



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 620/17

vom  
31. Juli 2018  
in der Strafsache  
gegen

wegen Vorteilsannahme u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 31. Juli 2018 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 5. Juli 2017
  - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte der Vorteilsannahme in 529 tateinheitlichen Fällen sowie der Untreue in zwei Fällen schuldig ist,
  - b) im Ausspruch über die Einzelstrafen in den unter II. 5. der Urteilsgründe bezeichneten 529 Fällen sowie im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen bestehen,
  - c) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 348.267,24 Euro angeordnet worden ist.

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

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vorteilsannahme in 529 Fällen sowie Untreue in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt und bestimmt, dass sechs Monate der verhängten Strafe wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung als vollstreckt gelten. Weiter hat es gegen ihn die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 348.267,24 Euro angeordnet. Die auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist sie aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts dargelegten Gründen unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

2 Das Landgericht hat - soweit für die nachstehenden Entscheidungsgründe relevant - im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen:

3 Der Angeklagte war jahrzehntelang Angestellter der R. AG, deren Kernaufgabe die Bereitstellung des öffentlichen Personennahverkehrs auf dem Gebiet der Stadt D. war. Alleiniger Eigentümer der Gesellschaft war - teilweise mittelbar über eine Holding - die Stadt D., die über den hälftig von ihr besetzten Aufsichtsrat die Geschäftsführung durch den Vorstand überwachte. Dabei unterlagen Geschäfte größerer Bedeutung ebenso der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates wie zahlreiche weitere unternehmerische Entscheidungen, beispielsweise die Neufestsetzung der Fahrtarife, wesentliche Änderungen des Betriebsnetzes oder Beteiligungen an Verkehrsverbänden. Auch der Aufstellung des Wirtschaftsplans und der Feststellung und

Verwendung des Jahresabschlusses musste der Aufsichtsrat zustimmen. Zudem konnte er für weitere von ihm bestimmte Geschäfte im Einzelfall ein Zustimmungserfordernis beschließen. Konkurrierende Unternehmen am Markt existierten nicht. Die R. AG erreichte im Durchschnitt einen Kostendeckungsgrad von etwas mehr als 80 %. Das verbleibende Defizit wurde bewusst in Kauf genommen, um den Zugang zum Personennahverkehr möglichst weitreichend und flächendeckend zu gewährleisten; es wurde aus Mitteln der öffentlichen Hand ausgeglichen.

4 Dem Angeklagten war zuletzt der Bereich "Werbevermarktung, Verkauf Material und Anlagegüter" zur eigenverantwortlichen Bearbeitung übertragen. Auf diesem Aufgabengebiet konnte er eigenständige Entscheidungen treffen und Bestellungen bis zu einer Wertgrenze von 10.000 Euro selbst und ohne Prüfung durch Bereichsleitung oder Vorstand genehmigen. Zum Kernbereich seiner Zuständigkeit gehörte die Verkehrsmittelwerbung auf Flächen von Bussen, Bahnen und Wartehallen der R. AG.

5 Mit einem langfristigen Konzessionsvertrag hatte die R. AG der Firma M. GmbH (im Folgenden: M. ) das ausschließliche Recht übertragen, den Gesamtbestand der ihr gehörenden öffentlichen Verkehrsmittel durch Werbung wirtschaftlich zu nutzen. Als Gegenleistung schuldete die M. der R. AG 83 % aller Einnahmen aus der werblichen Nutzung. Jede beabsichtigte Werbung war der R. AG in Person des Angeklagten zur vorherigen Zustimmung vorzulegen. Das Anbringen der Werbung war Sache der M. , die hiermit Subunternehmer betraute. Mit der Entfernung der Werbung hatte die M. die R. AG entgeltlich zu beauftragen, die jedoch eine abweichende Abwicklung bestimmen konnte. In etwa 30 % aller Fälle erteilte die M. der Firma W. GmbH (im Folgenden: W. ) den Auftrag zur Herstellung der Werbefolien,

teilweise auch zugleich zu deren Verklebung. Letztere nahm die W. allerdings nicht selbst vor, sondern reichte sie ihrerseits an einen Subunternehmer weiter. Außerdem hatte sich die R. AG das Recht vorbehalten, eigene Werbung auf ihre Kosten an ihren Verkehrsmitteln und sonstigen Einrichtungen anzubringen oder durch Dritte anbringen zu lassen. Teilweise beauftragte die R. AG die W. direkt mit der Herstellung, Beklebung oder Beseitigung von Werbefolien. Diese Aufträge erteilte der Angeklagte. Er war Ansprechpartner für die M. und die W. und koordinierte das Anbringen und Entfernen der Werbefolien. Die Arbeiten wurden in den Werkstätten der R. AG vorgenommen, für die der Angeklagte die erforderlichen Betretenserlaubnisse erteilte.

