



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

5 StR 200/14

vom

9. September 2014

in der Strafsache

gegen

wegen Beihilfe zur Bestechlichkeit

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 9. September 2014, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter Basdorf,

Richter Prof. Dr. Sander,

Richterin Dr. Schneider,

Richter Dölp,

Richter Bellay

als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof

als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwältin

als Verteidigerin,

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 12. November 2013 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit die Angeklagte freigesprochen worden ist.
2. Auf die Revision der Angeklagten wird das vorgenannte Urteil mit den zugehörigen Feststellungen im Ausspruch über den Verfall von Wertersatz aufgehoben.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

Das Landgericht hat die Angeklagte vom Vorwurf der Beihilfe zur Bestechlichkeit freigesprochen, gegen sie jedoch Wertersatzverfall in Höhe von 80.000 € angeordnet. Soweit das Landgericht gleichzeitig den Mitangeklagten B. wegen Bestechung verurteilt hat, hat der Senat das Urteil wegen eines Verfahrensfehlers durch Beschluss vom 16. Juli 2014 aufgehoben. Das Verfah-

ren gegen den wegen Bestechlichkeit mitangeklagten Ehemann der Angeklagten, H. R. , hatte das Landgericht im Verlauf der Hauptverhandlung abgetrennt, nachdem dieser verhandlungsunfähig geworden war. Gegen den Freispruch der Angeklagten wendet sich die auf die Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird. Die Angeklagte greift mit ihrer Revision die Anordnung von Wertersatzverfall an. Beide Revisionen haben Erfolg.

2 1. Die Strafkammer hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 a) Der Ehemann der Angeklagten war von 2001 bis 2011 ehrenamtlicher Bürgermeister der Gemeinde Weyhausen (Niedersachsen). Bereits im Jahr 1997 hatte die Gemeinde mit einer privatrechtlich organisierten Gesellschaft, der „N. , deren Rechtsnachfolgerin die NI. wurde“ (UA S. 3, im Folgenden vereinfacht: NI. ), einen Erschließungs- und Finanzierungsvertrag abgeschlossen. Die NI. übernahm darin gegen Entgelt die Erschließung und Vorfinanzierung eines in der Gemeinde gelegenen Gewerbegebietes. Die betreffenden Grundstücke sollten von der NI. erworben und erschlossen werden; ihre Weitervermarktung war Sache der Gemeinde. Hierfür wurde ihr jeweiliger Bürgermeister mit einer Vollmacht ausgestattet, die Grundstücke im Namen der NI. weiterzuverkaufen. Nach Ablauf einer bestimmten Frist sollte eine Abrechnung erfolgen, in die zugunsten der Gemeinde die aus dem Weiterverkauf der Grundstücke erzielten Erlöse und zu ihren Lasten die Kosten des Grundstücksankaufs, der Erschließung, Zinskosten sowie der Honoraranspruch der NI. eingestellt werden sollten.

4 Die weitere Vermarktung der Gewerbegrundstücke gestaltete sich aus unterschiedlichen Gründen schwierig und langwierig. Im Jahr 2003 schlug der

Zeuge W. , Mitarbeiter der Firma L. , dem Ehemann der Angeklagten als Bürgermeister der Gemeinde die Errichtung und Vermietung eines L. -Marktes durch einen Investor vor. H. R. erkannte, dass das Projekt sehr lukrativ war. Da ihn – nicht jedoch die steuerlich getrennt veranlagte Angeklagte – Steuerschulden in Höhe von mehreren hunderttausend Euro belasteten, schlug R. dem Zeugen vor, dass seine Ehefrau, die Angeklagte, einen Teil der Gewerbegrundstücke erwerben, den Markt errichten und an L. vermieten sollte. Die Verhandlungen gediehen so weit, dass der Abschluss eines Mietvertrages unmittelbar bevorstand. Der Gemeinderat machte indes einen Verstoß gegen das in der damaligen Niedersächsischen Gemeindeordnung (NGO) aufgestellte Mitwirkungsverbot geltend und war nicht bereit, einem Verkauf des entsprechenden Grundstückes an die Angeklagte zuzustimmen. Dies verärgerte H. R. erheblich.

