



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 339/08

vom

11. Februar 2009

in der Strafsache

gegen

wegen Untreue u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 11. Februar 2009, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Rissing-van Saan,

die Richter am Bundesgerichtshof
Rothfuß,
Prof. Dr. Fischer,
Dr. Appl,
Cierniak,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwältin
als Verteidigerin,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 21. Dezember 2007
 - a) in den Fällen 2 bis 39, 44 bis 76, 82 bis 103 und 105 bis 108 der Urteilsgründe und
 - b) im gesamten Strafausspruchmit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in 58 Fällen und wegen Untreue in 49 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und vier Monaten verurteilt.
- 2 Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen und formellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

A.

3 I. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

4 Der Angeklagte war als Fachreferent in der Bauabteilung der Messe Frankfurt GmbH zuständig für die Planung, Ausführungsbetreuung und Abrechnung der Neubau-, Instandhaltungs- und Wartungsmaßnahmen in den Gewerken Heizung, Lüftung, Klima und Sanitär. Während die Aufträge der Messesellschaft zu objektbezogenen Neu- und Umbauarbeiten jeweils im Wettbewerbsverfahren vergeben wurden, erfolgte die Beauftragung externer Unternehmen im Rahmen der Bauunterhaltung auf der Grundlage befristeter Rahmenvereinbarungen. Ein Vertragspartner einer solchen Rahmenvereinbarung war bereits seit den 1980er Jahren die G. S. H. GmbH (im Folgenden: S. GmbH).

5 Der Angeklagte war schon vor dem hier abgeurteilten Tatzeitraum, nämlich spätestens seit 1992 in die bereits seit langen Jahren bestehenden Korruptionsstrukturen bei der Messe Frankfurt GmbH eingebunden. Er hatte seither von verschiedenen Vorteilgebern, darunter auch dem Geschäftsführer der S. GmbH, dem gesondert verurteilten N. J. Sch., zunächst Sach-, später dann fortlaufende Geldzuwendungen erhalten.

6 1. Der Angeklagte und N. J. Sch. vereinbarten Anfang 1997 eine prozentuale Beteiligung des Angeklagten an sämtlichen Umsätzen, die die S. GmbH mit der Messe Frankfurt erzielte; diese Beteiligung belief sich zunächst auf 3 % der Nettoumsätze und wurde später auf 4 % und schließlich auf 5 % erhöht. Gegenstand der Vereinbarung war außerdem, dass unausgeschöpfte Reserven in den dem Angeklagten zur Verfügung stehenden Jahresbudgets für sog. „Luftnummern“ genutzt wurden, bei denen der Angeklagte Aufträge an die S. GmbH fingierte, denen tatsächlich kein Bedarf seiner Arbeit-

geberin zu Grunde lag und die dann zum Gegenstand von Rechnungen der S. GmbH an die Messegesellschaft über – tatsächlich nicht erbrachte – Arbeits- und Materialleistungen gemacht wurden. Den Ertrag aus diesen „Luftnummern“ teilten sich der Angeklagte und die S. GmbH im Verhältnis 1 : 2.

7 Auf Grund dieser Vereinbarung stellte der Angeklagte in der Folge der S. GmbH Scheinrechnungen auf seinen eigenen Namen, den eines Familienangehörigen oder auf ein eigens zu diesem Zweck gegründetes Unternehmen seiner Ehefrau. Die S. GmbH beglich diese Rechnungen durch Scheckzahlungen. In einzelnen Fällen bezahlte das Unternehmen auch Sachleistungen an den Angeklagten oder an dessen Familienangehörige. Spätestens kurz nach der jeweiligen Zahlung rechnete N. J. Sch. deren jeweiligen Betrag zuzüglich eines Aufschlags von 15 % als „Luftpositionen“ in Rechnungen an die Messegesellschaft ein, die der Angeklagte dort als sachlich richtig abzeichnete.

8 Das Landgericht hat der Verurteilung 39 Zahlungen der S. GmbH an den Angeklagten (Fälle 2 bis 40 der Urteilsgründe) sowie 36 Fälle der Einrechnung in und Abzeichnung von Rechnungen an die Messegesellschaft (Fälle 41 bis 76 der Urteilsgründe) im Tatzeitraum von Februar 1997 bis November 2000 zu Grunde gelegt. Der Gesamtbetrag der Zahlungen der S. GmbH, die im Tatzeitraum etwa 90 % ihrer gesamten Umsätze aus Aufträgen der Messe erzielte, belief sich auf knapp 1,5 Mio. DM, wobei der Angeklagte den letzten ihm übergebenen Scheck über 185.600 DM in Folge seiner Festnahme im November 2000 nicht mehr einlösen konnte. Der Gesamtschaden der Messegesellschaft aus diesen Fällen belief sich auf gut 1,78 Mio. DM.

