

Übungsfall: Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr und Untreue

Von Wiss. Mitarbeiter **Michael Pösl**, Wiss. Mitarbeiter **Felix Walther**, München*

Anlass des folgenden Fallbeitrages waren zwei Berichte im Magazin *Focus*¹ über Unregelmäßigkeiten bei der Vergabe von Nacharbeitsaufträgen im Werk eines großen südwestdeutschen Autobauers. Der Fall bietet willkommene Gelegenheit zu erörtern, ob die §§ 266, 299 StGB, anhand derer Korruptionsfälle in der Privatwirtschaft in der Rechtspraxis regelmäßig beurteilt werden,² auch die hier vorliegende „exotische Konstellation“³ zu erfassen vermögen.

Die vorliegende Falllösung versteht sich vor diesem Hintergrund nicht als vollumfängliche Gutachterliche Ausarbeitung, sondern legt einen Schwerpunkt auf die besonderen Problempunkte der vorgestellten Fallkonstellation.

Sachverhalt

W, F und D sind Angestellte im Hauptwerk des bekannten Automobilherstellers M. Bis zu ihrer Festnahme waren W dort als Mechaniker, F und D als Sachbearbeiter in der Abteilung Qualitätssicherung tätig.

Mit Vertretern einer konzernfremden Nacharbeitsfirma (N) hat das Trio schon seit geraumer Zeit eine gemeinsame Abmachung getroffen, wonach sie bei ihrer Tätigkeit im Werk absichtlich Pfusch produzieren, um so N Aufträge zur Fehlerkontrolle und -behebung zuzuschancen.

Als „Belohnung“ erhalten W, F und D anschließend von N regelmäßig Hotelaufenthalte im mondänen Skiort Ischgl, Musicalkarten, Fußballkarten, Jahreswagen der Marke M zum Schnäppchenpreis, aber auch Potenzmittel.

Das Trio geht dabei in der Regel folgendermaßen vor. Während der Produktion oder auch erst nach Verlassen der Fertigungshallen zerkratzt W bei den Baureihen aus dem Ober- und Luxusklassensegment die Oberfläche, lockert Schrauben und Schellen oder spritzt Flüssigkeiten in Bremschläuche ein. Anschließend beauftragen D und F die Nacharbeitsfirma N, deren Mitarbeiter dann über Monate während der Produktion am Band die angeblich vermehrt fehlerhaften Bauteile kontrollieren, ohne jedoch dabei jemals etwas zu finden. N sichert sich auf diese Weise in einem heiß umkämpften Marktumfeld eine ständige lukrative Einnahmequelle.

Haben sich W, F und D nach den §§ 266, 299 StGB strafbar gemacht?

Lösungsvorschlag

I. Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 1 StGB)

Vorbemerkung: Bei den drei Angestellten sind ganz unterschiedliche Verhaltensweisen zu beurteilen. Aus ihren unterschiedlichen Handlungen und Tätigkeitsfeldern könnte sich auch eine divergierende strafrechtliche Bewertung von F und D einerseits bzw. W andererseits ergeben, was eine getrennte Prüfung rechtfertigt.

1. Die Angestellten F und D

Durch die Abrede, im Gegenzug für diverse Zuwendungen für die Beauftragung von N zu sorgen, könnten sich F und D gemäß § 299 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB wegen gemeinschaftlicher Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr strafbar gemacht haben.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Tauglicher Täter

Fraglich ist bereits, ob F und D überhaupt als Täter des Sonderdelikts des § 299 Abs. 1 StGB in Frage kommen. Hierzu müssten sie Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs sein. Unter den Begriff des „Angestellten“ fällt, wer vertraglich oder faktisch in einem Dienstverhältnis zum Inhaber eines Geschäftsbetriebs steht und dessen Weisungen unterworfen ist.⁴ Dem Begriff des „Beauftragten“ kommt demgegenüber nur eine Auffangfunktion für die Personen zu, die trotz fehlender Angestellteneigenschaft Einfluss auf betriebliche Entscheidungen nehmen können.⁵ Ein „geschäftlicher“ Betrieb liegt bei jeder auf gewisse Dauer betriebenen Tätigkeit im Wirtschaftsleben vor, die den Austausch von Leistungen und Gegenleistungen beinhaltet.⁶

An der Eigenschaft ihres Arbeitgebers als „geschäftlicher Betrieb“ zu zweifeln, liefert der Sachverhalt keinen Anlass. Dort sind F und D als abhängige Angestellte tätig. Daneben liefert der Sachverhalt einige Hinweise darauf, dass F und D weitgehend unkontrolliert vorgehen konnten: So scheint es kein Problem gewesen zu sein, dass die Nacharbeitsfirmen nie qualitative Mängel an den Bauteilen der Zulieferer feststellen konnten. Zwar wunderte sich nach *Focus*-Informationen so mancher Daimler-Mitarbeiter, „wer da so alles engagiert wurde“. Doch eine effektive präventive Kontrolle der Auftragsvergabe scheint nicht stattgefunden zu haben.

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht unter Leitung von Prof. Dr. Helmut Satzger an der Ludwig-Maximilians-Universität in München.

¹ *Focus* Ausgabe 47/2008, S. 180; Ausgabe 52/2008, S. 106.

² S. insoweit den „leading case“ BGHSt 50, 299 – „Kölner Müllskandal“.

³ So ein mit dem Fall befasster Staatsanwalt (zit. nach *Focus* 47/2008, S. 180).

⁴ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 299 Rn. 9; *Rosenau*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 1. Aufl. 2009, § 299 Rn. 7.

⁵ *Fischer* (Fn. 4), § 299 Rn. 4.

⁶ *Rosenau* (Fn. 4), § 299 Rn. 13.

bb) Tathandlung und -mittel

F und D müssten einen Vorteil gefordert, sich versprechen haben lassen oder angenommen haben. „Vorteil“, also „Leistung“ der Nacharbeitsfirma, kann jede materielle oder ideelle Zuwendung sein, auf die der Leistungsempfänger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage unmittelbar oder mittelbar objektiv verbessert.⁷

Soweit F und D auf Kosten von N Luxusreisen unternahmen und Potenzmittel bezogen, sind dies typische materielle Besserstellungen. Auch die Musical- und Fußballtickets stellen „Vorteile“ dar und zwar selbst dann, wenn F und D anderweitig ohnehin Zugang zu den Veranstaltungen gehabt hatten.⁸ Ob sie die Vorteile ursprünglich aktiv gefordert oder sich versprechen hatten lassen, kann an dieser Stelle offen bleiben, da durch den tatsächlichen Zufluss der Sachwerte jedenfalls ein tatbestandliches „Annehmen“ vorliegt.⁹

cc) Bevorzugung im Wettbewerb beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen

F und D müssten diese Vorteile gerade als Gegenleistung dafür angenommen haben, dass sie im Wettbewerb beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen eine unläutere Bevorzugung vornehmen.