5

Erst im Frühjahr 2006 eröffnete R. dem Zeugen W. , dass seine Ehefrau nicht in der Lage sei, den projektierten L. -Markt zu errichten. Da die Firma L. aber weiter an dem Standort interessiert war, informierte der Zeuge den ihm bekannten Mitangeklagten B. , der gemeinsam mit dem Zeugen O. Gesellschafter der B&. GmbH (im Folgenden: B&O) und als solcher als „Projektentwickler“ tätig war, über das Gewerbegebiet und „setzte ihn darauf an“.

6

H. R. und B. , die sich bereits von früher kannten, trafen sich spätestens im Sommer 2006. R. wollte den ihm entgangenen Gewinn infolge der Weigerung der Gemeinde, seiner Frau ein Grundstück zwecks Ansiedlung eines L. -Marktes zu verkaufen, weiterhin „irgendwie für sich vereinbaren“ (UA S. 7). In der Folgezeit wies er weitere Interessenten für das Ge-

werbegebiet ab oder hielt sie hin. Der Rat der Gemeinde Weyhausen wurde parallel dazu von ihm nur unzureichend informiert.

7

Im August 2006 meldete die Angeklagte ein Gewerbe mit dem Gegenstand Bauträger, Baubetreuer, Immobilienverwaltung und -beratung an. Ihr Ehemann war „formal“ ihr Angestellter (UA S. 3).

8

Spätestens Ende 2006 vereinbarte H. R. mit B., dass er – R. – der B&. die Gewerbegrundstücke verkaufen würde, wenn er dafür über seine Ehefrau, die Angeklagte, ohne erwähnenswerte weitere Gegenleistung 350.000 € erhalten würde. Am 22. Oktober 2007 wurde in Anwesenheit der Angeklagten zunächst ein notarieller Grundstückskaufvertrag (nebst Auflassung) zwischen der NI., vertreten durch H. R., und der B&., vertreten durch B. und den Zeugen O., geschlossen. Die betreffenden Gewerbegrundstücke wurden zu dem – für sich angemessenen – Preis von rund 1.760.000 € an die B&. verkauft. Am selben Tag schloss sodann die Angeklagte mit der B&. einen ebenfalls notariell beurkundeten „Geschäftsbesorgungsvertrag“, auf dessen Grundlage sie von der B&. für Vorleistungen, nämlich den „Verzicht zugunsten von B&. a) auf den Bau des Geschäftsgebäudes und Abschluss eines 15-jährigen Mietvertrages mit der Firma L., b) auf den Bau des Geschäftsgebäudes und anschließenden Verkauf zugunsten der Unternehmensgruppe A.“ sowie den Aufbau von Geschäftsbeziehungen zu weiteren ansiedlungswilligen Unternehmen (UA S. 9), einen Betrag von 350.000 € in mehreren Teilbeträgen erhalten sollte. Dieser Betrag wurde in der Folgezeit vollständig auf das Konto der Angeklagten eingezahlt. Irgendwelche vermögenswerten Leistungen wurden tatsächlich weder von der Angeklagten selbst noch in nennenswertem Umfang von ihrem Ehemann zu irgendeinem Zeitpunkt erbracht.

9 Die vereinnahmten 350.000 € setzten die Eheleute R. zu großen Teilen zur Reduzierung der Steuerschulden des Ehemannes ein. 80.000 € wurden im Oktober 2008 in bar durch H. R. vom Konto der Angeklagten abgehoben. „Konkrete Feststellungen dazu, dass dieses Geld der Angeklagten nicht mehr zur Verfügung steht, konnte die Kammer nicht treffen“ (UA S. 10).

10 b) Die Strafkammer ist zu dem Ergebnis gelangt, der Mitangeklagte B., der sich in der Hauptverhandlung nicht zur Sache eingelassen hat, habe den Betrag von 350.000 € aufgrund einer mit H. R. getroffenen Vereinbarung an die Angeklagte dafür gezahlt, dass R. unter Verletzung seiner Dienstpflichten als Bürgermeister der Gemeinde Weyhausen eine Ermessensentscheidung für den Verkauf der Gewerbegrundstücke an die B&. traf. Sie hat das Handeln des Mitangeklagten B. deshalb als Bestechung gemäß § 334 Abs. 1 StGB gewertet.

