



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

5 StR 20/19

vom  
3. April 2019  
in der Strafsache  
gegen

wegen Bestechung

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 3. April 2019 gemäß § 349 Abs. 2 StPO beschlossen:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Neuruppin vom 3. Juli 2018 wird als unbegründet verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten He. wegen Bestechung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt, hiervon vier Monate als vollstreckt erklärt und die Strafvollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Daneben hat das Landgericht die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 97.256,28 Euro angeordnet. Die auf eine Verfahrensrüge und die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten He. ist unbegründet.

I.

- 2 Nach den der Verurteilung zugrundeliegenden Feststellungen trat der Angeklagte H. am 20. Januar 2010 sein Amt als Bürgermeister der Gemeinde

an. Auf dem Gemeindegebiet befand sich die Liegenschaft  
, die aus zwei rechtlich selbständigen, jedoch durch eine ge-

meinsame Bebauung mit einem früheren Kinderheim faktisch verbundenen Grundstücken bestand. Das größere Grundstück gehörte ursprünglich der Stadt , das angrenzende Nachbargrundstück der Gemeinde .

3 Beide Grundstückseigentümer waren viele Jahre bestrebt, die Liegenschaft als Ganzes an einen Investor zu verkaufen. Trotz der rechtlichen Trennung wurde aufgrund der funktionalen Einheit der Liegenschaft von beiden Eigentümern der Verkaufsprozess als gemeinsamer Vorgang betrachtet und auch so betrieben. Insbesondere die mit dem Verkauf des „ Grundstück“ beauftragte W. (W. ) verwies potentielle Investoren regelmäßig zunächst an die Gemeinde , um die sich wegen der einheitlichen Überbauung auf beide Grundstücke erstreckenden Planungen mit den Gemeindebelangen abzustimmen. Nachdem ein an verschiedenen Bedingungen geknüpfter Verkauf der Grundstücke an einen Investor gescheitert war, beschloss die Gemeindevertreterversammlung von am 16. September 2010, das Gemeindegrundstück im Wege einer öffentlichen Ausschreibung an den Höchstbietenden ohne Formulierung von Bedingungen zu verkaufen.

4 Bis 30. September 2010 vereinbarten die Angeklagten, die Liegenschaft selbst zu erwerben, durch Entfernung des Altbestands und Aufteilung in Parzellen zu entwickeln und diese sodann mit Gewinn zu verkaufen. Der Angeklagte H. sagte dem Angeklagten He. zu, die ihm aufgrund seines Amtes als Bürgermeister eröffneten Ermessensspielräume zu nutzen, um den Verkaufsprozess hinsichtlich des gemeindeeigenen Grundstücks in die gewünschte Richtung zu lenken. Beiden Angeklagten war bewusst, dass die Entscheidung über den Verkauf des Grundstücks der Gemeindevertreterversammlung der Gemeinde

oblag, aber dem Angeklagten H. als Leiter der Gemeindeverwaltung vielfältige Einflussmöglichkeiten eröffnet waren. Hinsichtlich des im Eigentum der Stadt stehenden Grundstücks signalisierte der Angeklagte H. seine ihm als Bürgermeister aufgrund des Zusammenhangs der beiden Grundstücke und der Rücksichtnahme der Stadt auf die planerischen Belange der Gemeinde bestehenden faktischen Einflussmöglichkeiten geltend zu machen, um auch insoweit der gemeinsamen Unternehmung den Zuschlag zu ermöglichen. Der Angeklagte He. sicherte dem Angeklagten H. im Gegenzug zu, für die Finanzierung des Erwerbs der Grundstücke im Rahmen einer noch zu gründenden Gesellschaft aufzukommen und ihn an den durch den späteren Verkauf der Grundstücke erwirtschafteten Gewinnen hälftig zu beteiligen.