Erforderlich – aber auch ausreichend – ist dabei, dass Geber und Nehmer übereinkommen, dass die Vorteilsgewährung in Hinblick auf eine künftige Bevorzugung erfolgt. Es muss damit einerseits weder tatsächlich zur Bevorzugung kommen, noch genügt andererseits – anders als im Rahmen der §§ 331 ff. StGB – die Zuwendung für eine bereits erfolgte Bevorzugung oder für das „allgemeine Wohlwollen“.¹⁰ Eine unlautere¹¹ Bevorzugung im Wettbewerb liegt dann vor, wenn nach Vorstellung der Beteiligten der Vorteilsgeber in einer Wettbewerbslage gegenüber mindestens einem Konkurrenten ungerechtfertigterweise besser gestellt werden soll.¹²

Die Abmachung zwischen F und D einerseits sowie der Nacharbeitsfirma andererseits zielte auf die Vergabe von höchst lukrativen und daher sehr begehrten Nacharbeitsaufträgen. Dass es bei den Zuwendungen gerade um die Ausschaltung von Konkurrenz um die Vergabe der Nacharbeitsaufträge ging, liegt daher auf der Hand, so dass festzuhalten bleibt, dass die Vorteile dafür entgegen genommen

wurden, um eine Bevorzugung beim Bezug der Nacharbeiten (als „gewerbliche Leistungen“ i.S.d. § 299 Abs. 1 StGB) zu gewähren.

b) Subjektiver Tatbestand

Nach Sachlage kam es F und D gerade darauf an, die Zuwendungen in Hinblick auf die Auftragsentscheidungen zu erhalten. Mithin handelten sie absichtlich, so dass der subjektive Tatbestand erfüllt ist.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

F und D handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

d) Strafzumessung: besonders schwerer Fall, § 300 StGB

In Frage steht, ob F und D zudem einen besonders schweren Fall der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr verwirklicht haben, was zu einer Erhöhung des Strafrahmens auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren führen würde. Das Gesetz erwähnt in § 300 S. 2 StGB als sog. benannte Erschwerungsgründe das große Ausmaß des Vorteils (Nr. 1) und die gewerbs- oder bandenmäßige Begehung der Tat (Nr. 2).

aa) „Vorteil großen Ausmaßes“

Ein „Vorteil großen Ausmaßes“ liegt hier insofern nahe, als F und D nicht nur umfangreiche Wertvorteile erhielten, sondern auch beinahe regelmäßig für die Nacharbeitsfirma tätig wurden.

Für § 300 StGB wird man keine allgemeine Wertgrenze bestimmen können, ab der ein „großes Ausmaß“ vorliegt.¹³ Entscheidend ist, ob der Vorteil objektiv ein Ausmaß erreicht hat, das über Durchschnittsfälle hinausgeht, und deshalb besonders geeignet ist, den Vorteilsnehmer zu korrumpieren.¹⁴ Für den vorliegenden Fall einer korruptiven Dauerbeziehung unter Beteiligung mehrerer Personen wird man zudem von folgenden Grundsätzen ausgehen müssen: Eine Zusammenrechnung mehrerer Vorteile kommt nur dann in Betracht, wenn sie auf einer einzigen Unrechtsvereinbarung beruhen, und die Zuwendungen zum Zeitpunkt der Vereinbarung schon hinreichend konkretisiert waren.¹⁵ Eine Zurechnung der an Beteiligte geleisteten Vorteile muss im Falle der *Bestechlichkeit* ausscheiden. So gerechtfertigt die Erhöhung des Strafmaßes bei der (aktiven) Bestechung mehrerer Angestellter erscheint, so wenig darf einem Nehmer das von seinem ebenfalls bestechlichen Kollegen vereinnahmte Schmiergeld zum Nachteil gereichen, würde man ihn andernfalls doch letztlich für die Gier seines Kollegen haften lassen.¹⁶ Im vorliegenden Fall können F und D daher nur die jeweils per-

⁷ BGHSt 47, 295 (304); BGH NJW 2003, 763 (764); NStZ 2008, 216 (217).

⁸ Vgl. BGH NJW 2008, 3580 (3581).

⁹ Zur Bedeutung der einzelnen Handlungsalternativen des § 299 StGB s. F. Walther, Jura 2010, 511 (515).

¹⁰ Rosenau (Fn. 4), § 299 Rn. 22 m.w.N.

¹¹ Zur (umstrittenen) Bedeutung des Unlauterkeitsmerkmals s. nur Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 39 ff.; da eine sachliche Motivation der Bezugsentscheidung hier nach den Sachverhaltsangaben ausgeschlossen ist, soll der Streit nicht weiter vertieft werden.

¹² Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 299 Rn. 18 m.w.N.

¹³ S. nur die Nachweise bei Rönau, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, III. 2. Rn. 63 (Fn. 371): vertreten werden Grenzen von 10.000 DM (!) bis zu 25.000 €.

¹⁴ Tiedemann (Fn. 11), § 300 Rn. 4.

¹⁵ So auch Diemer/Krick, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 300 Rn. 2.

¹⁶ Anders Diemer/Krick (Fn. 15), § 300 Rn. 2.

sönlich vereinnahmten Zuwendungen angelastet werden. Die im Sachverhalt mitgeteilten Bestechungsmittel – Fußball- und Musikkarten, Übernachtungen, Jahreswagen usw. – dürften zwar einen beträchtlichen finanziellen Wert repräsentieren. Jedoch liegt hier noch kein *besonders* schwerer Fall vor. Führt man sich die in Rechtsprechung und Presse zuletzt behandelten Fälle der Wirtschaftskorruption vor Augen, so ging es dabei regelmäßig um Zahlungen im Millionenbereich. So flossen im Fall der Allianz-Arena München¹⁷ Schmiergelder i.H.v. 2,8 Mio €, im jüngst entschiedenen Siemens/Enel-Fall¹⁸ wurden italienische Manager mit Zahlungen i.H.v. insgesamt ca. 6 Mio. € gefügig gemacht und im Rahmen des „System Schreiber“ wurden unerlaubte Provisionen i.H.v. 250 Mio. € gezahlt. Vor diesem Hintergrund nehmen sich die im vorliegenden Fall geleisteten Zahlungen und Sachleistungen fast „bescheiden“ aus, so dass kein „Vorteil großen Ausmaßes“ vorliegt.

Hinweis: A.A. gut vertretbar.

bb) Gewerbs- oder bandenmäßige Begehung

Da wir es mit mehreren Beteiligten zu tun haben und F und D über einen längeren Zeitraum tätig wurden, kommt aber eine gewerbs- oder bandenmäßige Begehung (§ 300 S. 2 Nr. 2 StGB) in Betracht.

(1) Gewerbsmäßigkeit

Für die Gewerbsmäßigkeit kommt es darauf an, ob der Täter ein ganzes Korruptions-System aufbauen will, um hieraus immer wieder materielle Vorteile zu ziehen.¹⁹ Im Fall von F und D kann davon ausgegangen werden, dass diese ihre exponierte Stellung in der Qualitätssicherung (genauer: bei der Auftragsvergabe) auf unbestimmte Zeit nutzen wollten, um von der Nacharbeitsfirma, die auf die Erteilung von Aufträgen existentiell angewiesen war, immer wieder Zuwendungen zu fordern bzw. sich versprechen oder gewähren zu lassen.

(2) Begehung als Bandenmitglied

Für die Begehung als Bande ist ein Zusammenwirken von mindestens drei Personen erforderlich, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten nach § 299 StGB zusammengeschlossen haben.²⁰ Unbeachtlich soll sein, ob die Bandenmitglieder im Ausführungsstadium als (Mit-)Täter oder Teilnehmer handeln.²¹ An einem planmäßigen Zusammenwirken zwischen F und D einerseits und der Nacharbeitsfirma andererseits bestehen nach den mitgeteilten Tatsachen keine Zweifel. Doch bleibt fraglich, ob man es mit der h.M.²² ausreichen lassen kann, dass sich die Bandenmitglieder auf Geber- und Nehmerseite befinden. Bei Korruptionsdelikten

besteht nämlich die Besonderheit, dass in der Regel²³ von vornherein mindestens zwei Personen täterschaftlich beteiligt sind. So sollte jedenfalls im vorliegenden Fall auf die auch intuitiv näher liegende Möglichkeit, das Wirken von F, D und W als „bandenmäßig“ einzuordnen, ausgewichen werden. Da F, D und W eine gemeinsame Abmachung mit N getroffen hatten, und auch dem W seine Beteiligung strafrechtlich vorgeworfen werden kann,²⁴ wurde das Regelbeispiel der bandenmäßigen Begehung verwirklicht.