11 Demgegenüber hat das Landgericht die Angeklagte aus tatsächlichen Gründen vom Vorwurf der Beihilfe zur Bestechlichkeit freigesprochen. Beweiswürdigend vermochte es nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen, die Angeklagte, die sich – ebenso wie ihr früher mitangeklagter Ehemann – zur Sache nicht eingelassen hat, habe wenigstens billigend in Kauf genommen, dass die 350.000 € Gegenleistung für die Bereitschaft R. s zu einem Verkauf der Grundstücke an die B&. waren. Die Lebenswirklichkeit zeige, dass Ehefrauen oft nicht alles wüssten, was der Ehepartner tue. Der Angeklagten sei zwar bewusst gewesen, dass sie selbst für die Zahlung keine Gegenleistung erbracht habe. Es sei jedoch nicht auszuschließen, dass sie davon ausging, ihr Ehemann habe als Gegenleistung für den gezahlten Betrag die Ansiedlung der im Vertrag genannten Unternehmen im künftigen Gewerbegebiet vermittelt und die geschlossene Vertragsvereinbarung habe allein „steuerliche Hintergründe“.

R. sei ein „absoluter Machertyp“, der sich auch tatsächlich für das Gewerbegebiet intensiv eingesetzt habe. Die Rolle der in der Hauptverhandlung „sehr verschüchtert“ wirkenden Angeklagten habe sich demgegenüber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme als „unbedeutend und nichtwissend“ dargestellt (UA S. 51).

12

Die Strafkammer hat gegen die Angeklagte jedoch gemäß § 73 Abs. 1, Abs. 3, § 73a StGB – unter Anwendung der Härtefallregelung des § 73c StGB – Verfall von Wertersatz in Höhe von 80.000 € angeordnet. Der Verfall des Gesamtbetrages in Höhe von 350.000 € würde für die Angeklagte eine unbillige Härte darstellen, da ein erheblicher Teil dieses Betrages zur Tilgung der Steuerverbindlichkeiten ihres Ehemannes verwendet worden sei; das Geld stehe der Angeklagten nicht mehr zur Verfügung, ohne dass ihr hierfür ein wirtschaftlicher Vorteil zugeflossen sei. Die Strafkammer vermochte keine tragfähige Tatsachengrundlage dafür zu finden, dass auch in Höhe der verbliebenen 80.000 € eine Entreichung der Angeklagten R. stattgefunden hätte.

13

2. Der Freispruch der Angeklagten hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand.

14

a) Auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen hat die Angeklagte – wovon wohl auch das Landgericht ausgeht – jedenfalls durch Abschluss des notariellen „Geschäftsbesorgungsvertrags“ vom 22. Oktober 2007 und Zurverfügungstellung ihres Bankkontos für die Überweisung des vereinbarten Betrages den objektiven Tatbestand der Beihilfe zur Bestechlichkeit (§§ 332, 27 StGB) erfüllt.

15

Als ehrenamtlicher Bürgermeister (§ 68 Abs. 3 NGO in der Fassung vom 28. Oktober 2006) war H. R. Ehrenbeamter nach § 6 Abs. 1 Nr. 5



NBG (in der Fassung vom 6. Dezember 2006) und als solcher Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1987

16

– 4 StR 554/87, BGHSt 35, 128, 132; LK/Sowada, StGB, 12. Aufl., § 331 Rn. 5; LK/Hilgendorf, StGB, 12. Aufl., § 11 Rn. 26).

17

Der Verkauf der Grundstücke durch R. erfolgte in Ausübung des Amtes des Bürgermeisters. Nach dem Erschließungs- und Finanzierungsvertrag mit der NI. oblag es der Gemeinde, vertreten durch ihren jeweiligen Bürgermeister, für den Verkauf der Gewerbegrundstücke Sorge zu tragen. Die Entscheidung über den Verkauf stellte als Geschäft der laufenden Verwaltung (§§ 67, 62 Abs. 1 Nr. 5 NGO in der Fassung vom 28. Oktober 2006) eine Dienstpflicht für R. als Bürgermeister dar. Ausdrücklich in dieser Funktion war er durch die NI. bevollmächtigt worden; in dieser Funktion und unter Vorlage der entsprechenden Vollmacht der NI. unterschrieb R. am 22. Oktober 2007 den notariellen Grundstückskaufvertrag samt Auflassung.