- 9 N. J. Sch. leistete die Zahlungen, um sich den Einfluss des Angeklagten auf die Entscheidung über die turnusmäßige Verlängerung der Rahmenvereinbarung zu sichern. Der Angeklagte war zwar für die Neuvergabe von Rahmenvereinbarungen formell nicht zuständig, konnte aber insofern informell Einfluss nehmen, als die zuständige Einkaufsabteilung dazu neigte, Unternehmen zu beauftragen, die auf Grund bestehender Zusammenarbeit von dem jeweiligen Fachreferenten geschätzt und empfohlen wurden. Außerdem handelte Sch. in dem Bewusstsein, das Angebot seines Unternehmens im Rahmen der Neuvergabe günstiger kalkulieren zu können, wenn er sich das Wohlwollen des Fachreferenten bei der Rüge etwaiger Mängel erkaufte hatte.
- 10 2. Der Angeklagte vereinbarte auch mit dem Vertriebsleiter der Y. I. GmbH, die im Tatzeitraum für die Messegesellschaft laufend im Bereich der Klimatechnik tätig war, als Gegenleistung für die bevorzugte Vergabe von Wartungsaufträgen eine Beteiligung in Höhe von 3 % der Nettoumsätze, die dieses Unternehmen aus Aufträgen der Messe erwirtschaftete. In Erfüllung dieser Vereinbarung gewährte das Unternehmen dem Angeklagten und seiner Familie in den Jahren 1998 bis 2000 in vier Fällen Sachleistungen (Klimatechnik, Fernreisen) im Gegenwert von insgesamt 98.780 DM (Fälle 77 bis 80 der Urteilsgründe).
- 11 3. Die W. G. GbR, die für die Messegesellschaft laufend im Bereich Heizungstechnik tätig war, erbrachte an den Angeklagten zur Sicherung der Erteilung weiterer Aufträge und zur Gewährleistung einer reibungslosen Auftragsabwicklung im September 1998 eine Sachleistung, indem sie in einer seiner Eigentumswohnungen eine Gastherme einbaute, ihm die Bezahlung der ausgestellten Rechnung über knapp 9.000 DM jedoch erließ (Fall 81 der Urteilsgründe).

- 12 Später vereinbarte der Angeklagte mit Vertretern dieses Unternehmens eine Beteiligung in Höhe von 10 % der mit der Messe erzielten Nettoumsätze. In Erfüllung dieser Vereinbarung, mit der die Beteiligten den gleichen Zweck verfolgten wie mit der Sachleistung im Fall 81, zahlte das Unternehmen von August 1999 bis Oktober 2000 an den Angeklagten in 11 Fällen Bestechungsgelder in einer Gesamthöhe von 43.000 DM (Fälle 82 bis 92 der Urteilsgründe). Diese Beträge wurden zuzüglich eines Aufschlages zur Abdeckung der Steuerlast als „Luftpositionen“ in Rechnungen der G. GbR an die Messegesellschaft eingerechnet, die der Angeklagte dort als sachlich richtig abzeichnete (Fälle 93 bis 103 der Urteilsgründe). Der Gesamtschaden der Messe Frankfurt GmbH aus ihren Zahlungen auf die nicht erbrachten Leistungen belief sich auf knapp 85.000 DM.
- 13 4. Die W. H. Mü. GmbH & Co. KG erbrachte in den Jahren 1998 und 1999 an den Angeklagten in zwei Fällen Sachleistungen im Gesamtwert von 12.000 DM, um auch künftig mit Aufträgen der Messe bedacht zu werden (Fälle 105 und 106 der Urteilsgründe). Der Gegenwert wurde als „Luftpositionen“ in Rechnungen des Unternehmens an die Messegesellschaft eingerechnet, die der Angeklagte dort als sachlich richtig abzeichnete (Fälle 107 und 108 der Urteilsgründe).
- 14 5. Mit dem Geschäftsführer der Ge. S. GmbH & Co. KG vereinbarte der Angeklagte im Jahr 2000 die Zahlung eines Bestechungsgeldes in Höhe von 20.000 DM für in Aussicht gestellte Aufträge. Bei der Übergabe des Geldes am 10. November 2000 wurde der Angeklagte festgenommen (Fall 104 der Urteilsgründe).
- 15 6. Der Angeklagte gab am 7. Juni 2001 vor dem Arbeitsgericht Frankfurt zu Gunsten der Messe Frankfurt GmbH ein Schuldanerkenntnis über

800.000 DM ab und unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung. Er erfüllte die Forderung aus dem Schuldanerkenntnis durch Verwertung seines Vermögens bis zum 19. Mai 2005 vollständig. In Folge von Zahlungen der anderweit verfolgten Tatbeteiligten ist der der Messegesellschaft aus den Taten entstandene Schaden inzwischen vollständig ausgeglichen.

