



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 490/07

vom

19. Juni 2008

Nachschlagewerk: ja nur zu I.

BGHSt: ja nur zu I.

Veröffentlichung: ja nur zu I.

StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c; §§ 331 - 334

Zur Amtsträgereigenschaft eines selbständigen Ingenieurs, der aufgrund eines Dienstvertrages langfristig bei einer 100-prozentigen Tochter der Deutsche Bahn AG im Konzernbereich Fahrweg (jetzt: DB Netz AG) beim Um- oder Ausbau des Streckennetzes tätig ist (Fortführung von BGHSt 49, 214).

BGH, Urt. vom 19. Juni 2008 - 3 StR 490/07 - LG Hildesheim

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

wegen zu 1. Bestechlichkeit u. a.
zu 2. Bestechung u. a.
zu 3. Betruges

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 29. Mai 2008 in der Sitzung am 19. Juni 2008, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker,

die Richter am Bundesgerichtshof
Pfister,
von Lienen,
Hubert,
Dr. Schäfer
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
- in der Verhandlung vom 29. Mai 2008 -
als Verteidiger des Angeklagten D. ,

Rechtsanwalt
- in der Verhandlung vom 29. Mai 2008 -
als Vertreter des Angeklagten R.,

Rechtsanwalt
- in der Verhandlung vom 29. Mai 2008 -
als Vertreter der Nebenbeteiligten,

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hildesheim vom 23. April 2007 mit den Feststellungen aufgehoben, soweit es die Angeklagten P. und D. betrifft.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die insoweit entstandenen Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels und die dadurch entstandenen notwendigen Auslagen des Angeklagten R. fallen der Staatskasse zur Last.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Mit der Anklageschrift ist den Angeklagten P. und D. der Vorwurf der Bestechlichkeit bzw. Bestechung in drei Fällen, bei dem Angeklagten D. in

einem Fall in Tateinheit stehend mit Anstiftung zur Untreue und zum Betrug, sowie allen drei Angeklagten der Vorwurf des Betruges, bei dem Angeklagten P. in Tateinheit stehend mit Untreue, gemacht worden. Das Landgericht hat den Sachverhalt im Eröffnungsbeschluss abweichend gewertet und die Anklage im Fall 1 der Anklageschrift (B. VIII. der Urteilsgründe) wegen Bestechung bzw. Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr durch die Angeklagten D. und P. und in den Fällen 2-4 der Anklageschrift (B. IX. der Urteilsgründe) wegen einer prozessualen Tat des Betruges durch alle drei Angeklagten, hinsichtlich des Angeklagten P. darüber hinaus wegen einer tateinheitlich hierzu begangenen Untreue zugelassen. Durch das angefochtene Urteil hat es die Angeklagten aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen freigesprochen. Dagegen wendet sich die Revision der Staatsanwaltschaft, mit der sie die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat bezüglich der Angeklagten P. und D. Erfolg, hinsichtlich des Angeklagten R. ist es unbegründet.

I.

2 Die Revision dringt mit der Sachrüge durch, soweit das Landgericht eine Strafbarkeit der Angeklagten P. und D. nach den §§ 331 ff. StGB mit der Begründung abgelehnt hat, der Angeklagte P. sei zur Tatzeit kein Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB gewesen.

3 1. Die Strafkammer hat insoweit folgende Feststellungen getroffen:

4 Der Angeklagte P., ein ehemaliger, auf eigenen Wunsch aus dem Beamtenverhältnis ausgeschiedener Bundesbahnbeamter, war ab Februar 1996 als selbständiger Ingenieur bei der Planungsgesellschaft Bahnbau Deutsche Einheit GmbH (im Folgenden: PBDE), einer 100-prozentigen Tochter der