5 In Umsetzung dieser Vereinbarung gründeten die Angeklagten mit Vertrag vom 30. November 2010 die G. (G.

), wobei lediglich der Angeklagte He. nach außen als Gesellschafter auftrat. Um seinen Interessenkonflikt als Bürgermeister der Gemeinde zu verdecken, aber zugleich einen faktischen Zugriff auf die durch die Gesellschaft erwirtschafteten Gewinne zu erhalten, wurde formell der Stiefsohn des Angeklagten H. (Strohmann-)Gesellschafter der G. . Jedenfalls zum Zeitpunkt der Gründung diente die Gesellschaft allein dem Zweck, die verfahrensgegenständlichen Grundstücke zu erwerben und zu vermarkten.

6 Das im Eigentum der Stadt stehende Grundstück wurde am 16. Dezember 2010 an die G. verkauft. Zuvor hatte der Angeklagte H. dem Ehemann der Architektin eines außenstehenden Interessenten erklärt, dass er von einer weiteren Entwicklung des Grundstücks abrate, da er einen

Investor habe, der über größere Liquidität verfüge. Dadurch erreichte er, dass der Interessent von seinem Erwerbsvorhaben Abstand nahm und kein notariell beglaubigtes Angebot bei der W. einreichte. Zudem teilte er dem zuständigen Sachbearbeiter der W. mit, dass er als Bürgermeister der Gemeinde den Angeklagten He. als Investor bevorzuge.

7 Die Gemeindeverwaltung schlug den Verkauf des gemeindeeigenen Grundstücks an die G. vor. Am 17. März 2011 wurde dieser der Zuschlag erteilt. Das zugrundeliegende Angebot der G. war vom Angeklagten H. entworfen worden.

8 Entsprechend dem gemeinsamen Tatplan entwickelte der Angeklagte He.

die beiden Grundstücke und veräußerte nach deren Aufteilung in fünf Parzellen die neu geschaffenen Grundstücke bis Ende des Jahres 2011 zu einem Gesamterlös von 575.325 Euro. Der nach Abzug von Kosten und Steuern verbliebene Gewinn in Höhe von 194.512,55 Euro wurde im Rahmen von mindestens zwei Gewinnzuweisungen bzw. Entnahmen zur Hälfte dem Angeklagten He. zugewiesen und an ihn überwiesen.

## II.

9 1. Im Hinblick auf die Verfahrensrüge verweist der Senat auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift und bemerkt ergänzend:

10

Die Rüge des Angeklagten He. , das Landgericht habe gegen § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO verstoßen, weil der Angeklagte nicht auf die Möglichkeit einer Einziehung des Wertes von Taterträgen hingewiesen wurde, ist unbegründet.

11 Wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat, hatte die Vorsitzende den Angeklagten He. im Zuge der Erfüllung ihrer Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO darauf hingewiesen, „dass vorliegend auch eine Vermögensabschöpfung im Raum stehe“. Jedenfalls aufgrund dessen konnte der Angeklagte He. seine Verteidigung auf die in Betracht kommende Anordnung einer Maßnahme ausrichten.

12 2. Auch die Sachrüge deckt keinen Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten auf. Die auf einer sorgfältigen Beweiswürdigung beruhenden Feststellungen tragen den Schuldspruch. Der näheren Erörterung bedürfen lediglich die folgenden rechtlichen Wertungen:

13 a) Zutreffend hat die Strafkammer die durch die Angeklagten zum Gegenstand der Unrechtsvereinbarung erhobene Einflussnahme des Angeklagten H. hinsichtlich des Verkaufs des ursprünglich im Eigentum der Stadt stehenden Grundstücks als pflichtwidrige Diensthandlung gewertet.

14 aa) Eine Diensthandlung liegt nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls vor, wenn das Handeln zu den dienstlichen Obliegenheiten des Amtsträgers gehört und von ihm in dienstlicher Eigenschaft vorgenommen wird (BGH, Urteile vom 22. Juni 2000 – 5 StR 268/99, NStZ