6 Nachdem ein Mitarbeiter der M. seine Tätigkeit eingestellt hatte, dessen Unternehmen zuvor im großen Umfang sowohl von dieser als auch der W. mit Folienverklebungen und -entfernungen beauftragt worden war, gründete der Angeklagte gemeinsam mit seiner Ehefrau die Firma "V.

B. " (im Folgenden: Firma B. ), die sie gemeinsam und arbeitsteilig führten. Um sich das Wohlwollen des Angeklagten zu sichern und die geschäftlichen Beziehungen zur R. AG nicht zu gefährden, beauftragten sowohl die M. als auch die W. in der Zeit von Juli 2007 bis September 2011 die Firma B. in insgesamt 529 Fällen mit Verklebungen, die ihre Leistungen zu marktüblichen Preisen abrechnete. Das Auftragsvolumen belief sich für den gesamten Zeitraum auf 1.278.442,28 Euro brutto. Insgesamt erwirtschafteten der Angeklagte und seine Ehefrau hieraus einen Gewinn von 348.267,24 Euro, hinsichtlich dessen Wertes das Landgericht die Einziehung angeordnet hat.

II.

7 Die Verurteilung des Angeklagten wegen 529 (tatsmehrheitlichen) Fällen der Vorteilsannahme begegnet rechtlichen Bedenken. Zwar verwirklichte er auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen diesen Straftatbestand (nachfolgend 1.). Jedoch wird die Annahme rechtlich selbständiger Taten von den Feststellungen nicht getragen; das führt zur entsprechenden Schuldspruchänderung sowie zur Aufhebung der für diese Taten verhängten Einzelstrafen und der Gesamtstrafe (unten 2.). Darüber hinaus hat die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen keinen Bestand (unten 3.). Soweit der Angeklagte wegen Untreue in zwei Fällen verurteilt und eine Kompensationsentscheidung aufgrund rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung getroffen worden ist, hat die Nachprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil ergeben.

8 1. Der Angeklagte hat sich wegen Vorteilsannahme (§ 331 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht. Er war Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB und ließ sich als solcher für seine Dienstausbübung einen Vorteil für einen Dritten versprechen bzw. nahm einen solchen Vorteil an. Der näheren Erörterung bedarf nur die Wahrnehmung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung durch den Angeklagten.

9 a) Der öffentliche Personennahverkehr in N. unterfällt der Daseinsvorsorge, die nach gefestigter Rechtsprechung eine öffentliche Aufgabe darstellt (vgl. MüKoStGB/Radtke, 3. Aufl., § 11 Rn. 58 mwN). Die Daseinsvorsorge umfasst alle Tätigkeiten, die dazu bestimmt sind, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit zu sorgen (BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2010 - 3 StR 312/10, BGHSt 56, 97, 101 mwN). Für das Bundeseisenbahnwesen hat der Bundesgerichtshof wiederholt entschieden,

dass die als Wirtschaftsunternehmen geführten Nachfolgesellschaften der Deutschen Bundesbahn auch nach der Bahnreform eine öffentliche Aufgabe auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge erfüllen (BGH, Urteile vom 16. Juli 2004 - 2 StR 486/03, BGHSt 49, 214, 221 ff.; vom 19. Juni 2008 - 3 StR 490/07, BGHSt 52, 290, 292 f.; Beschluss vom 9. Dezember 2010 - 3 StR 312/10, BGHSt 56, 97, 99 ff.).

10            Im Bereich der Daseinsvorsorge kommt dem Staat die Definitionsmacht darüber zu, welche Aufgaben er zu solchen der öffentlichen Verwaltung macht. Das sind diejenigen, die der Staat in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform selbst als Anbieter der entsprechenden Leistung wahrnimmt (Ransiek, NSTz 1997, 519, 521; Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, 2. Aufl., Vorb. I Rn. 23; vgl. auch BGH, Urteil vom 16. Juli 2004 - 2 StR 486/03, BGHSt 49, 214, 223). Dass sich der Staat den öffentlichen Personennahverkehr und die Sicherstellung der hierfür erforderlichen Verkehrsdienstleistungen selbst zur Aufgabe gemacht hat, ergibt sich schon aus gesetzlichen Regelungen:

