



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 490/16

vom

27. Juli 2017

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

wegen Bestechung, Bestechlichkeit u.a.

hier: Revisionen der Angeklagten W. und M. sowie Revision der Staatsanwaltschaft betreffend diese Angeklagten

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Grund der Verhandlung vom 29. Juni 2017 in der Sitzung am 27. Juli 2017, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker,

Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Spaniol,
die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Tiemann,
Dr. Berg,
Hoch

als beisitzende Richter,

Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof - in der Verhandlung - ,
Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof - bei der Verkündung -
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger des Angeklagten W. ,

Justizhauptsekretärin - in der Verhandlung -,
Justizamtsinspektor - bei der Verkündung -
als Urkundsbeamte der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten W. und M. sowie der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 17. Mai 2016

a) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,

aa) soweit diese Angeklagten in den Fällen I. 1 bis 3, I. 5 bis 11, I. 13, I. 15, I. 17 bis 19, I. 24 und I. 25 der Urteilsgründe verurteilt worden sind,

bb) im jeweiligen Gesamtstrafenausspruch,

b) zu Gunsten des Mitangeklagten S. im Schuldspruch in den Fällen I. 1, I. 2, I. 10, I. 19 und I. 24 der Urteilsgründe dahin geändert, dass seine Verurteilung wegen jeweils tateinheitlich begangener Untreue entfällt.

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.

2. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten W. und M. jeweils wegen Bestechung in 17 Fällen, davon in neun Fällen in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue, wegen Vorteilsgewährung sowie wegen wettbewerbsbeschränkender Absprache bei einer Ausschreibung verurteilt, den Angeklagten W. zu einer Gesamtgeldstrafe von 150 Tagessätzen zu je 30 € und den Angeklagten M. zu einer solchen von 120 Tagessätzen zu je 50 €. Ferner hat es den nichtrevidierenden Mitangeklagten S. wegen Bestechlichkeit in 17 Fällen, davon in neun Fällen in Tateinheit mit Untreue, wegen Vorteilsannahme in 16 Fällen, davon in 15 Fällen in Tateinheit mit Untreue, sowie wegen wettbewerbsbeschränkender Absprache bei einer Ausschreibung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sieben Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt und zugleich festgestellt, dass drei Monate der Strafe als vollstreckt gelten. Im Übrigen hat es die drei Angeklagten freigesprochen.

- 2 Gegen ihre Verurteilungen wenden sich die Angeklagten W. und M. mit ihren auf sachlich-rechtliche Beanstandungen gestützten Revisionen. Die Staatsanwaltschaft rügt mit ihrer zu Ungunsten dieser Angeklagten eingelegten und vom Generalbundesanwalt vertretenen Revision, deren Beschränkung auf den Strafausspruch zu den Fällen I. 1 bis 3, I. 5 bis 11, I. 13, I. 15, I. 17 bis 19, I. 24 und I. 25 und auf den Ausspruch über die Gesamtstrafe sie erklärt hat, ebenfalls die Verletzung materiellen Rechts. Alle Rechtsmittel haben - gemäß § 357 StPO auch den Mitangeklagten S. betreffend - den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; die Revision der Staatsanwaltschaft wirkt dabei - im Schuldspruch - zu Gunsten (vgl. § 301 StPO) und - im Strafausspruch - zu Lasten der Angeklagten W. und M. sowie

ausschließlich zu Gunsten des Mitangeklagten S. . Die weitergehenden Revisionen sind unbegründet.

I.

3 1. Das Landgericht hat - soweit für die Revisionen relevant - folgende Feststellungen getroffen:

4 Die Angeklagten W. und M. hielten im Tatzeitraum vom 13. Dezember 2005 bis zum 26. Oktober 2010 jeweils 45% der Geschäftsanteile der Firma K. GmbH (fortan: Firma K.). Des Weiteren war W. bis September 2006 freiberuflich für diese tätig; anschließend war er deren leitender Angestellter. M. war ihr alleiniger einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer.

5 Die Firma K. stand in Geschäftsbeziehung mit der Handwerkskammer Koblenz, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (im Folgenden: Handwerkskammer). Spätestens seit Beginn des Jahres 2006 waren W. und M. gleichberechtigt für von der Handwerkskammer aufgegebenen Bestellungen und erteilte Aufträge zuständig. Eine feste Aufgabenverteilung bestand zwischen beiden nicht. Entsprechende Anfragen und Vorgänge wurden von demjenigen bearbeitet, der gerade erreichbar war und Zeit hatte.

6 Bei der Handwerkskammer war der Mitangeklagte S. Ansprechpartner der Angeklagten. Er war Ausbilder in der "Elektroabteilung". Zu seinen Aufgaben zählten - für diesen Ausbildungsbereich - die Bedarfsbeurteilung für Neubestellungen und Reparaturen sowie die Prüfung der diesbezüglichen Lieferscheine und Rechnungen. Ebenfalls in der "Elektroabteilung" der Handwerkskammer tätig war der rechtskräftig verurteilte We. . Sowohl S. als auch We. waren für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtet worden.