18

Für den Verkauf der Grundstücke an die B&. ließ R. sich von B. die Zahlung von 350.000 € an die Angeklagte versprechen. Zwischen B. und R. war vor Abschluss der notariellen Verträge spätestens Ende 2006 eine entsprechende Unrechtsvereinbarung geschlossen worden. Diese bezog sich auf eine konkrete Diensthandlung, durch die R. seine dienstlichen Pflichten verletzte. Als Amtsträger hatte R. bei der Auswahl seines Vertragspartners einen Gestaltungsspielraum. Insoweit gelten für ihn die Grundsätze, die für Ermessensentscheidungen entwickelt worden sind (BGH, Urteile vom 14. Februar 2007 – 5 StR 323/06, NStZ-RR 2008, 13, 14, und vom 21. März 2002 – 5 StR 138/01, BGHSt 47, 260, 263). Bei solchen Entscheidungen handelt der Täter nicht nur dann pflichtwidrig, wenn er sachwidrig entscheidet, sondern bereits dann, wenn er sich von dem Vorteil beeinflussen lässt, selbst wenn seine

Entscheidung sonst innerhalb des Ermessensspielraums läge (vgl. BGH aaO). Es kommt somit nicht darauf an, dass der von der B&. für die Gewerbegrundstücke gezahlte Kaufpreis angemessen war. R. hatte – wie das Landgericht festgestellt hat – in der konkreten Situation neben dem Verkauf der Grundstücke an die B&. weitere rechtmäßige Entscheidungsmöglichkeiten. Zum einen war die Gemeinde Weyhausen zwar vertraglich verpflichtet, die Grundstücke bis zum 30. November 2008 zu vermarkten oder diese nach Ablauf der Frist in den eigenen Bestand zu übernehmen. Als der Kaufvertrag mit der B&. im Oktober 2007 geschlossen wurde, war für eine anderweitige Vermarktung mithin aber noch über ein Jahr Zeit; zum anderen gab es jedenfalls einen weiteren ernsthaften Kaufinteressenten.

19

b) Soweit das Landgericht das Fehlen eines (Eventual-)Vorsatzes der Angeklagten nicht auszuschließen vermochte, beruht dies auf einer rechtsfehlerhaften Beweiswürdigung.

20

aa) Das Revisionsgericht muss es zwar grundsätzlich hinnehmen, wenn das Tatgericht einen Angeklagten freispricht, weil es Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts; die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob ihm Rechtsfehler unterlaufen sind, weil die Beweiswürdigung lückenhaft, in sich widersprüchlich oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit übertriebene Anforderungen gestellt worden sind (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 6. November 1998 – 2 StR 636/97, BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 16). Insbesondere ist es weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zugunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat (vgl.

BGH, Urteil vom 18. September 2008 – 5 StR 224/08, BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung unzureichende 20).

21 bb) Solche Rechtsfehler liegen hier vor; die Beweiswürdigung des Landgerichts hinsichtlich eines Gehilfenvorsatzes der Angeklagten ist lückenhaft.

22 (1) Auf der Grundlage der Feststellungen war der Angeklagten klar, dass die in dem „Geschäftsbesorgungsvertrag“ versprochene Zahlung in Zusammenhang mit dem Verkauf der Gewerbegrundstücke an die B&. stand und dass der Verkauf der im Eigentum der NI. stehenden Gewerbegrundstücke mit deren Vollmacht durch H. R. in dessen Funktion als Bürgermeister der Gemeinde Weyhausen geschah. Die Angeklagte war bei Abschluss des notariellen Grundstückskaufvertrags anwesend, mit dem der am selben Tag mit der B&. abgeschlossene „Geschäftsbesorgungsvertrag“ in unmittelbarem Sachzusammenhang stand. Sie wusste nach den Feststellungen auch, dass die Angaben im Vertrag falsch waren, da sie selbst für die vereinbarte Zahlung keine Gegenleistung erbracht hatte (UA S. 51). Ihr war mithin bewusst, dass es sich bei dem „Geschäftsbesorgungsvertrag“ um ein Scheingeschäft handelte, das einen vorgetäuschten Rechtsgrund für die Zahlung des Betrages von 350.000 € an sie schaffen sollte.

