



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

2 StR 43/00

vom

12. Juli 2000

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

wegen Bestechung, Bestechlichkeit u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 12. Juli 2000,  
an der teilgenommen haben:

Vizepräsident des Bundesgerichtshofes

Dr. Jähnke

als Vorsitzender,

der Richter am Bundesgerichtshof

Niemöller,

die Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Otten,

die Richter am Bundesgerichtshof

Rothfuß,

Prof. Dr. Fischer

als beisitzende Richter,

Staatsanwältin

als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger des Angeklagten S. ,

Rechtsanwalt

als Verteidiger des Angeklagten O. ,  
der Angeklagte S. ,

Justizobersekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 19. August 1999 wird, soweit sie die Angeklagten F. und S. betrifft, verworfen.

Die Kosten des Rechtsmittels, soweit es diese Angeklagten betrifft, und die den Angeklagten F. und S. hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

2. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das vorbezeichnete Urteil mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit das Landgericht hinsichtlich des Angeklagten O. eine Verfallsanordnung abgelehnt hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, soweit es den Angeklagten O. betrifft, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten F. wegen Bestechung in 15 Fällen, Angestelltenbestechung in drei Fällen sowie Betruges in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue und den Angeklagten S. wegen Bestechung in 21 Fällen, Angestelltenbestechung in drei Fällen und Betruges in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue zu jeweils zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafen, den Angeklagten S. darüber hinaus zu einer Gesamtgeldstrafe verurteilt. Vom Vorwurf des versuchten Betruges zum Nachteil der F. AG (F.) hat es die Angeklagten F. und S. freigesprochen. Den Angeklagten O. hat das Landgericht wegen Bestechlichkeit in sechs Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Von einer Verfallsanordnung hat das Landgericht abgesehen.

Mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision beanstandet die Staatsanwaltschaft die Teilreisprüche der Angeklagten F. und S. sowie die Ablehnung einer Verfallsanordnung gegen den Angeklagten O. . Das wirksam beschränkte Rechtsmittel hat hinsichtlich der Ablehnung einer Verfallsanordnung Erfolg; im übrigen ist es unbegründet.

I.

Die Teilreisprüche der Angeklagten F. und S. halten einer rechtlichen Prüfung stand. Das Landgericht hat einen versuchten Betrug zum Nachteil der F. zu Recht verneint, weil die Angeklagten bei ihrem betrügerischen Vorhaben die Schwelle zur Versuchsstrafbarkeit noch nicht überschritten haben.

1. Der Angeklagte S. war Mitgeschäftsführer der D., einem führenden Hersteller von Verkehrstechnik für den Straßenraum. Der Angeklagte F. arbeitete als dem Angeklagten S. nachgeordneter Abteilungsleiter für den Bereich Elektrotechnik, ehe er Anfang 1996 selbst in die Geschäftsführung der D. aufrückte. Im Zusammenhang mit der Erstellung eines Verkehrs- und Parkleitsystems auf dem Frankfurter Flughafen ließen die Angeklagten dem für dieses Projekt zuständigen Sachbearbeiter der F. B. durch die D. Bestechungszuwendungen in Höhe von rund 500.000 DM zukommen. Dabei bestand Einigkeit darüber, daß B. den D. die Möglichkeit eröffnen werde, die Bestechungsleistungen durch Abrechnung tatsächlich nicht erbrachter Leistungen gegenüber der F. zumindest teilweise zu kompensieren.

Nach Abschluß der Projektarbeiten kam B. in einem mit F. in der ersten Jahreshälfte 1995 geführten Gespräch auf die ins Auge gefaßte Abrechnungsmanipulation zurück, wobei er F. vorgab, in welchem Umfang in den verschiedenen Bauabschnitten Leistungen unberechtigt abgerechnet werden könnten. Die Angeklagten entschlossen sich, von der von B. angebotenen Möglichkeit der Falschabrechnung Gebrauch zu machen. F. wies den ihm unterstellten Bauleiter M. an, die Aufmaßunterlagen der D., die nach Durchführung der Arbeiten auf Veranlassung M. zu treffend erstellt worden waren, entsprechend den von B. erhaltenen Vorgaben zu manipulieren. M. führte die Anweisung seines Vorgesetzten ohne Widerspruch aus. Die veränderten Leistungsnachweise, welche fingierte Leistungen mit einer Abrechnungssumme von insgesamt mindestens 200.000 DM auswiesen, legte M. auf Weisung F., von der S. Kenntnis hatte, zusammen mit den gesamten das Projekt betreffenden Aufmaßunterlagen Ende Januar 1996 dem Ingenieurbüro

