

HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 492

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2018 Nr. 492, Rn. X

**BGH 5 StR 566/17 - Urteil vom 22. März 2018 (LG Flensburg)**

**BGHSt; Gebührenunterschreitung durch einen Notar im Gegenzug für einen Beurkundungsauftrag als Bestechlichkeit (Erhebung von Gebühren als Diensthandlung; Pflichtwidrigkeit der Gebührenunterschreitung; Abschluss eines Vertrages als Vorteil; Amtsträger); Notwendigkeit von Feststellungen zur Sache auch bei Freispruch aus Rechtsgründen.**

§ 331 StGB; § 332 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB; § 17 Abs. 1 S. 1 BNotO; § 267 StPO

**Leitsätze**

1. Ein Notar nimmt mit der Erhebung von Gebühren nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO eine Diensthandlung im Sinne von §§ 332, 334 StGB vor. (BGHSt)
2. Wird er im Gegenzug für eine pflichtwidrige Gebührenunterschreitung mit einer Beurkundung beauftragt, ohne dass er hierauf einen Anspruch hat, stellt dies einen Vorteil im Sinn der §§ 331 ff. StGB dar. (BGHSt)
3. Eine Diensthandlung liegt jedenfalls vor, wenn das Handeln zu den dienstlichen Obliegenheiten des Amtsträgers gehört und von ihm in dienstlicher Eigenschaft vorgenommen wird. Dies ist bei der Gebührenerhebung durch einen Notar zu bejahen, da gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 BNotO eine amtliche Verpflichtung zur Erhebung der gesetzlichen Gebühr besteht. (Bearbeiter)
4. Unterschreitet der Notar die gesetzlichen Gebühren, verletzt er grundsätzlich seine Pflicht aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Sein Gebührenanspruch ist gemäß § 17 Abs. 1 BNotO öffentlich-rechtlicher Natur. Deswegen sind die Gebühren des Notars grundsätzlich jeglicher Vereinbarung entzogen, die sich auf ihre Höhe auswirkt. Gleichwohl getroffene Vereinbarungen sind nichtig und befreien den Notar nicht von der Pflicht zur Erhebung der gesetzlich vorgesehenen Gebühren. (Bearbeiter)
5. Ein Vorteil im Sinne der Bestechungsdelikte ist jede Leistung, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert. Er kann auch im Abschluss eines Vertrages mit dem Amtsträger bestehen, auf den dieser keinen Anspruch hat. (Bearbeiter)

**Entscheidungstenor**

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Flensburg vom 11. Mai 2017 aufgehoben.

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

**Gründe**

Das Landgericht hat die Angeklagten vom Vorwurf der Bestechung in 143 Fällen (Angeklagter D.) bzw. 1 Bestechlichkeit in 49 Fällen (Angeklagter S.) aus Rechtsgründen freigesprochen. Die hiergegen mit der Sachrüge geführten Revisionen der Staatsanwaltschaft haben Erfolg.

I. 2

1. Nach der unverändert zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklage der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht 3 Kiel vom 8. Juni 2012 liegt den Angeklagten Folgendes zur Last:

Der Angeklagte D. habe als Immobilienkaufmann zahlreiche Geschäfte durchgeführt, für die notarielle Beurkundungen 4 angefallen seien. Im Jahr 2005 habe er dem inzwischen verstorbenen Notar Sc. und nach dessen Ausscheiden aus dem Notariat dessen Nachfolger, dem Angeklagten S., in Aussicht gestellt, sie bevorzugt mit Beurkundungsvorgängen zu betrauen. Hierdurch sollte den Notaren die Möglichkeit eröffnet werden, über längere Zeiträume regelmäßige und

sichere Mehreinnahmen zu erzielen. Zu einer solchen bevorzugten Beauftragung sei der Angeklagte D. aber nur bereit gewesen, wenn die Notare im Gegenzug von ihm nicht die vollen gesetzlichen Gebühren gefordert, sondern nur die Hälfte dieser Gebühren geltend gemacht hätten. Obwohl allen Beteiligten klar gewesen sei, dass die Notare hierdurch ihre Dienstpflichten verletzen, hätten sich die Notare damit einverstanden erklärt, weil sie auf diese Weise Mehreinnahmen hätten generieren können, die ihnen auf andere Weise nicht zugeflossen wären.

