



5 StR 152/13

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

vom 4. September 2013
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen Bestechlichkeit u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 4. September 2013, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter Basdorf,

Richter Dölp,

Richter Prof. Dr. König,

Richter Dr. Berger,

Richter Bellay

als beisitzende Richter,

Bundesanwalt

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt I.

als Verteidiger für den Angeklagten G. ,

Rechtsanwalt V.

als Verteidiger für den Angeklagten K. ,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 24. August 2012 in den Fällen 3 sowie 5 bis 8 der Anklage mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

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

– Von Rechts wegen –

Gründe

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten G. vom Vorwurf der Bestechung in Tateinheit mit Anstiftung zur Verletzung von Dienstgeheimnissen (Fall 7 der Anklage) und des Verrats von Geschäftsgeheimnissen in fünf Fällen (Fälle 1, 3 bis 6 der Anklage) freigesprochen. Den Angeklagten K. hat es vom Vorwurf der Bestechlichkeit in Tateinheit mit Verletzung von Dienstgeheimnissen (Fall 7 der Anklage), der Verletzung von Dienstgeheimnissen (Fall 8 der Anklage) und der Beihilfe zum Verrat von Geschäftsgeheimnissen in fünf Fällen (Fälle 1, 3 bis 6 der Anklage) freigesprochen. Mit ihren auf die Fälle 3 sowie 5 bis 8 der Anklage beschränkten Revisionen beanstandet die Staatsanwaltschaft mit der Sachrüge die Beweiswürdigung und die rechtliche Würdigung des Landgerichts. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel haben Erfolg.

2 1. Die zur Hauptverhandlung zugelassene Anklage legte dem Angeklagten K. zur Last, im Zeitraum vom 1. April 2005 bis zum 31. Januar 2007 in sieben Fällen vertrauliche Informationen aus dem Lenkungsausschuss der B. (B.) – unter anderem zu Schätzkosten und Kostenrahmen – dem Angeklagten G. mitgeteilt zu haben, die dieser anschließend an Verantwortliche der M. GmbH (M. GmbH) und der L. GmbH weitergeleitet habe, um ihnen einen Wissensvorsprung vor Mitbewerbern in Bezug auf eine bevorstehende öffentliche Ausschreibung zu verschaffen. Rechtlich bewertet wurde dies bis zur Bestellung des Angeklagten K. zum Interims-Geschäftsführer der B. am 6. April 2006 als Verrat von Geschäftsgeheimnissen in fünf Fällen gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG (Angeklagter G. ; Fälle 1, 3 bis 6) bzw. Beihilfe hierzu (Angeklagter K.). Nach diesem Zeitpunkt sei der Angeklagte K. als Amtsträger zu qualifizieren, so dass er sich der Verletzung von Dienstgeheimnissen gemäß § 353b Abs. 1 Nr. 1 StGB in zwei Fällen (Fälle 7 und 8), in einem Fall in Tateinheit mit Bestechlichkeit (§ 332 Abs. 1 StGB; Fall 7) strafbar gemacht habe, der Angeklagte G. der Bestechung (§ 334 Abs. 1 StGB) in Tateinheit mit Anstiftung zur Verletzung von Dienstgeheimnissen (§ 353b Abs. 1 Nr. 1, § 26 StGB).

3 2. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4 a) Die B. , eine Anstalt öffentlichen Rechts, plante ab 2004, die Müllverbrennungsanlage in R. (MVA R.) zu sanieren. Ende 2004/Anfang 2005 wurde intern beschlossen, ein Sanierungskonzept zu erstellen, um eine Grundlage für eine spätere Entscheidung zu dessen Umsetzung zu schaffen. Zur Planung des Projekts gründete die B. einen Lenkungsausschuss, der die Steuerung der Planungsphase übernehmen sollte. Diesem Ausschuss gehörten 18 Vorstandsmitglieder und Mitarbeiter aus dem kaufmännischen und technischen Bereich der B. sowie zwölf weitere

externe Personen an, die in technischer, betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht beraten sollten. Der Angeklagte K., der seit August 2003 für die B. aufgrund eines Beratervertrages als externer Berater bei der Umsetzung des Abfallwirtschaftsplanes tätig war, gehörte dem Lenkungsausschuss seit dessen Gründung an. Hierzu vereinbarte die B. mit dem Angeklagten am 1. Januar 2005 einen weiteren Beratervertrag, in dem wie schon zuvor eine Vertraulichkeitsklausel aufgenommen war. Am 6. April 2006 wurde der Angeklagte zum Interims-Geschäftsführer der B. bestellt und schließlich am 1. Februar 2007 zum Finanzvorstand der B. berufen.