Deutschen Bahn AG (im Folgenden: DB AG) beschäftigt. Unternehmensgegenstand der innerhalb der DB AG dem Bereich Fahrweg zugeordneten Gesellschaft war die Vorbereitung und Steuerung von Planung, Bauvorbereitung, Baudurchführung und Bauüberwachung insbesondere der Schienenverkehrsprojekte "Deutsche Einheit" einschließlich der Vergabe, der Koordinierung und der Abwicklung aller Arbeiten auf der Grundlage von zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DB AG geschlossenen Finanzierungsvereinbarungen. Mit Wirkung zum 1. Juli 1999 wurde die PBDE aus dem Vermögen der DB AG ausgegliedert und mit sämtlichen bestehenden Vertragsverhältnissen in das Vermögen der DB Netz AG überführt.

5 Dem Angeklagten P. war durch den "im Namen und für Rechnung der Deutschen Bahn AG" geschlossenen Ingenieurvertrag mit der PBDE eine zuvor vakante Stelle übertragen worden. Er erbrachte zunächst Leistungen im Bereich Streckenplanung/Baulenkung/Abrechnung beim Bau der Schnellbahnstrecke Hannover-Berlin im Planungsabschnitt 01 und war u. a. für die Vorbereitung von Vergaben zuständig. Nach einer internen Bekanntmachung hatte er alle Befugnisse wie ein interner Mitarbeiter und arbeitete unter der Stellenbezeichnung "S 142". Anfang Juli 1999 wurde der Vertrag rückwirkend zum 1. Mai 1999 auf die Nachtragsbearbeitung auch im Planungsabschnitt 02 der Strecke erweitert.

6 Der Angeklagte D. war Geschäftsführer der GP Bauge-
sellschaft mbH & Co. KG (später GP Baugesellschaft mbH, im Folgenden: GP),
die unter seiner Leitung ihr Umsatzvolumen im Bereich Erd- und Tiefbauarbeiten wesentlich steigerte und Aufträge öffentlicher und privater Auftraggeber abwickelte, darunter mehrere Projekte für die DB AG.

7 Im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Erweiterung eines Auftrags zur Durchführung von Erdarbeiten im Planungsabschnitt 01 um 13,5 Mio. DM, für die die PBDE der GP als Mitglied einer aus mehreren Unternehmen bestehenden Arbeitsgemeinschaft (ARGE) den Zuschlag erteilt hatte, erhielt der Angeklagte P. von der GP einen Scheck über 130.000 DM mit einem unzutreffenden Verwendungszweck. Einige Monate später erstellte er über diesen Betrag eine rückdatierte Scheinrechnung an die GP. Im Planungsabschnitt 02, in dem die GP als Mitglied einer anderen ARGE ebenfalls mit Erdarbeiten betraut war, meldete sie mehrere Nachträge an, unter anderem wegen Baubehinderung durch Sperrung einer Ortsdurchfahrt in Höhe von über 3 Mio. DM. Nachdem der Nachtrag mehrfach - auf Seiten der PBDE koordiniert durch den Angeklagten P. - verhandelt und die Forderung auf ca. 1,9 Mio. DM reduziert worden war, verfasste der Angeklagte P. einen befürwortenden Vergabevermerk und stellte an dem Tag, an dem auch alle anderen Verantwortlichen bei der PBDE diesen unterzeichnet hatten, der GP eine Rechnung über 90.000 DM zuzüglich Umsatzsteuer, die er mit einem unzutreffenden Rechnungstext versah. Die GP überwies etwa einen Monat später an den Angeklagten P. 90.000 DM; am selben Tag stellte sie der PBDE die abgesprochene Rechnung für den Nachtrag über ca. 1,9 Mio. DM.

8 2. Die Auffassung des Landgerichts, auf Grundlage dieser Feststellungen komme eine Verurteilung der Angeklagten P. und D. wegen Bestechlichkeit bzw. Bestechung (§§ 332, 334 StGB) nicht in Betracht, weil es sich bei dem Angeklagten P. nicht um einen Amtsträger gehandelt habe, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Angeklagte P. war Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB, denn er war bei der PBDE als einer sonstigen Stelle im Sinne der Vorschrift zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellt.