7 a) Fälle I. 1 bis 3, I. 5 bis 11, I. 13, I. 15, I. 17 bis 19, I. 24 und I. 25

8 aa) Der Mitangeklagte S. hatte bei der Handwerkskammer ein "inoffizielles Bestellsystem" neben den regulären Beschaffungswegen etabliert. Es diente dem Erwerb von Gegenständen, der von dem zuständigen Vorgesetzten der Handwerkskammer nicht genehmigt war und nicht genehmigt werden würde ("System der kreativen Beschaffungen"). Die Lieferungen dieser Gegenstände wurden über fingierte Reparaturanforderungen und Bestellungen beauftragt, für die Haushaltsmittel zur Verfügung standen. Die Geschäfte wurden über dementsprechend unzutreffende Lieferscheine und Rechnungen, die von S. bewusst der Wahrheit zuwider als richtig bestätigt wurden, verdeckt abgewickelt und abgerechnet. Die Unterlagen leitete S. an den zuständigen Vorgesetzten weiter, der allerdings vor Zeichnung keine eigenen Prüfungen vornahm, sondern sich auf jenen verließ. Da allein S. über die erforderlichen Fach- und Sachkenntnisse verfügte, war eine Überprüfung der von ihm als zutreffend ausgewiesenen Lieferscheine und Rechnungen in der Handwerkskammer nicht vorgesehen. Mit der jeweiligen Bestätigung einer Rechnung löste S. daher ohne weiteres die entsprechenden Zahlungen aus.

9 Dieses "inoffizielle Bestellsystem" praktizierte S. in neun Fällen (Fälle I. 1, I. 2, I. 5, I. 8, I. 10, I. 11, I. 19, I. 24 und I. 25) mit der Firma K., für die W. und M. handelten, die Kenntnis von dieser Verfahrensweise hatten. Die Bestellungen der tatsächlich gewünschten Gegenstände gab er direkt gegenüber W. und/oder M. auf, während die der verdeckten Abrechnung dienenden fingierten Beauftragungen an die Firma K. über das offizielle Bestellsystem durchgeführt wurden. Dementsprechend erstellte diese Lieferscheine und Rechnungen, die nicht die tatsächlichen, bei der Handwerkskammer nicht genehmigten und genehmigungsfähigen Lieferungen von Elektronikartikeln und Leuchtmitteln auswiesen, sondern - in acht Fällen -

Reparaturleistungen sowie - in einem Fall - die Überlassung von Software. Für die von der Firma K. auf diese Weise veräußerten Gegenstände mit einem Gesamtwert von 3.644,18 € zahlte die Handwerkskammer insgesamt 3.627,94 €. Überwiegend kamen sie deren "Elektroabteilung" zugute; sie waren für den dortigen dienstlichen Gebrauch bestimmt, ohne dass die zuständigen Gremien um das Vorhandensein der Gegenstände in den Räumen der Handwerkskammer wussten. Teilweise wurden technische Geräte auch S. an die Wohnanschrift zur privaten Verwendung ausgeliefert.

10 bb) Darüber hinaus nahm die Firma K., durch W. und/oder M. handelnd, in acht Fällen (Fälle I. 3, I. 6, I. 7, I. 9, I. 13, I. 15, I. 17 und I. 18) Zuwendungen gratis - ohne verdeckte Abrechnung - vor, davon siebenmal zur privaten Verwendung durch S. im Gesamtwert von (mindestens) 2.115,21 € und einmal für dessen dienstlichen Gebrauch im Wert von 4.679 €.

11 cc) Alledem lag eine - zumindest konkludent geschlossene - Vereinbarung von W. und M. mit S. dergestalt zugrunde, dass die Firma K. die von diesem angeforderten Gegenstände lieferte, damit er W. oder M. Ausschreibungsinterna und Preise der Handwerkskammer mitteilte oder die Firma K. im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit bei Ausschreibungen und Auftragsvergaben anderweitig vor anderen Bewerbern sowie bei der Rechnungslegung bevorzugte. In diesem Sinne kam es zu Absprachen bei Ausschreibungen über die Aufträge zu "LOS 35" mit einer Auftragssumme von 971.958,90 € brutto sowie zu "LOS 16" mit einer Auftragssumme von 24.644,90 € brutto (dazu sogleich unter I. 1. c)).

12 b) Fall I. 31

13 Der rechtskräftig verurteilte We. war bei der Handwerkskammer für die Vergabe und Abwicklung des Auftrags zu "LOS 38" mit einer Auftragssumme

von 140.667,62 € zuständig. Auf Grund einer von W. und M. mit ihm getroffenen Absprache wurde ihm ein technisches Gerät im Wert von 714 € für private Zwecke geliefert, womit sich W. und M. sein weiteres Wohlwollen im Hinblick auf künftige Auftragsvergaben sicherten.

14 c) Fall I. 35

15 Die Handwerkskammer nahm eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags zu "LOS 16" vor. Für die Erstellung des Ausschreibungstexts war S. zuständig. W. entwarf für S. einen solchen Text, den dieser absprachegemäß nahezu unverändert übernahm; beide sprachen den Angebotspreis ab. In Kenntnis dessen gab M. das einvernehmliche Angebot für die Firma K. ab, die, wie beabsichtigt, den Auftrag erhielt.

16 2. Das Landgericht hat die Taten rechtlich wie folgt beurteilt:

17 a) Sämtliche oben unter I. 1. a) beschriebenen 17 Fälle (neun "inoffizielle Bestellungen" mit dementsprechend verdeckt abgerechneten Lieferungen sowie acht vergütungsfreie Zuwendungen) hat es für den Mitangeklagten S. als Bestechlichkeit gemäß § 332 Abs. 1 Satz 1 StGB und für die Angeklagten W. und M. als Bestechung gemäß § 334 Abs. 1 Satz 1 StGB gewertet.

18 Das Landgericht ist von einer mittäterschaftlichen Tatbegehung der Angeklagten (§ 25 Abs. 2 StGB) ausgegangen. In Anbetracht der von ihnen auf Seiten der Firma K. mit S. getroffenen Unrechtsvereinbarung seien sämtliche Einzeltaten beiden auf Grund eines gemeinsamen Tatentschlusses als Mittäter zuzurechnen, unabhängig davon, wer im einzelnen Fall tätig geworden sei. Eine feste Aufgabenzuteilung habe es nicht gegeben.

