



5 StR 323/06

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

vom 14. Februar 2007
in der Strafsache
gegen

1.

2.

Nebenbeteiligte:

wegen Vorteilsannahme u. a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 14. Februar 2007,
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter Basdorf,

Richter Häger,
Richter Dr. Raum,
Richter Dr. Brause,
Richter Dr. Jäger

als beisitzende Richter,

Richterin

als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt Ku.

als Verteidiger für den Angeklagten S. ,

Rechtsanwalt Sch.

als Verteidiger für den Angeklagten K. und
Vertreter der Nebenbeteiligten,

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 2. Dezember 2005 hinsichtlich der Fälle 2 bis 19 der Urteilsgründe (Verurteilungen wegen Vorteilsgewährung bzw. Vorteilsannahme) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben; die Feststellungen zu den einzelnen Zuwendungen bleiben aufrechterhalten.

Die Revisionen des Angeklagten K. und der Nebenbeteiligten werden verworfen. Der Angeklagte K. und die Nebenbeteiligte haben die Kosten ihrer Rechtsmittel zu tragen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

– Von Rechts wegen –

Gründe

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten S. wegen Vorteilsannahme in 18 Fällen und wegen Steuerhinterziehung in fünf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und hinsichtlich eines Geldbetrags von 171.363,35 € den Verfall angeordnet. Gegen den Mitangeklagten K. hat das Landgericht wegen Vorteilsgewährung in 18 Fällen ebenfalls eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verhängt. Die Vollstreckung bei der Gesamtfreiheitsstrafen ist zur Bewährung ausgesetzt worden. Zudem hat

das Landgericht gegen die Nebenbeteiligte, die M. K. GmbH, wegen der vorsätzlichen Tat ihres Geschäftsführers eine Geldbuße in Höhe von 215.000 € festgesetzt. Gegen dieses Urteil richteten sich die Revisionen des Angeklagten K. und der Nebenbeteiligten. Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihren Revisionen, die vom Generalbundesanwalt vertreten werden, dagegen, dass Verurteilungen lediglich wegen Vorteilsannahme bzw. Vorteilsgewährung und nicht wegen Bestechlichkeit bzw. Bestechung erfolgt sind, ferner gegen die Höhe des gegen den Angeklagten S. angeordneten Verfalls sowie gegen den Sanktionsumfang, der gegen die Nebenbeteiligte festgelegt wurde. Nur die Revisionen der Staatsanwaltschaft haben Erfolg.

I.

2 Unangefochten bleibt das landgerichtliche Urteil insoweit, als die Angeklagten wegen eines weiteren Tatvorwurfs freigesprochen worden sind und der Angeklagte S. wegen Steuerhinterziehung in fünf Fällen verurteilt worden ist. Das Urteil enthält – soweit es im Übrigen zur revisionsgerichtlichen Überprüfung gestellt wurde – folgende Feststellungen und rechtliche Würdigungen:

3 1. Der Angeklagte S. war seit 1964 beim Amt für Strom- und Hafenbau in Hamburg tätig. Ab 1990 war er als technischer Angestellter im Referat 312 „Anlagenmanagement Dalben/Pontons“ beschäftigt. Dieses Referat war für Bau, Reparatur und Unterhalt von Wasserbauwerken zuständig. Soweit kleinere Aufträge, die im Zuständigkeitsbereich des Referats 312 anfielen, nicht von einem Regiebetrieb der Behörde erledigt wurden, konnten diese Aufträge im Bestellscheinverfahren zu Pauschalpreisen bis zu einer Grenze von 50.000 DM von dem Referat selbst vergeben werden. Der Angeklagte S. war befugt, entsprechende Verträge selbst oder zusammen mit einer anderen autorisierten Person abzuschließen, wenn das Auftragsvolumen 10.000 DM, später nach einer Anhebung 10.000 €, nicht überstieg. Verträge, die diese Preisgrenze überschritten, mussten von zwei Personen unterzeich-

net werden, die berechtigt waren, die Stadt zu vertreten. Hierzu zählte der Angeklagte S. nicht.