9

a) Bei den von der PBDE ausgeschriebenen und unter ihrer Leitung durchgeführten Gleisbaumaßnahmen handelte es sich um Aufgaben der öffentlichen Verwaltung. Der Ausbau und die Erhaltung des Schienennetzes gehören zu den Aufgaben der Leistungsverwaltung einschließlich der Daseinsvorsorge, die nach ständiger Rechtsprechung zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB gezählt werden (BGHSt 31, 264, 268; 38, 199, 201 f.; 43, 370, 375; 49, 214, 220 ff.). Trotz der (teilweisen) Privatisierung der deutschen Eisenbahnen stellt das Eisenbahnwesen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHSt 49, 214, 221 ff.) und der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur (Rudolphi/Stein in SK-StGB § 11 Rdn. 27; Radtke in MünchKomm-StGB § 11 Rdn. 41; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht S. 637 f.; Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 537; jew. m. w. N.; aA Cantzler, Strafrechtliche Auswirkungen der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben S. 14 f., 114) eine öffentliche Aufgabe dar. Dies gilt insbesondere für die von der PBDE nach ihrem Unternehmensgegenstand entfalteten Tätigkeiten der Planung, Bauvorbereitung, Baudurchführung und Bauüberwachung von Schienenverkehrsprojekten. Nach der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung in Art. 87e Abs. 4 GG gewährleistet der Bund beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes die Berücksichtigung des Allgemeinwohls. Gesellschaften, die den Bau, das Unterhalten und das Betreiben von Schienenwegen zum Geschäftszweck haben, verbleiben dauerhaft zumindest mehrheitlich im Eigentum des Bundes (Art. 87e Abs. 3 Satz 2, 3 GG). Durch diese Regelungen, die erst im Gesetzgebungsverfahren Aufnahme in den Gesetzentwurf fanden, sollte ein Ausgleich zu der Forderung der Länder, das Schienennetz im unmittelbaren Bundeseigentum zu belassen, geschaffen und die politische Verantwortung des Bundes für die Infrastruktur sichergestellt werden (BTDrucks. 12/6280 S. 8). Sie zeigen, dass ein vollständiger Rückzug des Bundes aus dem Eisenbahnwesen trotz der Überführung des Eisenbahn-

vermögens in Wirtschaftsunternehmen nicht gewollt war und insbesondere die hier in Rede stehenden Neubaumaßnahmen von Schienenwegen als Teil des Ausbaus der Infrastruktur vorrangig dem Allgemeinwohl dienen und damit eine öffentliche Aufgabe darstellen.

10 b) Bei der PBDE handelte es sich um eine sonstige Stelle im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB.

11 Unter einer sonstigen Stelle versteht man eine behördenähnliche Institution, die unabhängig von ihrer Organisationsform befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen mitzuwirken, ohne dabei eine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinne zu sein. Ist eine Einrichtung der Öffentlichen Hand in der Form einer juristischen Person des Privatrechts organisiert, müssen bei ihr Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung mit einer Behörde rechtfertigen; sie muss nach ständiger Rechtsprechung bei einer Gesamtbetrachtung "als verlängerter Arm des Staates erscheinen" (BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 312 f.; 49, 214, 219; 50, 299, 303; BGH NStZ 2006, 628, 630). In die Gesamtbetrachtung sind alle wesentlichen Merkmale der Gesellschaft einzubeziehen, namentlich, ob diese gewerblich tätig ist und mit anderen im Wettbewerb steht (BGHSt 38, 199, 204), ob im Gesellschaftsvertrag eine öffentliche Zwecksetzung festgeschrieben ist (BGHSt 43, 370, 372 f.), ob sie im Eigentum der Öffentlichen Hand steht und ihre Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln finanziert wird (BGHSt 45, 16, 20) sowie in welchem Umfang staatliche Steuerungs- und Einflussnahmemöglichkeiten bestehen (BGHSt 43, 370, 378 f.; 45, 16, 20 f.; 49, 214, 224 f.).