e) Konkurrenzen und Zwischenergebnis

Nach dem Sachverhalt kam es schon seit geraumer Zeit zu Zuwendungen von N an F und D. Selbst wenn sämtliche Vorteilsleistungen und im Gegenzug erfolgte Bevorzugungen bei der Auftragsvergabe ausschließlich auf die ursprüngliche Unrechtsvereinbarung zurückgehen sollten, wäre freilich Tatmehrheit zwischen den verschiedenen Fällen der Vorteilsannahme anzunehmen. Soweit die Korruptionsabrede nämlich auf einen unbestimmten Zeitraum angelegt ist, also „open-end-Charakter“ trägt, können die folgenden Austauschhandlungen nicht mehr zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit verbunden werden.²⁵ F und D haben sich demnach in einer unbekanntem Zahl von Fällen wegen Angestelltenbestechlichkeit strafbar gemacht. Das Strafmaß ist dabei § 300 StGB zu entnehmen.

f) Exkurs: Anordnung des Verfalls

In Frage steht auch, ob gegen F und D der Verfall angeordnet werden kann. Für Taten nach § 299 Abs. 1 StGB greift dabei nicht nur die Grundvorschrift des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB ein. Zu beachten ist auch, dass in Fällen der gewerbs- bzw. bandenmäßigen Begehung der erweiterte Verfall angeordnet werden kann (§ 302 Abs. 1 i.V.m. § 73d StGB).

Im hier vorliegenden Fall der Bestechlichkeit in einem besonders schweren Fall stellt der gewährte Vorteil einen „aus der Tat“ erlangten Verfallsgegenstand dar.²⁶ Da F und D vorwiegend Sachleistungen zugewandt wurden, die sich wohl nur noch teilweise im Vermögen der Empfänger befinden, ist nach § 73a StGB ein entsprechender Geldwertbetrag für verfallen zu erklären. Der Anwendung von §§ 73 Abs. 1 S. 1, 73a StGB steht freilich – wie so oft – auch im hier zu beurteilenden Fall § 73 Abs. 1 S. 2 StGB entgegen. Der geschädigte Arbeitgeber hat nämlich gegen F und D einen Herausgabeanspruch aus §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB erlangt. Dieser Anspruch ist im Rahmen von § 73 Abs. 1 S. 2 StGB berücksichtigungsfähig, da der Geschäftsherr nach h.M. „Verletzter“ im Sinne der Vorschrift ist.²⁷

¹⁷ BGH NJW 2006, 3290.

¹⁸ BGHSt 53, 323.

¹⁹ Fischer (Fn. 4), § 300 Rn. 5.

²⁰ Vgl. BGHSt 46, 321 (325).

²¹ BGHSt 47, 214; BGH StraFo 2006, 340 (beide zu § 244 StGB).

²² Tiedemann (Fn. 11), § 300 Rn. 6.

²³ Anders bspw., falls es bei einem einseitigen Fordern bzw. Anbieten eines Vorteils bleibt.

²⁴ S. dazu ausführlich unter 2.

²⁵ Vgl. BGHSt 41,292 (302); BGH NSStZ-RR 1998, 269.

²⁶ BGH NJW 1981, 1457; 2001, 2102 (2106 f.); nach a.A. ist der Vorteil „für“ die Tat erlangt.

²⁷ Vgl. BGH NJW 2001, 2102 (2106); Tiedemann (Fn. 11), § 302 Rn. 1.

2. Der Angestellte W – Strafbarkeit als (Mit-)Täter

Infolge der Abrede mit der Nacharbeitsfirma N könnte auch W als (Mit-)Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr zu bestrafen sein, §§ 299 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Tätereigenschaft, Tathandlung

Zunächst ist M nach den bereits genannten Maßstäben²⁸ zweifelsohne „Angestellter“ i.S.d. § 299 Abs. 1 StGB. Zwar wird – wie erwähnt – der Täterkreis weiter dahingehend eingeschränkt, dass der fragliche Angestellte Einflussmöglichkeiten auf die Bezugsentscheidung haben muss. Doch handelt es sich dabei um eine allein faktische Voraussetzung, die sich daraus ergibt, dass die Vorteilsgewährung auf eine wettbewerbsrelevante Bevorzugung zielen muss. Aus dem Sachverhalt ergibt sich des Weiteren, dass W selbst N gegenüber trat und wie seine Kollegen geldwerte Vorteile entgegen genommen hat, also als tauglicher Täter eine in § 299 Abs. 1 StGB genannte Tathandlung ausgeführt hat.

bb) Bevorzugung im Wettbewerb beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen

Des Weiteren müsste auch W die Zuwendungen dafür empfangen haben, dass er N im Wettbewerb bevorzugte. Anders als im Falle von F und D kann hier nicht ohne Weiteres auf die Vergabe der Aufträge abgestellt werden; vielmehr gilt es genau herauszuarbeiten, worin nun die tatbestandliche „Bevorzugung“ liegen könnte.

(1) Bevorzugung durch W (selbst)?

Man kann als mögliche „Bevorzugung“ zunächst das Zerkratzen der Karosserien der Neuwagen durch W ins Auge fassen. Hierbei gilt es zu beachten, dass der „Bezug“ neben der sachlichen notwendigerweise auch eine zeitliche Komponente aufweist. Die h.M. strapaziert den Wortlaut und erfasst das gesamte, auf die Erlangung oder den Absatz von Waren oder Leistungen gerichtete Geschäft, d.h. Bestellung, Lieferung und Entgegennahme der Ware bzw. (wie in unserem Fall) gewerblichen Leistung.²⁹ Das Zerkratzen der Karosserien der Neuwagen geschah nun aber weit im Vorfeld des eigentlichen Bezugsvorgangs der Dienstleistungen durch die Zulieferfirma. Sie war auch gänzlich ungeeignet, das zahlende Unternehmen gegenüber einem Mitbewerber besser zu stellen. Vielmehr war sie lediglich der Grund dafür, dass es überhaupt zu einer Bezugsentscheidung kam. Zum Zeitpunkt der Ermöglichung des Bezugsvorgangs liegt aber weder ein Bezug vor, noch ist eine Bevorzugung möglich. Aus der Sicht der Geberseite gesprochen: Dem W wurden keine Zuwendungen gemacht, um eine Bevorzugung zu erhalten, sondern um die Bevorzugung durch F und D erst zu ermöglichen.

Eine andere Möglichkeit, eine eigene Bevorzugung durch W anzunehmen, besteht darin, die Sabotage der Wagen als indirekte Einflussnahme auf die Bezugsentscheidung durch

die Auftragsvergabe zu begreifen. Die h.M. sieht eine Bevorzugung auch darin, wenn nur mittelbar an der Bezugsentscheidung beteiligte Personen den Entscheidungsträger beeinflussen.³⁰ Andererseits sollen aber jedenfalls Boten und Hilfspersonen nicht als taugliche Täter in Frage kommen, woraus ersichtlich wird, dass nur Personen erfasst sein sollen, die auf Grund ihrer betrieblichen Funktion bestimmungsgemäß an der Bezugsentscheidung mitwirken können. Eine mittelbare Bevorzugung könnte W also nur dann vorgeworfen werden, wenn er auf die Entscheider F und D Einfluss nehmend eingewirkt hätte. Ein Verhalten, das nicht festgestellt wurde und das nach Sachlage auch gar nicht notwendig gewesen wäre, da F und D ja selbst Schmiergelder erhalten hatten. Dieses Ergebnis macht unter Rechtsguts Gesichtspunkten auch durchaus Sinn, wird doch durch die Manipulation der Neuwagen der Leistungswettbewerb³¹ zwischen den Nacharbeitsfirmen gerade nicht ausgeschaltet, sondern erst ermöglicht.

(2) Zurechnung der Auftragsvergabe durch von F und D?

