



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

5 StR 278/21

vom  
27. April 2022  
in der Strafsache  
gegen

1.

2.

3.

Nebenbeteiligte:

wegen Bestechlichkeit u.a.

hier: Revisionen der Nebenbeteiligten und der Staatsanwaltschaft hinsichtlich  
der Nebenbeteiligten



Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 27. April 2022, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Cirener,

Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Mosbacher,

Richter am Bundesgerichtshof Köhler,

Richter am Bundesgerichtshof von Häfen,

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Werner

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof V. – in der Verhandlung,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof G. – in der Verkündung

als Vertreter des Generalbundesanwalts,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Nebenbeteiligten und der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 6. Januar 2021 werden verworfen.

Die Nebenbeteiligte hat die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen.

Die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft und die der Nebenbeteiligten dadurch entstandenen notwendigen Auslagen werden der Staatskasse auferlegt.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten K. wegen Bestechung in acht Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue in 27 Fällen, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Die beiden anderen Angeklagten hat es u.a. wegen Bestechlichkeit zu Gesamtfreiheitsstrafen von einem Jahr und zehn Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung (B. ) sowie drei Jahren und zehn Monaten (T. ) verurteilt. In Bezug auf die Angeklagten ist das Urteil rechtskräftig. Gegen die Nebenbeteiligte hat das Landgericht wegen der abgeurteilten Straftaten des Angeklagten K. als Geschäftsführer der Nebenbeteiligten gemäß

§ 30 OWiG eine Geldbuße von 150.000 Euro festgesetzt. Mit ihrer zu Ungunsten der Nebenbeteiligten eingelegten, auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten und auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision beanstandet die Staatsanwaltschaft die Höhe der Geldbuße. Die Nebenbeteiligte wendet sich mit der Sachrüge gegen den Geldbußenausspruch.

2 Beide Rechtsmittel bleiben ohne Erfolg.

I.

3 1. Zu den abgeurteilten Taten des Angeklagten K. hat das Landgericht im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4 Der Angeklagte K. war im gesamten Zeitraum der abgeurteilten Taten alleiniger Geschäftsführer der Nebenbeteiligten, bei der es sich um ein Straßenbauunternehmen handelt. Den überwiegenden Anteil des Umsatzes erzielte die Nebenbeteiligte mit Aufträgen der H., davon in den Jahren 2010 bis 2014 allein rund 20 Prozent durch Aufträge des Bauhofs W.

. Der Mitangeklagte T. war Leiter dieses Bauhofs und damit zuständig für die Vergabe öffentlicher Aufträge für Straßenbauarbeiten an Drittfirmen sowie für die Verwaltung des hierfür bereitgehaltenen Budgets. Der Mitangeklagte B. war stellvertretender Bauleiter des Bauhofs.

5 Innerhalb des Tatzeitraums von Januar 2010 bis zum 6. August 2014 gewährte der Angeklagte K. als Geschäftsführer der Nebenbeteiligten den Mitangeklagten T. und B. in jeweils vier Fällen Vorteile für die bevorzugte Vergabe von Aufträgen des Bauhofs an die Nebenbeteiligte. Die Aufträge hatten jeweils die Beseitigung kleinerer Straßenschäden zum Gegenstand, insbesondere von Schlaglöchern. Für die Durchführung solcher Baumaßnahmen durch

Drittunternehmen bestand in H. ein besonderer Rahmenvertrag, der sogenannte Kleinvertrag für Erhaltungsarbeiten an Straßen („KLV-Bit“).

6 a) Jedenfalls auch zur Vorbereitung der Bestechungstaten hatte der Mitangeklagte T. am Bauhof W. eine besondere Praxis für die Vergabe von Straßenreparaturaufträgen etabliert, obwohl sie zu den Vorgaben des „KLV-Bit“ im Widerspruch stand. So wurden die Auftragsvolumina am Bauhof W.

lediglich pauschal festgelegt, während sie nach dem „KLV-Bit“ eigentlich auf der Basis einer individuellen Prognose des tatsächlichen Reparaturaufwands zu bestimmen waren. Dies hatte zum Hintergrund, dass die Behördenleitung einerseits unter erheblichem Druck der Politik stand, die aufgrund medialer Berichterstattung eine schnelle Beseitigung von Straßenschäden verlangte. Aufgrund der unzureichenden personellen Ausstattung ließ sich eine schnellere Auftragsvergabe an Drittfirmen andererseits nur dann gewährleisten, wenn die zeitintensive Kostenschätzung seitens des Bauhofs unterblieb.