16 II. Das Landgericht hat sämtliche Fälle, in denen der Angeklagte Geld- oder Sachleistungen angenommen hatte oder sich hatte versprechen lassen, jeweils als Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 1 StGB gewürdigt. Das Abzeichnen der die „Luftpositionen“ enthaltenden Rechnungen hat es jeweils als Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB angesehen. Im Verhältnis der 58 Fälle des § 299 Abs. 1 StGB und der 49 Fälle des § 266 Abs. 1 StGB untereinander ist es von Tatmehrheit ausgegangen.

B.

17 Die Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge überwiegend Erfolg. Die Verfahrensrügen sind unbegründet.

18 I. Der Senat teilt die Bedenken der Revision gegen die Wirksamkeit der Anklageschrift in den Fällen 9 und 17 der Urteilsgründe aus den vom Generalbundesanwalt dargelegten Gründen nicht.

19 II.1. In den Fällen 2 bis 39, 44 bis 76, 82 bis 103 und 105 bis 108 der Urteilsgründe hält die konkurrenzrechtliche Beurteilung der materiellrechtlichen Überprüfung nicht stand.

20 Das Landgericht hat auch für diese Fälle, in denen die von ihm jeweils festgestellte Einrechnung von „Luftpositionen“ samt Abzeichnung der betreffen-

den Rechnungen durch den Angeklagten mit einer oder mehreren der festgestellten Bestechungsleistungen an ihn korrespondiert (nämlich Fälle 2 bis 39 mit Fällen 44 bis 76, Fälle 82 bis 92 mit Fällen 93 bis 103 und Fälle 105 bis 106 mit Fällen 107 bis 108), ohne nähere Begründung Tatmehrheit nach § 53 Abs. 1 StGB angenommen. Dies lässt besorgen, dass es sich die Grundsätze der Konkurrenzbeurteilung in derartigen Fällen des Zusammentreffens von Bestechlichkeit und Untreue nicht hinreichend vor Augen geführt hat.

21 Für diese Beurteilung kommt es darauf an, ob tatbestandsrelevante Handlungen der Bestechlichkeit und der Untreue in irgendeiner Phase der Tatausführung zumindest teilweise zusammenfallen. Derartige Überschneidungen mögen sich etwa in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Herbeiführung des Vermögensnachteils für den Treugeber im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB ergeben (vgl. BGHSt 47, 22, 27 f.; BGH wistra 2004, 29, 30), worauf der Vertreter der Bundesanwaltschaft zutreffend hingewiesen hat. Jedoch können tatbestandliche Ausführungshandlungen der Untreue auch schon zu einem früheren Zeitpunkt vorgenommen worden sein, wenn der Täter bereits eine pflichtwidrige Handlung ausgeführt hat. Dabei liegt zwar dann, wenn der Täter anlässlich der Bestechungstat lediglich ankündigt, sich pflichtwidrig verhalten zu wollen, noch keine Verletzungshandlung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB vor. Anders ist es aber, wenn in einem solchen Gespräch bereits Einzelheiten einer späteren Manipulation konkret vereinbart werden. Dabei sind um so geringere Anforderungen an den Inhalt eines solchen Gesprächs zu stellen, je mehr es sich um ein unter den Beteiligten eingespieltes System handelt (vgl. BGHSt 47, 22, 27 f.) – was hier angesichts der Verabredung einer umsatzbezogenen Beteiligung des Angeklagten über einen längeren Zeitraum jedenfalls in den Fällen der Bestechung durch die S. GmbH und die G. GbR nahe liegt.

22 Vor diesem Hintergrund kann auf der Grundlage der Feststellungen des Landgerichts zum Inhalt der Abreden, die der Angeklagte mit dem jeweiligen Vorteilgeber bereits bei der erstmaligen Vereinbarung der Bestechungen getroffen hatte, nicht ausgeschlossen werden, dass die tatbestandlichen Ausführungshandlungen von Bestechlichkeit und Untreue in diesen Fällen zumindest teilweise zusammengetroffen sind (§ 52 Abs. 1 StGB).