Nach dem bisher Gesagten bleibt schließlich die Möglichkeit, die von F und D mit der Geberseite vereinbarte (und tatsächlich vorgenommene) Bevorzugung dem W zuzurechnen. Hierbei handelt es sich freilich um keine „klassische“, über § 25 Abs. 2 StGB lösbare Zurechnungsfrage, da es nicht um die Zurechnung eines objektiven Tatbeitrags, sondern eines Tatbestandsmerkmals mit subjektivem Einschlag geht.³² Einer Zurechnung (§ 25 Abs. 2 StGB) der Bevorzugungsabsicht durch F und D steht daher schon der intuitive Einwand entgegen, dass besondere Absichten, Tendenzen und andere Merkmale mit einem „subjektiven Einschlag“ bei jedem Mittäter gesondert vorliegen müssen.³³ Dieses Ergebnis wäre auch kriminalpolitisch und teleologisch nachvollziehbar: Das Verhalten des M steht einem (wenn auch fremdveranlassten) Eigentums- oder Vermögensdelikt sehr viel näher als dem Wettbewerbsdelikt des § 299 Abs. 1 StGB. Insbesondere leuchtet es wenig ein, warum der im Vergleich zu F und D gänzlich untergeordnete und für das Rechtsgut Wettbewerb nur höchst mittelbar gefährliche Tatbeitrag des W gleichberechtigt neben die Handlungen von F und D treten soll.

Für die weitere Lösung fruchtbar gemacht werden könnte auch die Parallelproblematik aus dem Bereich der Amtsträgerkorruption. Dort wird von dem Grundsatz ausgegangen, dass ein Amtsträger, der in eine Tat nach §§ 331, 332 StGB involviert ist, nicht alleine auf Grund seiner besonderen Stellung Täter ist. Für die Annahme der mittäterschaftlichen

³⁰ Vgl. BayObLG NJW 1996, 268 (270); Tiedemann (Fn. 11), § 299 Rn. 16.

³¹ Als Rechtsgut des § 299 StGB (s. dazu F. Walther, Jura 2010, 511 [513]).

³² Zur (nochmaligen) Verdeutlichung: Bei § 299 StGB bildet die Bevorzugung im Wettbewerb lediglich den (subjektiven) Bezugspunkt der Unrechtsvereinbarung, muss aber nicht tatsächlich vorgenommen werden.

³³ Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2006, § 25 Rn. 168.

²⁸ S. oben 1. a) aa).

²⁹ S. nur BGHSt 10, 269 (270).

Begehung einer Vorteilsannahme muss vielmehr das im Rahmen der Unrechtsvereinbarung in Aussicht gestellte Verhalten für jeden der beteiligten Amtsträger Teil seiner Dienstausbübung sein.³⁴ Bei der Übertragung dieser Grundsätze auf § 299 Abs. 1 StGB bleibt dann zu beachten, dass bei der Bestechung im Geschäftsverkehr der Gegenstand der Unrechtsvereinbarung wesentlich enger umschrieben ist als bei den Amtsdelikten. Hier ist erforderlich, dass der Nehmer den Vorteil fordert usw. dafür, dass er einen anderen bevorzuge bzw. zumindest zurechenbar auf eine Bevorzugung hinwirke. Im Rahmen des § 331 StGB ist hingegen der weite Begriff der „Dienstausbübung“ maßgeblich. Hier mag ein „Einschlag ins Amt“ ausreichen,³⁵ während schon bei § 332 StGB nur derjenige Amtsträger Mittäter sein kann, für den sich die in Bezug genommene Diensthandlung selbst als pflichtwidrig erweist.³⁶ Erst recht kann dann also bei § 299 StGB nicht jeder Bezug zum dienstlichen Tätigkeitsbereich genügen. Vielmehr bleibt es dabei, dass W einen Vorteil dafür angenommen haben muss, um eine bevorzugende Handlung vorzunehmen bzw. auf eine solche Einfluss zu nehmen. An der Bevorzugung bei dem Bezug von „Waren oder gewerblichen Leistungen“ hat M aber nun – wie oben ausgeführt – nicht zurechenbar mitgewirkt. Eine (Mit-)Täterschaft von M ist daher auch nach diesen Grundsätzen nicht begründbar.

b) Zwischenergebnis

W hat sich nicht nach § 299 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

3. Der Angestellte W – Strafbarkeit als Gehilfe

Auch wenn eine täterschaftliche Tatbegehung ausscheidet, könnte sich W doch wegen Beihilfe zu den Bestechlichkeitstaten seiner beiden Kollegen gemäß §§ 299, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit diesen gemeinsam die Vereinbarung mit N traf.

Man könnte zunächst daran denken, den fördernden Tatbeitrag des W im Zerkratzen der Autos erblicken. Auf der Grundlage der neueren BGH-Rechtsprechung³⁷, nach der es für die Beendigung einer Bestechungstat auf die jeweils letzte Handlung zur Erfüllung der Unrechtsvereinbarung ankommen soll, könnte das Zerkratzen der Wagen in der Tat als sukzessive Beihilfe im Stadium zwischen Vollendung (Abschluss der Unrechtsvereinbarung) und Beendigung (Ausführung der Unrechtsvereinbarung) eingeordnet werden. Ungeachtet der grundsätzlichen Einwände gegen die Lehre von der

sukzessiven Beihilfe³⁸ hat der BGH selbst entschieden, dass die bloße Unterstützung des Täters bei der Erfüllung der Unrechtsvereinbarung einen Beihilfevorwurf nicht zu begründen vermag.³⁹

a) Objektiver Tatbestand

Eine vorsätzlich und rechtswidrig begangene Haupttat seitens F und D liegt vor.

Unter dem weiter erforderlichen „Hilfeleisten“ i.S.d. § 27 ist jeder Tatbeitrag zu verstehen, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert.⁴⁰ Der entsprechende Tatbeitrag des W kann bereits in der Zusage, die Autos zu manipulieren, erblickt werden. Hierdurch wurde nicht nur die eigentliche Bevorzugung durch F und D erst ermöglicht, sondern auch deren Vorteilsannahme maßgeblich gefördert.

b) Subjektiver Tatbestand

W handelte hinsichtlich der Verwirklichung der Haupttat und seiner Unterstützungshandlung mit Wissen und Wollen, mithin vorsätzlich.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

W handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

d) Strafzumessung

Auf Strafzumessungsebene ergeben sich interessante Folgeprobleme. Hinsichtlich der Frage einer Strafrahmenschiebung nach § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB ist zunächst zu erkennen, dass in der Person des W das besondere persönliche Merkmal „Angestellter“ durchaus vorliegt. Der Abschluss einer tatbestandlichen Unrechtsvereinbarung ist demgegenüber als tatbezogenes Merkmal einzuordnen und führt nicht zur Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB. Eine Strafmitdierung gem. § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB kommt daher nicht in Betracht. Zu berücksichtigen ist aber, dass auch W ein banden- bzw. gewerbsmäßiges Handeln vorgeworfen werden kann. Hierbei handelt es sich um strafscharfende Umstände, so dass nach § 28 Abs. 2 StGB (analog) zunächst der erhöhte Strafrahmen des § 300 StGB heranzuziehen ist.⁴¹ Die sich hieraus ergebende Strafdrohung bleibt aber wiederum nach § 27 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

³⁴ Sowada, in Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2009, § 331 Rn. 135 m.w.N.

³⁵ So BGHSt 14, 123 (130) für § 331 a.F., der diese Formulierung enthielt.

³⁶ RGSt 69, 393 (395).

³⁷ BGHSt 52, 300 (303 ff.); s. aber auch BGHSt 11, 345 (347); BGH NSTZ 1995, 92.

³⁸ S. nur Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 257 ff.

³⁹ BGHSt 18, 263 (265).

⁴⁰ Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 582.

