommunalpolitischen Ziele effektiv einzusetzen weiß.¹¹⁰⁸

Der Person des Bürgermeisters kommt auch deswegen enorme politische Bedeutung zu, weil er als einziges Mitglied der kommunalen Volksvertretung in allen Phasen eines kommunalen Entscheidungsprozesses präsent ist.¹¹⁰⁹ So steuert er die

¹¹⁰² Ausführlich hierzu *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 190 ff. sowie die nachfolgend zitierten Untersuchungen des Tübinger Kommunalwissenschaftlers *Prof. Dr. Hans-Georg Wehling*.

¹¹⁰³ *Weber/Wehling*, Baden-Württemberg, S. 166 ff. informativ auch *Wehling*, *Taschenbuch*, S. 39 ff.

¹¹⁰⁴ Ausführlich die Darstellung im Anhang bei *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik; *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 50 ff. sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 8 II 4 a, S. 131 bzw. § 15 V 1, S. 207 ausführlich *Gern*, Kommunalrecht, Rn 357 ff. je unter Verweis auf § 45 GemOBW; Art. 17 BayGemO; § 62 BbgGemO; § 39 HessGemO; § 37 MVKV; § 62 NdsGemO; § 65 NRWGemO; § 53 RFGemO; § 56 SaarkSVG; § 48 SächsGemO; § 58 SachsAnGemO; § 57 SHGemO; § 28 ThürKO.

¹¹⁰⁵ *Wehling*, *Taschenbuch*, S. 42 ff. und *Pfizer/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 173.

¹¹⁰⁶ *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 191 ff.; *Wehling*, *Taschenbuch*, S. 44.

¹¹⁰⁷ Zu dessen machtpolitischer Bedeutung wiederum *Wehling*, *Taschenbuch*, S. 44.

¹¹⁰⁸ *Weber/Wehling*, Baden-Württemberg, S. 169 ähnlich Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174.

¹¹⁰⁹ So bereits *Becker*, Wahlbeamte, S. 38 ff., 43 ff.; *Lohmann*, Stellung der Wahlbeamten, S. 27 ff.

Entscheidungsvorbereitung, die Durchführung und die Beschlussfassung in der kommunalen Volksvertretung und schließlich obliegt ihm die Entscheidungsdurchführung. Dementsprechend vertritt allein der Bürgermeister die Gemeinde nach innen und nach außen.¹¹¹⁰

Diese vielfältigen politischen Aufgaben machen den Bürgermeister unmittelbar zum Ansprechpartner von Bürgern, die sich mit ihren Anliegen oft direkt an ihn wenden.¹¹¹¹ In der Tat sind die Erwartungen der Bürger an „ihren“ Bürgermeister gerade auf Grund seiner von ihnen verliehenen unmittelbaren demokratischen Legitimation enorm.¹¹¹² So muss der Bürgermeister nicht lediglich ein guter Verwaltungsfachmann sein, sondern er muss auch die Fähigkeit besitzen, die Kommune und ihre Interessen würdevoll sowohl gegenüber den einzelnen Bürger(gruppen) als auch gegenüber den übrigen politischen und wirtschaftlichen Institutionen zu repräsentieren.¹¹¹³

Im Ergebnis obliegt damit dem Bürgermeister, stets zusammen mit der kommunalen Volksvertretung, die politische Gestaltung „seiner“ Kommune. Dieses wird rechtlich dadurch zum Ausdruck gebracht, dass sowohl Bürgermeister als auch kommunale Volksvertretung Organe der Kommune sind.¹¹¹⁴ Faktisch kann die Person des Bürgermeisters aber gegenüber der kommunalen Volksvertretung eine dominierende politische Rolle einnehmen.¹¹¹⁵

Trotz dieser zahlreichen politischen Funktionen bleibt der Bürgermeisters *de lege lata* stets Beamter und ist damit Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB. Die Sinnhaftigkeit der Beamteneigenschaft von Bürgermeistern wird jedoch in der Literatur *de lege ferenda* bezweifelt.¹¹¹⁶ Dies ist nachvollziehbar, weil sich das Aufgabenspektrum eines Bürgermeisters vor allem in größeren Kommunen nicht

¹¹¹⁰ *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 191 ff. und *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 25 ff.

¹¹¹¹ konkrete Beispiele hierfür bei *Pfizer/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 184 f.

¹¹¹² So die aktuelle Bestandsaufnahme von *Witt* BWGZ 2006, 759, 762 ff.

¹¹¹³ *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 27 ff. ebenso Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174.

¹¹¹⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 313 und 357 ff. ausführlich *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 193 ff.

¹¹¹⁵ So *Pfizer/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 185 ff. und *Lohmann*, Stellung der Wahlbeamten, S. 49 ff.

¹¹¹⁶ In dieser Richtung bereits *Becker*, Wahlbeamte, S. 38 ff. und 43 ff.; *Meyer*, Wahl und Ernennung, S. 1 ff., 6 ff. und 10 ff. sowie *Lohmann*, Stellung der Wahlbeamten, S. 65 ff., 75 ff. mwN S. 81 und 107 ff. ferner auch schon *Elsner*, HdbKWP I (1. Aufl.), S. 311.

sonderlich von dem eines sonstigen Volksvertreters unterscheidet. Diese sind jedoch weder auf kommunaler Ebene noch auf parlamentarischer Ebene Amtsträger im Sinne des Strafrechts.¹¹¹⁷

B) Problemkonstellationen sowie deren Lösungen

Die vorstehend beschriebene gesetzliche Doppelfunktion führt vor allem in der täglichen Berufspraxis eines Bürgermeisters zu rechtlichen Problemen. Nicht erst seit der Ausdehnung der Korruptionstatbestände im Jahre 1997 bewegen sich Bürgermeister insbesondere im Hinblick auf das Korruptionsstrafrecht in einer rechtlichen Grauzone. Bezüglich zahlreicher Fallkonstellationen existieren weder eindeutige gesetzliche Regelungen noch gibt es gesicherte Rechtsprechung hierzu. Auf einige Problemkonstellationen und der dazu entwickelten Lösungen soll nachfolgend eingegangen werden.

I. Annahme von Spenden für kommunale Aufgaben und Projekte

Gerade in Zeiten leerer Stadtsäckel wird von der Bevölkerung erwartet, dass sich der Bürgermeister aktiv um die Aufbringung von finanziellen Mitteln in Form von Spenden für kommunale Projekte oder Einrichtungen bemüht. Diese Rolle des „Geldbeschaffers“¹¹¹⁸ ist jedoch für den verbeamteten Bürgermeister mit ganz enormen strafrechtlichen Risiken verbunden.

1.) Beispiele aus Literatur und Praxis

Schon im Jahre 2001 hatte das OLG Karlsruhe über die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen einen Bürgermeister wegen Bestechlichkeit nach § 332 Abs. 1 StGB a.F. zu entscheiden.¹¹¹⁹ Diesem wurde vorgeworfen vom Verlag, der den Auftrag zum Druck des gemeindlichen Amtsblatts erhalten hatte, für die Gemeinde eine Spende in Höhe von 300.000 DM zur Erstellung einer öffentlichen Brunnenanlage angenommen zu haben. Das OLG Karlsruhe lies die Anklage nicht

¹¹¹⁷ Vgl. hierzu bereits oben im 1. Kapitel unter C III 3.

¹¹¹⁸ So die Diktion auch von *Wehling*, Taschenbuch, S. 46.

¹¹¹⁹ OLG Karlsruhe NStZ 2001, 654, 655.

zu, weil es den Fall nach der Rechtslage vor in Krafttreten der Reform des Korruptionsstrafrechts entschied. Damals war die Vorteilsannahme für einen Dritten - hier also die Gemeinde - grundsätzlich straflos. Nur dann, wenn die Drittzuwendung dem Amtsträger selbst einen mittelbaren (im)materiellen Vorteil beschert, wie im Falle einer Zuwendung an einen Angehörigen, konnte nach damaligem Recht ein eigener Vorteil des Amtsträgers bejaht werden.¹¹²⁰ Allein die Tatsache, dass der Bürgermeister den Brunnenbau als kommunalpolitischen Erfolg und damit zugleich als eine Steigerung seines Ansehens verbuchen konnte, wurde vom OLG Karlsruhe jedoch nicht als ein derartiger mittelbarer Vorteil angesehen.¹¹²¹ Dies obwohl bereits die bloße Befriedigung des Ehrgeiz, der Eitelkeit und des Geltungsbedürfnisses eines Amtsträgers teilweise als ausreichend zur Bejahung eines Vorteils i.S.d. §§ 331 ff. StGB angesehen wird.¹¹²²

Dieses Urteil hat in der Literatur die Frage aufgeworfen, ob sich ein Bürgermeister tatsächlich nach den §§ 331 ff. StGB n.F. strafbar machen kann, wenn er z.B. von einem örtlichen Unternehmer einen Scheck zum Kauf von dringend benötigtem Kinderspielzeug für den gemeindlichen Kindergarten annimmt.¹¹²³ Neben zahlreichen anderen Beispielen wird ferner diskutiert, ob ein Bürgermeister aktiv Spenden an kommunale Einrichtungen oder Vereine vermitteln darf, die in der Kommune einen sportlichen, kulturellen oder sonstigen sozialen Zweck verfolgen.¹¹²⁴

Dass diese Problematik nicht rein akademischer Natur ist, belegen auch die Ermittlungsverfahren die in letzter Zeit gegen mehrere Bürgermeister wegen Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB eingeleitet wurden.¹¹²⁵ So beantragte die Staatsanwaltschaft Offenburg gegen 11 Bürgermeister aus dem Ortenaukreis Strafbefehle, weil die Bürgermeister einem Energieversorger förderungswürdige

¹¹²⁰ Vgl. nur *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 6; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 20; *Schlüchter*, Geerds-FS, 713, 719; *Dölling*, Gutachten C, S. 66 ff. aus der Rspr nur BGHSt 35, 128 ff. mwN.

¹¹²¹ OLG Karlsruhe NSTZ 2001, 654, 655.

¹¹²² Vgl. *LK-Jeschek*, § 331 Rn 9; OLG Karlsruhe NSTZ 2001, 654, 655 verweist auf BGHSt 14, 123, 128; 33, 336, 339 mwN; offen gelassen in der Drittmittelentscheidung BGHSt 47, 295, 304.

¹¹²³ Zu diesem und weiteren Fallbeispielen *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 9 ff.; *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 24 ff.; *Zander* ZG 2002, 191, 192.

¹¹²⁴ *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 9 ff. zu weiteren Beispielen *Stühler* BWGZ 2004, 879 ff.; *Winkelbauer* BWGZ 2004, 893 ff.; *Zander* ZG 2002, 191, 192.

¹¹²⁵ Vgl. die Fälle auch bei *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 24 ff.

kommunale Einrichtungen und Vereine als Spendenempfänger vermittelt haben sollen.¹¹²⁶ In einem Fall kam es sogar zu einer Verurteilung wegen Vorteilsannahme durch das AG Lahr.¹¹²⁷ Mittlerweile musste sich auch der Bundesgerichtshof mit dieser Thematik auseinandersetzen.¹¹²⁸ Im Rahmen von Vertragsverhandlungen über den Verkauf von städtischen Anteilen an den Stadtwerken, forderte ein Oberbürgermeister zusätzlich zum Kaufpreis von den privaten Investoren erhebliche Zuwendungen an einen Trägerverein zur Förderung kultureller Einrichtungen in seiner Stadt. Pikanterweise wurde dieser Verein unter anderem vom Oberbürgermeister mitgegründet. Jüngst wurde ein Ermittlungsverfahren gegen einen Oberbürgermeister eingeleitet, der in der Einladung zu einem Sektempfang anlässlich seines 40. Geburtstags darum bat, auf persönliche Geburtstagsgeschenke zu verzichten und statt dessen erklärte, „*wer trotzdem etwas schenken möchte, könne der Stiftung Jüdischer Betsaal eine Spende zukommen lassen.*“¹¹²⁹

2.) Strafrechtliche Problematik

In all den soeben beschriebenen Fällen tritt seit der Reform des Korruptionsstrafrechts mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption¹¹³⁰ die strafrechtliche Problematik des Einwerbens, Annehmens und Vermitteln von Spenden für „Dritte“ durch Bürgermeister offen zu Tage. Zum einen werden Bürgermeister als Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB angesehen. Zum anderen wird nunmehr ausdrücklich auch das Fordern, sich Versprechen lassen oder Annehmen eines Vorteils für einen „Dritten“ unter Strafe gestellt.¹¹³¹ Im Ergebnis wird folglich seit 1997 durchaus erwünschtes und gemeinnütziges Verhalten mit dem Hautgut des

¹¹²⁶ *Mostbacher-Dix*, Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, in: *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7 sowie *Häring*, Einerseits froh um jede Spende, andererseits Angst vor dem Staatsanwalt, in: *bwWoche* 2007 Nr. 12 vom 2. April 2007, S. 8.

¹¹²⁷ *Häring*, Einerseits froh um jede Spende, andererseits Angst vor dem Staatsanwalt, in: *bwWoche* 2007 Nr. 12 vom 2. April 2007, S. 8.

¹¹²⁸ BGH NStZ 2006, 628 ff.

¹¹²⁹ Schwäbisches Tagblatt vom 1. Februar 2007 im Internet zu finden unter: http://www.cityinfonet.de/index.php?artikel_id=1608270.

¹¹³⁰ BGBl. 1997 I, S. 2038, in Kraft getreten am 20. August 1997.

¹¹³¹ Statt aller nur *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 13 ff.; *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 6; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 20; *MüKo-Korte*, § 331 Rn 76 und *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 47 ff.

Korruptiven versehen.¹¹³² Zunächst wurde die Problematik des Einwerbens und Annehmens von sog. Drittvorteilen im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung durch Hochschulpersonal diskutiert.¹¹³³ Während diese Fragestellung nun weitgehend gelöst ist,¹¹³⁴ harzt die Problematik von Zuwendungen an Kommunen und deren Einrichtungen auf Vermittlung der Bürgermeister noch einer adäquaten Lösung.¹¹³⁵

3.) Lösungsansätze der Literatur

In der Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass das Einwerben, Vermitteln und Annehmen von Spenden durch Bürgermeister, die nicht für ihn selbst oder für nahe Angehörige bestimmt sind, grundsätzlich nicht von § 331 Abs. 1 StGB erfasst werden kann. Die Begründungen hierfür sind vielfältig:

Eine Ansicht möchte derartige Drittvorteile lediglich dann als strafbare Vorteilsannahme ansehen, wenn dem Annehmenden selbst zumindest ein *mittelbar eigennütziger* Vorteil verbleibt.¹¹³⁶ Soweit die Drittvorteile lediglich dem Gemeinwohl oder dem öffentlichen Interesse dienen, sei der Vorteilsbegriff des § 331 Abs. 1 StGB teleologisch zu reduzieren.¹¹³⁷ Dies sei im Falle der Annahme oder Vermittlung von Spenden für die Kommune selber oder kommunale Vereine oder Einrichtungen regelmäßig erforderlich. Denn bei der Annahme von Zuwendungen für die Kommune selber, scheidet eine Strafbarkeit bereits deshalb aus, weil die Anstellungskörperschaft denklogisch nicht als Dritter in Betracht kommen könne.

¹¹³² So ausdrücklich *Winkelbauer/Felsing* BWGZ 1999, 291, 292 ff. kritisch auch *Geerds* JR 1996, 309, 311; *König* DRiZ 1996, 357, 361; *Ransiek* StV 1996, 446, 451 f.; *Korte* NSTz 1997, 513, 515; *Dauster* NSTz 1999, 63, 64 ff. jüngst *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 280.

¹¹³³ Bereits *Pfeiffer* NJW 1997, 782, 783 und *Lüderssen* JZ 1997, 112, 113 ff. sowie *Dietrich/Schatz* ZRP 2001, 521, 522 ff.

¹¹³⁴ Vgl. hierzu statt aller nur *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 27 ff. und die Leitentscheidungen BGHSt 47, 295 ff. sowie BGHSt 48, 44 ff.

¹¹³⁵ Siehe die nachfolgenden Lösungsansätze aus der Literatur.

¹¹³⁶ *Winkelbauer/Felsing* BWGZ 1999, 291, 292 ff.; *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 21 ff. und 29 ff. ihnen folgend *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 91 ff.; 122 ff., 151 ff., S. 170 ff.

¹¹³⁷ *Winkelbauer/Felsing* BWGZ 1999, 291, 296 ff. sowie *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 29 ff., 34 ff. ihnen folgend *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 91 ff.; 122 ff., 151 ff. zusammenfassend auf S. 170 ff.

Ferner werde durch eine derartige Zuwendung das Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB nicht verletzt.¹¹³⁸

Problematisch hieran ist jedoch, dass bereits vor dem Korruptionsbekämpfungsgesetz Zuwendungen an Dritte in jenen Fällen als eigener Vorteil des Amtsträgers angesehen wurden, wenn auch beim Amtsträger zumindest eine mittelbare Begünstigung nachgewiesen werden konnte.¹¹³⁹ Mit der jetzigen ausdrücklichen Einbeziehung von sog. Dritt Vorteilen in § 331 StGB wollte der Gesetzgeber zunächst diesen juristischen Kunstgriff anerkennen.¹¹⁴⁰ Darüber hinaus hält der Gesetzgeber nunmehr auch die Drittzuwendungen für strafwürdig, bei denen dem Amtsträger scheinbar kein mittelbarer Vorteil zukommt.¹¹⁴¹ Denn dadurch sollen die Abgrenzungs- bzw. Beweisprobleme hinsichtlich der Messbarkeit der mittelbaren Besserstellung des Amtsträgers im Falle einer Drittzuwendung vermieden werden.¹¹⁴² Nach Ansicht des Gesetzgebers kann selbst der aus altruistischen Motiven handelnde Amtsträger gegen den Grundsatz der Sachlichkeit und Rechtmäßigkeit der Verwaltung verstoßen und damit das Vertrauen der Bevölkerung in die Legitimität staatlicher Entscheidungen erschüttern.¹¹⁴³ Darüber hinaus ist sehr wohl anerkannt, dass auch der Dienstherr bzw. die Anstellungskörperschaft des Amtsträgers als Dritter in Betracht kommen kann, denn gerade hier besteht die Gefahr, dass der Willensbildungsprozess durch unsachliche Einflüsse verfälscht wird.¹¹⁴⁴ Im Ergebnis trägt dieser Lösungsansatz der Intension des

¹¹³⁸ *Winkelbauer/Felsinger* BWGZ 1999, 291, 296 und *Winkelbauer/Felsinger/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 34 ff., 38 ihnen folgend *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 91 ff.; 122 ff., 151 ff. zusammenfassend auf S. 170 ff.

¹¹³⁹ Vgl. nur *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 6; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 20; *Schlüchter*, Geerds-FS, 713, 719; *Dölling*, Gutachten C, S. 66 ff. aus der Rspr nur BGHSt 35, 128 ff. mwN.

¹¹⁴⁰ *MüKo-Korte*, § 331 Rn 76 und *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 47 ff. je unter Verweis auf BT-Drs. 13/5584, S. 9 und 16 zu Nr. 5.

¹¹⁴¹ Statt aller nur *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 6; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 20.

¹¹⁴² *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 42; *SK-Rudolphi/Stein*, § 331 Rn 23a; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 20.

¹¹⁴³ *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 20 unter Verweis auf BT-Drs. 13/5584, S. 9 und bereits *Dölling*, Gutachten C, S. 67 ff.

¹¹⁴⁴ H.M. statt aller *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 14; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 20; *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 6; *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 46; *SK-Rudolphi/Stein*, § 331 Rn 23a; *MüKo-Korte*, § 331 Rn 80 ausführlich *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 107 ff. und ausdrücklich in Bezug auf

Korruptionsbekämpfungsgesetzes zu wenig Rechnung und hilft daher nur bedingt weiter.

Nach einer anderen Literaturstimme hat die Reform des Korruptionsstrafrechts zu einem Wertungswiderspruch zwischen Steuerrecht und Strafrecht geführt.¹¹⁴⁵ Denn auf der einen Seite unterfalle derartiges Spendenverhalten nach der Lockerung des Tatbestandsmerkmals der Unrechtsvereinbarung und der Einbeziehung von Dritt Vorteilen in §§ 331 ff. StGB eindeutig dem Strafrecht.¹¹⁴⁶ Auf der anderen Seite jedoch würden Zuwendungen an gemeinnützige Organisationen steuerlich privilegiert, um die Bürger unter Konkretisierung von verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Spenden zu animieren. Tieferer Sinn dieser interventionsrechtlichen Abzugsvorschriften läge darin, die private und selbstlose Förderung des Gemeinwohls zu stimulieren sowie auf diese Weise den Fiskus und die staatlichen Einrichtungen zu entlasten.¹¹⁴⁷ Zur Auflösung dieses Normwiderspruchs und zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung wird daher vorgeschlagen das Tatbestandsmerkmal „für die Dienstausbübung“ bei der Vorteilsannahmen nach § 331 StGB im Falle von steuerlich privilegierten Zuwendungen zu verneinen.¹¹⁴⁸

Dieser Lösungsvorschlag muss sich vorwerfen lassen, dass er auf einem Zirkelschluss beruht. Tatsächlich sind gemeinnützige Spenden nach § 10b EStG bzw. § 9 KörperschaftssteuerG bis zu bestimmten Freibeträgen voll von der Steuerschuld absetzbar. Eigennützige Zuwendungen z.B. in Form von Sponsoring mindern immerhin noch das zu versteuernde Einkommen bzw. den Gewinn. Dies ist aber nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 und § 9 Abs. 5 EStG nur dann möglich, wenn es sich nicht um Schmier- oder Bestechungsgelder handelt. Das ist aber gerade die zu klärende Frage. Darüber hinaus kann die Anerkennung als Werbungskosten bzw.

die Gemeinde als Dritte *Zander*, ZG 2002, 191, 193 und *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 268 ff.

¹¹⁴⁵ *Dannecker* BWGZ 2001, 555 ff. und *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 39 ff., 62 ff.

¹¹⁴⁶ *Dannecker* BWGZ 2001, 555 ff. und *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 39 ff., 62 ff.

¹¹⁴⁷ *Dannecker* BWGZ 2001, 555, 556 ff. und *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 53 ff., 57 ff.

¹¹⁴⁸ *Dannecker* BWGZ 2001, 555, 562 ff. und *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 62 ff., 94 ff.

Betriebsausgaben bereits dann versagt werden, wenn lediglich der Verdacht einer rechtswidrigen Tat zur Kenntnis der Finanzbehörde kommt.¹¹⁴⁹ Wird daher im Falle einer korruptiven Einflussnahme bereits bei eigennützigen Zuwendungen eine steuerliche Privilegierung versagt, sind folglich erst Recht auch als gemeinnützig „getarnte“ Spenden nicht abzugsfähig. Wenn damit bereits das Steuerrecht selbst sowohl im Falle der eigennützigen als auch im Falle der gemeinnützigen Zuwendungen deren strafrechtliche Unbedenklichkeit voraussetzt, so kann - entgegen der Ansicht von *Dannecker* - das Steuerrecht nichts zur Auslegung der §§ 331 ff. StGB beitragen.¹¹⁵⁰

Eine neuere Ansicht will schließlich die von der Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit der Drittmittelwerbung im Hochschulbereich entwickelten Voraussetzungen auf den vorliegenden Problemkreis übertragen.¹¹⁵¹ Nach Auffassung des BGH kann vor dem Hintergrund der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG die in § 331 Abs. 1 StGB verordnete Unrechtsvereinbarung in Bezug auf den Drittmittel einwerbenden Hochschulbediensteten dann nicht bejaht werden, wenn es zu dessen gesetzlichen Dienstpflichten gehört, derartige Drittmittel einzuwerben und er bei deren Erhalt das hierfür vorgeschriebene verwaltungsrechtliche Verfahren einhält, welches zur Gewährleistung von Transparenz unabdingbar ist.¹¹⁵² Damit neigt der BGH zu einer verfassungsrechtlich gebotenen verwaltungsakzessorischen Auslegung des § 331 StGB.¹¹⁵³ Diese Argumentation soll eins zu eins auf die vorliegende Problematik übertragen werden können. Das grundrechtsgleiche Recht der über Art. 28 Abs. 2 GG ebenfalls verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Selbstverwaltung, sei mit der Forschungsfreiheit wertungsmäßig vergleichbar.¹¹⁵⁴ Die Notwendigkeit zur Erschließung externer Einnahmequellen beruhe hier wie dort auf der angespannten

¹¹⁴⁹ Dies erkennt auch *Dannecker* BWGZ 2001, 555, 561 ff. und *Winkelbauer/Felsinger/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar?, S. 86 ff.

¹¹⁵⁰ Kritisch zum Vergleich mit dem Steuerrecht auch *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 29d; *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 89; *MüKo-Korte*, § 331 Rn 109 und *Höltkemeier*, Sponsoring, S. 121 in Fn 342.

¹¹⁵¹ *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 269 ff.

¹¹⁵² *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 269 ff. unter Verweis auf BGHSt 47, 295, 306 und BGHSt 48, 44, 51 ff. so bereits schon *Pfeiffer* NJW 1997, 782, 783 und die Urteilsbesprechung von *Michalke* NJW 2002, 3381 f.

¹¹⁵³ So auch *Michalke* NJW 2002, 3381 f. und *Ambos* JZ 2003, 345, 353.

¹¹⁵⁴ *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 272 ff.

Finanzlage der öffentlichen Haushalte. Ferner seien die Kommunen bereits nach geltendem Haushaltsverfassungsrecht verpflichtet zunächst „sonstige Einnahmen“ - zu denen auch Zuwendungen Dritter gehörten - zu beschaffen, bevor sie Steuern erhöhen oder gar Schulden machen.¹¹⁵⁵ Zur Einhaltung der Transparenz schlägt diese Ansicht vor, dass die kommunale Volksvertretung über die Annahme der Zuwendung in öffentlicher Sitzung zu beschließen habe.¹¹⁵⁶

Die pauschale Übertragung der Rechtsprechung des BGH zur Einwerbung von Drittmitteln an Hochschulen auf die vorliegende Konstellation hat jedoch einige Schwächen:

Zunächst lässt sich Art. 28 Abs. 2 GG nur schwer mit Art. 5 Abs. 3 GG „wertungsmäßig“ vergleichen. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ist als sog. institutionelle Garantie kein Grundrecht, wie sich schon aus der Stellung des Art. 28 Abs. 2 GG in der Verfassung ergibt.¹¹⁵⁷ Hingegen ist Art. 5 Abs. 3 GG ein Grundrecht, welches individuelle Abwehransprüche seines Grundrechtsträgers gegen ungesetzliche bzw. unverhältnismäßige Beeinträchtigungen seiner Wissenschafts- und Forschungsfreiheit garantiert.¹¹⁵⁸ Anders als das Hochschulrecht sieht das kommunale Haushaltsverfassungsrecht keine ausdrücklich gesetzlich normierte dienstliche Verpflichtung der Bürgermeister zum Drittmitteleinwerben vor. Letztlich fehlen auf kommunaler Ebene bislang die vom BGH zur Sicherstellung der Transparenz geforderten adäquaten verfahrensrechtlichen Regelungen.¹¹⁵⁹ Zwar räumen auch die Vertreter dieser Auffassung derartige Mängel ein.¹¹⁶⁰ Jedoch wird im Rahmen dieser Arbeit zu zeigen sein, dass diesem Ansatz mit anderer Begründung ein richtiges Element innewohnt.¹¹⁶¹

¹¹⁵⁵ *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 272 ff. unter Verweis auf § 83 Abs. 2 NdsGemO; entsprechende Vorschriften finden sich in sämtlichen Kommunalverfassungen vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 676 ff.

¹¹⁵⁶ *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 273 ff.

¹¹⁵⁷ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 40; *Stober*, Kommunalrecht, § 7 II 1 a, S. 63 f. ausführlich *Erichsen*, Kommunalrecht, § 16 A 1, S. 359 ff.

¹¹⁵⁸ Vgl. statt aller *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 5 GG Rn 2 ff., 11; *Dreier*, Art. 5 GG Rn 34 ff., 36.

¹¹⁵⁹ Kritisch auch *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 45 ff.

¹¹⁶⁰ *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 272 ff. sowie 280.

¹¹⁶¹ Hierzu ausführlich unter C III.

4.) Gesetzliche Regelung in Baden-Württemberg

Den Gedanken einer Übertragung der Drittmittelrechtsprechung des BGH auf die vorliegende Problematik hat der Baden-Württembergische Landesgesetzgeber aufgegriffen. Der erst 2006 eingeführte § 78 Abs. 4 der BWGemO bestimmt:¹¹⁶²

„Die Gemeinde darf zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 1 Abs. 2 Spenden, Schenkungen und ähnliche Zuwendungen einwerben und annehmen oder an Dritte vermitteln, die sich an der Erfüllung von Aufgaben nach § 1 Abs. 2 beteiligen. Die Einwerbung und die Entgegennahme des Angebots einer Zuwendung obliegen ausschließlich dem Bürgermeister sowie den Beigeordneten. Über die Annahme oder Vermittlung entscheidet der Gemeinderat. Die Gemeinde erstellt jährlich einen Bericht, in welchem die Geber, die Zuwendungen und die Zweckbestimmungen anzugeben sind, und übersendet ihn der Rechtsaufsichtsbehörde.“

Soweit ersichtlich, ist dies bislang die einzige gesetzliche Klarstellung in Bezug auf das Einwerben und Annehmen von Spenden im kommunalen Bereich.¹¹⁶³ Mit dieser Regelung wird kein strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund in Bezug auf die Annahme von Dritt Vorteilen geschaffen, denn hierfür fehlt dem Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz.¹¹⁶⁴ Vielmehr war es ausdrücklicher Wille des Landesgesetzgebers, sich an den vom BGH herausgearbeiteten Kriterien zur Zulässigkeit von Drittmittelforschung im Hochschulbereich zu orientieren. Auf Grundlage dieser Rechtsprechung sollte eine entsprechende Regelung für den kommunalen Bereich geschaffen werden, um auch hier eine teleologische Reduktion des Tatbestands der Vorteilsannahme zu ermöglichen.¹¹⁶⁵ In der Tat wird die Regelung des § 78 Abs. 4 BWGemO den Anforderungen der „Drittmittelrechtsprechung“ des BGH gerecht. Zum einen wird klargestellt, dass das

¹¹⁶² Eingefügt durch Gesetz vom 14.2.2006; GBl. vom 17.2.2006 S. 20; hierzu ausführlich *Burkhart* BWGZ 2006, 367 ff. und der Beitrag in *bwWoche* Nr. 9 vom 13.03. 2006, S. 14.

¹¹⁶³ Vgl. LT-Drs. 13/4948, S. 1 und der Beitrag in *bwWoche* Nr. 9 vom 13.03. 2006, S. 14.

¹¹⁶⁴ *Schröder*, Parlamentsrecht, S. 33, 380 ff., 383 ; *Klein*, Parlamentsrecht, § 17 Rn 4; *Weber* BayVBl 1989, 166,168; *Kuhn* BayVBl 1989, 169, 171 f.; *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale, S. 221. ferner *LK-Häger*, 36 Rn 30.

¹¹⁶⁵ Vgl. LT-Drs. 13/4948, S. 5 ff. und *Burkhart* BWGZ 2006, 367 ff.

Einwerben, Vermitteln und Entgegennehmen von Zuwendungen zur Erfüllung gemeindlicher Aufgaben erwünscht ist und in den dienstlichen Zuständigkeitsbereich des Bürgermeisters fällt. Zum anderen wird über die definitive Annahme bzw. Vermittlung der Spende grundsätzlich in öffentlicher Sitzung durch den Gemeinderat entschieden. Schließlich sind diese Beschlüsse der Rechtsaufsichtsbehörde anzuzeigen.

Bei Beachtung dieser Vorgaben dürfte das Einwerben, Vermitteln und Annehmen von Spenden zumindest für Bürgermeister in Baden-Württemberg keine strafrechtlichen Konsequenzen mehr mit sich bringen.¹¹⁶⁶

5.) Ergebnis

Als Fazit muss festgehalten werden, dass bis auf die gesetzliche Regelung in Baden-Württemberg noch kein rechtlich überzeugender Lösungsansatz für das Problem des Einwerbens, Vermitteln und Annehmens von Spenden und sonstigen Zuwendungen durch Bürgermeister für Zwecke, die in den gemeindlichen Aufgabenbereich fallen, gefunden wurde.

II. Sponsoring

Verschiedene Arten des Sponsorings sind heute aus der öffentlichen Verwaltung nicht mehr wegzudenken. Sie stellen eine neue Form der Kooperation zwischen staatlichen und privatwirtschaftlichen Unternehmen dar.¹¹⁶⁷ Während eine Spende im Allgemeinen uneigennützig und ohne die Erwartung einer unmittelbaren Gegenleistung gemacht wird, wohnt dem Sponsoring jedoch stets ein eigennütziges Element inne.¹¹⁶⁸ Der Sponsor will durch die Vergabe von Geld oder geldwerten Vorteilen an Personen oder Organisationen, die sich in sportlichen, künstlerischen, kirchlichen oder ähnlich bedeutsamen gesellschaftspolitischen Bereichen

¹¹⁶⁶ So auch die Bewertung von *Burkhart* BWGZ 2006, 367 ff. ferner *bwWoche* Nr. 9 vom 13.03. 2006, S. 14; *Mostbacher-Dix*, Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, *bwWoche* 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7 sowie *Häring*, Einerseits froh um jede Spende, andererseits Angst vor dem Staatsanwalt, *bwWoche* 2007 Nr. 12 vom 2. April 2007, S. 8.

¹¹⁶⁷ Ausführlich zum Sponsoring der öffentlichen Verwaltung *Meininger*, Sponsoring, S 1 ff. sowie *derselbe* ZG 1999, 353 ff.

¹¹⁶⁸ Eingehend *Satzger* ZStW 115 (2003) 469, 470 ff.

engagieren, unternehmensbezogene Ziele der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit verfolgen.¹¹⁶⁹ Im speziellen Fall des Verwaltungssponsorings werden Träger der öffentlichen Verwaltung (also auch Kommunen) mit Geld, Sach- und/oder Dienstleistungen durch den Sponsor gefördert, wobei sich der Verwaltungsträger vertraglich zu einer kommunikativen Gegenleistung zugunsten des Sponsors verpflichtet, damit jener vom Bürger/Besucher/Publikum als Unterstützer der öffentlichen Verwaltung identifiziert werden kann.¹¹⁷⁰

Das Sponsoring der öffentlichen Verwaltung wirft in Bezug auf die korruptionsrechtliche Problematik ganz ähnliche Fragen auf, wie die oben dargestellte Spendenproblematik.¹¹⁷¹ Dabei schließt der Umstand, dass die Kommune mit dem Sponsor einen Sponsoringvertrag zu marktüblichen Konditionen abschließt, die Annahme eines Vorteils nicht aus.¹¹⁷² Denn gerade im Abschluss eines derartigen Vertrags kann ein Vorteil i.S.v. § 331 ff. StGB liegen.¹¹⁷³ Anderenfalls könnten die Bestechungstatbestände stets durch die Vereinbarung eines ausgeglichenen Vertragsverhältnisses zwischen Amtsträger und Leistungsgeber umgangen werden.¹¹⁷⁴

Das Verwaltungssponsoring wird allerdings von allen Beteiligten bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen grundsätzlich als erwünschte Form der Finanzierung staatlicher Aufgaben im sozialen, kulturellen oder sportlichen Bereich angesehen.¹¹⁷⁵ Zur Vermeidung korruptionsstrafrechtlicher Verfolgung im Zusammenhang mit dem Abschluss von Sponsoringvereinbarungen zwischen Verwaltung und Privatwirtschaft wurden 2002 zunächst von der Innenministerkonferenz der Länder sog. Grundsätze

¹¹⁶⁹ Anschaulich die Beiträge von *Stühler* BWGZ 2004, 879 ff. und *Wulff*, BWGZ 2004, 885 ff. und *Satzger* ZStW 115 (2003) 469, 470 ff.; passim *Höltkemeier*, Sponsoring, S. 23 ff.

¹¹⁷⁰ So die Definition von *Meininger* ZG 1999, 353, 356 und *derselbe*, Sponsoring, S 121 ff.

¹¹⁷¹ *Winkelbauer/Felsing* BWGZ 1999, 291 ff.; *Zander* ZG 2002, 191 ff.; *Stühler* BWGZ 2004, 879 ff.; *Wulff* BWGZ 2004, 885 ff.; *Winkelbauer* BWGZ 2004, 893, 895 ff.; *Gackenholtz* BWGZ 2004, 897 ff.

¹¹⁷² Ausführlich *Höltkemeier*, Sponsoring, S. 103 ff., 123 ff. und *Satzger* ZStW 115 (2003) 469, 473 ff.

¹¹⁷³ *Lackner/Kühl*, § 311 Rn 4; *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 12 je mwN und unter Verweis auf BGHSt 31, 264, 279 ff. a. A. aber *Lüderssen* JZ 1997, 112, 114 ff.

¹¹⁷⁴ ausführlich *MüKo-Radtke*, § 331 Rn 72 ff; *NK-Kuhlen* Rn 47 ff. und *Satzger* ZStW 115 (2003) 469, 476 ff. jeweils unter Bezugnahme auf BGHSt 31, 264, 280.

¹¹⁷⁵ Grundlegend zum Sponsoring der öffentlichen Verwaltung *Meininger*, Sponsoring, S 124 ff. und ZG 1999, 353 ff.; *Zander* ZG 2002 191 ff.; *Höltkemeier*, Sponsoring, S. 45 ff.

zum Sponsoring beschlossen.¹¹⁷⁶ Eine entsprechende Richtlinie für den Geltungsbereich der Bundesbehörden wurde 2003 von der Bundesregierung erlassen.¹¹⁷⁷ Zielgruppe dieser Sponsoringrichtlinien ist in erster Linie die öffentliche Verwaltung des Bundes und der Länder, jedoch können diese Grundsätze entsprechend für die Kommunen herangezogen werden.¹¹⁷⁸

Danach soll im Rahmen von Sponsoringverträgen bereits der „böse Schein“ einer irgendwie gearteten Beeinflussung des Verwaltungshandelns durch den Sponsor vermieden werden.¹¹⁷⁹ Deshalb scheidet ein Sponsoring jener kommunalen Aufgaben von vornherein aus, bei denen die Kommune als Ordnungs-, Genehmigungs- bzw. Bewilligungsbehörde oder Planungsbehörde im Kernbereich hoheitlich-staatlicher Funktionen tätig wird.¹¹⁸⁰ Soweit Sponsoring im Bereich der Freiwilligkeitsaufgaben einer Kommune zulässig ist, ist ein Höchstmaß an Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit, vertreten durch die kommunale Volksvertretung, zu gewährleisten.¹¹⁸¹ Insbesondere bei der Auswahl von Sponsoringpartnern ist die Chancengleichheit konkurrierender Sponsoren zu gewährleisten.¹¹⁸² Ferner ist der Sponsoringvertrag und sämtliche Nebenbestimmungen stets schriftlich abzufassen und sollte von der Behördenleitung - also im kommunalen Bereich in der Regel vom Bürgermeister - gegengezeichnet

¹¹⁷⁶ Vgl. die Grundsätze für Sponsoring, Werbung, Spenden und mäzenatische Schenkungen zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben, verabschiedet von der Innenministerkonferenz – Stand 30.10.2002 veröffentlicht in BWGZ 2004, 899 ff. oder unter google.de.

¹¹⁷⁷ Hierzu eingehend die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Förderung von Tätigkeiten des Bundes durch Leistungen Privater (Sponsoring, Spenden und sonstigen Schenkungen) vom 7. Juli 2003, veröffentlicht in NJW 2004, 1367.