11            Zurückgehend auf Rechtsakte der Europäischen Union soll durch Einführung eines regulierten Wettbewerbs ein effizienter Personenverkehr gewährleistet werden. Auf dieser Grundlage haben die Bundesländer eigene Gesetze zum öffentlichen Personennahverkehr geschaffen. § 1 des Gesetzes über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen (ÖPNVG NRW) bestimmt wie § 1 des Gesetzes zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (RegG), dass der öffentliche Personennahverkehr eine Aufgabe der Daseinsvorsorge ist. Nach § 3 ÖPNVG NRW sind die Kreise und kreisfreien Städte Aufgabenträger für die Planung, Organisation und Ausgestaltung des öffentlichen Personennahverkehrs; sie gelten in ihrem Wirkungskreis als zuständige Behörde im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße. Von den Aufgabenträgern

unterschieden werden die Verkehrsunternehmen, die die Verkehrsdienstleistungen erbringen und hierzu von den Aufgabenträgern beauftragt werden. Soweit vor dem Hintergrund dieser Rollenverteilung vereinzelt vertreten wird, dass nur die Aufgabenträger (und die Genehmigungsbehörden i.S.d. § 11 PBefG) Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnehmen, während die Verkehrsunternehmen die Rolle des unternehmerisch kalkulierenden Wettbewerbsteilnehmers ausfüllen, der seine Dienstleistungen wirtschaftlich-eigennützig und damit nicht als öffentliche Leistung der Daseinsvorsorge im strafrechtlichen Sinn erbringt (Becker, StV 2006, 263, 266 ff.), ist dem nicht zu folgen. Dies lässt außer Acht, dass der Staat aufgrund seiner Definitionsmacht Aufgaben der Daseinsvorsorge als öffentliche Aufgaben selbst leisten kann, auch wenn er das - wie hier - in der Form privatrechtlich organisierter Unternehmen tut (s. auch Maunz/Dürig/Möstl, GG, 80./82. EL, Art. 87e Rn. 139, 103). Nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB ist zudem auch derjenige Amtsträger, der im Auftrag einer Behörde oder sonstigen Stelle, als die jedenfalls die Aufgabenträger des öffentlichen Personennahverkehrs anzusehen sind, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.

- 12            Seit Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 am 3. Dezember 2009 kann der öffentliche Personennahverkehr durch die zuständige Behörde sichergestellt werden, indem sie öffentliche Dienstleistungsaufträge vergibt (vgl. Art. 2 Buchst. i und Art. 5 VO [EG] Nr. 1370/2007). Nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 ist es indes ebenso zulässig, dass eine zuständige örtliche Behörde selbst öffentliche Personenverkehrsdienste erbringt oder öffentliche Dienstleistungsaufträge direkt an eine rechtlich getrennte Einheit vergibt, über die sie eine Kontrolle ausübt, die derjenigen über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Wenngleich sich den Feststellungen des angefochtenen Urteils die konkrete rechtliche Konstruktion nicht entnehmen lässt, liegt es nahe, dass die kreisfreie Stadt D.            als Aufgabenträgerin die R.            AG durch einen solchen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach § 3 Abs. 2 ÖPNVG NRW und

§ 8a PBefG mit der Wahrnehmung des öffentlichen Personennahverkehrs betraute. In diesem Fall wäre schon allein aufgrund der verwaltungsrechtlichen Handlungsform von der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe auszugehen. Denn solche öffentlichen Dienstleistungsaufträge sind nach deutschem Recht öffentlich-rechtliche Verträge im Sinne der §§ 54 bis 62 VwVfG (Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, 2. Aufl., Vorb. III Rn. 44; § 8a Rn. 21), bei deren Verwendung regelmäßig von öffentlicher Aufgabenwahrnehmung ausgegangen werden kann (MüKoStGB/Radtke, 3. Aufl., § 11 Rn. 49).

13            b) Auch für den vor Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1370/2007 liegenden Tatzeitraum und unabhängig von der Erteilung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags steht die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe durch den Angeklagten nicht in Frage. Ist diesbezüglich auf das Unternehmen der R.

AG als Ganzes abzustellen (so BGH, Urteil vom 16. Juli 2004 - 2 StR 486/03, BGHSt 49, 214, 227), folgt das bereits daraus, dass die R.

AG mit der Durchführung von Nahverkehrsdienstleistungen eine öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge wahrnahm und der Angeklagte als deren Angestellter eine von gewisser Selbständigkeit und Eigenverantwortung geprägte Tätigkeit ausübte (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2016 - 2 StR 148/15, BGHSt 61, 135, 139 ff. mwN). Der Senat kann offen lassen, ob der Begriff "sonstige Stelle" im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB insbesondere bei privatrechtlichen Einrichtungen tatsächlich ausschließlich Unternehmen oder Gesellschaften als Ganzes und nicht auch einzelne abgrenzbare Tätigkeitsbereiche oder Untereinheiten erfasst (so bereits BGH, Urteil vom 19. Juni 2008 - 3 StR 490/07, BGHSt 52, 290, 298; Beschluss vom 9. Dezember 2010 - 3 StR 312/10, BGHSt 56, 97, 107). Dies könnte zweifelhaft sein, soweit solche abgrenzbare Teile der Einrichtung lediglich der Erzielung von Gewinnen dienen, mit denen die Finanzierung anderweitiger öffentlicher Aufgaben sichergestellt werden soll.