In Umsetzung dieser Abrede habe der Notar Sc. zwischen 2005 und 2007 in 94 Fällen für den Angeklagten D. 5  
Beurkundungen vorgenommen, für die insgesamt gesetzliche Gebühren in Höhe von 264.826,85 Euro angefallen seien. Vereinbarungsgemäß habe der Angeklagte D. hingegen nur 112.804,76 Euro gezahlt. Zwischen 2005 und 2009 habe der Angeklagte S. die getroffene Abrede in ähnlicher Weise in 49 Fällen umgesetzt.

Anstelle der für seine Beurkundungen angefallenen gesetzlichen Gebühren in Höhe von insgesamt 69.193,05 Euro 6  
habe er nur 34.526,62 Euro vom Angeklagten D. erhalten.

2. Das Landgericht hat in der Hauptverhandlung nur die Identität der Angeklagten festgestellt, keine Beweiserhebung 7  
durchgeführt und keinerlei Feststellungen getroffen, weil die Angeklagten aus Rechtsgründen von den Anklagevorwürfen freizusprechen seien. Diese als richtig unterstellt - weitergehende belastende Feststellungen seien auch nach einer Beweisaufnahme nicht zu erwarten - sei das Verhalten der Angeklagten straflos. Es fehle an einer Diensthandlung, die einer der Notare pflichtwidrig vorgenommen bzw. unterlassen habe. Zudem hätten die Notare keinen „Vorteil“ im Sinne der §§ 331 ff. StGB erhalten.

## II.

Die Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg. 8

1. Das Urteil des Landgerichts hält sachlich-rechtlicher Überprüfung schon deshalb nicht stand, weil es keine 9  
Feststellungen enthält. Auch wenn ein Gericht den Angeklagten aus Rechtsgründen freispricht, muss es Feststellungen zur Sache treffen, um dem Revisionsgericht die Überprüfung zu ermöglichen, ob das Recht auf den festgestellten Sachverhalt richtig angewendet wurde (vgl. BGH, Urteil vom 5. August 1997 - 5 StR 210/97, NStZ-RR 1997, 374; MüKoStPO/Wenske, § 267 Rn. 501 ff.; SSWStPO/Güntge, 3. Aufl., § 267 Rn. 49). Eine Ausnahme hiervon hat der Bundesgerichtshof bislang lediglich anerkannt, wenn bei einer angeklagten Tatserie weitergehende Feststellungen zu angeklagten Einzeltaten unmöglich sind (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2005 - 5 StR 441/04, NStZ-RR 2005, 211; vgl. auch Beschluss vom 2. August 1989 - 3 StR 191/89). Ob von Feststellungen auch dann abgesehen werden kann, wenn ein dem Angeklagten vorgeworfenes Verhalten mit Sicherheit straflos ist (vgl. OLG Stuttgart, NStZ-RR 2013, 174; OLG Jena, Urteil vom 22. April 2015 - 162 Ss 127/14 und 128/14; vgl. auch OLG Brandenburg, Urteil vom 9. November 2010 - [2] 53 Ss 67/10 [39/10]), kann dahinstehen. Denn dies ist nicht der Fall.

2. Ein Notar ist gemäß § 1 BNotO Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2b StGB (vgl. Eser/Hecker in 10  
Schönke/Schröder, 29. Aufl., § 11 Rn. 19) und nimmt mit der Erhebung der gesetzlich vorgeschriebenen Gebühren nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO eine Diensthandlung gemäß §§ 332, 334 StGB vor.

a) Eine Diensthandlung liegt jedenfalls vor, wenn das Handeln zu den dienstlichen Obliegenheiten des Amtsträgers 11  
gehört und von ihm in dienstlicher Eigenschaft vorgenommen wird (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 1983 - 4 StR 375/82, BGHSt 31, 264, 280; MüKoStGB/Korte, 2. Aufl., § 331 Rn. 84). Dies ist bei der Gebührenerhebung durch einen Notar zu bejahen (vgl. Usinger/Jung, wistra 2011, 452, 455; abweichend für einen Fall nachträglicher Rückgewähr von Gebührenteil OLG Stuttgart NJW 1969, 943).