23 (2) Soweit das Landgericht davon ausgeht, die Angeklagte könnte dennoch geglaubt haben, ihr Ehemann hätte entsprechende Leistungen erbracht, für die der Betrag von 350.000 € gezahlt werden sollte, hat es folgende Umstände nicht bedacht:

24 Die in dem Geschäftsbesorgungsvertrag genannten Leistungen konnte H. R. auch nach der Vorstellung der Angeklagten jedenfalls nicht als Angestellter ihres Gewerbebetriebes erbracht haben. Die Erfüllung der ver-

einbarten Gegenleistungen im Rahmen des von der Angeklagten kurz vor Abschluss der notariellen Verträge angemeldeten Gewerbebetriebes hätte nämlich vorausgesetzt, dass die Angeklagte den im Vertrag genannten Unternehmen die Gewerbegrundstücke hätte zur Verfügung stellen können. Dies war ihr aber – wie sie wusste – nicht möglich, nachdem der Rat der Gemeinde Weyhausen sich ausdrücklich geweigert hatte, dem Verkauf der Grundstücke an sie zuzustimmen. Darüber hinaus war es für die Angeklagte aufgrund dieser Vorgänge offensichtlich, dass jedenfalls der in dem Geschäftsbesorgungsvertrag genannte Bau von Geschäftsgebäuden für die Firmen L. und A. und der Abschluss von Miet- bzw. Kaufverträgen mit diesen Firmen ihrem Ehemann auch auf eigene Rechnung nicht möglich gewesen wäre und er auf sie deshalb nicht zugunsten der B&. „verzichten“ konnte.

25

Die (Fehl-)Vorstellung der Angeklagten konnte also allenfalls dahin gehen, ihr Ehemann habe die Ansiedlung der im Vertrag genannten Unternehmen im künftigen Gewerbegebiet im Rahmen seiner Tätigkeit als Bürgermeister gefördert. Damit lag für sie aber auf der Hand, dass die – vermeintlich von ihrem Ehemann erbrachten – Leistungen in dem „Geschäftsbesorgungsvertrag“ zur Rechtfertigung des hohen Betrages der Zahlung der B&. zumindest deutlich gewichtiger dargestellt waren, als sie es tatsächlich sein konnten. Dass vor diesem Hintergrund die Angeklagte – wie die Strafkammer unterstellt – davon ausgegangen sein könnte, die geschlossene Vertragsvereinbarung habe allein „steuerliche Hintergründe“, erhellt sich ohne weitere Erläuterung überhaupt nicht. Mit der angesichts der genannten Umstände näherliegenden Möglichkeit, dass auch die Angeklagte die Verschleierung des wahren Zahlungszweckes – Gegenleistung für die Bereitschaft zum Verkauf der Grundstücke an die B&. durch Gewinnbeteiligung als Ausgleich für eigenen entgangenen Gewinn – erkannte, setzt sich das Landgericht nicht hinreichend auseinander.

26           3. Der Senat hebt das angefochtene Urteil somit auf, soweit die Angeklagte freigesprochen worden ist. Die für sich genommen rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum äußeren Tathergang können nicht aufrecht erhalten bleiben, da die Angeklagte das Urteil insoweit nicht anfechten konnte (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2000 – 3 StR 595/99 mwN). Sollte das neue Tatgericht wiederum nicht ausschließen können, dass die Angeklagte von einer Erbringung der in dem „Geschäftsbesorgungsvertrag“ genannten Leistungen durch ihren Ehemann ausgegangen sei, wird es sich – unter Umständen auch im Hinblick auf §§ 331, 27 StGB – damit auseinandersetzen müssen, ob sich in diesem Falle nach der Vorstellung der Angeklagten ihr Ehemann von der B&. für Leistungen hätte bezahlen lassen, die er als Bürgermeister für die Gemeinde Weyhausen im Rahmen seiner Dienstausbung erbracht hätte.

27           4. Auf die Revision der Angeklagten ist die auf § 73 Abs. 1 und 3, § 73a StGB gestützte Verfallsanordnung aufzuheben, da sie sachlich-rechtlich fehlerhaft ist.

28           Das Landgericht hat keinerlei Feststellungen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Angeklagten getroffen; es ist mithin nicht ersichtlich, wie sich die Anordnung des Verfalls konkret auf das Vermögen der Angeklagten auswirkt. Dies ermöglicht nicht die revisionsgerichtliche Überprüfung, ob das Landgericht den Begriff der unbilligen Härte nach § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB richtig

angewandt oder sein Ermessen nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB fehlerfrei ausgeübt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 20. August 2013 – 3 StR 128/13, NStZ-RR 2013, 340).

Basdorf

Sander

Schneider

Dölp

Bellay