G. vor. Das Ingenieurbüro, das von der F. mit einzelnen Aufgaben unter anderem bei der Abrechnung des an die D. vergebenen Auftrags betraut worden war, hatte für die F. eine Vorprüfung der von den D. vorgelegten Aufmaßunterlagen vorzunehmen und über das Ergebnis einen Prüfbericht zu verfassen. Vereinbarungsgemäß sollte nach Durchsicht der von M. vorgelegten Unterlagen ein gemeinsames Gespräch mit dem Ziel geführt werden, das endgültige, der späteren Schlußrechnung zugrundezulegende Aufmaß einvernehmlich festzulegen. Dementsprechend war beabsichtigt, die Aufmaßunterlagen, die zum Zeitpunkt der Einreichung beim Ingenieurbüro zu wesentlichen Teilen nicht unterschrieben waren, nach Überprüfung durch das Ingenieurbüro G. und der anschließenden Verhandlungsrunde über strittige Fragen gemeinsam zu unterzeichnen. Hierzu kam es wegen der Festnahme des Angeklagten F. nicht mehr.

Den weiteren Verlauf der Projektabrechnung hatten sich die Angeklagten und M. wie folgt vorgestellt:

Einige Wochen nach der Einreichung der Unterlagen hätte die vorgesehene gemeinsame Erörterung zwischen M. und Vertretern des Ingenieurbüros G. stattgefunden, die zu einem einvernehmlich festgelegten oder aber in gewissem Umfang streitig bleibenden Leistungsaufmaß geführt hätte. Anschließend hätte M. – bei streitigem Aufmaß möglicherweise nach Rücksprache mit F. – entscheiden müssen, welcher Leistungsumfang von Seiten der D. als endgültig betrachtet und der Schlußrechnung zugrundegelegt werden sollte. Die entsprechenden Aufmaßunterlagen wären von M. mit der Aufforderung, die Schlußrechnung zu erstellen, der kaufmännischen Abteilung der D. zugeleitet worden, die sodann die Schlußrechnung gestellt und zusammen mit den Aufma-

Unterlagen an die F. übersandt hätte. Nach Prüfung und Bestätigung der fachtechnischen Richtigkeit der Schlußrechnung durch den zuständigen Sachbearbeiter der Bauabteilung der F. – bis zu seiner Festnahme im Dezember 1995 war dies B. – wäre sie schließlich zur Bezahlung gelangt.

2. Bei dieser Sachlage haben weder der nach dem Tatplan die Tat ausführende und dabei selbst täterschaftlich handelnde M., noch die Angeklagten F. und S. zur Verwirklichung des Vorhabens, die F. durch Abrechnung fingierter Leistungen im Rahmen der Schlußrechnung betrügerisch zu schädigen, im Sinne des § 22 StGB unmittelbar angesetzt.

Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung setzt ein Verhalten des Täters voraus, das nach seinen Vorstellungen im ungestörten Fortgang unmittelbar zur vollständigen Tatbestandserfüllung führen soll. Das ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so daß sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung übergeht (st. Rspr., BGHSt 37, 294, 297 f.; BGHR StGB § 22 Ansetzen 16, 21, 26). Nach diesen Grundsätzen hatte M. mit dem Einreichen der manipulierten Aufmaßunterlagen bei dem Ingenieurbüro G. die Schwelle zum Versuchsstadium noch nicht überschritten. Sein Handeln zielte zwar darauf ab, bei den Mitarbeitern des im Auftrag der F. tätig werdenden Ingenieurbüros eine für die Verwirklichung des Betrugsvorhabens notwendige Fehlvorstellung über den Umfang der tatsächlich erbrachten Leistungen hervorzurufen. Hierin lag jedoch noch keine nach § 263 StGB tatbestandsmäßige Täuschungshandlung, da das Vorgehen weder nach der objektiven Sachlage noch nach den Vorstellungen M. auf eine Vermögensverfügung im Sinne des Betrugstatbestandes gerichtet war (BGHSt 37, 294, 296 f.). Ein solches sich auf das Vermögen der F.