4 Der Angeklagte S. erteilte im Zeitraum von Januar 1998 bis August 2001 209 Aufträge an die Nebenbeteiligte, deren Hauptgesellschafter und Geschäftsführer der Mitangeklagte K. war, mit dem er seit Jugendzeit eng befreundet war. Die Nebenbeteiligte, die frühere (und mittlerweile umfirmierte) T. K. GmbH, war auf entsprechende Wasserbauarbeiten spezialisiert. Der Angeklagte K. wandte dem Angeklagten S. von Oktober 1997 bis März 2001 nach den Feststellungen des Landgerichts insgesamt 176.000 DM (richtig gerechnet 194.000 DM) Bargeld zu, aufgeteilt in Quartalszahlungen zwischen 12.500 und 13.000 DM, die ohne den Rechenfehler jeweils um etwas mehr als 1.000 DM höher zu bemessen gewesen wären. Weiterhin überließ der Angeklagte K. dem Angeklagten S.

in diesem Zeitraum unentgeltlich vier gebrauchte, verhältnismäßig hochwertige Firmenwagen, deren Zeitwert in der Summe etwa 245.000 DM betrug.

5 2. Das Landgericht wertet die Zuwendungen aus der Sicht des Angeklagten K. als bloße Vorteilsgewährung im Sinne des § 333 StGB, aus der Sicht des Angeklagten S. als Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB. Die Strafkammer hat sich nicht davon überzeugen können, dass zwischen den Angeklagten eine Unrechtsvereinbarung im Sinne der Bestechungsdelikte bestanden hat, wonach die Zuwendungen als Gegenleistungen für die Verletzung der Dienstpflichten des Angeklagten S. im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe erfolgen sollten. Eine solche Absprache – auch in konkludenter Form – hat sich nach Auffassung des Landgerichts nicht feststellen lassen. Die Beauftragung der Nebenbeteiligten beruhe vielmehr, wie dies durch Zeugenaussagen bestätigt worden sei, auf deren deutlich höherem Leistungsvermögen. Ein Anlass für Schmiergeldzahlungen habe deshalb nicht bestanden, weil die Nebenbeteiligte aufgrund ihres Leistungsangebots weitestgehend konkurrenzlos gewesen sei. Soweit der Angeklagte in etlichen

Fällen den Auftrag unterschrieben habe, obwohl er die Stadt nach den bestehenden Vertretungsregelungen nicht hätte verpflichten dürfen, ergebe sich hieraus jedenfalls aus subjektiven Gründen keine Dienstpflichtverletzung. Aufgrund der tatsächlichen Übung im Amt lasse sich nicht feststellen, dass dem Angeklagten ein entsprechender Pflichtenverstoß bewusst gewesen wäre.

II.

6 Während die Revisionen der Staatsanwaltschaft Erfolg haben, sind die Revisionen des Angeklagten K. und der Nebenbeteiligten unbegründet.

7 1. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft führen zur Aufhebung der Schuldsprüche wegen Vorteilsannahme bei dem Angeklagten S. und wegen Vorteilsgewährung bei dem Angeklagten K. .

8 a) Die Annahme des Landgerichts, dass keine den Anwendungsbereich der Bestechungsdelikte begründende, auf eine pflichtwidrige Diensthandlung gerichtete Unrechtsvereinbarung vorliege, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die dazu vom Landgericht vorgenommene Würdigung ist lückenhaft. Sie lässt wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt (vgl. BGH NJW 2006, 925, 928, insoweit in BGHSt 50, 299 nicht abgedruckt).

9 aa) Eine Unrechtsvereinbarung im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn eine beiden Seiten bewusste Verknüpfung zwischen der Diensthandlung und dem Vorteil besteht, mithin der Vorteil für die Diensthandlung erbracht wird (Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 331 Rdn. 22 f. m.w.N. zur Entstehungsgeschichte). Für die Erfüllung der Bestechungsdelikte (§§ 332, 334 StGB) tritt als weiteres Merkmal hinzu, dass sich die Unrechtsvereinbarung auf eine konkrete Diensthandlung beziehen muss, durch die der Täter seine dienstlichen Pflichten verletzt hat oder verletzen würde (Tröndle/Fischer aaO § 332 Rdn. 3). Dabei wird der Tatbestand der Bestechungs-

delikte (§ 332 Abs. 1, § 334 Abs. 1 StGB) sowohl dann erfüllt, wenn der Vorteil für – soweit sie hinreichend konkret umrissen sind (BGHR StGB § 332 Abs. 1 Satz 1 Unrechtsvereinbarung 4) – künftige Diensthandlungen gewährt wird als auch, wenn die dienstpflichtwidrige Diensthandlung bereits abgeschlossen ist. Beide Tatbestandsvarianten gehen in der Rechtswirklichkeit ineinander über. Gerade in Fällen des gestreckten korruptiven Zusammenwirkens werden Vorteile nicht nur im Hinblick auf bereits abgeschlossene pflichtwidrige Diensthandlungen gewährt, sondern zugleich auch, um weitere gleichartige Pflichtwidrigkeiten des Amtsträgers zu befördern.