2000, 596, 598; vom 22. März 2018 – 5 StR 566/17, NJW 2018, 1767). Dabei begeht eine pflichtwidrige Diensthandlung nicht nur derjenige, der eine Handlung vornimmt, die in den Kreis seiner Amtspflichten fällt, sondern auch, wer seine amtliche Stellung dazu missbraucht, eine durch die Dienstvorschriften verbotene Handlung vorzunehmen, die ihm gerade seine amtliche Stellung ermöglicht (vgl. BGH, Urteile vom 28. Oktober 1986 – 5 StR 244/86, NStZ 1987, 326, 327; vom 22. Juni 2000 – 5 StR 268/99, NStZ 2000, 596, 598 f.; vom 14. Februar 2007 – 5 StR 323/06, NStZ-RR 2008, 13, 14). Ist dem Amtsträger ein Ermessensspielraum eingeräumt, liegt eine pflichtwidrige Diensthandlung weiterhin vor, wenn der Amtsträger sich nicht ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten lässt (BGH, Urteile vom 14. Februar 2007 – 5 StR 323/06, NStZ-RR 2008, 13, 14; vom 21. März 2002 – 5 StR 138/01, BGHSt 47, 260, 262 f.; vom 23. Oktober 2002 – 1 StR 541/01, BGHSt 48, 44, 46; MüKo-StGB/Korte, 3. Aufl., § 332 Rn. 24). Die Grundsätze zum „Ermessensbeamten“ sind auch dann anwendbar, wenn der Beamte aufgrund seiner Kompetenz, derentwegen er in die Entscheidungsfindung einbezogen wird, über eine jedenfalls praktische Einflussnahmemöglichkeit verfügt (BGH, Urteil vom 21. März 2002 – 5 StR 138/01, BGHSt 47, 260, 263).

- 15            Danach lag hier eine Diensthandlung vor. Der Verkauf des ursprünglich im Eigentum der Stadt            stehenden Grundstücks unterfiel zwar nicht dem Amtsbereich des Angeklagten H.            . Das Landgericht hat aber festgestellt, dass ein Verkauf seitens der Stadt            aufgrund der funktionalen Einheit der beiden rechtlich selbständigen Grundstücke tatsächlich nur unter Berücksichtigung der Interessen der Gemeinde            erfolgen sollte. Damit wurde dem Angeklagten H.            schon aufgrund seiner Stellung als hauptamtlicher Bürgermeister der Gemeinde            faktische Einflussmöglichkeiten auf die Entschei-

derung der Stadt eingeräumt. Diese hat der Angeklagte H. auch entsprechend der von ihm gegenüber dem Angeklagten He. gezeigten Bereitschaft wahrgenommen, indem er dem mit der Veräußerung befassten Mitarbeiter der W. in Person des Angeklagten He. einen von ihm – und damit aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers einen von der Gemeinde – bevorzugten Investor präsentierte. Hierdurch hat er auf den Entscheidungsprozess der W. eingewirkt.

16 Dem steht nicht entgegen, dass das ursprünglich im Eigentum der Stadt stehende Grundstück letztlich im Rahmen eines Bieterwettstreits verkauft wurde. Denn beide Angeklagten legten ihrer Unrechtsvereinbarung zugrunde, dass die gemeinsame Unternehmung aufgrund der Erklärungen der Stadt durch die dienstliche Einflussnahme des Angeklagten den Zuschlag für den Kauf erhalten werde. Mit Abschluss dieser Unrechtsvereinbarung war das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 332 StGB vollendet (vgl. dazu BGH, Urteil vom 19. Juni 2008 – 3 StR 90/08, BGHSt 52, 300, 303).

17 bb) Das Landgericht hat die Pflichtwidrigkeit der Handlungen des Angeklagten H. rechtsfehlerfrei aus einer Verletzung seiner Verschwiegenheitspflicht, seiner im Telefonat mit dem Ehemann der Architektin des weiteren Interessenten zum Ausdruck gebrachten Voreingenommenheit und der Ausnutzung seiner amtlichen Befugnisse bei der Werbung für den Angeklagten He. gegenüber dem Mitarbeiter der W. gefolgert. Zudem hat es richtigerweise die Voraussetzungen des § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB bejaht, wonach es ausreicht, wenn sich der Beamte im Hinblick auf künftige Diensthandlungen bereit gezeigt hat, sich bei der Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen zu lassen.