¹¹⁷⁸ *Stühler* BWGZ 2004, 879, 883; *Gackenholtz* BWGZ 2004, 897.

¹¹⁷⁹ *Satzger* ZStW 115 (2003) 469, 480 ff.

¹¹⁸⁰ *Stühler* BWGZ 2004, 879, 883; *Wulff* BWGZ 2004, 885, 888 f. und ausdrücklich auch die Nr. 10 der Grundsätze für Sponsoring der Länder bzw. Nr. 3.2.1 AVwV Sponsoring der Bundesregierung.

¹¹⁸¹ ausdrücklich auch die Nr. 3 der Grundsätze für Sponsoring der Länder bzw. Nr. 3.4 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Sponsoring der Bundesregierung; vgl. auch *Stühler* BWGZ 2004, 879, 883; *Wulff* BWGZ 2004, 885, 888; *Gackenholtz* BWGZ 2004, 897, 898.

¹¹⁸² *Satzger* ZStW 115 (2003) 469, 486 ff.; *Stühler* BWGZ 2004, 879, 883; *Wulff* BWGZ 2004, 885, 888; *Gackenholtz* BWGZ 2004, 897, 898 unter Verweis auf die Nr. 15 der Grundsätze für Sponsoring der Länder bzw. Nr. 3.4 b) der Verwaltungsvorschrift zum Sponsoring der Bundesregierung.

werden.¹¹⁸³ Schließlich muss die im Sponsoringvertrag vereinbarte Vergütung den gesamten Umständen entsprechend angemessen sein und „Marktpreisen“ entsprechen.¹¹⁸⁴ Letztlich darf das Sponsoring nicht zu verdeckten Einnahmen im Haushalt der Gemeinde führen, die an der Haushaltshoheit der kommunalen Volksvertretung vorbeigehen oder zu dieser in erkennbarem Widerspruch stehen.¹¹⁸⁵

Soweit sich Behördenleiter und damit auch Bürgermeister bei der Durchführung von Sponsoringmaßnahmen von diesen Grundsätzen leiten lassen, soll nach überwiegender Ansicht das Verwaltungssponsoring unter korruptionsstrafrechtlichem Aspekt unbedenklich sein. Denn dann bestehe für das Rechtsgut des § 331 StGB entweder keine Gefahr¹¹⁸⁶ oder die Unrechtsvereinbarung sei nach den Grundsätzen des erlaubten Risikos zu verneinen.¹¹⁸⁷ Eine weitere strafrechtsdogmatische Begründung wird jedoch nicht gegeben, sondern lediglich mit der allgemeinen Erwünschtheit des Sponsoring argumentiert.¹¹⁸⁸ Eine solche inhaltliche Begründung soll im Rahmen dieser Untersuchung gefunden werden.

¹¹⁸³ *Wulff* BWGZ 2004, 885, 888 ff.; ausdrücklich auch die Nr. 14 der Grundsätze für Sponsoring der Länder bzw. Nr. 3.3 und 3.4 c) der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung zum Sponsoring sowie *Stühler* BWGZ 2004, 879, 883.

¹¹⁸⁴ So ausführlich *Satzger* ZStW 115 (2003) 469, 482 ff.; *Winkelbauer* BWGZ 2004, 893, 896 ausführlich auch *Meininger*, Sponsoring, S. 129 ff., 135 ff. und ZG 1999, 353 ff.

¹¹⁸⁵ So ausdrücklich die Nr. 12 der Grundsätze für Sponsoring der Länder bzw. Nr. 3.1 AVwV Sponsoring der Bundesregierung und *Stühler* BWGZ 2004, 879, 883; *Wulff* BWGZ 2004, 885, 888 ff.; *Gackenholtz* BWGZ 2004, 897, 898.

¹¹⁸⁶ So im Ergebnis auch *Stühler* BWGZ 2004, 879, 883; *Wulff* BWGZ 2004, 885, 888; *Winkelbauer* BWGZ 2004, 893, 895 f.; *Gackenholtz* BWGZ 2004, 897, 898; *Meininger*, Sponsoring, S. 129 ff., 135 ff. und ZG 1999, 353 ff.; *Zander* ZG 2002 191 ff.; *Höltkemeier*, Sponsoring, S. 45 ff., 103 ff., 123 ff.; 138 ff. besonders S. 152 ff.; *Satzger* ZStW 115 (2003) 469, 480 ff., 486, 489 f.

¹¹⁸⁷ so vor allem *Zander* ZG 2002, 191, 197 ff.; *Diercks* BauR 2004, 257, 263 ff. und *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 394 ff.

¹¹⁸⁸ Vgl. MüKo-Korte, § 331 Rn 144 und *Bannenberg*, Korruption, S. 408.

III. Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge

In jüngster Zeit wird heftig diskutiert, unter welchen Umständen sich Bürgermeister beim Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge strafbar machen können.¹¹⁸⁹

Als besonders problemträchtig werden dabei die sog. städtebaulichen Verträge nach § 11 BauGB angesehen.¹¹⁹⁰ Diese ermöglichen es den Kommunen zahlreiche Gegenstände der Bauleitplanung im Wege der vertraglichen Kooperation mit Privatunternehmen bzw. den Bauherren zu regeln. So können gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 1 BauGB die Kommunen städtebauliche Maßnahmen bis hin zur Bauleitplanung in die Hände privater Investoren legen.¹¹⁹¹ § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB ermöglicht den Kommunen die mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele zu fördern und zu sichern sowie insbesondere bezahlbaren Wohnraum für Ortsansässige zu schaffen (sog. Einheimischenmodelle).¹¹⁹² Ferner können nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 BauGB die Kommune und der Bauherr eine vertragliche Regelung über die Übernahme der Kosten und sonstigen Aufwendungen, die der Kommune für städtebauliche Maßnahmen entstanden sind, herbeiführen (sog. Folgekostenvereinbarungen).¹¹⁹³ Des Weiteren geht es um die zahlreichen Fallgestaltungen der sog. Planungsgewinnabschöpfung, mit der die Kommunen versuchen an den Bodenwertsteigerungen infolge einer Baulandausweisung zu profitieren.¹¹⁹⁴ Aktuell versuchen die Kommunen im Rahmen der Bauleitplanung für Windkraftanlagen

¹¹⁸⁹ Als Auslöser für die Diskussion gelten die Beiträge von *Grziwotz* BauR 2000, 1437 ff. und BauR 2001, 1530 ff. sowie die darauf aufbauenden Beiträge von *Busse* BayVBI 2003, 129 ff.; *Burmeister* BauR 2003, 1129 und *Diercks* BauR 2004, 257, 261 ff. jüngst wieder *Grziwotz* BauR 2005, 812 ff.

¹¹⁹⁰ Aus öffentlich-rechtlicher Sicht statt aller nur die Kommentierungen von *Battis/Krautzberger/Löhr*, § 11 BauGB Rn 4b und eingehend *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, § 11 BauGB Rn 193 sowie bereits *Erbguth/Witte* DVBI 1999, 435 ff.

¹¹⁹¹ *Battis/Krautzberger/Löhr*, § 11 BauGB Rn 6 ff. und eingehend *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, § 11 BauGB Rn 113 ff.

¹¹⁹² *Battis/Krautzberger/Löhr*, § 11 BauGB Rn 10 ff. und eingehend *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, § 11 BauGB Rn 128 ff.

¹¹⁹³ *Battis/Krautzberger/Löhr*, § 11 BauGB Rn 16 ff. und eingehend *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, § 11 BauGB Rn 154 ff.

¹¹⁹⁴ Zu den zahlreichen Fallkonstellationen *Grziwotz* BauR 2000, 1437 ff. und BauR 2001, 1530 ff. und *Grziwotz* BauR 2005, 812 ff. sowie *Busse* BayVBI 2003, 129 ff.; *Burmeister* BauR 2003, 1129.

Gewinne abzuschöpfen.¹¹⁹⁵ Darüber hinaus kooperieren die Kommunen auch außerhalb des Baurechts auf zahlreichen Gebieten mit privaten Vertragspartnern und schließen sog. kooperationsrechtliche öffentlich-rechtliche Verträge nach §§ 54 ff. VwVfG ab.¹¹⁹⁶

In all diesen Fallkonstellationen besteht auf der einen Seite zunächst die Gefahr des Missbrauchs hoheitlicher Befugnisse durch die Kommune.¹¹⁹⁷ Dem gegenüber steht auf der anderen Seite der Einwand des sog. „Ausverkaufs von Hoheitsrechten“ im Wege eines kommerziellen Vertrags.¹¹⁹⁸ Nicht selten erliegen Bürgermeister der Versuchung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags von Privaten für ihre Kommune dasjenige einzufordern, wofür sie auf Grund gesetzlicher Regelungen keinen Anspruch hätten. Aber auch mancher Bürger wird froh sein, gegen einen Obolus an die Gemeindekasse seine Bauabsichten verwirklichen zu können, obwohl dies rechtlich nicht so oder überhaupt nicht möglich wäre.¹¹⁹⁹

Je nach Einzelfall lässt sich das Verhalten des Bürgermeisters im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen bzw. mit dem Vertragsabschluss unter die Straftatbestände der Nötigung, der Erpressung oder des Betrugs subsumieren.¹²⁰⁰ Soweit der Bürgermeister und sein Vertragspartner unter bewusster Umgehung von gesetzlichen Vorgaben entsprechende Vereinbarungen wie z.B. Schaffung von Bauland gegen Zahlungen an die Gemeinde bzw. Grundstücksabtretungen an die Gemeinde schließen, ist auch der Anwendungsbereich des Korruptionsstrafrechts eröffnet.¹²⁰¹ Nicht weniger problematisch sind allerdings auch die Fälle, in denen sich die Vertragspartner an die gesetzlichen und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung konkretisierten Vorgaben halten und damit an sich rechtmäßig handeln. Denn die Zuwendungen an die Kommune können unabhängig von ihrer

¹¹⁹⁵ Zu dieser Problematik eingehend *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 274 ff. sowie zu deren Lösung S. 276 ff.

¹¹⁹⁶ *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 20 ff. mwN.

¹¹⁹⁷ *Grziwotz* BauR 2005, 812, 813 ff. mwN aus Rspr und Literatur.

¹¹⁹⁸ *Grziwotz* BauR 2005, 812, 814 ff. mwN aus Rspr und Literatur.

¹¹⁹⁹ Ähnlich *Busse* BayVBl 2003, 129, 130; *Burmeister* BauR 2003, 1129, 1136 ff.

¹²⁰⁰ zur strafrechtlichen Problematik *Grziwotz* BauR 2000, 1437, 1439 und BauR 2001, 1530, 1531; *Busse* BayVBl 2003, 129, 130; *Burmeister* BauR 2003, 1129, 1130; *Diercks* BauR 2004, 257, 261 f.

¹²⁰¹ Über die in vorstehender Fußnote genannten hinaus auch *Battis/Krautzberger/Löhr*, § 11 BauGB Rn 4b und eingehend *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, § 11 BauGB Rn 193.

Rechtmäßigkeit als Drittzuwendungen und somit als Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB bzw. als Vorteilsgewährung nach § 333 Abs. 1 StGB subsumiert werden.¹²⁰² Zwar plädiert die sich nunmehr abzeichnende herrschende Meinung im Schrifttum für eine verwaltungsakzessorische Beurteilung. Was verwaltungsrechtlich zulässig sei, könne nicht strafbar sein.¹²⁰³ Unbeantwortet bleibt aber stets, warum und auf welchem Wege § 331 Abs. 1 StGB teleologisch zu reduzieren ist. Denn der Vorteilsannahmetatbestand nach § 331 Abs. 1 StGB setzt anders als die Bestechlichkeit nach § 332 Abs. 1 StGB keine rechtswidrige Diensthandlung voraus.¹²⁰⁴ Folglich können Zuwendungen an die Kommune im Rahmen rechtmäßiger öffentlich-rechtlicher Verträge nicht offensichtlich aus § 331 Abs. 1 StGB ausgeklammert werden.

IV. Repräsentationsfunktion

In der kommunalpolitischen Praxis sind unentgeltliche Zuwendungen an den Bürgermeister, mit denen er auf Grund seiner Repräsentationsfunktion in Kontakt kommt besonders problematisch. Als Beispiele kommen die unentgeltliche Einladung des Bürgermeisters zu kostenpflichtigen sportlichen, kulturellen oder gesellschaftlichen (Groß-)Ereignissen durch deren Veranstalter oder Sponsoren in Betracht. Ferner die Teilnahme an Informationsreisen und (Fortbildungs-)Kongressen auf Kosten von Wirtschaftsunternehmen.¹²⁰⁵ Schließlich stellt sich die Frage, wie sich ein Stadtoberhaupt verhalten soll, wenn es von (über)örtlichen Unternehmen zu Betriebs- oder Freizeitveranstaltungen wie ins Fußballstadion oder gar auf den Golfplatz eingeladen wird.¹²⁰⁶ Aber auch persönliche Geschenke im Rahmen von Jubiläen oder Gastgeschenke von Partnerstädten sowie Einladungen zu

¹²⁰² Zander ZG 2002, 191, 192 ff.; Grziwotz BauR 2000, 1437, 1440 und BauR 2001, 1530, 1532; Stühler BWGZ 2004, 879, 883; Winkelbauer BWGZ 2004, 893, 896.

¹²⁰³ So bereits Winkelbauer/Felsing/Dannecker, Gemeinnützig oder strafbar?, S. 20 ff.; besonders Busse BayVBl 2003, 129, 133; Burmeister BauR 2003, 1129, 1136 ff.; Stühler BWGZ 2004, 879, 883 und Winkelbauer BWGZ 2004, 893, 896 sowie jüngst Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer GA 2005, 265, 274 ff., 276 ff.

¹²⁰⁴ Statt aller nur Tröndle/Fischer, § 331 Rn 9 und Lackner/Kühl, § 331 Rn 8.

¹²⁰⁵ Badische Neueste Nachrichten vom 15.3.2006 Ettlingen: Auch OB Büssemaker in E.ON Reiseaffäre verwickelt. War es Lust- oder Informationsreise? Staatsanwalt ermittelt jetzt wegen eines Fluges nach Norwegen gegen OB Büssemaker ferner der ausführliche online Bericht unter <http://www.faire-energiepreise.de/html/region.html#ettlingen>.

¹²⁰⁶ Zu ähnlichen Fällen Volk, Zipf-GS, 419, 420, 423 ff.

Bewirtungen erweisen sich unter strafrechtlichen Gesichtspunkten als äußerst problematisch.¹²⁰⁷ Einerseits ist der Bürgermeister als Stadtoberhaupt auf solche Kontakte zur Wirtschaft und sonstigen Institutionen sowie auf den Kontakt zu einflussreichen Persönlichkeiten angewiesen. Denn auch diesbezüglich erwartet die Bürgerschaft einen Verwaltungschef, der mit den maßgeblichen Interessenkreisen vor Ort im Informationsaustausch steht und sich - gerade zum Wohle der Stadt – dort einsetzt. Andererseits macht sich der Bürgermeister auf Grund seiner Eigenschaft als Amtsträger in den genannten Beispielen gleichzeitig der Vorteilsannahme verdächtig.

Für all diese Problematik gibt es für Bürgermeister noch keine Dienstanweisungen oder Dienstregelungen, die ihnen Rechtssicherheit vermitteln könnten. Vor allem die allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Geschenkkannahme durch Beamte gehen auf diese spezielle Problematik der Beamtengruppe der Bürgermeister nicht ein.¹²⁰⁸

V. Annahme von Spenden für die (Wieder-)Wahl

Die bundesweite Einführung der Direktwahl der Bürgermeister ist mit erheblichen Wahlkampfkosten für die Kandidaten verbunden. Nach vertraulichen Angaben von Bürgermeisterkandidaten ist zur Führung eines aussichtsreichen Wahlkampfes pro Einwohner ca. 1 Euro zu investieren. Damit beträgt das Wahlkampfbudget eines Oberbürgermeisterkandidaten in Großstädten knapp 100.000 Euro. Zur Finanzierung dieser enormen Wahlkampfkosten sind die Kandidaten auf die Unterstützung ihrer Parteien aber auch auf finanzielle Zuwendungen von Bürgern, Verbänden und Unternehmen dringend angewiesen. Insbesondere für einen Amtsinhaber, der sich zur Wiederwahl stellen möchte, erwachsen hieraus strafrechtliche Probleme in Bezug auf eine Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB. Denn auf der einen Seite ist er als kommunaler Wahlbeamter nach wie vor Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. a) StGB. Auf der anderen Seite verbinden die Zuwender mit seiner Wiederwahl naturgemäß bestimmte Erwartungen an die weitere Amtsführung des Amtsinhabers. Die Problematik wird noch dadurch verschärft, dass ein Gegenkandidat, der nicht in einem Beamtenverhältnis steht, völlig straflos konkrete und gegebenenfalls sogar

¹²⁰⁷ Zu dieser wertenden Problematik statt aller *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 26; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 29a; *MüKo-Korte*, § 331 Rn 128 ausführlich *Bannenber*, *Korruption*, S. 399 ff.

¹²⁰⁸ Eingehend für alle Bundesländer und die Bundesverwaltung *Wabnitz/Janovsky*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 10. Kapitel Rn 35 ff.

rechtswidrige Diensthandlungen versprechen darf, ohne strafrechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen. Denn mangels Amtsträgerstellung sind für ihn die §§ 331 ff. StGB überhaupt nicht einschlägig.¹²⁰⁹ Auch mit diesen Fragestellungen musste sich die Strafrechtspraxis schon auseinandersetzen:

1.) Der Fall Dr. Kremendahl

Der Angeklagte Dr. Kremendahl wurde vom Rat der Stadt Wuppertal 1996 zum ersten hauptamtlichen Oberbürgermeister gewählt. Im Jahre 1999 sollten die Bürgermeister in NRW zum ersten Mal direkt von den Bürgern gewählt werden. Der im Raum Wuppertal als Großinvestor tätige Bauunternehmer Clees hatte dem Angeklagten Dr. Kremendahl finanzielle Unterstützung für dessen Wahlkampf als Oberbürgermeister angeboten. Es war ihm ein Anliegen, dass dieser seine investorenfreundliche Politik nach den Wahlen fortsetzen konnte. Beiden war klar, dass konkrete Bauobjekte u.a. ein Factory-Outlet-Center (FOC) des Bauunternehmers auch zukünftig Gegenstand der Amtstätigkeit des Oberbürgermeisters sein würden. Dieser lehnte direkte Zahlungen an ihn selbst ab und befürwortete den „rechtlich vorgesehenen Weg“ in Form von Spenden an seine Partei. Der Bauunternehmer zahlte daraufhin im Jahr 1999 zweckgebunden für den Oberbürgermeisterwahlkampf 500.000 DM an die SPD Wuppertal. Der Bauunternehmer – selbst CDU Mitglied – tat dies unter anderem auch deswegen, weil er vom Gegenkandidaten seiner Partei, der Prokurist einer überregionalen Einzelhandelskette war, erst Recht eine Verhinderung seines FOC-Projekts befürchtete.

2.) Lösung des LG Wuppertals und des BGH

Das erstinstanzliche LG Wuppertal hatte den Oberbürgermeister Dr. Kremendahl vom Vorwurf der Vorteilsannahme nach § 331 StGB freigesprochen.¹²¹⁰ Der Tatbestand der Vorteilannahme sei auch in der vorliegenden Fallkonstellation entsprechend den vom BGH zur Drittmittelwerbung an Hochschulen entwickelten Grundsätzen teleologisch zu reduzieren.¹²¹¹ Zwar bestehe für einen

¹²⁰⁹ Hierzu ausführlich SK-*Rudolphi/Stein*, § 331 Rn 7.

¹²¹⁰ LG Wuppertal NJW 2003, 1405 ff.

¹²¹¹ LG Wuppertal NJW 2003, 1405, 1406.

Oberbürgermeisterkandidat keine Dienstpflicht zum Einwerben von Wahlkampfspenden für seine Partei, jedoch sei er hierzu als Spitzenkandidat seiner Partei faktisch gezwungen. Im Übrigen seien Parteispenden auch verfassungsrechtlich ausdrücklich erwünscht, soweit die Vorschriften des Parteiengesetzes eingehalten werden, wovon der Angeklagte ausgegangen sei.¹²¹² Der Bauunternehmer Clees wurde jedoch unter anderem wegen Vorteilsgewährung nach § 333 StGB zu einer Bewährungsstrafe verurteilt.¹²¹³

Der mit dem Revisionsverfahren befasste 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat das Urteil aufgehoben und an das LG Dortmund verwiesen.¹²¹⁴

Der BGH hat festgestellt, dass der Angeklagte als Oberbürgermeister Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. a) StGB war und das ihm vorgeworfene Verhalten nach dem Wortlaut der einschlägigen §§ 331, 333 StGB den Tatbestand der Vorteilsannahme erfüllt.¹²¹⁵ Denn diese Vorschriften setzten nicht mehr voraus, dass Vorteile für eine bestimmte Diensthandlung angenommen bzw. gewährt werden. Vielmehr genüge es abweichend vom alten Recht, wenn die Vorteilsgewährung lediglich der allgemeinen „Klimapflege“ diene.¹²¹⁶

Jedoch müssten die Tatbestände im Falle von Wahlkampfspenden einschränkend ausgelegt werden. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs folgt dies aus dem Gesichtspunkt der passiven Wahlgleichheit.¹²¹⁷ Denn bei einer wortlautgetreuen Auslegung wäre der Amtsträger, der sich um seine Wiederwahl bewirbt und dem § 331 StGB die Entgegennahme von Wahlkampfspenden unter Strafandrohung untersagt, gegenüber einem Mitbewerber, der als (Noch-)Nicht-Amtsträger diesem Verbot nicht unterworfen ist, in verfassungsrechtlich nicht hinnehmbarer Weise benachteiligt.¹²¹⁸ Als Ergebnis der gebotenen restriktiven Auslegung können Spenden, mit denen der Amtsträger wegen seiner allgemeinen politischen

¹²¹² LG Wuppertal NJW 2003, 1406 ff.

¹²¹³ LG Wuppertal NJW 2003, 1405, 1407.

¹²¹⁴ So die nachfolgend zitierte Leitentscheidung BGHSt 49, 275 ff. veröffentlicht auch in NJW 2004, 3569 ff.; NStZ 2005, 509 ff.; JR 2005, 509 ff.; wistra 2005, 96 ff.

¹²¹⁵ Vgl. BGHSt 49, 275, 280 ff., 282.

¹²¹⁶ Vgl. BGHSt 49, 275, 280 ff.

¹²¹⁷ Vgl. BGHSt 49, 275, 288 ff. und 291 ff.

¹²¹⁸ Vgl. BGHSt 49, 275, 291 ff.

Ausrichtung unterstützt wird, nicht als tatbestandsmäßig angesehen werden.¹²¹⁹ Die Grenze zur strafbaren Vorteilsannahme sei aber überschritten, wenn der Amtsträger durch die Entgegennahme der Spende den Eindruck der Käuflichkeit in seiner Amtsführung nach Wiederwahl erwecke, d.h. wenn er sich bereit zeige, als Gegenleistung für die Wahlkampfunterstützung im Falle seiner Wahl eine konkrete, den Interessen des Vorteilsgebers förderliche Entscheidung zu treffen oder sich in der Entscheidungsfindung zu dessen Gunsten beeinflussen zu lassen.¹²²⁰ Diese Auslegung entspreche auch der in § 108e StGB zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertung.¹²²¹ Entscheidend ist dabei, dass selbst der Gesetzgeber die besondere Situation eines Amtsträgers, der sich um seine Wiederwahl bewirbt und die sich im Hinblick darauf ergebende verfassungsrechtliche Spannungslage, nicht bedacht habe.¹²²²

3.) Reaktionen in der Literatur auf das Urteil

Die vom BGH im Fall Dr. Kremendahl entwickelte Lösung wurde in der Literatur als praxisnahe Auslegung des zu weit geratenen Tatbestands der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB im Ergebnis begrüßt.¹²²³ Teilweise wird dem BGH vorgeworfen er habe unter dem Deckmantel der verfassungskonformen Auslegung die klare Wertung des Gesetzgebers durch seine eigene rechtspolitische Auffassung ersetzt.¹²²⁴ Dies wäre nicht nötig gewesen, weil bereits eine am Sinn und Zweck orientierte restriktive Auslegung von § 331 Abs. 1 StGB ein richtiges Ergebnis gewährleistet hätte.¹²²⁵ Einigkeit besteht darin, dass die Tatbestandsreduktion des BGH für die Vorteilsannahme durch Wahlkampfspenden nichts anderes als die weitgehende Rückkehr zur Rechtslage vor dem Korruptionsbekämpfungsgesetz bedeutet.¹²²⁶ So verlangte schon § 331 Abs. 1 StGB a.F. in Bezug auf den Vorteil

¹²¹⁹ Vgl. BGHSt 49, 275, 292 ff. und 294.

¹²²⁰ Vgl. BGHSt 49, 275, 294 ff.

¹²²¹ Vgl. BGHSt 49, 275, 293.

¹²²² Vgl. BGHSt 49, 275, 297.

¹²²³ Vgl. die Anmerkungen von *Saliger/Sinner* NJW 2005, 1073 ff.; *Korte* NStZ 2005, 512 ff.; *Kargl* JZ 2005, 503 ff.; *Dölling* JR 2005, 519 ff.; *Deiters* MIP 2004/2005, 18 ff.; ausführlich *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 28 ff. und *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 27 ff.; *MüKo-Korte*, § 331 Rn 145 ff.

¹²²⁴ *Deiters* MIP 2004/2005, 18, 22 ff., 26; *Kargl* JZ 2005, 503, 505 ff.

¹²²⁵ *Korte* NStZ 2005, 512, 513 und *derselbe*, in *MüKo*, § 331 Rn 145 f.

¹²²⁶ *Saliger/Sinner* NJW 2005, 1073, 1076; *Korte* NStZ 2005, 512.

eine konkrete bzw. bestimmbare Diensthandlung, wohingegen § 331 StGB Abs. 1 n.F. nach dem Willen des Gesetzgebers bereits die Gewährung eines Vorteils in Bezug auf die allgemeine Dienstausbübung unter Strafe stellen sollte.¹²²⁷ Angesichts der nunmehrigen Weite des Tatbestands der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB bleibe den Gerichten wenig anderes übrig als den Bereich des Strafwürdigen hier selbst zu bestimmen, um diesen Tatbestand vor dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht völlig konturenlos werden zu lassen.¹²²⁸ Insbesondere wegen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und Erwünschtheit von Spenden sei die teleologische Reduktion von § 331 Abs. 1 StGB in dieser Konstellation erforderlich.¹²²⁹ Teilweise wird die Entscheidung des BGH zum Anlass für eine grundsätzliche kriminalpolitische Kritik an der Weite des § 331 Abs. 1 StGB genommen.¹²³⁰ Um die faktische Ungleichbehandlung zu beenden wird als wenig wahrscheinliche Alternative zur vom BGH entwickelten Lösung *de lege ferenda* die Schaffung von Strafvorschriften für Wahlkandidaten ohne Amtsträgerstellung diskutiert.¹²³¹

C) Entwicklung eines ganzheitlichen Lösungsansatzes

Die vorstehenden Konstellationen haben deutlich gemacht, dass die extreme Ausdehnung der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB gerade in Bezug auf Bürgermeister zu zahlreichen Friktionen führt. Infolgedessen haben Literatur, die Rechtsprechung des BGH und sogar der Baden-Württembergische Gesetzgeber diese Problematik erkannt und für die spezifischen Fallkonstellationen entsprechende Lösungen entwickelt. Allerdings sind diese Lösungsansätze nur bedingt überzeugend und lassen einen einheitlichen Ansatz zur sachgerechten Bewältigung der Problematik vermissen. Nachfolgend soll deshalb versucht werden über die bislang aufgetretenen Fallkonstellationen hinaus den erforderlichen einheitlichen Lösungsansatz für eine restriktive Auslegung des Tatbestands der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB in Bezug auf kommunale Wahlbeamte zu

¹²²⁷ *Kargl* JZ 2005, 503, 505 ff. und *Dölling* JR 2005, 519, 520.

¹²²⁸ *Deiters* MIP 2004/2005 18, 26 ff., 29.

¹²²⁹ *Dölling* JR 2005, 519, 520.

¹²³⁰ *Kargl* JZ 2005, 503, 508 ff.; 510 ff. besonders S. 512; *Deiters* MIP 2004/2005 18, 26 ff., 29.

¹²³¹ So *Dölling* JR 2005, 519, 520; *Korte* NSTz 2005, 512, 513 zum gleichgelagerten Problem bei der Wahl von Abgeordneten *Römer*, Abgeordnetenbestechung, S. 132.

entwickeln. Hierbei soll es nicht darum gehen für diese Gruppe von Beamten auf Zeit ein Sonderstrafrecht zu installieren oder gar eine ungerechtfertigte strafrechtliche Privilegierung in Bezug auf die Korruptionsdelikte zuteil werden zu lassen. Folglich soll vorliegend ausschließlich nach Wegen zu einer teleologischen Reduktion des Straftatbestands der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB gesucht werden. Die Fälle der Bestechlichkeit nach § 332 Abs. 1 StGB dürfen von vornherein keiner Einschränkung der Strafbarkeit zugänglich sein.¹²³² Denn sie zeichnen sich dadurch aus, dass der Amtsträger als Gegenleistung für die Zuwendung eine konkret rechtswidrige Diensthandlung erbringt.¹²³³ Dagegen stellt § 331 Abs. 1 StGB schon eine Zuwendung an den Amtsträger oder einen Dritten im Rahmen der allgemeinen Dienstausbübung und damit unabhängig von einer konkreten Diensthandlung des Amtsträgers unter Strafe.¹²³⁴

Daher soll vorliegend auf Grundlage der bereits anerkannten Fallgruppen sowie allgemeingültiger Rechtssätze eine Formel gefunden werden, die auf juristisch nachvollziehbare Weise den unstreitig zu weit geratenen Tatbestand der Vorteilsannahme in den oben dargestellten Problemkonstellationen sachangemessen beschränkt. Dies vor allem deswegen, um der Praxis eine griffige und überzeugende Lösung für sämtliche Fallkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister zur Verfügung zu stellen. Eine solche einheitliche und plausible Verfahrensweise ist gerade deshalb notwendig, weil in sämtlichen Fallkonstellationen sich auch der Zuwendende strafbar machen kann. Denn auf Grund der spiegelbildlichen Ausgestaltung der Korruptionstatbestände der §§ 331 ff. StGB werden sowohl der Empfänger des Vorteils als auch der Zuwendende bestraft.¹²³⁵ Was auf Seiten des Amtsträgers eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB begründet, erfüllt für den Zuwendenden den Tatbestand der Vorteilsgewährung nach § 333 Abs. 1 StGB.¹²³⁶ Zwar mag ein geschulter Amtsträger die einschlägige Problematik noch überschauen. Allerdings wird es dem Vorteilsgeber in den meisten Fällen völlig unklar sein, welchem

¹²³² Ebenso *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 79 ff., 85 ff., 95 bereits *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 124.

¹²³³ hierzu *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 85 ff., 91 ff. bereits *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 124.

¹²³⁴ Vgl. statt aller *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 7 ff.; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 7 ff. ausführlich *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 85 ff. und S. 91 ff.

¹²³⁵ Statt aller nur *Schönke/Schröder-Heine*, § 333 Rn 1 ff.; *Tröndle/Fischer*, § 333 Rn 3 ff.; *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 390.

¹²³⁶ Statt aller *MüKo-Korte*, § 333 Rn 3 ff. und *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 1 ff.

strafrechtlichen Risiko er sich im Falle einer Spende oder beim Abschluss eines Sponsoring- oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vertrags aussetzt. Selbiges gilt für Einladungen an Bürgermeister zu Repräsentationsveranstaltungen oder für Wahlkampfspenden an Bürgermeisterkandidaten. Um in all diesen Problemkonstellationen die Bürger, Unternehmer oder Verbände in ihrer grundsätzlich erwünschten Zuwendungsbereitschaft nicht zu verunsichern, ist es geboten, eine einheitliche und praktisch überzeugende Lösung zu entwickeln. Dabei sollen nachfolgend die oben unter B) ausführlich dargestellten Problemkonstellationen unter dem pauschalen Oberbegriff der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister bezeichnet werden.

I. Rückgriff auf hergebrachte Auslegungsmethoden ?

Zunächst soll eine einheitliche Lösung im Rahmen der anerkannten Auslegungsregeln gesucht werden. Dabei wird vorrangig auf der Ebene des Tatbestands nach Möglichkeiten für eine teleologische Reduktion zu suchen sein:

1.) Der Amtsträgerbegriff nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB ?

Täter einer Vorteilsannahme kann nur ein Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB sein. Von Literatur und Rechtsprechung werden Bürgermeister als kommunale Wahlbeamte auf Zeit und damit unproblematisch als Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB angesehen.¹²³⁷ Ein Lösungsansatz könnte nun darin bestehen auf Grund einer materiellen Betrachtungsweise - wohlgemerkt ausschließlich - in den oben beschriebenen Fallkonstellationen bereits eine Amtsträgereigenschaft des Bürgermeisters abzulehnen.¹²³⁸

¹²³⁷ Statt aller nur SK-*Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 17; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 14; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 18; *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 19 ff. ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 319 ff. aus der Rspr. OLG Stuttgart Die Justiz 1989, 198; OLG Karlsruhe NStZ 2001, 654; BGHSt 35, 128, 132 ferner BGHSt 49, 275, 282; jüngst BGH Urteil vom 27.04.2007 Aktenzeichen 2 StR 490/06.

¹²³⁸ In diese Richtung bereits ähnlich *Becker*, Wahlbeamte, S. 38 ff. und besonders 43 ff. ähnlich *Meyer*, Wahl und Ernennung, S. 1 ff., 6 ff., 10 ff. ferner *Lohmann*, Stellung der Wahlbeamten, S. 65 ff., 75 ff. mwN S. 81 und 107 ff. und bereits *Elsner*, HdbKWP I (1. Aufl.), S. 311.

Insbesondere nach *Rohlf* sind die einzelnen Amtsträgerbegriffe des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB stets in Bezug auf den jeweiligen Tatbestand und das damit geschützte materielle Rechtsgut auszulegen.¹²³⁹ Allein die rechtliche Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses zum Staat sei ohne Aussagewert für die besondere Beziehung zum Rechtsgut.¹²⁴⁰ Beim Beamten nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB sei lediglich ein formelles Kriterium zur Begründung der Amtsträgereigenschaft und damit der Tätoreigenschaft ausreichend. Für das besondere Unrecht der Amtsdelikte sei eine derartige formale Sonderstellung jedoch ohne Aussagewert, denn nach *Rohlf* werde dadurch weder ein notwendiges noch ein hinreichendes Charakteristikum der Tätoreigenschaft formuliert.¹²⁴¹

Auf Grundlage von *Rohlf*s Auffassung ist ein Beamter lediglich dann Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB, soweit er im Einzelfall tatsächlich materiell verwaltend tätig wird und hoheitliche Aufgaben wahrnimmt.¹²⁴² Konsequenterweise wäre nur im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit eine Strafbarkeit nach § 331 Abs. 1 StGB denkbar. Da das Einwerben, Vermitteln und Annehmen von gemeinnützigen Spenden, der Abschluss eines Sponsoring- oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vertrags gerade nicht im Zusammenhang mit der hoheitlichen Tätigkeit des Bürgermeisters steht, entfielen in diesen Fallkonstellationen der Anwendungsbereich des § 331 Abs. 1 StGB mangels Amtsträgereigenschaft des Bürgermeisters von vornherein.¹²⁴³

Allerdings lässt sich die Auffassung *Rohlf*s – wie sie selbst einräumt – nur schwer de lege lata vertreten.¹²⁴⁴ Das Gesetz knüpft nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers die strafrechtliche Amtsträgereigenschaft an das lediglich formale Merkmal der staats- bzw. verwaltungsrechtlichen Beamteneigenschaft.¹²⁴⁵ Da Bürgermeister kommunale Wahlbeamte auf Zeit sind, kann ihre

¹²³⁹ *Rohlf*, Die Täter der Amtsdelikte, S. 159 ff. und 184 ff.

¹²⁴⁰ *Rohlf*, Die Täter der Amtsdelikte, S. 160 und 184 ff.

¹²⁴¹ *Rohlf*, Die Täter der Amtsdelikte, S. 160 ff. und 184 ff.

¹²⁴² *Rohlf*, Die Täter der Amtsdelikte, S. 160 ff. und 184 ff.

¹²⁴³ So für Drittmittelinwerbung durch Hochschulpersonal *Diettrich/Schatz* ZRP 2001, 521, 524 f.

¹²⁴⁴ *Rohlf*, Die Täter der Amtsdelikte, S. 161 184 ff.

¹²⁴⁵ Statt aller nur *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 17 ff; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 13; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 18 und *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 19 ff. ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 317 ff. unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 208 f.

Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB nicht generell in Frage gestellt werden.¹²⁴⁶

2.) Teleologische Reduktion des Amtsträgerbegriffs ?

Wie oben bereits ausführlich dargestellt, nimmt die materiell-verwaltende Tätigkeit eines Bürgermeisters mit zunehmender Größe der Kommune zu Gunsten der politischen Funktion immer weiter ab. Vor allem in Großstädten ist der Bürgermeister mehr Berufspolitiker als Verwaltungsbeamter. Einem Bürgermeister kommen bereits kraft ausdrücklicher Regelungen der Kommunalverfassungen zahlreiche politische Funktionen zu.¹²⁴⁷

Auf Grundlage dieses Befunds bestünde ein weiterer Denkansatz darin, zunächst die strafrechtliche Amtsträgereigenschaft der Bürgermeister nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB grundsätzlich anzuerkennen. Soweit der Bürgermeister jedoch ausschließlich in seiner politischen Funktion agiert, muss im Rahmen des § 331 StGB eine teleologische Reduktion des Amtsträgerbegriffs vorgenommen werden. Dies hätte zur Folge, dass der Bürgermeister in den Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen bereits mangels Amtsträgereigenschaft nicht in den Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB fallen würde. Denn diese Fallkonstellationen sind eindeutig dem politischen Bereich zuzuordnen.

Als Begründung für diese Einschränkung könnte die beschriebene Doppelstellung des Bürgermeisters dienen. Wenn ein Bürgermeister kraft Kommunalverfassung in zwei unterschiedlichen Funktionen tätig wird, dann könnte dies auch eine strafrechtliche Differenzierung rechtfertigen. Gerade im Vergleich zu den kommunalen Mandatsträgern erscheint eine derartige Differenzierung einleuchtend. Denn wenn diese nunmehr auch nach der Auffassung der Rechtsprechung bei ihrer Arbeit in der kommunalen Volksvertretung oder eines ihrer Ausschüsse keine Amtsträger sind, dann ist es befremdlich, wenn der Bürgermeister als Mitglied oder gar Vorsitzender dieser Gremien in dieser Funktion strafrechtlicher Amtsträger bleiben soll. Vor allem deswegen, weil der Bürgermeister nunmehr nach sämtlichen

¹²⁴⁶ Im Ergebnis ähnlich für dem Bereich der Drittmittelwerbung durch beamtetes Hochschulpersonal *Dietrich/Schatz* ZRP 2001, 521, 524 f.

¹²⁴⁷ Ausführlich oben unter A II.