19 Zudem hat das Landgericht angenommen, dass sich der Mitangeklagte S. durch die neun "inoffiziellen Bestellungen" und deren Abwicklung jeweils zugleich (§ 52 StGB) wegen Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat; hierzu hätten die zwei Angeklagten Beihilfe geleistet (§ 27 StGB). Durch die Zahlungen auf die inhaltlich unrichtigen Rechnungen seien der Handwerkskammer jeweils Vermögensnachteile entstanden. Tatsächlich gelieferte und im Bestand der Handwerkskammer verbliebene Gegenstände stellten insoweit keine Kompensation dar, auch wenn sie "wertmäßig größtenteils" den Rechnungsbeträgen entsprächen; denn die Handwerkskammer habe - insbesondere mangels Einkaufsbelegen und Inventarisierung - keine Kenntnis von der Existenz und dienstlichen Verwendbarkeit dieser Gegenstände erlangt.

20 b) Die beiden oben unter I. 1. b) und c) beschriebenen Fälle hat das Landgericht für die Angeklagten als Vorteilsgewährung gemäß § 333 Abs. 1 StGB sowie als wettbewerbsbeschränkende Absprache bei einer Ausschreibung gemäß § 298 Abs. 1 StGB gewertet.

21 c) Es hat sämtliche Fälle für beide Angeklagte - wie für den Mitangeklagten - als tatmehrheitlich begangen (§ 53 StGB) angesehen.

II.

22 Revisionen der Angeklagten W. und M. :

23 1. Die Verurteilung der Angeklagten W. und M. in den Fällen I. 1 bis 3, I. 5 bis 11, I. 13, I. 15, I. 17 bis 19, I. 24 und I. 25 wegen Bestechung in 17 Fällen, davon in neun Fällen in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue, erweist sich als zu ihrem Nachteil rechtsfehlerhaft.

24 Zwar ist nichts dagegen zu erinnern, dass die Strafkammer auf der Grundlage der - rechtsfehlerfrei getroffenen - Feststellungen die W. und M. zugerechneten Handlungen als Bestechung gemäß § 334 Abs. 1 StGB gewertet hat (nachfolgend a)); auch sind jedenfalls die verdeckt abgerechneten Lieferungen, die zur privaten Verwendung durch S. bestimmt waren, für die Angeklagten als idealkonkurrierende Beihilfe zu dessen Untreue nach § 266 Abs. 1, § 27 StGB zu qualifizieren (unten b)). Jedoch hält die pauschale Zurechnung sämtlicher Einzeltaten an beide Angeklagten der rechtlichen Überprüfung nicht stand; denn es fehlen Feststellungen zu individuellen Tatbeiträgen, so dass die jeweilige mittäterschaftliche Begehung der Bestechungstaten und Förderung der von S. verübten Untreuedelikte als Gehilfe nicht belegt ist (unten c)). Aus nämlichem Grund findet die Beurteilung der Konkurrenzen zwischen den einzelnen Fällen als tatmehrheitlich begangen in den Urteilsgründen keine Stütze (unten d)).

25 a) In sämtlichen eingangs genannten 17 Fällen sind - unbeschadet der individuellen Zurechnung - die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 334 Abs. 1 Satz 1 StGB erfüllt. Nach den Feststellungen handelt es sich bei allen verdeckt abgerechneten Lieferungen und vergütungsfreien Zuwendungen um Vorteile, die W. und/oder M. als Gegenleistung für - hinreichend konkretisierte - pflichtwidrige Diensthandlungen des für den öffentlichen Dienst besonders verpflichteten S. gewährten.

26 Unabhängig davon, inwieweit die Gegenstände an die Handwerkskammer ("für den dienstlichen Gebrauch") oder an S. selbst ("zur privaten Verwendung") ausgeliefert wurden, war dieser jeweils Vorteilsbegünstigter. Auch soweit die Handwerkskammer der Empfänger der Sachleistungen war, kamen sie mittelbar S. zugute. Denn sie bewirkten zu seinen Gunsten eine Verbesserung der Arbeits- und Ausbildungsbedingungen in der "Elektroab-

teilung", weshalb eine objektiv messbare Verbesserung seiner persönlichen Wirkungsmöglichkeiten eintrat (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 23. Mai 2002 - 1 StR 372/01, BGHSt 47, 295, 305 f.; vom 23. Oktober 2002 - 1 StR 541/01, BGHSt 48, 44, 49).

27 Dahinstehen kann daher, ob daneben die Handwerkskammer vorteilsbegünstigter "Dritter" im Sinne des § 334 Abs. 1 Satz 1 StGB war. Dieser Annahme steht allerdings nicht entgegen, dass die Handwerkskammer S. s Anstellungskörperschaft war. Die Senatsentscheidung, auf die sich die Revision des Angeklagten W. für ihre abweichende Ansicht beruft (Urteil vom 11. Mai 2006 - 3 StR 389/05, NStZ 2006, 628, 630), betrifft die - hier nicht gegebene - Ausnahmekonstellation, dass der Vorteil der Anstellungskörperschaft des Amtsträgers zufließt, die zugleich Eigentümerin aller Geschäftsanteile der vorteilsgewährenden Gesellschaft war (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 26. Mai 2011 - 3 StR 492/10, wistra 2011, 391, 394 Rn. 31; MüKoStGB/Korte, 2. Aufl., § 331 Rn. 80 mwN). Ein Drittverteil zu Gunsten der Handwerkskammer könnte hier aber insoweit ausscheiden, als diese für die - ohne ihr Einverständnis - gelieferten Gegenstände ein Entgelt zahlte, das "größtenteils" deren Wert entsprach. Dem braucht der Senat indes hier nicht weiter nachzugehen.

