



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

4 StR 342/99

vom

20. Januar 2000

in der Strafsache

gegen

wegen Bestechlichkeit u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 20. Januar 2000, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Meyer-Goßner,

die Richter am Bundesgerichtshof

Maatz,

Dr. Kuckein,

Athing,

die Richterin am Bundesgerichtshof

Solin-Stojanović

als beisitzende Richter,

Bundesanwalt

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Halle vom 4. Februar 1999
 1. mit den Feststellungen aufgehoben
 - a) soweit der Angeklagte in den Fällen II B 2 und 3 der Urteilsgründe wegen Beihilfe zur Bestechlichkeit verurteilt worden ist; insoweit wird das Verfahren eingestellt und werden die Kosten des Verfahrens und notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse auferlegt,
 - b) soweit der Angeklagte im Fall II B 1 der Urteilsgründe wegen "Bestechlichkeit durch Unterlassen der Diensthandlung" verurteilt worden ist,
 2. im Schuldspruch dahin geändert, daß der Angeklagte der Untreue in neun statt in zwölf Fällen schuldig ist,
 3. in den die Fälle II D 4, 5, 7 bis 10 der Urteilsgründe betreffenden Einzelstrafaussprüchen und im Ausspruch über die Gesamtstrafe mit den Feststellungen aufgehoben.
- II. Im Umfang der Aufhebung (I 1 b und 3) wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die (übrigen) Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

III. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

I. Das Landgericht hat den Angeklagten – unter Freisprechung im übrigen - wegen "Bestechlichkeit durch Unterlassen der Diensthandlung, Beihilfe zur Bestechlichkeit in zwei Fällen, Beihilfe zur Untreue in fünf Fällen und Untreue in zwölf Fällen" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er das Verfahren beanstandet und die Verletzung materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat teilweise Erfolg; im übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

II. Der Angeklagte kann mit seinen Verfahrensrügen aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 17. August 1999 zutreffend dargelegten Gründen nicht durchdringen.

III. Das Rechtsmittel ist jedoch insoweit erfolgreich, als das Landgericht den Angeklagten wegen Bestechlichkeit und Beihilfe zur Bestechlichkeit in zwei Fällen verurteilt hat (Fälle II B 1 bis 3 der Urteilsgründe).

1. Die Verurteilung des Angeklagten wegen Bestechlichkeit im Fall II B 1 der Urteilsgründe kann nicht bestehen bleiben, weil sie einerseits einen anderen Sachverhalt zum Gegenstand hat als den, der durch Anklage und Eröff-

nungsbeschuß bestimmt war, andererseits das Landgericht den angeklagten Sachverhalt nicht erschöpfend behandelt hat.

a) Die Anklage geht davon aus, der Bürgermeister der Gemeinde H. S. und der Angeklagte als deren Amtsleiter - und damit als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB a.F. (vgl. dazu BGHSt 43, 96) - hätten unter Umgehung der einschlägigen Vorschriften Planungs- und Baumaßnahmen nicht ausgeschrieben bzw. ausschreiben lassen, sondern Aufträge gegen Zahlung von Provisionen vergeben. Das Landgericht hat demgegenüber eine nach § 332 StGB strafbare Beteiligung des Angeklagten an dieser "Grundvereinbarung" nicht angenommen. Es erblickt die konkludente Unrechtsvereinbarung des Angeklagten vielmehr in der Annahme der Zahlungen vom 15. März und 6. Mai 1994 des S. an ihn "vor dem Hintergrund der Teilnahme an dem Vierergespräch im Gemeindeamt und dem Wissen von der regelwidrigen Ausschreibungs- und Vergabep Praxis" (UA 91). Als pflichtwidrige Handlung, die das Äquivalent für die Zahlungen darstellte, sieht das Landgericht das Unterlassen (§ 336 StGB n.F. = § 335 StGB a.F.) der sich aus der Stellung des Angeklagten als Amtsleiter der Gemeinde ergebenden Pflicht an, "sein Wissen von der in Realisierung des zuvor gefaßten Planes rechtswidrigen Vergabep Praxis offenkundig (zu) machen" (UA 91). Während die Anklage mithin von einer Unrechtsvereinbarung zwischen dem Angeklagten und S. auf der einen Seite und den Vertretern der von ihnen begünstigten Firmen auf der anderen Seite ausgeht, hat das Landgericht eine Unrechtsvereinbarung zwischen S. und dem Angeklagten angenommen und die als Bestechlichkeit gewertete Tathandlung des Angeklagten darin gesehen, daß er "in Vereinbarung mit S. zu den ihm bekannten Vorgängen geschwiegen

und hierfür <erg.: von S. > einen Vorteil erlangt hat" (UA 91). Damit ist das Urteil von einer anderen Tat i.S.d. § 264 StPO ausgegangen als die Anklage:

Der - als Partner der Unrechtsvereinbarung in Erscheinung tretende - Vorteilsgeber prägt das Tatbild der Bestechlichkeit so entscheidend, daß die Tatidentität bei einem - wie hier vorgenommenen - Austausch seiner Person zumal dann nicht gewahrt ist, wenn der (nach Anklage) Bestochene (§ 332 StGB) nunmehr seinerseits als Täter der Bestechung (§ 334 StGB) erscheint. Dies gilt hier umso mehr, als sich die Art und der Inhalt der von dem Angeklagten für die Gewährung des Vorteils erwarteten oder erbrachten Gegenleistung, nämlich des Unterlassens der Anzeige, maßgeblich von derjenigen unterscheidet, die der ihm mit der Anklage angelasteten Unrechtsvereinbarung zugrunde liegt. Das vom Landgericht als pflichtwidrig erachtete "Unterlassen der Diensthandlung" unterscheidet sich aber auch zumindest zeitlich von der angeklagten mittäterschaftlichen Mitwirkung an der "Grundvereinbarung" und beruht dieser gegenüber auf einem nach Gegenstand und Zielrichtung völlig andersartigen Willensentschluß (vgl. BGH, Beschluß vom 27. Mai 1992 – 2 StR 94/92). Gerade deshalb ist das Landgericht – an sich konsequent – davon ausgegangen, daß erst durch die Annahme der Zahlungen S. s vom 15. März und 6. Mai 1994 eine die Strafbarkeit des Angeklagten begründende Unrechtsvereinbarung zwischen ihnen getroffen wurde. Jedenfalls wenn es – wie hier – hinsichtlich des für die Beurteilung der Korruptionstatbestände maßgebenden Beziehungsgeflechts an der Identität sämtlicher dafür prägenden Umstände fehlt, und zwar an der Identität sowohl der an der Unrechtsvereinbarung beteiligten Personen als auch des Inhalts der Unrechtsvereinbarung selbst und des ihr zugrundeliegenden Austauschverhältnisses, ist die Nämlichkeit der Tat im Sinne des § 264 StPO nicht mehr gewahrt. Allein der Umstand,

daß beide Sachverhalte ursächlich miteinander verknüpft sind, begründet noch keine Tatidentität (BGHSt 43, 96, 98).

b) Zur Aburteilung der vom Landgericht als Bestechlichkeit angenommenen Tathandlung hätte es deshalb einer Nachtragsanklage bedurft, die aber nicht erhoben ist. Der in der Hauptverhandlung erteilte rechtliche Hinweis nach § 265 StPO (Protokollband II Bl. 113, 117) vermag die fehlende Anklage nicht zu ersetzen.

Der aufgezeigte Mangel führt hier nicht zur Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses. Vielmehr hebt der Senat das Urteil insoweit auf und verweist die Sache an das Landgericht zurück, weil nicht ausgeschlossen ist, daß in einer neuen Hauptverhandlung eindeutige Feststellungen getroffen werden können, die eine Verurteilung im Fall B II 1 auf der Grundlage der Anklage zulassen (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 44. Aufl. § 354 Rdn. 6; Kuckein in KK/StPO 4. Aufl. § 354 Rdn. 7, jew. m.w.N.). Das wäre der Fall, wenn der Angeklagte am Abschluß der "Grundvereinbarung" anläßlich des Vierergesprächs als Mittäter des S. beteiligt war und beide sich dabei mit der von R. zugesagten Provisionszahlung einen Vorteil als Gegenleistung für pflichtwidrige Diensthandlungen haben versprechen lassen, wenn somit unter den an dem "Vierergespräch" Beteiligten von vornherein Einigkeit bestanden hatte, daß der Angeklagte selbst durch pflichtwidriges Handeln im Amt gegenüber den begünstigten Firmen mitwirken und dafür unmittelbar an den von S. vereinnahmten Bestechungsgeldern beteiligt werden sollte (vgl. BGH NJW 1964, 2260 f.; Cramer in Schönke/Schröder StGB 25. Aufl. § 332 Rdn. 21 a.E.). Es könnte aber auch für den Angeklagten Beihilfe (§ 27 StGB) zur Bestechlichkeit des S. in Betracht kommen; Gründe für eine

bloße Gehilfenstellung des Angeklagten könnten gefunden werden in der dominierenden Stellung S. als Vorgesetztem des Angeklagten, dem Umstand, daß sämtliche Provisionen zunächst von S. vereinnahmt wurden, der in ihrem Gewicht auch im übrigen erheblich voneinander abweichenden Tatbeiträge des S. einerseits und des Angeklagten andererseits sowie der subjektiven Tatseite beim Angeklagten, der Angst um seinen Arbeitsplatz hatte, wenn er sich S. widersetzte.