5 b) Der Angeklagte G., der den Angeklagten K. seit 2003/2004 persönlich kannte, war als selbständiger Agent für Firmen im Bereich Energie- und Umwelttechnik tätig. Er unterstützte privatwirtschaftliche Unternehmen als Industrievertreter und -berater, insbesondere bei der Akquirierung von Aufträgen, die in beschränkten Ausschreibungsverfahren vergeben wurden. Bei Auftragsvergabe beriet und begleitete er die Unternehmen bis zur Abnahme des Projekts durch den Auftraggeber.

6 c) Im Rahmen der von der B. geplanten Sanierung der MVA R. schloss der Angeklagte G. bereits am 23. April/12. Mai 2004 mit der Firma M. GmbH eine Vereinbarung, wonach er für die Sammlung und Weitergabe von projektbezogenen Informationen im Falle der Auftragsvergabe 1 % der Nettoprojektsumme erhalten sollte. Eine entsprechende Provisionsvereinbarung traf er am 20. Februar/8. März 2005 auch mit der L. GmbH, die sich als Subunternehmerin für verschiedene Anlagebauer für das Bauteil Rauchgasreinigung an der Ausschreibung beteiligen wollte.

7 d) Der Angeklagte G. übersandte dem Angeklagten K. eine von ihm unter dem Datum 15. Mai 2004 unterzeichnete Vereinbarung, wonach er bei erfolgreicher Auftragsvermittlung/Beratung hinsichtlich des Projekts MVA R. einen Anteil von 50 % zuzüglich Umsatzsteuer von seiner möglichen Provisionsforderung gegen die M. GmbH an K.

abtrete. Eine Kopie der in Bezug genommenen Provisionsvereinbarung vom 23. April/12. Mai 2004 war der Abtretungsvereinbarung beigelegt.

8 Ferner übermittelte der Angeklagte G. dem Angeklagten K. eine weitere von ihm unterschriebene, undatierte Vereinbarung, die die Abtretung von 50 % seiner Provisionsansprüche an K. gegenüber der L. GmbH bei erfolgreicher Auftragsvermittlung zum Inhalt hatte. In einem Begleitschreiben – dem die Provisionsvereinbarung vom 20. Februar/8. März 2005 beigelegt war – wurde ausgeführt: „Habe bewusst, aus bekannten Gründen, in der Abtretungsvereinbarung kein Datum eingetragen“.

9 e) Der Lenkungsausschuss der B. beschloss am 22. November 2005 die Modernisierung der Kessel 5 bis 8 der MVA R. bei einem Investitionsvolumen von etwa 139 Mio. € (plus/minus 15 %) durchzuführen; der Aufsichtsrat der B. stimmte am 21. Dezember 2005 der Entscheidung zu. Die öffentliche Ausschreibung erfolgte schließlich am 21. Dezember 2006. Es bewarben sich sechs Unternehmen, unter anderem die M. GmbH sowie die L. GmbH als Subunternehmerin dreier Firmen für das Bauteil Rauchgasreinigung. Die B. forderte vier der Unternehmen zur Angebotsabgabe auf. Die M. GmbH teilte mit Schreiben vom 7. Mai 2007 mit, dass sie kein Angebot abgeben wolle, so dass der Auftrag anderweitig – an ein später ebenfalls vom Angeklagten G. beratenes Unternehmen – vergeben wurde. Ob die L. GmbH als Subunternehmerin das Gewerk Rauchgasreinigung erstellt hat, wird im Urteil nicht erörtert.

10 3. Das Landgericht hat die Angeklagten aus tatsächlichen und „eng damit zusammenhängenden“ rechtlichen Gründen freigesprochen.