12 Bei einer Gesamtbetrachtung aller die PBDE prägenden Merkmale ergibt sich, dass sie als "verlängerter Arm des Staates" zu werten, damit einer Behör-

de gleichzustellen ist und deshalb eine sonstige Stelle im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB darstellt:

- 13 Die Gesellschaft stand im Tatzeitraum im alleinigen (mittelbaren) Bundes Eigentum, weil die Bundesrepublik sämtliche Anteile an der DB AG hielt, die zunächst unmittelbar und ab Juli 1999 mittelbar über die DB Netz AG zu 100 % Muttergesellschaft der PBDE war. Dementsprechend verfügte der Bund über Aufsichtsbefugnisse sowohl gegenüber der DB AG als auch unmittelbar im Aufsichtsrat der PBDE.
- 14 Zwar ist die alleinige Inhaberschaft sowie eine Rahmen- und Globalsteuerung der Gesellschaft durch den Staat für die Annahme einer "sonstigen Stelle" noch nicht ausreichend (BGHSt 43, 370, 378; 45, 16, 20; 49, 214, 226). Jedoch ergibt die gebotene Gesamtschau der folgenden besonderen Umstände, dass die PBDE einer Behörde gleichsteht:
- 15 aa) Die finanziellen Mittel zur Durchführung der Schienenverkehrsprojekte wurden nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils der PBDE über die DB AG aufgrund der zwischen dieser und der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen Rahmen- und Einzelfinanzierungsvereinbarungen in Form von zinslosen Darlehen oder nicht rückzahlbaren Baukostenzuschüssen vollständig durch den Bund zur Verfügung gestellt.
- 16 bb) Die PBDE wurde nicht gewerblich tätig und stand zu anderen Unternehmen nicht im Wettbewerb. Sie erwirtschaftete - anders als dies ein privatwirtschaftliches Konkurrenzunternehmen hätte tun müssen - mit ihrer Planungs- und Koordinierungstätigkeit keine Erträge, sondern setzte die ihr zur Verfügung gestellten Mittel zur Realisierung der Schienenprojekte und damit zur Erfüllung der dem Bund gemäß Art. 87e GG obliegenden und von diesem finanzierten

Gemeinwohlaufgabe ein. Auf dem Gebiet des Ausbaus der Schieneninfrastruktur bestand - und besteht bis heute - kein Wettbewerb, weil es an konkurrierenden Auftraggebern fehlt. Aus diesem Grund wird die im Zuge der Umsetzung der zweiten Stufe der Bahnreform gegründete DB Netz AG vergaberechtlich als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Satz 1 Nr. 2 GWB angesehen, weil ihr Unternehmensbereich der klassischen Daseinsvorsorge der öffentlichen Hand zuzuordnen ist und sie nicht gewerblich tätig wird (Vergabekammer des Bundes, VergabeR 2004, 365, 367; Battis/Kersten, WuW 2005, 493, 497 ff.). Die für die Muttergesellschaft der PBDE maßgeblichen Grundsätze gelten für die PBDE entsprechend.