10 Die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung ergibt sich – im Falle des so genannten gebundenen Verwaltungshandelns – daraus, dass die Diensthandlung gegen ein Gesetz, eine Rechtsverordnung, eine Verwaltungsvorschrift oder eine allgemeine oder konkrete dienstliche Weisung verstößt (BGHSt 48, 44, 46). Ergeben sich die inhaltlichen Grenzen der vorzunehmenden Diensthandlungen nicht ohne weiteres auf Grund solcher Vorgaben, steht vielmehr dem Amtsträger ein Ermessens- oder Gestaltungsspielraum zu, kann die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung auch darin bestehen, dass der Amtsträger sich nicht ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten lässt, sondern auch die ihm zugewandten oder bereits zugesagten Vorteile in die Abwägung einfließen lässt (BGHSt 47, 260, 263; BGHR StGB § 332 Abs. 1 Satz 1 Unrechtsvereinbarung 5 und § 334 Abs. 3 Nr. 2 Unrechtsvereinbarung 1). Ob der Täter sich insgeheim vorbehält, später sachgerecht zu verfahren, ist unerheblich. Entscheidend ist der von ihm nach außen erweckte Eindruck. Dabei darf die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung nicht allein in ihrer Verknüpfung mit dem Vorteil gesehen werden. Die Diensthandlung muss vielmehr bereits an sich pflichtwidrig sein (BGHSt 15, 239, 241; BGH NJW 2002, 2801, 2806, insoweit in BGHSt 47, 295 nicht abgedruckt). Hierin liegt der systematisch wesentliche Unterschied zwischen der Vorteilsannahme und der Bestechlichkeit. Die Bestechlichkeit setzt voraus, dass der Empfänger der Zuwendung nach außen gerade bekundet, beeinflussbar zu sein (§ 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB). Es bedarf deshalb tragfähiger

Umstände, aus denen sich die Folgerung ableiten lässt, der Amtsträger habe bewusst seine Bereitschaft zum Ausdruck gebracht, seine Entscheidung auch an dem Vorteil auszurichten (BGHSt 48, 44, 47).

11 bb) Als Amtsträger hatte der Angeklagte, was die Auswahl des Vertragspartners anbelangte, einen Gestaltungsspielraum. Insoweit gelten für ihn die Grundsätze, die für den Ermessensbeamten entwickelt wurden (BGHSt 47, 260, 263). Allerdings hat das Landgericht aufgrund einer eingehenden Würdigung festgestellt, dass die überwiegende Beauftragung der Nebenbeteiligten auf sachlich gerechtfertigten Gründen beruht. Dies hat es aus dem im Verhältnis zum Konkurrenten T. F. GmbH überlegenen Ausrüstungsstand sowie der Verlässlichkeit und dem hohen Qualitätsstandard bei der Auftragsdurchführung der Nebenbeteiligten geschlossen. Ebenso wenig ist – was auch die Staatsanwaltschaft ausdrücklich einräumt – aus Rechtsgründen zu beanstanden, dass das Landgericht eine Dienstpflichtverletzung nicht schon wegen der in etlichen Fällen vom Angeklagten vorgenommenen Überschreitung seiner Vertretungsbefugnis angenommen hat, weil dieser Umstand ihm ebenso wenig geläufig war wie anderen Amtsangehörigen.

12 Wenngleich eine Dienstpflichtverletzung nicht schon in der Beauftragung der Nebenbeteiligten gesehen werden kann, so lässt das Landgericht jedoch unerörtert, ob die Ausgestaltung der Aufträge, insbesondere der Umfang der gezahlten Vergütungen für die Arbeiten der Nebenbeteiligten, eine Dienstpflichtverletzung dargestellt haben könnte. Die Höhe der dem Angeklagten S. zugewandten Vorteile, die sich allein im Zeitraum 1997 bis 2001 auf über 400.000 DM beliefen, hätte hierfür besonderen Anlass geben müssen. Die ausschließlich für private Zwecke des Amtsträgers verwendeten Zuwendungen in erheblicher Höhe genügen zwar für sich genommen für die Tatbestandserfüllung nicht, sie haben aber wesentliche indizielle Bedeutung für ein Sichbereitzigen im Sinne des § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB.