⁴¹ Zur Eigenschaft der gewerbs- bzw. bandenmäßigen Begehung als „besonderes persönliches Merkmal“ i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB vgl. Murmann, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), § 28 Rn. 7; zur analogen Heranziehung des § 28 Abs. 2 StGB bei strafscharfenden Regelbeispielen s. Kudlich, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), § 243 Rn. 49.

e) Zwischenergebnis

W hat sich nach §§ 299 Abs. 1, 27 StGB strafbar gemacht. Auch gegen ihn ist gemäß § 73 Abs. 1 S. 1 StGB – vorbehaltlich etwaiger Verletztenansprüche i.S.d. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB – der Verfall anzuordnen.

II. Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB)

Aufgrund der unterschiedlichen Aufgabenfelder und der damit unterschiedlichen möglichen Strafbarkeiten bietet sich auch bei der Untreue eine getrennte Erörterung der Strafbarkeit von F, D und W an.

Hinsichtlich F und D bedarf zunächst die Auftragsvergabe an N nach vorheriger Verabredung der Gewährung von Vergünstigungen einer näheren Betrachtung. Außerdem ist zu prüfen, inwieweit das Zerkratzen der Fahrzeuge durch W für F und D von strafrechtlicher Relevanz ist.

1. Untreuestrafbarkeit von F und D hinsichtlich der Auftragsvergabe an N

Zu prüfen ist, ob F und D sich strafbar gemacht haben wegen Untreue, § 266 Abs. 1 StGB, durch die Auftragsvergabe an N.

Auf den ersten Blick mag der Sachverhalt hierzu an den entscheidenden Stellen etwas dünn sein, da die finanzielle Ausgestaltung der Folgeaufträge nicht mitgeteilt wird. Allerdings wird der Beitrag im Folgenden zeigen, dass unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des BGH auch in derartigen Fallgestaltungen eine Strafbarkeit wegen Untreue nicht notwendigerweise fern liegen muss.

*a) Objektiver Tatbestand**aa) F und D als taugliche Täter – Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht*

Die Untreue ist ein Sonderdelikt; Täter kann nur sein, wer eine Vermögensbetreuungspflicht inne hat.⁴² Nach h.M. ist dieses Tatbestandsmerkmal sowohl für den Missbrauchs-, als auch für den Treuebruchtatbestand erforderlich.⁴³ Fraglich ist, ob F und D eine Vermögensbetreuungspflicht inne haben.

Hier obliegt F und D zunächst eine allgemeine Treuepflicht gegenüber M aufgrund des Arbeitsvertrags. Allein das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses kann jedoch nicht eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB begründen.⁴⁴

Zu fordern ist vielmehr, dass wesentlicher Gegenstand der Vermögensbetreuungspflicht eine Geschäftsbesorgung für einen anderen in einer nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit mit einem Aufgabenkreis von einigem Gewicht und einem gewissen Grad an Verantwortlichkeit ist.⁴⁵ Dabei sind

⁴² Dannecker, in: Wabnitz/Janowsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Rn. 105.

⁴³ Vertiefend hierzu *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 5. Aufl. 2008, § 34 Rn. 3 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 11. Aufl. 2009, § 18 Rn. 8; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 32. Aufl. 2009, Rn. 752.

⁴⁴ *Fischer* (Fn. 4), § 266 Rn. 36.

⁴⁵ BGHSt 33, 244 (250).

im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die gesamten Umstände des Einzelfalles zu würdigen,⁴⁶ konkretisiert durch einen Indizienkatalog wie Stellenwert der Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen, Spielraum und Verantwortlichkeit des Treuehmers bei der Pflichterfüllung sowie Umfang und Dauer seines Pflichtenkreises.⁴⁷

Ein derartiges, fremdnützig typisiertes Schuldverhältnis und damit Treueverhältnis im Sinne des § 266 StGB liegt hier vor.⁴⁸ F und D hatten als Sachbearbeiter in der Abteilung Qualitätssicherung die qualitative Hochwertigkeit der KFZ der M sicherzustellen und wachten somit über die Qualität des wichtigsten Verkaufsprodukts des Unternehmens. Dazu gehörte natürlich auch die Behebung auftretender Mängel, sei es durch eigene Mechaniker oder aber durch die – wie bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung schon die Bestechungszahlungen und die bereits oben beschriebene Möglichkeit unkontrollierten Vorgehens zeigen – eigenverantwortliche Auswahl und Beauftragung entsprechender, spezialisierter Nacharbeitsfirmen im Interesse der M. Es handelte sich um die Hauptpflicht ihres Arbeitsvertrages, die über die bloße Nebenpflicht des allgemeinen Schädigungsverbots des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber hinausging⁴⁹ und wesentlicher Inhalt des Vertragsverhältnisses war.⁵⁰

Das Kriterium der Selbstständigkeit – egal, ob man es als bloßes Indiz⁵¹ oder als materielle Voraussetzung der Vermögensbetreuungspflicht⁵² bewertet – war ebenfalls gegeben. F und D besaßen Beurteilungsspielraum bei der Frage, ob zur Qualitätssicherung eine Nacharbeit erforderlich ist oder nicht und Auswahl sowie Beauftragung eines Nacharbeitsunternehmens standen in ihrer Verantwortung. Sie nahmen folglich auf nicht unbedeutende Art und Weise Vermögensinteressen der M wahr.

bb) Missbrauchs- oder Treuebruchtatbestand

Die heute in Rechtsprechung und Lehre herrschende monistische Betrachtungsweise sieht den Missbrauchstatbestand als *lex specialis* zum Treuebruchtatbestand,⁵³ ersterer ist damit vorrangig zu prüfen.

Fraglich ist, ob F und D durch die Auftragsvergabe an N ihre Befugnis, M zu verpflichten, missbraucht haben.

⁴⁶ Grundlegend bereits RGSt 69, 58 ff.

⁴⁷ *Saliger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), § 266 Rn. 10.

⁴⁸ Vgl. die ähnliche Konstellation in BGH NStZ 1989, 224 (225).

⁴⁹ Vgl. BGH NStZ 1983, 74.

⁵⁰ BGH GA 1971, 37.

⁵¹ So BGHSt 41, 224 (229).

⁵² So *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Fn. 15), § 266 Rn. 48 f. m.w.N.

⁵³ St. Rspr. seit BGHSt 24, 386; *Rengier* (Fn. 43), § 18 Rn. 2, 8; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 43), Rn. 749 m.w.N. zu beiden Ansichten.

(1) Vorliegen einer entsprechenden Befugnis

Der Missbrauchstatbestand verlangt seitens der Täter das Vorliegen einer Befugnis, über das Vermögen eines anderen zu verfügen bzw. diesen zu verpflichten.

F und D sind Sachbearbeiter in der Abteilung Qualitätssicherung und haben laut Arbeitsvertrag die Vertretungsbefugnis um entsprechende Reparaturaufträge verpflichtend für M zu vergeben. Eine Befugnis zur Beauftragung der N liegt damit grundsätzlich vor.

(2) Rechtliche Wirksamkeit der Auftragsvergabe

Fraglich ist, ob F und D durch die Auftragsvergaben diese Befugnis missbraucht haben.

Der Täter missbraucht seine Befugnis, wenn er im Außenverhältnis zu Lasten des betreuten Vermögens ein wirksames rechtsgeschäftliches Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft⁵⁴ vornimmt, das den Pflichten aus dem Innenverhältnis Täter/Vermögensinhaber widerspricht. Missbrauch bedeutet damit einfacher gesagt nach h.M. das Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Rahmen des rechtlichen Könnens.⁵⁵

Probleme hinsichtlich der Wirksamkeit dieser Auftragsvergabe ergeben sich hier aus der ihr zugrunde liegenden, nichtigen Schmiergeldabrede.

Wie oben bereits gezeigt verwirklichen F und D durch die Vereinbarung der Gewährung von Vergünstigungen den Tatbestand von § 299 StGB und verstoßen damit gegen ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB.