- 14           Unter den hier gegebenen Umständen zählt jedenfalls auch die durch den Angeklagten verantwortete Werbevermarktung zu der öffentlichen Aufgabe der Bereitstellung eines möglichst flächendeckenden Personennahverkehrs. Zwar dient die Werbevermarktung der Einnahme von Geldern und damit zunächst fiskalischen Interessen. Bei der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Betätigung der öffentlichen Hand wird grundsätzlich zwischen der Beschaffungs- und Bedarfsverwaltung als Teil einer öffentlichen Aufgabe einerseits und der rein wirtschaftlichen Betätigung als privater Aufgabe andererseits unterschieden. Der Beschaffungs- und Bedarfsverwaltung kommt die Funktion zu, die sachlichen Voraussetzungen für die Ausübung der Eingriffs- und Leistungsverwaltung zu schaffen, indem der Staat als Nachfrager von Waren und Dienstleistungen auftritt (sogenannte "fiskalische Hilfsgeschäfte"). Die rein erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates hingegen, bei der er wie andere private Marktteilnehmer als Anbieter von Waren und Dienstleistungen in Erscheinung tritt, dient allein der Gewinnerzielung und Erhöhung der staatlichen Einnahmen und stellt damit für sich genommen keine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung dar (MüKoStGB/Radtke, 3. Aufl., § 11 Rn. 74 ff.; NK-StGB-Saliger, 5. Aufl., § 11 Rn. 35; SK-StGB/Stein/Deiters, 9. Aufl., § 11 Rn. 54).
- 15           Angesichts der Tatsache, dass der öffentliche Personennahverkehr nicht ohne ein von der öffentlichen Hand auszugleichendes finanzielles Defizit durchzuführen ist (vgl. Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, 2. Aufl., Vorb. I Rn. 31, 36) und der Auftrag, eine ausreichende Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen sicherzustellen (§ 1 Abs. 1 RegG), sowohl die Planung und Organisation als auch die Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs umfasst (vgl. § 3 Satz 1 RegG), besteht zwischen der Durchführung des öffentlichen Personennahverkehrs und der Generierung von Einnahmen durch Verkehrsflächenwerbung ein so enger Zusammenhang, dass auch diese als Teil der öffentlichen Aufgabe anzusehen ist. Denn durch die Werbeflächenvermark-

tung erzielte die R. AG gerade solche Einnahmen, die zur Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs vonnöten waren und das staatlich auszugleichende finanzielle Defizit reduzierten. Dies findet seine Bestätigung in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG, der die nach § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG grundsätzlich angestrebte Eigenwirtschaftlichkeit von Verkehrsdienstleistungen als solche definiert, deren Aufwand durch Beförderungserlöse, Ausgleichs- und Erstattungsregelungen sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinn gedeckt werden. Gerade der Umstand, dass sonstige Unternehmenserträge gesetzlich vorgesehen und auf eine Stufe mit staatlichen Ausgleichsleistungen und Beförderungserlösen gestellt sind, verdeutlicht den engen Konnex mit der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe. In Anbetracht dieser gesetzlichen Regelung wird der Charakter der öffentlichen Aufgabe mithin nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Verkehrsunternehmen außer den Einnahmen aus Fahrpreisen noch weitere Einnahmen erzielt. Dass die Erhebung von Fahrpreisen im öffentlichen Personennahverkehr - obwohl auch sie vordergründig erwerbswirtschaftlichen Interessen dient und das Verkehrsunternehmen diesbezüglich nicht als Nachfrager, sondern Anbieter einer Leistung auftritt - Teil der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe des öffentlichen Personennahverkehrs ist, kann dabei nicht zweifelhaft sein. Es entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass eine etwa zusätzlich zu Zwecken des Allgemeinwohls hinzutretende Gewinnerzielungsabsicht der Einstufung als öffentliche Aufgabe nicht entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 2003 - 2 StR 164/03, BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 7; ferner BGH, Urteil vom 16. Juli 2004 - 2 StR 486/03, BGHSt 49, 214, 222 f.). Dies gilt umso mehr, wenn zwischen der Gewinnerzielungsabsicht und den weiteren, öffentlichen Zwecksetzungen eine enge Wechselbeziehung besteht (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2001 - 4 StR 550/00, NJW 2001, 3062, 3064).