28 b) Überdies liegt nach den Feststellungen in den Fällen I. 8 und I. 11 - unbeschadet der individuellen Zurechnung - eine Beihilfe zur von S. begangenen Untreue vor. Dagegen fehlt es in den Fällen I. 1, I. 2, I. 10, I. 19 und I. 24 schon an einer Untreuehaupttat; denn S. fügte der Handwerkskammer keinen Vermögensnachteil zu. In den Fällen I. 5 und I. 25 hat sich die Strafkammer nicht von W. s und M. s diesbezüglichem Vorsatz überzeugt. Im Einzelnen:

- 29 aa) S. war - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer - im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB verpflichtet, die Vermögensinteressen der Handwerkskammer wahrzunehmen. Diese Pflicht wird durch folgende in den Urteilsgründen im Einzelnen dargestellte Umstände begründet: die S. obliegenden Aufgaben (Bedarfsbeurteilung, Prüfung entgegengenommener Lieferungen und Leistungen sowie abschließende zahlungsauslösende Rechnungsbestätigung), die exklusiv bei ihm vorhandenen für diese Aufgaben erforderlichen Fach- und Sachkenntnisse, der ihm eingeräumte - wenngleich begrenzte - Entscheidungsspielraum sowie die fehlende Kontrolle durch Vorgesetzte (allgemein zu den Voraussetzungen der Vermögensbetreuungspflicht s. BGH, Beschluss vom 26. November 2015 - 3 StR 17/15, NJW 2016, 2585, 2590 f. mwN).
- 30 bb) Seine Vermögensbetreuungspflicht verletzte S. dadurch, dass er gegenüber W. und M. Bestellungen von Elektronikartikeln und Leuchtmitteln aufgab, die nicht genehmigt und nicht genehmigungsfähig waren, seinem Vorgesetzten indes jeweils vorspiegelte, er gebe eine Reparatur in Auftrag oder beschaffe der Handwerkskammer Software, und sodann wahrheitswidrig bestätigte, die Reparaturleistung sei erbracht bzw. die Software der Handwerkskammer überlassen worden.
- 31 cc) Ein Vermögensnachteil entstand der Handwerkskammer aber nur in den Fällen der Lieferung von Gegenständen - zumindest auch - "zur privaten Verwendung" (Fälle I. 5, I. 8, I. 11 und I. 25), nicht dagegen in den Fällen ihrer Lieferung ausschließlich "für den dienstlichen Gebrauch" (Fälle I. 1, I. 2, I. 10, I. 19 und I. 24).

32 (1) Es gilt:

33 Da die Untreue ein Vermögensdelikt ist, schützt § 266 Abs. 1 StGB das zu betreuende Vermögen als Ganzes in seinem Wert, nicht aber die allgemeine Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers. Ob ein Vermögensnachteil eingetreten ist, ist durch einen Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach dem beanstandeten Rechtsgeschäft nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu prüfen. An einem Vermögensnachteil fehlt es, wenn der Abfluss aus dem betreuten Vermögen durch einen gleichzeitig eintretenden Vermögenszuwachs ausgeglichen wird; dabei muss die Untreuehandlung selbst beides hervorbringen. Bei einem treuwidrigen Austauschvertrag ist eine solche schadenshindernde Kompensation regelmäßig gegeben, wenn der Vermögensinhaber für das Vermögensopfer eine zumindest gleichwertige Gegenleistung erhält. Bei wirtschaftlich ausgeglichenen Verträgen können Gesichtspunkte eines individuellen Schadenseinschlags einen Vermögensnachteil nur in eng begrenzten Ausnahmefällen begründen, namentlich wenn der Vermögensinhaber die Gegenleistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann, er durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird oder infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten unerlässlich sind (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 2010 - 3 StR 90/10, wistra 2010, 445, 447 Rn. 18; MüKoStGB/Dierlamm, 2. Aufl., § 266 Rn. 206, 208; S/S-Perron, StGB, 29. Aufl., § 266 Rn. 41, 43, jew. mwN).

34 (2) Gemessen hieran ist in den Fällen, in denen die verdeckt abgerechneten Lieferungen S. (auch) zur privaten Verwendung dienten, ein Ver-

mögensnachteil der Handwerkskammer gegeben. Der jeweiligen Zahlung stand (insoweit) keine schadenshindernde Kompensation gegenüber.

35 (3) In den Fällen, in denen die verdeckt abgerechneten Lieferungen ausschließlich für den dienstlichen Gebrauch bestimmt waren und die gelieferten Gegenstände dementsprechend in die Räume der Handwerkskammer verbracht und dort genutzt wurden, ist hingegen nach den aufgezeigten Maßstäben kein Vermögensnachteil festgestellt. Vielmehr ist insoweit von einer Kompensation infolge der an die Handwerkskammer gelieferten Gegenstände auszugehen; das ergibt sich aus Folgendem:

36 (a) Nicht festgestellt ist, dass S. persönlich die Gegenstände von der Firma K. bezog, um sie dann zeitversetzt der Handwerkskammer zur Verfügung zu stellen. Vielmehr gingen sie - anders lassen sich die Urteilsgründe nicht verstehen - unmittelbar in das Vermögen der Handwerkskammer über, wobei S. im Rahmen der Übereignung für diese handelte. Dabei entsprachen die tatsächlich gelieferten und im Bestand der Handwerkskammer verbliebenen Gegenstände "wertmäßig größtenteils" den ihr in Rechnung gestellten und von ihr bezahlten Beträgen (UA S. 43 f.).