11 a) Die Wirtschaftsstrafkammer hat zwar die in der Anklage geschilderten äußeren Abläufe zur Sanierung der MVA R. und zu den Handlungen des Angeklagten G. als weitgehend bestätigt angesehen. Sie hat

sich aber nicht zu überzeugen vermocht, dass es „in bestimmaren Fällen zur Weitergabe bestimmter Informationen“ (UA S. 10) durch den Angeklagten K. an den Angeklagten G. kam. Das Landgericht referiert hierbei die die Angeklagten belastenden Umstände und stellt diese den entlastenden Umständen – so z. B., dass die Informationen „keineswegs von so besonderer Qualität und Aktualität“ (UA S. 24), sondern teilweise veraltet und fehlerhaft gewesen seien, als dass sie vom Angeklagten K. stammen könnten – gegenüber.

12 b) Des Weiteren hält das Landgericht es sogar für erwiesen, dass die Angeklagten eine Unrechtsvereinbarung im Sinne der §§ 332, 334 StGB nicht geschlossen haben. Zwar sprächen die von dem Angeklagten G. an den Angeklagten K. übermittelten Abtretungsvereinbarungen – die letzterer jedoch nicht unterschrieben habe – und die engen Kommunikationsbeziehungen für eine solche Unrechtsvereinbarung. Maßgeblich sei jedoch, dass eine Einflussnahme des Angeklagten K. „in irgendeiner Art und Weise für die Vergabe des Auftrags an die M. GmbH oder mittelbar an die L. GmbH“ (UA S. 28/29) ebenso wenig festzustellen gewesen sei wie – im Hinblick auf dessen auskömmliche Vermögenslage – ein persönliches eigenes Interesse an einer Beteiligung an etwaigen Provisionszahlungen.

13 c) Schließlich sieht die Wirtschaftsstrafkammer durch die Handlungen der Angeklagten einen Verrat von Geschäftsgeheimnissen (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG) – und wohl auch eine Verletzung von Dienstgeheimnissen (§ 353b Abs. 1 Nr. 1 StGB) – nicht als tatbestandlich verwirklicht an, weil die von dem Angeklagten G. an seine Auftraggeber weitergegebenen Informationen keine Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse enthielten. Denn es habe, mit Ausnahme der B. -internen Schätzpreise, insoweit bereits an einem Geheimhaltungswillen der Verantwortlichen der B. – ungeachtet etwaiger sachlicher Mängel – gefehlt. Hinsichtlich der Schätzpreise/Kostenrahmen erweise sich die Kenntnis der Anbieter von deren Höhe als „völlig ungeeig-

net, um die B. als Ausschreibende wirtschaftlich zu schädigen oder zu gefährden“, denn ein „wirtschaftlicher Nachteil wäre allenfalls dann denkbar, wenn ein Anbieter aufgrund der Kenntnis eines Schätzpreises in der Lage wäre, ein weniger günstiges Angebot abzugeben, als er es ohne Kenntnis des Betrages würde, so dass der B. als Ausschreibender letztlich (möglicherweise) ein weniger wirtschaftliches Angebot gemacht wird als in Unkenntnis der Schätzsumme“ (UA S. 36). Da dieser Anbieter mit dem Wettbewerb seiner Konkurrenten zu rechnen hat, müsste er bei seiner Angebotsabgabe jedoch zudem Kenntnis aller konkurrierenden Angebote haben, um sicher den Zuschlag zu bekommen.

14 4. Das Urteil hält sachlich-rechtlicher Überprüfung schon deswegen nicht stand, weil es nicht den Anforderungen entspricht, die gemäß § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO an ein freisprechendes Urteil zu stellen sind.

15 a) Bei einem Freispruch aus tatsächlichen Gründen – worauf die Wirtschaftsstrafkammer in erster Linie abstellt – muss die Begründung des Urteils so abgefasst sein, dass das Revisionsgericht überprüfen kann, ob dem Tatgericht bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Deshalb hat das Tatgericht in der Regel nach dem Tatvorwurf und der Einlassung des Angeklagten diejenigen Tatsachen zum objektiven Tatgeschehen festzustellen, die es für erwiesen hält, bevor es in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen Feststellungen zur objektiven und subjektiven Tatseite nicht getroffen werden konnten.

16 b) In den Urteilsgründen fehlt es an einer ausreichenden Darlegung der Einlassungen der Angeklagten. Ausführungen dazu, ob überhaupt und gegebenenfalls wie sich der Angeklagte G. eingelassen hat, enthält das Urteil nicht. Das Verteidigungsvorbringen des Angeklagten K., der sich ausweislich des Urteils zur Sache eingelassen hat (UA S. 29), ist lediglich punktuell und verstreut wiedergegeben; eine geschlossene Darstellung fehlt.