16 c) Die R. AG ist auch als sonstige Stelle im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB einzuordnen. Darunter ist nach ständiger Rechtsprechung eine behördenähnliche Institution zu verstehen, die unabhängig von ihrer Organisationsform befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen mitzuwirken, ohne eine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinn zu sein. Ist die Stelle als juristische Person des Privatrechts organisiert, muss sie Merkmale aufweisen, die eine Gleichstellung mit einer Behörde rechtfertigen. Bei einer Gesamtbetrachtung muss sie danach als "verlängerter Arm des Staates erscheinen" (vgl. nur BGH, Urteil vom 19. Juni 2008 - 3 StR 490/07, BGHSt 52, 290, 293; Beschluss vom 9. Dezember 2010 - 3 StR 312/10, BGHSt 56, 97, 102, je mwN). In diese Gesamtbetrachtung sind alle wesentlichen Merkmale der Gesellschaft einzubeziehen, insbesondere

- ob sie gewerblich tätig ist und mit anderen im Wettbewerb steht (BGH, Urteile vom 29. Januar 1992 - 5 StR 338/91, BGHSt 38, 199, 204; vom 3. März 1999 - 2 StR 437/98, BGHSt 45, 16, 20),
- ob sie im Eigentum der öffentlichen Hand steht (BGH, Urteil vom 12. Juli 2001 - 4 StR 550/00, NJW 2001, 3062, 3064),
- ob im Gesellschaftsvertrag eine öffentliche Zwecksetzung festgeschrieben ist (BGH, Urteil vom 19. Dezember 1997 - 2 StR 521/97, BGHSt 43, 370, 372 f.),
- ob ihre Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln finanziert wird oder sie sich aus den Erlösen der eigenen Unternehmenstätigkeit finanziert (BGH, Urteil vom 3. März 1999 - 2 StR 437/98, BGHSt 45, 16, 20) und

- in welchem Umfang staatliche Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten bestehen (BGH, Urteil vom 19. Dezember 1997 - 2 StR 521/97, BGHSt 43, 370, 378 f.).

17

Der Senat hat weiterhin Bedenken, dem Kriterium der staatlichen Steuerung ein entscheidendes Gewicht dergestalt beizumessen, dass ein gesellschaftsrechtlich verankerter Einfluss der öffentlichen Hand auf die laufenden Geschäfte und Einzelentscheidungen erforderlich ist (so aber BGH, Urteile vom 3. März 1999 - 2 StR 437/98, BGHSt 45, 16, 20; vom 16. Juli 2004 - 2 StR 486/03, BGHSt 49, 214, 226). Dagegen sprechen neben der geltenden Gesetzesfassung, die der Wahl der Organisationsform die Bedeutung als Abgrenzungskriterium gerade nehmen wollte, die Erfordernisse des Bestimmtheitsgebotes des Art. 103 Abs. 2 GG (vgl. im Einzelnen BGH, Urteil vom 19. Juni 2008 - 3 StR 490/07, BGHSt 52, 290, 298 f.; kritisch auch MüKoStGB/Radtke, 3. Aufl., § 11 Rn. 92; ders., NStZ 2007, 57, 60; Heinrich, NStZ 2005, 197, 201). Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bereits das Alleineigentum der öffentlichen Hand an einem Unternehmen grundsätzlich darauf hindeutet, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt (EuGH, Urteil vom 19. April 2007 - C-295/05, Slg. 2007, I-3034 Rn. 57). Letztlich bedarf es hier keiner abschließenden Entscheidung. Die vorzunehmende Gesamtbetrachtung führt auf der Grundlage der Urteilsfeststellungen auch dann zu dem Ergebnis, dass die R. AG als eine "sonstige Stelle" in diesem Sinne zu beurteilen ist, wenn den staatlichen Einflussmöglichkeiten entscheidendes Gewicht beizulegen wäre: Die R. AG stand im Alleineigentum der Stadt D. und nicht im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern. Ihre Tätigkeit wurde im Wege des Defizitausgleichs zu etwa einem Fünftel aus öffentlichen Mitteln finanziert. Die öffentliche Hand hatte aufgrund der weitreichenden Zustimmungserfordernisse des Aufsichtsrates, die auch

unternehmerische Entscheidungen und einzelne Geschäfte betrafen, eine so weitgehende Einflussmöglichkeit, dass die Gleichstellung mit einer Behörde gerechtfertigt ist.

18 d) Der Angeklagte handelte zudem vorsätzlich hinsichtlich der ihm obliegenden Wahrnehmung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung.

19 Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Urteilsfeststellungen wusste der Angeklagte als langjähriger Beschäftigter der R. AG, dass diese anstelle der Stadt D. den öffentlichen Personennahverkehr sicherstellte und damit als verlängerter Arm der Kommunalbehörde agierte. Durch seine Zuständigkeiten war ihm ebenso bewusst, dass er eigenverantwortlich Entscheidungen im Namen der R. AG treffen konnte, wie er den sich aus seiner Pflichtenstellung ergebenden Interessenkonflikt in Bezug auf die Firma B. erkannte.