37 Der jeweilige kompensierende Vermögenszuwachs wurde somit wie der Vermögensabfluss durch die entsprechende Untreuehandlung selbst, nicht erst durch eine andere, rechtlich selbständige Handlung hervorgebracht. Denn pflichtwidrig verhielt sich S. schon durch die verschleierte ("inoffizielle") Bestellung, nicht erst durch die verdeckte Abrechnung.

38 Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts ist die Lieferung auch nicht deshalb als eine rechtlich selbständige Handlung zu qualifizieren, weil sie für die Angeklagten die Gewährung eines Vorteils im Sinne des § 334 Abs. 1 StGB darstellt; denn der Mitangeklagte nahm - spiegelbildlich - zugleich

den Vorteil gemäß § 332 Abs. 1 StGB an, was gerade die mit der behaupteten rechtlichen Selbständigkeit unvereinbare tateinheitliche Verwirklichung des Bestechlichkeits- und des Untreuetatbestands durch ihn bedingt.

39 (b) Die schadenshindernde Kompensation wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Handwerkskammer - insbesondere mangels Einkaufsbelegen und Inventarisierung - keine Kenntnis von der Existenz und dienstlichen Verwendbarkeit der Gegenstände erlangte. Der Vermögensvergleich vor und nach dem beanstandeten Rechtsgeschäft ist grundsätzlich nach objektiven Kriterien vorzunehmen. Ein tatsächlicher Vermögenszuwachs verliert nicht allein deshalb seine kompensierende Wirkung, weil er dem Vermögensinhaber bis zur Aufdeckung der Tat nicht bekannt war.

40 Zwar kommt Untreue auch dann in Betracht, wenn der Täter dem Vermögensinhaber Vermögenswerte dauerhaft vorenthält, um über sie nach Gutdünken eigenmächtig und unkontrolliert, wenngleich unter Umständen in dessen (mutmaßlichem) Interesse zu verfügen. Dies betrifft namentlich die Fallgruppe der "Bildung schwarzer Kassen" (s. hierzu BGH, Urteile vom 18. Oktober 2006 - 2 StR 499/05, BGHSt 51, 100, 113 f.; vom 29. August 2008 - 2 StR 587/07, BGHSt 52, 323, 336 ff.; vom 27. August 2010 - 2 StR 111/09, BGHSt 55, 266, 282 ff.; Beschluss vom 27. August 2014 - 5 StR 181/14, NStZ 2014, 646; MüKoStGB/Dierlamm, 2. Aufl., § 266 Rn. 246). Damit ist die hier zu beurteilende Fallkonstellation jedoch nicht vergleichbar. Ein "Schwarzbestand" an Gegenständen, der den zuständigen Gremien nicht bekannt ist, stellt für sich jedenfalls dann keine relevante Vermögensminderung dar, wenn sich die Gremien die Kenntnis, etwa durch eine Inventur, verschaffen können. Bei der Handwerkskammer fehlte indes ein "System der Inventarisierung" (UA S. 50, 56), so dass das Wissen um den tatsächlichen Bestand des Anlage- und des Umlaufvermögens ohnehin allenfalls unzulänglich war. Dass S. der

Handwerkskammer die verschleiert ("inoffiziell") bestellten Gegenstände leichter als andere hätte entziehen können, begründet ebenfalls keinen Vermögensschaden, weil hierfür eine weitere eigenständige Vermögensstraftat erforderlich gewesen wäre.

41 dd) In den beiden Fällen I. 5 und I. 25, in denen die verdeckt abgerechnet gelieferten Gegenstände S. - auch - zur privaten Verwendung dienten, W. und M. nach den Feststellungen allerdings hiervon keine Kenntnis hatten, vielmehr annahmen, sie seien für den dienstlichen Gebrauch bestimmt, hat zwar der Mitangeklagte den Untreuetatbestand vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht; jedoch hatten die Angeklagten - anders als in den Fällen I. 8 und I. 11 - keinen diesbezüglichen Vorsatz.

42 c) Die Feststellungen tragen nicht die Annahme der Strafkammer, beide Angeklagte seien an den Bestechungstaten als Mittäter und an den Untreuetaten des S. in den Fällen I. 8 und I. 11 als Gehilfen beteiligt gewesen.

43 Verabreden sich Mehrere, auf eine bestimmte Weise fortgesetzt eine Vielzahl von Straftaten zu begehen, so hat dies nicht zur Folge, dass alle auf Grund der allgemeinen Willensübereinkunft ausgeführten Taten der Serie den an der Abrede Beteiligten als gemeinschaftlich begangen im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen wären. Vielmehr ist gesondert für jeden von ihnen und jede einschlägige Tat zu beurteilen, inwieweit der Einzelne hieran als (Mit-)Täter, Anstifter oder Gehilfe mitgewirkt oder ob er hierzu gegebenenfalls überhaupt keinen tatfördernden Beitrag geleistet hat. Erst wenn sein konkreter Beitrag zu dem einzelnen Delikt - gegebenenfalls auch im Vorbereitungsstadium - festgestellt ist, ist insoweit eine Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme vorzunehmen, die sich nach den allgemeinen Maßstäben zu richten hat. Diese Grundsätze, die für die Zurechnung von auf Grund einer Bandenab-

rede ausgeführten Taten an die Bandenmitglieder entwickelt wurden und inzwischen gefestigte Rechtsprechung sind (vgl. nur BGH, Urteil vom 11. Mai 2016 - 5 StR 583/15, juris Rn. 7; Beschlüsse vom 13. Juni 2007 - 3 StR 162/07, BGHR StGB § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Bande 2; vom 24. Juli 2008 - 3 StR 243/08, StV 2009, 130; vom 14. November 2012 - 3 StR 403/12, wistra 2013, 97 f.; vom 5. Februar 2013 - 3 StR 499/12, wistra 2013, 307 f.), sind ohne weiteres auf andere Formen einer allgemeinen Willensübereinkunft zur fortgesetzten Deliktsbegehung zu übertragen. Die (Mit-)Verantwortlichkeit für einen Geschäftsbetrieb, dessen sich die Handelnden abredgemäß für die Ausführung der einzelnen Taten bedienen, vermag für sich gesehen eine individuelle Beteiligung an dem Einzeldelikt nicht zu begründen (s. BGH, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 3 StR 162/07, aaO).

