



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## Urteil

4 StR 69/07

vom

21. Juni 2007

in der Strafsache

gegen

1.

2.

zu 1.: wegen Vorteilsannahme u.a.  
zu 2.: wegen Vorteilsgewährung

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 21. Juni 2007,  
an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Tepperwien,

Richter am Bundesgerichtshof  
Maatz,  
Prof. Dr. Kuckein,  
Athing,  
Dr. Ernemann  
als beisitzende Richter,

Staatsanwalt  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt  
für den Angeklagten K. ,

Rechtsanwalt  
für den Angeklagten M.  
als Verteidiger

sowie die Angeklagten K. und M. in Person,

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Saarbrücken vom 13. Oktober 2006, soweit die Angeklagten K. und M. freigesprochen worden sind, mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere (allgemeine) Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten K. wegen Untreue in 25 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Jedoch hat es den Angeklagten K. vom Vorwurf der Vorteilsannahme in fünf Fällen und den Angeklagten M. vom Vorwurf der Vorteilsgewährung in fünf Fällen freigesprochen. Gegen diese Freisprüche wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihren auf die Sachrüge gestützten Revisionen. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel haben Erfolg.

I.

2           1. Zu den gegen die Angeklagten K.       und M.       erhobenen Vorwürfen der Vorteilsannahme bzw. -gewährung hat das Landgericht im Wesentlichen Folgendes festgestellt:

3           Der Angeklagte K.       war seit 1978 als Angestellter beim Tiefbauamt der Stadt Saarbrücken beschäftigt. Er war in der Abteilung Straßenbau für die Brückenunterhaltung zuständig und zur freihändigen Vergabe von Aufträgen an Fremdfirmen bis zu einer Auftragshöhe von 5.000 DM bzw. 2.500 Euro befugt. Im Bereich darüber wurde von seinen Vorschlägen grundsätzlich nicht abgewichen. Für die Abwicklung der Aufträge, insbesondere die Bestätigung der sachlichen und rechnerischen Richtigkeit der Rechnungen, war er in seinem Arbeitsbereich allein zuständig.

4           Das vom Angeklagten M.       in Saarbrücken betriebene Ingenieurbüro befasste sich schwerpunktmäßig mit dem Brückenbau und hatte bereits seit langem für die Stadt Saarbrücken die Erhaltungs- und Sanierungsarbeiten an verschiedenen Brückenbauwerken betreut. Im Zuge der seit 1994 geplanten Sanierungsarbeiten an der "Flürchenbrücke" und der Bismarckbrücke war der Angeklagte M.       mit den der Ausschreibung dieser Arbeiten vorausgehenden Vorarbeiten und Berechnungen (Erstellung der Positionstexte, Mengenermittlungen, Leistungsbeschreibungen und Festlegung der Ausführungsphasen) beauftragt worden. Für die Arbeiten an der Bismarckbrücke wurde am 12. Januar 2000 der Zeitpunkt für die Veröffentlichung der Ausschreibung auf den 19. Februar „2006“ (richtig wohl: 2000) festgelegt.

- 5 Am 25. Januar 2000 brach die EDV-Anlage des Angeklagten M. zusammen. Dabei gingen die vorbereitenden Berechnungen und sonstigen Datensätze, die die Sanierung der Bismarckbrücke betrafen, unwiederbringlich verloren. Bei einer Besprechung mit dem Leiter des Straßenbauamtes, an der auch der Angeklagte K. teilnahm, teilte der Angeklagte M. mit, er könne die Ausschreibungsunterlagen wegen des Ausfalls seiner EDV-Anlage nicht fristgerecht fertig stellen. Die Frist wurde bis zum 28. Februar „2006“ (richtig wohl: 2000) verlängert.
- 6 Der Angeklagte K. bot dem Angeklagten M. seine Hilfe bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen an. Der Angeklagte M. nahm das Angebot an. Aus seiner Sicht war der Angeklagte K., der auf die bereits im Vorfeld dem Tiefbauamt übermittelten Berechnungen des Ingenieurbüros für die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen zurückgreifen konnte, "der einzige in Betracht kommende Ingenieur, durch dessen Mitarbeit eine annähernd fristgerechte Auftrags erledigung" möglich war. Eine ausdrückliche Vereinbarung über die Vergütung der Arbeiten des Angeklagten K. wurde nicht getroffen.
- 7 In der Folgezeit erbrachte der Angeklagte K. für den Angeklagten M. Ingenieurleistungen vor allem in Form statischer Berechnungen zur Erstellung der Ausschreibungsunterlagen. In den Monaten Juni 2000 bis Oktober 2002 stellte der Angeklagte K. dem Angeklagten M. in Abstimmung mit diesem seine Leistungen "auf Zuruf" in fünf Teilbeträgen in Rechnung, wobei in den Rechnungen jeweils vom Angeklagten K. tatsächlich nicht erbrachte Leistungen für ein von dem Ingenieurbüro des Angeklagten M. betreutes Projekt für die Technischen Werke Kaiserslautern angeführt wurden. In dem Zeitraum vom 19. Juli 2000 bis zum 21. Februar 2002 zahlte der Angeklagte M. in drei Teilbeträgen insgesamt 50.246,79 DM sowie in zwei weiteren Teilbeträ-