Kommunalverfassungen wie die übrigen Mitglieder der kommunalen Volksvertretung aktives Beratungs- und Stimmrecht hat.¹²⁴⁸ Darüber hinaus darf er sogar im Rahmen der legislativen Tätigkeit der kommunalen Volksvertretung über kommunale Rechtssätze abstimmen. Dies alles deshalb, weil er seit Einführung der Direktwahl der Bürgermeister wie die kommunalen Mandatsträger über eine unmittelbare demokratische Legitimation verfügt.¹²⁴⁹

Dabei ist zu erinnern, dass ein Teil der Literatur eine derartige differenzierende Ansicht in Bezug auf die Frage der Amtsträgereigenschaft der kommunalen Mandatsträger favorisiert.¹²⁵⁰ Soweit diese konkret-individuelle Verwaltungsentscheidungen treffen, wird hierbei für eine Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB plädiert. Soweit es um abstrakt-generelle politische Entscheidungen geht, scheidet eine Amtsträgereigenschaft generell aus.¹²⁵¹ Wenn kommunale Mandatsträger im Rahmen ihrer politischen Mandatsausübung nach dieser Literaturlauffassung keine Amtsträger sind, dann liegt es nahe auch den Bürgermeister in der gleichgelagerten Funktion zumindest bezüglich § 331 Abs. 1 StGB aus dem Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB auszuscheiden.¹²⁵²

Neben den kommunalen Mandatsträgern und kommunalen Wahlbeamten gibt es darüber hinaus noch weitere Personengruppen, denen eine rechtliche Doppelfunktion zukommt. Diesbezüglich wird ebenfalls abhängig vom jeweiligen Tätigkeitskreis der betroffenen Person eine differenzierende Ansicht im Hinblick auf die strafrechtliche Amtsträgereigenschaft diskutiert:

Im Fall Poullain ging es um die Frage, ob und inwieweit Vorstandsmitglieder von Landesbanken oder anderen überregionalen öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten als Amtsträger anzusehen sind.¹²⁵³ Denn zum einen dienen diese Körperschaften als Staats- und Kommunalbanken, so dass ihre Vorstandsmitglieder in diesem Bereich

¹²⁴⁸ Vgl. oben unter A II und ausführlich nochmals unten unter III 1.

¹²⁴⁹ Vgl. oben unter A II und ausführlich nochmals unten unter III 1.

¹²⁵⁰ Zu dieser differenzierenden Ansicht ausführlich im 3. Kapitel unter B I.

¹²⁵¹ MÜKo-Radtke, § 11 Rn 48 sowie ausführlich oben im 3. Kapitel unter B I.

¹²⁵² Ähnlich Becker, Wahlbeamte, S. 38 ff. und besonders 43 ff. ähnlich Meyer, Wahl und Ernennung, S. 1 ff., 6 ff., 10 ff. ferner Lohmann, Stellung der Wahlbeamten, S. 65 ff., 75 ff. mwN S. 81 und 107 ff. und bereits Elsner, HdbKWP I (1. Aufl.), S. 311.

¹²⁵³ BGHSt 31, 264 ff. = NJW 1983, 2509 = NSTz 1984, 501 = StV 1983, 240 = JR 1983, 462 und die ausführliche Anmerkung von Geerds JR 1983, 465 ff.

Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen und folglich Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB sind.¹²⁵⁴ Zum anderen unterhalten sie als sog. Geschäftsbanken auf rein bürgerlich-rechtlicher Basis Vertragsbeziehungen zu Privatunternehmen und Privatkunden. Während der BGH diese Frage ausdrücklich offen lies,¹²⁵⁵ wird in der Literatur eine Differenzierung orientiert nach konkretem Tätigkeitsbereich für möglich gehalten und im Bereich der Geschäftsbankentätigkeit eine Amtsträgereigenschaft der Bankangestellten abgelehnt.¹²⁵⁶

Ein weiteres Beispiel für ein janusköpfiges Amt ist das eines Parlamentspräsidenten.¹²⁵⁷ Einerseits fällt er als Abgeordneter und als Vorsitzender eines Legislativorgans keinesfalls unter den strafrechtlichen Amtsträgerbegriff.¹²⁵⁸ Andererseits ist er als Leiter der Parlamentsverwaltung auf zahlreichen Gebieten administrativ tätig und erlässt in dieser Funktion sogar Verwaltungsakte.¹²⁵⁹ Deswegen soll er nach einer Ansicht lediglich in dieser Funktion in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen und damit Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB sein.¹²⁶⁰ Soweit er in seiner Funktion als Parlamentsvorsitzender und damit als Abgeordneter tätig ist, soll er allerdings nicht unter den Amtsträgerbegriff fallen.¹²⁶¹ Eine andere Ansicht hält auch diese Tätigkeiten von der Legislativfunktion des Parlaments umfasst und verneint infolgedessen durchweg eine Amtsträgereigenschaft.¹²⁶²

Eine teleologische Reduktion des Amtsträgerbegriffs im Rahmen von § 331 Abs. 1 StGB im politischen Aufgabenbereich eines Bürgermeisters ist jedoch abzulehnen. Zunächst wird schon von Teilen der Literatur eine Bestimmung der

¹²⁵⁴ MüKo-Radtke, § 11 Rn 41; Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 678 ff. und Wagner JZ 1987, 594, 597.

¹²⁵⁵ BGHSt 31, 264, 274 hierauf weist auch Dingeldey JR 1983, 503 hin.

¹²⁵⁶ Dingeldey JR 1983, 503 sowie Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 678 ff. und 681 wohl auch Welp, Lackner-FS, 761, 785 Fn. 131 a.E.

¹²⁵⁷ Ausführlich Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 672 ff. und Paeffgen JZ 1997, 178 ff.

¹²⁵⁸ Vgl. Paeffgen JZ 1997, 178, 179 ff.

¹²⁵⁹ Vgl. die ausführliche Darstellung bei Paeffgen JZ 1997, 178, 180 ff.

¹²⁶⁰ Hierfür SK-Rudolphi/Stein, § 11 Rn 17 ff.; Tröndle/Fischer, § 11 Rn 16 ausführlich MüKo-Radtke, § 11 Rn 48; Paeffgen JZ 1997, 178, 181; Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 673 zur Problematik bei Abgeordneten bereits Wagner, Amtsverbrechen, S 138 ff., 141.

¹²⁶¹ So Paeffgen JZ 1997, 178, 181 und die Autoren in der vorstehende Fußnote.

¹²⁶² Lackner/Kühl, § 11 Rn 11; Schönke/Schröder-Eser, § 11 Rn 23; LK-Gribbohm, § 11 Rn 37; AK-Wassermann, § 11 Rn 16.

Amtsträgereigenschaft bei den Personen mit rechtlicher Doppelfunktion abhängig vom Tätigkeitsbereich aus Praktikabilitätsgründen abgelehnt.¹²⁶³ Darüber hinaus treffen die bereits oben erhobenen Einwände gegen die differenzierende Ansicht zur Problematik der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger auch vorliegend zu. Hier wie dort entpuppt sich der scheinbare Vorteil einer differenzierenden Betrachtung als Nachteil, wenn es um die strafprozessuale Ahndung der konkreten Tat geht.¹²⁶⁴ Dies ist besonders misslich, weil eine Verurteilung eines Bürgermeisters wegen Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB auf Grund der Wortlautgrenze bei der Auslegung und des Analogieverbots gemäß § 1 StGB bzw. Art. 103 Abs. 2 GG unmöglich ist. Letztlich verkennt aber der vorliegend entwickelte Lösungsansatz ebenso wie der oben auf Basis von *Rohlffs* Untersuchung entwickelte, die gesetzgeberische Intension bei Schaffung des Amtsträgerbegriffs nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB.¹²⁶⁵ Der Gesetzgeber wollte mit dieser Legaldefinition das rein formale Kriterium der Beamteneigenschaft zur Begründung der strafrechtlichen Amtsträgereigenschaft ausreichen lassen. Ob der Beamte tatsächlich materiell Hoheitsaufgaben wahrnimmt, ist zur Begründung der Amtsträgereigenschaft vom Gesetzgeber ausdrücklich als unerheblich angesehen worden.¹²⁶⁶ Dies ist zu akzeptieren.

Im Ergebnis ist der Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB der falsche Anknüpfungspunkt für eine Einschränkung der Vorteilsannahme nach § 331 StGB auf Grund normativer Wertungen.

3.) Einschränkung des Vorteilsbegriffs ?

Eine Einschränkung des Tatbestands der Vorteilsannahme in den Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister könnte in allen Fallgruppen durch eine restriktive Auslegung des Vorteilsbegriffs von § 331 Abs. 1 StGB erreicht werden.

¹²⁶³ Für den Fall *Poullain* *Geerds* JR 1983, 465, 466; *Wagner* JZ 1987, 594, 597 kritisch auch *Paeffgen* JZ 1997, 178, 181 und *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 682.

¹²⁶⁴ Vgl. bereits oben im 2. Kapitel unter C III und im 3. Kapitel unter B II.

¹²⁶⁵ Hierzu schon oben unter C I 1.

¹²⁶⁶ Statt aller nur *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 17 ff.; *Tröndle/Fischer*, § 11 Rn 13; *Schönke/Schröder-Eser*, § 11 Rn 18 und *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 19 ff. ausführlich *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 317 ff. unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 208 f.

Hierzu existieren vereinzelt Lösungsvorschläge in der Literatur. Wie bereits oben dargestellt, soll nach einer Ansicht auch in den Fällen einer Drittzuwendung stets am Merkmal der Eigennützigkeit des Vorteils für den Amtsträger festgehalten werden.¹²⁶⁷ In all jenen Fällen, in denen dem Amtsträger kein mittelbar eigennütziger Vorteil verbleibt, sei das Tatbestandsmerkmal (Dritt-)Vorteil zu verneinen.¹²⁶⁸ Nach *Kaiser* sollen Geschenke in Anlehnung zur Geringwertigkeitsklausel des § 248a StGB bis zu einem Betrag von heute 25 Euro generell nicht als Vorteil anzusehen sein.¹²⁶⁹ Vereinzelt wird für eine Herausnahme *geringfügiger Vorteile* aus dem Vorteilsbegriff des § 331 Abs. 1 StGB plädiert.¹²⁷⁰ Dies sind für *Gribl* jene Zuwendungen, die ihren gesamten Umständen entsprechen und insbesondere mit Rücksicht auf Anlass und Wert gebräuchlich und von der Gesellschaft akzeptiert sind. Als Beispiele führt *Gribl* das Neujahrstrinkgeld an Müllwerker und Postbedienstete an oder stellt auf geringwertige Werbegeschenke wie Kalender oder Kugelschreiber an Behördenmitarbeiter ab.¹²⁷¹ Ferner zählt er dazu die sog. „echten“ Geschenke, die wegen des bestimmenden Motivs der Anerkennung, Dankbarkeit oder Höflichkeit z.B. an einen Lebensretter oder langjährigen und persönlich bekannten Amtsträger zum Anlass seines Geburtstags gemacht werden. Hierbei soll nach *Gribl* die Beziehung zur *Diensthandlung* durch eine außerdienstliche Veranlassung überlagert werden.¹²⁷²

Gegen diese Einschränkungsversuche im Rahmen des Vorteilsbegriffs spricht schon der allgemeine Sprachgebrauch.¹²⁷³ Denn selbst bei geringwertigen Zuwendungen wird man vor allem im Wiederholungsfalle eine wirtschaftliche Bereicherung des Empfängers nicht verneinen können.¹²⁷⁴ Mittlerweile sind die Ansichten von *Kaiser* und *Gribl* aber wegen der Ausdehnung der Strafbarkeit durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz veraltet. Abweichend von der Rechtslage vor 1997

¹²⁶⁷ So vor allem schon *Dauster* NStZ 1999, 63, 66.

¹²⁶⁸ *Winkelbauer/Felsinger* BWGZ 1999, 291, 296 ff. und *Winkelbauer/Felsinger/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar?, S. 29 ff., 34 ff. ihnen folgend *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 91 ff.; 122 ff., 151 ff. zusammenfassend auf S. 170 ff.

¹²⁶⁹ *Kaiser* NJW 1981, 321, 322.

¹²⁷⁰ *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 125 ff., 134 ff., 144 ff.; *SK-Rudolphi* (5. Aufl.), § 331 Rn 23.

¹²⁷¹ *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 125 ff., 134 ff. und 144 ff.

¹²⁷² *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 125 ff., 134 ff. und 144 ff.

¹²⁷³ *Hardtung*, Vorteilsannahme, S. 54 ff. und ablehnend auch S. 68.

¹²⁷⁴ *Merges*, Strafausschließungsgründe, S. 149; *Dölling*, Gutachten C, S. 69 ff.

ist die Zuwendung nunmehr in Bezug auf die allgemeine *Dienstausübung* und nicht mehr nur in Bezug auf eine konkrete *Diensthandlung* nach § 331 Abs. 1 StGB strafbar.¹²⁷⁵ Ferner fehlt für eine derartige Beschränkung des Vorteilsbegriffs jede gesetzliche Grundlage und müsste konsequenterweise auch im Rahmen der Bestechlichkeit nach § 332 StGB gelten.¹²⁷⁶ Schließlich ergeben sich Abgrenzungsprobleme in Bezug auf die Genehmigungspflicht nach § 331 Abs. 3 StGB.¹²⁷⁷ Dementsprechend wird heute generell jede wirtschaftliche Besserstellung unabhängig vom Wert der Zuwendung einhellig als Vorteil angesehen.¹²⁷⁸ Die Rechtsprechung lehnt ebenfalls jede Einschränkung des Vorteilsbegriffs aus normativen Erwägungen ab.¹²⁷⁹ Unabhängig von der Diskussion um die Geringwertigkeit von Vorteilen zeichnen sich die vorliegend zu lösenden Problemgruppen gerade dadurch aus, dass bei ihnen der Wert der jeweiligen (Dritt-)Zuwendungen die Geringfügigkeitsgrenze bei weitem übersteigt. Bei Beträgen von regelmäßig mehr als 25 Euro nicht mehr von einem (Dritt-)Vorteil sprechen zu wollen, ist de lege lata nicht nachvollziehbar.¹²⁸⁰ Als Grundlage eines hier zu suchenden einheitlichen Lösungsansatzes versagen diese Ansichten besonders bei Wahlkampfspenden an einen Bürgermeister, der sich zur Wiederwahl stellt. Denn diese zeichnen sich sowohl durch das Überschreiten der Geringwertigkeitsschwelle als auch durch ihre Eigennützigkeit aus. Des Weiteren widersprechen diese Ansichten der Intension des Korruptionsbekämpfungsgesetzes, welches den Vorteilsbegriff ausdrücklich auch auf scheinbar altruistische Drittvorteile erweitert hat.¹²⁸¹ Lediglich de lege ferenda könnte durch die gesetzliche Konkretisierung auf ungebührliche, *unangemessene* oder *unlautere* Vorteile eine Begrenzung von § 331

¹²⁷⁵ Vgl. die Darstellung bei *Schönke/Schröder-Cramer*, § 331 Rn 7; *Korte* NStZ 1997, 513 und ausführlich *Schaupensteiner* Kriminalistik 1997, 699 ff.

¹²⁷⁶ Hierzu *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 35 und *MüKo-Korte*, § 331 Rn 63 sowie *Kargl* ZStW 114 (2002) 763, 768 ff., 772 und *Satzger* ZStW 115 (2003) 469, 477.

¹²⁷⁷ Darauf weisen *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 14 und *Dölling*, Gutachten C, S. 69 ff. hin.

¹²⁷⁸ Statt aller nur *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 11b; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 18; *SK-Rudolphi/Stein*, § 331 Rn 20; *LK-Jescheck*, § 331 Rn 8.

¹²⁷⁹ Vgl. jüngst *BGH* NStZ 2000, 596, 599; weitere Nachweise aus der Rspr finden sich in den Fundstellen der vorangegangenen Fußnote.

¹²⁸⁰ Bereits *Dölling*, Gutachten C, S. 69 ff.

¹²⁸¹ *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 390; *Kargl* ZStW 114 (2002) 763, 769 ff. sowie zur Ablehnung dieser Ansicht schon ausführlich oben unter B I 3.

Abs. 1 StGB im Rahmen des Vorteilsbegriff erfolgen.¹²⁸² Ob derart unbestimmte Rechtsbegriffe allerdings die Rechtsicherheit erhöhen darf bezweifelt werden, weil sie zu keiner inhaltlichen Lösung führen.¹²⁸³

Im Ergebnis ist der naturalistisch geprägte Begriff des Vorteils derzeit nicht der richtige Ort für normative Korrekturen im Rahmen von § 331 Abs. 1 StGB.¹²⁸⁴

4.) Allgemeine Einschränkung der Unrechtsvereinbarung

Schließlich könnte in den oben beschriebenen Fallkonstellationen das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „Unrechtsvereinbarung“ zu verneinen sein. Eine solche Unrechtsvereinbarung ist nur dann gegeben, wenn zwischen der Annahme eines Vorteils und der Dienstaussübung ein besonderes Beziehungsverhältnis besteht, bei dem die Annahme des Vorteils das Äquivalent für die Dienstaussübung darstellt.¹²⁸⁵ Diese inhaltliche Verknüpfung von Dienstaussübung und Vorteilszuwendung, die durch das Wörtchen „für“ zum Ausdruck kommt, wird gemeinhin als Unrechtsvereinbarung oder Äquivalenzverhältnis beschrieben.¹²⁸⁶ Hierin wird das Kernstück der Korruptionsdelikte gesehen.¹²⁸⁷ Wie kein anderes Tatbestandsmerkmal im Rahmen von § 331 Abs. 1 StGB ermöglicht die Unrechtsvereinbarung eine Begrenzung der Strafbarkeit auf Grund normativer Kriterien.¹²⁸⁸ Eine derartige Ausscheidung des wirklich strafwürdigen Verhaltens von nunmehr ebenfalls vom Tatbestand erfassten Verhaltensweisen, ist erst Recht nach

¹²⁸² In dieser Richtung *Lüderssen* JZ 1997, 112, 116, 120 und StV 1997, 318 ff., 323; *Pfeiffer* NJW 1997, 782, 784; *Walter* ZRP 1999, 292, 296; *Diettrich/Schatz* ZRP 2001, 521, 523; *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar?, S. 21 unter Verweis auf *König* DRiZ 1996, 357, 361 ff. und JR 1997, 397, 399 f.

¹²⁸³ Bereits *Volk*, Zipf-GS, 419, 425 ff., 428; *Ambos* JZ 2003, 345, 352 und 354 sowie *Diettrich/Schatz* ZRP 2001, 521, 523.

¹²⁸⁴ *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 390; *Satzger* ZStW 115 (2003) 469, 475 ff.; *Kargl* ZStW 114 (2002) 763, 768 ff., 772; *Rönnau* JuS 2003 232, 235; *Kuhlen* JR 2003 231, 233 ausführlich *Merges*, Strafausschließungsgründe, S. 147 ff., 149 f.

¹²⁸⁵ So *MüKo-Korte*, § 11 Rn 93; *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 10 f. und *SK-Rudolphi/Stein*, § 331 Rn 27 ff.

¹²⁸⁶ Statt aller *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 21 ff.; *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 10.

¹²⁸⁷ *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 15; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 3; *LK-Jescheck*, Vor § 331 Rn 17.

¹²⁸⁸ *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 86 ff.; *SK-Rudolphi/Stein*, § 331 Rn 29/29a; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 4/5 besonders *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 25 ff; *MüKo-Korte*, § 331 Rn 100 ff. und 107 je mwN.

der Lockerung der Anforderungen an die Unrechtsvereinbarung von Nöten.¹²⁸⁹ Als rechtliche Begründung hierfür kommen mehrere Ansätze in Betracht:

a) Lehre von der Sozialadäquanz

Nach dieser ursprünglich auf *Welzel* zurückgehenden Theorie sind Handlungen, die sich innerhalb der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen, selbst dann nicht *tatbestandsmäßig*, wenn sie unter den Wortlaut eines Straftatbestands subsumierbar sind.¹²⁹⁰ Neben zahlreichen Beispielen aus dem Bereich des Straßenverkehrs oder des Sports kommt der Theorie der sozialen Adäquanz vor allem bei der Vorteilsannahme Bedeutung zu.¹²⁹¹ Im Rahmen sog. sozialadäquater Zuwendungen soll es am spezifischen Zusammenhang zwischen Dienstausbübung und Vorteil und damit am notwendigen Äquivalenzverhältnis fehlen.¹²⁹² Dementsprechend sollen kleine und geringwertige Werbegeschenke wie Kugelschreiber, Taschenrechner bzw. Kalender etc. an Amtsträger oder das Neujahrstrinkgeld an Postboten oder Müllwerker nicht vom Tatbestand des § 331 Abs. 1 StGB erfasst werden.¹²⁹³ Zwar werden diese Geschenke gerade mit Blick auf die Dienstausbübung gewährt, jedoch soll hier wegen der allgemeinen Üblichkeit dieser Zuwendungen und deren Billigung durch die Rechtsgemeinschaft keine Unrechtsvereinbarung zustande kommen, was angesichts der Geringwertigkeit solcher Aufmerksamkeiten unmittelbar einleuchtet.¹²⁹⁴

Vereinzelt wird nun versucht die Lehre von der sozialen Adäquanz auch zur Lösung der hier zu erörternden Problematik fruchtbar zu machen.¹²⁹⁵ So könnte unter

¹²⁸⁹ Ausführlich *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 29; *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 10 f.; eingehend *MüKo-Korte*, § 331 Rn 100 ff.; *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 86 ff. aus der Rspr. BGHSt 47, 295, 303 ff.

¹²⁹⁰ *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 514 ff. und *derselbe*, Deutsches Strafrecht, S. 55 ff.; ausführlich auch *Roxin*, AT I, § 10 Rn 33 ff.

¹²⁹¹ *Roxin*, AT I, § 10 Rn 33 ff. und Rn 40 ff.; *Cramer*, Roxin-FS, 945, 946 f. ausführlich *Merges*, Strafausschließungsgründe, S. 129 ff.

¹²⁹² Statt aller *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 25, *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 29a; *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 87 aus der Rspr. BGHSt 15, 239, 251 ff.; 31, 264, 279.

¹²⁹³ *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 29a ferner Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174.

¹²⁹⁴ *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 87; *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 25 ff.; *MüKo-Korte*, § 331 Rn 100 ff.; *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 14 ferner Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174.

¹²⁹⁵ So vor allem *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 396 ff. ähnlich *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 278 ff. ablehnend aber Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174.

bestimmten Umständen die Annahme sogar höherwertiger (Dritt-)Zuwendungen auf Grund normativer Wertungen durchaus sozialadäquat sein, weil gesellschaftspolitisch erwünscht und steuerrechtlich privilegiert.¹²⁹⁶ Dies erscheint jedoch aus mehreren Gründen äußerst problematisch:

Zunächst ist die Lehre von der sozialen Adäquanz noch immer umstritten.¹²⁹⁷ Ihre Kritiker lehnen sie wegen der vor Art. 103 Abs. 2 GG bedenklichen Weite und Unbestimmtheit ihrer Wertungsmaßstäbe ab.¹²⁹⁸ Angesichts der Unsicherheit (oder auch Verunsicherung) darüber, was sich im Rahmen der sozialen Ordnung halte (vgl. auch die parallelen Schwierigkeiten bei § 228 und § 240 Abs. 2 StGB), würde die Verwendung eines so schillernden Gesichtspunkts bedeuten, dass der untere Bereich der Strafbarkeit weithin ins Schwimmen geriete.¹²⁹⁹ Ferner könnten die Staatsanwaltschaften über das Vehikel der sozialen Adäquanz vor allem die formellen Voraussetzungen der §§ 153 ff. StPO unterlaufen und insbesondere bei politisch heiklen Sachverhalten den mit einer Anklageerhebung möglicherweise verbundenen Unannehmlichkeiten aus dem Weg gehen.¹³⁰⁰ Schließlich bestünde die Gefahr unter Bezugnahme auf die soziale Adäquanz am Gesetzgeber vorbei eine eigene Strafrechtsreform zu betreiben oder gar die kriminalpolitische Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu untergraben.¹³⁰¹ *Roxin* meint an Hand einer streng rechtsgutsorientierten Auslegung präzisere Ergebnisse bei der Tatbestandsreduktion erzielen zu können, wie mit der Lehre von der sozialen Adäquanz. Denn diese führe oft dazu, dass Entscheidungen nach dem bloßen Rechtsgefühl getroffen würden oder allgemein verbreitete Missbräuche für

¹²⁹⁶ So bereits ausführlich oben unter B I 3 und II bereits *Eser*, Roxin-FS, 199, 205, 211 sowie *Cramer*, Roxin-FS, 945, 948 ff.

¹²⁹⁷ *Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele*, Vor § 13 Rn 69 und ausführlich LK-*Rönnau*, Vor § 32 Rn 49 ff. mwN und zur Kritik *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 98 ff.

¹²⁹⁸ *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 16 Rn 34 ff.; *Dölling*, Gutachten C, S. 70 unter Verweis auf *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 101, 109, 112; ausführlich *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 296 zur Kritik auch *Roxin*, AT I, § 10 Rn 35 ff. und Rn 40 f.

¹²⁹⁹ So ausdrücklich LK-*Rönnau*, Vor § 32 Rn 51 und LK-*Hirsch* (11. Aufl.), Vor § 32 Rn 29 und *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 93 ff.

¹³⁰⁰ So die Darstellung der Kritik bei *Eser*, Roxin-FS, 199, 205 ff. unter Verweis auf LK-*Hirsch* (11. Aufl.), Vor § 32 Rn 29 und *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 93 ff.

¹³⁰¹ Eingehend LK-*Rönnau*, Vor § 32 Rn 51 und LK-*Hirsch* (11. Aufl.), Vor § 32 Rn 29 und *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 93 ff.

tatbestandslos erklärt würden.¹³⁰² Angesichts dieser Argumente kann mit *Wiethölter* behauptet werden, dass der Begriff der Sozialadäquanz zu jenen verführerischen Vokabeln gehört, die bei der Auslegung nur das enthüllen, was vorher an wünschenswertem Ergebnis in sie hineingelegt worden ist.¹³⁰³

Wenn damit die Lehre von der Sozialadäquanz schon im Allgemeinen überwiegend abgelehnt wird, dann spricht angesichts vorstehender Erwägungen vieles dafür, sie auch im sensiblen Bereich des Korruptionsstrafrechts äußerst kritisch zu beurteilen.¹³⁰⁴ So mag die Lehre von der Sozialadäquanz in den Fällen *geringwertiger* Aufmerksamkeiten im Rahmen der zwischenmenschlichen Höflichkeit durchaus geeignet sein, einen Tatbestandsausschluss herbeizuführen.¹³⁰⁵ Obwohl bereits hier wie ausgeführt Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Geringwertigkeitsgrenze und der zu fordernden konkreten Umstände bestehen.¹³⁰⁶ Hinzu kommen erhebliche regionale Unterschiede.¹³⁰⁷ Schon viel zweifelhafter ist deshalb, ob die Einladung eines Amtsträgers zu „Geschäftssessen“ oder dessen Beherbergung noch als sozialadäquat anzusehen ist.¹³⁰⁸ Erst Recht lässt sich für die hier zu lösenden Problemkonstellationen auf Grundlage der Lehre von der Sozialadäquanz kein einheitliches Lösungsmodell entwickeln. Geht es doch in den Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister um ganz erhebliche Summen.¹³⁰⁹ Gerade für Vorteile über der Geringwertigkeitsschwelle hat der Gesetzgeber in § 331 Abs. 3 StGB jedoch ein spezielles

¹³⁰² *Roxin*, AT I, § 10 Rn 41 f.

¹³⁰³ *Wiethölter*, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, S. 57 und *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 100 ff.

¹³⁰⁴ *Kargl* ZStW 114 (2002) 763, 778 ff., 781; *Merges*, Strafausschließungsgründe, S. 129 ff. und 134 ff. zur abschließenden Kritik S. 171 ff. insbesondere auch Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174.

¹³⁰⁵ So auch die h.M. vgl. statt aller *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 25 ff.; auch *Merges*, Strafausschließungsgründe, S. 154 ff. und *Hardtung*, Vorteilsannahme, S. 71 f.

¹³⁰⁶ Eine Übersicht über einzelne Sachverhalte und ihre unterschiedliche Handhabung in Bezug auf die Beurteilung der Sozialadäquanz in Abhängigkeit von regionalen Unterschieden bietet *Wewer*, in: *Benz/Seibel*, Zwischen Kooperation und Korruption, S. 297, 299 ff.

¹³⁰⁷ bereits *Knauß*, in: *Vahlenkamp/Knauß*, Korruption – hinnehmen oder handeln ?, Teil 2, Nr. 2.3.4, S. 272 ff. sowie *Wewer*, in: *Benz/Seibel*, Zwischen Kooperation und Korruption, S. 297, 299 ff.

¹³⁰⁸ Zu dieser wertenden Problematik statt aller *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 26; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 29a; *MüKo-Korte*, § 331 Rn 128 ausführlich *Bannenber*, Korruption, S. 399 ff.

¹³⁰⁹ Vgl. auch *Dannecker* BWGZ 2001, 555, 560 und ausführlich *Winkelbauer/Felsinger/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 81 f. und *Bannenber*, Korruption, S. 404.

Genehmigungsverfahren vorgesehen. Wollte man daher mit einer Mindermeinung auch ganz erhebliche finanzielle (Dritt-)Zuwendungen als sozialadäquat ansehen, dann würde dieses Genehmigungsverfahren völlig seines Sinns entleert.¹³¹⁰

Folglich vermag die Lehre von der Sozialadäquanz weder im Allgemeinen noch im besonderen Fall der Korruptionsdelikte zu einer einheitlichen Lösung der (Dritt-)Zuwendungsproblematik bei Bürgermeistern beitragen.¹³¹¹

b) Theorie des erlaubten Risikos

Auch mit dieser Lehre lässt sich die Spenden und Sponsoringproblematik nicht einheitlich lösen.¹³¹² Unter „erlaubtem“ bzw. „nicht normrelevanten Risiko“ versteht man ein Verhalten, das zwar ein rechtlich relevantes Risiko schafft, das aber generell erlaubt ist und daher anders als Rechtfertigungsgründe schon die Zurechnung zum objektiven Tatbestand ausschließt.¹³¹³ Vor allem *Zander* nimmt nun auf Grund von Art. 28 Abs. 2 GG und der steuerrechtlichen Privilegierung an, dass Spenden und Sponsoringverträge auf kommunaler Ebene das Rechtsgut von § 331 Abs. 1 StGB nicht verletzen und folglich noch im Rahmen des erlaubten Risikos liegen.¹³¹⁴

Auf Grund ihrer strukturellen Ähnlichkeit zur Lehre von der sozialen Adäquanz sieht sich die Lehre vom erlaubten Risiko denselben Einwänden ausgesetzt wie jene. Hier wie dort sind die genauen Voraussetzungen unscharf und im Einzelfall wenig vorhersehbar.¹³¹⁵ Damit würde der einzelne Amtsträger oder der Zuwendende bei der Beurteilung, ob eine bestimmte Zuwendung im Einzelfall noch zulässig ist oder schon die Grenze zu einer strafbaren Handlung überschreitet allein gelassen. Dass

¹³¹⁰ So MüKo-Korte, § 331 Rn 128 unter Verweis auf OLG Hamburg StV 2001, 277, 282 und StV 2001, 284, 287; *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 101 f., 110 kritisch bereits *Wagner* JZ 1987, 594, 604.

¹³¹¹ *Zander* ZG 2002, 191, 196; *Dannecker* BWGZ 2001, 555, 560; *Winkelbauer/Felsinger/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar?, S. 17, 81 f. ablehnend auch Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174.

¹³¹² so aber vor allem *Zander* ZG 2002, 191, 197 ff. und *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 394 ff. ausführlich *Winkelbauer/Felsinger/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar?, S. 93 f.

¹³¹³ *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 394 unter Verweis auf *Roxin*, AT I, § 11 Rn 66 ff. sowie *Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele*, Vor § 13 Rn 70c; ausführlich *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 74 ff.; 349. ff.

¹³¹⁴ Vgl. *Zander* ZG 2002, 191, 197 ff.

¹³¹⁵ So *Roxin*, AT I, § 11 Rn 65 und ausführlich *LK-Rönnau*, Vor § 32 Rn 53 ff.

hier die Schwächen einer Lösung nach den Grundsätzen des erlaubten Risikos liegen, räumen selbst die Anhänger dieser Ansicht ein.¹³¹⁶

Insgesamt kann weder die Lehre von der sozialen Adäquanz noch die Lehre vom erlaubten Risiko zu einer Verneinung der Unrechtsvereinbarung in den Fällen von (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister herangezogen werden.

II. Lösung auf der Ebene der Strafrechtswidrigkeit ?

Wie dargestellt ist eine Einschränkung der Vorteilsannahme über den Weg einer teleologischen Reduktion von Tatbestandsmerkmalen und damit auf der Ebene des Tatbestands nicht möglich. Deswegen soll nun nach einer Lösung auf Ebene der Strafrechtswidrigkeit gesucht werden. Dabei ist zunächst der Frage nachzugehen, inwieweit die in § 331 Abs. 3 StGB vorgesehene Genehmigungsfähigkeit eine einheitliche Lösung für alle Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister liefern kann. Im Anschluss daran ist zu problematisieren, ob in diesen Fällen ein Strafunrechtsausschluss angenommen werden kann.

1.) Genehmigungsfähigkeit nach § 331 Abs. 3 StGB ?

Nach dieser Vorschrift ist die Tat nicht nach § 331 Abs. 1 StGB strafbar, wenn der Täter einen *nicht von ihm geforderten Vorteil* sich versprechen lässt oder annimmt und die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse *entweder* die Annahme vorher genehmigt hat *oder* der Täter unverzüglich bei ihr Anzeige erstattet und sie die Annahme genehmigt.

Auf den ersten Blick scheint die Existenz einer derartigen Genehmigungsvorschrift zu einer sinnvollen Lösung der Problematik beizutragen. Insbesondere zur Lösung des Parallelproblems der Drittmittleinwerbung durch Hochschulpersonal wird von einer Literaturansicht der Weg über § 331 Abs. 3 StGB favorisiert.¹³¹⁷

¹³¹⁶ Vgl. Zander ZG 2002, 191, 197 f. und Knauer/Kaspar GA 2005, 385, 395 ff.

¹³¹⁷ So vor allem Bernsmann StV 2003, 521, 522; Mansdörfer wistra 2003, 211, 213; Satzger ZStW 115 (2003) 469, 498 und Ambos JZ 2003, 345, 353 f. sowie Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174.

Bei genauerer Analyse offenbart eine solche Genehmigungslösung jedoch ganz erhebliche Schwächen:

Dies wird zunächst an Hand einer allgemeinen Bestimmung der Genehmigungsvoraussetzungen deutlich. Unabhängig von der (Dritt-)Zuwendungsproblematik an Bürgermeister sind nämlich die einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen sowie die genaue Reichweite einer Genehmigung noch nicht hinreichend geklärt und teils widersprüchlich.¹³¹⁸ Denn § 331 Abs. 3 StGB stellt keine inhaltlichen Anforderungen an die Genehmigungsfähigkeit des Vorteils auf.¹³¹⁹ Infolgedessen wird in der Strafrechtswissenschaft überwiegend eine modifiziert verwaltungsakzessorische Auslegung von § 331 Abs. 3 StGB vertreten.¹³²⁰ In der Tat sehen § 43 S. 2 BRRG und § 70 S. 2 BBG bzw. die entsprechenden Vorschriften der Landesbeamtengesetze Regelungen zur Genehmigung der Annahme von Geschenke und Belohnungen vor.¹³²¹ Danach soll wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung die dienstrechtliche Genehmigung einer derartigen Zuwendung auch für das Strafrecht Bedeutung erlangen.¹³²² Problematisch hierbei ist zunächst, dass auch die Beamtengesetze keine genauen Maßstäbe für die Genehmigungsvoraussetzungen aufstellen. Vielmehr wird dort lapidar festgestellt, dass „Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der Geschenkkannahme der Zustimmung der obersten Dienstbehörde bedürfen“.¹³²³ Die hierzu erlassenen Verwaltungsvorschriften wiederum beschränken sich zumeist auf die Wiederholung des Gesetzeswortlauts und stellen nur allgemeine

¹³¹⁸ Vgl. die Darstellung bei *Bannenberg*, Korruption, S. 403; Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174.

¹³¹⁹ Statt aller *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 33; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 42 ausführlich auch *Michalke*, Rieß-FS, 771 ff., 775 ff.; *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 115 ff. und 119 ff.

¹³²⁰ *MüKo-Korte*, § 331 Rn 149 und 157 f. unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 272 vgl. bereits zum gleichartigen Problem im Rahmen des Umweltstrafrechts *Winkelbauer*, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, S. 37 und 66 ff.

¹³²¹ Für die einzelnen Bundesländer vgl. § 89 BWLBG; Art. 79 BayLBG; § 34 BerLBG; § 37 BbgLBG; § 69 BremLBG; § 74 HambLBG; § 84 HessLBG; § 76 MVLBG; § 78 NdsLBG; § 76 NRWLBG; § 78 RPLBG; § 85 SaarLBG; § 90 SächsLBG; § 70 SachsAnLBG; § 86 SHLBG; § 73 ThürLBG.

¹³²² So ausführlich *Gribl*, Vorteilsbegriff S. 115 ff.; *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 147 ff.; *Michalke*, Rieß-FS, 771, 772 und 777 ff.

¹³²³ *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 107, ausführlich *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 116 ff.

Wertungsvorschriften zur Genehmigungsfähigkeit auf.¹³²⁴ Folglich ist im Einzelfall nur schwer vorhersehbar, ob mit einer Genehmigungserteilung zu rechnen ist.¹³²⁵

Ferner gehen die beamtenrechtlichen Vorschriften vom Grundsatz der vorherigen Genehmigung der Zuwendung aus. Dagegen kennt das Strafrecht ausweislich § 331 Abs. 3 Alt. 2 StGB noch die Möglichkeit der Genehmigungserteilung nach Annahme des Vorteils. Diesbezüglich besteht der zentrale Widerspruch zwischen beiden Regelungsbereichen. Denn das Beamtenrecht kennt keine nachträgliche Genehmigung. Eine solche könnte daher auch nicht „*von der zuständigen Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse erlassen werden*“. Genau dies setzt aber § 331 Abs. 3 StGB im Falle der nachträglichen Genehmigung voraus.¹³²⁶ Schließlich ist problematisch, inwieweit eine beamtenrechtlich rechtswidrige Genehmigung für eine strafrechtliche Rechtfertigung nach § 331 Abs. 3 StGB herangezogen werden kann.¹³²⁷ Eine klarstellende Vorschrift wie mit § 330d Nr. 5 StGB, wonach auch ein Handeln auf Grund einer durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichene Genehmigung einem Handeln ohne Genehmigung ausdrücklich gleichgestellt wird, existiert für § 331 StGB nicht.¹³²⁸ Damit bleibt unklar, wie im Falle von rechtswidrigen bzw. *fraudulös* erlangten behördlichen Genehmigungen zu verfahren ist.¹³²⁹ Letztlich ist in der Strafrechtsdogmatik noch nicht eindeutig geklärt, wo die behördliche Genehmigung

¹³²⁴ Vgl. *Fürst*, Grundkommentar öffentliches Dienstrecht, § 70 BBG Rn 29 ff. und *Plog/Wiedow*, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, § 70 BBG Rn 6 ff.; eingehend für alle Bundesländer und die Bundesverwaltung *Bannenber*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Wirtschaftsstrafrecht, 10. Kapitel Rn 35 ff.

¹³²⁵ Das wird kritisiert von *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 116 ff. und Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174.

¹³²⁶ Zu diesem Normwiderspruch ausführlich *SK-Rudolphi/Stein*, § 331 Rn 34 ff.; *Greeve*, Korruptionsdelikte, Rn 311 ff., 316; *Michalke*, Rieß-FS, 771, 775 f.; *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 117 ff.