- 17 cc) Aus dem Gesellschaftsvertrag der PBDE ergibt sich zudem eine öffentliche Zwecksetzung, weil darin die Umsetzung der vom Bund zu gewährleistenden und zu finanzierenden Schienenverkehrsprojekte als (alleiniger) Unternehmensgegenstand festgeschrieben ist. Soweit darüber hinaus als Unternehmensgegenstand die Realisierung der Projekte "Deutsche Einheit" genannt werden, dienen diese in besonderem Maße der Erfüllung des Gemeinwohlauftrages des Bundes: Die Forderung nach einer technischen und organisatorischen Angleichung der beiden Deutschen Bahnen nach der Wiedervereinigung (Deutsche Bundesbahn und Deutsche Reichsbahn) geht auf Art. 26 Abs. 3 des Einigungsvertrages zurück. Dementsprechend ist nach § 8 Abs. 1 Satz 3 des Bundesschienenwegeausbaugesetzes (BSWAG) der Ausbaustand der Schienenwege in den neuen Bundesländern an den in den alten Bundesländern anzupassen. Der Bedarfsplan gemäß § 1 Abs. 1 BSWAG in der zur Tatzeit gültigen Fassung vom 15. November 1993 (BGBl 1993 I S. 1875 f.) wies das von der PBDE ausgeführte Projekt der Ausbau- / Neubaustrecke Hannover-Berlin als vordringlichen Bedarf aus.

- 18 dd) Aus der engen Verzahnung von öffentlicher Aufgabe, öffentlicher Finanzierung und öffentlichem Gesellschaftszweck ergeben sich im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben des BSWAG umfangreiche Einflussmöglichkeiten und Steuerungsmechanismen des Staates gegenüber der PBDE: Welche Strecken neu bzw. ausgebaut werden, legt der Bund durch den Bedarfsplan zum BSWAG fest. Eine Konkretisierung dieses Bedarfsplanes erfolgt durch vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung aufgestellte Fünfjahrespläne, die die Grundlage der Aufstellung von Ausbauplänen für die Bundesschienenwege bilden (§ 5 Abs. 1 BSWAG). Nicht darin aufgeführte Strecken können gemäß § 6 BSWAG nur in Ausnahmefällen aufgrund eines unvorhergesehenen Verkehrsbedarfs in die Ausbaupläne aufgenommen werden. Der Bedarfsplan ist alle fünf Jahre nach einer Prüfung durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung gegebenenfalls anzupassen, wobei die Aufstellung und Anpassung des Bedarfsplanes durch Gesetz vorgenommen werden (§ 4 Abs. 1 BSWAG).
- 19 Nach § 8 Abs. 1 Satz 2 BSWAG finanziert der Bund den Bau, den Ausbau sowie Ersatzinvestitionen, die DB AG trägt gemäß § 8 Abs. 4 BSWAG lediglich die Kosten der Unterhaltung und Instandhaltung ihrer Schienenwege. Die Durchführung und die Finanzierung der in den Bedarfsplan aufgenommenen Baumaßnahmen geschieht gemäß § 9 BSWAG auf der Grundlage von öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen der DB AG und der den Neu- oder Ausbau finanzierenden Gebietskörperschaft, d. h. in aller Regel dem Bund, in denen konkrete Vorgaben für die Verwendung der Gelder gemacht werden (BGHSt 49, 214, 224). Durch die grundsätzliche Befugnis zur Festlegung der von der PBDE durchzuführenden Baumaßnahmen war eine weitere Einflussnahme des Staates damit auch über die Mittelvergabe gegeben, ohne die der PBDE kein Kapital zur Durchführung ihrer Geschäftstätigkeit verblieb.

20 Auch der Gesellschaftsvertrag der PBDE sah Einflussmöglichkeiten des Bundes vor. In den aus mindestens fünf Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat konnten sowohl das Bundesministerium für Verkehr als auch das Bundesministerium für Finanzen jeweils ein Aufsichtsratsmitglied entsenden. Nach § 14 Abs. 2 bzw. § 15 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages oblag es dem Aufsichtsrat, "den von der Geschäftsführung aufgestellten Wirtschaftsplan (...) und einen davon abhängigen Plan, der die vom Eisenbahn-Bundesamt der DB AG zugewiesenen Haushaltsmittel des Bundes sowie deren Verwendung für das kommende Geschäftsjahr ausweist", zu beschließen. Im Aufsichtsrat konnten "Maßnahmen von grundsätzlicher und finanzieller Bedeutung" nicht gegen die Stimmen des Bundes beschlossen werden (§ 7 Abs. 3 bzw. § 8 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages). Zu den Einflussmöglichkeiten aufgrund der Regelungen des BSWAG und der Steuerung über die Mittelvergabe bestand damit zumindest eine Sperrminorität des Bundes im Aufsichtsrat der PBDE, durch die er die Einhaltung seiner Vorgaben kontrollieren konnte.