gen insgesamt 23.116,12 Euro an den Angeklagten K. . Dieser hatte eine Genehmigung der Nebentätigkeit nicht beantragt, weil er eine solche - wie er wusste - nicht erhalten hätte.

8                    2. Das Landgericht hat die Freisprüche maßgeblich darauf gestützt, dass nicht nachzuweisen sei, dass der Vertrag, der zu den Zahlungen geführt habe, die den in Heimarbeit erbrachten Arbeitsleistungen des Angeklagten K. je- denfalls nicht unangemessen gewesen seien, gerade wegen dessen Amtsträ- gerstellung abgeschlossen worden sei. Die Einlassung des Angeklagten M. , den Anklagen K. nicht aus Gründen der "Klimapflege", sondern aus- schließlich deshalb beauftragt zu haben, weil dieser als Einziger in der Lage gewesen sei, ihm zur einigermaßen fristgerechten Fertigstellung der Arbeiten zu verhelfen, werde vor dem Hintergrund der für den Angeklagten M. beste- henden Zwangslage plausibel. Dass damit auch andere Zwecke hätten verfolgt werden sollen, habe sich mit den zur Verfügung stehenden oder sonst ersichtli- chen Beweismitteln „zumindest nicht sicher“ nachweisen lassen. Dass der An- geklagte M. von dem Angeklagten K. bei der Vergabe von Ingenieurar- beiten im Bereich der Brückeninstandhaltung „auch anderweitig“ beauftragt worden sei, reiche hierfür nicht aus, zumal nichts dafür spreche, dass der An- geklagte M. bei der Auftragsvergabe „in irgendeiner Weise bevorzugt be- handelt worden wäre.“

## II.

9                    Die Freisprüche begegnen schon auf der Grundlage der bisherigen Fest- stellungen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zudem hält die den Feststel- lungen zu der Nebentätigkeit des Angeklagten K. zu Grunde liegende Be- weiswürdigung rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

10           1. Auch dann, wenn die vom Angeklagten M. an den Angeklagten K. geleisteten Zahlungen, wie von den Angeklagten behauptet, ein angemessenes Entgelt für die von dem Angeklagten K. übernommene Nebentätigkeit darstellten, liegt ein Vorteil im Sinne der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB vor. Darunter ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert (st. Rspr., vgl. BGHSt 31, 264, 279; BGH NJW 2003, 763, 764). Ein solcher Vorteil kann bereits im Abschluss eines Vertrages liegen, auf den der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hat (vgl. BGHSt 31, 264, 279 f.; BGH wistra 2003, 303, 304; MünchKomm StGB-Korte § 331 Rdn. 72 ff.). So liegt es hier. Der Angeklagte K. hatte keinen Rechtsanspruch darauf, dass ihm durch die Übertragung der Nebentätigkeit ermöglicht wurde, durch den Einsatz seiner Arbeitskraft Einkünfte zu erzielen.

11           2. Bei der Prüfung, ob der in der Übertragung der Nebentätigkeit liegende Vorteil, wie gemäß § 331 Abs. 1 bzw. § 333 Abs. 1 StGB erforderlich, "für die Dienstausbübung" angenommen bzw. gewährt wurde, hat das Landgericht die Nebentätigkeit des Angeklagten K. zutreffend als Privathandlung (vgl. dazu MünchKomm StGB-Korte § 331 Rdn. 87, 89 m.N.) angesehen. Nebentätigkeiten sind auch dann keine Dienstausbübung, sondern Privathandlungen, wenn der Amtsträger - wie hier - bei seiner Nebentätigkeit dienstlich erworbene Kenntnisse nutzt oder einsetzt (vgl. BGHSt 11, 125, 128; BGHSt 18, 263, 267; BGH wistra 2001, 388, 389). Sie sind Dienstausbübung nur, soweit der Amtsträger bei der Ausführung der Nebentätigkeit - jedenfalls auch - im Rahmen seiner dienstlichen Obliegenheiten für den Vorteilsgeber tätig werden soll (vgl. BGHSt 31, 264, 280 f. zu § 331 StGB a.F.). Das ist nach den bisherigen Feststellungen nicht der Fall, jedoch für die Tatbestandserfüllung auch nicht erforderlich.