¹³²⁷ *SK-Rudolphi/Stein*, § 331 Rn 34 ff.; *MüKo-Korte*, § 331 Rn 157 ff.; *Michalke*, Rieß-FS, 771, 777 f.; *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 150 ff.; *Hardtung*, Vorteilsannahme, S. 130 ff., S. 155 f. bereits zum gleichartigen Problem im Rahmen des Umweltstrafrechts *Winkelbauer*, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, S. 37 ff. bes. 66 ff. ohne auf § 331 Abs. 3 StGB einzugehen: *Fortun*, Die behördliche Genehmigung im strafrechtlichen Deliktsaufbau, S. 31 ff.

¹³²⁸ Hierzu *Fortun*, Die behördliche Genehmigung im strafrechtlichen Deliktsaufbau, S. 81 ff., 89 ff. zur Problematik im Umweltstrafrecht vor Einführung von § 330d Nr. 5 StGB ausführlich *Winkelbauer*, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, S. 37 ff. und 66 ff.

¹³²⁹ Vgl. zu dieser Problematik ausführlich *Fortun*, Die behördliche Genehmigung im strafrechtlichen Deliktsaufbau, S. 69 ff., 81 ff. und 103 ff., 146 ff.; jedoch ohne auf § 331 Abs. 3 StGB einzugehen.

im strafrechtlichen Deliktsaufbau einzuordnen ist.¹³³⁰ Besonders in Bezug auf § 331 Abs. 3 StGB ist umstritten, ob das Vorliegen einer Genehmigung bereits die Tatbestandsmäßigkeit oder erst die Rechtswidrigkeit der Vorteilsannahme entfallen lassen soll.¹³³¹ Diese dogmatische Unterscheidung erlangt bezüglich Irrtumsfragen und dem prozessualen Tatnachweis Bedeutung.¹³³² Soweit jedenfalls eine Genehmigung vorliegt, muss richtigerweise mit *Günther* ein sog. echter Strafunrechtsausschließungsgrund angenommen werden.¹³³³

Neben diesen allgemeinen Defiziten ist die Tauglichkeit einer Genehmigungslösung insbesondere zur Entwicklung einer einheitlichen Bewertungsgrundlage sämtlicher Fälle von (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister nicht geeignet:

So ist schon fraglich wer bei Bürgermeistern als genehmigende Behörde in Betracht kommt, denn diese haben keinen unmittelbaren Dienstvorgesetzten.¹³³⁴ Nur teilweise nimmt erst die staatliche Rechtsaufsichtsbehörde mittelbar die Funktion eines obersten Dienstvorgesetzten wahr.¹³³⁵ Dieser staatlichen Behörde fehlen aber erst Recht hinreichende Bewertungsmaßstäbe zur Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit von (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister. Denn die oben dargestellten beamtenrechtlichen Regelungen und Verwaltungsvorschriften über die Annahme von Belohnungen und Geschenken beziehen sich lediglich auf unmittelbare Zuwendungen an einen „normalen“ Beamten. Zur speziellen Problematik der kommunalen Wahlbeamten, wie sie vorliegend im Falle der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister aufgezeigt wurde, schweigen die dienstrechtlichen

¹³³⁰ Ohne auf § 331 Abs. 3 StGB einzugehen zu dieser Problematik *Fortun*, Die behördliche Genehmigung im strafrechtlichen Deliktsaufbau, S. 66 ff., zfsfd. S. 92 und 93 ff., zfsfd. S. 158.

¹³³¹ für Tatbestandsausschluss vor allem *SK-Rudolphi/Stein*, § 331 Rn 32; *Wagner*, Amtsverbrechen, S. 305 f., 372; *Roxin*, AT I, § 17 Rn 61; jüngst auch *Bernsmann StV* 2003, 521, 522 und *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 147 ff. dagegen nimmt die wohl h.M. einen Rechtfertigungsgrund an vgl. statt aller *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 35; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 45 zum Streit ausführlich auch *Hardtung*, Vorteilsannahme, S. 124 ff.; ohne auf § 331 Abs. 3 StGB einzugehen ausführlich *Fortun*, Die behördliche Genehmigung im strafrechtlichen Deliktsaufbau, S. 31 ff.

¹³³² Vgl. *Michalke*, Rieß-FS, 771, 774 f. und *Hardtung*, Vorteilsannahme, S. 124 ff. ausführlich auch *Merges*, Strafausschließungsgründe, S. 43 ff. und 47 ff.

¹³³³ Hierzu *SK-Günther*, Vor § 32 Rn 67 und zu dessen Lehre ausführlich unten unter 2 b.

¹³³⁴ Zu dieser Problematik eingehend *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 274 und 276 ff.

¹³³⁵ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 358 ff. unter Verweis auf § 134 BWLBG.

Rechtquellen vollkommen.¹³³⁶ Diesbezüglich müsste die Genehmigungsbehörde von Fall zu Fall eigene Bewertungsgrundlagen entwickeln. Dies erscheint jedoch angesichts der Vielzahl der unterschiedlichen Fallgestaltungen nicht möglich zu sein.¹³³⁷ Schließlich wird dem Gebot der Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns und damit der Rechtsicherheit keinen Dienst erwiesen. Der notwendige einheitliche Ansatz, der für alle Fallgestaltungen transparente und einleuchtende Entscheidungskriterien vorgibt wird dadurch in weite Ferne gerückt.¹³³⁸

Konkret wird es für die Bürgermeister gerade auf Grund ihrer zahlreichen repräsentativen Verpflichtungen und Termine schwierig abzusehen sein, wann sie mit welcher Art von (Dritt-)Zuwendung auf Grund ihrer politischen Funktionen und Verpflichtungen in Kontakt kommen. Die beamtenrechtlichen Vorschriften gehen jedoch vom Grundsatz der vorherigen Genehmigung aus, so dass hier § 331 Abs. 3 Alt. 1 StGB nicht weiter hilft. Eine nachträgliche Genehmigung, wie sie in § 331 Abs. 3 Alt. 2 StGB vorgesehen ist, ist dem öffentlichen Dienstrecht fremd.¹³³⁹ Damit kann zur ihrer Inhaltsbestimmung gerade nicht auf die Vorschriften des Beamtenrechts zurückgegriffen werden.¹³⁴⁰

Darüber hinaus stößt die nachträgliche Genehmigung auch auf ganz erhebliche strafrechtsdogmatische Bedenken, weil es für die Frage der Strafbarkeit ausschließlich auf die Umstände zum Zeitpunkt der Tat ankommt.¹³⁴¹ Soweit zu diesem Zeitpunkt kein tatbestandsausschließendes Einverständnis oder ein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund gegeben ist, steht die Strafbarkeit fest. Wenn damit ein Einverständnis oder eine Einwilligung des Opfers zeitlich nach der Tat keine Auswirkung auf die verwirklichte Strafbarkeit haben darf, dann ist es dogmatisch schwer zu begründen, warum eine nachträgliche Genehmigung bei §

¹³³⁶ *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 46.

¹³³⁷ *Dannecker* BWGZ 2001, 555, 560 sowie ausführlich *Winkelbauer/Felsinger/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 82 ff.

¹³³⁸ Im Ergebnis ähnlich die Kritik von *Gribl*, Vorteilsannahme, S. 119 ff. und S. 122 ff.

¹³³⁹ Vgl. *Fürst*, Grundkommentar öffentliches Dienstrecht, § 70 BBG Rn 29 ff. und *Plog/Wiedow*, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, § 70 BBG Rn 6 ff.

¹³⁴⁰ *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 118 f. eingehend auch Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174 ff.

¹³⁴¹ *LK-Jescheck*, § 331 Rn 16; *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 110 f.; *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 16 auch *Michalke*, Rieß-FS, 771, 774.

331 Abs. 3 Alternative 2 StGB ausnahmsweise doch Bedeutung zukommen soll.¹³⁴² Über diese dogmatischen Bedenken hinaus nimmt der Bürgermeister, der im Vertrauen auf eine nachträgliche Genehmigung eine (Dritt-)Zuwendung annimmt in der Praxis ein ganz erhebliches strafrechtliches Risiko auf sich.¹³⁴³ Denn immer besteht die Ungewissheit darüber, ob die Genehmigungsbehörde nachträglich die Annahme genehmigt. Gerade über die Erteilung oder Versagung der nachträglichen Genehmigung könnte aber von übergeordneten staatlichen Stellen auf unlautere Weise Einfluss oder sogar Druck auf die Bürgermeister ausgeübt werden. Denn wird die Genehmigung versagt, dann besteht zumindest der Anfangsverdacht einer Straftat wegen Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB. Dabei dürfte unerheblich sein, ob der Bürgermeister derselben oder einer anderen Partei, wie die maßgeblichen Verantwortlichen in der Genehmigungsbehörde angehört oder gar parteiunabhängig ist. Stets existiert die latente Gefahr, dass die staatlichen Behörden das Instrument der nachträglichen Genehmigung zur Disziplinierung oder „Bestrafung“ unliebsamer Bürgermeister missbrauchen.¹³⁴⁴ Diese Problematik wird auch in der Literatur erkannt und für die Fälle von Spontaneinladungen zu Sportereignissen, Theaterbesuchen oder „Geschäftsessen“ diskutiert, wo es dem Amtsträger zeitlich nicht mehr möglich ist eine vorherige Genehmigung einzuholen oder er die Vorteile nicht mehr zurückgeben oder zur Verfügung der Genehmigungsbehörde halten kann.¹³⁴⁵ Deswegen soll der Amtsträger in diesen Fällen nach den Grundsätzen der mutmaßlichen Einwilligung selbst entscheiden, ob überwiegende staatliche Interessen für die Annahme des Vorteils bestehen.¹³⁴⁶ Das ist dann der Fall, wenn es sich nach den gesetzlichen Vorschriften und der bestehenden Verwaltungspraxis um einen genehmigungsfähigen Vorteil handelt.¹³⁴⁷ Jedoch wirft auch der *Kunstgriff* einer mutmaßlichen Einwilligung zur Lösung der vorliegenden Problematik mehr Fragen als Antworten auf.¹³⁴⁸ Zunächst ist

¹³⁴² Tröndle/Fischer, § 331 Rn 36; Lackner/Kühl, § 331 Rn 16; Hardtung, Vorteilsannahme, S. 203 ff.

¹³⁴³ Ähnlich Gribl, Vorteilsbegriff, S. 117; anders aber Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174 ff.

¹³⁴⁴ Zu diesem Aspekt in Bezug auf kommunale Mandatsträger die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion BT-Drs. 15/3849, S. 4.

¹³⁴⁵ Schönke/Schröder-Heine, § 331 Rn 49 und SK-Rudolphi/Stein, § 331 Rn 38; Tröndle/Fischer, § 331 Rn 36 und NK-Kuhlen, § 331 Rn 110 f. eingehend Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174 ff.

¹³⁴⁶ Neben den vorstehenden auch Hardtung, Vorteilsannahme, S. 203 ff., 228 f.

¹³⁴⁷ Tröndle/Fischer, § 331 Rn 36 sowie Lackner/Kühl, § 331 Rn 16; LK-Jescheck, § 331 Rn 16 und ausführlich Michalke, Rieß-FS, 771, 775 f. sowie Hardtung, Vorteilsannahme, S. 163 und 206 ff.

¹³⁴⁸ Gribl, Vorteilsbegriff, S. 118 ff. dennoch dafür aber Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174 ff., 176.

zweifelhaft, ob auf Grund der ausdrücklichen Regelung in § 331 Abs. 3 StGB überhaupt ein Rückgriff auf die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung zulässig ist.¹³⁴⁹ So kann § 331 Abs. 3 StGB auf Grund seines Sinn und Zwecks durchaus als eine abschließende Verfahrensvorschrift verstanden werden. Denn nur so kommt das darin verortete „Vier-Augen-Prinzip“ wirksam zur Geltung. Durch die Hilfskonstruktion einer mutmaßlichen Einwilligung besteht ganz allgemein die Gefahr, dass der wirkliche Wille des Einwilligungszuständigen verfälscht wird. Des Weiteren existiert in den Fällen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister eben keine gesicherte Verwaltungspraxis oder hinreichende Wahrscheinlichkeit der Genehmigungserteilung, die dem betroffenen Bürgermeister Rechtssicherheit vermitteln würde. Schließlich ist es für den Bürgermeister misslich, wenn er zwar strafrechtlich über das Institut der mutmaßlichen Einwilligung abgesichert ist, die Dienstaufsichtsbehörde jedoch die Vorteilsannahme nachträglich nicht genehmigen kann oder will. Denn ungeachtet der mutmaßlichen Einwilligung bleibt in sämtlichen Fallgruppen offen, warum und nach welchen Maßstäben die Fälle von (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister genehmigungsfähig sein sollen.¹³⁵⁰

Letztlich zeichnet sich die vorliegende Problematik entscheidend dadurch aus, dass in sämtlichen Konstellationen die Initiative überwiegend von den Bürgermeistern ausgeht. Sie sind es, die sich für Zuwendungen an kommunale Einrichtungen oder Projekte stark machen, potenzielle Sponsoren ansprechen oder auf Repräsentationsveranstaltungen den Kontakt zur Wirtschaft suchen. Am deutlichsten wird dies beim Einwerben von Spenden für die eigene Wiederwahl. In all diesen Fällen ist aber eine Genehmigung nicht möglich. Denn soweit hier die Initiative zur (Dritt-)Zuwendung von den Bürgermeistern ausgeht, liegt ein „Fordern“ i.S.v § 331 Abs. 1 StGB vor. Eine Genehmigungsmöglichkeit ist ausweislich des Wortlauts dieser Vorschrift für vom Amtsträger geforderte Vorteile generell ausgeschlossen.¹³⁵¹ Sich hier über den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes hinwegzusetzen und auch geforderte Vorteile für genehmigungsfähig zu erachten, ist unzulässige Rechtsanwendung contra legem.¹³⁵²

¹³⁴⁹ Kritisch wohl auch NK-Kuhlen, § 331 Rn 111 und Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174 ff.

¹³⁵⁰ Vgl. Gackenholz BWGZ 2004, 897, 898 fraglich daher Schäfer/Liesching ZRP 2008, 173, 174 ff.

¹³⁵¹ So die h.M. statt aller Schönke/Schröder-Heine, § 331 Rn 40; NK-Kuhlen, § 331 Rn 103; MüKo-Korte, § 331 Rn 160 unter Verweis auf BT-Drs. 7/550, S. 271.

Im Ergebnis ist mit den Stimmen in der Literatur die Genehmigungslösung zur Entwicklung einer einheitlichen Bewältigung der (Dritt-)Zuwendungsproblematik bei Bürgermeistern abzulehnen.¹³⁵³

2.) Annahme eines Strafunrechtsausschlusses ?

In Fortentwicklung der Lehre vom Strafunrechtsausschluss könnte in den oben dargestellten Fällen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister die Strafrechtswidrigkeit auf Grund eines Strafunrechtsausschließungsgrundes entfallen:

a) Die Lehre vom Strafunrechtsausschluss

Insbesondere nach *Günther* bezeichnet der allgemeine Rechtswidrigkeitsbegriff der Rechtstheorie, Rechtsphilosophie und der Allgemeinen Rechtslehre mit Wirkung für die Gesamtrechtsordnung einheitlich für alle Rechtsgebiete die Grenze zwischen Recht und Unrecht.¹³⁵⁴ Für den Bereich des Strafrechts und speziell für die strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbeurteilung soll jedoch ein engerer Rechtswidrigkeitsbegriff zu fordern sein. Diese spezielle „Strafrechtswidrigkeit“ umfasse nur eine Teilmenge des allgemeinen Rechtswidrigkeitsbegriffs der Gesamtrechtsordnung.¹³⁵⁵ Begründet wird dies mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dem ultima-ratio-Prinzip des Strafrechts und dem Strafurteil als stärkste Form der Missbilligung des Individuums durch die Gesellschaft.¹³⁵⁶ Die Strafrechtswidrigkeit wird aber beim Vorliegen von sog. Strafunrechtsausschließungsgründen „getilgt“. Denn nach *Günther* scheidet die Strafrechtswidrigkeit einer Straftatbestandsverwirklichung nicht erst bei deren „Rechtmäßigkeit“ (Erlaubtheit, Billigung durch die Gesamtrechtsordnung) aus. Zum Strafunrechtsausschluss genüge bereits, dass der straftatbestandlich indizierte

¹³⁵² In diese Richtung aber *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 33 und *Bernsmann*, StV 2003, 521, 522.

¹³⁵³ *Dannecker* BWGZ 2001, 555, 560; *Winkelbauer/Felsing/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 82 ff.; für das Sponsoring *Satzger* ZStW 115 (2003) 469, 483 ff.; *Höltkemeier*, Sponsoring, S. 138; für die Drittmittelproblematik *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 170 ff.; *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 404; Kritik an der Genehmigungslösung übt auch *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 115 ff., 122.

¹³⁵⁴ Vgl. *Hans-Ludwig Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 83 ff.; eine sehr gute Zusammenfassung der Lehre findet sich auf S. 394 ff. sowie *SK-Günther*, Vor § 32 Rn 39 ff.

¹³⁵⁵ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 119 ff. und *SK*, Vor § 32 Rn 39 ff.

¹³⁵⁶ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 179 ff. und *SK*, Vor § 32 Rn 39 ff.

Steigerungsgrad, der Strafwürdigkeitsgehalt, des Unrechts fehle. Denn in beiden Fällen könne das qualifizierte strafwürdige (Straf-)Unrecht nicht festgestellt werden.¹³⁵⁷ Dementsprechend soll nach *Günther* zwischen sog. unechten Strafausschließungsgründen und echten Strafunrechtsausschließungsgründen differenziert werden: Unechte Strafausschließungsgründe, zu denen neben den allgemeinen Rechtfertigungsgründen auch die zivil- und öffentlich-rechtlichen Erlaubnissätze gehörten, wiesen eine Straftatbestandsverwirklichung positiv als „rechtmäßig“ (erlaubt, rechtlich gebilligt) aus.¹³⁵⁸ Dagegen setzten die echten Strafausschließungsgründe nicht die „Rechtmäßigkeit“ im Sinne einer Erlaubtheit oder Billigung durch die Gesamtrechtsordnung voraus, sondern begnügten sich mit der Minderung des straftatbestandlich indizierten Unrechtsgrades unter die Strafwürdigkeitsschwelle. Obwohl die Tat damit nicht gerechtfertigt sei, soll dennoch eine Bestrafung des Täters ausnahmsweise verzichtbar sein.¹³⁵⁹

b) § 331 Abs. 3 StGB als Strafunrechtsausschließungsgrund ?

Offenkundig kann die Problematik der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister nicht einheitlich über einen anerkannten Rechtfertigungsgrund wie (Notwehr nach § 32 StGB oder rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB) gelöst werden. Damit scheidet eine Lösung über diese sog. unechten Strafausschließungsgründe aus.

Als gesetzlich anerkannte Fälle eines sog. echten Strafunrechtsausschlusses führt *Günther* die Regelungen der §§ 193, 218a, 240 Abs. 2, sowie § 253 Abs. 2 StGB an.¹³⁶⁰ Darüber hinaus qualifiziert *Günther* Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung sowie Erzieherprivileg der Eltern und des Lehrers als echte Strafunrechtsausschließungsgründe.¹³⁶¹ Dabei erstaunt, dass *Günther* nicht zur Genehmigungsvorschrift des § 331 Abs. 3 StGB Stellung nimmt. Denn nach deren Wortlaut „nicht strafbar“, wäre sie nach seiner Lehre ebenfalls als (echter) Strafunrechtsausschließungsgrund einzuordnen. Ebenso wie bei §§ 193, 218a StGB

¹³⁵⁷ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 253 ff., 394 ff.

¹³⁵⁸ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 257 ff. und SK, Vor § 32 Rn 39 ff.

¹³⁵⁹ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 259 ff., 281 ff. zusammenfassend auf S. 394 ff. und mit terminologischer Modifikation in SK-*Günther*, Vor § 32 Rn 39 ff. und 50 ff.

¹³⁶⁰ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 309 ff., 323; nochmals umfassend in SK-*Günther*, Vor § 32 Rn 39 ff. insbesondere Rn 52.

¹³⁶¹ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 347 ff. und SK, Vor § 32 Rn 50 ff.

wird bei § 331 Abs. 3 StGB lapidar festgestellt, dass bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die Tat nicht strafbar ist, während bei § 240 Abs. 2 sowie § 253 Abs. 2 StGB erst auf die „Rechtswidrigkeit“ abgestellt wird.

Ordnet man die Genehmigungsmöglichkeit nach § 331 Abs. 3 StGB als echten Strafunrechtsausschließungsgrund ein, dann scheint für die Lösung unseres Problems unmittelbar noch nichts gewonnen zu sein. Denn wie ausgeführt, kann auf Grundlage der Genehmigungslösung kein einheitlicher und vor allem praktikabler Lösungsansatz entwickelt werden. Jedoch hat *Günther* aufgezeigt, dass die Reichweite von Strafunrechtsausschließungsgründen umfassender ist als die von Rechtfertigungsgründen und ihre Grenzen im Wege der Auslegung und Ausgestaltung neu zu bestimmen sind.¹³⁶²

Folglich könnte die hier als echter Strafausschließungsgrund bewertete Genehmigungsmöglichkeit nach § 331 Abs. 3 StGB dahin ausgelegt werden, dass in den Konstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister auch **ohne** Genehmigungserfordernis ein Strafunrechtsausschluss angenommen werden kann. Denn in der Tat erscheint das Annehmen von Spenden, das Abschließen von Sponsoringvereinbarungen und öffentlich-rechtlichen Verträgen oder die Teilnahme an Repräsentationsveranstaltungen durch Bürgermeister ohne eine Genehmigung kein gesteigertes Strafunrecht zu verwirklichen. Eine Strafwürdigkeit könnte über die Annahme eines Strafunrechtsausschlusses auch deshalb ausscheiden, da diese Verhaltensweisen sozial erwünscht und von Teilen der Rechtsordnung, wie dem Parteien- und Steuerrecht grundsätzlich privilegiert werden.¹³⁶³

Ob sich aber neben der gesetzlichen Normierung von § 331 Abs. 3 StGB noch weitere Strafunrechtsausschließungsgründe entwickeln lassen, ist höchst fraglich:

Zunächst bleibt vollkommen unklar, warum ausgerechnet in den Fällen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister ein Strafunrechtsausschluss anzunehmen ist, obwohl die Genehmigungsvoraussetzungen von § 331 Abs. 3 StGB nicht vorliegen. Zwar lassen sich mit *Günther* aus den positivierten unechten

¹³⁶² *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 324, 395. und ähnlich in Bezug auf das Züchtigungsrecht der Eltern und des Lehrers in *SK-Günther*, Vor § 32 Rn 63 ff. und 68 ff.

¹³⁶³ Hierzu bereits oben unter B I 3 und B 1 IV.

Strafunrechtsausschließungsgründen der Notwehr und des Notstands, die echten Strafunrechtsausschließungsgründe der „notwehrähnlichen“ und „notstandsähnlichen“ Lage entwickeln.¹³⁶⁴ Ferner können die bereits anerkannten Rechtsinstitute Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung sowie Erzieherprivileg der Eltern und des Lehrers noch als echte Strafunrechtsausschließungsgründe eingeordnet werden.¹³⁶⁵ Allen ist jedoch gemeinsam, dass sie sich auf gesetzliche Grundlagen zurückführen lassen und sich im Rahmen der Gesetzesauslegung *secundum legem* bzw. *praeter legem* halten.¹³⁶⁶

Gerade diese Schranken der Gesetzesauslegung *secundum legem* und *praeter legem* werden auch von *Günther* zur Grundlage seiner Argumentation gemacht.¹³⁶⁷ Obwohl *Günther* die Frage nicht ausdrücklich diskutiert, ob die echten Strafunrechtsausschließungsgründe der §§ 193, 218a, 240 Abs. 2, sowie § 253 Abs. 2 StGB weiter ausgedehnt werden können, ist anzunehmen, dass er dies ablehnt. Zum einen sind diese gesetzlichen Strafausschließungsgründe speziell auf die jeweilige Norm zugeschnitten.¹³⁶⁸ Zum anderen würde die Gesetzesauslegung durch den Rechtsanwender jeglichen Bezug zum Gesetzgeber verlieren.¹³⁶⁹ Dementsprechend kann auch die vorliegend als echter Strafunrechtsausschließungsgrund qualifizierte Genehmigungsmöglichkeit nach § 331 Abs. 3 StGB nicht über ihren gesetzlichen Anwendungsbereich hinaus ausgedehnt werden. Dies schon gar nicht, wenn dadurch auf gesetzliche Voraussetzungen wie das Genehmigungserfordernis verzichtet wird. Andernfalls würde man eine unzulässige Gesetzesauslegung *contra legem* forcieren, die letztlich auch *Günther* für unzulässig hält.¹³⁷⁰

¹³⁶⁴ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 324 ff. ferner auch in *SK-Günther*, Vor § 32 Rn 63 ff. und 68 ff.

¹³⁶⁵ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 347 ff. und *SK*, Vor § 32 Rn 50.

¹³⁶⁶ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 358 ff.

¹³⁶⁷ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 285 ff. und zusammenfassend auf S. 289 ff. sowie zur Auslegung *praeter legem* S. 292 ff. ferner *SK-Günther*, Vor § 32 Rn 50 und 69.

¹³⁶⁸ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 323, 359.

¹³⁶⁹ Ähnlich *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 283 ff., 289 ff. und 292 ff.

¹³⁷⁰ Ähnlich *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 283 ff. und 289 ff. sowie 292 ff. und Seite 359 f.

Damit vermag auch die im Allgemeinen recht einleuchtende Lehre vom Strafunrechtsausschluss im konkreten Problembereich der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister nichts zu einer praktikablen und einheitlichen Lösung beitragen.

III. Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation

Die bisherige Untersuchung hat deutlich gemacht, dass sich auf Grundlage der hergebrachten Auslegungsregeln kein einheitlicher Lösungsansatz für die vielschichtige Problematik der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister ableiten lässt. Im 2. und 3. Kapitel dieser Arbeit konnte jedoch die Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger an Hand der hier entwickelten Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation überzeugend verneint werden. Es liegt daher nahe zu prüfen, inwieweit die dort entwickelten Grundsätze der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation auch für die noch offene Problematik der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister fruchtbar gemacht werden können. Eine solche Übertragung der zu den kommunalen Mandatsträgern entwickelten Lösung setzt zunächst voraus, dass die politische Funktion der Bürgermeister mit der der kommunalen Mandatsträger weitgehend vergleichbar ist (1.). Soweit dies nachgewiesen werden kann, wird zu untersuchen sein, warum und auf welche Weise an Hand der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation eine Beschränkung des Korruptionsstrafrechts in den Fällen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister dogmatisch begründbar ist (2.). Sodann muss der auf Grundlage der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation entwickelte einheitliche Lösungsansatz noch einer Überprüfung an Hand des Rechtsguts der §§ 331 ff. StGB standhalten (3.). In einem weiteren Schritt wird die strafrechtsdogmatische Umsetzung der hier entwickelten Lösung thematisiert (4.). Abschließend soll dargestellt werden, wie die unterschiedlichen Fallkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister auf der Basis des nunmehr gefundenen einheitlichen Lösungsansatzes konkret zu lösen sind (5.).

1.) Vergleichbarkeit von Bürgermeistern und Mandatsträgern

Die ganz erhebliche kommunalpolitische Bedeutung und Funktion der kommunalen Mandatsträger wurde bereits im 2. Kapitel der Untersuchung ausführlich beleuchtet. Ebenso wurde am Anfang dieses Kapitels die enorme politische Funktion der Bürgermeister kurz skizziert. Zur Beantwortung der Frage, ob sich Bürgermeister und

kommunale Mandatsträger bezüglich ihrer politischen Funktion vergleichen lassen, soll besonders auf die wesentlichen Verknüpfungen zwischen diesen beiden kommunalen Organen abgestellt werden:

Zunächst werden sowohl die Bürgermeister als auch die kommunalen Mandatsträger nach nunmehr sämtlichen Kommunalverfassungen unmittelbar von den Bürgern der jeweiligen Kommune direkt gewählt.¹³⁷¹ Gerade auf Grund dieser unmittelbaren demokratischen Legitimation haben beide Organe nach sämtlichen Kommunalverfassungen eine ganz erhebliche politische Bedeutung. Zwar kommen dem Bürgermeister rein rechtlich betrachtet nach wie vor einige materielle Verwaltungsaufgaben zu. Jedoch werden diese Aufgaben in der Praxis von sonstigen Bediensteten der Kommunen wahrgenommen.¹³⁷² Besonders deutlich wird die gemeinsame politische Funktion von Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung im Rahmen ihrer politischen Zusammenarbeit:

Zwar ist de jure nach allen Kommunalverfassungen grundsätzlich die kommunale Volksvertretung das Hauptorgan der Kommune.¹³⁷³ Jedoch kommt dem Bürgermeister als zweitem Organ gerade auf dem Gebiet der Zusammenarbeit mit der kommunalen Volksvertretung de facto eine ganz erhebliche Dominanz zu.

Dies rührt zunächst daher, dass die Stärkung der politischen Bedeutung des Bürgermeisters gegenüber der kommunalen Volksvertretung eines der wesentlichen Resultate der grundlegenden Reformen der Kommunalverfassungen in der Bundesrepublik ist.¹³⁷⁴ Denn angelehnt an das Modell der Süddeutschen Ratsverfassung wird der Bürgermeister nunmehr in allen Bundesländern von den Bürgern - also durch Volkswahl – gewählt, was ihm einen ganz erheblichen

¹³⁷¹ Ausführlich die Darstellung im Anhang bei *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik; *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 50 ff.; sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 8 II 4 a bzw. § 15 V 1, S. 131 bzw. S. 207; ausführlich *Gern*, Kommunalrecht, Rn 357 ff. je unter Verweis auf § 45 GemOBW; Art. 17 BayGemO; § 62 BbgGemO; § 39 HessGemO; § 37 MVKV; § 62 NdsGemO; § 65 NRWGemO; § 53 RPGemO; § 56 SaarkSVG; § 48 SächsGemO; § 58 SachsAnGemO; § 57 SHGemO; § 28 ThürKO; zu den kommunalen Mandatsträgern bereits ausführlich oben im 2. Kapitel unter C II 1 b.

¹³⁷² Zu diesem Aspekt ausführlich oben unter A I und II.

¹³⁷³ Hierzu bereits oben im 1. Kapitel unter C III 2 und im 2. Kapitel unter C I 6.

¹³⁷⁴ Ausführlich *Ipsen*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 24 Rn 20 ff.

Legitimationszuwachs verleiht.¹³⁷⁵ Überwiegend ist er nun auch ordentliches Mitglied der kommunalen Volksvertretung.¹³⁷⁶ Ferner besitzt der Bürgermeister in der kommunalen Volksvertretung und ihren Ausschüssen volles Stimmrecht.¹³⁷⁷ Damit kann der Bürgermeister sogar im Rahmen der legislativen Tätigkeit der kommunalen Volksvertretung - also beim Erlass von Rechtssatzungen - mitberaten und abstimmen. Dies ist besonders bemerkenswert, weil die h.M. in Bezug auf kommunale Mandatsträger im Bereich ihrer legislativen Tätigkeit immer schon eine strafrechtliche Amtsträgereigenschaft abgelehnt hat.¹³⁷⁸ Von der Beratung und Abstimmung ist der Bürgermeister lediglich in den Fällen ausgeschlossen, in denen auch ein kommunaler Mandatsträger z.B. auf Grund von Befangenheit ausgeschlossen wäre.¹³⁷⁹ Die Bürgerschaft wirkt damit nicht allein im Rahmen der Wahl der kommunalen Volksvertretung, sondern auch bei der Wahl des Bürgermeisters auf die politischen Mehrheitsverhältnisse in der kommunalen Volksvertretung ein.¹³⁸⁰ Besonders in kleineren Gemeinden mit nur wenigen kommunalen Mandatsträgern ist die Stimmausübung des Bürgermeisters oftmals das Zünglein an der Waage.

In fast allen Bundesländern ist der Bürgermeister darüber hinaus kraft Gesetzes Vorsitzender der kommunalen Volksvertretung bzw. deren Ausschüsse.¹³⁸¹ In den

¹³⁷⁵ Ausführlich die Darstellung im Anhang bei *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik; *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 50 ff.; sowie *Stober*, Kommunalrecht, § 8 II 4 a, S. 131 bzw. § 15 V 1, S. 207; ausführlich *Gern*, Kommunalrecht, Rn 357 ff. je unter Verweis auf § 45 GemOBW; Art. 17 BayGemO; § 62 BbgGemO; § 39 HessGemO; § 37 MVKV; § 62 NdsGemO; § 65 NRWGemO; § 53 RPGemO; § 56 SaarkSVG; § 48 SächsGemO; § 58 SachsAnGemO; § 57 SHGemO; § 28 ThürKO.

¹³⁷⁶ Vgl. *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 203 unter Verweis auf § 25 Abs. 1 BWGemO; Art. 31 BayGemO; § 34 Abs. 1 BbgGemO; § 31 Abs. 1 NdsGemO; § 40 Abs. 2 S. 1 NRWGemO; §§ 29 Abs. 1 und 36 Abs. 3 RPGemO; § 29 Abs. 1 SächsGemO; § 36 Abs. 1 SachsAnGemO; § 23 Abs. 1 ThürKO in Hessen ist er lediglich Vorsitzender des Magistrats vgl. §§ 65 ff. HessGemO.

¹³⁷⁷ Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 204 unter Verweis auf § 37 Abs. 6 GemOBW; Art. 31 i.V.m. Art. 47 BayGemO; § 34 Abs. 1 BbgGemO; § 31 Abs. 1 NdsGemO; § 40 Abs. 2 NRWGemO; § 36 Abs. 3 RPGemO; § 39 Abs. 5 SächsGemO; § 54 Abs. 1 SachsAnGemO; § 23 ThürKO und die Übersicht im Anhang bei *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik.

¹³⁷⁸ Vgl. hierzu ausführlich oben im 3. Kapitel unter B I.

¹³⁷⁹ Ausführlich *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 217.

¹³⁸⁰ Hierzu für NRW *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 c aa, S. 107.

¹³⁸¹ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 354 ff. und *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 201 verweisen auf § 42 Abs. 1 GemOBW; Art. 36 BayGemO; § 41 BbgGemO; § 40 Abs. 2 NRWGemO; §§ 36 und 53

übrigen Bundesländern dürfte er nicht zuletzt aus Praktikabilitätsgründen regelmäßig zum Vorsitzenden gewählt werden, was hier auf Grund seiner Mitgliedschaft in der kommunalen Volksvertretung möglich ist.¹³⁸² Soweit der Bürgermeister zugleich Vorsitzender der kommunalen Volksvertretung ist, hat er in dieser Eigenschaft einen enormen Einfluss auf die Gestaltung der Kommunalpolitik.¹³⁸³ Zunächst legt er die Sitzungstermine der kommunalen Volksvertretung fest und bestimmt die Tagesordnung. Er eröffnet und schließt die Sitzung. Während der Sitzung obliegt ihm die Steuerung und Überwachung des Verfahrens. Der Bürgermeister legt die Reihenfolge der Wortmeldungen fest und übt gegebenenfalls die Ordnungsgewalt und das Hausrecht im Sitzungssaal aus.¹³⁸⁴

Neben dieser aktiven Mitwirkung an den Beschlüssen der kommunalen Volksvertretung, kann der Bürgermeister darüber hinaus sein Veto gegen Entscheidungen der kommunalen Volksvertretung einlegen.¹³⁸⁵ Entscheidungen in diesem Sinne sind sowohl Abstimmungsbeschlüsse über einzelne Sachfragen, Wahlen und sogar Satzungsbeschlüsse.¹³⁸⁶ Dieses sog. Widerspruchs-, Beanstandungs- oder Rügerecht hat der Bürgermeister sogar unabhängig davon, wie er selbst in der Sache abgestimmt hat.¹³⁸⁷ Teilweise wird weiter dahingehend differenziert, ob der Bürgermeister die Entscheidung lediglich für die Gemeinde als nachteilig ansieht oder die konkrete Entscheidung gar für rechtswidrig erachtet.¹³⁸⁸ Im letzteren Fall muss der Bürgermeister dem Beschluss widersprechen, während es

RPGemO; §§ 42 und 56 SaarkSVG; § 36 Abs. 1 SächsGemO; §§ 54 und 63 SachsAnGemO; § 23 ThürKO; in Hessen ist er lediglich Vorsitzender des Magistrats vgl. §§ 65 ff. HessGemO.

¹³⁸² Vgl. *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 201 ff.; eine Ausnahmestellung nimmt die HessGemO ein, wo der Bürgermeister lediglich Vorsitzender des Magistrats ist vgl. §§ 65 ff. HessGemO.

¹³⁸³ *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 224; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 355.

¹³⁸⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 355; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 a, S. 208 besonders ausführlich *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 c aa, S. 107 ff.

¹³⁸⁵ Vgl. § 43 Abs. 2 BWGemO; Art. 59 Abs. 2 BayGemO; § 65 BbgGemO; § 63 HessGemO; § 33 MVKV; § 65 Abs. 1 NdsGemO; § 54 NRWGemO; § 42 Abs. 1 RPGemO; § 60 Abs. 1 SaarkSVG; § 52 Abs. 2 SächsGemO; § 62 Abs. 3 SachsAnGemO; § 43 Abs. 1 SHGemO; § 44 ThürKO.

¹³⁸⁶ Vgl. *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 193; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 c, S. 112.

¹³⁸⁷ *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 193; *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 213.

¹³⁸⁸ Hierzu *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 a, S. 208 unter Verweis auf § 43 Abs. 2 BWGemO; § 65 BbgGemO; § 63 HessGemO; § 33 MVKV; § 65 NdsGemO; § 60 SaarkSVG; § 52 Abs. 2 SächsGemO; § 62 Abs. 3 SachsAnGemO; § 43 SHGemO.

ihm im ersten Fall freisteht.¹³⁸⁹ Ein wirksames Veto des Bürgermeisters hat aufschiebende Wirkung und die kommunale Volksvertretung muss innerhalb bestimmter Fristen erneut über die strittige Frage Beschluss fassen. Nur wenn der Bürgermeister auch diesen Beschluss für rechtswidrig hält, hat er erneut zu widersprechen und unverzüglich die Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde einzuholen.¹³⁹⁰ Denn die Vollziehung von Beschlüssen, die er für rechtswidrig hält, kann von ihm nicht verlangt werden.¹³⁹¹

Der Zweck einer solchen Vetoregelung ist offensichtlich zum einen die außergerichtliche und innergemeindliche Rechtskontrolle und zum anderen die Ausbalancierung der gemeindeintern verteilten Organzuständigkeiten.¹³⁹² Eine derartige Vetomöglichkeit eines Gremiumsvorsitzenden ist auf Parlamentsebene nicht bekannt und unterstreicht gerade die besonders bedeutende Stellung des Bürgermeisters in seiner Eigenschaft als Vorsitzender der kommunalen Volksvertretung.

Darüber hinaus sehen sämtliche Kommunalverfassungen ein sog. Eilentscheidungsrecht des Bürgermeisters vor.¹³⁹³ Dieses Eilentscheidungsrecht ermächtigt den Bürgermeister bei unaufschiebbaren und dringlichen Angelegenheiten anstelle der kommunalen Volksvertretung für diese zu entscheiden.¹³⁹⁴ Dringend ist eine Angelegenheit immer dann, wenn ohne die Entscheidung über sie erhebliche Nachteile oder Gefahren für die Kommune oder ihre Interessen drohen.¹³⁹⁵ Damit kommen dem Bürgermeister Beschlusskompetenzen zu, für die an sich einzig und allein die kommunale Volksvertretung zuständig wäre, denn die Eilentscheidung des

¹³⁸⁹ *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 296.

¹³⁹⁰ Hierzu im einzelnen *Gern*, Kommunalrecht, Rn 506 ff.