Des Weiteren ist die Schmiergeldabrede sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB aufgrund von Kollusion, da F und D dem N bevorzugte Behandlung bei der Auftragsvergabe unter Ausschaltung sämtlichen Wettbewerbs zusagten und daher zum Nachteil von M auch günstigere Angebote unberücksichtigt lassen wollten.

(3) Auswirkungen der Nichtigkeit der Schmiergeldabrede auf den Folgevertrag

Die Nichtigkeit der Schmiergeldabrede erfasst jedoch nicht ohne weiteres den daraufhin abgeschlossenen Folgevertrag.

Dies ist nach Ansicht des BGH nur dann der Fall, wenn die Abrede zu einer dem Geschäftsherrn nachteiligen Vertragsgestaltung geführt hat.⁵⁶ Als beachtlichen Nachteil erachtet die Rechtsprechung die Übersteuerung des in Rechnung gestellten Preises ab einem 10%igen Aufschlag auf den ansonsten zu erwartenden Normalpreis.⁵⁷ Hier ist zwar nicht feststellbar, ob der Vertrag, den F und D mit N geschlossen haben, nachteilig ist, doch zieht der BGH in derartigen Kons-

tellationen den Anscheinsbeweis heran: Verträge, bei deren Zustandekommen Schmiergeld gezahlt wurde, seien nach dem Beweis des ersten Anscheins nachteilig zu Lasten der Vertragspartei, deren Vertreter oder Interessenwahrer geschmiert wurde.⁵⁸ Dies liege bereits deshalb nahe, weil der Vertreter im Zweifel ohne vorherige Information des Vertretenen nicht befugt sei, für diesen einen Vertrag mit dem Verhandlungspartner abzuschließen, der den Vertreter gerade bestochen habe.⁵⁹ Es sei nach der Lebenserfahrung die Regel, dass bei solchen Konstellationen der heimlichen Zuwendung die Schmiergeldvereinbarung eine nachteilige Wirkung auf den Inhalt des abgeschlossenen Vertrags habe.⁶⁰ Im vorliegenden Fall ist die beschriebene Regel⁶¹ jedenfalls nicht widerlegt. Auch die Auftragsvergabe an die N war sittenwidrig i.S.v. § 138 BGB und damit nichtig.⁶²

Da das Außengeschäft nichtig ist, greift die Missbrauchsalternative, § 266 Abs. 1 Alt.1 StGB nach h.M. nicht ein, so dass wiederum auf die Treuebruchvariante, § 266 Abs. 1 Alt.2 StGB, zurückzugreifen ist.

cc) Pflichtverletzung

Erforderlich ist dann, dass die Auftragsvergabe sich als Verletzung einer vermögensbezogenen Pflicht gegenüber M erweist. Auf den ersten Blick erinnert die vorliegende Konstellation an Fälle des „Kick-Back“. Hiermit sind Konstellationen angesprochen, in denen dem Vertreter einer vertragschließenden Partei vom Geschäftspartner im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss oder der Vertragsdurchführung wirtschaftliche Vorteile gewährt werden, die aus den Leistungen bewirkt werden, die die vertretene Gesellschaft an den Partner erbracht hat.⁶³

⁵⁸ Sack, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, 2003, § 138 Rn. 471 m.w.N.

⁵⁹ BGH NJW 2001, 1065 (1067).

⁶⁰ RGZ 136, 360.

⁶¹ Armbrüster, in: Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2006, § 138 Rn. 128.

⁶² Nach h.M. besteht in einem solchen Fall die Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung durch den Vorstand von M gemäß § 77 Abs. 1 AktG i.V.m § 177 BGB analog; zwar steht die Sittenwidrigkeit nicht zur Disposition der Parteien des Hauptvertrags, dennoch muss diese Möglichkeit gegeben sein, um dem durch die Kollusion Benachteiligten keine Nachteile aus § 138 Abs. 1 BGB erwachsen zu lassen, was dessen Schutzzweck zuwider laufen würde; von dieser Möglichkeit wurde hier jedoch kein Gebrauch gemacht, so dass die Beauftragung der N als sittenwidrig einzustufen ist; vertiefend hierzu und mit weiteren Nachweisen Schlüter/Nell, NJOZ 2008, 223; Armbrüster (Fn. 61), § 138 Rn. 128; zu beachten ist außerdem, dass im Hinblick auf eine Strafbarkeit wegen Untreue die zivilrechtliche Rückwirkungsfiktion der Genehmigung, § 184 BGB, unbeachtlich ist und eine strafrechtliche Pflichtwidrigkeit bestehen bleibt, Bernsmann, StV 2005, 576 (577).

⁶³ Saliger, NJW 2006, 3377.

⁵⁴ Krit. hierzu Schünemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1998, § 266 Rn. 32 ff. m.w.N.

⁵⁵ Kindhäuser (Fn. 43), § 34 Rn. 11; Rengier (Fn. 43), § 18 Rn. 3; Wessels/Hillenkamp (Fn. 43), Rn. 756 mit zahlreichen weiteren Nachweisen zur Kasuistik.

⁵⁶ Passarge, NZI 2009, 86 (88).

⁵⁷ Maschmann, in: Dölling, Handbuch der Korruptionsbekämpfung, 2007, 3.Kapitel Rn. 206.

(1) Nichtherausgabe von erlangten Vorteilen an Geschäftsherren

Die untreuerelevante Pflichtverletzung liegt dabei jedenfalls nicht schon darin, dass die erlangten Vorteile nicht an den Geschäftsherren herausgegeben werden. Bei der Herausgabepflicht nach den §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB handelt es sich um eine bloße Schuldnerpflicht, die nicht über § 266 Abs. 1 StGB strafbewehrt ist.⁶⁴

(2) Pflichtverletzung aufgrund von Tun oder Unterlassen

Vielmehr kann in derartigen Fallgestaltungen auf zwei verschiedene Verhaltensweisen abgestellt werden – entweder auf das Unterlassen der Vermögensmehrung durch Abschluss eines günstigeren Geschäfts oder auf die aktive Vernichtung einer entsprechenden vermögenswerten Expektanz durch den Vertragsabschluss vor dem Hintergrund der Schmiergeldabrede. Bloß faktische Aussichten auf zukünftigen Vermögenszuwachs, sog. Expektanzen, sind dann von wirtschaftlichem Wert, wenn sie soweit konkretisiert sind, dass sie mit größter Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lassen.⁶⁵ Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen kann auch hier nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit erfolgen – danach, welche der beiden Verhaltensweisen den „Handlungsunwert“ des Kick-Back am ehesten widerspiegelt.⁶⁶

Viele Stimmen in der Literatur⁶⁷ und mittlerweile auch die Rechtsprechung⁶⁸ sehen den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in der Auftragsvergabe als aktives Tun. Schließlich würden die Aussichten des Treugebers auf den Abschluss günstigerer Reparaturaufträge und damit eventuell bestehende vermögenswerte Expektanzen zerstört.⁶⁹ Stellt man in derartigen Fällen als Pflichtverletzung auf das Unterlassen der Vermögensmehrung durch einen unter Umständen möglichen günstigeren Geschäftsabschluss ab,⁷⁰ so droht aus den Augen zu geraten, dass es letztlich auf Grund der Natur des Untreuetatbestandes als Vermögensschädigungsdelikt nur um die aktive Vernichtung einer bereits im Vermögen des Treugebers vorhandenen Expektanz gehen kann.⁷¹ Die Pflichtverletzung in Kick-Back-Fällen lässt sich daher beschreiben als den Abschluss des um Schmiergeld erhöhten Vertrags und die damit einhergehende Verlagerung der Schmiergeldzahlungen zu Gunsten des Geschäftsführers auf die vertretene

Gesellschaft durch Vereinbarung entsprechend überhöhter Zahlungsverpflichtungen mit Dritten.⁷²