7 In der Absicht, die Nebenbeteiligte am Bauhof W. in ein Abhängigkeitsverhältnis zu manövrieren, beauftragte sie der Mitangeklagte T. regelmäßig zur Beseitigung von Schadstellen, ohne dass sie vorher eine Kostenschätzung abgegeben hatte. Teilweise erfolgte die formale Auftragsvergabe sogar erst, nachdem die Arbeiten durch die Nebenbeteiligte bereits ausgeführt worden waren. Wie vom Mitangeklagten T. beabsichtigt, führte dies dazu, dass die Nebenbeteiligte bei zahlreichen Aufträgen das Auftragsvolumen überschritt und mehr als die unter dem Auftrag zulässigen Arbeiten zur Schadensbeseitigung ausführte. Denn es kam vor, dass bei der pauschalen Bemessung des Auftragsvolumens der zu beseitigende Schaden irrtümlich zu niedrig eingeschätzt wurde oder das tatsächliche Ausmaß des Schadens erst im Laufe der Reparatur zum Vorschein kam.

- 8           Anstatt die zusätzlichen Arbeiten durch eine Auftragserweiterung im Rahmen des konkreten Auftragsverhältnisses abzurechnen, verwies der Mitangeklagte T.       den Angeklagten K.       auf die Möglichkeit, die nicht abrechenbaren Arbeiten bei Folgerechnungen mit „einzupreisen“. Dabei machte er sich zunutze, dass bei der pauschalen Vergabe auch bei Kleinstschäden stets das nach dem „KLV-Bit“ (zunächst) höchstmögliche Auftragsvolumen festgesetzt wurde, so dass bei manchen Aufträgen neben tatsächlich erbrachten Arbeiten auch noch „Spielraum“ für das Aufnehmen nicht erbrachter Arbeiten in die Rechnungsunterlagen verblieb.
- 9           Da der Angeklagte K.       auf die Aufträge des Bauhofs W.       angewiesen war, beugte er sich diesem vom Mitangeklagten T.       vorgegebenen Vorgehen, auch wenn er wusste, dass es nach dem „KLV-Bit“ unzulässig war und auch am Bauhof W.       , wie bei den anderen Bezirksämtern, eine nachträgliche Auftragserweiterung grundsätzlich möglich war. Der Mitangeklagte T.       teilte ihm hierzu jeweils mit, in welcher Höhe und bei welchen konkreten Aufträgen noch nicht abgerechnete Arbeiten in die Rechnung der Nebenbeteiligten „eingepreist“ werden konnten. In diesen wurde die Differenz zwischen dem Wert der geleisteten Arbeit und dem Auftragsvolumen sodann aufgefüllt, indem zum Beispiel zusätzliche Massen für angeblich verbauten Asphalt erfunden oder die Abmessungen der zu reparierenden Schadstelle künstlich vergrößert wurden.
- 10          Für die Nebenbeteiligte folgte aus diesem Vorgehen, dass sie die Kosten für ausgeführte Arbeiten erst mit erheblichem zeitlichen Verzug abrechnen konnte. In der Zwischenzeit musste sie die Kosten, etwa für den verbauten Asphalt, vorfinanzieren. Mit der Zeit liefen auf diese Weise immer höhere Finanzierungskosten auf. Damit einher ging für die Nebenbeteiligte zudem ein Abhängigkeitsverhältnis zum Bauhof W.       und damit – wie von diesem von vornherein beabsichtigt – zum Mitangeklagten T.       . Denn die Nebenbeteiligte war aufgrund der weiter anwachsenden Finanzierungskosten darauf angewiesen,

dass dieser immer neue Aufträge erteilte, welche ausreichend Spielraum für die Vornahme von Verrechnungen ließen.

11                    b) Bereits sehr kurze Zeit nach dem Beginn der Zusammenarbeit zwischen der Nebenbeteiligten und dem Bauhof, als sich ihre Abhängigkeit aus Sicht des Mitangeklagten T.                    ausreichend verfestigt hatte, forderte dieser an einem unbestimmten Tag im Jahr 2009 vom Angeklagten K.                    für die zukünftige Zuteilung von Aufträgen an die Nebenbeteiligte zehn Prozent des jeweiligen Auftragsvolumens. Nachdem der Angeklagte K.                    dieses Verlangen zunächst abgelehnt hatte, gab er der Forderung schließlich insofern nach, als er dem Mitangeklagten T.                    spätestens am 10. Januar 2010 eine Tankkarte der Nebenbeteiligten im Gegenzug für die dauerhafte, bevorzugte und durch diese Vorteilsge- währungen geleitete Auftragsvergabe des Bauhofs übergab. Bis August 2014 flossen dem Mitangeklagten T.                    durch Nutzung der Tankkarte, die in diesem Zeitraum aus konspirativen Gründen mehrfach ausgetauscht wurde, Schmiergel- der im Umfang von 45.365,13 Euro zu. Die dabei generierten Tankumsätze wur- den zunächst von der Nebenbeteiligten beglichen.