44 In den Urteilsgründen fehlen notwendige Angaben zu individuellen, die einzelnen Taten fördernden Beiträgen von W. und M. . Insoweit wird zwischen den Angeklagten nicht differenziert.

45 Nach den Feststellungen nahm die Firma K. , für die W. , M. oder beide handelten, in dem etwa viereinhalb Jahre währenden Tatzeitraum auf Anforderung des S. neun verdeckt abgerechnete Lieferungen und acht vergütungsfreie Zuwendungen vor. W. und M. waren im gegenseitigen Einvernehmen auf der Grundlage einer - zumindest konkludent getroffenen - Unrechtsvereinbarung mit S. tätig. Beide waren generell mit derartigen Lieferungen und Zuwendungen betraut. Eine feste Aufgabenverteilung bestand zwischen ihnen nicht. Die von S. gegenüber der Firma K. getätigten Anfragen und Anforderungen waren ganz überwiegend an beide gerichtet. Die Vorgänge wurden von demjenigen bearbeitet, der gerade erreichbar war und Zeit hatte.

- 46 Aus den Feststellungen lässt sich zwar auf eine allgemeine Willensübereinkunft schließen, auf eine gewisse Weise eine unbestimmte Mehrzahl von im Einzelnen nicht konkretisierten (Bestechungs-)Taten zu begehen. Individuelle Beteiligungshandlungen lassen sich den Urteilsgründen jedoch nicht entnehmen. Den Einzeldelikten werden keine konkreten Tätigkeiten W. s und/oder M. s zugeordnet; einzelne Beiträge eines Angeklagten zu den Taten, sei es durch Bearbeitung der jeweiligen Bestellung (etwa mit der Erstellung fingierter Rechnungen oder einer hierauf bezogenen Anweisung), sei es durch auf einen oder mehrere Fälle bezogene persönliche Absprachen mit S. oder dem jeweils anderen, sind nicht festgestellt. Angeführt werden vielmehr fallunabhängige Umstände zur regelmäßigen, gerade nicht ausnahmslosen Handhabung im Hinblick auf den Eingang und die Bearbeitung von den Ersuchen S. s. All das gilt umso mehr, als die Unrechtsvereinbarung - hiervon ist zu Gunsten der Angeklagten auszugehen - lediglich durch stillschweigendes Handeln ("konkludent") getroffen wurde.
- 47 Die Kenntnis von den Einzeltaten ("von sämtlichen Vorgängen" [UA S. 28]) und ein Wille, sie als gemeinsame anzusehen, können die Mittäterschaft der Angeklagten indes nicht begründen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 29. September 2015 - 3 StR 336/15, NStZ-RR 2016, 6, 7; vom 11. Juli 2017 - 2 StR 220/17, juris Rn. 7).
- 48 d) Die Annahme der Strafkammer, auch hinsichtlich der Strafbarkeit der Angeklagten stünden die Fälle I. 1 bis 3, I. 5 bis 11, I. 13, I. 15, I. 17 bis 19, I. 24 und I. 25 im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 53 StGB) zueinander, wird ebenso wenig von den Feststellungen getragen.
- 49 Sind an einer Deliktserie mehrere Personen beteiligt, so ist bei der Bewertung des Konkurrenzverhältnisses für jeden Täter oder Teilnehmer geson-

dert zu prüfen und zu entscheiden, ob die einzelnen Straftaten der Serie in seiner Person tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen. Maßgeblich ist hierbei der Umfang der vom jeweiligen Beteiligten erbrachten Tatbeiträge:

50 Erfüllt ein Mittäter hinsichtlich aller oder einzelner Taten der Serie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für sämtliche oder einige Einzeltaten zumindest einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten, soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt, als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Erbringt dagegen ein Mittäter oder Gehilfe im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder je mehrere Einzeldelikte der Mit- bzw. Haupttäter gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm diese insoweit als tateinheitlich begangen zuzurechnen, weil sie in seiner Person durch den jeweiligen einheitlichen Beitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die (Mit-)Täter die einzelnen ihnen zurechenbaren Delikte tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Belang (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - 3 StR 344/03, BGHSt 49, 177, 182 f.; Beschlüsse vom 24. Juli 2008 - 3 StR 243/08, StV 2009, 130; vom 7. Dezember 2010 - 3 StR 434/10, juris Rn. 7; vom 2. Juli 2014 - 4 StR 176/14, wistra 2014, 437; vom 20. September 2016 - 3 StR 302/16, wistra 2017, 231, 232).

51 Gemessen hieran hat die Strafkammer gemäß dem soeben Ausgeführten (s. II. 1. c)) keine ausreichenden Feststellungen zu den von ihr angenommenen Konkurrenzverhältnissen bezüglich der 17 genannten Fälle zueinander getroffen.