13 cc) Auch wenn die Wirtschaftsstrafkammer ein nicht gänzlich unplausibles Motiv freundschaftsbedingter Schenkungen des Angeklagten K. an den Angeklagten S. angeführt hat, bedarf der Sachverhalt bei der Höhe der Zuwendungen hinsichtlich der Preisgestaltung bei den Aufträgen ergänzender Aufklärung. Zwar stellt die Strafkammer fest, dass Bauarbeiten aufgrund einer Preisliste zu Pauschalpreisen abgerechnet wurden. Das landgerichtliche Urteil verhält sich aber nicht dazu, ob für den Angeklagten damit eine Preisverhandlung gänzlich ausgeschlossen war oder eine Beeinflussung der Vergütungshöhe sich jedenfalls mittelbar daraus ergab, dass die Einordnung in bestimmte Leistungs- und Vergütungsgruppen selbst wiederum eine Ermessensentscheidung darstellte. Neben der Preisbildung im Hinblick auf die einzelne Beauftragung hätte auch in den Blick genommen werden müssen, wie die Pauschalpreise gefunden wurden. Hierbei kommt in Betracht, dass diese in einem Gremium ausgehandelt wurden; sie können aber auch von einer der beiden Seiten im Wesentlichen vorgegeben worden sein. Ebenso kann das Verhältnis der Pauschalpreise zu solchen Preisen, die auf dem freien Markt mit privaten Nachfragen erzielt werden, relevant sein. Jedenfalls hätte es der Darlegung bedurft, inwieweit der Angeklagte S. in die Bestimmung der dort allgemein festgesetzten Preise eingebunden war. Selbst wenn er insoweit nicht der eigentlich Entscheidende war, wäre er auch dann tauglicher Täter im Sinne der Bestechungsdelikte, wenn er die Entscheidung maßgeblich beeinflussen konnte (BGHSt 47, 260, 263).

14 Sollte sich ergeben, dass insoweit nennenswerte Einflussmöglichkeiten für den Angeklagten K. bestanden haben, käme der indiziellen Wirkung der Höhe der dem Angeklagten S. zugewandten Vorteile Bedeutung zu. Deren Gewicht hängt auch davon ab, in welchem Verhältnis die Zuwendungen zu dem von ihm beauftragten Vertragsvolumen standen. Auch hierzu fehlen bislang Feststellungen.

15 dd) In der Nichterörterung der vom Generalbundesanwalt hervorgehobenen Möglichkeit, dass die Zahlungen auch der Sicherung der etwa pflicht-

widrigen Erteilung zukünftiger Aufträge gedient haben könnten, sieht der Senat keinen Rechtsfehler. Die Beweiswürdigung ist vor dem Hintergrund der in diesem Zusammenhang rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht lückenhaft.

16 b) Die Aufhebung der Schuldsprüche wegen Vorteilsannahme (hinsichtlich des Angeklagten S.) und Vorteilsgewährung (hinsichtlich des Angeklagten K.) führt zugleich zum Wegfall der insoweit festgesetzten Einzelstrafen. Die Feststellungen zu den gewährten Zuwendungen können jedoch bestehen bleiben, weil sie von dem Rechtsfehler nicht beeinflusst sind. Sie werden von der Staatsanwaltschaft nicht angegriffen. Der genannte – erst vom Generalbundesanwalt aufgezeigte – Rechenfehler hat sich ersichtlich nicht maßgeblich ausgewirkt.

17 c) Hinsichtlich des Angeklagten S. kann in Ermangelung eines zugehörigen Schuldspruchs auch die vom Landgericht ausgesprochene Verfallsanordnung keinen Bestand haben. Die Beanstandungen der Staatsanwaltschaft hierzu, die einen höheren Verfallsbetrag erstrebt, gehen in diesem Verfahrensstadium deshalb ins Leere. Der neue Tatrichter wird allerdings zu beachten haben, dass die Anordnung des Verfalls dann ausgeschlossen ist, wenn der Dienstherr des Angeklagten Verletzter im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB ist. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn dem Dienstherrn ein Ersatzanspruch auf Herausgabe des Erlangten nach § 687 Abs. 2, § 681 Satz 2, § 667 BGB zusteht. Da solche Ansprüche auf die Herausgabe von Schmiergeldern letztlich der Kompensation der Interessen des Geschäftsherrn dienen, unterfällt ein solcher Anspruch der Vorrangbestimmung des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB (BGHR StGB § 73 Verletzter 5, insoweit in BGHSt 46, 310 nicht abgedruckt). Dies gilt auch, wenn – wie hier – fiskalisch Anspruchsberechtigter und Verfallsbegünstigter identisch sind, weil insoweit die öffentliche Hand nicht anders behandelt werden soll als private Gläubiger und der ressortmäßige Zufluss der Gelder unterschiedlich sein kann (BGHR StGB § 73 Verletzter 3). Soweit die Rechtsprechung in Bestechungsfällen