12                    Der Mitangeklagte T.                    ließ sich bei der Erteilung von Straßenbauauf- trägen an die Nebenbeteiligte ab dem Zustandekommen der Unrechtsvereinba- rung seit Januar 2010 im Rahmen seines Ermessens bewusst sachwidrig allein davon leiten, dass ihm der Angeklagte K.                    durch die gewährte Tankkarten- nutzung wirtschaftliche Vorteile zukommen ließ. Über die so vergebenen Auf- träge erwirtschaftete die Nebenbeteiligte im Tatzeitraum Brutto-Umsätze von 4.906.521 Euro.



- 13            Zudem vereinbarten die Angeklagten K.        und T.        noch im Rahmen des spätestens am 10. Januar 2010 geführten Gesprächs, dass die Tankkartenumsätze im Rahmen der Abrechnung der erteilten Aufträge durch die Nebenbeteiligte gegenüber dem Bauhof als verdeckte kick-back-Zahlungen „eingepreist“ werden sollten. Für die Umsetzung griffen sie auf das bereits zuvor etablierte „System der Verrechnungen“ zurück.
- 14            Die erhöhten Rechnungen innerhalb des Bauhofs zur Auszahlung zu bringen, obwohl ihnen keine die abgerechneten Arbeiten belegenden, eigentlich zwingend für die Freigabe der Rechnungen notwendigen zahlungsbegründenden Nachweise beigelegt waren, oblag dem Mitangeklagten T.        . Dieser zeichnete die Rechnungen hierzu teilweise selbst als rechnerisch und/oder sachlich richtig ab. Bei anderen Rechnungen wies er Techniker des Bauhofs an, diese ohne Prüfung mit ihrer Unterschrift freizuzeichnen, indem er ihnen bewusst wahrheitswidrig vorspiegelte, die Rechnungen bereits selbst überprüft zu haben.
- 15            Auf diese Weise kamen, wie von den Angeklagten T.        und K.        beabsichtigt, in 27 Fällen Rechnungsbeträge in Höhe von 326.126,67 Euro zur Auszahlung, obwohl diesen Rechnungen im jeweils konkreten Auftragsverhältnis nicht erbrachte Arbeiten in Höhe von insgesamt 188.116,02 Euro zugrunde lagen. Hierbei wurde der Auftrag in elf Fällen direkt an die Nebenbeteiligte vergeben. In sechs Fällen wurde die J.        P.        B.        GmbH beauftragt sowie in weiteren zehn Fällen die J.        GmbH. Beide Unternehmen reichten diese Aufträge jeweils – wie zwischen den Angeklagten T.        und K.        vereinbart – an die Nebenbeteiligte weiter, wofür ihnen diese stets eine Provision von fünf Prozent auf die jeweilige Netto-Rechnungssumme gewährte. Diese Vorgehensweise diente dazu, der Nebenbeteiligten in bewusster Umgehung der sogenannten „Streuungsliste“ mehr Aufträge zu verschaffen, als ihr aufgrund dieser spezifischen internen Verwaltungsvorgabe am Bauhof W.        zustanden. Nach der „Streuungsliste“ durfte sämtlichen

Unternehmen, die mit dem Bauhof zusammenarbeiteten, in Abhängigkeit von ihrer Größe nur jeweils ein bestimmtes Auftragsvolumen zugeteilt werden. Hierdurch sollte verhindert werden, dass das gesamte Budget des Bauhofs nur an einige wenige Unternehmen vergeben werden konnte.

16           c) Im weiteren Verlauf der Zusammenarbeit einigten sich die Angeklagten K. und T. zusätzlich über drei Bargeldzahlungen in Höhe von jeweils 10.000 Euro. Diese Geldzahlungen wurden wiederum als Gegenleistung für die weitere pflichtwidrige, bevorzugte Vergabe von Straßenbauaufträgen an die Nebenbeteiligte gewährt, wobei die Gelder im Wesentlichen aus einer Schwarzgeldkasse stammten. Die Angeklagten vereinbarten im Zusammenhang mit den Geldübergaben jeweils, das bereits im Rahmen der ursprünglichen Unrechtsvereinbarung abgestimmte System der verdeckten kick-back-Zahlungen beizubehalten. Dabei vermochte das Landgericht nicht aufzuklären, ob und teilweise in welche konkreten Rechnungsvorgänge diese dreimaligen Schmiergeldzahlungen vom Angeklagten K. „eingepreist“ wurden. Diese Schmiergelder gelangten jedenfalls teilweise nicht mehr bis zum Ende der Tatzeit zur (vollständigen) Verrechnung.

17           d) Dem Mitangeklagten B. gewährte der Angeklagte K. als Geschäftsführer der Nebenbeteiligten in vier selbständigen Fällen Vorteile für dessen Mithilfe bei der Ermöglichung der Auftragsvergabe durch den Mitangeklagten T. . Für die betreffenden Zahlungen der Nebenbeteiligten war jedoch von vornherein keine „Verrechnung“ gegenüber dem Bauhof Wandsbek vorgesehen.