52 2. In den Fällen I. 31 und I. 35 hält der gegen die Angeklagten ergangene Schuldspruch demgegenüber revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Insbesondere wird für diese Fälle die Annahme, dass es sich um mittäterschaftlich

begangene realkonkurrierende Straftaten (§ 53 StGB) handelt, durch die Feststellungen zu den Taten sowie die ergänzenden tatsächlichen Angaben in der Beweiswürdigung belegt. Auch der Strafausspruch leidet an keinem Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten.

III.

53 Revision der Staatsanwaltschaft:

54 1. Die Staatsanwaltschaft hat ihre Revision nur insoweit wirksam beschränkt, als sie die Verurteilung der Angeklagten in den Fällen I. 31 und I. 35 sowie den jeweiligen Teilfreispruch vom Rechtsmittelangriff ausgenommen hat.

55 Soweit sie in den weiteren Fällen I. 1 bis 3, I. 5 bis 11, I. 13, I. 15, I. 17 bis 19, I. 24 und I. 25 ausschließlich den Strafausspruch, nicht den Schuldspruch angefochten hat, ist die erklärte Beschränkung dagegen unbeachtlich. Wie oben unter II. 1. c) und d) ausgeführt, mangelt es an Feststellungen, auf Grund derer sich für die Angeklagten der Umfang der individuellen Schuld bezogen auf die einzelnen verdeckt abgerechneten Lieferungen und vergütungsfreien Zuwendungen abschließend beurteilen ließe. Der Schuldspruch ist daher insoweit keine taugliche Grundlage für die Überprüfung der verhängten Strafen, so dass die Revision der Staatsanwaltschaft auch ihn ergreift (s. auch BGH, Urteil vom 4. November 1997 - 1 StR 273/97, BGHSt 43, 293, 300).

56 2. Hinsichtlich des Schuldspruchs in den Fällen I. 1 bis 3, I. 5 bis 11, I. 13, I. 15, I. 17 bis 19, I. 24 und I. 25 ist die Revision der Staatsanwaltschaft gemäß den obigen Ausführungen zu Gunsten der Angeklagten (vgl. § 301 StPO) in demselben Umfang begründet wie deren Rechtsmittel.

57 3. Der Strafausspruch erweist sich demgegenüber in zweifacher Hinsicht als rechtsfehlerhaft zum Vorteil der Angeklagten:

58 a) Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin die Erwägungen, mit denen die Strafkammer besonders schwere Fälle der Bestechung durch Verwirklichung des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit nach § 335 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b, Abs. 2 Nr. 3 Alternative 1 StGB abgelehnt hat.

59 aa) Gewerbsmäßig handelt, wer die Absicht hat, sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle zu verschaffen (BGH, Beschluss vom 7. September 2011 - 1 StR 343/11, NStZ-RR 2011, 373). Dass der Täter tatbedingt tatsächlich Einnahmen erzielt, ist indes nicht erforderlich. Was Korruptionsdelikte betrifft, so kann gewerbsmäßig nicht nur der Vorteilsannehmende handeln, der sich aus den Bestechlichkeitstaten eine Einnahmequelle erschließen will, sondern auch der Gewährende, bei dem sich aus den Bestechungstaten nur mittelbar Einnahmen infolge der pflichtwidrigen Diensthandlungen ergeben können (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2003 - 1 StR 393/02, wistra 2003, 260, 261; Beschluss vom 17. September 1999 - 2 StR 301/99, wistra 1999, 465; MüKoStGB/Korte, 2. Aufl., § 335 Rn. 15). Dabei ist nicht erforderlich, dass die Vorteile dem Täter direkt zufließen sollen; insbesondere reicht es aus, wenn er beabsichtigt, von ihnen über eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu profitieren (vgl. BGH, Beschlüsse vom 5. Juni 2008 - 1 StR 126/08, NStZ-RR 2008, 282; vom 7. September 2011 - 1 StR 343/11, aaO; vom 29. November 2016 - 3 StR 291/16, StraFo 2017, 122, 123).

60 bb) Unter Anlegung dieser Maßstäbe begegnen die Ausführungen zur Strafraumenwahl in den Urteilsgründen durchgreifenden Bedenken:

61 Die Strafkammer hat von vorneherein ihren Blick verengt, indem sie gewerbsmäßiges Handeln der Angeklagten nur in den Fällen der vergütungsfreien Zuwendungen (Fälle I. 3, I. 6, I. 7, I. 9, I. 13, I. 15, I. 17 und I. 18) geprüft hat. In

den Fällen der verdeckt abgerechneten Lieferungen (I. 1, I. 2, I. 5, I. 8, I. 10, I. 11, I. 19, I. 24 und I. 25) hat sie das Regelbeispiel erst gar nicht erwogen.

62 In der Sache hat die Strafkammer dahin argumentiert, dass sich die einseitigen Zuwendungen an S. zu dessen privater Verwendung nur auf einen Gesamtwert von 2.115,21 € beliefen, so dass sie "aus Sicht der Angeklagten ... nicht geeignet" gewesen seien, "der Firma K. ... eine dauernde Einnahmequelle zu verschaffen" (UA S. 54). Die Strafkammer hat damit rechtsirrig die verdeckt abgerechneten Lieferungen im Gesamtwert von 3.644,18 € ebenso wie die für den dienstlichen Gebrauch bestimmte vergütungsfreie Zuwendung im Wert von 4.679 € ausgeblendet. Offenbar hat sie die Gewerbsmäßigkeit für die Angeklagten allein analog derjenigen für den Mitangeklagten geprüft (UA S. 54: "wie bereits ... für ... S. ausgeführt - kein fortlaufendes System der privaten Zuwendungen"); dies greift zu kurz.