Der Notar ist - verfassungs- und europarechtskonform (vgl. nur BVerfG, NJW 2015, 2642 m. Anm. Terner; EuGH 12  
NJW 2011, 2941) - gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO zur Erhebung der gesetzlichen Gebühr amtlich verpflichtet (BGH, Urteil vom 24. November 2014 - NotSt [Brgf] 1/14, DNotZ 2015, 461, 465). Durch diese Amtspflicht soll namentlich verhindert werden, dass es zu einem Verdrängungswettbewerb unter den Notaren kommt; die Vorschrift bezweckt die Sicherung einer funktionsfähigen Rechtspflege, indem leistungsfähige Notariate und die Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen gesichert werden (vgl. BVerfG, NJW-RR 2011, 855, 856).

b) Das angeklagte Verhalten wäre auch pflichtwidrig. Unterschreitet der Notar die gesetzlichen Gebühren, verletzt er 13  
grundsätzlich seine Pflicht aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Juli 2017 - NotSt [Brgf] 2/17 Rz. 24). Der Anspruch des Notars ist gemäß § 17 Abs. 1 BNotO öffentlich-rechtlicher Natur. Deswegen sind die Gebühren des Notars - von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen - jeglicher Vereinbarung entzogen, die sich auf ihre Höhe auswirkt (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 2014 - NotSt [Brgf] 1/14, DNotZ 2015, 461, 466; OLG Celle, NJOZ 2012, 1071; vgl. § 125 GNotKG bzw. § 140 Satz 2 KostO aF). Gleichwohl getroffene Vereinbarungen sind nichtig und befreien den Notar nicht von der Pflicht zur Erhebung der gesetzlich vorgesehenen Gebühren (vgl. BGH aaO; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 26. November 2012 - 20 W 154/11 mwN). Diese Pflicht ist gleichermaßen verletzt, wenn der Notar Gebührenrechnungen nur zum Schein in voller Höhe ausstellt, dem

Kostenschuldner aber von vornherein zusichert, nur einen Teil davon tatsächlich geltend zu machen.

c) Der Angeklagte S. und der inzwischen verstorbene Notar Sc. sollten - den Anklagevorwurf als zutreffend unterstellt 14  
- für ihre pflichtwidrigen Diensthandlungen auch Vorteile im Sinne von §§ 332, 334 StGB erhalten, nämlich die  
Erteilung von Beurkundungsaufträgen durch den Angeklagten D. im Gegenzug für die Ermäßigung der gesetzlichen  
Notargebühren.

Ein Vorteil im Sinne der Bestechungsdelikte ist jede Leistung, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die 15  
seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert (vgl. nur BGH, Urteile vom 10.  
März 1983 - 4 StR 375/82, BGHSt 31, 264, 279, und vom 14. Oktober 2008 - 1 StR 260/08, BGHSt 53, 6;  
MüKoStGB/Korte, 2. Aufl., § 331 Rn. 60 mwN).

Er kann auch im Abschluss eines Vertrages mit dem Amtsträger bestehen, auf den dieser keinen Anspruch hat (vgl. 16  
BGH, Urteile vom 10. März 1983 - 4 StR 375/82, BGHSt 31, 264, 279 f.; vom 21. Juni 2007 - 4 StR 99/07, NSTZ  
2008, 216 f., und vom 26. Mai 2011 - 3 StR 492/10, StV 2012, 19). Nach diesen Grundsätzen liegt ein Vorteil auch in  
der Erteilung eines Beurkundungsauftrags, auf die der Notar keinen Rechtsanspruch hat (vgl. LKStGB/Sowada, 12.  
Aufl., § 331 Rn. 47). Dies war vorliegend nach der Anklage der Fall.

3. Die Sache bedarf daher insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung. 17