18           2. Das Landgericht hat die von dem Angeklagten K. begangenen Taten als Anknüpfungstaten im Sinne von § 30 Abs. 1 OWiG und die verhängte Gesamtstrafe als Grundlage für die Bemessung der Geldbuße angesehen und entsprechend nur eine Geldbuße gegen die Nebenbeteiligte verhängt. Bei deren

Bemessung hat es zwischen einem Abschöpfungs- und einem Ahndungsanteil differenziert.

19 a) Der Bestimmung des Abschöpfungsanteils hat die Strafkammer zugrunde gelegt, dass die Nebenbeteiligte in den Jahren 2010 bis 2014 mit Aufträgen des Bauhofs W. insgesamt einen Netto-Umsatz von 4.428.918 Euro erwirtschaftet habe. Sie hat eine Gewinnmarge von fünf Prozent angenommen und so einen abgerundeten Rohgewinn von 201.000 Euro ermittelt. Hiervon hat die Strafkammer eine Steuer- (nämlich für Körperschafts-, Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag), Sicherheits- und Kostenpauschale von insgesamt rund 44,5 Prozent in Abzug gebracht und so einen abzuschöpfenden Reingewinn von 111.555 Euro ermittelt.

20 Dabei ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der Sicherheitszuschlag auch sämtliche von der Nebenbeteiligten nicht mehr im Wege der Rückvergütung zurückerlangte Schmiergeldzahlungen sowie von ihr aufgebrauchte Vorfinanzierungskosten beinhaltet, die für ausgeführte Arbeiten nach der Abrede mit dem Mitangeklagten T. erst mit späteren Rechnungsvorgängen verrechnet werden sollten. Zudem hat im Rahmen des Abschöpfungsanteils keine eigenständige, zusätzliche Berücksichtigung gefunden, dass die Nebenbeteiligte über die 27 Aufträge, die den Verurteilungen der Angeklagten T. und K. wegen Untreue bzw. Beihilfe zur Untreue zugrunde lagen, gegenüber dem Bauhof W. nicht erbrachte Arbeiten im Wert von 188.116,02 Euro abgerechnet hatte, da es sich auch hierbei zumindest teilweise um die Verrechnung von Schmiergeldern, Vorfinanzierungskosten und bei anderen Aufträgen erbrachten Leistungen gehandelt habe. Dem hat es die rechtliche Würdigung zugrunde gelegt, dass die Schmiergelder nach dem Nettoprinzip abzugsfähige Positionen darstellen, da sie aufgewendet werden mussten, um die Aufträge zu erhalten. Auch die Vorfinanzierungskosten und Verrechnungen aus anderen Aufträgen seien nach dem Nettoprinzip abzugsfähig.

21            b) Den Ahndungsanteil hat die Strafkammer unter Anwendung des Bußgeldrahmens des § 30 Abs. 2 Nr. 1 OWiG auf 38.445 Euro bestimmt. Bei der Bemessung hat sie in erster Linie die für den Angeklagten K. getroffenen Strafzumessungserwägungen, den Unrechtsgehalt seiner Anknüpfungstat sowie deren Auswirkungen auf den geschützten Ordnungsbereich berücksichtigt. Sie hat in die Abwägung mit einbezogen, dass eine Ahndung der Nebenbeteiligten nicht zu einer mittelbaren Doppelbestrafung des Angeklagten K. führen dürfe. Mildernd sind die näher dargestellten wirtschaftlichen Verhältnisse der Nebenbeteiligten berücksichtigt worden sowie, dass diese nach den Taten einen näher dargelegten umfangreichen Selbstreinigungsprozess durchlaufen habe, ihr durch die Verhängung des Bußgelds und die damit einhergehende Eintragung in das sogenannte Wettbewerbsregister ein Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren drohe, sie seit Bekanntwerden der Taten im August 2014 von der H. weitgehend nicht mehr beauftragt werde und sie sich vor dem Landgericht Itzehoe u.a. wegen der hiesigen Taten zivilrechtlichen Forderungen ausgesetzt sehe.

II.

22            Der Senat war nicht dadurch an der Durchführung der Hauptverhandlung und der daraufhin ergehenden Entscheidung gehindert, dass in der Revisionshauptverhandlung trotz ordnungsgemäßer Benachrichtigung weder ein Vertreter der Nebenbeteiligten noch – aufgrund bewusster Entscheidung – deren Rechtsbeistand erschienen ist (vgl. § 444 Abs. 2 Satz 1, § 350 StPO; vgl. auch KK-StPO/Gericke, 8. Aufl., § 350 Rn. 8).

III.

23 Die Revision der Nebenbeteiligten ist unbegründet. Die Überprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler zu ihrem Nachteil ergeben.