20 Diese Feststellungen belegen jedenfalls den Eventualvorsatz des Angeklagten, auch in Bezug auf seine Eigenschaft als Amtsträger. Zwar ist in einzelnen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs für den Vorsatz hinsichtlich der eigenen Amtsträgereigenschaft im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB gefordert worden, dass der Täter über das Wissen um seine Amtsträgerstellung begründenden Umstände hinaus auch eine Bedeutungskennntnis gerade von seiner Funktion als Amtsträger haben müsse (BGH, Urteile vom 29. August 2007 - 5 StR 103/07, BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 14; vom 9. Juli 2009 - 5 StR 263/08, NJW 2009, 3248, 3250; vom 27. November 2009 - 2 StR 104/09, BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 17). Offen bleibt dabei jedoch, was eine solche "Bedeutungskennntnis" kennzeichnet, wann sie angenommen werden kann und inwiefern sie sich vom Wissen um die die Amtsträgereigenschaft begründenden Umstände unterscheidet. Denn der nicht

näher präzierte Begriff ist - ebenso wie derjenige der sogenannten "Parallelwertung in der Laiensphäre" - eine rein normative Kategorie, die überdies den Grundsatz, dass ein Subsumtionsirrtum den Vorsatz unberührt lässt, nicht in Frage stellt (so ausdrücklich BGH, Urteil vom 29. August 2007 - 5 StR 103/07, BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 14). Ungeachtet dessen tragen die oben ausgeführten Feststellungen den Schluss des Landgerichts, der Angeklagte habe um die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe durch die R.

AG (öffentlicher Personennahverkehr) und die sich aus seiner Stellung als deren Beschäftigter und Alleinverantwortlicher für die Verkehrsmittelwerbung ergebenden Pflichten gewusst, zumal das Landgericht hierzu als Maßstab die "Parallelwertung in der Laiensphäre" herangezogen hat (UA S. 63).

21            2. Die Wertung des Landgerichts, der Angeklagte habe sich 529 in Tatumehrheit (§ 53 StGB) stehender Fälle der Vorteilsannahme schuldig gemacht, wird von den Urteilsfeststellungen nicht getragen. Diese belegen nicht, dass der Angeklagte in allen 529 Fällen eine konkrete Tathandlung vornahm. Hierzu gilt:

22            a) Vorteil im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB ist jede Leistung, auf die kein Rechtsanspruch besteht und die die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Empfängers objektiv verbessert. Ein solcher Vorteil kann auch in dem Abschluss eines Vertrages und der dadurch begründeten Forderung bestehen (BGH, Urteile vom 21. Juni 2007 - 4 StR 69/07, NStZ-RR 2007, 309, 310; vom 26. Mai 2011 - 3 StR 492/10, wistra 2011, 391, 392 f.; vom 22. März 2018 - 5 StR 566/17, NJW 2018, 1767, 1768 [zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen]). Da vom Tatbestand des § 331 Abs. 1 StGB auch Dritt Vorteile erfasst werden, lag hier jedenfalls in dem durch Annahme des jeweiligen Auftrags bewirkten Vertragsschluss mit der Firma B. ein tatbestandsmäßiger Vorteil. Jedoch lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen, dass der Angeklagte etwa jeden der Firma erteilten Auftrag persönlich angenommen oder

sonst in jedem einzelnen Fall einen konkreten fördernden Tatbeitrag erbracht hätte. Allerdings hatte er (gemeinsam mit seiner Ehefrau) die Firma B.

gegründet und führte sie arbeitsteilig (mit ihr). Dadurch leistete er jedenfalls einen Tatbeitrag, der sich in allen Einzelfällen auswirkte. Erbringt ein Tatbeteiligter einen mehrere Einzeltaten fördernden Beitrag, beispielsweise indem er an dem Aufbau und der Aufrechterhaltung eines auf Straftaten ausgerichteten Geschäftsbetriebes mitwirkt, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Delikte als einheitlich begangen zuzurechnen, weil sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden (sog. uneigentliches Organisationsdelikt, vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - 3 StR 344/03, BGHSt 49, 177, 183 f.; Beschluss vom 3. März 2016 - 4 StR 134/15, wistra 2016, 309, 310).

23

b) Der Senat schließt aus, dass darüber hinausgehende Feststellungen - etwa zu der Frage, wer die von der M. und der W. erteilten Aufträge jeweils annahm - noch getroffen werden können und stellt den Schuldspruch entsprechend um. Die Änderung des Konkurrenzverhältnisses bedingt hier die Aufhebung der Einzelstrafen in den 529 Fällen der Vorteilsannahme sowie der Gesamtstrafe. Die vom Landgericht zu der diesbezüglichen Strafbemessung getroffenen Feststellungen sind von dem Rechtsfehler nicht betroffen, der lediglich in einer rechtsfehlerhaften Wertung der festgestellten Tatsachen besteht; sie können deshalb bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO). Auch die Kompensationsentscheidung wird von der Teilaufhebung des Strafausspruchs nicht erfasst (vgl. BGH, Urteil vom 27. August 2009 - 3 StR 250/09, NStZ 2010, 531, 532; Beschluss vom 28. November 2017 - 3 StR 272/17, juris Rn. 39).