18            b) Die durch den Angeklagten He.    in Aussicht gestellte Beteiligung des Angeklagten H.    an den Veräußerungsgewinnen stellt einen Vorteil für diese Diensthandlung dar. Dieser fiel dem Angeklagten H.    – anders als die Revision meint – auch nicht etwa als „unmittelbare Frucht seiner pflichtwidrigen Diensthandlung von selbst und ohne weiteres Zutun“ zu (vgl. dazu BGH, Urteile vom 8. Mai 1951 – 1 StR 91/51, BGHSt 1, 182; vom 28. Oktober 1986 – 5 StR 244/86, NStZ 1987, 326, 327; vom 10. Mai 1990 – 4 StR 679/89; vom 27. November 2009 – 2 StR 104/09, BGHSt 54, 202, 215).

19            Allein durch das Tätigwerden des Angeklagten H.    im Rahmen der beiden privatwirtschaftlichen Veräußerungsvorgänge konnte die G.    noch nicht unmittelbar das Eigentum an den beiden Grundstücken und damit auch nicht die von den beiden Angeklagten angestrebten Gewinne aus deren Weiterverkauf erlangen. Notwendige Bedingung des Erwerbs war weiterhin die Aufbringung des vereinbarten Kaufpreises. Die hierzu erforderlichen Finanzmittel wurden allein durch den Angeklagten He.    in Form von Darlehen an die G.

              beschafft. Diese dem Angeklagten H.    zugesicherte Bereitstellung der Zahlungsmittel begründet die notwendige Beeinträchtigung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Nichtkäuflichkeit von Diensthandlungen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 11. April 2001 – 3 StR 503/00, NStZ 2001, 425, 426). Dass dem Angeklagten H.    über den Strohmann-Gesellschafter faktisch eine wirtschaftliche Beteiligung an der G.    zukam, steht entgegen der Auffassung der Revision einer Bestrafung wegen Bestechlichkeit schon deshalb nicht entgegen, weil er – wie namentlich die Aufbringung der Mittel für die Kaufpreiszahlung und die Beteiligung des Gesellschafters He.    zeigen – nicht wirtschaftlich

allein hinter dieser stand. Ob es einer Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit entgegenstehen würde, wenn der Angeklagte der einzige wirtschaftlich Beteiligte an dem den Vorteil gewährenden Unternehmen gewesen wäre, bedarf keiner Entscheidung.

20 c) Auch die gegen den Angeklagten He. getroffene Einziehungsentscheidung unterliegt keinen sachlich-rechtlichen Bedenken. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist der Angeklagte He. zutreffender Einziehungsadressat. Er hat durch die Vollziehung der bereits in der Unrechtsvereinbarung festgelegten Auskehrung der bei der G. realisierten Veräußerungsgewinne unmittelbare Verfügungsgewalt über diese erlangt.

21 aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Vermögenswert im Rechtssinne durch die Tat erlangt, wenn er dem Beteiligten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann (vgl. BGH, Urteile vom 24. Mai 2018 – 5 StR 623/17 und 5 StR 624/17, NStZ-RR 2018, 240; vom 18. Juli 2018 – 5 StR 645/17, NStZ-RR 2018, 278, 279; vom 27. September 2018 – 4 StR 78/18, wistra 2019, 96, 97; Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 5 StR 185/18, wistra 2019, 289, 291). Ist demgegenüber der Vermögenswert zunächst einem Drittbegünstigten zugeflossen, kann eine Einziehung von Taterträgen gegenüber dem Täter regelmäßig nicht angeordnet werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 31. Juli 2018 – 3 StR 620/17, wistra 2019, 22, 26; vom 19. Januar 2019 – 4 StR 486/18). Eine gegen ihn gerichtete Einziehungsentscheidung kommt in derartigen Fällen nur in Betracht, wenn sich über die faktische Verfügungsgewalt hinausgehende Feststellungen treffen lassen, dass dieser selbst durch die Tat etwas erlangt hat, was zu einer

Änderung seiner Vermögensbilanz geführt hat. Umstände, die eine solche Feststellung rechtfertigen, können etwa darin zu sehen sein, dass der Täter die juristische Person lediglich als einen formalen Mantel nutzt und eine Trennung zwischen seiner eigenen Vermögenssphäre und derjenigen der Gesellschaft tatsächlich nicht vornimmt, oder jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss an die Gesellschaft sogleich an den Täter weitergeleitet wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14. November 2018 – 3 StR 447/18, wistra 2019, 187, 188; vom 23. Oktober 2018 – 5 StR 185/18, wistra 2019, 289, 291; vom 17. Januar 2019 – 4 StR 486/18).