2. In den Fällen II B 2 und 3 der Urteilsgründe führt die Revision zur Einstellung des Verfahrens. Die jeweils als Beihilfe zur Bestechlichkeit bewerteten Taten sind – wie der Generalbundesanwalt zutreffend dargelegt hat - von der Anklage vom 20. Dezember 1996 nicht erfaßt.

Die abgeurteilten Beihilfehandlungen bestanden in der Erstellung bzw. dem Überbringen der von Bernd S. ausgehandelten "Provisionsverträge", auf deren Unterzeichnung durch die Firma B. und die Firma Sch. & Sohn GmbH der Angeklagte hinwirkte. Der Firma Sch. & Sohn GmbH handelte er zusätzlich ein Sponsoring für einen ortsansässigen Verein ab.

Diese Vereinbarungen begründen jeweils gegenüber der vorgangegangenen, von S. mit R. und U. getroffenen "Grundvereinbarung" selbständige Beziehungsverhältnisse. Es liegt keine einheitliche Unrechtsvereinbarung vor, durch die das Äquivalenzverhältnis von pflichtwidriger Diensthandlung und dem zu leistenden Vorteil von vornherein genau festgelegt war. Nach den Feststellungen stand nicht von vornherein fest, mit welchen Firmen S. Bietergespräche durchführen und Schmiergeldzahlungen vereinbaren würde. Bei diese Sachlage bilden die einzelnen Verträge gegenüber der

"Grundvereinbarung" jedenfalls materiell-rechtlich selbständige Taten (BGH NStZ 1995, 92; BGHR StGB vor § 1 Serienstraftaten Bestechlichkeit 1; BGH, Urteil vom 13. November 1997 – 1 StR 323/97 = NStZ-RR 1998, 269 und Beschluß vom 19. Dezember 1995 – 4 StR 657/95). Das Landgericht hat folgerichtig rechtlich selbständige Fälle der Bestechlichkeit durch S. und dementsprechend auch selbständige Fälle der Beihilfe hierzu durch den Angeklagten angenommen.

Die beiden Fälle bilden gegenüber der "Grundvereinbarung" aber auch jeweils eine andere Tat im Sinne des § 264 StPO. Das mag in Fällen zweifelhaft sein, in denen die Rechtsprechung materielle Tatmehrheit der Handlungen lediglich wegen des "open-end"-Charakters der Vorteilsgewährung annimmt (BGH aaO). Hier war jedoch nicht nur die Laufzeit der Vorteilsgewährung unter denselben Personen offen. Vielmehr unterscheidet sich der Abschluß der einzelnen "Provisionsverträge" mit den jeweiligen Firmen schon nach Zeit und Ort sowie nach den jeweils beteiligten Personen maßgeblich von der zwischen S. einerseits und U. und R. andererseits getroffenen "Grundvereinbarung". Allein der auf Seiten S. s bestehende "motivatorische" Zusammenhang begründet noch nicht prozessuale Tateinheit (Handeln im Rahmen eines Gesamtplans, Pfeiffer StPO 2. Aufl. § 264 Rdn. 4). Ihr eigenständiges Gewicht kommt hier auch in dem Umstand zum Ausdruck, daß B. und Sch. in das vorangegangene Geschehen nicht einbezogen waren. S. hatte mit B. und Sch. jeweils eine – zwar auf das Gesamtkonzept zurückzuführende, aber eigenständige - Absprache über die Vergabe eines Auftrags gegen Provision zu treffen.

In der Anklageschrift vom 20. Dezember 1996 werden diese Handlungen nicht erwähnt. Vielmehr werden - neben dem bereits oben dargelegten Inhalt - lediglich die festgestellten Zahlungseingänge für S. und den Angeklagten aufgeführt und beziffert. Es ist der Anklage auch nicht zu entnehmen, welchen Firmen Aufträge zur Durchführung von Bauarbeiten erteilt wurden und welche Firmen für die Zahlungseingänge verantwortlich zeichneten.

Auch insoweit wäre mithin eine Nachtragsanklage erforderlich gewesen. Die rechtlichen Hinweise des Landgerichts im Eröffnungsbeschluß vom 23. Februar 1998 (Bd. III Bl. 46) und in der Hauptverhandlung (Protokollband II Bl. 99, 105) ersetzen diese nicht.