12

Für die Frage, ob die Übertragung einer privaten entgeltlichen Nebentätigkeit auf einer Unrechtsvereinbarung im Sinne der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB beruht, kommt es vielmehr entscheidend darauf an, ob die Angeklagten den in der Vereinbarung der entgeltlichen Nebentätigkeit liegenden Vorteil im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstausbübung des Angeklagten K. im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit für das Tiefbauamt der Stadt Saarbrücken verknüpfen wollten. Dies setzt nach der Neufassung von § 331 Abs. 1 und § 333 Abs. 1 StGB durch das am 20. August 1997 in Kraft getretene Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997 (BGBl I S. 2038) nicht mehr voraus, dass der Vorteil als Gegenleistung für eine bestimmte oder zumindest bestimmbare Diensthandlung des Amtsträgers gedacht ist. Ein Vorteil wird "für die Dienstausbübung" vielmehr schon dann gewährt, wenn er von Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer allgemein im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstausbübung des Amtsträgers verknüpft wird (BGHSt 49, 275, 281; BGH NStZ 2005, 334). Mit dieser Erweiterung von § 331 Abs. 1 und § 333 Abs. 1 StGB sollten die Schwierigkeiten überwunden werden, die sich bei der Anwendung dieser Vorschriften daraus ergaben, dass vielfach die Bestimmung des Vorteils für eine bestimmbare Diensthandlung nicht mit der erforderlichen Sicherheit nachweisbar war. Um dem Hervorrufen eines bösen Anscheins möglicher Käuflichkeit eines Amtsträgers zu begegnen (vgl. BGH NStZ 2005, 334; BGHR StGB § 331 Anwendungsbereich 2), sollte ferner die Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme bzw. Vorteilsgewährung auf die von den Vorschriften in der bisherigen Fassung nicht erfassten Fälle (vgl. BGH NJW 2003, 763, 765 m.N., insoweit in BGHSt 48, 44 nicht abgedruckt) erstreckt werden, in denen durch die Vorteile nur das generelle Wohlwollen des Amtsträgers erkaufte bzw. "allgemeine Klimapflege" betrieben wird (vgl. BGHSt 49, 275, 281).

13           Ausgehend von diesen Grundsätzen lässt allerdings, insoweit ist der Ausgangspunkt des Landgerichts zutreffend, nicht schon die private entgeltliche Nebentätigkeit eines Amtsträgers als solche den Schluss auf eine Unrechtsvereinbarung im Sinne der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB zu. Maßgeblich ist vielmehr, welcher Art die Beziehungen des Vorteilsgebers zu der Dienststelle des Amtsträgers sind und ob die Interessen des Vorteilsgebers sich dem Aufgabenbereich des Amtsträgers zuordnen lassen (vgl. BGHSt 39, 45, 47 m.N.). Demgemäß kann das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung nur für solche privaten entgeltlichen Nebentätigkeiten ohne Weiteres verneint werden, die für einen Auftraggeber ausgeübt werden, mit dem der Amtsträger solche dienstlichen Berührungspunkte nicht hat und auch nicht haben kann (vgl. MünchKomm StGB-Korte § 331 Rdn. 106). Unter diesen Umständen ist eine private Nebentätigkeit regelmäßig nicht geeignet, den bösen Anschein möglicher Käuflichkeit des Amtsträgers zu erwecken.

14           Anders verhält es sich jedoch, wenn - wie hier - zwischen Vorteilsgeber und Amtsträger dienstliche Berührungspunkte bestehen, die es nahe legen können, dass der mit der Ausübung einer entgeltlichen Nebentätigkeit verbundene Vorteil von Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer - jedenfalls auch - allgemein im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstausübung des Amtsträgers verknüpft wird. In solchen Fällen bedarf es deshalb besonders sorgfältiger Prüfung, ob die Erteilung eines Auftrags für eine entgeltliche Nebentätigkeit ausschließlich wegen der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten des Amtsträgers erfolgt oder ob sie auch erfolgt, um seine Dienstausübung zu beeinflussen (vgl. MünchKomm StGB-Korte aaO).