24 1. Da die Nebenbeteiligte in ihrer Revisionsbegründung in Bezug auf den gegen den Angeklagten K. ergangenen Schuldspruch keine Einwendungen vorgebracht hat, steht dieser nicht zur Überprüfung des Revisionsgerichts (§ 444 Abs. 2 Satz 2 iVm § 431 Abs. 1 Satz 1 StPO, siehe hierzu auch KK-StPO/Schmidt, 8. Aufl., § 444 Rn. 12; LR/Gaede StPO, 27. Aufl., § 444 Rn. 42; MüKo-StPO/Scheinfeld/Langlitz, § 444 Rn. 41; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 444 Rn. 18; offen gelassen in BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2013 – 3 StR 167/13, insoweit in BGHSt 59, 34 nicht abgedruckt). Der insoweit eindeutigen gesetzlichen Regelung, die für die Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person im Strafverfahren auf die Vorschriften über das Einziehungsverfahren verweist, steht nicht entgegen, dass die Stellung des mit einer Geldbuße bedrohten Verbandes derjenigen eines Beschuldigten ähnelt, während die Stellung des Einziehungsbeteiligten mit derjenigen des Hauptintervenienten (§ 64 ZPO) im Zivilprozess vergleichbar sein mag. Trotz in diese Richtung gehender rechtspolitischer Kritik im Schrifttum (KK-OWiG/Rogall, 5. Aufl., § 30 Rn. 192 f., 214; vgl. ferner bereits die Verweise in BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2013 – 3 StR 167/13, insoweit in BGHSt 59, 34 nicht abgedruckt) hat der Gesetzgeber bei der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung die Regelungen des § 444 und des § 431 StPO (§ 437 StPO aF) unter lediglich redaktioneller Anpassung inhaltlich beibehalten (vgl. BT-Drucks. 18/9525, S. 90, 93).

25 2. Die Voraussetzungen für die Festsetzung einer Geldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG liegen vor. Der Angeklagte K. war als Geschäftsführer der Nebenbeteiligten tauglicher Täter nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG. Die Nebenbeteiligte

wurde durch die abgeurteilten Taten des Angeklagten K. bereichert. Dieser verletzte mit den Bestechungshandlungen betriebsbezogene Pflichten (vgl. BeckOK OWiG/Meyberg, 33. Ed., § 30 Rn. 82).

26            3. Die dem Abschöpfungsanteil der Geldbuße zugrunde liegende Bestimmung des Rohgewinns der Nebenbeteiligten in Höhe von 201.000 Euro ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

27            Rechtsfehlerfrei hat die Strafkammer für den Rohgewinn einen Anteil von fünf Prozent der Summe der über Aufträge des Bauhofs W. erzielten Netto-Umsätze der Nebenbeteiligten angesetzt. Hierbei durfte sie auf eine Schätzung zurückgreifen; ausreichend ist grundsätzlich sogar eine grobe Schätzung. Erforderlich sind jedoch – wenngleich keine überspannten Anforderungen zu stellen sind – nachprüfbare Angaben zu den tragenden Grundlagen in den Urteilsgründen. Diesen Anforderungen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 18. Mai 2017 – 3 StR 103/17, NJW 2017, 2565) ist das Landgericht gerecht geworden.

28            Allerdings wurde im Urteil für die Summe der Netto-Umsätze ein unzutreffender Betrag von 4.428.918 Euro festgestellt. Denn hinsichtlich der durch die Nebenbeteiligte direkt erhaltenen Aufträge fanden statt der Netto-Umsätze von insgesamt 2.133.112 Euro die Brutto-Umsätze von insgesamt 2.538.404 Euro Eingang in die Berechnung; zu ihnen wurden die ermittelten Netto-Umsätze aus den über Drittfirmen erlangten Aufträgen addiert. Der festgestellte Betrag von 4.428.918 Euro liegt damit zu hoch; die Summierung teils von Brutto- und teils von Netto-Umsätzen ist wirtschaftlich wie rechtlich sinnlos.

29            Dieser Fehler wirkte sich bei Ermittlung des Rohgewinns jedoch nicht zum Nachteil der Nebenbeteiligten aus. Denn die Strafkammer hat den Rohgewinn offensichtlich nicht aus diesem Betrag errechnet, sondern aus der insoweit korrekt gebildeten Summe allein der – vom Landgericht angenommenen (siehe

hierzu noch unten unter IV.2) – Netto-Umsätze in Höhe von 4.023.627 Euro, welche in den Urteilsgründen an anderer Stelle, nämlich in der Vorbemerkung (UA S. 11) sowie in der Begründung der Bußgeldhöhe (UA S. 163), auch allein benannt ist. Erkennbar wird dies daraus, dass sich der für den Rohgewinn angenommene Wert von 201.000 Euro rechnerisch als fünfprozentiger Anteil nur aus dieser, nicht dagegen aus der in den Feststellungen benannten Summe ergibt.