23 2. Hingegen hält der Schuldspruch wegen Untreue in den Fällen 41 bis 43 und wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in den Fällen 40, 77 bis 81 und 104 der Urteilsgründe der materiellrechtlichen Überprüfung stand.

24 a) Dass das Landgericht im Zusammenhang mit der Einrechnung der Schmiergeldzahlungen vom 21. Mai, 19. August und 11. Dezember 1997 in die Rechnungen an die Messegesellschaft von je nur einer Untreuetat gemäß § 266 Abs. 1 StGB ausgegangen ist, weil nicht sicher zu klären war, welche Zahlungen der S. GmbH durch eine, welche durch zwei und welche durch drei fingierte Rechnungen eingerechnet worden waren, beschwert den Angeklagten nicht.

25 Ob die Taten des Angeklagten *neben* dem Untreue- *auch* den Betrugstatbestand des § 263 Abs. 1 StGB erfüllten, lässt sich auf der Grundlage der vom Landgericht getroffenen Feststellungen zu den Abläufen der Rechnungsprüfung bei der Messe Frankfurt GmbH nicht abschließend beurteilen. Der Angeklagte ist aber auch durch die Nichtverurteilung unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Betruges jedenfalls nicht beschwert.

26 b) Das Landgericht ist für die Bestechlichkeitsdelikte in den Fällen 40, 77 bis 81 und 104 zutreffend von *tatmehrheitlicher* Begehungsweise ausgegangen. Zwar gingen in den Fällen 77 bis 80 wohl sämtliche Leistungen der Y. I. GmbH auf die mit dem Angeklagten zuvor getroffene Vereinba-

rung über dessen Beteiligung an den Umsätzen mit der Messegesellschaft zurück. Jedoch verbindet die Tatbegehung in Gestalt einer solchen Unrechtsvereinbarung nur dann die späteren einzelnen Zahlungen zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit, wenn bereits die Vereinbarung selbst den zu leistenden Vorteil genau festlegt, mag er auch später in bestimmten Teilleistungen zu erbringen sein. Hängt dagegen der versprochene Vorteil von der künftigen Entwicklung ab, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Vorteilsgewährung – wie hier – „open-end“-Charakter trägt und prozentual von Umsatzzahlen abhängt, so erfüllt die Annahme jeder einzelnen Zahlung erneut den Bestechlichkeitstatbestand (BGH BGHR StGB vor § 1 Serienstraftaten Bestechlichkeit 1 und Serienstraftaten Bestechung 1; BGHSt 47, 22, 30 m. w. Nachw.).

27 III. Der Strafausspruch des angefochtenen Urteils hält der materiellrechtlichen Überprüfung insgesamt nicht stand.

28 1. Das Landgericht hat eine Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen einer Strafmilderung nach § 46a, § 49 StGB versäumt, zu der nach seinen Feststellungen – insbesondere zu den Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Angeklagten nach seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft – Anlass bestanden hätte. Zwar mag die Relation der Gesamtschadenssumme von mehr als 1,8 Mio. DM zu der vom Angeklagten erbrachten Wiedergutmachungsleistung von 800.000 DM vordergründig Zweifel daran hervorrufen, ob der Angeklagte die Geschädigte im Sinne des § 46a StGB ganz oder zum überwiegenden Teil entschädigt hatte. Jedoch kann auch ein Teilschadensausgleich von weniger als der Hälfte zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 46a Nr. 2 StGB ausreichen, wenn der Geschädigte sich mit der Teilleistung zufrieden gibt und den Täter von der weitergehenden Haftung freistellt (BGH NJW 2001, 2557, 2558).

29 Die neu entscheidende Kammer wird mithin Feststellungen zu den näheren Umständen der Abgabe des Schuldanerkenntnisses durch den Angeklagten vor dem Arbeitsgericht Frankfurt am 7. Juni 2001 und zum Inhalt der von der Strafkammer erwähnten weiteren Vereinbarung mit der Messegesellschaft vom 3. Dezember 2001 zu treffen haben.

30 Auf der mangelnden Erörterung des § 46a StGB beruht der Strafausspruch, da nicht auszuschließen ist, dass der Tatrichter sich im Falle seiner Anwendung zur Zumessung niedrigerer Einzelstrafen hätte veranlasst sehen können. Dies gilt um so mehr, als für diejenigen Delikte, die das Landgericht als besonders schwere Fälle eingestuft hat, eine Berücksichtigung dieses vertypen Milderungsgrundes auch im Wege eines Absehens von der Regelwirkung der Gewerbsmäßigkeit möglich gewesen wäre. Die allgemeine strafmildernde Berücksichtigung der Schadenswiedergutmachung kann vor diesem Hintergrund die gebotene Prüfung der Voraussetzungen des § 46a StGB nicht ersetzen.