unmittelbar vermögensmindernd auswirkendes Tun oder Unterlassen war mit der Prüftätigkeit des Ingenieurbüros selbst im Falle einer einvernehmlichen Festlegung des Aufmaßes nicht verbunden. Nach dem Tatplan bestand die tatbestandsmäßige Angriffshandlung vielmehr darin, die F. durch Inrechnungstellung fingierter Leistungen im Rahmen der Schlußrechnung zur Zahlung von den D. nicht zustehenden Werklohnbeträgen zu veranlassen. Erst die mit der Schlußrechnung bewirkte neuerliche Täuschung über den Umfang der erbrachten Leistungen war nach den Vorstellungen der Beteiligten geeignet, bei den für die Begleichung der Rechnung zuständigen Mitarbeitern der F. den für eine überhöhte Zahlung und den damit verbundenen Schadenseintritt ursächlichen Irrtum herbeizuführen. Zu dieser Angriffshandlung hatte M. noch nicht unmittelbar angesetzt. Sein gegenüber dem Ingenieurbüro entfaltetes Tun konnte und sollte ohne die noch ausstehende Schlußrechnung nicht unmittelbar in die Tatbestandserfüllung einmünden. Die Stellung der Schlußrechnung war aber, da nach dem Tatplan M. die Aufgabe zufiel, im Anschluß an die Prüftätigkeit des Ingenieurbüros gegebenenfalls nach Rücksprache mit dem Angeklagten F. die Entscheidung über das endgültige Aufmaß zu treffen und die Rechnungstellung durch die D. zu veranlassen, von einem weiteren – neuen - Willensimpuls M. abhängig. Gegenüber dem Einreichen der Unterlagen bei dem Ingenieurbüro hätte sich die spätere Schlußrechnung darüber hinaus als nach zeitlichen, räumlichen und sonstigen Umständen hiervon deutlich zu unterscheidender, selbständiger Akt dargestellt. Das Tun M. beschränkte sich somit darauf, die mit der überhöhten Schlußrechnung beabsichtigte Täuschung der F. lediglich vorzubereiten, ohne dabei bereits die Schwelle zum Versuch zu überschreiten.

Für die Angeklagten beurteilt sich der Versuchsbeginn nicht anders. Dabei ist unerheblich, ob nach den maßgebenden Vorstellungen der Angeklagten

von einer mittäterschaftlichen Beteiligung an der nach dem Tatplan von M. auszuführenden Tat – so das Landgericht – oder von einer Tatbestandsverwirklichung in mittelbarer Täterschaft (vgl. hierzu BGHSt 43, 219, 231 f.; BGH StV 1998, 416, 417) auszugehen ist. Bei der Mittäterschaft treten alle Mittäter einheitlich in das Versuchsstadium ein, sobald einer von ihnen zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt und zwar unabhängig davon, ob einzelne von ihnen ihren Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium erbracht haben (st. Rspr., BGHSt 39, 236, 237 f.; 40, 299, 301). Da die Tatausführung allein M. oblag und dieser – wie dargelegt – hierzu noch nicht unmittelbar angesetzt hatte, kommt eine bereits versuchte gemeinschaftlich mit M. begangene Betrugstat der Angeklagten nicht in Betracht. Gleiches gilt selbst für den Fall, daß die Angeklagten als mittelbare Täter anzusehen wären. Will der Täter die Tat nicht selbst, sondern durch einen Dritten begehen (§ 25 Abs. 1 StGB), so liegt ein unmittelbares Ansetzen zur Tat zwar regelmäßig dann vor, wenn der Täter seine Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen hat. Dies setzt jedoch weiter voraus, daß der Tatmittler die Tathandlung nach den Vorstellungen des Täters in engem Zusammenhang mit dem Abschluß der Einwirkung vornehmen wird und das geschützte Rechtsgut damit bereits in diesem Zeitpunkt gefährdet ist (BGHSt 43, 177, 179 f.; 40, 257, 269; 30, 363, 365; 4, 270, 273). Soll dagegen der Tatmittler nach dem Willen des Hintermanns die tatbestandliche Angriffshandlung mit zeitlicher Verzögerung im Anschluß an noch ausstehende Vorbereitungshandlungen ins Werk setzen, beginnt der Versuch auch für den Hintermann erst mit dem unmittelbaren Ansetzen des Tatmittlers zur Tatbegehung. In diesem Fall konkretisiert sich die Gefahr für das geschützte Rechtsgut auch aus der Sicht des Täters noch nicht mit der Beendigung seiner Einwirkung auf den Tatmittler, sondern erst mit dem Beginn von dessen Ausführungshandlungen in einer die Strafwürdigkeit des Versuchs be-