30                    4. Die Bemessung des Ahndungsanteils weist ebenfalls keine Rechtsfehler auf. Das Landgericht hat sich zutreffend an den Maßstäben des § 17 Abs. 3 OWiG orientiert, namentlich an der Bedeutung der Anlasstat und dem Ausmaß der dem Angeklagten K. vorzuwerfenden Pflichtverletzungen sowie an den wirtschaftlichen Verhältnissen der Nebenbeteiligten (vgl. BGH, Urteil vom 18. Mai 2017 – 3 StR 103/17, NJW 2017, 2565). Zudem hat es den anschließenden Selbstreinigungsprozess der Nebenbeteiligten (u.a. Einführung umfassender Compliance-Maßnahmen und eines Hinweisgebersystems) zu Recht honoriert (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2017 – 1 StR 265/16, NZWiSt 2018, 379).

#### IV.

31                    Die – teilweise vom Generalbundesanwalt vertretene – Revision der Staatsanwaltschaft ist unbegründet.

32                    1. Da die Staatsanwaltschaft ihre Revision auf den die Nebenbeteiligte betreffenden Rechtsfolgenausspruch beschränkt hat, unterliegt der der Geldbuße zugrunde liegende Schuldspruch gegen den Angeklagten K. auch bezüglich dieses Rechtsmittels nicht der revisionsgerichtlichen Kontrolle (vgl. BGH, Urteil vom 18. Mai 2017 – 3 StR 103/17, NJW 2017, 2565).

33            2. Die dem Abschöpfungsanteil der Geldbuße zugrundeliegende Bestimmung des Rohgewinns der Nebenbeteiligten in Höhe von 201.000 Euro ist nicht zum Vorteil der Nebenbeteiligten fehlerbehaftet.

34            Allerdings wurden hinsichtlich der nominell an Drittfirmen erteilten und an die Nebenbeteiligte gegen Provision „weitergereichten“ Aufträge die Netto-Umsätze der Nebenbeteiligten aus den abgerechneten Brutto-Umsätzen der Drittfirmen in einer Weise errechnet, die im Widerspruch zu den Feststellungen steht, welche die Strafkammer zur vereinbarten Provisionshöhe getroffen hat. Denn aus den Brutto-Umsätzen der Drittfirmen wurden zwar offenbar – den Rechenweg teilt das Urteil nicht mit – in korrekter Weise die zugrunde liegenden Nettobeträge ermittelt (Division durch 1,19 entsprechend dem Umsatzsteuersatz). Die fünfprozentige Provision hat die Strafkammer sodann aber direkt auf diese Nettobeträge bezogen und als Netto-Umsatz der Nebenbeteiligten jeweils einen Anteil von 95 Prozent vom Netto-Umsatz der Drittfirmen angesehen. Nach den Feststellungen gewährte die Nebenbeteiligte den Drittfirmen für ihre Dienste jedoch stets eine „Provision von 5 % auf die jeweilige Netto-Rechnungssumme“, das heißt einen entsprechenden Anteil derjenigen Rechnungssumme, die bei der Nebenbeteiligten für die von ihr erbrachten Leistungen angefallen war. Bei der Rückrechnung aus den Netto-Rechnungsbeträgen der Drittfirmen hätte also rechnerisch berücksichtigt werden müssen, dass die dort bereits enthaltene fünfprozentige Provision sich nach den noch zu ermittelnden Netto-Rechnungsbeträgen der Nebenbeteiligten bemaß (Division durch 1,05 statt Multiplikation mit 0,95). Die Netto-Umsätze, welche die Nebenbeteiligte über die von Drittfirmen erhaltenen Aufträge erzielte, summieren sich bei entsprechender Berechnung auf 1.895.252 Euro statt wie von der Strafkammer angenommen lediglich auf 1.890.514 Euro.