24 c) Hinsichtlich der für die verbleibende Tat der Vorteilsannahme neu festzusetzenden Einzelstrafe weist der Senat darauf hin, dass das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO der Verhängung einer Strafe nicht entgegensteht, die die bisher höchste in den Fällen der Vorteilsannahme verhängte Einzelstrafe übersteigt. Zwar gilt das Verschlechterungsverbot grundsätzlich auch für Einzelstrafen. Die vom Landgericht als selbständig erachteten Taten sind jedoch als solche mit den zugehörigen Einzelstrafen entfallen; sie sind nunmehr mit anderen Taten zur Tateinheit verbunden. Der Unrechtsgehalt dieser einheitlichen Tat ist damit erhöht; denn allein durch die Änderung des Konkurrenzverhältnisses verringert sich der Gesamtunrechtsgehalt nicht. Das Verschlechterungsverbot gebietet bei dieser Sachlage nur, dass die Summe der betroffenen bisherigen Einzelstrafen bei der Bemessung der neu festzusetzenden Einzelstrafe nicht überschritten wird. Zudem darf auch die neue Gesamtstrafe nicht höher als die frühere ausfallen (BGH, Beschluss vom 19. November 2002 - 1 StR 313/02, BGHR StPO § 358 Abs. 2 Nachteil 12 mwN).

25 3. Die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen gegen den Angeklagten hat keinen Bestand. Die Urteilsfeststellungen belegen nicht, dass der Angeklagte durch die begangene Tat der Vorteilsannahme etwas erlangte (§ 73 Abs. 1 StGB). Mit der Durchführung der Arbeiten wurde nicht der Angeklagte persönlich, sondern die gemeinsam mit seiner Ehefrau geführte Firma B. beauftragt. Diese stellte auch die Rechnungen für die geleisteten Arbeiten, so dass es mangels anderweitiger Feststellungen nahe liegt, dass auch der Werklohn an das Unternehmen gezahlt wurde. Feststellungen zu dessen Rechtsform hat die Strafkammer nicht getroffen. Da es jedoch von dem Ehepaar gemeinsam geführt wurde, kann der Angeklagte insoweit nicht als Einzelkaufmann gehandelt haben mit der Folge, dass die gezahlten Werklöhne unmittelbar seinem Vermögen zugeflossen wären. Es ist daher davon auszuge-

hen, dass die Eheleute hinsichtlich der Firma B. jedenfalls eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts - im Zweifel sogar eine offene Handelsgesellschaft (§ 105 Abs. 1 und 2, § 1 Abs. 2 HGB) - bildeten, der eigene Rechtsfähigkeit zukommt (BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341) und die daher als Drittbegünstigte anzusehen ist.

26 Eine Vermögensmehrung bei einem Drittbegünstigten schließt jedoch grundsätzlich eine gegen den handelnden Täter anzuordnende Einziehung aus; vielmehr ist gegebenenfalls eine (selbständige) Einziehungsanordnung gegen den Drittbegünstigten zu treffen. Das gilt auch dann, wenn der Täter die Möglichkeit hat, auf das Vermögen des Drittbegünstigten zuzugreifen (vgl. zu § 73 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 StGB aF BGH, Urteil vom 29. November 2017 - 2 StR 271/17, juris Rn. 12 ff. mwN). Diese nach altem Recht vorzunehmende grundsätzliche Unterscheidung hat das neue Recht der Vermögensabschöpfung in § 73 Abs. 1 StGB und § 73b StGB übernommen. Letztgenannte Norm setzt neben den sogenannten "Vertreterfällen" nach § 73 Abs. 3 StGB aF auch die bisher schon in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannte Fallgruppe der "Verschiebungsfälle" in Gesetzesrecht um (BT-Drucks. 8/9525, S. 56 f., 66 f.), so dass auch nach neuer Rechtslage auf die hierzu ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann (Köhler, NStZ 2017, 497, 498, 501). Danach kommt eine Einziehungsanordnung gegen den für eine Gesellschaft handelnden Täter ausnahmsweise dann in Betracht, wenn er diese nur als formalen Mantel nutzt und eine Trennung zwischen Täter- und Gesellschaftsvermögen tatsächlich nicht existiert oder wenn jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss bei der Gesellschaft sogleich an den Täter weitergeleitet wird (BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227, 256; Beschluss vom 7. September 2016 - 2 StR 352/15, BGHR StGB § 73 Erlangtes 22). Da nicht ausgeschlossen erscheint, dass noch derartige Feststellungen getroffen werden können, die eine Einziehungsanordnung unmittelbar gegen

den Angeklagten zulassen, ist über die Frage der Einziehung erneut zu entscheiden.

III.