¹³⁹¹ *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 210.

¹³⁹² ausführlich *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 a, S. 208 f.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 193; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 506 ff.

¹³⁹³ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 376 verweist auf § 43 Abs. 4 BWGemO; Art. 37 Abs. 3 BayGemO; § 61 SaarKSVG; § 52 Abs. 3 SächsGemO, § 62 Abs. 4 SachsAnGemO; §§ 55 Abs. 2 und 65 Abs. 4 SHGemO; § 30 ThürKO; in Rheinland-Pfalz nur im Benehmen mit den Beigeordneten: § 48 RPGemO; in NRW entscheidet zunächst der Hauptausschuss hierüber und wenn selbst dies nicht möglich sein sollte der Bürgermeister mit einem Ratsmitglied: § 60 NRWGemO.

¹³⁹⁴ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 V 2 a, S. 208; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 377 sowie *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 211.

¹³⁹⁵ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 376 ff. und Kommunalrecht BW, Rn 205.

Bürgermeisters steht einem Beschluss der kommunalen Volksvertretung rechtlich gleich.¹³⁹⁶ Zwar ist diese Befugnis des Bürgermeisters an die Voraussetzung geknüpft, dass eine Sitzung der kommunalen Volksvertretung – auch ohne Einhaltung von Form und Frist – nicht mehr rechtzeitig einberufen werden kann. Jedoch hat der Bürgermeister sowohl diesbezüglich als auch bezüglich der Dringlichkeit einen Beurteilungsspielraum. So wird es nur in kleineren Gemeinden möglich sein, per Telefon sofort eine beschlussfähige Anzahl an kommunalen Mandatsträger zu einer Sitzung zusammenzurufen.¹³⁹⁷ Das Eilentscheidungsrecht des Bürgermeisters ist wiederum ein Rechtsinstitut, welches auf parlamentarischer Ebene vergeblich seines Gleichen sucht.

Schließlich können Personalentscheidungen grundsätzlich nur im Einvernehmen zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung getroffen werden.¹³⁹⁸ Dies sichert dem Bürgermeister ein wirksames Mitwirkungsrecht bei bedeutsamen Personalentscheidungen.¹³⁹⁹

Auf Grund dieser umfassenden Kompetenzen kann mit *Püttner* und *Wehling* nunmehr von einer „Ratsverfassung mit Bürgermeistersuprematie“ gesprochen werden.¹⁴⁰⁰

Die gemeinsame politische Bedeutung von Bürgermeister und kommunalen Mandatsträgern wird ferner dadurch unterstrichen, dass für beide Funktionen keine gesetzlichen Vorgaben im Hinblick auf fachliche und berufliche Qualifikationen oder sonstige Wählbarkeitsvoraussetzungen existieren.¹⁴⁰¹ Damit kann wie auf Parlamentsebene grundsätzlich jede Person, die das passive Wahlrecht besitzt, für diese kommunalen Funktionen kandidieren. Gewählt sind folglich jeweils die Personen, die das persönliche und politische Vertrauen einer Mehrheit der wahlberechtigten Bürger für sich gewinnen konnten. Dementsprechend bedarf es weder bei den kommunalen Mandatsträgern noch den Parlamentsabgeordneten

¹³⁹⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 377.

¹³⁹⁷ Ähnlich *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 211.

¹³⁹⁸ Siehe hierzu *Gern*, Kommunalrecht, Rn 315 und Kommunalrecht BW, Rn 166; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 290; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 1 e, S. 117.

¹³⁹⁹ Vgl. das Urteil des VG Karlsruhe in VBIBW 2002, 536; ferner *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 243.

¹⁴⁰⁰ *Wehling*, Taschenbuch, S. 42 ff. und *Püttner*, Kommunalrecht, Rn 162.

¹⁴⁰¹ Ähnlich *Becker*, Wahlbeamte, S. 49 ff., 55 ff. und *Meyer*, Wahl und Ernennung, S. 41 ff., 51 ff.

eines formalen staatlichen Ernennungsakts in Form einer Ernennungsurkunde. In Baden-Württemberg und Bayern, wo die Bürgermeister seit jeher unmittelbar von den Bürgern in direkter Wahl gewählt wurden, erhalten sogar die Bürgermeister keine förmliche Ernennungsurkunde ausgehändigt.¹⁴⁰² Ob ohne die Aushändigung einer beamtenrechtlichen Ernennungsurkunde in Bezug auf Bürgermeister überhaupt ein wirksames Beamtenverhältnis zustande kommen kann, wurde in der Literatur heftig diskutiert.¹⁴⁰³ Nunmehr verzichten auch die übrigen Bundesländer, die erst in Zuge der Deutschen Wiedervereinigung die Direktwahl der Bürgermeister eingeführt haben, auf die Aushändigung einer förmlichen beamtenrechtlichen Ernennungsurkunde an den direkt gewählten Bürgermeisterkandidaten. Vielmehr soll das Beamtenverhältnis unmittelbar mit Annahme der Wahl und Amtsantritt zustande kommen.¹⁴⁰⁴ Nachdem § 95 Abs. 1 BRRG nunmehr ausdrücklich vorsieht, dass das Beamtenverhältnis der kommunalen Wahlbeamten auch auf andere Weise als durch Ernennung begründet werden kann, ist der Verzicht auf eine förmliche Ernennung der Bürgermeister nunmehr beamtenrechtlich unproblematisch. Sowohl diesbezüglich als auch mit der speziellen Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses der Bürgermeister als kommunales Wahlamt auf Zeit, wird der besonderen politischen Funktion dieser Funktionsträger Rechnung getragen.¹⁴⁰⁵ Denn wiederum in Abweichung vom Normalfall des Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit, wird der Bürgermeister jeweils für lediglich eine Wahlperiode gewählt.¹⁴⁰⁶ Wird er vor Ablauf dieser Wahlperiode nicht für eine neue Wahlperiode wiedergewählt, so endet das Beamtenverhältnis des Bürgermeisters automatisch mit Ablauf der Wahlperiode. Selbiges gilt für die kommunalen Mandatsträger. Auch sie verlieren ihren Status als Mitglied der kommunalen Volksvertretung im Falle ihrer Nichtwiederwahl. Darüber hinaus kennen mittlerweile zahlreiche Kommunalverfassungen speziell in Bezug auf den Bürgermeister die Möglichkeit einer Abwahl vor dem Ende seiner regulären

¹⁴⁰² Vgl. *Becker*, Wahlbeamte, S. 90 ff., 93 ff.; *Meyer*, Wahl und Ernennung, S. 1 ff., 4 ff., 95 ff., 101 ff.

¹⁴⁰³ Siehe die Nachweise in vorstehender Fußnote.

¹⁴⁰⁴ *Becker*, Wahlbeamte, S. 144 ff. und *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 243.

¹⁴⁰⁵ *Gern*, Kommunalrecht BW, Rn 186 unter Verweis auf § 134 Nr. 1 LBG-BW; für NRW ausführlich *Erichsen*, Kommunalrecht NRW, § 7 A 2 a, S. 121 unter Verweis auf § 195 Abs. 1 S. 1 LBG-NRW für die übrigen Bundesländer 128 LBG-MV; § 194 Abs. 3 LBG-Nds; 183 Abs. 2 LBG-RP; 129a SaarBG; § 160 Abs. 1 LBG-Sachsen.

¹⁴⁰⁶ Siehe die Darstellungen bei *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 85 sowie *Gern*, Kommunalrecht, Rn 358 ff. und *Stober*, Kommunalrecht § 8 II 4 a, S. 131 ff.

Wahlperiode.¹⁴⁰⁷ All diese rechtlichen Besonderheiten stellen eine weitere Abweichung von beamtenrechtlichen Grundsätzen dar und sind Ausfluss der politischen Funktion kommunaler Wahlbeamter.¹⁴⁰⁸

Die vorstehende Erörterung macht deutlich, dass das berufliche Aufgabenspektrum eines Bürgermeisters weit mehr umfasst als lediglich eine reine Verwaltungstätigkeit. Gerade an der Schnittstelle der Zusammenarbeit mit der kommunalen Volksvertretung lässt sich bereits auf Grund einer schlichten Analyse des Gesetzes die politische Dimension der Tätigkeit eines Bürgermeisters ablesen. Dem Bürgermeister kann sogar im Verhältnis zur kommunalen Volksvertretung eine dominantere politische Funktion nachgewiesen werden.¹⁴⁰⁹ Dabei ist davon auszugehen, dass mit zunehmender Größe der Kommune diese politische Funktion zulasten einer reinen Verwaltungsfunktion in den Vordergrund rückt. Gerade in Großstädten ist ein Oberbürgermeister eher mit einem Politiker als mit einem Verwaltungsbeamten zu vergleichen.¹⁴¹⁰ Ferner indiziert die abweichende statusrechtliche Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses der kommunalen Wahlbeamten auf Zeit die enorme politische Bedeutung, die mit diesem Amt verbunden ist.¹⁴¹¹ Dennoch unterliegt ein Bürgermeister de lege lata auf Grund seiner Rechtsstellung als Beamter strengeren beamten- und dienstrechtlichen Bindungen als z.B. ein Parlamentspolitiker. Dies kann nicht als sachgerecht angesehen werden und steht in krassem Widerspruch zur kommunalverfassungsrechtlich definierten politischen Funktion des Bürgermeisters.¹⁴¹²

Nach alledem haben die Bürgermeister mit den kommunalen Mandatsträgern sowohl die unmittelbare demokratische Legitimation auf Grund Direktwahl durch die Bürger als auch die daraus resultierende politische Führungsfunktion gemeinsam. Es ist

¹⁴⁰⁷ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 386; *Erichsen*, Kommunalrecht, § 7 A 2 a, S. 122; *Stober*, Kommunalrecht § 8 II 4 b, S. 132 ff.; *Schrammeyer*, Bürgermeister, Rn 245 ff. verweist auf § 62 BbgGemO; § 76 Abs. 4 HessGemO; § 61a NdsGemO; § 66 NRWGemO; § 55 Abs. 1 RFGemO; § 58 SaarKSVG; § 51 Abs. 7 SächsGemO; § 61 SachsAnGemO; § 57d SHGemO; § 28 Abs. 6 ThürKO zur Verfassungsmäßigkeit von Abwahlbestimmungen bereits *Erichsen*, DVBl 1980, 723 ff.

¹⁴⁰⁸ So bereits *Elsner*, HdbKWP I (1. Aufl.), S. 311.

¹⁴⁰⁹ *Lohmann*, Stellung der Wahlbeamten, S. 49 ff. *Pfizer/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 185 ff.

¹⁴¹⁰ *Witt*, BWGZ 2006, 759 ff., 762.

¹⁴¹¹ Ähnlich *Becker*, Wahlbeamte, S. 67 und BVerfGE 7, 155 ff.

deshalb legitim - zumindest in den Fällen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister - nach einer Beschränkung des Straftatbestands der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB zu suchen. Denn was für kommunale Mandatsträger mangels Amtsträgereigenschaft straflos ist, darf angesichts der noch weitergehenden politischen Funktionen eines Bürgermeisters – trotz dessen Amtsträgereigenschaft - nicht kriminalisiert werden. Dies muss erst Recht auch deswegen gelten, weil die hier dargestellten Fallkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister an sich als grundsätzlich erwünscht anzusehen sind.

2.) Teleologische Reduktion von § 331 Abs. 1 StGB

Vorstehend konnte die prinzipielle Vergleichbarkeit von Bürgermeistern mit kommunalen Mandatsträgern im Hinblick auf ihre enorme kommunalpolitische Funktion nachgewiesen werden. Im Folgenden soll nun begründet werden, warum sich auf Grundlage der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation in den Fällen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister eine einschränkende Auslegung von § 331 Abs. 1 StGB gebietet:

a) Kontrollfunktion demokratischer Wahlen

In nunmehr sämtlichen Bundesländern werden die Bürgermeister in periodischen Abständen unmittelbar von der Bürgerschaft der jeweiligen Kommune direkt gewählt.¹⁴¹³ Demgegenüber wurde der Bürgermeister bzw. Stadtdirektor unter Geltung der ehemals Norddeutschen Ratsverfassung lediglich indirekt, nämlich vermittelt durch die jeweilige kommunale Volksvertretung von der Bürgerschaft legitimiert.¹⁴¹⁴ Dabei bestand stets die Gefahr, der jeweilige Kandidat „mutiere zur Marionette“ der örtlichen Parteifunktionäre oder es würden „verdiente Parteifreunde“ mit diesem höchsten kommunalen Amt „belohnt“.¹⁴¹⁵ Ferner war zu befürchten ein parteiübergreifendes Postengeschacher - in bierseeliger Runde verrauchter Wirtshaushinterzimmer – würde nicht immer die fachlich kompetentesten Kandidaten

¹⁴¹² *Becker*, Wahlbeamte, S. 38 ff., 43 ff.; *Meyer*, Wahl und Ernennung, S. 1 ff., 6 ff., 10 ff.; *Lohmann*, Stellung der Wahlbeamten, S. 65 ff., 75 ff., 81, 107 ff.; *Elsner*, HdbKWP I (1. Aufl.), S. 311.

¹⁴¹³ Hierzu ausführlich bereits oben unter 1. sowie die dortigen Nachweise.

¹⁴¹⁴ Ausführlich hierzu *Köttgen*, HdbKWP I (1. Aufl.), S. 360 ff.

¹⁴¹⁵ Vgl. die zahlreichen Fundstellen bei *Ipsen*, HdbKWP I (3. Aufl.), § 28 Rn 20 ähnlich die Kritik von *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 26.

hervorbringen.¹⁴¹⁶ Grundlegend anders gestaltet sich die Situation seit Einführung der Direktwahl der Bürgermeister. Nur sie kann auf unmittelbarste Weise dem „örtlichen Souverän“ die Möglichkeit vermitteln, zentralen Einfluss auf die wichtigste kommunalpolitische Personalentscheidung in seiner Kommune zu nehmen. Denn jeder einzelne Bürger hat nun selbst die Möglichkeit, „seinen“ Bürgermeister zu wählen. Einer Direktwahl wohnt damit immer ein besonderes demokratisches Moment inne. Der Wille des Bürgers wird durch sie ohne Reibungsverluste auf die maßgeblichen politischen Entscheidungsträger transformiert. Dieses Prinzip hat jedoch nicht etwa zur Folge, dass „Allesversprecher“, „ausgesprochene Schwätzer“ oder gar Demagogen zum Zug kommen. Ganz im Gegenteil belegen langfristige Studien aus Bundesländern, in denen die Bürgermeister seit jeher direkt gewählt werden, das hohe Verantwortungsbewusstsein der Bürger bei ihrer Wahlentscheidung. Es werden hier fast ausschließlich gut ausgebildete (Verwaltungs-)Fachleute mit gefestigtem sozialen Hintergrund sowie Charakter und Charisma gewählt.¹⁴¹⁷ Dabei wird der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Partei nicht allzu viel Bedeutung beigemessen.¹⁴¹⁸ Häufig werden von den Wählern quasi als „Filzbremse“ parteiunabhängige Kandidaten oder Anhänger von Minderheitsparteien gewählt, soweit die Bewerber dem Idealbild des „gestandenen Mannes“ entsprechen.¹⁴¹⁹ Andererseits zieht der Beruf des Bürgermeisters besonders leistungsbereite und durchsetzungsstarke Persönlichkeiten an, die die Fähigkeit haben die Bürger für ihre eigene Konzeption zu gewinnen.¹⁴²⁰

Darüber hinaus eröffnet die Direktwahl des Bürgermeisters der Bevölkerung die Möglichkeit einer eigenständigen demokratischen Kontrolle über die entscheidende kommunalpolitische Führungsfigur. Diesem Aspekt kommt sowohl bei der Neuwahl als auch bei der Wiederwahl eines Bürgermeisters eine ganz erhebliche Bedeutung zu. Denn jeder einzelne Bürger wird bei der Neuwahl sehr genau überlegen, welcher der betreffenden Kandidaten seinen individuellen Vertrauensvorschuss verdient. Soweit eine Wiederwahl eines Bürgermeisters ansteht, wird der wahlberechtigte

¹⁴¹⁶ Zu den Widerständen gegen die Einführung der eingleisigen Kommunalverfassung in NRW:

Staatsminister a.D. *Dr. Herbert Schnoor*, NWVBl. 1996, 281 ff.

¹⁴¹⁷ *Pfizer/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 175 f.; *Weber/Wehling*, Baden-Württemberg, S. 169 ff.

¹⁴¹⁸ *Pfizer/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 178 ff.

¹⁴¹⁹ So die Diktion von *Weber/Wehling*, Baden-Württemberg, S. 169 ff. und *Pfizer/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 176 ff.

¹⁴²⁰ *Weber/Wehling*, Baden-Württemberg, S. 169 ff.; *Wehling*, Taschenbuch, S. 48 ff.

Bürger sorgfältig abwägen. Einerseits wird er darüber nachdenken, ob der Amtsinhaber weiterhin das in ihn gesetzte Vertrauen verdient oder ob er es gar missbraucht hat. So wird der Bürger stets die bisherige Amtszeit des Bürgermeisters mit all ihren Ereignissen Revue passieren lassen und untersuchen, inwieweit diese ihm von persönlichem Nutzen war. Sodann wird er untersuchen, ob nicht einem eventuellen Herausforderer ein höherer Vertrauensvorschuss gebührt. Auf Grundlage dieses Abwägungsvorgangs, bei dem auch die Meinungen anderer Bürger und der Medien einfließen, wird der Bürger sodann seine endgültige Wahlentscheidung für oder gegen einen Kandidaten treffen. Dabei ist sich der Bürger einer derartigen Kontrollfunktion der Stimmabgabe bewusst, die er durchweg verantwortungsvoll wahrnimmt.¹⁴²¹

Aber auch den Bürgermeisterkandidaten ist dieser „Vertrauenstest“ durch die Bürger, der sie sich bei jeder Wahl unterziehen müssen, sehr wohl bekannt. Dementsprechend richten sie ihr Verhalten ein und suchen verstärkt den unmittelbaren Kontakt zum Wähler anstatt zu örtlichen Parteifunktionären.¹⁴²² Schließlich sichert ein derart auf Bürgerbegegnungen aufgebauter und äußerst zeitintensiver Wahlkampf, dass nur Kandidaten antreten, denen das Wohl der Bürger wirklich am Herzen liegt.¹⁴²³ Letztlich ist die qualitätssichernde Funktion des kommunalen Personalreservoirs durch die Direktwahl der Bürgermeister unbestritten.¹⁴²⁴ Tatsächlich sind Fälle von Amtsmissbrauch unmittelbar gewählter Bürgermeister sowie eine Verwicklung derselben in politische Skandale eine Rarität, wie Studien aus den Bundesländern mit längerer „Direktwahltradition“ belegen.¹⁴²⁵

b) Kompensation des Strafrechts durch demokratische Kontrolle

An Hand all dieser Erwägungen wird deutlich, mit welcher Überzeugungskraft sich die Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister auf Grundlage der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation auflösen lassen:

¹⁴²¹ So auch *Pfizer/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 176 f.

¹⁴²² Ähnlich *März*, Kommunalpolitik in Bayern, in: *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 50 ff. sowie *Wehling*, Kommunalpolitik in Baden-Württemberg, in: *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 28.

¹⁴²³ Zum Bürgermeisterwahlkampf die Darstellung von *Witt* BWGZ 2006, 759 ff., 761.

¹⁴²⁴ Wiederum *Wehling*, *Taschenbuch*, S. 48 ff.

¹⁴²⁵ *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik, S. 26.

Im Rahmen der Vorteilsgewährung nach § 331 StGB bedarf es zumindest in den oben skizzierten Fällen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister keiner Kontrolle durch das Strafrecht. Denn, ob solche (Dritt-)Zuwendungen noch dem Gemeinwohl dienlich und damit sozial erwünscht sind oder ob es sich hierbei um „plumpe“ Versuche der politischen Einflussnahme handelt, obliegt der unmittelbaren Entscheidung durch die Bürger am Wahltag. Diejenigen Bürger, die den Bürgermeister ins Amt gebracht haben, werden auch darüber zu entscheiden haben, ob er ihr Vertrauen durch die Annahme von (Dritt-)Zuwendungen missbraucht hat oder ob diese (Dritt-)Zuwendungen dem Wohle der Stadt dienen.

Ein Verzicht auf das Strafrecht ist gerade wegen der politischen Funktion des Bürgermeisters einleuchtend. Die Korruptionsdelikte haben unmittelbar zum Ziel die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Vertrauen der einzelnen Bürger in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes sicherzustellen.¹⁴²⁶ Diese Schutzfunktion der §§ 331 ff. StGB bedarf es deshalb, weil sich der Bürger im Normalfall nur sehr schwer gegen einen Amtsträger zur Wehr setzen kann, der seine Dienstausbübung von der Gewährung persönlicher Vorteile abhängig macht.¹⁴²⁷ In Bezug auf Bürgermeister stellt sich die Sachlage jedoch grundlegend anders dar, weil diese wegen ihrer unmittelbaren demokratischen Legitimation ein politisches Wahlamt auf Zeit ausüben. Die „normalen“ (kommunalen) Beamten haben hingegen in einem weisungsgebundenen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis auf Lebenszeit gesetzlich und politisch vorgegebene Wertentscheidungen frei von parteipolitischen Gesichtspunkten nachzuvollziehen und ausschließlich von den Interessen der Gesamtheit geleitet umzusetzen.¹⁴²⁸ Hierbei sind sie in ihrer Dienstausbübung substituierbar und ihre Entscheidungsbefugnis kann regelmäßig in der Verwaltungshierarchie delegiert oder von einer höherrangigen Stelle evoziert werden.¹⁴²⁹ Um diese Normvollzugsfunktion der Beamten vor sachfremden Beeinflussungsversuchen zu sichern, bedarf es der Korruptionsdelikte.¹⁴³⁰ Diese Grundsätze der Entscheidung des BGH zur Abgrenzung kommunaler Mandatsträger

¹⁴²⁶ Zur Komplexität des Rechtsgutsbegriffs der § 331 ff. StGB vgl. *Dedes*, Lackner-FS, 787, 790 ff. besonders *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 239 ff.; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 2 mwN und aus der Rspr vor allem BGHSt 15, 88, 97 sowie hierzu noch ausführlich unten unter 3 a.

¹⁴²⁷ Zum Wesen der Korruption *Volk*, Zipf-GS, 419, 421 ff.

¹⁴²⁸ So BGHSt 51, 44, 51 ff. und 56 ff. und *SK-Rudolphi/Stein*, § 11 Rn 21.

¹⁴²⁹ So BGHSt 51, 44, 51 ff., und 56 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

¹⁴³⁰ Vgl. BGHSt 51, 44, 51 ff. und 56 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

vom strafrechtlichen Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB, lassen sich unproblematisch auf kommunale Wahlbeamte auf Zeit übertragen. Der stimmberechtigte Bürgermeister gehört zusammen mit den übrigen Mitgliedern der kommunalen Volksvertretung zu dem Personenkreis, der in einem politischen Willensbildungsprozess jene rechtlichen und politischen Vorgaben macht, an denen sich die sonstigen kommunalen Bediensteten zu orientieren haben. Ferner besitzt er auf Grund seiner eigenständigen unmittelbaren demokratischen Legitimation gegenüber der kommunalen Volksvertretung ein unabhängiges politisches „Mandat“. Zwar hat sich der Bürgermeister selbstverständlich auch an Gesetz und Recht sowie an übergeordnete insbesondere staatliche Vorgaben zu halten. Gerade aber im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben kommt ihm zusammen mit der kommunalen Volksvertretung eine weite politische Einschätzungsprärogative zu. Die Hauptorgane einer jeden Kommune - Bürgermeister und kommunale Volksvertretung - bestimmen zusammen in einem Prozess der politischen Willensbildung die Grundsätze der Kommunalpolitik.

Konsequenterweise ist jedoch nur in dieser politischen Funktion ein Zurückweichen des Strafrechts in den Fällen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister vertretbar. In den seltenen Fällen, in denen der Bürgermeister nämlich in seiner Funktion als „Verwaltungsbeamter“ tätig wird, muss es bei einer grundsätzlichen Korruptionsstrafbarkeit des Bürgermeisters bleiben. So darf insbesondere im sensiblen Bereich der Eingriffs- und Leistungsverwaltung eine (Dritt-)Zuwendung an den Bürgermeister keinesfalls dazu führen, dass gesetzeswidrige Verwaltungsentscheidungen getroffen werden. Soweit hier konkret pflichtwidrige Diensthandlungen zum Bezugspunkt einer (Dritt-)Zuwendung gemacht werden, macht sich der Bürgermeister nach § 332 Abs. 1 StGB wegen Bestechlichkeit und der Zuwendende wegen Bestechung nach § 334 Abs. 1 StGB strafbar. Denn im Rahmen dieser Entscheidungen wird der Bürgermeister ausschließlich in seiner Funktion als Verwaltungsbeamter tätig. Soweit er deswegen wie jeder andere Verwaltungsbeamte Gesetze und sonstige Vorschriften vollzieht, ist eine strafrechtliche Privilegierung auch unter dem Aspekt der unmittelbaren demokratischen Legitimation nicht zu rechtfertigen.

Als Resümee lässt sich festhalten, dass in den Fällen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister, auf Grund der Möglichkeit zur Wahl oder Abwahl der politischen Führung, auf die Straftatbestände der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB und

Vorteilsgewährung nach § 333 Abs. 1 StGB verzichtet werden kann. Denn das damit eingetretene strafrechtliche Kontrolldefizit wird mittels demokratischer Kontrolle durch die Bürgerschaft mehr als kompensiert. Für die Fälle in denen die (Dritt-)Zuwendungen als Gegenleistung für eine konkret pflichtwidrige Verwaltungsentscheidung auf dem Gebiet des Gesetzesvollzugs, insbesondere im Leistungs- bzw. Eingriffsrecht gemacht werden, muss es aber unbedingt bei der Korruptionsstrafbarkeit nach § 332 Abs. 1 bzw. § 334 Abs. 1 StGB verbleiben.

Gegen diesen Lösungsansatz könnte nun eingewendet werden, dass die Bürgerschaft von den Fällen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister meist nur wenig erfährt. Selbst wenn dies einmal der Fall sein sollte, dann sei dies bis zum Wahltag wieder in Vergessenheit geraten. Diese Zweifel sollen nachfolgend ausgeräumt werden.

c) Notwendigkeit von Transparenz

Der vorstehende, auf Grundlage der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation entwickelte, Argumentationsansatz kann folglich nur überzeugen, wenn die wahlberechtigten Bürger im Rahmen ihrer Wahlentscheidung tatsächlich auf die maßgeblichen Bewertungsfaktoren zurückgreifen können. Speziell im Hinblick auf die Problematik der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister bedeutet dies, dass dem Bürger die Möglichkeit zur Kenntnisnahme sämtlicher (Dritt-)Zuwendungsvorgänge eingeräumt wird. Der Schaffung von Transparenz kommt dabei die bedeutende Rolle des Tropfen Öls zu, der den oben vorgestellten Mechanismus der demokratischen Kontrolle reibungslos am laufen hält.¹⁴³¹ Nur wenn der wahlberechtigte Bürger von Zweck und Person des Zuwendenden, vom Partner der Sponsoringvereinbarung oder des sonstigen öffentlich-rechtlichen Vertrags Kenntnis besitzt, kann er seiner demokratischen Kontrollfunktion effektiv nachkommen. Dasselbe gilt für die Zuwendungen im Rahmen der Repräsentationsfunktionen des Bürgermeisters sowie bei der Annahme für Wahlkampfspenden. Dabei stellt sich die Frage, wie in der Praxis diesen Anforderungen an Transparenz Genüge getan werden kann. Hierbei wird der kommunalen Volksvertretung eine ganz erhebliche Bedeutung zufallen. Denn als ebenfalls unmittelbar demokratisch legitimierte Vertretung der Bürgerschaft konnte ihr gegenüber dem Bürgermeister und seiner Verwaltung bereits eine ganz

¹⁴³¹ Zum Transparenzprinzip als Kontrolle in Bezug auf Diäten BVerfGE 40, 296, 327.

erhebliche Kontrollfunktion nachgewiesen werden.¹⁴³² Im Grundsatz muss daher jede Art von (Dritt-)Zuwendung an den Bürgermeister gegenüber der kommunalen Volksvertretung in öffentlicher Sitzung bekannt gemacht werden. Zusätzlich dazu ist aus mehreren Gründen zu fordern, dass sich der Bürgermeister die Annahme der (Dritt-)Zuwendung durch die kommunale Volksvertretung positiv genehmigen lassen muss.¹⁴³³

Zunächst können nur durch eine öffentliche Bekanntgabe mögliche Interessenverquickungen frühzeitig erkannt werden. Denn nur durch die Schaffung von Transparenz kann von der Öffentlichkeit nachvollzogen werden, ob die jeweilige (Dritt-)Zuwendung an den Bürgermeister in einem konkreten Zusammenhang zu einer bestimmten hoheitlichen Verwaltungsentscheidung der Kommune auf dem Gebiet des Eingriffs- oder Leistungsrechts stehen könnte. Ein solch transparentes Verfahren ermöglicht es ferner dem einzelnen Bürger unmittelbar über seine Anwesenheit in den öffentlichen Sitzungen der kommunalen Volksvertretung oder mittelbar über Berichterstattung in den Medien von der (Dritt-)Zuwendung Kenntnis zu nehmen. Nur mit dieser Kenntnis kann der Bürger den Vorgang bewerten und bei der nächsten Bürgermeisterwahl seine Kontrollfunktion entsprechend wahrnehmen.¹⁴³⁴ Schließlich ist die Schaffung von Transparenz gerade auch im parlamentarischen Bereich seit vielen Jahren als probates Mittel zur Vermeidung von Interessenkonflikten und Missbrauch der Abgeordnetenstellung anerkannt.¹⁴³⁵ Die Schaffung zahlreicher Anzeige-, Offenlegungs- und Verhaltenspflichten in Bezug auf Bundestagsabgeordnete werden als Kompensation für die fehlende strafrechtliche Sanktionierung angesehen.¹⁴³⁶ Teilweise wird der Schaffung von Transparenz und Medienöffentlichkeit für die Kontrolle der parlamentarischen Demokratie sogar eine höhere Bedeutung beigemessen als einer strafrechtlichen Sanktionierung.¹⁴³⁷ Jüngst

¹⁴³² Eingehend hierzu oben im 2. Kapitel unter C I 5.

¹⁴³³ Im Ergebnis ähnlich aber mit anderer Begründung und in Bezug auf die kommunalen Mandatsträger *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 269 ff., 272 ff. und 279 f.

¹⁴³⁴ Ähnlich in Bezug auf Parlamentsabgeordnete bereits *Ransiek* StV 1996, 446, 453 und *Kerner/Rixen* GA 143 (1996) 355, 372, ff., 378, 387, 394.

¹⁴³⁵ Vgl. die Darstellungen bei *Schaller*, Abgeordnetenbestechung, S. 111 ff. und ausführlich *Becker*, Korruptionsbekämpfung, S. 111 ff. und 131 sowie *Heisz*, Abgeordnetenbestechung, S. 53 ff.

¹⁴³⁶ *Kerner/Rixen* GA 143 (1996) 355, 372, ff., 378, 387, 394.

¹⁴³⁷ *Kerner/Rixen* GA 143 (1996) 355, 372, ff., 378, 387, 394; *Ransiek* StV 1996, 446, 453 ähnlich in Bezug auf Interessenkonflikte bei Abstimmungen *Spiegel*, Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale,

hat auch das Bundesverfassungsgericht der Schaffung von Transparenz durch Offenlegung von Nebeneinkünften der Abgeordneten eine große Bedeutung für die Wahlentscheidung der Bürger zugesprochen.¹⁴³⁸

Über die bloße Gewährleistung von Transparenz hinaus, bedarf die endgültige Annahme der (Dritt-)Zuwendung durch den Bürgermeister nach dem vorliegenden Lösungsansatz jedoch auch der Genehmigung durch die kommunale Volksvertretung. Zum einen übernimmt die kommunale Volksvertretung durch eine derartige positive Zustimmung zur endgültigen Annahme der (Dritt-)Zuwendung durch den Bürgermeister ebenfalls Verantwortung für die Lauterkeit und Angemessenheit derselben. Zum anderen findet durch das Genehmigungsverfahren eine permanente Kontrolle des Bürgermeisters durch die kommunale Volksvertretung statt, die das andere unmittelbar demokratisch gewählte Hauptorgan der Kommune ist. Dies ist umso bedeutender, weil es sich bei der kommunalen Volksvertretung, gerade um die kommunalrechtliche Vertretung aller Bürger handelt. Der Bürger kann damit nicht nur über die Wahl des Bürgermeisters sondern auch über die Wahl der kommunalen Volksvertretung seine demokratische Kontrollfunktion ausüben.

Wenn damit vor den Augen der Öffentlichkeit die beiden Hauptorgane einer Kommune eine (Dritt-)Zuwendung als „unverfänglich“ ansehen und deren endgültige Annahme befürworten, dann ist ein Zurücktreten des Strafrechts in den Fällen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister unproblematisch.

Die Einführung eines solchen Genehmigungsverfahrens ist keinesfalls mit einer Erhöhung des Verwaltungsaufwands verbunden. Denn die Entscheidung über die endgültige Verwendung der (Dritt-)Zuwendungen, den Abschluss eines Sponsoringvertrags oder eines sonstigen öffentlich-rechtlichen Vertrags obliegt nach der kommunalverfassungsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung sowieso stets letzterer.¹⁴³⁹

S. 198 unter Verweis auf Achterberg AöR 109 (1984), 505, 515, 531; *Ott*, Parlamentscharakter, S. 255 ff.; *Waechter*, Rn 352; bereits *Badura*, Parlamentsrecht, § 15 Rn 44, 66 ff. besonders Rn 72.

¹⁴³⁸ BVerfG, Urteil vom 4. Juli 2007, Az.: 2 BvE 1/06 u.a. = BVerfGE 118, 277 ff. = NVwZ 2007, 916 ff.

¹⁴³⁹ Zur Zuständigkeitsverteilung zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung siehe bereits oben im 1. Kapitel unter C III c und d.

Schließlich setzt die vom BGH entwickelte Lösung zum Parallelproblem der Drittmittelwerbung durch beamtetes Hochschulpersonal ebenfalls voraus, dass die Umstände der Drittmittelbereitstellung gegenüber der Universitätsverwaltung offengelegt und von dieser genehmigt werden müssen.¹⁴⁴⁰ Vor dem Hintergrund dieser nunmehr umfassend für richtig und praktikabel angesehenen BGH-Rechtsprechung,¹⁴⁴¹ ist der vorliegend gewählte Weg umso einleuchtender. Denn nach dem hier vertretenen Ansatz wird die Genehmigung von einem unmittelbar demokratisch legitimierten Gremium erteilt, welches ebenso wie der Bürgermeister gegenüber der Bürgerschaft die politische Verantwortung trägt. Hingegen wird bei der Drittmittelforschungsproblematik die Genehmigung weder *von* noch *für* ein unmittelbar demokratisch legitimiertes Organ erteilt. Allerdings soll es hier für ein Zurückweichen des Strafrechts bereits ausreichend sein, dass der Drittmittelempfänger gegenüber der Hochschulverwaltung die Drittmittelzuwendung anzeigt und eine Genehmigung einholt.¹⁴⁴² Zwar ist die kommunale Volksvertretung für den Bürgermeister - anders als die Hochschulverwaltung in Bezug auf das Hochschulpersonal - nicht die zuständige Behörde im Sinne des öffentlichen Dienstrechts. Jedoch konnte im Rahmen dieser Untersuchung bereits mehrfach die Kontrollfunktion der ebenfalls unmittelbar demokratisch legitimierten kommunalen Volksvertretung gegenüber dem Bürgermeister herausgearbeitet werden.¹⁴⁴³ Die kommunale Volksvertretung ist auch deswegen die richtige Stelle zur Erteilung einer Genehmigung, weil sie die kollektive „Letztverantwortung“ für das kommunalpolitische Geschehen trägt. Dies gilt umso mehr, als sich der Weg über die Einholung einer Genehmigung nach § 331 Abs. 3 StGB, bei der für die Dienstaufsicht über den Bürgermeister zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde, aus vielfältigen Gründen als absolut unpraktikabel erwiesen hat.¹⁴⁴⁴

Im Ergebnis ist eine Einschränkung des Tatbestands der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB in den Konstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister grundsätzlich nur dann vertretbar, wenn der ebenfalls unmittelbar demokratisch legitimierten Volksvertretung die Umstände der Zuwendung in öffentlicher Sitzung

¹⁴⁴⁰ So die Leitentscheidungen BGHSt 47, 295, 303 ff., 308 ff. und BGHSt 48, 44, 49 ff.

¹⁴⁴¹ Vgl. die Urteilsbesprechung von *Michalke* NJW 2002, 3381 f. und *Rönnau* JuS 2003, 232 ff.; *Mansdörfer* wistra 2003, 211 sowie *Korte* NStZ 2003, 156 f.

¹⁴⁴² Vgl. die beiden Leitentscheidungen BGHSt 47, 295, 303 ff., 308 ff. und BGHSt 48, 44, 49 ff.

¹⁴⁴³ Eingehend hierzu oben im 2. Kapitel unter C I 5.

¹⁴⁴⁴ Siehe hierzu ausführlich bereits oben unter II 1.

offengelegt werden und sie die endgültige Annahme der (Dritt-)Zuwendung positiv genehmigt.¹⁴⁴⁵ Für den Bürgermeister bedeutet dies, dass er in den hier beschriebenen Fallkonstellationen die an ihn zugetragenen (Dritt-)Zuwendungen lediglich unter Vorbehalt der Genehmigung durch die kommunale Volksvertretung entgegennehmen darf und sie erst nach Erteilung der Genehmigung endgültig annehmen darf. Ob und inwieweit von diesem Grundsatz auf Grund der Eigenart der Zuwendung, insbesondere im Problembereich Repräsentationsfunktion und Wahlkampfspenden Ausnahmen zugelassen werden müssen, wird später noch im Rahmen der konkreten Anwendung der hier entwickelten Lösung zu erörtern sein.¹⁴⁴⁶

3.) Überprüfung der Lösung am Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB

Seit *Binding* und *v. Liszt* orientiert man sich bei der Auslegung eines strafrechtlichen Tatbestands an der Schutzrichtung des durch diesen Tatbestand geschützten Rechtsguts.¹⁴⁴⁷ Nur dadurch kann sichergestellt werden, dass sich der Rechtsanwender unter Heranziehung der anerkannten Auslegungsmethoden nicht über den positivierten Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt.¹⁴⁴⁸ Ferner ist auch der Strafgesetzgeber bei der Bestimmung der Grenzen der Strafbarkeit an den Rechtsgutsbegriff gebunden.¹⁴⁴⁹ Dementsprechend muss die im Rahmen dieser Arbeit entwickelte Lösung einer Überprüfung am spezifischen Rechtsgut der Korruptionsdelikte Stand halten. Allerdings ist bis heute umstritten, wie dieses Rechtsgut zu definieren ist.¹⁴⁵⁰ Eine umfassende Aufbereitung des vielschichtigen Meinungsstands zum Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB würde jedoch den Rahmen dieser Untersuchung bei weitem sprengen.¹⁴⁵¹ Die nachfolgende Darstellung soll sich deshalb darauf beschränken die heute gängigsten Ansichten aufzuzeigen und ihnen jeweils die hier entwickelte Theorie gegenüberzustellen. Dabei wird zu untersuchen

¹⁴⁴⁵ Ähnlich *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 269 ff., 272 ff. und 279 f.

¹⁴⁴⁶ Siehe die Darstellung unten unter 4 d und e.