- 15                    3. Diesen Anforderungen werden die knappen Erwägungen des Landgerichts, mit denen es in Anwendung des Zweifelsgrundsatzes Unrechtsvereinbarungen im Sinne der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB verneint hat, nicht gerecht.
- 16                    a) Die Beweiswürdigung des Landgerichts begegnet schon deshalb durchgreifenden rechtlichen Bedenken, weil die Urteilsausführungen besorgen lassen, dass das Landgericht, obwohl es an anderer Stelle auf die Gesetzesänderung hingewiesen hat, von einem an der früheren Rechtslage orientierten zu engen Verständnis des Tatbestandsmerkmals "für die Dienstausbübung" ausgegangen ist. Dies gilt insbesondere für die Erwägung, soweit der Angeklagte M. auch anderweitig vom Angeklagten K. bei der Vergabe von Ingenieurarbeiten im Bereich der Brückeninstandhaltung beauftragt worden sei, spreche nichts dafür, dass der Angeklagte M. insoweit "in irgendeiner Weise" bevorzugt behandelt worden wäre. Zwar ist die bevorzugte Behandlung eines Vorteilsgebers bei der Vornahme einer Diensthandlung ein gewichtiges Indiz für eine Unrechtsvereinbarung im Sinne der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB oder - bei pflichtwidrigem Handeln - der Bestechung (§ 334 Abs. 1 StGB). Ist die Vornahme einer solchen Diensthandlung nicht nachzuweisen, kann aber daraus nicht ohne Weiteres der Umkehrschluss gezogen werden; denn eine Unrechtsvereinbarung im Sinne der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB liegt schon dann vor, wenn der Vorteil allgemein im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstausbübung des Amtsträgers verknüpft wird (BGHSt 49, 275, 281; BGH NSTZ 2005, 334).
- 17                    b) Das Landgericht hätte in einer Gesamtschau aller Indizien (vgl. BGH wistra 2004, 432 f.) prüfen müssen, ob die vielfältigen dienstlichen Berührungspunkte der Ingenieurstätigkeit des Angeklagten M. mit dem dienstlichen Aufgabenbereich des Angeklagten K. nicht zumindest den Schluss zulassen,

dass die Vereinbarung der nach den Feststellungen für den Angeklagten K. lukrativen Nebentätigkeit nach den Vorstellungen der Angeklagten - jedenfalls auch - in dem oben genannten Sinne der "Klimapflege" dienen sollte. In diese Gesamtschau hätte das Landgericht insbesondere folgende Umstände, die für eine solche Unrechtsvereinbarung sprechen können, einbeziehen müssen:

- 18           aa) Aufgrund der langjährigen umfangreichen Geschäftsbeziehungen des Angeklagten M. zum Tiefbauamt der Stadt Saarbrücken ergab sich eine Vielzahl dienstlicher Berührungspunkte zwischen den Angeklagten. Dieses sachliche Näheverhältnis wurde, worauf der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift zutreffend hingewiesen hat, mit die Vereinbarung der entgeltlichen Nebentätigkeit vertieft. Je enger das Näheverhältnis zwischen Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer ist, desto mehr drängt sich aber die Annahme einer Verknüpfung des Vorteils mit einer vom Vorteilsgeber erwünschten und vom Vorteilsnehmer gebilligten "Klimapflege" auf.
- 19           bb) Den Straftatbeständen der Vorteilsannahme und der Vorteilsgewährung ist ein gewisses Maß an Heimlichkeit und Verdeckung der Vorteilsvereinbarung und des Vorteils gegenüber der Anstellungskörperschaft eigen (vgl. BGHSt 48, 44, 51; BGH wistra 2003, 303, 305; MünchKomm StGB-Korte § 331 Rdn. 106). Ein gewichtiges - wenn auch nicht allein maßgebliches - Indiz, das auf eine Unrechtsvereinbarung schließen lässt, ist deshalb die Verschleierung der nicht genehmigten Nebentätigkeit gegenüber dem Tiefbauamt.
- 20           Die beamtenrechtlichen Vorschriften über die Genehmigungspflicht von Nebentätigkeiten, die auf den Angeklagten K. als Angestellten im öffentlichen Dienst sinngemäß Anwendung finden (§ 11 BAT), sollen es dem Dienstherrn nicht nur ermöglichen, durch Versagung einer Genehmigung eine über-