gründenden Weise (BGHSt 40, 257, 269). Vorliegend gingen die Angeklagten in Übereinstimmung mit M. davon aus, daß die im Sinne des § 263 StGB tatbestandmäßige Täuschungshandlung in Form der von M. zu veranlassenden Schlußrechnung erst nach Abschluß der durch das Ingenieurbüro vorgenommenen Aufmaßprüfung erfolgen sollte. Demzufolge bestimmt sich der Versuchsbeginn für die Angeklagten nach dem Verwirklichungsgrad der von M. vorzunehmenden Ausführungshandlung. Da M. die Schwelle zum Versuch nicht überschritten hat, fehlt es auch insoweit an einem Betrugsversuch der Angeklagten.

## II.

Soweit die Revision die Ablehnung einer Verfallsanordnung gegen den Angeklagten O. beanstandet, hat sie Erfolg. Nach den Feststellungen erhielt der Angeklagte O. als Oberamtsrat im Bundesministerium für ..... in sechs Fällen Bestechungszuwendungen in einem Gesamtwert von ca. 39.000 DM. Die Begründung, mit welcher das Landgericht hinsichtlich des Bestechungslohns von einem Verfall des Wertersatzes nach den §§ 73 Abs. 1, 73 a Satz 1 StGB abgesehen hat, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Die Ausschlußregelung des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB steht einer Verfallsanordnung – im Hinblick auf einen vom Landgericht für möglich erachteten Anspruch des Dienstherrn auf Herausgabe des Bestechungslohns – schon deshalb nicht entgegen, weil der Dienstherr bei der Bestechung eines Beamten nicht Verletzter im Sinne dieser Vorschrift ist. Verletzter nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB kann nur derjenige sein, dessen Individualinteressen durch das

vom Täter übertretene Strafgesetz geschützt werden sollen. Schutzgut der §§ 332, 334 StGB ist aber nicht das Vermögensinteresse der Anstellungskörperschaft, sondern das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes (BGHR StGB § 73 Verletzter 2; BGHSt 30, 46, 47 f.; 33, 37, 38).

Der erkennende Senat hat darüber hinaus in Anknüpfung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 146, 194, 204 ff.; RG ZBR 8, 148, 149) bereits entschieden, daß dem Dienstherrn gegenüber dem Beamten kein Anspruch auf Herausgabe des von diesem erlangten Bestechungslohns zusteht (BGHSt 30, 46, 48; vgl. für Angestellte im öffentlichen Dienst auch BGH wistra 1999, 464; a.A. VGH München ZBR 1993, 29, 30 und Kathke in Schütz, Beamtenrecht des Bundes und der Länder 5. Aufl. 28. Lfg. § 76 NWLBG Rdn. 65). Die rechtlichen Grundlagen dieser Entscheidung bestehen entgegen der Ansicht des Landgerichts unverändert fort. Der Senat hält daher an seiner Auffassung uneingeschränkt fest. Für einen solchen Herausgabeanspruch des Dienstherrn fehlt es in den Beamtengesetzen des Bundes und der Länder an einer Rechtsgrundlage. Die zivil- und arbeitsgerichtliche Rechtsprechung (BGH MDR 1987, 825; BGHZ 39, 1; BAG AP Nr. 1 und 4 zu § 687 BGB), wonach ein privater Arbeitgeber von seinem Angestellten im inneren Zusammenhang mit dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis vereinnahmte Schmiergeldzuwendungen nach § 667 BGB oder § 687 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 681, 667 BGB herausverlangen kann, ist auf das Rechtsverhältnis des Beamten zu seinem Dienstherrn nicht übertragbar. Indem der Beamte Bestechungsleistungen annimmt, führt er kein fremdes Geschäft, das als ein solches seines Dienstherrn auch nur vorstellbar wäre, sondern verletzt lediglich seine Dienstpflichten (vgl. BGHSt 30, 46, 49). Die Vorschriften des § 46 BRRG, des § 78 BBG und der entsprechenden Bestimmungen der Landesbeamtengesetze enthalten zudem eine ab-