21 ee) Nach alledem ist es ohne Bedeutung, dass die beiden Vertreter des Bundes im Aufsichtsrat in der Minderheit waren und deshalb - wie das Landgericht ausführt - keine Wünsche und Vorstellungen gegen den Willen der Geschäftsführung durchsetzen konnten. Die aufgezeigten Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten bereits weit im Vorfeld einer etwaigen Entscheidung des Aufsichtsrats belegen für den Geschäftsbereich der PBDE eine hinreichend konkrete staatliche Steuerung, die im Zusammenhang mit der ausschließlich staatlichen Mittelherkunft, der fehlenden Wettbewerbssituation und der im Vordergrund stehenden öffentlichen Aufgabe der Gewährleistung der Schieneninfrastruktur die Einordnung der PBDE als sonstige Stelle im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB tragen. Schon diese Umstände unterscheiden den hier zu beurteilenden Sachverhalt wesentlich von dem vom Landgericht zur Stützung

seiner Rechtsansicht herangezogenen Fall, dass sich ein Privater mit einer Sperrminorität an einer Gesellschaft beteiligt, die auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge tätig wird und mehrheitlich im staatlichen oder kommunalen Eigentum steht (vgl. BGHSt 50, 299). Es kommt hinzu, dass zwar nur zwei Aufsichtsratsmitglieder unmittelbar vom Bund entsandt wurden, jedoch aufgrund des alleinigen Anteilseigentums des Bundes an der DB AG und damit mittelbar auch an der PBDE die nicht unmittelbar vom Bund bestimmte Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder nicht einem privaten Dritten, der vom Staat völlig unabhängig ist, gleichgesetzt werden kann.

22 c) Das Urteil des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 16. Juli 2004 (BGHSt 49, 214), mit dem er für die DB AG als Ganzes die Eigenschaft einer "sonstigen Stelle" verneint hat, steht nicht entgegen. In dieser Entscheidung ist für die mit der zweiten Stufe der Bahnreform im Jahr 1999 als Konzerntochter der DB AG gegründete, ausschließlich für den Bereich Fahrweg zuständige DB Netz AG ausdrücklich offen gelassen worden, ob diese einer derartigen staatlichen Steuerung unterliegt, dass sie als "sonstige Stelle" im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB einzustufen ist (BGHSt aaO S. 226 f.). Daraus wird deutlich, dass in diesem Urteil auch keine Festlegungen für die Einordnung solcher - nicht in den Blick genommener - selbständiger Tochterunternehmen der DB AG getroffen werden sollten, die schon vor der zweiten Stufe der Bahnreform ausschließlich im Teilbereich Fahrweg tätig waren.

23 Auch das vom Landgericht aus dem genannten Urteil herangezogene Argument, die DB AG sei bis zur zweiten Stufe der Bahnreform als einheitliches Unternehmen aufgetreten, müsse daher als Ganzes beurteilt werden und könne als Unternehmenseinheit nicht als "sonstige Stelle" nach § 11 Abs. 1 Nr. 2

Buchst. c StGB angesehen werden, führt für die PBDE nicht weiter. Denn unabhängig davon, ob § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB mit dem Begriff der "sonstigen Stelle" bei privatrechtlichen Einrichtungen tatsächlich ausschließlich Unternehmen oder Gesellschaften als Ganzes bezeichnet oder nicht doch auch deren abgrenzbare Untereinheiten umfasst, handelte es sich bei der PBDE um eine eigene Rechtspersönlichkeit, die daher nicht allein deshalb - jedenfalls bis zum Inkrafttreten der zweiten Stufe der Bahnreform - derselben rechtlichen Einordnung wie die DB AG unterliegen kann oder gar muss, weil sie eine 100-prozentige Tochter der DB AG war (dies trifft im Übrigen jetzt auch auf die DB Netz AG zu) und diese als einheitliches Unternehmen auftrat.