Im Sachverhalt ist jedoch nicht ersichtlich, ob es tatsächlich zum Abschluss eines um das Schmiergeld erhöhten Vertrages und damit zu einer „Weitergabe“ des für die Vergünstigungen aufzuwendenden Betrags an M kam. Das Bestehen einer vermögenswerten Expektanz auf einen günstigeren Vertragsabschluss ist ebenfalls nicht erkennbar. Schon für die Frage der Pflichtverletzung ist somit ganz entscheidend, ob sich das Geschäft für M überhaupt nachteilig ausgewirkt hat – dies gilt es im nächsten Prüfungspunkt zu untersuchen.

dd) Vermögensnachteil

Fraglich ist, ob der Vertragsabschluss zu einem Vermögensnachteil bei M geführt hat. Der Vermögensnachteil bei der Untreue ist wie der Schaden beim Betrug⁷³ nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung, also einem Vergleich des Vermögensstandes unmittelbar vor und nach der treuwidrigen Handlung, festzustellen.⁷⁴ Ein Nachteil auf Seiten von M wäre gegeben, wenn der vereinbarte und gezahlte Preis höher als der erzielbare Marktpreis (Wettbewerbspreis) war.⁷⁵ Allerdings ist im Sachverhalt nicht ersichtlich, dass die Aufwendungen für die gewährten Vorteile an M weitergegeben wurden oder der vereinbarte Preis den Wettbewerbspreis übersteigt. Weil in der Praxis jedoch oftmals kein konkreter Marktpreis gebildet werden kann, sondern i.d.R. lediglich ein Rahmen bestimmbar ist, innerhalb dessen sich auch nach Einrechnung des Kick-Back der vereinbarte Preis noch bewegt, ist die Subsumtion unter § 266 StGB nur dann möglich, wenn die Vertragsverhandlungen bereits zu einer vermögenswerten Anwartschaft des Geschäftsherrn auf Vereinbarung eines um das Schmiergeld verminderten Entgeltes geführt hatten, die mangels Realisierung durch den Vertragsschluss wieder entwertet wurde.⁷⁶

Auch hierfür liefert der Sachverhalt jedoch letztlich keine Anhaltspunkte.

⁶⁴ Dierlamm (Fn. 52), § 266 Rn. 231; Zieschang, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 266 Rn. 65.

⁶⁵ BGHSt 17, 147 (148).

⁶⁶ Ausführlich zur Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen in derartigen Konstellationen vgl. Rönnau, in: Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, S. 239 (249 ff.).

⁶⁷ Saliger, NJW 2006, 3377 (3378) m.w.N.

⁶⁸ BGHSt 50, 299 (315) – „Kölner Müllskandal“.

⁶⁹ Vgl. zu Expektanzen Satzger, Jura 2009, 518 (520).

⁷⁰ So noch BGH NJW 1983, 1809 f.

⁷¹ Rönnau (Fn. 66), S. 239 (251).

⁷² Fischer (Fn. 4), § 266 Rn. 38a m.w.N.

⁷³ Der Begriff des Vermögensnachteils bei § 266 Abs. 1 StGB und der des Schadens bei § 263 Abs. 1 StGB sind nahezu identisch. Tatobjekt der Untreue ist fremdes Vermögen. Inhalt und Umfang des Vermögens sind wie beim Betrug zu bestimmen, es gilt nach h.M. der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff, in Einzelfällen korrigiert durch die Rechtsprechung. Bezüglich der Fremdheit des Vermögens sind zivilrechtliche Kriterien heranzuziehen. Unterschiede ergeben sich nur in Details, vgl. Satzger, Jura 2009, 518 (519 f.).

⁷⁴ Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 12), § 266 Rn. 40.

⁷⁵ Zur Ermittlung des Wettbewerbspreises vgl. BGH NJW 1992, 921 (922).

⁷⁶ Schünemann, NSTZ 2006, 196 (200); vgl. zu den Anforderungen an die Expektanz, um Vermögenswert zu haben Satzger, Jura 2009, 518 (520) und Rönnau (Fn. 66), S. 239 (253 ff.).

ee) Die „Verdachtslösung“ des BGH – Darstellung und Anwendbarkeit auf die Fallkonstellation

(1) Schmiergelder als Vermögensnachteil

In ähnlichen Fallkonstellationen geht der BGH nun auch im Strafrecht in vergleichbarer Weise wie oben beschrieben im Zivilrecht vor.⁷⁷ Von der Zahlung von Schmiergeldern in beträchtlicher Höhe und über einen längeren Zeitraum zum Zweck der Auftragserlangung und der daraus resultierenden Pflichtverletzung in Form der Auftragsvergabe ohne Einholung anderer Angebote wird auf das Vorliegen eines Vermögensnachteils i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB in Höhe der gezahlten Schmiergelder und sogar darüber hinausgehender Vorteile rückgeschlossen. Schmiergeldzahlungen seien „nahezu zwingende Beweisanzeichen“⁷⁸, dass der ohne Preisabsprache erzielbare Preis den tatsächlich vereinbarten Preis mindestens in Höhe der Schmiergeldbeiträge unterschritten hätte.

Die Zahlung von Schmiergeld in beträchtlicher Höhe und über einen längeren Zeitraum zum Zweck der Auftragserlangung lasse in der Regel darauf schließen, dass hierdurch unter Wettbewerbsbedingungen nicht erzielbare Preise erlangt werden, ansonsten sei ein solches Verhalten wirtschaftlich nicht sinnvoll.⁷⁹ Dieser „Verdachtslösung“ liegt die Erwägung zugrunde, dass jedenfalls mindestens der Betrag, den der Vertragspartner für Schmiergelder aufwendet, auch in Form eines Preisnachlasses dem Geschäftsherrn des Empfängers hätte gewährt werden können⁸⁰ und insoweit eine entsprechende, durch die Auftragserteilung nun vernichtete vermögenswerte Expektanz bestand. Der Geschäftsführer zahle mit dem höheren Preis zugleich das Schmiergeld für seine Angestellten.⁸¹

Wendet man nun die „Regel“ des BGH auf unseren Fall an, wäre allein deswegen, weil vor Auftragsvergabe Schmiergelder gezahlt wurden, ein Nachteil in Höhe der Kosten für die gewährten Vergünstigungen gegeben.

Aufgrund der hier gegebenen Verschränkung der Tatbestandsmerkmale Pflichtverletzung und Vermögensnachteil kann die Treuepflichtverletzung mit demselben Ansatz begründet werden. Die Treuewidrigkeit ist der Abschluss des schmiergeldüberteuerten Vertrages und die damit einhergehende Vernichtung der Expektanz „Vertragsschluss ohne Schmiergeldaufschlag“. Nach der beschriebenen Logik kann auf die Vernichtung der Expektanz ebenfalls ohne weiteres aus dem steten Zufluss von Schmiergeld geschlossen werden.

(2) Weitergehender wirtschaftlicher Schaden

Neben dem auf der oben beschriebenen „Verdachtslösung“ gründenden Nachteil liege überdies ein noch *weitergehender wirtschaftlicher Schaden* nahe, da der Bestechende durch die Schmiergeldzahlung regelmäßig auch darüber hinausgehende wirtschaftliche Vorteile zu Lasten des Treugebers erwirt-

schaften will. Durch die Ausschaltung von Wettbewerb entfalten Marktmechanismen keine Wirkung. In solchen Fällen liege es nach der Lebenserfahrung nahe, dass auf diese Art erzielte Preise höher liegen als die im Wettbewerb erreichbaren Marktpreise, weil Unternehmen, die nicht im Wettbewerb bestehen müssen, überhöhte Preise verlangen könnten und Preissenkungsspielräume nicht nutzen müssten.⁸² Ein solcher Schaden könnte darin liegen, dass der bestochene Mitarbeiter wesentlich günstigere Angebote Dritter nicht berücksichtigt hat. In diesen Fällen stelle dann der Differenzbetrag zwischen dem günstigsten und dem angenommenen überbeuerten Angebot den weitergehenden Schaden dar.⁸³

(3) Allgemeine Kritik an der Verdachtslösung des BGH

Die referierte Rechtsprechung muss freilich schon im Ansatz Bedenken begegnen, führt sie doch – wie zu zeigen sein wird – faktisch zu einer Anwendung des Anscheinsbeweises im Strafrecht und damit zu einer Beweislastumkehr, die mit tragenden Grundsätzen der StPO und dem Zweifelssatz nicht vereinbar ist.