22           bb) Nach diesen Maßstäben hat der Angeklagte He. selbst etwas durch seine Bestechungstat erlangt. Zwar sind die Gewinne aus den Verkäufen der Grundstücke ursprünglich der als Personenhandelsgesellschaft gegründeten und mithin rechtsfähigen G. zugeflossen. Sie wurden aber nicht im Vermögen der (zunächst) einzig zum Erwerb der verfahrensgegenständlichen Grundstücke gegründeten Gesellschaft belassen, sondern entsprechend der in der Unrechtsvereinbarung niedergelegten Absicht der Angeklagten alsbald und in voller Höhe an diese ausgekehrt. Die Feststellung des Landgerichts, dass die Zahlung an die Gesellschaft nur den Zweck hatte, die Beteiligung des Angeklagten H. zu verschleiern und als Zahlstelle für die Entgegennahme der Verkaufserlöse zu fungieren, ist hinreichend belegt. Dass die Ausschüttung der Gewinne nicht unmittelbar nach deren Eingang auf dem Konto der G. nach Verkauf der letzten Parzelle Ende des Jahres 2011 erfolgte, sondern erst am 15. März 2012, erklärt sich daraus, dass die Erlöse bei der Gesellschaft um zuvor angefallene Kosten bereinigt wurden, die das Landgericht nach § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB berücksichtigt hat (vgl. BT-Drucks. 18/9525, S. 68). Eine materielle Mehrung des Vermögens der G. als solcher war von Seiten der Angeklagten gerade nicht beabsichtigt.

23 d) Die Strafzumessung betreffend den Angeklagten He. ist insoweit nicht bedenkenfrei, als das Landgericht zu Ungunsten des Angeklagten berücksichtigt hat, dass die Bestechungshandlung erst kurze Zeit nach dessen Amtsantritt als Bürgermeister der Gemeinde begangen wurde. Während es aufgrund des geringen zeitlichen Abstands zwischen Amtsantritt und Tatbegehung sowie der darin zum Ausdruck kommenden Distanzlosigkeit zum öffentlichen Amt keinen Bedenken unterliegt, dass das Landgericht denselben Umstand beim Angeklagten H. straferschwerend herangezogen hat, erweist sich dessen Berücksichtigung beim Angeklagten He. als rechtsfehlerhaft. Denn der Bestechende beeinträchtigt das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit der Amtsführung nicht stärker, wenn er die Unrechtsvereinbarung mit einem erst kürzlich ernannten Amtsträger schließt.

24 Die vom Landgericht festgesetzte Freiheitsstrafe ist indes – auch im Hinblick auf die gegen den Angeklagten H. verhängte Strafe – angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO. Die Angemessenheit einer Rechtsfolge hat das Revisionsgericht auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, insbesondere der nach § 46 StGB für die Strafzumessung erheblichen Umstände, zu beurteilen. Das ist hier auch möglich, weil alle für die Strafzumessung erforderlichen Feststellungen von der Strafkammer getroffen worden sind und es daher keiner weiteren Feststellungen mehr bedarf.

25 Ein Senatshinweis auf ein Vorgehen nach § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO war entbehrlich, weil der Angeklagte auf Grund der Antragsschrift des Generalbundesanwalts Kenntnis von einer im Raum stehenden Strafzumessungsentcheidung im Revisionsverfahren erlangt hat. Der Senat sieht als strafbestimmend insbesondere an, dass der nicht vorbestrafte Angeklagte He. den

durch die pflichtwidrige Diensthandlung ermöglichten und nicht unerheblichen Veräußerungsgewinn tatsächlich realisiert hat und das Tatbild durch umfangreiche Verschleierungsmaßnahmen geprägt war.

Mutzbauer

Sander

König

Mosbacher

Köhler