- 35            Der errechnete Rohgewinn wurde durch diesen Fehler jedoch nicht zum Vorteil der Nebenbeteiligten reduziert: Bei Addition der Netto-Umsätze aus den direkt erhaltenen Aufträgen von 2.133.112 Euro ergibt sich zwar für den mit Aufträgen des Bauhofs W.            erzielten Netto-Gesamtumsatz ein Wert von 4.028.364 Euro, der über dem im Urteil angesetzten Betrag von 4.023.627 Euro liegt. Beim Ansatz des fünfprozentigen Rohgewinns hat die Strafkammer ihren rechnerisch ermittelten Wert jedoch offensichtlich zugunsten der Nebenbeteiligten nach unten auf einen durch 1.000 teilbaren Betrag abgerundet. Der gleiche Betrag ergibt sich auch, wenn der aus dem zutreffenden Netto-Umsatz errechnete fünfprozentige Anteil (201.418,20 Euro) entsprechend gerundet wird. Der Senat kann daher ausschließen, dass das Landgericht bei widerspruchsfreier Berechnung einen höheren Ahndungsanteil der Geldbuße bestimmt hätte.
- 36            3. Die vom Rohgewinn in Abzug gebrachte Steuer-, Sicherheits- und Kostenpauschale von insgesamt rund 44,5 Prozent begegnet ebenfalls keinen Bedenken. Das gilt auch, soweit damit bei der Abschöpfung der von der Nebenbeteiligten erlangten Vorteile Aufwendungen abgezogen wurden, die in Schmiergeldzahlungen sowie in – im zugehörigen Vertragsverhältnis nicht abrechenbaren – Bauleistungen und Vorfinanzierungskosten bestanden. Zu Recht zugunsten der Nebenbeteiligten berücksichtigt wurde zudem ihre Steuerlast.
- 37            a) Für die Bemessung der Geldbuße gilt nach § 30 Abs. 3 iVm § 17 Abs. 4 OWiG, dass sie den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen soll. Für die Bestimmung des Abschöpfungsteils gebietet der Begriff des „Vorteils“ damit eine Saldierung, in deren Rahmen von den durch die Tat erlangten wirtschaftlichen Zuwächsen die Kosten und sonstigen Aufwendungen des Betroffenen abzuziehen sind; es

gilt das Nettoprinzip (BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2016 – 5 StR 424/15, wistra 2017, 242; zur Anwendung des Nettoprinzips vgl. ferner BGH, Urteil vom 18. Mai 2017 – 3 StR 103/17, NJW 2017, 2565; Beschluss vom 17. Oktober 2013 – 3 StR 167/13 Rn. 42, insoweit in BGHSt 59, 34 nicht abgedruckt). Zu vergleichen ist die wirtschaftliche Position vor und nach der Tat (KK-OWiG/Mitsch, 5. Aufl., § 17 Rn. 118).

38            Aufwendungen sind abzugsfähig, wenn sie durch den Erwerbsvorgang veranlasst (KK-OWiG/Rogall, 5. Aufl., § 30 Rn. 143) bzw. im unmittelbaren Zusammenhang mit der zu ahndenden Tat entstanden sind (KK-OWiG/Mitsch, 5. Aufl., § 17 Rn. 120; BeckOK OWiG/Sackreuther, 33. Ed., § 17 Rn. 125; Göhler/Gürtler/Thoma, OWiG, 18. Aufl., § 17 Rn. 41a) und ohne diese Tat nicht angefallen wären (KK-OWiG/Mitsch aaO Rn. 119). Maßgeblich ist dabei eine tatsächliche Betrachtungsweise nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten (KK-OWiG/Mitsch aaO Rn. 120); zu beurteilen ist die Abzugsfähigkeit jeweils anhand des konkreten Einzelfalls (Graf/Jäger/Wittig/Bär, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., OWiG § 17 Rn. 12).

39            b) Ausgehend von diesen Grundsätzen und im Einklang mit der Auffassung des Generalbundesanwalts ist nicht zu beanstanden, dass die Strafkammer vom Gewinn der Nebenbeteiligten die von ihr geleisteten Schmiergeldzahlungen abgezogen bzw. solche Zuflüsse nicht als gewinnerhöhend angesehen hat, die allein der Rückführung von Schmiergeldern (als Teil der „Verrechnungen“) dienen. Nachdem die Anlasstaten gerade darin bestanden, Bestechungsgelder zu zahlen bzw. Tankkartenumsätze des Mitangeklagten T. zum Zweck der Bestechung zu begleichen, ist der erforderliche Zusammenhang zwischen den Auf-

wendungen und den zu ahndenden Straftaten gegeben, zumal die abzuschöpfenden Gewinne aus Aufträgen stammen, die nach den Feststellungen ohne die Bestechungszahlungen nicht an die Nebenbeteiligte erteilt worden wären.

40 Es liegt in der Konsequenz des Nettoprinzips, dass hierbei die rechtliche Missbilligung von Schmiergeldzahlungen außer Betracht bleibt, denn auch sie schmälern den „wirtschaftlichen Vorteil“, den der Gesetzgeber durch § 17 Abs. 4 OWiG als maßgeblich bestimmt hat (im Ergebnis ebenso OLG Hamburg, NJW 1971, 1000, 1003; KK-OWiG/Mitsch aaO Rn. 120 mwN; Göhler/Gürtler/Thoma aaO Rn. 41a). Einen Abzug von Aufwendungen auszuschließen, soweit diese „gänzlich unzulässig“ waren (so OLG Frankfurt a. M., NStZ-RR 2019, 323; dem folgend Krenberger/Krumm, OWiG, 6. Aufl. § 17 Rn. 26), hieße daher, den gesetzlich bestimmten Maßstab zu verändern.