- 17 Zwar ist die Wiedergabe der Einlassung eines Angeklagten kein Selbstzweck (vgl. BGH, Urteile vom 23. Januar 1997 – 4 StR 526/96, NStZ-RR 1997, 172; und vom 10. August 2011 – 1 StR 114/11, NStZ 2012, 110); jedoch muss das Urteil den Aussageinhalt so darlegen, dass eine revisionsrechtliche Prüfung dahin erfolgen kann, ob das Tatgericht den Anklagevorwurf zu Recht für nicht nachweisbar erachtet hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2013 – 1 StR 320/12, NJW 2013, 1688). Insbesondere ist es unerlässlich, das Verteidigungsvorbringen eines Angeklagten zu einer zentralen Beweisfrage im Einzelnen darzustellen und sich mit diesem im Rahmen der Beweiswürdigung auseinanderzusetzen. Daran fehlt es vorliegend; die Beweiswürdigung ist daher insgesamt bezüglich beider Angeklagten lückenhaft.
- 18 Dies gilt vor allem für die Würdigung der beiden Abtretungserklärungen und der beigefügten Provisionsvereinbarungen des Angeklagten G. , die bei einer nach Begleitumständen in den Urteilsgründen nicht näher dargestellten Durchsuchung der Wohnräume des Angeklagten K. aufgefunden wurden. Ohne dass es auf eine beiderseitige Unterzeichnung etwa entscheidend ankäme, drängen die, zumal bei einer Ablage im Wohnbereich des Angeklagten K. , ohne vorangegangene Absprachen zwischen den Beteiligten inhaltlich schwer erklärbaren Abtretungserklärungen für sich vor dem Hintergrund der weiteren Kontakte der Angeklagten und ihrer damaligen Betätigungsfelder einen Rückschluss auf ein Angebot G. s an K. auf, ihm für nutzbar zu machende B. -interne Informationen einen Anteil an seinem Gewinn zukommen zu lassen. Welche Einlassungen die Angeklagten zu diesem schwerwiegenden Indiz in der Hauptverhandlung und etwa zuvor abgegeben haben, ist für die Beurteilung der Frage unerlässlich, ob eine abweichende harmlose Erklärung überhaupt zu finden ist.
- 19 Zudem stellt das Landgericht zahlreiche Kontakte zwischen den Angeklagten fest, die zeitlich teilweise mit den Sitzungen des Lenkungsausschusses und mit der anschließenden Weitergabe von Informationen durch den Angeklagten G. an seine Auftraggeber korrespondierten. Welchen

Gesprächsinhalt die zahlreichen Kontakte zwischen den Angeklagten nach deren Einlassungen zum Gegenstand hatten, lässt das Landgericht ebenfalls unerörtert. Es fehlt auch jede Auseinandersetzung mit der Motivationslage des Angeklagten K. , weiterhin den Kontakt mit dem Angeklagten G. aufrechtzuerhalten, obwohl – wovon die Wirtschaftsstrafkammer ausgehen musste – er von diesem zwei finanzielle Angebote zur Zusammenarbeit erhalten hat, die seiner Stellung als Mitglied im Lenkungsausschuss der B. , ab Übernahme einer Vorstandsposition als Amtsträger, im Sinne einer Unrechtsvereinbarung entgegenstehen.

20 5. Die Wertung des Landgerichts, dass die Schätzkosten und der Kostenrahmen des Sanierungsvorhabens (Fälle 3, 5, 6 und 8 der Anklage) keine Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse im Sinne des § 17 Abs. 2 UWG – und offenbar auch keine Dienstgeheimnisse im Sinne des § 353b Abs. 1 StGB – darstellen würden, begegnet rechtlichen Bedenken.