¹⁴⁴⁷ Bereits *Binding*, Normen, S. 339 ff. und *von Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, S. 126 ff.

¹⁴⁴⁸ Wiederum *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 149 ff. sowie *Schwieger*, Bestechungsdelikte, S. 38 ff. insbesondere 40 ff.

¹⁴⁴⁹ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 149 f. und JuS 1978, 8, 9 ff.; *Schwieger*, Bestechungsdelikte, S. 38 ff. insbesondere 40 ff. je mwN.

¹⁴⁵⁰ Vgl. MüKo-Korte, § 331 Rn 2 und *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 239 ff. und 248 ff. je mwN.

¹⁴⁵¹ Vgl. aber die ausführliche Darstellung bei *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 239 ff., 248 ff.; *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 79 ff. sowie *Schwieger*, Bestechungsdelikte, S. 38 ff. und 90 ff.

sein, ob mit der hier entwickelten Lösung ggf. eine Lücke im Rechtsgüterschutz der §§ 331 ff. StGB entsteht. Nur wenn eine Beeinträchtigung des durch die Korruptionsdelikte geschützten Rechtsguts ausgeschlossen werden kann bzw. wenn eine gleichartige Kompensation besteht, ist eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 331 Abs. 1 StGB legitim:

Geht man zunächst von den Gesetzesmaterialien aus, so beabsichtigt der Gesetzgeber an Hand der §§ 331 ff. StGB die Lauterkeit des öffentlichen Diensts zu schützen und eine Verfälschung des Staatswillens zu verhindern.¹⁴⁵² Erst in den Materialien zum Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997 wird das Vertrauen der Bürger in die Integrität des Staates als einer der Eckpfeiler der Gesellschaft betont.¹⁴⁵³

Unter dem Gesichtspunkt der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes, erweist sich der hier entwickelte Ansatz als unbedenklich, weil in den oben dargestellten Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister ein grundsätzlich erwünschtes Verhalten des Bürgermeisters im Raum steht. Nur in diesen Fallgruppen darf es zu einem Zurückweichen des Strafrechts kommen. Denn auch nach dieser Lösung bleiben Zuwendungen im Zusammenhang mit konkret rechtswidrigen Diensthandlungen über § 332 Abs. 1 bzw. § 334 Abs. 1 StGB stets strafbar. Zudem verhindert das transparente Verfahren mit Öffentlichkeitsbezug und Genehmigungsvorbehalt der kommunalen Volksvertretung jegliche Verfälschung des Staatswillens. Denn sowohl Bürgermeister als auch die kommunale Volksvertretung sind als Hauptorgane der Kommune zur politischen Willensbildung berufen. Da diese beiden Organe sich in periodischen Abständen zur Wahl stellen müssen, sind sie immer darauf bedacht, nicht das Vertrauen der Bürgerschaft in ihre politische Integrität zu verlieren. Deshalb können die Bürger im Falle eines Vertrauensverlusts sehr effektiv ihre demokratische Kontrollfunktion wahrnehmen und für einen politischen Wechsel sorgen, was im Hinblick auf unliebsame Verwaltungsbeamte nicht möglich ist. Die Rechtsprechung betrachtet wie die Gesetzesmaterialien die Reinheit bzw. Lauterkeit der Amtsausübung¹⁴⁵⁴ und daneben den Schutz des

¹⁴⁵² BT-Drs. IV/650, S. 649 und BT-Drs. 7/550, S. 269.

¹⁴⁵³ *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 81 unter Verweis auf BT-Drs. 13/5584, S. 1 ff. und BT-Drs. 13/6424, S. 1 ff.

¹⁴⁵⁴ BGHSt 10, 237, 241; 14, 123, 131; 15, 88, 96.

öffentlichen Vertrauens auf diese Lauterkeit als Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB.¹⁴⁵⁵ In jüngerer Zeit verknüpfte der BGH beide Aspekte seiner bisherigen Rechtsprechung miteinander und sah sowohl die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes als auch das Vertrauen der Allgemeinheit in diese Lauterkeit als geschütztes Rechtsgut an.¹⁴⁵⁶ Damit hat sich die Rechtsprechung den in den Gesetzesmaterialien geäußerten Rechtsgutsdefinitionen angeschlossen. Folglich ist die hier entwickelte Lösung entsprechend dem oben Ausgeführten auch unter dem Aspekt der Rechtsgutsdefinition des BGH unproblematisch. Darüber hinaus wird der Bürgermeister zum einen ausschließlich in seiner politischen Funktion und nur ganz ausnahmsweise in seiner Verwaltungsfunktion tätig. Zum anderen gelten auch hier die Aspekte der Vertrauenskontrolle durch Genehmigungsvorbehalt der kommunalen Volksvertretung einerseits und demokratischen Kontrolle durch Wahl andererseits.

Ein breites Spektrum an Meinungen zum Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB findet sich in der Literatur. Teilweise wird hier auf die Unentgeltlichkeit und Unverkäuflichkeit von Amtshandlungen abgestellt.¹⁴⁵⁷ Diese Rechtsgutsdefinition ist ungenau und veraltet, weil bereits zahlreiche legale Amtshandlungen nur gegen Verwaltungsgebühren zu erlangen sind.¹⁴⁵⁸ Soweit auf die Unverkäuflichkeit von Diensthandlungen abgestellt wird, versagt dieser Ansatz bei (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister, weil es hier an einer materiellen Besserstellung des Bürgermeisters und damit an der von dieser Ansicht notwendigen vorausgesetzten Eigennützigkeit der Zuwendung fehlt. Schließlich ist auch hier wieder anzumerken, dass ein Bürgermeister nur im seltensten Fall Amtshandlungen vornimmt, sondern überwiegend politisch agiert. Nach einer weiteren Ansicht soll die Sachlichkeit und Korrektheit der Amtsführung das geschützte Rechtsgut darstellen.¹⁴⁵⁹ Damit wird ersichtlich auf die Pflicht des Beamten zur unparteiischen und gesetzmäßigen Dienstverrichtung als Teil der Verwaltungshierarchie abgestellt. Aber sowohl Bürgermeister als auch die

¹⁴⁵⁵ BGHSt 15, 88, 96; 30, 46, 48 und BGH NJW 1984, 2654 f.

¹⁴⁵⁶ *Winkelbauer/Felsinger/Dannecker*, Gemeinnützig oder strafbar?, S. 48 unter Verweis auf BGH NJW 1987, 1342 f. sowie jüngst BGHSt 49, 275, 293/293.

¹⁴⁵⁷ Vgl. die Darstellung bei *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 242 und *Geerds*, Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte, S. 44 ff. je mwN.

¹⁴⁵⁸ Zu diesem Aspekt *Wagner*, Amtsverbrechen, S. 233, 271; *Geppert* Jura 1981, 42, 46 und *Traumann*, Bestechungsdelikte, S. 109 sowie eingehend *Graupe*, Bestechungsdelikte, S. 76 ff.

¹⁴⁵⁹ Vgl. *Geerds*, Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte, S. 50 ff.; *Schwieger*, Bestechungsdelikte, S. 38 f.; *Dölling*, Gutachten C, S. 49 f. und ZStW 112 (2000) 334, 335 f.; *Ransiek* StV 1996, 446, 450.

kommunalen Mandatsträger agieren in den Problemkonstellationen der (Dritt-) Zuwendungen an Bürgermeister nicht als Teil des staatlichen Verwaltungsapparats, sondern als eigenständige kommunale Willensbildungsorgane. Auf Grund ihrer unmittelbaren demokratischen Legitimation sind sie befugt in einem politischen Willensbildungsprozess vor den Augen der Öffentlichkeit verbindlich festzulegen, nach welchen Grundsätzen die Kommune sachlich und korrekt verwaltet werden soll. Folglich vollziehen diese Organe im Gegensatz zum „normalen Beamten“ keine vorgegebenen Entscheidungsmuster, sondern erstellen diese. Genau dieser Aspekt hat den BGH dazu veranlasst die kommunalen Mandatsträger aus dem Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB herauszunehmen.¹⁴⁶⁰

Die heute h.M. in der Literatur legt den §§ 331 ff. StGB ein komplexes Rechtsgut zugrunde.¹⁴⁶¹ Dieses wird als das Interesse der Allgemeinheit an der Unkäuflichkeit von Diensthandlungen, der Sachlichkeit und Richtigkeit staatlicher Entscheidungen und somit als das Vertrauen der Allgemeinheit in das ordnungsgemäße Funktionieren der staatlichen Einrichtungen definiert.¹⁴⁶² In Kurzform beschreibt es das Interesse der einzelnen Staatsbürger an der Funktionsfähigkeit des Staatsapparats.¹⁴⁶³ Im Prinzip werden dadurch die einzelnen Rechtsgutsaspekte in einer sog. „Vereinigungsformel“ zusammengefasst. Da der hier entwickelte Lösungsansatz schon nicht zu einer Gefährdung der einzelnen Rechtsgutsaspekte führt, hält er auch einer Überprüfung am komplexen Rechtsgutsbegriff stand. Zur Vermeidung von Wiederholungen, kann insoweit auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die hier auf Grundlage der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation entwickelte Lösung, in den

¹⁴⁶⁰ Vgl. BGHSt 51, 44, 51 ff., 56 ff. bestätigt durch BGH wistra 2006, 419, 420 = NStZ 2007, 36.

¹⁴⁶¹ Vgl. statt aller *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 3; *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 1; *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 12 je mwN sowie ausführlich *Schwieger*, Bestechungsdelikte, S. 90 ff.

¹⁴⁶² So vor allem *SK-Rudolphi/Stein*, Vor § 331 Rn 7 ff. unter Verweis auf *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 255 ff., 275 ff. und 307 ff.; *Dedes*, *Lackner-FS*, 787, 791 ff. ferner *Graupe*, Bestechungsdelikte, S. 109 ff., 116 f. und S. 255 ff. sowie 307 ff. jüngst *Kargl ZStW* 114 (2002) 763, 782 ff. 787.

¹⁴⁶³ So vor allem *SK-Rudolphi/Stein*, Vor § 331 Rn 7 ff. und *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 3 je unter Verweis auf *Heinrich*, Amtsträgerbegriff, S. 275 ff.

Fallkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister, unter keinem Aspekt zu einer Verletzung des Rechtsguts der §§ 331 ff. StGB führt.¹⁴⁶⁴

Sodann ist auf die zweite wesentliche Funktion der Lehre vom Rechtsgut einzugehen. Denn neben der Funktion als Hilfsmittel zur Auslegung bestehender Strafgesetze, ist anerkannt, dass auch der Gesetzgeber selbst bei der Schaffung bzw. Ausdehnung von Straftatbeständen sich am jeweiligen Rechtsgut zu orientieren hat.¹⁴⁶⁵ Dem Gesetzgeber fehlt schlicht die Befugnis, ein vielleicht moralisch fragliches, aber nicht Rechtsgüter verletzendes Verhalten zu sanktionieren.¹⁴⁶⁶ Denn hierzu können ihn auch die Staatsbürger nicht ermächtigen, da ihnen selbst unstreitig jedes Recht fehlt, ihre Mitbürger moralisch zu bevormunden.¹⁴⁶⁷ Zwar wird im Rahmen der §§ 331 ff. StGB kein individuelles, sondern ein überindividuelles Rechtsgut geschützt. Jedoch gelten diese Grundsätze auch hier, weil nur mit einem funktionierenden Gemeinwesen die individuellen Rechtsgüter des einzelnen effektiv geschützt werden können.¹⁴⁶⁸ Infolgedessen ist es dem Strafgesetzgeber grundsätzlich verwehrt, Straftatbestände derart auszugestalten, dass rechtsgutsneutrale Handlungen darunter zu subsumieren sind.¹⁴⁶⁹

Im Zuge des KorruptionsbekämpfungsgG wurden vom Gesetzgeber mit der Ausdehnung auf sog. Drittvorteile jedoch eindeutig auch rechtsgutsneutrale Handlungen in den Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB einbezogen. Folglich obliegt es dem Rechtsanwender solche grundsätzlich sozial erwünschten Verhaltensweisen wie in den Fallgruppen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister im Wege der Auslegung aus dem Tatbestand auszuschneiden.¹⁴⁷⁰ Dies umso mehr, weil sich offensichtlich auch der Gesetzgeber selbst bezüglich der Konsequenzen

¹⁴⁶⁴ Für die Drittmittelforschung *Rönnau* JuS 2003, 232, 235 ff. und *Kuhlen* JR 2003, 231, 234 f.

¹⁴⁶⁵ Vgl. *Graupe*, Bestechungsdelikte, S. 72 unter Verweis auf *Roxin* JuS 1966, 377, 382 und *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 96 ferner *Günther*, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, 8, 9 und S. 11.

¹⁴⁶⁶ *Günther*, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, 8, 9 und S. 11.

¹⁴⁶⁷ so *Graupe*, Bestechungsdelikte, S. 72 verweist auf *Rudolphi*, Honig-FS, 151, 154 ff., 160 und *Roxin* JuS 1966, 377, 382 ferner *Günther*, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, 8, 9 ff.

¹⁴⁶⁸ Wiederum *Graupe*, Bestechungsdelikte, S. 73 ff.

¹⁴⁶⁹ *Schwieger*, Bestechungsdelikte, S. 41, 60 f. bes. S. 72 ff.; *Roxin*, AT I, § 2 Rn 2 ff. bereits auch *Graupe*, Bestechungsdelikte, S. 72 unter Verweis auf *Rudolphi*, Honig-FS, 151, 154 ff., 160 sowie *Roxin* JuS 1966, 377, 382; *Günther*, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, 8, 9 ff., S. 11.

¹⁴⁷⁰ Ähnlich in Bezug auf die Drittmittelforschung *Mansdörfer* wistra 2003, 211, 212.

einer Ausdehnung auf sog. Drittvorteile für den Bereich der Drittmittelforschung und der hiesigen Problematik der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister keinerlei Gedanken gemacht hat.¹⁴⁷¹

Im Ergebnis tangiert die vorliegend auf Grundlage der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation entwickelten Lösung nur *scheinbar* das von den §§ 331 ff. StGB geschützte Rechtsgut. Zwar lassen sich die Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister formal unter den Straftatbestand der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB subsumieren. Im Hinblick auf eine rechtsgutsorientierte Auslegung erweist sich die hier vertretene teleologische Reduktion von § 331 Abs. 1 StGB in den Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister als unproblematisch, wenn nicht sogar als zwingend.¹⁴⁷²

4.) Strafrechtsdogmatische Umsetzung der hier vertretenen Theorie

Noch offen ist an welchem Tatbestandsmerkmal die hier auf Grundlage der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation befürwortete teleologische Reduktion von § 331 Abs. 1 StGB in den Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister dogmatisch festzumachen ist. Bei der oben durchgeführten Suche nach einer einheitlichen Lösung unter Rückgriff auf hergebrachte Auslegungsmethoden, erwies sich weder eine Einschränkung des Amtsträgerbegriffs noch des Vorteilsbegriffs als rechtlich möglich.¹⁴⁷³ Zwar konnte dargestellt werden, dass das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung bzw. das Äquivalenzverhältnis noch am ehesten für normative Erwägungen zugänglich ist.¹⁴⁷⁴ Allerdings konnte dort weder an Hand der Lehre von der sozialen Adäquanz noch mittels der Theorie vom erlaubten Risiko hinreichend konkret eine normative Einschränkung der Unrechtsvereinbarung im Falle der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister begründet werden.¹⁴⁷⁵ Nachdem im Rahmen dieser

¹⁴⁷¹ *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 16 ff., 19 ff., 42 sowie *Dölling* ZStW 112 (2000) 334, 343 ff.

¹⁴⁷² Ähnlich in Bezug auf die Drittmittelforschung *Rönnau* JuS 2003, 232, 235 ff.

¹⁴⁷³ Hierzu oben unter C I 1 bis 3.

¹⁴⁷⁴ Hierzu oben unter C I 4 und statt aller nur *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 86 ff.; *SK-Rudolphi/Stein*, § 331 Rn 29/29a; *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 4/5 und Rn 29 insbesondere *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 25 ff.; *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 10 f.; eingehend *MüKo-Korte*, § 331 Rn 100 ff. und 107 je mwN.

¹⁴⁷⁵ Hierzu oben unter C I 4.

Untersuchung das Kriterium der unmittelbaren demokratischen Legitimation durch Kommunalwahlen gepaart mit demokratischer Kontrolle als schlüssiger Lösungsansatz herausgearbeitet werden konnte, wird noch einmal das „weiche“ Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung zu beleuchten sein. Denn wie kein anderes Tatbestandsmerkmal im Rahmen von § 331 Abs. 1 StGB ermöglicht die Unrechtsvereinbarung eine Begrenzung der Strafbarkeit auf Grund wertender Kriterien.¹⁴⁷⁶ Eine derartige Ausscheidung des wirklich strafwürdigen Verhaltens von nunmehr ebenfalls vom Tatbestand erfassten Verhaltensweisen, ist erst Recht nach der Lockerung der Anforderungen an die Unrechtsvereinbarung von Nöten.¹⁴⁷⁷ Dementsprechend hat neben der Literatur¹⁴⁷⁸ auch die Rechtsprechung die Möglichkeit anerkannt, durch eine einschränkende Auslegung der Unrechtsvereinbarung bzw. des sog. Äquivalenzverhältnisses einen Tatbestandsausschluss zu erreichen. Insbesondere der BGH hat im Rahmen seiner Entscheidung zur Drittmittelforschung sowie im Fall Dr. Kremendahl den Weg zur Straflosigkeit über eine restriktive Auslegung der Unrechtsvereinbarung gewiesen.¹⁴⁷⁹

Damit bietet sich auch in den Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister eine Einschränkung der Unrechtsvereinbarung an. Konsequenterweise muss hier das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung verneint werden, wenn die kommunale Volksvertretung der endgültigen Annahme der (Dritt-)Zuwendung in öffentlicher Sitzung zugestimmt hat.

5.) Konkrete Lösung der unterschiedlichen Problemkonstellationen

Der bislang abstrakt auf Grundlage der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation entwickelte Lösungsansatz, soll nunmehr in konkreten

¹⁴⁷⁶ NK-Kuhlen, § 331 Rn 86 ff.; SK-Rudolphi/Stein, § 331 Rn 29/29a; Schönke/Schröder-Heine, § 331 Rn 4/5 besonders Tröndle/Fischer, § 331 Rn 25 ff.; MüKo-Korte, § 331 Rn 100 ff., 107 je mwN.

¹⁴⁷⁷ Ausführlich Schönke/Schröder-Heine, § 331 Rn 29; Lackner/Kühl, § 331 Rn 10 f.; eingehend MüKo-Korte, § 331 Rn 100 ff.; NK-Kuhlen, § 331 Rn 86 ff. aus der Rspr. BGHSt 47, 295, 303 ff.

¹⁴⁷⁸ Neben den in vorstehender Fußnoten genannten Kommentatoren insbesondere auch Volk, Zipf-GS, 419, 421 ff.; Rönnau Jus 2003, 232, 236 f.; Ambos JZ 2003, 343, 350; Kuhlen JR 2003 231, 233 f. und Satzger ZStW 115 (2003) 469, 479 ff.

¹⁴⁷⁹ Vgl. BGHSt 47, 295, 303 ff. besonders 307 ff.; BGHSt 49, 275, 291 ff. und 294 ff.

Zusammenhang mit den einzelnen Fallkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister gebracht werden:

a) Annahme von Spenden für kommunale Aufgaben und Projekte

Soweit der Bürgermeister von Unternehmen oder Privatpersonen finanzielle Zuwendungen für kommunale Aufgaben oder Projekte entgegennimmt, muss er diese gegenüber der kommunalen Volksvertretung bekannt machen. Allein die kommunale Volksvertretung darf dann in Vertretung der Bürgerschaft endgültig über die Annahme und Verwendung der finanziellen Zuwendungen entscheiden. Lehnt sie aus politischen Gründen die endgültige Annahme der Zuwendungen ab, dann hat der Bürgermeister das empfangene unverzüglich an den jeweilig Zuwendenden zurückzugeben. Dabei ist die bloß vorläufige Entgegennahme bis zur Genehmigung oder auch Ablehnung noch keine Annahmen i.S.v. §§ 331 ff. StGB.¹⁴⁸⁰ Diese Lösung entspricht der seit 2006 durch Ergänzung von § 78 Abs. 4 GemO geltenden Rechtslage in Baden-Württemberg.¹⁴⁸¹ Bei Einhaltung dieses Verfahrens wird das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung bei § 331 Abs. 1 bzw. § 334 Abs. 1 StGB nicht erfüllt. Denn insoweit handelt es sich um eine konsequente Fortentwicklung der Rechtsprechung des BGH zur Annahme von Drittmitteln im Hochschulbereich auf Grundlage der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation.

b) Sponsoring

Bezüglich der Auswahl und Vorbereitung einer Sponsoringvereinbarung hat sich der Bürgermeister unbedingt an den bereits oben vorgestellten Sponsoringrichtlinien zu orientieren. Dementsprechend scheidet ein Sponsoring von Hoheitsaufgaben bereits von vornherein aus. Wo Verwaltungssponsoring zulässig ist, hat der Bürgermeister das Verfahren ähnlich dem einer öffentlichen Ausschreibung transparent zu gestalten und den Gleichheitssatz zu beachten. Bevor er im Namen der Kommune die Sponsoringvereinbarung abschließt, ist diese der kommunalen Volksvertretung bekannt zu geben und von dieser zu genehmigen. Hält sich der Bürgermeister daran,

¹⁴⁸⁰ Ähnlich für Geschenke an Amtsträger bereits *Dölling*, Gutachten C, S. 71.

¹⁴⁸¹ Hierzu bereits ausführlich oben unter B I 4.

so kann nicht angenommen werden, dass zwischen ihm und dem Sponsor eine Unrechtsvereinbarung i.S.v § 331 Abs. 1 StGB zustande gekommen ist.

c) Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge

Hierfür gelten dieselben Grundsätze wie beim Abschluss von Sponsoringvereinbarungen. Das gesamte Verfahren ist ähnlich transparent auszugestalten, wie bei einer öffentlichen Ausschreibung. Darüber hinaus hat sich der Bürgermeister an die gesetzlichen Vorschriften zum öffentlich-rechtlichen Vertrag nach §§ 54 ff. des jeweiligen LVwVfG zu halten.¹⁴⁸² Wo Spezialvorschriften wie im Baurecht mit §§ 11 ff. BauGB existieren, hat sich der Bürgermeister ergänzend an diese gesetzlichen Vorgaben zu halten. Ferner darf über das Rechtsinstitut des öffentlich-rechtlichen Vertrags keine Rechtsfolge herbeigeführt werden, die im krassen Widerspruch zur ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung steht.¹⁴⁸³ Denn ansonsten könnte die Kommune durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag unter Umgehung gesetzlicher und höchstrichterlicher Vorgaben den Bürger übervorteilen.¹⁴⁸⁴ Ein unter Missachtung dieser Grundsätze abgeschlossener Vertrag wäre rechtswidrig. Das Abschließen eines rechtswidrigen Vertrages durch den Bürgermeister ist darüber hinaus als pflichtwidrige Diensthandlung desselben zu qualifizieren.¹⁴⁸⁵ Bei pflichtwidrigen Diensthandlungen verbietet sich aber jegliche Einschränkung des Korruptionsstrafrechts.¹⁴⁸⁶ Im Falle eines grundsätzlich als rechtmäßig zu wertenden Vertrags bedarf der Bürgermeister vor Abschluss desselben der internen Zustimmung der kommunalen Volksvertretung. Nur auf diese Weise kann entsprechend dem hier entwickelten Lösungsansatz jeglicher Anfangsverdacht einer Vorteilsannahme nach § 331 StGB sicher ausgeschlossen werden. Eine derartige Zustimmung wird bereits auf Grund der kommunalverfassungsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung zwischen Bürgermeister und kommunaler Volksvertretung erforderlich sein. Denn ein derartiger

¹⁴⁸² Winkelbauer BWGZ 2004, 893, 896 und Stühler BWGZ 2004, 879, 883.

¹⁴⁸³ So insbesondere auch Stühler BWGZ 2004, 879, 883.

¹⁴⁸⁴ Im Ergebnis auch Winkelbauer/Felsinger/Dannecker, Gemeinnützig oder strafbar ?, S. 20 ff. und Winkelbauer BWGZ 2004, 893, 896.

¹⁴⁸⁵ So insbesondere Busse BayVBI 2003, 129, 133; Burmeister BauR 2003, 1129, 1136 ff.; Stühler BWGZ 2004, 879, 883; Winkelbauer BWGZ 2004, 893, 896 sowie jüngst Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer GA 2005, 265, 274 ff., 276 ff.

¹⁴⁸⁶ Ebenso Wentzell, Tatbestandsproblematik, S. 79 ff., 85 ff., 95 bereits Gribl, Vorteilsbegriff, S. 124.

Vertragsabschluss wird nur selten ein allein dem Bürgermeister obliegendes Geschäft der laufenden Verwaltung darstellen.

d) Repräsentationsfunktion

Grundsätzlich ist dem Bürgermeister zuzumuten seine Absicht an bestimmten Repräsentationsveranstaltungen teilzunehmen rechtzeitig der kommunalen Volksvertretung in öffentlicher Sitzung bekannt zu geben. Die kommunale Volksvertretung kann dann darüber entscheiden, ob die Teilnahme an der konkreten Veranstaltung dem Wohle der Stadt dienlich ist, oder ob es sich hierbei - nach ihrem Verständnis - um ein „persönliches Privatvergnügen“ des Bürgermeisters handelt, das zu Interessenkollisionen führen kann. Eine vorherige Abstimmung mit der kommunalen Volksvertretung wird dem Bürgermeister bei kostenlosen Einladungen zu besonders wichtigen oder größeren Veranstaltungen stets rechtzeitig möglich sein. Denn regelmäßig werden Veranstaltungen wie Informationsreisen, Kongresse, Vernissagen oder exklusive Anlässe der örtlichen Wirtschaft oder sonstige sportliche und gesellschaftliche Großereignissen weit im Voraus geplant. All diesen Anlässen ist gemeinsam, dass bei ihnen zum einen der Bezug zur dienstlichen Aufgabe des Bürgermeisters nicht immer klar erkennbar ist und tatsächlich oft die Gefahr von Interessenkonflikten besteht. Andererseits werden in der Praxis gerade auf solchen Veranstaltungen wichtige Kontakte geknüpft, die wiederum für die dienstlichen Aufgaben eines Bürgermeisters unentbehrlich sind. So ist der Bürgermeister zur Umsetzung kommunalpolitisch erwünschter Ziele und Vorhaben auf eine Vielzahl an Informationen und Kontakte zu einflussreichen Persönlichkeiten angewiesen. Derartige – meist auch vertrauliche Informationen und Kontakte - lassen sich den betreffenden Personen jedoch nur schlecht im Rahmen eines vormittäglichen Gesprächstermins auf dem Rathaus entlocken.

Um bezüglich jeder (Repräsentations-)Veranstaltung eine dem konkreten Einzelfall sachgerechte Abgrenzung zu finden, kommt es auf das Urteil und die Kontrollfunktion der kommunalen Volksvertretung als kommunales Hauptorgan an. Daneben wird ein politisch sensibler Bürgermeister der kommunalen Volksvertretung nur derartige Einladungen zur Genehmigung vorlegen, die auf Grund ihrer nachvollziehbaren dienstlichen Veranlassung keinen Hauch von persönlicher Begünstigung haben.

Soweit es um die Annahme von Jubiläums- oder Gastgeschenken geht, wird auch hier zumindest eine *nachträgliche* Genehmigung durch die kommunale Volksvertretung möglich sein. Insbesondere bietet sich diesbezüglich eine entsprechende Regelung in den bereits oben für zweckmäßig erachteten kommunalen Ehrenordnungen an.¹⁴⁸⁷ Zwar gelten diese Ehrenordnungen bislang lediglich im Rahmen einer freiwilligen Selbstverpflichtung für die kommunalen Mandatsträger.¹⁴⁸⁸ Jedoch kann in diesen von der kommunalen Volksvertretung abstrakt-generell festgelegt werden, bis zu welcher Höhe und in welchem Umfang persönliche Geschenke oder spontane Einladungen zu Essen oder Veranstaltungen auch für den Bürgermeister als generell genehmigt gelten.¹⁴⁸⁹ Darüber hinaus lässt sich darin definieren bei welchen Repräsentationsveranstaltungen die Teilnahme des Bürgermeisters ausdrücklich kommunalpolitisch erwünscht ist. Soweit sich ein Bürgermeister noch im Rahmen dessen bewegt, was von der kommunalen Volksvertretung generell genehmigt wurde, muss eine Unrechtsvereinbarung i.S.v. § 331 Abs. 1 StGB verneint werden. Schließlich ist in größeren Städten denkbar, dass in Zweifelsfällen anstatt der kommunalen Volksvertretung ein sog. Ehrenrat aus Mitgliedern der kommunalen Volksvertretung über die Genehmigung entscheidet.¹⁴⁹⁰

e) Annahme von Spenden für die (Wieder-)Wahl

Auch zur Lösung dieser Problematik lässt sich die Theorie der unmittelbaren demokratischen Legitimation durch Direktwahl der Bürger fruchtbar machen. An Hand dieses Differenzierungskriteriums kann eine einschränkende Auslegung der Unrechtsvereinbarung i.S.v. § 331 Abs. 1 StGB besonders einleuchtend begründet werden. Denn gerade das Merkmal der unmittelbaren demokratischen Legitimation grenzt Parlamentarier, kommunale Mandatsträger und schließlich auch direkt gewählte Bürgermeister von den „normalen“ Beamten eindeutig ab. Durch die unmittelbare demokratische Legitimation wird nicht die amtliche, sondern die politische Funktion dieser Volksvertreter hervorgehoben. In dieser Eigenschaft sind sie jedoch allein auf das Vertrauen und die Kontrolle der Bürger angewiesen, was

¹⁴⁸⁷ Vgl. oben im 4. Kapitel unter C I.

¹⁴⁸⁸ Vgl. oben im 4. Kapitel unter C IV.

¹⁴⁸⁹ So lediglich in Bezug auf die kommunalen Mandatsträger Nr. 5 und 6 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

¹⁴⁹⁰ So lediglich in Bezug auf die kommunalen Mandatsträger Nr. 3 der Ehrenordnung der Landeshauptstadt Stuttgart.

eine Einschränkung der Unrechtsvereinbarung rechtfertigt, ohne das Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB zu tangieren.¹⁴⁹¹ Wie oben dargestellt, hat auch der BGH im Fall des Dr. Kremendahl eine einschränkende Auslegung von § 331 Abs. 1 StGB bei Wahlkampfspenden an Bürgermeister befürwortet.¹⁴⁹² Zur Begründung stellt er allerdings auf den Schutz der Gleichheit des passiven Wahlrechts von Amtsinhaber und nicht beamteten Herausforderer ab.¹⁴⁹³ Ferner zieht der BGH bemerkenswerter Weise den Regelungsgedanken des § 108e StGB heran und verweist auf die Vorgaben des Parteiengesetzes in Bezug auf Einfluss Spenden.¹⁴⁹⁴ Damit scheint auch die Rechtsprechung die herausragende politische Funktion der Bürgermeister anzuerkennen. Bedauerlicherweise wagt der BGH aber nicht den letzten Schritt, seine Argumentation unmittelbar auf das im Rahmen dieser Untersuchung herausgearbeitete Abgrenzungsmerkmal der unmittelbaren demokratischen Legitimation zu stützen.

Zwar ist die Entscheidung des BGH zur Annahme von Wahlkampfspenden an Bürgermeisterkandidaten wie auch seine Entscheidung zur Verneinung der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger im Ergebnis zu begrüßen.¹⁴⁹⁵ Dem BGH wäre jedoch in beiden Entscheidungen eine dogmatisch saubere und argumentativ überzeugendere Argumentation gelungen, wenn er jeweils direkt auf das Abgrenzungsmerkmal der unmittelbaren demokratischen Legitimation abgestellt hätte.

Letztlich kam es dem BGH - anders als in den Entscheidungen zur Drittmittelforschung an Hochschulen - nicht darauf an, dass die Annahme und Verwendung der Wahlkampfspenden durch den Wahlbewerber transparent gemacht wird. Aber auch vorliegend soll eine solche Veröffentlichungspflicht bzw. Genehmigungspflicht nicht gefordert werden. Denn die an und für sich zuständige kommunale Volksvertretung erscheint besonders bei noch nicht beamteten Herausforderern die falsche Stelle zu sein. Handelt es sich hier doch um Privatleute.

¹⁴⁹¹ Eingehend dazu oben unter III 3.

¹⁴⁹² Hierzu ausführlich oben unter B V 2.

¹⁴⁹³ Vgl. BGHSt 49, 275, 292 ff.

¹⁴⁹⁴ Vgl. BGHSt 49, 275, 293 ff.

¹⁴⁹⁵ Vgl. die Urteilsanmerkungen von *Saliger/Sinner* NJW 2005, 1073 ff.; *Korte* NSTZ 2005, 512 ff.; *Kargl* JZ 2005, 503 ff.; *Dölling* JR 2005, 519 ff.; *Deiters* MIP 2004/2005, 18 ff. sowie *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 28 ff. und *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 27 ff.; *MüKo-Korte*, § 331 Rn 145 ff.

Aber auch einem Amtsinhaber, der sich zur Wiederwahl stellt, kann nicht zugemutet werden über seine Spenden und Spender vor der kommunalen Volksvertretung Rechenschaft abzulegen. Denn auch er bewirbt sich in erster Linie als Privatmann um eine neue Amtszeit. Hierin liegt der zentrale Unterschied im Vergleich zu den sonstigen Konstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister. Während in jenen der Bürgermeister in unmittelbarem Bezug zu seinem Amt in Kontakt mit Zuwendungen kommt, werden hier die Zuwendungen an einen Privatmann zum erstmaligen oder wiederholten Erlangen der Amtstellung gemacht. Folglich bleibt es einem Bürgermeisterkandidaten überlassen, ob und welche Informationen er über ihn unterstützende Personen publik machen möchte. Eine weitere Möglichkeit, um auf freiwilliger Basis ein Minimum an Transparenz zu schaffen, bestünde darin, dass der Bürgermeisterkandidat die Verwaltung der Wahlkampfspenden für die (Wieder-)Wahl an ihn unterstützende Parteien oder Wählervereinigungen überträgt. Dies hätte neben parteiöffentlicher Transparenz den Vorteil, dass Wahlkampfspenden nicht unmittelbar über ein Privatkonto des Bürgermeisterkandidaten laufen müssten. In der Praxis verfahren zahlreiche Bürgermeisterkandidaten nicht zuletzt aus steuerlichen Gründen bereits derart.¹⁴⁹⁶

f) Ergebnis

Mit der konkreten Anwendung der oben auf Grundlage der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation entwickelten Lösung auf die einzelnen Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister, konnte deren Praxistauglichkeit anschaulich bewiesen werden. Nur durch die Schaffung von weitestgehender Transparenz kann der für die Korruption typischen Heimlichkeit des Geschehens effektiv begegnet werden.¹⁴⁹⁷ Muss doch der unter Ausschluss der Öffentlichkeit bzw. weiterer Personen geschlossene Unrechtspakt zwischen Zuwendendem und Annehmenden als Wesensmerkmal des *klandestinen* Charakters der Korruption angesehen werden.¹⁴⁹⁸ Daher vermeidet die Schaffung von

¹⁴⁹⁶ Ausführlich *Schrammeyer*, Bürgermeister, Rn 108 ff.; 112 ff.

¹⁴⁹⁷ *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn 29b; *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 89 ff.; *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 26a, 27; *Mansdörfer wistra* 2003, 211, 212 und 214 je unter Verweis auf BGHSt 47, 295, 303, 308, 310 und BGHSt 48, 44, 51.

¹⁴⁹⁸ *Kerner/Rixen GA* 143 (1996), 355, 363, 365 sowie *Knauer/Kaspar GA* 2005, 385, 396 umfassend *Bannenberg*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Wirtschaftstrafrecht, 10. Kapitel Rn 1 ff., Rn 8 und 19.

Transparenz den bösen Anschein möglicher Käuflichkeit von Amtsträgern.¹⁴⁹⁹ Ferner ist die Übertragung der Drittmittelrechtsprechung des BGH auf die Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister wegen der unmittelbaren demokratischen Legitimation sowohl des Bürgermeisters als auch der kommunalen Mandatsträger besonders überzeugend. So liegt die Beurteilung dessen, was politisch noch vertretbar ist, unmittelbar in den Händen der Bürger, die über periodische Wahlen auf Zusammensetzung und die Willensbildung in der kommunalen Volksvertretung Einfluss nehmen können. Mittels dieser Kontrollfunktion ist eine Gefährdung des durch die §§ 331 ff. StGB geschützten Rechtsguts ausgeschlossen. Eine zusätzliche staatliche Kontrolle durch Staatsanwaltschaft oder Gericht bedarf es hier - anders wie in sonstigen Fallgruppen der Korruption – nicht. Denn auf der einen Seite wird die kommunale Volksvertretung nur derartige (Dritt-)Zuwendungen an den Bürgermeister genehmigen, die sie vor den Augen der Bürgerschaft als dem Gemeinwohl dienlich und damit politisch opportun erachtet. Auf der anderen Seite wird der Bürgermeister der kommunalen Volksvertretung nur derartige (Dritt-)Zuwendungen zur Genehmigung vorlegen, die keinen Hauch von persönlicher Begünstigung haben. „Anrühige“ (Dritt-)Zuwendungen wird ein politisch sensibler Bürgermeister umgehend zurückweisen und es erst gar nicht auf eine öffentliche Diskussion darüber in der kommunalen Volksvertretung ankommen lassen. Falls eine (Dritt-)Zuwendung entgegen der Einschätzung des Bürgermeisters nicht von der kommunalen Volksvertretung genehmigt werden sollte, dann hat er die Zuwendung unverzüglich an den Zuwendenden zurückzugeben.

Sollte ein Bürgermeister eine (Dritt-)Zuwendung unter Umgehung der kommunalen Volksvertretung oder gar gegen deren ausdrücklichen Willen endgültig annehmen, dann tut er dies gleichsam auf eigenes Risiko. Denn nach der hier entwickelten Lösung kann in solch einem Fall mangels transparentem Genehmigungsverfahrens bzw. Versagung der Genehmigung nicht von vornherein eine Unrechtsvereinbarung ausgeschlossen werden.¹⁵⁰⁰

¹⁴⁹⁹ *Lackner/Kühl*, § 331 Rn 6b unter Verweis auf BGH NStZ-RR 2003, 171.

¹⁵⁰⁰ Für die Drittmittelforschungsfälle im Hochschulbereich BGHSt 47, 295, 303 ff., 306 ff., 308 ff. insbesondere 309 und BGHSt 48, 44, 51.