mäßige, der Erledigung der Dienstgeschäfte abträgliche Beanspruchung des Amtsträgers zu verhindern (vgl. § 42 Abs. 2 Nr. 1 BRRG; § 79 Abs. 2 Nr. 1 Saarländisches Beamtengesetz - SBG). Sie sollen vielmehr auch verhindern, dass durch die Übernahme der Nebentätigkeit die Integrität des Amtsträgers in Frage gestellt wird. Deshalb ist eine Nebentätigkeitsgenehmigung unter anderem dann zu versagen, wenn die Nebentätigkeit geeignet ist, die Unparteilichkeit oder Unbefangenheit des Beamten zu beeinflussen oder wenn sie dem Ansehen der öffentlichen Verwaltung abträglich sein kann (§ 42 Abs. 2 Nr. 4, 6 BRRG, § 79 Abs. 2 Nr. 4, 6 SBG). Die Nichteinholung einer Nebentätigkeitsgenehmigung bedurfte hier insbesondere auch deshalb näherer Erörterung, weil sich der Angeklagte K. bewusst war, dass ihm für die übernommene Nebentätigkeit aus den vorgenannten Gründen keine Genehmigung erteilt worden wäre und es nach den gesamten Umständen nahe liegt, dass auch der Angeklagte M. hiervon ausging.

21           4. Die Freisprüche können aber auch deshalb nicht bestehen bleiben, weil die in Anwendung des Zweifelsgrundsatzes getroffenen Feststellungen zu den Umständen der Vereinbarung der Nebentätigkeit, deren Umfang und zu der Angemessenheit der hierfür gezahlten Vergütung widersprüchlich, unklar und lückenhaft sind.

22           Zwar dürfte es sich bei den jeweils auf das Jahr 2006 bezogenen Datumsangaben in den Urteilsgründen zu den für die Fertigstellung der Ausschreibungsunterlagen gesetzten Fristen (UA 13) um ein bloßes Schreibversehen handeln. Dafür spricht insbesondere, dass im Rahmen der Beweiswürdigung ein in der Hauptverhandlung verlesenes Schreiben des Tiefbauamts vom 25. Februar 2000 genannt wird (UA 15), aus dem sich die Abläufe in Bezug auf die Abgabetermine ergeben sollen. Danach liegt es zumindest nahe, dass der Abgabetermin für die Ausschreibungsunterlagen ursprünglich auf den 19. Februar

2000 festgesetzt worden war und in der Besprechung am 11. Februar 2000 auf den 28. Februar 2000 verlängert wurde. Auch dann ist aber auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht nachvollziehbar, dass dem Angeklagten M. , wie von diesem behauptet, "eine annähernd fristgerechte Auftrags erledigung" nur mit Hilfe des Angeklagten K. möglich war, weil anderenfalls ein anderer Ingenieur sich die erforderlichen Kenntnisse "erst mühsam und zeitaufwendig" hätte aneignen müssen. Nach den Feststellungen standen die vom Ingenieurbüro des Angeklagten M. dem Tiefbauamt bereits übermittelten Berechnungen weiterhin zur Verfügung. Dass die noch erforderlichen Arbeiten mit Hilfe dieser beim Tiefbauamt vorliegenden Daten nicht auch vom Ingenieurbüro des Angeklagten M. hätten durchgeführt werden können, lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen.

23            Soweit das Landgericht auf Grund der unwiderlegten Einlassungen der Angeklagten von der Angemessenheit der Vergütung der Nebentätigkeit ausgegangen ist, hätte es näherer Feststellungen zu Art und Umfang der vom Angeklagten erbrachten Leistungen und dazu bedurft, wann die Nebentätigkeit abgeschlossen war. Dies gilt insbesondere deshalb, weil bei Einhaltung der gesetzten Frist nach den bisherigen Feststellungen nur wenige Tage für die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung standen. Dann aber sind weder die Höhe der insgesamt für diese Nebentätigkeit gezahlten Vergütung noch der Zeitraum von mehr als zwei Jahren, in dem der Angeklagte K. die jeweiligen Teilbeträge in Rechnung stellte, nachvollziehbar.

### III.

24            Soweit die Angeklagten freigesprochen worden sind, ist das Urteil daher mit den zugehörigen Feststellungen aufzuheben.

25 Die gegen den Angeklagten K. verhängte Gesamtfreiheitsstrafe, die von der Revision nicht angefochten wird, bleibt dagegen bestehen. Der neue Tatrichter wird gegebenenfalls nach den Grundsätzen von § 55 StGB zu verfahren haben (vgl. BGH NJW 1983, 1130, 1131; NStZ-RR 2003, 118; BGH, Urteil vom 3. Dezember 2003 - 5 StR 361/03).

26 Zur Beurteilung der Konkurrenzen wird vorsorglich auf BGH wistra 2004, 29 und NStZ 1995, 92 hingewiesen.

Tepperwien

Maatz

Kuckein

Athing

Ernemann