21 Im Ausgangspunkt zutreffend geht die Wirtschaftsstrafkammer davon aus, dass unter den Begriff des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses (§ 17 Abs. 2 UWG) nur solche betriebsbezogene Tatsachen fallen, die nach dem erkennbaren Willen des Betriebsinhabers geheim gehalten werden sollen, die ferner nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und damit nicht offenkundig sind und hinsichtlich derer der Betriebsinhaber deshalb ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat, weil die Aufdeckung der Tatsache geeignet wäre, dem Geheimnisträger wirtschaftlichen Schaden zuzufügen (vgl. BGH, Urteile vom 10. Mai 1995 – 1 StR 764/94, BGHSt 41, 140, 142 zu § 17 UWG aF, und vom 27. April 2006 – I ZR 126/03, NJW 2006, 3424). Die Bewertung, dass das Bekanntwerden der Schätzkosten und des Kostenrahmens ungeeignet sei, den Betriebsinhaber wirtschaftlich zu schädigen oder zu gefährden, ist nicht tragfähig.

22 Für den Ausschreibenden sind die Geheimhaltung seiner internen Kalkulationsgrundlagen und deren Ergebnis grundsätzlich entscheidend für

einen offenen Wettbewerb der sich nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierenden Anbieter. Das Bekanntwerden eines Kostenrahmens führt dazu, dass die Anbieter sich bereits im öffentlichen Ausschreibungsverfahren bei ihrer Angebotsabgabe an dem Höchstpreis ausrichten und diesen ausschöpfen können. Auch wenn – wie das Landgericht meint – der Anbieter, der den Kostenrahmen des Ausschreibenden kennt, sich bei Abgabe eines sich dem Höchstpreis annähernden Angebots nicht sicher sein kann, den Zuschlag vor einem preisgünstigeren Wettbewerber zu erhalten, so besteht für den Ausschreibenden die Gefahr, dass der von ihm erwünschte Wettbewerb eingeschränkt und durch etwaige Preisabsprachen der Wettbewerber unterlaufen wird. Insofern wären auch die Aussagen der Zeugen aus dem verantwortlichen Geschäftsbereich der B. zu hinterfragen gewesen, dass die Veröffentlichung des internen Schätzpreises allein deswegen unterblieben sei, weil solche Angaben „erfahrungsgemäß zu lästigen Nachfragen führe, was genau in der Summe enthalten sei“ (UA S. 37).

23 Schließlich kann die Bewertung des Landgerichts nicht nachvollzogen werden, dass die Höhe des Kostenrahmens deshalb als nicht geheimhaltungsbedürftig anzusehen ist, weil der „nackte Betrag von 139 Millionen Euro“ – entsprechend einer Zeugenaussage – ohne Angabe eines Sicherheitszuschlags von 15 % und der Mitteilung, ob es sich um einen Brutto- oder Nettobetrag handeln würde, zumindest irreführend sei, wenn nicht gar eine Fehlinformation darstelle. Aus den Sachverhaltsfeststellungen ist zum Teil ersichtlich, dass diese Zusatzangaben den Anbietern vom Angeklagten G. mitgeteilt wurden.

24 6. Die Sache bedarf daher – soweit das Urteil von der Staatsanwaltschaft angefochten ist – insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung. Im Rahmen der Kognitionspflicht (§ 264 StPO) wird das neue Tatgericht hinsichtlich der Tatvorwürfe 3, 5 und 6 bei entsprechenden Feststellungen gehalten sein, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 299 Abs. 1 und 2 StGB zu prüfen (vgl. BGH, Urteile vom 9. August 2006 – 1 StR 50/06,

NJW 2006, 3290, 3298; vom 15. Mai 1997 – 1 StR 233/96, BGHSt 43, 96, 105 f.; vom 10. Juli 1957 – 4 StR 5/57, BGHSt 10, 358, 365 ff.; und vom 13. Mai 1952 – 1 StR 670/51, BGHSt 2, 396, 403 f.).

25

Der Senat weist allerdings darauf hin, dass das angefochtene Urteil stark darauf hindeutet, dass das Gewicht eines etwaigen Geheimnisverrats jedenfalls nicht beträchtlich wäre; zudem mag der Nachweis der Zurückführung auf die Kontakte zwischen den Angeklagten angesichts weiterer B. - naher Kontakte des Angeklagten G. schwierig sein. So erscheint keineswegs undenkbar, dass sich zwar korruptive Kontakte zwischen den Angeklagten nachweisen lassen, gleichwohl allenfalls eine Strafbarkeit nach §§ 331, 333 bzw. § 299 StGB, wenn diese nicht nachweislich auf Dienstpflichtverletzungen des Angeklagten K. zielten.

Basdorf

Dölp

König

Berger

Bellay