Folglich wird im Rahmen dieser Arbeit lediglich für eine Einschränkung von § 331 Abs. 1 StGB in den spezifischen Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister bei Einhaltung eines transparenten Verfahrens plädiert. In anderem Zusammenhang ist keine Einschränkung der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB geboten. Darüber hinaus bleibt im Falle der Verknüpfung mit konkret pflichtwidrigen Diensthandlungen eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit nach § 332 Abs. 1 StGB unberührt. Hier muss es bei der strafrechtlichen Kontrollfunktion von Staatsanwaltschaft und Gericht verbleiben.¹⁵⁰¹

Schließlich bietet eine derartige Lösung auch für die Zuwendenden selbst hinreichende Rechtssicherheit. Eine Strafverfolgung wegen Vorteilsgewährung nach § 333 Abs. 1 StGB scheidet für sie ebenfalls aus, wenn die kommunale Volksvertretung der endgültigen Annahme bzw. Weiterleitung der (Dritt-)Zuwendung zugestimmt hat. Damit trägt die hier entwickelte Lösung für beide Beteiligte dem ultima-ratio Prinzip des Strafrechts Rechnung.¹⁵⁰²

D) Die Problematik bei kommunalen Beigeordneten

Alle Kommunalverfassungen sehen das Rechtsinstitut der Beigeordneten bzw. weiteren Bürgermeister oder hauptamtlichen Stadträte vor.¹⁵⁰³ Hierbei handelt es sich um von der kommunalen Volksvertretung in einem förmlichen Verfahren gewählte hauptamtliche (Organ-)Vertreter des (Ober-)Bürgermeisters, die diesen in ihrem jeweiligen Geschäftsbereich ständig vertreten.¹⁵⁰⁴ Zumeist haben sie in der kommunalen Volksvertretung und ihren Ausschüssen zwar Anwesenheits- und Rede- aber kein Abstimmungsrecht.¹⁵⁰⁵ Ferner dienen sie als Schnittstelle zwischen

¹⁵⁰¹ Ebenso *Wentzell*, Tatbestandsproblematik, S. 79 ff.; 85 ff., 95 bereits *Gribl*, Vorteilsbegriff, S. 124.

¹⁵⁰² *Mansdörfer* wistra 2003, 211, 212 in Bezug auf die Drittmittelforschung.

¹⁵⁰³ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 389 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 VI, S. 211 f.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 264 und 386 sowie ausführlich *Wolter*, Beigeordnete, S. 9 ff. zur teils abweichenden Terminologie S. 35 ff.

¹⁵⁰⁴ Hierzu *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 284 ff.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 389 ff. sowie *Wolter*, Beigeordnete, S. 28 ff.

¹⁵⁰⁵ *Stober*, Kommunalrecht, § 15 VI, S. 211 f.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 264 und 386 ausführlich *Gern*, Kommunalrecht, Rn 389 ff.

Kommunalverwaltung und kommunaler Volksvertretung.¹⁵⁰⁶ Wegen dieser politischen Funktion sind sie kommunale Wahlbeamte auf Zeit und können nach den meisten Kommunalverfassungen ebenso wie Bürgermeister vorzeitig abgewählt werden.¹⁵⁰⁷ Damit ist es nicht ausgeschlossen, dass auch kommunale Beigeordnete mit der (Dritt-)Zuwendungsproblematik in Berührung kommen können.¹⁵⁰⁸ Jedoch verfügen sie auf Grund ihrer Wahl durch die kommunale Volksvertretung lediglich über ein geringeres Maß an demokratischer Legitimation wie ein direkt gewählter Bürgermeister. Dies macht eine differenzierende Sichtweise erforderlich. So mag es angehen, dass kommunale Beigeordnete mit interner Zustimmung der kommunalen Volksvertretung Sponsoringvereinbarungen bzw. sonstige öffentlich-rechtliche Verträge aushandeln und abschließen. Es wird auch hinnehmbar sein, dass Beigeordnete unter Vorbehalt der endgültigen Genehmigung durch die kommunale Volksvertretung Spenden für kommunale Aufgaben und Projekte annehmen. Hierzu ermächtigt § 78 Abs. 4 GemO Baden-Württemberg als bislang einzige gesetzliche Regelung sowohl den Bürgermeister als auch ausdrücklich die Beigeordneten.¹⁵⁰⁹ Weit aus kritischer zu beurteilen ist die Teilnahme eines Beigeordneten an kostenlosen Informations- bzw. Repräsentationsveranstaltungen. Zwar wird dies meist zu seinen Aufgaben als erster Stellvertreter des (Ober-)Bürgermeisters gehören.¹⁵¹⁰ Allerdings müssen im Hinblick auf die vorherige Genehmigung durch die kommunale Volksvertretung bzw. eventuelle Richtlinien in den kommunalen Ehrenordnungen mindestens genauso strenge Maßstäbe angelegt werden, wie beim (Ober-)Bürgermeister selbst. Nur dann kann es auch für Beigeordnete vor § 331 Abs. 1 StGB als unerheblich angesehen werden, wenn sie im Zusammenhang mit diesen Veranstaltungen Vergünstigungen annehmen. Die kommunalen Beigeordneten müssen sich jedoch anders als der Bürgermeister keiner unmittelbaren demokratischen Volkswahl stellen, sondern werden lediglich von der kommunalen

¹⁵⁰⁶ *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 252 unter Verweis auf OVG Münster DVBl 1981, 879 und *Wolter*, Beigeordnete, S. 28 ff. vgl. den anschauliche Beigeordnetenfall BGHSt 35, 128 ff.

¹⁵⁰⁷ Zur vorzeitigen Abwahl Beigeordneten *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 245 ff. und 252 ff. unter Verweis auf OVG Münster DVBl 1981, 879; BVerfGE 7, 155 ff. und BVerwGE NJW 1978, 2313.

¹⁵⁰⁸ Vgl. den anschaulichen Beigeordnetenfall BGHSt 35, 128 ff.; kritisch *Kuhlen* NStZ 1988, 433 ff.; *Sonnen* JA 1988, 232 ff. und die zustimmende Urteilsanmerkung von *Tenckhoff* JR 1989, 33 ff.

¹⁵⁰⁹ Hierzu ausführlich bereits oben unter B I 4.

¹⁵¹⁰ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 389 ff.; *Stober*, Kommunalrecht, § 15 VI, S. 211 f.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 264 und 386; *Schrameyer*, Bürgermeister, Rn 284 ff. ausführlich *Wolter*, Beigeordnete, S. 28 ff.

Volksvertretung gewählt. Weder die erstmalige Wahl noch die Wiederwahl sind für kommunale Beigeordnete mit Wahlkampfkosten verbunden. Deswegen muss ihnen - wie jedem anderen Beamten auch - die Spendenannahmen in eigener Sache verboten sein.

E) Die Problematik bei Landräten

Zu den juristisch selbständigen Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts auf kommunaler Ebene gehören neben den Städten und Gemeinden auch die Landkreise.¹⁵¹¹ Ihnen kommt im Grundsatz die (Selbst-)Verwaltung derjenigen kommunalen Angelegenheiten zu, die die Leistungskraft der einzelnen kreisangehörigen Kommunen übersteigt.¹⁵¹² Wie bei den Städten und Gemeinden stehen an ihrer Spitze mit den Landräten ebenfalls kommunale Wahlbeamte auf Zeit.¹⁵¹³ Dabei kommen den Landräten nach den einzelnen Landkreisordnungen entsprechende Aufgaben und Funktionen zu, wie den Bürgermeistern. Denn die Landkreisordnungen entsprechen in ihrer Konzeption der Gemeindeordnung des jeweiligen Bundeslandes.¹⁵¹⁴ Ähnlich wie die Bürgermeister haben die Landräte eine Doppelfunktion. Einerseits sind sie als Teil der Verwaltungshierarchie für die gesetzmäßige Erledigung staatlicher Verwaltungsaufgaben zuständig. Andererseits sind sie politisches Organ einer Selbstverwaltungskörperschaft. Ferner werden die Landräte wie Bürgermeister überwiegend in unmittelbarer Volkswahl durch die Einwohner des Landkreises gewählt.¹⁵¹⁵ Folglich haben sie im Kreistag Stimmrecht und sind zumeist dessen Vorsitzender mit entsprechenden Befugnissen.¹⁵¹⁶ Darüber hinaus können die Landräte ebenso wie die Bürgermeister in zahlreichen Bundesländern vorzeitig abgewählt werden.¹⁵¹⁷ Somit existiert in Bezug auf die

¹⁵¹¹ statt aller nur *Gern*, Kommunalrecht, Rn 863 ff.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 397 ff.

¹⁵¹² *Stober*, Kommunalrecht, § 6 III 2 b, S. 53 f.; *Gern*, Kommunalrecht, Rn 877 ff.

¹⁵¹³ *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 403 ff. sowie *Gern*, Kommunalrecht, Rn 877 ff.

¹⁵¹⁴ *Gern*, Kommunalrecht, Rn 877 ff.

¹⁵¹⁵ Vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 877 ff. je unter Verweis auf Art. 12 und 31 BayLKrO; § 37 Abs. 3 HessLKrO; § 116 MVKV; § 44 NRWKrO; § 55 NdsKrO; §§ 44 und 45 RPLKrO; § 177 SaarkSVG; § 47 SächsLKrO; §§ 46 und 52 SachsAnLKrO; §§ 42 und 51 SHLKrO; §§ 106 und 107 ThürKO.

¹⁵¹⁶ Vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 877 ff.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn 403 ff.

¹⁵¹⁷ Vgl. § 49 Abs. 4 HessLKrO; § 110 Abs. 5 KVMV; § 45 NRWKrO; § 55a NdsKrO; 49 Abs. 2 RPLKrO; § 177 Abs. 3 SaarkSVG; § 47 Abs. 6 SächsLKrO; § 49 SachsAnLKrO; § 47 SHLKrO; § 106 Abs. 3 ThürKO.

Landräte offensichtlich eine ähnlich gelagerte Problematik wie bei den Bürgermeistern. Wegen ihrer unmittelbaren demokratischen Legitimation und der damit verbundenen Kontrolle durch die Bürger und die Kreisräte, können die in den Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister entwickelten Grundsätze analog auf die Landräte übertragen werden. Dementsprechend kann auch hier das Fehlen einer Unrechtsvereinbarung i.S.v. § 331 Abs. 1 StGB nur angenommen werden, wenn die endgültige Annahme der (Dritt-)Zuwendung in öffentlicher Sitzung des Kreistags genehmigt wird bzw. eine entsprechende kommunale Ehrenordnung besteht.

Einzig in Baden-Württemberg und Brandenburg werden die Landräte noch nicht unmittelbar von den Kreiseinwohnern, sondern mittelbar von den Kreisräten gewählt.¹⁵¹⁸ Jedoch ist ähnlich wie bei den kommunalen Beigeordneten auch hier davon auszugehen, dass die Landräte Spenden für Projekte des Landkreises annehmen, Sponsoringvereinbarung oder sonstige öffentlich-rechtliche Verträge für den Landkreis abschließen sowie an Informations- bzw. Repräsentationsveranstaltungen teilnehmen und in diesem Zusammenhang Vergünstigungen annehmen. Infolgedessen müssen für die lediglich mittelbar demokratisch legitimierte Landräte dieselben Lösungsgrundsätze gelten, wie für die ebenfalls nur mittelbar demokratisch legitimierte kommunalen Beigeordneten. Denn in Bezug auf diese beiden Gruppen von nur mittelbar demokratisch legitimierte kommunalen Wahlbeamten auf Zeit, können keinesfalls die gleichen Grundsätze zum Ausschluss einer Unrechtsvereinbarung angenommen werden, wie für die unmittelbar demokratisch legitimierte Bürgermeister und Landräte. Somit werden in Baden-Württemberg und Brandenburg die Problemkonstellationen der (Dritt-) Zuwendungen an Landräte analog zur oben herausgearbeiteten Lösung für die kommunalen Beigeordneten zu behandeln sein. Danach bedarf die Annahme von (Dritt-) Zuwendungen ebenfalls unbedingt der Genehmigung des Kreistags bzw. einer Regelung in einer Ehrenordnung. Mangels einer Direktwahl dieser Landräte muss letztlich auch die Annahme von persönlichen (Wahlkampf-)Spenden als generell unzulässig angesehen werden.

¹⁵¹⁸ Vgl. *Gern*, Kommunalrecht, Rn 878 f. unter Verweis auf §§ 37 ff. BWLKrO und §§ 51 ff. BbgLKrO.

Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

Im 1. Kapitel der Arbeit erwies sich nach Untersuchung der Nr. 2 a) als auch der Nr. 2 b) des § 11 Abs. 1 StGB die Regelung in Nr. 2 c) als zentrales Auslegungsproblem auf dem Weg zur Beantwortung der Frage nach der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger.¹⁵¹⁹ Entscheidend war hierbei die Auslegung des Merkmals *bei* einer Behörde im Rahmen der ersten Alternative von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB.¹⁵²⁰ Denn bis auf das Merkmal *bei* einer Behörde konnten bzw. mussten sämtliche Merkmale des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB bezüglich kommunaler Mandatsträger bejaht werden. Dies erkennt auch der BGH und meint in BGHSt 51, 44 ff. kommunale Mandatsträger allein auf Grund ihres freien Mandats und der damit verbundenen **Weisungsunabhängigkeit** aus dem Amtsträgerbegriff der ersten Alternative des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ausscheiden zu können. Damit setzt der BGH im Rahmen dieser ersten Alternative von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB offensichtlich ein irgendwie geartetes **Abhängigkeits- oder Weisungsverhältnis** des Betroffenen voraus.¹⁵²¹ Im Rahmen dieser Untersuchung konnte jedoch ausführlich belegt werden, dass auch die erste Alternative von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB gerade **kein** irgendwie geartetes Abhängigkeits- oder Weisungsverhältnis des Betroffenen im Verhältnis zur der Behörde voraussetzen kann.¹⁵²² Damit stellt sich die Ablehnung der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger durch den BGH allein wegen ihrer Weisungs**un**abhängigkeit nicht als trügfähig heraus.¹⁵²³

Um dennoch eine teleologische Reduktion von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB in Bezug auf kommunale Mandatsträger zu rechtfertigen, musste ein eindeutigeres Differenzierungsmerkmal gesucht werden. Hierfür kommt das im Rahmen des 2. Kapitels dieser Arbeit entwickelte Abgrenzungsmerkmal der unmittelbaren demokratischen Legitimation aufgrund Direktwahl durch die Bürger gepaart mit besonderen *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnissen in Betracht.¹⁵²⁴ Nur

¹⁵¹⁹ Vgl. im 1. Kapitel unter C.

¹⁵²⁰ Vgl. im 1. Kapitel unter C IV.

¹⁵²¹ Vgl. im 1. Kapitel unter C IV 1 b bb (1).

¹⁵²² Vgl. im 1. Kapitel unter C IV 1 b bb (2).

¹⁵²³ Vgl. im 1. Kapitel unter C IV 2.

¹⁵²⁴ Vgl. im 2. Kapitel unter B I.

wenn diesbezüglich kommunale Mandatsträger mit Parlamentariern vergleichbar sind, ist es gerechtfertigt kommunale Mandatsträger aus dem Amtsträgerbegriff auszuklammern.¹⁵²⁵ Denn Parlamentsabgeordnete sind unstreitig keine Amtsträger. Diese These machte einen umfassenden Vergleich sowohl der beiden Arten von Volksvertretungen als auch der beiden Arten von Volksvertretern notwendig:

In einem ersten Schritt konnte anhand eines Vergleichs der besonderen Rechte der kommunalen Volksvertretung als Ganzes mit denen von Parlamenten ausführlich die funktionelle Gleichheit dieser beiden Volksvertretungen dargestellt werden.¹⁵²⁶ Hierbei ist es unerheblich, dass die „Kommunalparlamente“ nach ganz h. M. keine Parlamente im staatsrechtlichen Sinn darstellen. Denn zur Beantwortung der Frage der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger wurde entscheidend darauf abgestellt, dass den kommunalen Volksvertretungen in *funktionell-inhaltlicher* Hinsicht weitestgehend die gleichen Aufgaben und Befugnisse zukommen, wie den Parlamenten in Bund und Ländern.¹⁵²⁷ In einem zweiten Schritt musste sodann ein Vergleich der Rechte und Pflichten der einzelnen kommunalen Mandatsträger mit denen der Abgeordneten auf Bundes- und Landesebene erfolgen.¹⁵²⁸ Auch diesbezüglich waren allein die *materiellen* Rechte und Pflichten heranzuziehen. Somit konnte auch hier die Frage offenbleiben, ob kommunale Mandatsträger als Abgeordnete im parlamentsrechtlichen Sinne anzusehen sind. Denn nach der hier herausgearbeiteten These ist entscheidend auf das Merkmal der unmittelbaren demokratischen Legitimation und die damit verbundenen *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnisse abzustellen.¹⁵²⁹

In einem dritten Schritt konnte die hier entwickelte These von der unmittelbaren demokratischen Legitimation auf Grund der Existenz der gegenwärtigen Regelung der Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB mit einem originär strafrechtlichen Argument abgerundet werden.¹⁵³⁰ Denn durch diese Regelung werden kommunale Mandatsträger explizit mit Abgeordneten gleichgestellt und sollen wie diese bei der Ausübung ihres Mandats nicht den strengeren Vorschriften der §§ 331 ff. StGB

¹⁵²⁵ Vgl. im 2. Kapitel unter C.

¹⁵²⁶ Vgl. im 2. Kapitel unter C I.

¹⁵²⁷ Vgl. im 2. Kapitel unter C I 8.

¹⁵²⁸ Vgl. im 2. Kapitel unter C II.

¹⁵²⁹ Vgl. im 2. Kapitel unter C II 5.

¹⁵³⁰ Vgl. im 2. Kapitel unter C III.

unterfallen. Dieses gesetzgeberische Ziel muss man folglich auch bei der Auslegung von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB im Sinne einer Verneinung der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger respektieren. Dementsprechend kommt der Regelung des § 108e StGB eine Art „Sperrwirkung“ zu, die einen Rückgriff auf die §§ 331 ff. StGB gerade nicht zulassen will.¹⁵³¹ In einem abschließenden vierten Schritt konnte letztlich über Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich untermauert werden, dass die kommunalen Mandatsträger über eine ebenfalls verfassungsrechtlich abgesicherte unmittelbare demokratische Legitimation verfügen, die derjenigen von Abgeordneten um nichts nachsteht.¹⁵³²

Im 3. Kapitel konnte die Überlegenheit der These von der unmittelbaren demokratischen Legitimation gegenüber den bestehenden Ansichten demonstriert werden. Zunächst wurde die hier entwickelte These den Einwänden der bislang h.M. im öffentlichen Recht ausgesetzt, welche die kommunale Selbstverwaltung im Rahmen der Gewaltenteilung als Teil der Exekutive ansieht und infolgedessen pauschal auf die Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger schließt. Eine solche rein formale Betrachtungsweise stellt allein auf die überkommene Zuweisung der Kommunen als Körperschaften des öffentlichen Rechts zur Exekutive ab. Sie verkennt, dass der Gewaltenteilungsgrundsatz nur ein Prinzip von vielen ist, welches insbesondere auch im Hinblick auf die materiell legislativen Funktionen der kommunalen Volksvertretung im Bereich des Satzungsrechts nicht überzeugen kann.¹⁵³³ Denn der im 2. Kapitel durchgeführte Vergleich hat deutlich gemacht, dass sowohl in Bezug auf kommunale Volksvertretung und Parlament als auch in Bezug auf kommunale Mandatsträger und Abgeordnete zahlreiche Übereinstimmungen festzustellen sind. Von denen stellt die Gesetzgebungsfunktion beider Arten von Volksvertretungen sowie das freie Mandat beider Arten von Volksvertreter nur ein übereinstimmendes Vergleichsmerkmal von zahlreichen Weiteren dar. Folglich konnte auch die differenzierende Ansicht des bislang herrschenden strafrechtlichen Schrifttums, die diese Aufgabentrennung anerkennt und lediglich im Rahmen der legislativen Funktion eine Amtsträgereigenschaft verneinen will, nicht überzeugen. Sie mag zwar theoretisch das Problem der Amtsträgereigenschaft lösen, zugleich fordert sie gerade wegen ihrer Differenzierung neue Abgrenzungsprobleme heraus.

¹⁵³¹ Vgl. im 2. Kapitel unter C III 3.

¹⁵³² Vgl. im 2. Kapitel unter C IV.

¹⁵³³ Vgl. im 3. Kapitel unter A.

Es konnte nachgewiesen werden, dass die sich aus der differenzierenden Ansicht ergebenden Konsequenzen nicht zu einer systemgerechten Lösung beitragen können. Im Ergebnis entlarvt sich die differenzierende Ansicht der h.M. gerade für das Strafverfahren als in hohem Maße der Rechtssicherheit abträglich.¹⁵³⁴ Auch der BGH hat sich in seiner Begründung zur Ablehnung der Amtsträgereigenschaft kommunaler Mandatsträger dieser differenzierenden Betrachtung nicht vollumfänglich angeschlossen. Schließlich mussten jedoch nach einer genauen kommunalrechtlichen Analyse auch die weitergehenden vom BGH entwickelten Argumente als widersprüchlich und inkonsequent abgelehnt werden. Insbesondere das vom BGH angeführte Merkmal der **Fungibilität** der Entscheider sowie die Abgrenzung nach der Art der Entscheidung im Einzelfall sind vor dem herausgearbeiteten kommunalverfassungsrechtlichen Hintergrund nicht überzeugend. Es konnte dargestellt werden, dass damit sowohl der kommunale Mandatsträger als auch der gegebenenfalls zu einer Entscheidung berufene Richter letztlich mehr offene Fragen als Antworten erhält.¹⁵³⁵

Im Ergebnis kann eine teleologische Reduktion des Amtsträgerbegriffs nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB in Bezug auf kommunale Mandatsträger nur über das Abgrenzungskriterium der unmittelbaren demokratischen Legitimation gepaart mit besonderen *funktionell-inhaltlichen* Aufgaben und Befugnissen erfolgen. Allein dieses Merkmal rechtfertigt es kommunale Mandatsträger genauso wie Parlamentsabgeordnete aus dem Amtsträgerbegriff herauszunehmen.¹⁵³⁶

Das 4. Kapitel widmet sich der Suche nach alternativen Lösungsmöglichkeiten zur Sicherstellung der lautereren Mandatsausübung auf kommunaler Ebene. Zunächst wurde die Möglichkeit einer **besonderen Verpflichtung** kommunaler Mandatsträger auf Basis von § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB i.V.m. dem Verpflichtungsgesetz geprüft.¹⁵³⁷ Grundlegende Voraussetzung für eine solche ist jedoch, dass der besonders zu Verpflichtende nicht schon in eigener Person unmittelbar selbst mit der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung betraut ist. Da dies bei kommunalen Mandatsträgern jedoch der Fall ist, scheidet für sie eine besondere

¹⁵³⁴ Vgl. im 3. Kapitel unter B.

¹⁵³⁵ Vgl. im 3. Kapitel unter C III.

¹⁵³⁶ Vgl. im 3. Kapitel unter D.

¹⁵³⁷ Vgl. im 4. Kapitel unter A.

Verpflichtung aus.¹⁵³⁸ Sodann wurden unterschiedliche gesetzgeberische Möglichkeiten zur strafrechtlichen Sanktionierung einer unlauteren Mandatsausübung erörtert, von denen sich eine umfassende Reform der Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB am sinnvollsten erwiesen hat.¹⁵³⁹ Mit der Einführung sog. Korruptionsbekämpfungsgesetze auf Länderebene kann einer unlauteren Mandatsausübung lediglich durch behördeninterne Anzeige- und Informationsverpflichtungen bzw. über den Weg der Schaffung von Transparenz begegnet werden.¹⁵⁴⁰ Letztlich wurden die in jüngster Zeit auf kommunaler Ebene eingeführten sog. kommunalen Ehrenordnungen einer eingehenden rechtlichen Überprüfung unterzogen. Solange und soweit hierfür keine gesetzliche Rechtsgrundlage existiert, können derartige Beschlüsse die Pflichten kommunaler Mandatsträger allerdings nicht rechtsverbindlich ausgestalten.¹⁵⁴¹ Aber auch in Form von freiwilligen Selbstverpflichtungen können kommunale Ehrenordnungen einen wichtigen Beitrag zur Sicherstellung der politischen Hygiene auf kommunaler Ebene leisten.¹⁵⁴²

Wie bereits in der Einführung zu dieser Arbeit beschrieben, sehen sich seit der fast konturenlosen Erweiterung der Korruptionstatbestände im Jahre 1997 zunehmend auch Bürgermeister in zahlreichen Fallkonstellationen mit dem strafrechtlichen Vorwurf der Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB konfrontiert.¹⁵⁴³ Dieser Problematik widmet sich das 5. Kapitel. Denn Bürgermeister befinden sich im Vergleich zu kommunalen Mandatsträgern in einer noch heikleren rechtlichen Zwickmühle. Einerseits sind sie als sog. kommunale Wahlbeamte statusrechtlich regelmäßig Beamte auf Zeit und damit unproblematisch Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB.¹⁵⁴⁴ Andererseits sind sie die zentralen Figuren des politischen Geschehens auf kommunaler Ebene. So konnte herausgearbeitet werden, dass einem Bürgermeister bereits nach geltendem Kommunalverfassungsrecht mehr Funktionen zukommen, als lediglich die des „obersten Verwaltungsbeamten“ in

¹⁵³⁸ Vgl. im 4. Kapitel unter A III.

¹⁵³⁹ Vgl. im 4. Kapitel unter B I 2.

¹⁵⁴⁰ Vgl. im 4. Kapitel unter B II 2.

¹⁵⁴¹ Vgl. im 4. Kapitel unter C II und III.

¹⁵⁴² Vgl. im 4. Kapitel unter C IV.

¹⁵⁴³ Neben der Einführung auch die Darstellung zu Beginn des 5. Kapitels.

¹⁵⁴⁴ Vgl. im 5. Kapitel unter A I.

seiner Kommune.¹⁵⁴⁵ Darüber hinaus verlangen die Bürger nicht erst seit gestern von ihrem Bürgermeister ausgesprochene „Managerqualitäten“ in Bezug auf die bürgerfreundliche und dienstleistungsorientierte Gestaltung der Kommune. Die Erwartungshaltung der Bürgerschaft an ihren Bürgermeister ist diesbezüglich enorm.

Zur Verdeutlichung der Problematik wurden die einzelnen Fallkonstellationen vorgestellt, in denen eine Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB durch den Bürgermeister nicht offensichtlich ausgeschlossen werden kann. Dabei erwies sich die Tätigkeit des Bürgermeisters im Zusammenhang mit der Annahme von Spenden für kommunale Aufgaben und Projekte, das Verwaltungssponsoring sowie der Abschluss städtebaulicher und sonstiger öffentlich-rechtlicher Verträge durch den Bürgermeister gerade unter dem Aspekt einer (Dritt-)Zuwendung an die Kommune als besonders relevant.¹⁵⁴⁶ Als weitere Problemkonstellationen konnten die Teilnahme des Bürgermeisters an Repräsentationsveranstaltungen sowie die Annahme von persönlichen Spenden durch einen Bürgermeister(-Kandidaten) für seine (Wieder-)Wahl angeführt werden.¹⁵⁴⁷ Soweit zu den einzelnen Fallkonstellationen bereits Lösungsansätze existieren, wurden diese jeweils kritisch untersucht. Sämtliche Lösungsvorschläge befürworten zwar eine teleologische Reduktion von § 331 Abs. 1 StGB. Allerdings konnten sie nicht überzeugend darstellen, warum ausschließlich für Bürgermeister in besagten Fallkonstellationen ein Zurückweichen des Strafrechts geboten ist. Denn auch bei zahlreichen weiteren Beamtengruppen vor allem aber auch bei Ministern, die Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB sind, stellt sich dieselbe Problematik. Letztlich fehlt es bislang an einem stringenten und einheitlichen Lösungsansatz für alle Problemkonstellationen, der sowohl den Anforderungen der Praxis als auch der vom Gesetzgeber gewollten Verschärfung des Korruptionsstrafrechts gerecht wird.¹⁵⁴⁸

In einem weiteren Ansatz sollte deshalb unter Rückgriff auf die hergebrachten Auslegungsmethoden für sämtliche Problemkonstellationen ein einheitlicher Lösungsansatz gefunden werden. Hierzu wurden die einzelnen Fallgruppen terminologisch unter den Begriff der **(Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister**

¹⁵⁴⁵ Vgl. im 5. Kapitel unter A II.

¹⁵⁴⁶ Vgl. im 5. Kapitel unter B I bis III.

¹⁵⁴⁷ Vgl. im 5. Kapitel unter B IV und V.

¹⁵⁴⁸ Vgl. im 5. Kapitel jeweils unter B I bis V.

gefasst.¹⁵⁴⁹ Zunächst konnte herausgearbeitet werden, dass in all diesen Konstellationen eine Einschränkung des strafrechtlichen Amtsträgerbegriffs nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB de lege lata nicht vertretbar ist.¹⁵⁵⁰ Ferner ist eine Reduktion des naturalistischen Vorteilsbegriffs bei § 331 Abs. 1 StGB nicht möglich.¹⁵⁵¹ Auch eine einschränkende Auslegung der in § 331 Abs. 1 StGB enthaltenen Unrechtsvereinbarung kann in den Konstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister weder auf Grundlage der Lehre von der Sozialadäquanz noch der Theorie vom erlaubten Risiko begründet werden.¹⁵⁵² Des Weiteren erwies sich auf Stufe der Rechtswidrigkeit der Weg über die Genehmigungsmöglichkeit nach § 331 Abs. 3 StGB oder die Annahme eines (echten) Strafunrechtsausschlussgrundes in den Fallkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister als nicht gangbar.¹⁵⁵³

Jedoch konnte in einem weiteren Schritt auf Grundlage der bereits für die kommunalen Mandatsträger entwickelten **Theorie der unmittelbaren demokratischen Legitimation** auch für die **(Dritt-)Zuwendungsproblematik bei Bürgermeister** ein praktikabler einheitlicher Lösungsansatz vorgestellt werden.¹⁵⁵⁴ Zunächst wurde begründet, warum Bürgermeister in punkto Rechtsstellung und politischer Funktion mit kommunalen Mandatsträgern zu vergleichen sind, die nun grundsätzlich nicht mehr als Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB qualifiziert werden.¹⁵⁵⁵ Sodann wurde herausgearbeitet, dass der demokratischen Direktwahl der Bürgermeister sowohl ein Vertrauensakt der Bürger als auch eine demokratische Kontrollfunktion gegenüber dem Gewählten innewohnt.¹⁵⁵⁶ Diese beiden Funktionen der Direktwahl von Bürgermeistern erwiesen sich als Ausgangspunkt für ein Zurückweichen des Strafrechts in den Fallkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister. Zur Sicherstellung dieser demokratischen Kontrolle zwischen den Wahlen, ist bereits heute die kommunale Volksvertretung - gerade in ihrer Funktion als Vertretung der Bürgerschaft – berufen. Infolgedessen muss ihr auch bei der

¹⁵⁴⁹ Vgl. im 5. Kapitel unter C I.

¹⁵⁵⁰ Vgl. im 5. Kapitel unter C I 1 und 2.

¹⁵⁵¹ Vgl. im 5. Kapitel unter C I 3.

¹⁵⁵² Vgl. im 5. Kapitel unter C I 4 a und b.

¹⁵⁵³ Vgl. im 5. Kapitel unter C II 1 und 2.

¹⁵⁵⁴ Vgl. im 5. Kapitel unter C III.

¹⁵⁵⁵ Vgl. im 5. Kapitel unter C III 1.

¹⁵⁵⁶ Vgl. im 5. Kapitel unter C III 2 a.

endgültigen Annahme der Drittzuwendungen eine entscheidende Bedeutung zukommen.¹⁵⁵⁷ Damit sowohl Bürgerschaft als auch die kommunale Volksvertretung ihre Kontrollfunktion effektiv wahrnehmen können, ist im Zusammenhang mit den Konstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister ein Höchstmaß an Transparenz zu schaffen. Nur dann ist in Fortentwicklung der Leitentscheidung des BGH zur Drittmittelforschung an Hochschulen auch in Bezug auf Bürgermeister eine teleologische Reduktion des § 331 Abs. 1 StGB vertretbar.¹⁵⁵⁸ Der so auf Grundlage der Theorie von der unmittelbaren demokratischen Legitimation entwickelte einheitliche Lösungsansatz hält schließlich auch einer Überprüfung am Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB Stand.¹⁵⁵⁹ Seine strafrechtsdogmatische Verwurzelung findet das hier entwickelte Lösungsmodell im Rahmen des normativen Tatbestandsmerkmals der Unrechtsvereinbarung von § 331 Abs. 1 StGB.¹⁵⁶⁰ Abschließend wurde dargestellt, wie die unterschiedlichen Fallkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister auf der Basis des nunmehr gefundenen einheitlichen Lösungsansatzes konkret zu lösen sind.¹⁵⁶¹

Im Ergebnis kommt damit in sämtlichen Problemkonstellationen der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister **keine** Unrechtsvereinbarung i.S.v. § 331 Abs. 1 StGB zwischen dem Zuwendenden und dem Bürgermeister zustande, wenn die kommunale Volksvertretung der endgültigen Annahme der (Dritt-)Zuwendung in öffentlicher Sitzung zugestimmt hat, bzw. wenn die Annahme einer derartigen Zuwendung sich im Rahmen einer in öffentlicher Beratung beschlossenen und veröffentlichten **kommunalen Ehrenordnung** hält.¹⁵⁶²

Abschließend konnte dargestellt werden, inwieweit sich der hier entwickelte einheitliche Lösungsansatz auf die entsprechende Problematik bei kommunalen Beigeordneten und Landräten übertragen lässt.¹⁵⁶³ Da die kommunalen Beigeordneten im Unterschied zu den Bürgermeistern jedoch über keine unmittelbare demokratische Legitimation verfügen, ist diesbezüglich nur

¹⁵⁵⁷ Vgl. im 5. Kapitel unter C III 2 b.

¹⁵⁵⁸ Vgl. im 5. Kapitel unter C III 2 c.

¹⁵⁵⁹ Vgl. im 5. Kapitel unter C III 3.

¹⁵⁶⁰ Vgl. im 5. Kapitel unter C III 4.

¹⁵⁶¹ Vgl. im 5. Kapitel unter C III 5 a bis e.

¹⁵⁶² Vgl. im 5. Kapitel unter C III 2 c und 5 f.

¹⁵⁶³ Vgl. im 5. Kapitel unter D und E.

ausnahmsweise eine teleologische Reduktion von § 331 Abs. 1 StGB denkbar.¹⁵⁶⁴
Soweit die Landräte unmittelbar demokratisch legitimiert sind, kann die für die Fälle der (Dritt-)Zuwendungen an Bürgermeister entwickelte Lösung eins zu eins auf die dortige Parallelproblematik übertragen werden.¹⁵⁶⁵

¹⁵⁶⁴ Vgl. im 5. Kapitel unter D.

¹⁵⁶⁵ Vgl. im 5. Kapitel unter E.

Literaturverzeichnis

Die meisten der nachfolgenden Quellen erscheinen im Text in abgekürzter Form. Dennoch sind sie den jeweiligen Verfasser ohne Mühe zuzuordnen. Soweit dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, wird die Zitierweise gesondert ausgewiesen.

Achterberg, Norbert: Die Abstimmungsbefugnis des Abgeordneten bei Betroffenheit in eigener Sache, AöR 109 (1984), 505.

Ahrens, Wolf-Eberhard: Immunität von Abgeordneten. Die Praxis des Bundestages und der Landtage in Immunitätsangelegenheiten, Bad Homburg 1970.

Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz, Gesamtherausgeber Erhard Denninger, 3. Auflage 2002, Neuwied (AK-Bearbeiter).

Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann, Neuwied 1986–1990 (AK-Bearbeiter).

Ambos, Kai: Zur Strafbarkeit der Drittmittelakquisition, JZ 2003, 345.

Andriof, Udo: Rechtfertigung und praktische Bedeutung der Immunität der Abgeordneten, Freiburg im Breisgau 1969.

von Arnim, Hans Herbert: Abgeordnetenkorruption, JZ 1990, 1014.

- Demokratie vor neuen Herausforderungen, ZRP 1995, 340.

- Der gekaufte Abgeordnete – Nebeneinkünfte und Korruptionsproblematik, NVwZ 2006, 249.

Badura, Peter: Die Stellung des Abgeordneten nach dem Grundgesetz und den Abgeordnetengesetzen in Bund und Ländern, in: *Schneider/Zeh*: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin 1989.

- Staatsrecht: systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, München 2003.

- Die parlamentarische Demokratie, in: *Isensee/Kirchhof*: Handbuch des Staats Rechts, Band II, 3. Auflage, Heidelberg 2004 (*Badura*, HStR II (3. Aufl.)).

Bannenberg, Britta: Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle – eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse, Neuwied 2002.

Battis, Ulrich / *Krautzberger*, Michael / *Löhr*, Rolf-Peter: Baugesetzbuch-Kommentar, 10. Auflage, München 2007.

Bauer Martin / *Böhle*, Thomas / *Ecker*, Gerhard: Bayerische Kommunalgesetze, Loseblattsammlung Stand März 2006, München.

- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Bielefeld 2003.
- Barton, Stephan*: Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB), NJW 1994, 1098.
- Becher, Uwe*: Die persönliche Rechtsstellung des Gemeindevertreters im Verhältnis zu der des Parlamentariers, München 1964.
- Becker, Florian*: Die Organe kommunaler Versorgungsunternehmen: Amtsträger oder Wettbewerber ?, StV 2006, 263.
- Becker, Heinz*: Die Rechtsverhältnisse der hauptamtlichen Wahlbeamten der Gemeinden und Landkreise, Marburg 1960.
- Becker, Michaela*: Korruptionsbekämpfung im parlamentarischen Bereich unter besonderer Berücksichtigung des § 108e StGB sowie der Verhaltensregeln des Bundestages, Bonn 1998.
- Benz, Arthur / Seibel, Wolfgang*: Zwischen Korruption und Kooperation – abweichendes Verhalten in der Verwaltung, Baden-Baden 1992.
- Berg, Wilfried*: Die Direktorialverfassung in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen, in: *Püttner*, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 2. Auflage, Berlin 1982, (*Berg*, HdbKWP II (2. Aufl.)).
- Bernsmann, Klaus*: Die Korruptionsdelikte (§§ 331 ff. StGB) – Eine Zwischenbilanz, StV 2003, 521.
- Beyer, Wilhelm Raimund*: Immunität als Privileg: eine verfassungsrechtliche Studie gegen die Abgeordneten-Immunität, Berlin 1966.
- Bick, Ulrike*: Die Ratsfraktion, Berlin 1989.
- Binding, Karl*: Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band I: Normen und Strafgesetze, 2. Auflage 1890 (*Binding*, Normen I).
- Birkenheier, Manfred*: Wahlrecht für Ausländer. Zugleich ein Beitrag zum Volksbegriff des Grundgesetzes, Berlin 1976.
- Bockelmann, Paul*: Die Unverfolgbarkeit der deutschen Abgeordneten nach deutschem Immunitätsrecht, Göttingen 1951.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Hrsg. Rudolf Dolzer, Heidelberg, 61. Lieferung der Looseblattausgabe (*BK-Bearbeiter*).
- Braun, Werner / Jantsch, Monika / Klante, Elisabeth*: Abgeordnetengesetz, Berlin 2002.
- Breer, Dietmar*: Die Mitwirkung von Ausländern an der politischen Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gewährung des Wahlrechts, insbesondere des Kommunalwahlrechts, Berlin 1982.