IV. Soweit das Landgericht den Angeklagten der Untreue (II C 8 und 9; D 2 bis 10, E der Urteilsgründe) bzw. der Beihilfe dazu (II C 2 bis 4, 6 und 7 der Urteilsgründe) für schuldig befunden hat, weist dies nur hinsichtlich des angenommenen Konkurrenzverhältnisses einen Rechtsfehler auf.

1. Die Verurteilung wegen Untreue in den Fällen II D 2 bis 8 hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand, auch wenn das Landgericht hierbei nicht bedacht hat, daß die EEG mangels Rechtspersönlichkeit nicht selbst Geschädigte sein konnte.

Geschädigter im Sinne von § 266 StGB kann nur ein mit dem Täter nicht identischer Träger fremden Vermögens sein, sei es eine natürliche, sei es eine juristische Person (BGH wistra 1984, 71; zur Untreue zum Nachteil einer GmbH vgl. Tiedemann in Scholz GmbHG 8. Aufl. vor §§ 82 ff. Rdn. 11 ff.). Vor der Eintragung in das Handelsregister besteht die GmbH als solche aber nicht

(§ 11 Abs. 1 GmbHG); es kommt ihr noch keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Hieran ändert sich nichts dadurch, daß die Vorgesellschaft als weitgehend verselbständigte Vermögensmasse bereits am Wirtschaftsleben teilnehmen und durch Geschäfte, die ihr Geschäftsführer mit Ermächtigung der Gesellschafter in ihrem Namen abschließt, verpflichtet werden kann (vgl. BGHZ 80, 129, 139) und damit einer juristischen Person angenähert ist. Vor der Eintragung in das Handelsregister ist das "Gesellschaftsvermögen" rechtlich noch nicht der Gesellschaft zugeordnet, vielmehr besteht bei einer Mehrpersonengesellschaft Gesamthandsvermögen (BGHZ 80, 129, 135), bei einer Einmanngesellschaft Sondervermögen (vgl. Baumbach/Hueck GmbHG 16. Aufl. § 11 Rdn. 33 ff.). Die Schädigung dieses Gesamthands- oder Sondervermögens ist für § 266 StGB nur insoweit bedeutsam, als dadurch gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter bzw. des Alleingeschafters berührt wird (vgl. BGH wistra 1989, 264, 266; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 27). Das ist hier der Fall; denn durch die in der Zeit vom 26. Oktober 1994 bis zum 6. April 1995 erfolgten Abbuchungen schädigte der Angeklagte jeweils das Vermögen der Gemeinde H. , die seinerzeit sämtliche Gesellschaftsanteile hielt.

2. Der Schuldspruch bedarf jedoch der Änderung, weil die Annahme von Tatmehrheit in den Fällen II D 4 und 5, 7 und 8 sowie 9 und 10 der Urteilsgründe in den Feststellungen keine tragfähige Grundlage hat. Der Angeklagte hat hier jeweils am selben Tag zu Lasten der EEG die Abbuchung zweier Beträge an die RBBV veranlaßt, obschon - wie er wußte - ein Rechtsgrund hierfür nicht bestand. In den Fällen II D 4 und 5 bzw. 9 und 10 war zudem das Rechnungsdatum der jeweiligen Scheinrechnung identisch. Danach liegt hier nahe, daß die einzelnen Betätigungen des Angeklagten jeweils auf einer einzigen Willensentschließung beruhten und zwischen den Verhaltensweisen des Angeklagten

der unmittelbare räumliche und zeitliche Zusammenhang bestand, der das gesamte Handeln objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun erscheinen läßt (vgl. BGHR StGB vor § 1 natürliche Handlungseinheit Entschluß, einheitlicher 3, 4, 7 und 8). Der Senat schließt aus, daß insoweit in der neuen Hauptverhandlung Feststellungen getroffen werden können, die der Annahme jeweils einer Tat im Rechtssinne entgegenstehen. Er ändert den Schuldspruch daher entsprechend § 354 Abs. 1 StPO ab. § 265 StPO steht nicht entgegen, weil sich der Angeklagte insoweit nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

V. Die Aufhebung des Urteils in den Fällen II B 1 bis 3 hat den Wegfall der betreffenden Einzelstrafen zur Folge. Die die Fälle II D 4, 5, 7 bis 10 der Urteilsgründe betreffende Änderung des Schuldspruchs macht die Aufhebung

der betreffenden Einzelstrafen erforderlich. Dies zieht die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs nach sich. Die weiteren Einzelstrafen werden von den aufgezeigten Rechtsfehlern nicht berührt und können deshalb bestehen bleiben.

Meyer-Goßner

Maatz

Kuckein

Athing

Solin-Stojanović