31 2. Der neue Tatrichter wird eine Kompensation für eine von ihm festgestellte Verletzung des Gebots zügiger Verfahrenserledigung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 MRK), anders als das angefochtene Urteil, nicht mehr nach Maßgabe der sog. „Strafabschlagslösung“ (vgl. zu dieser BGH NJW 2007, 3294 f.), sondern nach den Grundsätzen der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 17. Januar 2008 (BGHSt 52, 124 – „Vollstreckungslösung“) vorzunehmen haben. Wegen der Frage der Reichweite des Verschlechterungsverbots in derartigen Fallkonstellationen verweist der Senat auf seine Beschlüsse vom 5. März 2008 – 2 StR 54/08 – (StraFo 2008, 251) und vom 23. Juli 2008 – 2 StR 283/08 – (m. w. Nachw.).

32 IV. Eines näheren Eingehens auf die Verfahrensrügen bedarf es, soweit sie die vom Landgericht gewährte Kompensation für die Verletzung des Gebots

zügiger Verfahrenserledigung betreffen, angesichts der Aufhebung des Strafausspruches auf die Sachrüge nicht. Dasselbe gilt angesichts der Teilaufhebung im Schuldspruch für die Aufklärungsrüge betreffend die Schadenshöhe und -verteilung in den Fällen 2 bis 76 der Urteilsgründe (Komplex „S. GmbH“). Der Senat merkt insofern lediglich Folgendes an: Soweit die Revision beanstandet, das Landgericht habe im Komplex „S. GmbH“ aus dem festgestellten Gesamtbestechungsbetrag von 1.495.995,62 DM einen Gesamtschaden von nur 1.691.954,96 DM statt von 1.781.826,77 DM errechnen müssen, übersieht sie, dass Gegenstand der Verurteilung wegen Untreue auch drei Fälle waren, denen aus Gründen der Verjährung keine solchen des § 299 Abs. 1 StGB gegenüberstanden (Fälle 41 bis 43 der Urteilsgründe) und deren Schadensbeträge die Kammer zutreffend dem Gesamtschaden hinzuaddiert hat. Allerdings weist die Angabe des Gesamtbestechungsbetrages auf S. 10 UA mit 1.495.955,62 DM einen Übertragungsfehler auf; die Differenz von 40 DM ist aber wirtschaftlich belanglos und beschwert zudem den Angeklagten nicht.

33 Im Übrigen bleibt den Verfahrensrügen der Erfolg versagt.

34 1. Die Besetzungsrüge greift nicht durch. Das Landgericht konnte zur Zeit seiner Besetzungsentscheidung nach § 76 Abs. 2 S. 1 GVG angesichts der wiederholten geständigen Einlassungen der – seinerzeit noch zwei – Angeklagten im Ermittlungsverfahren und ihrer Leistungen zur Schadenswiedergutmachung von einer deutlichen Vereinfachung der Sachverhaltsaufklärung ausgehen. Zudem handelte es sich bei den angeklagten Straftaten um im wesentlich gleichartige Delikte zum Nachteil derselben Geschädigten. Unter diesen Umständen überschritt die Strafkammer mit der Anordnung einer Zweierbesetzung die Grenzen des ihr eingeräumten weiten Beurteilungsspielraums nicht (vgl. BGHSt 44, 328, 333 f.; BGH NJW 2003, 3644, 3645).

35

2. Die Ablehnung des Aussetzungsantrages vom 6. November 2007 stellte keine unzulässige Beschränkung der Verteidigung im Sinne des § 338 Nr. 8 StPO dar. Auch wenn das Landgericht in seinem Beschluss vom 22. November 2007 nicht angekündigt hatte, ob es im Falle der Feststellung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 S. 1 MRK eine Kompensation nach Maßgabe des Strafabschlagsmodells oder des Vollstreckungsmodells vornehmen würde, so lagen die Klärungsbedürftigkeit der Rechtsfrage und die Argumente zu ihrer Beantwortung in der einen oder anderen Richtung mit dem Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats vom 23. August 2007 (NJW 2007, 3294) doch offen zutage. Dass der Tatrichter für sich in Anspruch nahm, eine offene und durch die obergerichtliche Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärte Rechtsfrage selbst zu beantworten, hinderte die Verteidigung mithin nicht, sich auf die Rechtslage einzurichten und gezielt in die gewünschte Richtung zu argumentieren.

Rissing-van Saan

Rothfuß

Fischer

Appl

Cierniak