- Brenner, Michael*: Das Prinzip Parlamentarismus, in: *Isensee/Kirchhof*: Handbuch des Staats Rechts, Band III, 3. Auflage, Heidelberg 2005 (*Brenner, HStR III (3. Aufl.)*).
- Budde, Thomas*: Mitwirkungspflicht und Befangenheit im Gemeinderat, Berlin 1988.
- Burgi, Martin*: Kommunalrecht, 1. Auflage, München 2006.
- Burkhardt, Harald*: Gemeindeordnung regelt Spenden und ähnliche Zuwendungen – mehr Rechtssicherheit für kommunale Amtsträger, BWGZ 2006, 367.
- Burmeister, Thomas*: Strafrechtliche Risiken städtebaulicher Verträge, BauR 2003, 1129.
- Bussalb, Jean-Pierre*: Gilt der Vorbehalt des Gesetzes auch für die Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden ?, Jena 2002.
- Busse, Jürgen*: Die Grenzen städtebaulicher Verträge mit Beispielen aus der kommunalen Praxis, BayVBI 2003, 129.
- Butzer, Hermann*: Immunität im demokratischen Rechtsstaat, Berlin 1991.
- Cramer, Peter*: Zum Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten, Roxin-FS, Berlin 2001, S. 945 ff.
- Dahs, Hans / Müssig, Bernd*: Strafbarkeit kommunaler Mandatsträger als Amtsträger – Eine Zwischenbilanz, NStZ 2006, 191.
- Dauster, Manfred*: Private Spenden zur Förderung von Forschung und Lehre: Teleologische Entschärfung des strafrechtlichen Vorteilsbegriffs nach § 331 StGB und Rechtfertigungsfragen, NStZ 1999, 63.
- Deiters, Mark*: Zur Frage der Strafbarkeit von Gemeinderäten wegen Vorteilsannahme und Bestechlichkeit, NStZ 2003, 453.
- Der Fall „Kremendahl“ als Lackmустest der §§ 331, 333 StGB, in: Mitteilungen des Instituts für deutsches und europäisches Parteienrecht 12. Jahrgang 2004/2005, Seite 18 ff.
- Deubner, Karl Günther*: Die Grenzen der Wahlfeststellung - BGH NJW 1961, 1936, in: JuS 1962, 21 ff.
- Diercks, Gritt*: Korruption am Bau, BauR 2004, 257.
- Dietrich, Stefanie / Schatz, Holger*: Sicherung der privaten Drittmittelförderung, ZRP 2001, 521.
- Di Fabio, Udo*: Gewaltenteilung, in: *Isensee/Kirchhof*: Handbuch des Staats Rechts, Band II, 3. Auflage, Heidelberg 2004 (*Di Fabio, HStR II (3. Aufl.)*).
- Dingeldey, Thomas*: Anmerkung zu BGHSt 31, 264 (Landesbankvorstand), NStZ 1984, 503.

Dölling, Dieter: Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen ? – Gutachten C zum 61. Deutschen Juristentag Karlsruhe 1996, München 1996.

Dölling, Dieter: Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000) 334.

- Anmerkung zu BGHSt 49, 275 (Fall Dr. Kremendahl), JR 2005, 519.

Dreier, Horst: Grundgesetz Kommentar, Band II, 2. Auflage, Tübingen 2006.

Düwel, Peter: Das Amtsgeheimnis, Berlin 1965.

Eckhardt, Wolfram: Die Rechtsstellung des bayerischen Gemeinderats im Vergleich zur Rechtsstellung von Gemeindevertretungen in den übrigen Bundesländern, München 1969.

Ehlers, Dirk: Die Gemeindevertretung, in: *Mann/Püttner*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2007, (*Ehlers*, HdbWKP I (3. Aufl.)).

Ehlers, Rolf: Benennung von Straßen und Grundstücken – zugleich ein Beitrag zum Begriff des sachbezogenen Verwaltungsakts, DVBl 1970, 492.

Eiermann, Heinrich: Kommunale Ausschüsse zur Akteneinsicht, VBIBW 2007, 15.

Elsner, Wolfgang: Gemeindeverfassungsrecht in den Ländern der Magistratsverfassung, in: *Peters*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 1. Auflage, Berlin 1956, (*Elsner*, HdbKWP I (1. Aufl.)).

Engel-Boland, Stefanie: Gemeindliches Satzungsrecht und Gesetzesvorbehalt, Baden-Baden 1999.

Engelhardt, Reiner: Die Mitwirkung des Bürgers in der Verwaltung baden-württembergischer Großstädte, Ludwigsburg 1966.

Epp, Ursula: Die Abgeordnetenbestechung - § 108e StGB, Frankfurt/Main 1997.

Erbguth, Wilfried / Witte, Markus: Biete Planung, suche Grundstück – Möglichkeiten und Grenzen städtebaulicher Verträge – Bauleitplanung im Synallagma – anhand eines praktischen Beispiels, DVBl 1999, 435.

Erdsieck, Gerhard: Umwelt und Recht, NJW 1959, 25.

Erichsen, Hans-Uwe: Zur Verfassungswidrigkeit der Abwahl kommunaler Wahlbeamter, DVBl 1980, 723.

- Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, Siegburg 1997.

- Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, Berlin 2006.

Ernst, Werner / Zinkahn, Willy / Bielenberg, Walter / Krautzberger, Michael: (Hrsg.)
Baugesetzbuch Kommentar, Loseblattsammlung Stand März 2007, München.

Eser, Albin: „Sozialadäquanz“: Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur ?,
Roxin-FS, Berlin 2001, S. 199 ff.

Feinendegen, Markus: Vorteilsannahme ohne Folgen – Freibrief für kommunale
Mandatsträger durch den BGH ?, NJW 2006, 2014.

Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1, 8. Auflage,
München 1961.

- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1, 10. Auflage, München 1973.

Fortun, Steffen: Die behördliche Genehmigung im strafrechtlichen Delikttaufbau,
Berlin 1998.

Fürst, Walther: Gesamtkommentar öffentliches Dienstrecht, Loseblattsammlung
Stand 2007, Berlin.

Frisch, Wolfgang: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs,
Heidelberg 1988.

Frotscher, Werner: Stadtparlamente und Stadtregierung: Eine Entscheidung des
BVerfG zugunsten des repräsentativ-demokratischen Prinzips auf kommunaler
Ebene, ZParl 1976, 494.

Frowein, Jochen: Das freie Mandat der Gemeindevertreter, DÖV 1976, 44.

- Der Status der kommunalen Vertretungskörperschaft und ihrer Mitglieder, in:
Püttner: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 2. Auflage,
Berlin 1982, (*Frowein*, HbdKWP II (2. Aufl.)).

Gackenholz, Friedrich: Vermeidungsstrategien aus kommunaler Sicht,
BWGZ 2004, 897.

Gänßle, Peter: Das Antikorruptionsstrafrecht – Balsam aus der Tube der
symbolischen Gesetzgebung ?, NStZ 1999, 543.

Geerds, Friedrich: Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine
Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung, Tübingen 1961.

- Anmerkung zu BGHSt 31, 264 (Landesbankvorstand), JR 1983, 465.

- Über Änderungen der Bekämpfung krimineller Korruption, JR 1996, 309.

Geppert, Klaus: Jura-Repetitorium Strafrecht: Amtsdelikte (§§ 331 ff. StGB),
Jura 1981, 42, 78.

Gern, Alfons: Deutsches Kommunalrecht, 3. Auflage 2003, Baden-Baden.

- Kommunalrecht Baden Württemberg, 9. Auflage 2005, Baden-Baden.

- Geyer, Armin*: Das Mitwirkungsverbot für persönlich beteiligte Gemeindevertreter unter besonderer Berücksichtigung ihrer Stellung als gewählte Volksvertreter, Hamburg 1968.
- Glauben, Paul*: Immunität – auch für die Abgeordneten mehr „Plage als Wohltat“, DRiZ 2003, 51.
- Glage, Michael*: Mitwirkungsverbote in den Gemeindeordnungen, Göttingen 1995.
- Gönnewein, Otto*: Gemeinderecht, Tübingen 1963.
- Gössel, Karl Heinz / Dölling, Dieter*: Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 2. Auflage, Heidelberg 2004.
- Graupe, Johannes*: Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte, München 1988.
- Greeve, Gina*: Korruptionsdelikte in der Praxis, München 2005.
- Gribl, Kurt*: Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten, Heidelberg 1993.
- Groß, Karl-Heinz*: Verteidiger, Abgeordnete und Journalisten als verbotene unfreiwillige Medien zur strafprozessualen Aufklärung, StV 1996, 559.
- Grziwotz, Herbert*: Zur Strafbarkeit von Amtsträgern beim Abschluss städtebaulicher Verträge, BauR 2000, 1437.
- Nochmals: Städtebaulicher Vertrag und Strafrecht, BauR 2001, 1530.
 - Verkauf von Baurecht, BauR 2005, 812.
- Günther, Hans-Ludwig*: Verurteilung im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, Berlin 1976.
- Günther, Hans-Ludwig*: Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, 8.
- Günther, Hans-Ludwig*: Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Köln 1983.
- Häring, Christoph*: Einerseits froh um jede Spende, andererseits Angst vor dem Staatsanwalt, bwWoche 2007 Nr. 12 vom 2. April 2007, S. 8.
- Härth, Wolfgang*: Die Rede- und Abstimmungsfreiheit der Parlamentsabgeordneten in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1983.
- Haft, Fritjof*: Freiberufler sind keine Amtsträger, NJW 1995, 1113.
- Hardtung, Bernhard*: Erlaubte Vorteilsannahme - §§ 331 StGB, 70 BBG, 10 BAT – zugleich ein Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung und zur „Rückwirkung“ behördlicher Genehmigungen im Strafrecht, Berlin 1994.
- Hartmann, Theodor*: Zum Begriff „Vorteil oder Nachteil“ beim Ausschluss von ehrenamtlicher Kommunalität wegen Interessenkollision, DVBl 1956, 708.

Hartmann, Theodor: Zur Straflosigkeit der Abgeordnetenbestechung im geltenden Recht und zu ihrer Behandlung im Entwurf eines Strafgesetzbuchs (E 1962), DVBl 1964, 615.

- Zur Frage der Strafbarkeit der Gemeinderatsmitglieder wegen Bestechlichkeit und Geheimnisverrats im geltenden Recht und im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), DVBl 1966, 809.

Hassemer, Winfried: Theorie und Soziologie des Verbrechens - Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main, 1973.

Heinrich, Bernd: Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht – Auslegungsrichtlinien unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Amtsdelikte, Berlin 2001.

- Rechtsprechungsüberblick zu den Bestechungsdelikten (§§ 331-335 StGB) – (1998-2003) – 1. Teil, NStZ 2005, 197.

- Rechtsprechungsüberblick zu den Bestechungsdelikten (§§ 331-335 StGB) – (1998-2003) – 2. Teil, NStZ 2005, 256.

Heisz, Janina: Die Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB – Schließung einer Regelungslücke ?, Göttingen 1998.

Hendler, Reinhard: Grundbegriffe der Selbstverwaltung, in *Mann/Püttner*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2007, (Hendler, HdbWKP I (3. Aufl.)).

Herzog, Roman: Stellung des Bundesrates im demokratischen Bundesstaat, in: *Isensee/Kirchhof*: Handbuch des Staats Rechts, Band III, 3. Auflage, Heidelberg 2005 (Herzog, HStR III (3. Aufl.)).

- Zusammensetzung und Verfahren des Bundesrates, in: *Isensee/Kirchhof*: Handbuch des Staats Rechts, Band III, 3. Auflage, Heidelberg 2005 (Herzog, HStR III (3. Aufl.)).

Heuvels, Klaus: Diäten für Ratsmitglieder, Stuttgart 1986.

Hilgendorf, Eric: Die Entwicklungsgeschichte der parlamentarischen Redefreiheit in Deutschland, Frankfurt am Main 1991.

Hirsch, Hans Joachim: Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) 78.

Höltkemeier, Kai: Sponsoring als Straftat. Die Bestechungsdelikte auf dem Prüfstand, Berlin 2005.

Hofmann, Hasso / Dreier, Horst: Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin 1989.

Hoffmann, Gert: Zur Situation des Kommunalverfassungsrechts nach den Gesetzgebungen in den neuen Bundesländern, DÖV 1994, 621.

- Ipsen*, Jörn: Die Entwicklung der Kommunalverfassung in Deutschland, in: *Mann/Püttner*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2007, (*Ipsen*, HdbWKP I (3. Aufl.)).
- Isensee*, Josef / *Kirchhof*, Paul: Handbuch des Staatsrechts – Verfassungsstaat Band II, 3. Auflage, Heidelberg 2004.
- Isensee*, Josef / *Kirchhof*, Paul: Handbuch des Staatsrechts – Demokratie und Bundesorgane, Band III, 3. Auflage, Heidelberg 2005.
- Jutzi*, Siegfried: Genehmigung und Vorteilsannahme bei nicht in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehenden Amtsträgern, NStZ 1991, 105.
- Kaiser*, Eberhard: Spenden an politische Parteien und strafbare Vorteilsannahme, NJW 1981, 321.
- Kargl*, Walter: Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der Vorteilsannahme (§ 331 StGB), ZStW 114 (2002), 763.
- Parteispendenakquisition und Vorteilsannahme, JZ 2005, 503.
- Kelsen*, Hans: Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1929.
- Kerner*, Hans-Jürgen / *Rixen*, Stephan: Ist Korruption ein Strafrechtsproblem ? – Zur Tauglichkeit strafgesetzlicher Vorschriften gegen Korruption, GA 143 (1996), 355.
- Klein*, Hans Hugo: Indemnität und Immunität, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin 1989.
- Klein*, Hans Hugo: Stellung und Aufgaben des Bundestages, in: *Isensee/Kirchhof*: Handbuch des Staats Rechts, Band III, 3. Auflage, Heidelberg 2005 (*Klein*, HStR III (3. Aufl.)).
- Klein*, Hans Hugo: Status des Abgeordneten, in: *Isensee/Kirchhof*: Handbuch des Staats Rechts, Band III, 3. Auflage, Heidelberg 2005 (*Klein*, HStR III (3. Aufl.)).
- Knauer*, Christoph / *Kaspar*, Johannes: Korruptionsbekämpfungsgesetz, GA 2005, 385.
- Knebel-Pfuhl*, Christine: Mitwirkungsverbot wegen Befangenheit für Parlamentarier, Berlin 1978.
- König*, Peter: Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen, DRiZ 1996, 357.
- König*, Peter: Neues Strafrecht gegen die Korruption, JR 1997, 397.
- Köttgen*, Arnold: Gemeindeverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen, in: *Peters*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 1. Auflage, Berlin 1956, (*Köttgen*, HdbKWP I (1. Aufl.)).

Kohlhaas: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 23.6.1955 (BGHSt 8, 22 - kommunaler Wohnungsausschuss), LM § 359 StGB 1955 Nr. 14 Bl. 656.

Korte, Matthias: Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts, NStZ 1997, 513.

- Anmerkung zu BGHSt 47, 295 (Drittmittelentscheidung), NStZ 2003, 157.

- Anmerkung zu BGHSt 49, 275 (Dr. Kremendahl), NStZ 2005, 512.

Kost, Andreas / Wehling, Hans-Georg: Kommunalpolitik in den deutschen Ländern, Wiesbaden 2003.

Krey, Volker / Heinrich, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 13. Auflage, Stuttgart 2005.

Kühne, Jörg-Detlef: Die Abgeordnetenbestechung – Möglichkeiten einer gesetzlichen Gegenmaßnahme unter dem Grundgesetz, Frankfurt am Main 1971.

Kuhlen, Lothar: Zu den Tathandlungen bei Vorteilsannahme und Bestechlichkeit – Zugleich eine Besprechung von BGHSt 35, 128 (Beigeordnetenfall), NStZ 1989, 433.

- Untreue, Vorteilsannahme und Bestechlichkeit bei Einwerbung universitärer Drittmittel – Zugleich Anmerkung zu BGHSt 47, 295 und BGHSt 48, 44 (Drittmittelentscheidungen), JR 2003, 231.

Kuhn, Herbert: Indemnität für ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder ? – Zugleich Anmerkung zu Nettessheim: „Können sich Gemeinderäte der Untreue schuldig machen ?“ (BayVBl 1989, 161 ff.), BayVBl 1989, 169.

Kunze, Richard / Bronner, Otto / Katz, Alfred: Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, Loseblattsammlung Stand Juli 2005, Stuttgart.

Lackner, Karl / Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Auflage, München 2004 (*Lackner/Kühl*, (25. Aufl.).

Lackner, Karl / Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München 2007.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991.

Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1995.

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky, (Hrsg.), 11. Auflage bzw. 12. Auflage, Berlin 2003 bzw. 2006 (LK-Bearbeiter).

Leipold, Klaus: Amtsträger und kommunale Mandatsträger, NJW-Spezial 2006, 330.

- Lenckner*, Theodor: Privatisierung der Verwaltung und „Abwahl des Strafrechts“ ? – Zur Frage der strafrechtlichen Amtsträgereigenschaft am Beispiel der für die Bauverwaltung tätigen privaten Planungsbüros, ZStW 106 (1994), 502.
- Lieber*, Hasso / *Rautenberg*, Erardo Cristoforo: Wider das herrschende Immunitätsrecht !, DRiZ 2003, 56.
- von Liszt*, Franz: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band I 1875-1891, Nachdruck Berlin 1970 (*von Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht).
- Löffler*, Berthold / *Rogg*, Walter: Kommunalwahlen und kommunales Wahlverhalten, in: *Pfizer/Wehling*: Kommunalpolitik in Baden-Württemberg, Stuttgart 2000.
- Löwer*, Wolfgang: Zur Problematik der Bildung von Unterausschüssen auf der gemeindlichen Ebene, SKV 1975, 35.
- Löwer*, Wolfgang: Der Gemeinderat als Petitionsadressat, StuGemB 1979, 29.
- Lohmann*, Eberhard: Die Stellung der Wahlbeamten in der inneren Gemeindeverfassung, Münster 1979.
- Lüderssen*, Klaus: Antikorruptions-Gesetze und Drittmittelforschung, JZ 1997, 112.
- Die Symbiose von Markt und Staat – auseinanderdividiert durch Strafrecht ?, StV 1997, 318.
- Lühring*, Torsten: Die Organisationsautonomie der Gebietskörperschaften nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, Recklinghausen 2002.
- Lüttger*, Hans: Zur Reform des § 353c StGB, JZ 1969, 578.
- März*, Peter: Kommunalpolitik in Bayern, in: *Kost/Wehling*, Kommunalpolitik in den Deutschen Ländern, Wiesbaden 2003.
- Mann*, Thomas / *Püttner*, Günter: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2007, (*Autor*, HdbWKP I, (3. Aufl.)).
- Mansdöfer*, Marco: Strafrechtliche Haftung für Drittmittelinwerbung an staatlichen Hochschulen – eine Anmerkung zu BGHSt 47, 295, wistra 2003, 211.
- Marel*, Knut: Die Strafbarkeit kommunaler Mandatsträger gem. § 331, 332 StGB, StraFo 2003, 259.
- Maunz*, Theodor / *Dürig*, Günter / *Herzog*, Roman: Grundgesetz, Loseblattsammlung Stand März 2006, München (*Maunz/Dürig/Herzog*).
- Maurer*, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, München 2006.
- Mayer*, Rolf: Die Wahl und die Ernennung der gemeindlichen Wahlbeamten in der Bundesrepublik, Berlin 1964.
- Merges*, Hans Dieter: Die Strafausschließungsgründe der Bestechungsdelikte, Tübingen 1995.

Meininger, Frank: Möglichkeiten, Grenzen und Praxis des Sponsoring der öffentlichen Verwaltung – Die öffentliche Verwaltung in ihrer Eigenschaft als Sponsor und Gesponserte, Speyer 2000.

- Sponsoring der öffentlichen Verwaltung: Eine neue Form der Kooperation zwischen Staat und Unternehmen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, Zeitschrift für Gesetzgebung 1999, 353.

Meyer, Hans: Die Finanzverfassung der Gemeinden, Stuttgart 1969 (Finanzverfassung).

Meyer, Hans: Die Stellung der Parlamente in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, in: *Schneider/Zeh*: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin 1989 (Parlamentsrecht).

Meyer, Hans: Kommunalwahlrecht, in: *Mann/Püttner*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2007, (Meyer, HdbWKP I (3. Aufl.)).

Meyn, Karl-Ulrich: Autonome Satzung und demokratische Legitimation, DVBl 1977, 593.

Michalke, Regina: Konfusion als System – Die Genehmigung bei der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung (§ 331 Abs. 3 und § 333 Abs. 3 StGB), Rieß-FS, Berlin 2002, S. 771.

- Drittmittel und Strafrecht – Licht am Ende des Tunnels ?, NJW 2002, 3381.

Moelter, Stefan: Der Funktionswandel der öffentlichen Verwaltung seit dem Ausgang des 19. Jahrhunderts im Lichte der Entwicklung des Beamtenstrafrechts, München 1975.

Möhrenschlager, Manfred Ernst: Struktur des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung, Weber-FS, Bielefeld 2004, S. 217.

Mostbacher-Dix, Petra: Ehrensache – Privilegien auf dem Prüfstand: Räte geben sich Verhaltensrichtlinien, bwWoche 2006 Nr. 17 vom 8. Mai 2006, S. 7.

von Münch, Ingo / Kunig, Philipp: Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Auflage, München 2001.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wolfgang Joecks, Klaus Miebach (Hrsg.), 1. Auflage München 2003 (zit.: MüKo-Bearbeiter).

Nettesheim, Wolfgang: Können sich Gemeinderäte der „Untreue“ schuldig machen ?, BayVBl 1989, 161.

Neudza: Zum Vergleich der Stellung des „alten“ Gemeindedirektors mit dem „neuen“ Bürgermeister, VerwRundsch 1996, 289.

Neudza: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 13. Band, Bonn 1960.

- Nolte*, Jakob Julius: Das freie Mandat der Gemeindevertretungsmitglieder, DVBl 2005, 870.
- Noltensmeier*, Silke: Anmerkung zu BGH Urteil vom 2.12.2005 (5 StR 119/05) Kölner Müllskandal, (BGHSt 50, 299 ff.), StV 2006, 132.
- Nomos Kommentar zum StGB*, Urs Kindhäuser, Ulfried Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), 2. Auflage, Baden-Baden 2005.
- Olderog*, Rolf: Die Wahl und Abgeordnetenbestechung – Eine strafrechtliche und kriminologische Untersuchung zum geltenden und zukünftigen Recht, Kiel 1965.
- Ossenbühl*, Fritz: Anmerkung zu BGHSt 38, 199, JR 1992, 473.
- Ott*, Yvonne: Der Parlamentscharakter der Gemeindevertretung – eine rechtsvergleichende Untersuchung der Qualität staatlicher und gemeindlicher Vertretungskörperschaften, Baden-Baden 1994.
- Otto*, Harro: Amtsträgerbegriff innerhalb zivilrechtlich organisierter Daseinsvorsorge, Jura 1997, 47.
- Anmerkung zu BGHSt 43, 96 (Planungsingenieur), JR 1998, 73.
- Paeffgen*, Hans-Ullrich: Amtsträgerbegriff und die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten – Strafrechtliche Dimensionen und organisationsrechtliche Perspektiven, JZ 1997, 178.
- Papier*, Hans-Jürgen: Verfassungsfragen des kommunalen Ausländerwahlrechts, KritV 1987, 309.
- Paster*, Inga / *Sättele*, Alexander: Alles, was das Leben verschönern kann – eine Anmerkung zum Sponsoring-Urteil des LG Karlsruhe vom 28.11.2007 – NSTZ 2008, 407, NSTZ 2008, 366.
- Peine*, Franz-Joseph: Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2006.
- Pelchen*, Georg: Anmerkung zu BGH Urteil vom 26.6.1973 (BGHSt 25, 204 - kommunaler Kassenverwalter), LM § 359 (1973) Nr. 1 Bl. 1150.
- Peters*, Hans: Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, Köln 1954.
- Peters*, Hans: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 1. Auflage, Berlin 1956.
- Petri*, Igor: Anforderungen an die „förmliche Verpflichtung“ i.S. des Art. 7 II Nr. 4 des 4. StrRÄndG.
- Pfeiffer*, Gerd: Von der Freiheit der klinischen Forschung zum strafrechtlichen Unrecht ?, NJW 1997, 782.
- Pfizer*, Theodor / *Wehling*, Hans-Georg: Kommunalpolitik in Baden-Württemberg, Stuttgart 2000.

Pietzcker, Jost: Schichten des Parlamentsrechts: Verfassung, Gesetze und Geschäftsordnung, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin 1989.

Plog, Ernst / Wiedow, Alexander / Beck, Gerhard / Lemhöfer, Bernt / Bayer, Detlef: Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, Loseblattsammlung, Neuwied 2007.

Preisendanz, Holger: Strafgesetzbuch, Lehrkommentar mit Erläuterungen und Beispielen, 30. Auflage, Berlin 1978.

Püttner, Günter: Kommunalrecht Baden-Württemberg, 3. Auflage, Stuttgart 2004.

- Zum Verhältnis von Demokratie und Selbstverwaltung, in: *Mann/Püttner*,: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2007, (*Püttner*, HdbWKP I (3. Aufl.)).

Radtke, Henning: Der strafrechtliche Amtsträgerbegriff und neue Kooperationsformen zwischen der öffentlichen Hand und Privaten (Public Private Partnership) im Bereich der Daseinsvorsorge, NStZ 2007, 57.

Ransiek, Andreas: Strafrecht und Korruption – Zum Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag, StV 1996, 446.

- zur Amtsträgereigenschaft nach § 11 I Nr. 2c StGB – Zugleich eine Besprechung von BGHSt 43, 96 (Planungsingenieur), NStZ 1997, 519.

- Anmerkung zu BGH NJW 1998, 2373 und BGHSt 43, 370, NStZ 1998, 564.

Reichert, Bernd / Baumann, Roland: Kommunalrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2000.

Rengier, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 7. Auflage, München 2006.

Römer, Peter: Das Strafrechtliche Problem der Abgeordnetenbestechung, Marburg 1964.

Rönnau, Thomas: Untreue und Vorteilsannahme durch Einwerbung von Drittmitteln ? – BGH, NJW 2002, 2801, JuS 2003, 232.

Rohlf, Anne: Die Täter der Amtsdelikte – Amtsträger und für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete – Die Gesetzesdefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 StGB, Berlin 1995.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen / Der Aufbau der Verbrechenslehre, München 2006.

- Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377.

Rudolphi, Hans-Joachim: Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Honig-FS, Göttingen 1970, S. 151.

Rübenstahl, Markus: Die Angehörigen kommunaler Parlamente als Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 b StGB) und ihre Strafbarkeit nach den Bestechungsdelikten (§§ 108 e, 331 ff. StGB), in: HRRS (Onlinezeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht <http://www.hrr-strafrecht.de>) 1. Ausgabe 2006, S. 23 ff.

Sachs, Michael, Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage, München 2003.

Saliger, Frank / *Sinner*, Stefan: Korruption und Bestechung durch Parteispenden, NJW 2005, 1073.

Satzger, Helmut: Bestechungsdelikte und Sponsoring, ZStW 115 (2003) 469.

Schäfer, Thomas / *Liesching*, Patrick: Überlegungen zu Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung, ZRP 2008, 173.

Schaller, Heiner: Strafrechtliche Probleme der Abgeordnetenbestechung, Tübingen 2002.

Schaupensteiner, Wolfgang J.: Korruptions-Kartelle. Ein Blick hinter die Kulissen des Bauwesens, Kriminalistik 1990, 507.

- Zum 61. Deutschen Juristentag – Gesamtkonzeption zur Eindämmung der Korruption, NStZ 1996, 409.
- Das Korruptionsbekämpfungsgesetz. Eine scharfe Waffe gegen ein verbreitetes Übel ?, Kriminalistik 1996, 699.
- Das Korruptionsbekämpfungsgesetz. Erstes Etappenziel erreicht, Kriminalistik 1997, 699.

Schleberger, Erwin: Die Kommunalverfassungssysteme im Überblick, in: *Püttner*, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 2. Auflage, Berlin 1982, (*Schleberger*, HbdKWP II (2. Aufl.)).

Schlüchter, Ellen: Zur (Un)lauterkeit in den Volksvertretungen, Geerds-FS, Lübeck 1995, S. 713 ff.

Schmidt-Jortzig, Edzart: Kommunalrecht, Stuttgart 1982.

Schneider, Hans-Peter / *Zeh*, Wolfgang: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin 1989.

Schneider, Hans-Peter: Das parlamentarische System, in: Handbuch des Verfassungsrecht, Gesamtherausgeber Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, 2. Auflage, Berlin 1994 (*Schneider*, HdbVerfR).

Schoch, Friedrich: Das kommunale Vertretungsverbot, Siegburg 1981.

Scholler, Heinrich: Die Gemeinde als Gesetzgeber, in: *Püttner*. Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 2. Auflage Berlin 1982, (*Scholler*, HbdKWP II (2. Aufl.)).

- Scholler*, Heinrich / *Scholler*, Jens: Kommunale Rechtssetzung, in: *Mann/Püttner*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2007 (*Scholler*, HdbKWP I (3. Aufl.)).
- Schnoor*, Herbert: Anmerkungen zur neuen Kommunalverfassung in NRW, NWVBI 1996, 281.
- Schönke*, Adolf / *Schröder*, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2006 (*Schönke/Schröder-Bearbeiter*).
- Schrammeyer*, Marc: Das Verhältnis von Bürgermeister und Gemeindevertretung – Aufgaben – Machtverhältnisse – Rechtsstellung, Berlin 2006.
- Schramm*, Edward: Die Amtsträgereigenschaft eines Freiberuflichen Planungsgenieurs – zu BGHSt 43, 96; BGH NJW 1998, 2373, JuS 1999, 333.
- Schreiber*, Hans-Ludwig / *Rosenau*, Henning / *Combé*, Daniel / *Wrackmeyer*, Antje: Zur Strafbarkeit der Annahme von geldwerten Zuwendungen durch Städte und Gemeinden nach § 331 StGB, GA 2005, 265.
- Schreiber*, Wolfgang: Wahlkampf, Wahlrecht und Wahlverfahren, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin 1989.
- Schröder*, Meinhard: Grundlagen und Anwendungsbereich des Parlamentsrechts – Zur Übertragbarkeit parlamentsrechtlicher Grundsätze auf Selbstverwaltungsorgane, insbesondere in der Kommunal- und Hochschulverwaltung, Baden-Baden 1979 (Parlamentsrecht).
- Schröder*, Peter: Der Strafrechtliche Beamtenbegriff in der Entwicklung der Rechtsprechung und der Entwürfe, Münster 1965 (Beamtenbegriff).
- Schulte*, Klaus: Zeugnisverweigerungsrecht und Verschwiegenheitspflicht des Abgeordneten des Deutschen Bundestages, Köln 1985.
- Schulze*, Burkhard: Zur Frage der Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung, JR 1973, 485.
- Schulze-Fielitz*, Helmuth: Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung: besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980 - 1983), Berlin 1988.
- Schuppert*, Gunnar Folke: Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, Die Verwaltung 1998, 415.
- Schwieger*, Dirk: Der Vorteilsbegriff in den Bestechungsdelikten des StGB, Frankfurt am Main 1996.
- Siebler*, Klaus: Die Rechtsstellung der Gemeindevertreter in den Gemeindeordnungen der Bundesrepublik, Heidelberg 1964.
- Sonnen*, Bernd-Rüdeger: Bestechlichkeit durch Annahme von Geldzuwendungen zur Weiterleitung an politische Parteien – Besprechung von BGHSt 35, 128 (Beigeordnetenfall), JA 1988, 232.

- Spiegel*, Jan-Peter: Parlamentsrechtliche Strukturmerkmale im Recht der kommunalen Volksvertretung, Berlin 2005.
- Steffani*, Winfried,: Formen, Verfahren und Wirkungen der parlamentarischen Kontrolle, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin 1989.
- Steiger*, Heinhard: Kreationsaufgaben und Wahlverfahren, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Berlin 1989.
- Stern*, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Auflage, München 1984.
- Band II 1. Auflage, München 1980.
- Stober*, Rolf: Der Ehrenbeamte in Verfassung und Verwaltung, Königstein/Ts. 1981.
- Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage 1996, Stuttgart.
- Stühler*, Hans-Ulrich: Präventionsmaßnahmen aus kommunaler Sicht, BWGZ 2004, 879.
- Suerbaum*, Joachim: Die Fraktionen in den kommunalen Vertretungskörperschaften, in: *Mann/Püttner*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2007, (*Suerbaum*, HdbKWP (3. Aufl.)).
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Hans Joachim Rudolphi, Jürgen Wolter (Gesamtredaktion), Loseblattsammlung Stand Oktober 2005, München/Unterschleißheim (SK-Bearbeiter).
- Taschenbuch Baden-Württemberg, Gesetze – Daten – Analysen*: herausgegeben von der Landeszentrale für Politische Bildung, Stuttgart 2004.
- Tenckhoff*, Jörg: Anmerkung zu BGHSt 35, 128 (Beigeordnetenfall), JR 1989, 33.
- Thieme*, Werner: Die Gliederung der deutschen Verwaltung, in: *Mann/Püttner*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2007 (*Thieme*, HdbKWP I (3. Aufl.)).
- Traumann*, Christoph: Die Anwendung der Bestechungsdelikte auf die Inhaber privater Ingenieur- und Planungsbüros – Ein Beitrag zur Auslegung des Amtsträgerbegriffs nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB.
- Tröndle*, Herbert / *Fischer*, Thomas: Strafgesetzbuch, 53. Auflage, München 2006 (*Tröndle/Fischer* (53. Aufl.)).
- Tröndle*, Herbert / *Fischer*, Thomas: Strafgesetzbuch, 54. Auflage, München 2007 (*Tröndle/Fischer*).
- Überhofen*, Michael: Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich – ein Rechtsvergleich und Reformüberlegungen zum deutschen Recht, Freiburg im Breisgau 1999.

- Umbach, Dieter C. / Clemens, Thomas*: Mitarbeiterkommentar zum GG, Heidelberg 2002.
- von Unruh, Georg-Christoph*: Kommunale Selbstverwaltung im frühkonstitutionellen Zeitalter, in: *Mann/Püttner*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2007 (*von Unruh*, HdbKWP I (3. Aufl.)).
- Vahlenkamp, Werner / Knauß, Ina*: Korruption – hinnehmen oder handeln ?, Wiesbaden 1995.
- Volk, Klaus*: Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung, Zipf-Gedächtnisschrift, Heidelberg 1999, S. 419 ff.
- Wabnitz, Heinz-Bernd / Janovsky, Thomas*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, München 2007.
- Waechter, Kay*: Kommunalrecht – ein Lehrbuch, Köln 1997.
- Wagner, Heinz*: Amtsverbrechen, Berlin 1975.
- Die Rechtsprechung zu den Straftaten im Amt seit 1975 – Teil 1, JZ 1987, 594.
- Walter, Steffen*: Medizinische Forschung mit Drittmitteln – lebenswichtig oder kriminell ?, ZRP 1999, 292.
- Weber, Reinhold / Wehling, Hans-Georg*: Baden-Württemberg – Gesellschaft, Geschichte, Politik, herausgegeben von der Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg, Stuttgart 2006.
- Weber, Ulrich*: Können sich Gemeinderatsmitglieder durch ihre Mitwirkung an Abstimmungen der Untreue (§ 266 StGB) schuldig machen ? – Strafrechtliche Bemerkung zu Nettessheim (BayVBl 1989, 161 ff.), BayVBl 1989, 166.
- Wehling, Hans-Georg*: Die Süddeutsche Ratsverfassung in Baden-Württemberg und Bayern, in: *Püttner*, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 2. Auflage, Berlin 1982, (*Wehling*, HdbKWP II (2. Aufl.)).
- Wehling, Hans-Georg*: Kommunalpolitik in Baden-Württemberg, in: Taschenbuch Baden-Württemberg, herausgegeben von der Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg, Stuttgart 2004.
- Weiser, Gregor*: Die Amtsträgereigenschaft der Mitarbeiter von staatlich beauftragten privaten Planungsbüros, NJW 1994, 968.
- Welp, Jürgen*: Der Amtsträgerbegriff, Lackner-FS, Berlin 1987, S. 761.
- Welzel, Hans*: Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491.
- Welzel, Hans*: Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Auflage, Berlin 1969.
- Wentzell, Stefanie*: Zur Tatbestandsproblematik der §§ 331, 332 StGB unter besonderer Berücksichtigung des Dritt Vorteils, Berlin 2004.

- Wiefelspütz*, Dieter: Die Immunität des Abgeordneten, DVBl 2002, 1229.
- Wiethölter*, Rudolf: Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens - eine Studie zum zivilrechtlichen Unrecht, Karlsruhe 1960.
- Wilkens*, Winfried: Verwaltungsausschuss und Kreisausschuss in Niedersachsen, Kreation, Verfahren, Kompetenzen in rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Sicht, Baden-Baden 1992.
- Winkelbauer*, Wolfgang: Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, Berlin 1985.
- Winkelbauer*, Wolfgang: Strafrechtliche Risiken kommunaler Finanzierung durch Spenden oder Sponsoring, BWGZ 2004, 893.
- Winkelbauer*, Wolfgang / *Felsing*, Martin: Finanzierung gemeindlicher Aufgaben im Wege des Sponsorings – strafbare Korruption ?, BWGZ 1999, 291.
- Winkelbauer*, Wolfgang / *Felsing*, Martin: Gemeinnützig oder strafbar ? Zur strafrechtlichen Bewertung von Spenden für kommunale Aufgaben – Städte und Gemeinden im Spannungsfeld von Sponsoring und Korruption, Stuttgart 2003.
- Winkelbauer*, Wolfgang: Strafrechtliche Risiken kommunaler Finanzierung durch Spenden oder Sponsoring, BWGZ 2004, 893.
- De With*, Hans: Zwischen Lobbyismus und politischer Korruption - Zur Einflussnahme durch Stimmenkauf, Kriminalistik 1997, 400.
- Witt*, Olaf: Das Immunitätsrecht im Grundgesetz, Jura 2001, 585.
- Witt*, Paul: Gedanken zur Entwicklung des Bürgermeisterberufs in Baden-Württemberg, BWGZ 2006, 759.
- Wolf*, Sebastian: Die Modernisierung des deutschen Antikorruptionsstrafrechts durch internationale Vorgaben, NJW 2006, 2735.
- Wolff*, Hans Julius / *Bachof*, Otto: Verwaltungsrecht II, 4. Auflage, München 1976 (*Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II).
- Wolff*, Hans Julius / *Bachof*, Otto / *Stober*, Rolf: Verwaltungsrecht Band 1, 11. Auflage, München 1999 (*Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Band 1).
- Wolff*, Hans Julius / *Bachof*, Otto / *Stober*, Rolf: Verwaltungsrecht II, 6. Auflage, München 2000 (*Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II).
- Wolff*, Hans Julius / *Bachof*, Otto / *Stober*, Rolf: Verwaltungsrecht Band 3, 5. Auflage, München 2004 (*Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Band 3).
- Wolff*, Hans Julius / *Bachof*, Otto / *Stober*, Rolf / *Kluth*, Winfried: Verwaltungsrecht I, 12. Auflage, München 2007 (*Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I).
- Wolter*, Hans-Joachim: Der Beigeordnete – Amt und Rechtsstellung in der geschichtlichen Entwicklung, Göttingen 1978.

- Wulff*, Claus-Peter: Empfehlungen zum Umgang mit Sponsoring und Grenzen des Sponsoring, BWGZ 2004, 885.
- Wurbs*, Richard: Regelungsprobleme der Immunität und der Indemnität in der parlamentarischen Praxis, Berlin 1988.
- Wurzel*, Gabriele: Gemeinderat als Parlament ?, Würzburg 1975.
- Zander*, Annette: Gemeinnützige Zuwendungen, städtebauliche Verträge und Sponsoring im Spannungsverhältnis zur Vorteilsannahme nach § 331 StGB, ZG 2002, 191.
- Zeh*, Wolfgang: Gliederung und Organe des Bundestages, in: *Isensee/Kirchhof: Handbuch des Staats Rechts*, Band III, 3. Auflage, Heidelberg 2005 (*Zeh*, HStR III (3. Aufl.)).
- Zeiler*, Horst: Einige Gedanken zum Begriff des Amtsträgers im Sinne des § 11 I Nr. 2c StGB, MDR 1996, 439.
- Zippelius*, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 10. Auflage, München 2006.
- Zippelius*, Reinhold / *Würtenberger*, Thomas: Staatsrecht, 31. Auflage, München 2005.
- Zypries*, Brigitte: Neue Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht, StraFo 2004, 221.