schließende Regelung der Haftung des Beamten im Innenverhältnis zu seinem Dienstherrn (BVerwGE 52, 255, 256; Fürst GKÖD K § 78 Rdn. 14; Battis Bundesbeamtenengesetz 2. Aufl. § 78 Rdn. 3). Die Ausschließlichkeit dieser Regelungen bezieht sich unmittelbar zwar lediglich auf die Verpflichtung des Beamten zum Schadenersatz, spricht jedoch auch gegen einen im Wege analoger Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften begründeten Herausgabeanspruch. Schließlich besteht für einen Anspruch des Dienstherrn auf Herausgabe des vom Beamten erlangten Bestechungslohns keinerlei praktisches Bedürfnis, da der Bestechungslohn wegen der fehlenden Verletzteneigenschaft des Dienstherrn im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB ohnehin dem strafrechtlichen Verfall unterliegt. Durch den vorbehaltlich der Härtevorschrift des § 73 c StGB nach §§ 73 Abs. 1 Satz 1, 73 a Satz 1 StGB zwingend anzuordnenden Verfall ist im Interesse einer effizienten Korruptionsbekämpfung gewährleistet, daß dem Bestochenen die erlangten Bestechungsleistungen oder deren Wert bereits im Strafverfahren entzogen werden. Eines mit der Verfallsanordnung konkurrierenden Herausgabeanspruchs des Dienstherrn bedarf es daher nicht.

Die Erwägungen des Landgerichts zu § 73 c Abs. 1 StGB vermögen die Ablehnung der Anordnung eines Wertersatzverfalls nicht zu rechtfertigen. Soweit die Strafkammer im Hinblick auf einen von ihr angenommenen Herausgabeanspruch des Dienstherrn eine unbillige Härte im Sinne des § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB bejaht, geht sie, da ein solcher Anspruch nach dem dargelegten nicht besteht, von rechtlich unzutreffenden Voraussetzungen aus. Die Ausführungen werden zudem dem systematischen Verhältnis nicht gerecht, in welchem die Regelungen des § 73 c Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 1. Alt. StGB zueinander stehen. Nach § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB ist der Verfall beim Vorliegen einer unbilligen Härte zwingend ausgeschlossen, während § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB für den Fall, daß der Wert des Erlangten im Vermögen des Be-

troffenen ganz oder teilweise nicht mehr vorhanden ist, die Möglichkeit eröffnet, insoweit nach pflichtgemäßen Ermessen von einer Verfallsanordnung abzusehen. Da die tatbestandlichen Voraussetzungen, welche nach Satz 2 der Vorschrift ein Absehen vom Verfall nach pflichtgemäßem Ermessen ermöglichen, nicht zugleich einen zwingenden Ausschlußgrund nach § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB bilden können, folgt aus der Systematik der Norm, daß das Nichtmehrvorhandensein des Wertes des Erlangten im Vermögen des Betroffenen jedenfalls für sich genommen keine unbillige Härte darstellt, sondern dem Anwendungsbereich des § 73 c Abs. 1 Satz 2 StGB unterfällt (Schäfer in LK 10. Aufl. § 73 c Rdn. 3 f; Horn SK-StGB 6. Aufl. § 73 c Rdn. 6; Lackner/Kühl 23. Aufl. § 73 c Rdn. 3). Für das Vorliegen einer unbilligen Härte bedarf es daher zusätzlicher Umstände, die eine Verfallsanordnung als ungerecht und unverhältnismäßig erscheinen lassen (BGHR StGB § 73 c Härte 4). Solche Umstände hat das Landgericht nicht festgestellt. Insbesondere vermag der mit der Verurteilung des Angeklagten O. gesetzlich verbundene Verlust der Beamtenstellung eine unbillige Härte nicht zu begründen.

Für ein Absehen von einer Verfallsanordnung nach der Ermessensvorschrift des § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB fehlt es nach den bisherigen Feststellungen an den tatbestandlichen Voraussetzungen, da das Landgericht nicht

festgestellt hat, ob und inwieweit der Angeklagte O. entreichert ist. Umstände, die den Wert des Erlangten im Vermögen des Angeklagten gemindert oder beseitigt haben, lassen sich den Urteilsgründen nicht entnehmen, sie liegen angesichts der festgestellten Vermögensverhältnisse auch nicht nahe.

Jähnke

Niemöller

Otten

Rothfuß

Fischer