24 Es bedarf nach alledem auch keiner weiteren Erörterung, ob der in einigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes geforderte weitergehende, insbesondere gesellschaftsrechtlich verankerte Einfluss der Öffentlichen Hand auf die laufenden Geschäfte und Einzelentscheidungen (BGHSt 43, 370, 378; 45, 16, 20; 49, 214, 226) stets maßgeblich für die Gleichstellung einer privatrechtlich organisierten Gesellschaft mit einer Behörde ist. Der Senat hätte Bedenken, diesem Kriterium ein solch entscheidendes Gewicht beizumessen. Dem steht zunächst entgegen, dass der Gesetzgeber mit der Ergänzung von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB durch die Worte "unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform" durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997 (BGBl I S. 2038) klargestellt hat, dass die Wahl der Organisationsform - privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich - für sich gesehen nicht zur Abgrenzung einer "sonstigen Stelle" von nichtstaatlichen Einrichtungen herangezogen werden kann. Dann verbietet sich aber auch ein vorrangiges Abstellen auf die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung von Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten. Darüber hinaus sind Einzelheiten des Gesellschaftsvertrages bereits für den bei einer solchen Gesellschaft Angestellten oftmals nicht zu überblicken;

erst recht gilt das für einen außenstehenden Dritten. Damit ist aber für die möglichen Täter eines Bestechungsdelikts ein - nach der zitierten Rechtsprechung maßgebliches - Kriterium, das die Amtsträgerschaft und damit gegebenenfalls die Strafbarkeit begründet, nicht oder nur schwer erkennbar. Nicht zuletzt im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG neigt der Senat deshalb dazu, hinsichtlich der Steuerungsmöglichkeiten des Staates nicht zu verlangen, dass sich aus gesellschaftsrechtlichen Regelungen ein Einfluss der Öffentlichen Hand auf konkrete Einzelentscheidungen im Tagesgeschäft ergeben muss (vgl. dazu Radtke in MünchKomm-StGB § 11 Rdn. 55; Heinrich NStZ 2005, 197, 201; kritisch zum Erfordernis der staatlichen Steuerung auch Rudolphi/Stein in SK-StGB § 11 Rdn. 30 a).

25 d) Der Angeklagte P. war nach den Feststellungen des Landgerichts auch zum Amtsträger bestellt. Die öffentlich-rechtliche Bestellung ist von der rein privatrechtlichen Beauftragung abzugrenzen und muss zu einer über den einzelnen Auftrag hinausgehenden längerfristigen Tätigkeit oder einer organisatorischen Eingliederung in die Behördenstruktur führen, ohne dass es freilich eines förmlichen Bestellungsaktes bedarf (BGHSt 43, 96, 102; Fischer, StGB 55. Aufl. § 11 Rdn. 20 m. w. N.). Bei dem Angeklagten P. lag sowohl eine längerfristige Tätigkeit über mehrere Jahre als auch eine Eingliederung in die Struktur der PBDE vor, in der er die Stelle "S 142" bekleidete. Dies wurde durch die interne Mitteilung, dass er über die gleichen Befugnisse wie ein Mitarbeiter verfügte, auch schriftlich dokumentiert.

26 Die Auffassung des Landgerichts, dass es eines Bestellungsaktes mit Warnfunktion bedurft hätte, beruht auf der rechtsfehlerhaften Annahme, bei der PBDE habe es sich jedenfalls bis zur Eingliederung in die DB Netz AG nicht um

eine sonstige Stelle im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB gehandelt; sie trifft deshalb ebenfalls nicht zu.