41 Dieser Maßstab ist ein anderer als derjenige des Rechts der Einziehung (vgl. § 73d StGB, § 29a OWiG) und mag auch Wertungen aus anderen Rechtsgebieten nicht ohne Weiteres entsprechen (kritisch zur Divergenz zu § 4 Abs. 5 Nr. 10 EstG, BeckOK OWiG/Sackreuther, 33. Ed., § 17 Rn. 125). Jedoch beruhen die Unterschiede – wie dies auch der Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift und die Nebenbeteiligte in ihrer Erwiderung betonen – auf einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung (vgl. hierzu auch BeckOK OWiG/Sackreuther aaO Rn. 121): So belegen die Materialien zur Einführung des Erweiterten Verfalls sogar ausdrücklich, dass dem Gesetzgeber die Divergenz zwischen dem für die Einziehung geltenden Bruttoprinzip und § 17 Abs. 4 OWiG als einer „Zumessungsregel für die Festsetzung der Geldbuße“ sachgerecht erschien (vgl. BT-Drucks. 11/6623, S. 13). Auch die Maßnahmen zur „Stärkung und Konkretisierung des Bruttoprinzips“ (vgl. BT-Drucks. 18/9525, S. 55) im Rahmen der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung haben den Gesetzgeber zwar zu redaktionellen Anpassungen des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten

(BT-Drucks. 18/9525, S. 105 f.), nicht aber zu einer Änderung des § 17 Abs. 4 OWiG veranlasst.

42 c) Bedenken bestehen gegen die Saldierung auch nicht insoweit, als die Strafkammer dabei Bauleistungen und Vorfinanzierungskosten der Nebenbeteiligten abgezogen hat, die sie im Rahmen anderer Aufträge des Bauhofs W.

erbrachte und dort nicht abrechnen konnte, bzw. solche Zuflüsse an die Nebenbeteiligte nicht als gewinnerhöhend bewertet hat, die dem Ausgleich („Verrechnung“) solcher Aufwendungen dienen. Diese Aufwendungen standen bei der gebotenen tatsächlichen und wirtschaftlich orientierten Betrachtung in einem hinreichenden Zusammenhang mit den zu ahndenden Taten. Denn die Nebenbeteiligte konnte eine Entlohnung für die betreffenden Bauleistungen nur deshalb nicht im zugehörigen Vertragsverhältnis erlangen, weil das Auftragsvolumen dort vonseiten des beauftragenden Bauhofs W. entgegen interner Vorgaben pauschal vorgegeben wurde und mitunter für die durchgeführten Arbeiten nicht ausreichte, der Mitangeklagte T. gleichwohl aber eine nachträgliche Auftragsenerweiterung verweigerte und die Nebenbeteiligte stattdessen auf die „Verrechnung“ bei anderen Aufträgen verwies. Volle Erstattung ihrer Leistungen erlangen konnte die Nebenbeteiligte damit nur dank der – durch die Bestechungszahlungen geleiteten – Bereitschaft des Mitangeklagten T., bei der Auftragsvergabe auch noch Vorgaben wie die „Streuungsliste“ durch die Scheinbeauftragung von Drittfirmen zu umgehen.

43 Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts gibt auch die § 814 BGB zugrunde liegende Wertung keinen Anlass, eine Abzugsfähigkeit der „verrechneten“ Beträge zu verneinen. Dabei kann dahinstehen, ob der Nebenbeteiligten für ihre Vorleistungen ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch gegen die

H. zustand. Maßgeblich dafür, die hierauf entfallenden

Zuflüsse nicht dem abzuschöpfenden Gewinn zuzurechnen, ist allein der bei wirtschaftlicher Betrachtung gegebene tatsächliche Zusammenhang der zugrundeliegenden Aufwendungen der Nebenbeteiligten mit den zu ahndenden Taten.

- 44 d) Frei von Rechtsfehlern ist der vorgenommene Abzug auch insofern, als dort steuerliche Lasten der Nebenbeteiligten (Körperschafts- und Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag) einbezogen wurden. Der Senat entnimmt dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen, dass die zugehörigen Besteuerungsverfahren vor Urteilserlass bereits endgültig abgeschlossen worden waren, so dass der Abschöpfungsanteil der Geldbuße zu Recht um die Steuerlast gemindert wurde (vgl. BGH, Beschlüsse vom 17. Oktober 2013 – 3 StR 167/13 Rn. 43, insoweit in BGHSt 59, 34 nicht abgedruckt; vom 25. April 2005 – KRB 22/04, NStZ 2006, 231).

Cirener

Mosbacher

Köhler

von Häfen

Werner

Vorinstanz:

Landgericht Hamburg, 06.01.2021 - 608 KLS 5/17 5701 Js 54/14