27 Für den Fall, dass die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer erneut die Einziehung des Wertes von Taterträgen anordnet, weist der Senat auf Folgendes hin:

28 Nach den bisherigen Feststellungen wurden in den Fällen 540 bis 550 der Anklageschrift keine oder keine vollständigen Zahlungen mehr an die Firma B. geleistet. Dies hat das Landgericht übersehen; es ergibt sich aus den Zusätzen "unbezahlt" oder "(teilw) unbezahlt" der in den Urteilsgründen wiedergegebenen tabellarischen Aufstellungen. Sollte eine Einziehungsanordnung gegen den Angeklagten persönlich in Betracht kommen, wäre das neue Tatgericht gleichwohl nicht gehindert, eine Einziehung in der bisherigen Höhe anzuordnen. Das ergibt sich aus Folgendem:

29 Das Landgericht hat seine Einziehungsanordnung auf § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB gestützt und sie nach grundsätzlich (bis auf die übersehene Nichtzahlung in den Fällen 540 bis 550 der Anklageschrift) rechtsfehlerfreier Schätzung auf den Wert der durch die Firma B. im Tatzeitraum erzielten Gewinne beschränkt. Dies ist, ohne dass der Angeklagte hierdurch beschwert wäre, rechtsfehlerhaft.

30 Ist die Einziehung des Erlangten nicht möglich, ist nach § 73c StGB dessen Wert einzuziehen. Dieser ist nach § 73d StGB zu bestimmen. Danach sind Aufwendungen des Täters oder des Dritten grundsätzlich abzugsfähig, es sei denn, sie sind für die Begehung der Tat aufgewendet oder eingesetzt worden.

Selbst letztgenannte Aufwendungen sind aber dann vom Wert des Erlangten abzuziehen, wenn es sich um Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat handelt. Die Taten der Vorteilsannahme waren mit Abschluss des jeweiligen Vertrages über die Erbringung von Verklebarbeiten bereits vollendet. Hierdurch erlangte die Firma B. den im synallagmatischen Verhältnis zum Erbringen der Arbeiten stehenden Anspruch auf Zahlung des Werklohns. Jedoch war auch der später zur Erfüllung des Vertrages gezahlte Werklohn noch durch die Tat erlangt, diese mithin erst mit vollständiger Durchführung des Vertrages beendet (vgl. im Einzelnen zu § 299 StGB: BGH, Urteil vom 18. Mai 2017 - 3 StR 103/17, NJW 2017, 2565, 2566 f.). Die zum Zweck der Erlangung des Werklohns jeweils erbrachte Werkleistung fiel damit in die Zeit zwischen Tatvollendung und -beendigung. Sie wurde mithin noch für die Tat aufgewendet, weil ohne sie der Werklohn nicht gezahlt worden wäre. Damit ist sie nach § 73d Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 StGB nicht von dem Wert des Erlangten (gesamter Werklohn) abzuziehen. Auch aus § 73d Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 StGB ergibt sich hier nichts anderes. Denn bei den durch die Firma B. erbrachten Werkleistungen handelte es sich nicht um solche Leistungen, die zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat erbracht wurden. Diese Rückausnahme ist ausschließlich auf Delikte anwendbar, die individuelle Vermögensinteressen schützen (Köhler, NStZ 2017, 497, 509). Die Vorteilsannahme nach § 331 StGB ist jedoch kein dem Individualrechtsgüterschutz dienendes Delikt. Es bezweckt den Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Sachgerechtigkeit und Nichtkäuflichkeit des öffentlichen Dienstes sowie dessen Lauterkeit (vgl. nur BGH, Urteile vom 11. Mai 2001 - 3 StR 549/00, BGHSt 47, 22, 25; vom 15. Juni 2005 - 1 StR 491/04, NStZ-RR 2005, 266, 267). Zudem setzt die Anwendung von § 73d Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 StGB voraus, dass die Verbindlichkeit wirksam (wenn auch - wie beim Eingehungsbetrug - anfechtbar) ist (BT-Drucks. 18/9525,

S. 68; Köhler aaO). Dies ist bei Verträgen, die selbst den Vorteil im Sinne des § 331 StGB darstellen, jedoch nicht der Fall. Deren Nichtigkeit folgt aus § 134 BGB, weil § 331 StGB ein gesetzliches Verbot in diesem Sinne darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2014 - I ZR 217/12, BGHZ 201, 129, 139 f.; MüKoBGB/Armbrüster, 7. Aufl., § 134 Rn. 59).

31            Sollte die Einziehung des Wertes des Erlangten gegen den Angeklagten anzuordnen sein, wird das neue Tatgericht jedoch das sich auch auf die Einziehung erstreckende Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO zu beachten haben.

Becker

Spaniol

Berg

RiBGH Hoch befindet  
sich im Urlaub und ist  
daher gehindert zu  
unterschreiben.

Becker

Leplow