27 3. Aufgrund der rechtsfehlerhaften Verneinung der Amtsträgerschaft des Angeklagten P. war das Urteil mit den Feststellungen aufzuheben, soweit es die Angeklagten P. und D. betrifft. Dies gilt auch hinsichtlich des zweiten Tatkomplexes, in dem das Landgericht an sich rechtsfehlerfrei (s. dazu unten II.) auch diese beiden Angeklagten vom Vorwurf des Betruges bzw. der Untreue freigesprochen hat. Es hat aber insoweit den festgestellten Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt der Bestechlichkeit bzw. Bestechung rechtlich unzutreffend gewürdigt. Um dem neuen Tatrichter eine unabhängige und widerspruchsfreie Beurteilung zu ermöglichen, hat der Senat deshalb die Feststellungen insgesamt aufgehoben, soweit sie die Angeklagten P. und D. betreffen.

II.

28 Das Urteil hat hingegen Bestand, soweit das Landgericht den Angeklagten R. im zweiten Tatkomplex vom Vorwurf des Betruges aus tatsächlichen Gründen freigesprochen hat.

29 Die in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge hat aus den Gründen der Zuschrift des Generalbundesanwalts keinen Erfolg. Auch die Sachrüge dringt nicht durch:

30 Entgegen der Auffassung der Revision ist die Beweiswürdigung weder lückenhaft, noch weist sie sonstige Rechtsfehler auf. Das Landgericht hat aufgrund einer umfassenden Würdigung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Indizien eingehend begründet, warum es sich insbesondere von

einer vorsätzlichen Täuschungshandlung nicht hat überzeugen können. Maßgeblich hat es dabei darauf abgestellt, dass die Umstände, die für und gegen die Berechtigung der geltend gemachten Nachtragsforderung sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach sprachen, den maßgeblichen Entscheidungsträgern innerhalb der PBDE aufgrund der Vielzahl von Verhandlungen über diese Forderung und des umfangreichen Schriftwechsels darüber bekannt waren. Rechtsfehlerfrei hat es zudem berücksichtigt, dass für die Beurteilung der Frage, ob die Forderung dem Grunde nach berechtigt war, seitens der PBDE eine Rechtsanwaltskanzlei eingeschaltet worden und eine bewusste Falschinformation dieser Kanzlei nicht feststellbar war. Zur Höhe der Forderung hat sich die Strafkammer auf das Gutachten des in der Hauptverhandlung gehörten Sachverständigen berufen und in rechtsfehlerfreier Weise berücksichtigt, dass auch dem Rechnungsprüfer der PBDE die offensichtlichen Rechenfehler des Angeklagten R. sowie die fehlende Nachvollziehbarkeit der Forderung in Bezug zu der Urkalkulation nicht aufgefallen waren. Angesichts dieser Umstände kam es auf die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe eine Forderung der GP tatsächlich bestand oder zivilgerichtlich durchsetzbar gewesen wäre, nicht mehr entscheidend an. Aus diesem Grund genügen auch die Ausführungen der Strafkammer, mit denen sie die wesentlichen Ausführungen des Sachverständigengutachtens wiedergegeben hat, den revisionsrechtlichen Anforderungen.

31 Soweit die Staatsanwaltschaft einzelne Indizien herausgreift und stärker zu Lasten des Angeklagten wertet oder sich gegen Feststellungen wendet, die

das Landgericht aus dem Sachverständigengutachten herleitet, handelt es sich um den im Revisionsverfahren unbehelflichen Versuch, die eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen.

Becker

Pfister

von Lienen

RiBGH Hubert und RiBGH Dr. Schäfer
befinden sich im Urlaub und sind daher
gehindert zu unterschreiben.

Becker