teilweise eine Anordnung des Verfalls zugelassen hat, beruht dies darauf, dass entweder wegen der formellen Beamtenstellung des Täters ein Ersatzanspruch ausgeschlossen war (BGH NStZ 2000, 589, 590; vgl. auch BGH NStZ 2003, 423) oder ein entsprechender Ersatzanspruch nicht festgestellt wurde (BGHSt 47, 22, 31 f.; BGHR StGB § 73 Verletzter 7).

18 d) Mit der Aufhebung der Schuldsprüche wegen Vorteilsgewährung entfällt insoweit auch die Grundlage für die Ahndung der Nebenbeteiligten. Insoweit ist zu der Revision der Staatsanwaltschaft im Blick auf die Verhandlung vor dem neuen Tatrichter lediglich noch folgendes zu bemerken:

19 aa) Die Anordnung des Verfalls gegen die Nebenbeteiligte war – entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft – hier schon deshalb ausgeschlossen, weil gegen sie ein Bußgeld verhängt wurde. Um eine Verfallsanordnung neben einer Bußgeldfestsetzung zu verhindern, setzt nach § 30 Abs. 5 OWiG eine Verfallsanordnung voraus, dass gegen die Nebenbeteiligte keine Geldbuße verhängt wurde. Es darf deshalb hinsichtlich derselben Tat Verfall auch nicht etwa insoweit angeordnet werden, als eine Gewinnabschöpfung nicht schon durch das festgesetzte Bußgeld erfolgt sein sollte. Dies übersieht die Staatsanwaltschaft.

20 bb) Bei der Bemessung der Geldbuße gegen die Nebenbeteiligte muss von der Tat des Verantwortlichen ausgegangen werden. Dessen Schuld bestimmt auch gegenüber der Nebenbeteiligten den Umfang der Vorwerfbarkeit (Raum in Langen/Bunte, GWB 10. Aufl. § 81 Rdn. 137; Lemke in Lemke/Mosbacher, OWiG 2. Aufl. § 30 Rdn. 63). Dabei spielt – allerdings vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Gesamtsituation des Unternehmens – der durch die Tat erlangte Vorteil eine entscheidende Rolle, weil das Bußgeld ihn übersteigen soll (§ 17 Abs. 4 OWiG). Dieser Vorteil, der neben dem reinen Gewinn auch weitere Vorteile hinsichtlich der Situation der Nebenbeteiligten am Markt umfasst (BGH WUW/E 2718, 2719 – Bußgeldbemessung), kann durch Schätzung bestimmt werden (vgl. BGH

WUW DE-R 1487, 1488 f. – steuerfreier Mehrerlös). Dabei hat sich die Schätzung darauf zu beziehen, welche Situation bestanden hätte, wenn die Nebenbeteiligte nicht zu dem inkriminierten Verhalten (Schmiergeldzahlungen an den Angeklagten S.) gegriffen hätte. Dieser hypothetische Sachverhalt ist wirtschaftlich mit der nach der Tat tatsächlich eingetretenen Situation zu vergleichen (vgl. hierzu Raum aaO Rdn. 141 ff.). Dass dies nur im Rahmen einer groben Schätzung erfolgen kann, versteht sich von selbst. Bei der Bemessung des Vorteils sind die steuerlichen Wirkungen zu berücksichtigen (BVerfGE 81, 228, 241 f.). Ist das Besteuerungsverfahren bestandskräftig abgeschlossen, wird der anzusetzende Vorteil um die auf den Gewinn entfallende steuerliche Belastung zu mindern sein (BGHSt 47, 260, 264 ff.; BGH WUW DE-R 1487, 1489 – steuerfreier Mehrerlös; vgl. auch BGHR StGB § 73 Verletzter 7).

21 2. Die Revisionen des Angeklagten K. und der Nebenbeteiligten, die lediglich die nicht ausgeführte Sachrüge erhoben haben, sind unbegründet. Die umfassende Überprüfung der angefochtenen Urteile hat keinen Rechtsfehler zu deren Nachteil ergeben.

Basdorf Häger Raum
Brause Jäger