63 Darüber hinaus hat sich die Strafkammer mit den Erwägungen in Widerspruch zu den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zur Unrechtsvereinbarung gesetzt. Hiernach gewährten W. und M. dem S. die Vorteile in der Absicht, dass er die Firma K., insbesondere auch bei Ausschreibungen und Auftragsvergaben, bevorzugen werde. Ohne dass die Gewerbsmäßigkeit das voraussetzen würde, kam es in diesem Sinne sogar zu Absprachen bei Ausschreibungen über Aufträge mit hohen Auftragssummen und zu sonstigen pflichtwidrigen Vergünstigungen zum Vorteil der Firma K.

64 b) Des Weiteren hält die Annahme milderer Fälle der Bestechung nach § 334 Abs. 1 Satz 2 StGB auch für sich gesehen - selbst wenn ein gewerbsmäßiges Handeln im Sinne von § 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB nicht vorliegt - der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

65 Ob der Strafzumessung im engeren Sinne der Sonderstrafrahmen des minder schweren Falls zugrunde zu legen ist, hat das Tatgericht im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller strafzumessungserheblichen Umstände zu beurteilen (vgl. nur MüKoStGB/Miebach/Maier, 3. Aufl., § 46 Rn. 102 f., 111 ff. mwN). Ihm obliegt dabei die Entscheidung, welche Bewertungsrichtung es einzelnen Umständen gibt (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2016 - 1 StR 414/15, NStZ-RR 2016, 107, 108; Beschluss vom 10. April 1987 - GSSt 1/86, BGHSt 34, 345, 350) und inwieweit es ihnen bestimmendes Gewicht beimisst (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - 4 StR 239/16, juris Rn. 56 mwN; Beschluss vom 7. März 2017 - 3 ARs 21/16, juris Rn. 8, NStZ-RR 2017, 237 f.).

66 Die von der Strafkammer bei der Strafrahmenwahl für die Bestechungstaten zu Gunsten der Angeklagten vorgenommene Wertung, dass von der Unrechtsvereinbarung nicht der "Kernbereich hoheitlichen Handelns betroffen" war (UA S. 55), ist zwar vertretbar und wäre für sich gesehen revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Als rechtsfehlerhaft erweist es sich jedoch, dass die Kammer insoweit allein diesen Umstand gewürdigt und die weiteren Strafzumessungsgesichtspunkte unberücksichtigt gelassen hat.

IV.

67 1. Infolgedessen ist die Verurteilung der Angeklagten W. und M. in den Fällen I. 1 bis 3, I. 5 bis 11, I. 13, I. 15, I. 17 bis 19, I. 24 und I. 25 auf ihre Revisionen und auf die Revision der Staatsanwaltschaft aufzuheben, was die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs bedingt. Die Verurteilung der Angeklagten in den Fällen I. 31 und I. 35 jeweils wegen Vorteilsgewährung sowie wettbewerbsbeschränkender Absprache bei einer Ausschreibung zu

Einzelgeldstrafen von 45 und 60 Tagessätzen zu je 30 € (W.) bzw. 50 € (M.) bleibt hingegen bestehen.

68 Im Umfang der Aufhebung bedarf die Sache neuer Verhandlung und Entscheidung.

69 2. Da den Mitangeklagten S. in den Fällen I. 1, I. 2, I. 10, I. 19 und I. 24 die rechtsfehlerhafte Annahme eines Vermögensnachteils gemäß § 266 Abs. 1 StGB gleichermaßen betrifft, ist insoweit zu seinen Gunsten gemäß § 357 StPO der Schuldspruch dahin zu berichtigen (s. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl., § 357 Rn. 4), dass die tateinheitliche Verurteilung wegen Untreue entfällt. Die Rechtsfehler bei der Bewertung der individuellen Beteiligung der Angeklagten und der Konkurrenzen bleiben dagegen für den Mitangeklagten ohne Bedeutung, weil er zu sämtlichen Taten jeweils einen gesonderten täterschaftlichen Beitrag leistete.

70 Die für die Fälle I. 1, I. 2, I. 10, I. 19 und I. 24 verhängten Einzelstrafen (jeweils Freiheitsstrafe von sechs Monaten) können - ebenso wie die Gesamtfreiheitsstrafe - bestehen bleiben. Zwar hat das Landgericht in diesen Fällen den im Vergleich zu dem gemilderten Strafraumen des § 332 Abs. 1 Satz 2 StGB (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren) höheren Strafraumen des § 266 Abs. 1 StGB (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren) zugrunde gelegt und bei der Strafzumessung im engeren Sinne die tateinheitliche Verwirklichung zweier Straftatbestände strafscharfend berücksichtigt. Die Höhe der sodann gefundenen Freiheitsstrafen beruht jedoch nicht auf den Gesetzesverletzungen, weil der Ursachenzusammenhang auszuschließen ist (§ 337 Abs. 1 StPO). Die Strafen sind eher dem unteren Bereich der beiden Strafraumen entnommen; sie stellen die mildesten Sanktionen dar, auf die in allen Fällen der Bestechlichkeit (mit und ohne tateinheitliche Untreue) erkannt worden

ist. In den Fällen, in denen das Landgericht den Mitangeklagten ausschließlich wegen Bestechlichkeit verurteilt hat, hat es unabhängig vom Wert des erlangten Vorteils nahezu durchgehend höhere Strafen (Fälle I. 3, I. 6, I. 7, I. 9, I. 13, I. 15, I. 18: jeweils Freiheitsstrafe von acht oder zehn Monaten) - mit lediglich einer Ausnahme (Fall I. 17: ebenfalls Freiheitsstrafe von sechs Monaten) - verhängt.

Becker

ReinBGH Dr. Spaniol befindet sich
im Urlaub und ist daher gehindert
zu unterschreiben.

Tiemann

Becker

Berg

Hoch