Zunächst zu den Parallelen zwischen Anscheinsbeweis im Zivilrecht und der Rechtsprechung des BGH zur Annahme des Vermögensnachteils im Fall vorangegangener Schmiergeldzahlungen: In beiden Fällen schließt der BGH von einem bestimmten Geschehensablauf auf eine typische Folge. Was im Zivilprozess durchaus vertretbar erscheint begegnet im Strafrecht Bedenken. Beide Prozessordnungen gehen von völlig unterschiedlichen Ansatzpunkten aus. In der Zivilprozessordnung gilt der Beibringungsgrundsatz, die Parteien haben die Tatsachen und Beweise dem Gericht vorzulegen. Oftmals ist es den Parteien aufgrund eigener limitierter tatsächlicher und rechtlicher Möglichkeiten verwehrt, Sachverhalte bis ins letzte Detail auszuforschen. Insofern ist es durchaus gerechtfertigt, Beweiserleichterungen wie den Anscheinsbeweis anzuwenden.

Von einem völlig anderen Ansatz geht die Strafprozessordnung aus, gelten doch gemäß § 152 StPO das Offizialprinzip (Abs. 1) und das Legalitätsprinzip (Abs. 2) und gemäß § 244 Abs. 2 StPO der Ermittlungsgrundsatz. Um ihren hieraus folgenden Aufgaben gerecht zu werden, ist die Staatsanwaltschaft mit umfangreichen rechtlichen Befugnissen ausgestattet, Tatsachen zu ermitteln und Beweise zu finden. Die Staatsanwaltschaft und die Gerichte verfügen somit über die tatsächlichen und rechtlichen Mittel, Sachverhalte weitaus genauer auszuforschen und somit sollten die Strafverfolgungsbehörden bei Ausschöpfung dieser Mittel eigentlich nicht darauf angewiesen sein, im Prozess auf Regelvermutungen zurückzugreifen, sollten sie auch noch so „logisch“ erscheinen.

Auch birgt die Anwendung einer derartigen Vermutung die Gefahr, den Ermittlungsgrundsatz des § 244 Abs. 2 StPO zu einer bloßen Makulatur verkommen zu lassen. So ist es naheliegend anzunehmen, dass die Gerichte ihre Aufklärungspflicht mit weniger Nachdruck verfolgen, wenn ohnehin

⁷⁷ Vgl. oben II. 1. a) bb) (3).

⁷⁸ BGH NJW 2009, 3248 (3251).

⁷⁹ BGH NJW 2006, 2864 (2867) – „Wuppertaler Korruptionsskandal“.

⁸⁰ BGH NJW 2005, 300 (305) – „System Schreiber“.

⁸¹ Raum, in: Wabitz/Janovsky (Fn. 42), Kapitel 4 Rn. 133.

⁸² BGH NJW 2006, 164 (165).

⁸³ Raum (Fn. 81), Kapitel 4 Rn. 133.

die Existenz einer Bestechungszahlung die Annahme eines Vermögensschadens zu tragen vermag.

Der Schluss von Schmiergeldzahlungen auf einen Vermögensnachteil ist schließlich nur schwerlich mit dem Grundsatz „in dubio pro reo“ vereinbar.⁸⁴ Denn dieser verbietet es, zu Lasten des Beschuldigten die kraft Gesetzes zur Bildung einer Überzeugung notwendigen konkreten Schadensfeststellungen durch Regelvermutungen oder Evidenzbehauptungen zu ersetzen.⁸⁵

(4) Schwächen der Verdachtslösung im Falle wiederholter Auftragsvergabe

Auch in concreto sprechen denn einige Gesichtspunkte gegen den Rückschluss von der Schmiergeldzahlung auf einen untreurelevanten Vermögensnachteil.

Den Entscheidungen zur Begründung des oben beschriebenen „Regel-Ausnahme“-Prinzips („Kölner Müllskandal“, „System Schreiber“) lagen nämlich Sachverhalte zugrunde, in denen es um einmalige Auftragsvergaben ging. Die von der Rechtsprechung angestrebten Vermutungen erscheinen in solchen Konstellationen wesentlich naheliegender, da seitens der Bestechenden nur eine Gelegenheit vorhanden ist, das Schmiergeld auch wieder zu erwirtschaften, während es in Konstellationen wie der vorliegenden durchaus denkbar ist, dass alleine durch die wiederholte Beauftragung zu Wettbewerbspreisen die Aufwendung von Schmiergeldern sich lohnt. Zudem gibt es genügend andere Alternativen, wie die N die Schmiergelder selbst kurzfristig wieder erwirtschaften kann, sei es durch Lohndrückerei gegenüber den eigenen Beschäftigten oder durch höhere Rechnungen gegenüber anderen Auftraggebern. Schließlich ist die Branche der N ein hart umkämpfter Markt, es ist damit sogar denkbar, dass N aufgrund der Schmiergelder insgesamt Verluste einfährt, nur um überhaupt im Geschäft und damit zumindest kurzfristig lebensfähig zu bleiben. Die Möglichkeit, dass N den Bestechungslohn sich also von M finanzieren ließ, findet somit in der vorliegenden Fallgestaltung genauso wenig eine tatsächliche Grundlage, wie belegt wäre, dass *günstigere* Bewerber von F und D außer Acht gelassen worden wären.

Der Eintritt eines Vermögensschadens *durch die Auftragsvergabe* kann im Ergebnis weder an Hand der Umstände des konkreten Einzelfalles noch durch eine rechtstaatlich kaum haltbare Vermutungsregelung begründet werden.

ff) Zwischenergebnis

F und D haben sich durch die Auftragsvergabe jedenfalls mangels Eintritt eines Vermögensnachteils nicht wegen Untreue, § 266 Abs. 1 StGB, strafbar gemacht.

2. Untreuestrafbarkeit von F und D aufgrund der Beschädigungen durch W

Fraglich ist, ob die Beschädigungen der KFZ durch W eine Untreuestrafbarkeit von F und D begründen können.

⁸⁴ So auch Bernsmann, StV 2005, 576 (577) und Rönna (Fn. 66), S. 239 (260).

⁸⁵ Dierlam (Fn. 52), § 266 Rn. 232.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Treuebruchtatbestand⁸⁶

Dazu müsste F und D das Verhalten des W zurechenbar sein.

Eine prima facie in Betracht kommende Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB scheidet von vornherein daran, dass W mangels Selbstständigkeit keine Vermögensbetreuungspflicht inne hat und damit auch nicht tauglicher Täter des Sonderdelikts Untreue und eben auch kein Mittäter sein kann. Ein fremdnützig typisiertes Schuldverhältnis liegt zwar vor, denn W ist alleine im Interesse von M tätig, doch handelt es sich nicht um eine „erhebliche“ Pflicht. Insbesondere das Indiz der Selbstständigkeit ist hier nicht gegeben. W ist Mechaniker in der Abteilung Qualitätssicherung. Seine Aufgabe ist es, festgestellte Mängel zu beheben. Er handelt damit nach Weisung und es mangelt ihm an Eigenverantwortlichkeit und rechtlicher Bewegungsfreiheit.

Ein Rückgriff auf § 25 Abs. 1 Alt.2 StGB mag zunächst seltsam anmuten – eine Tatherrschaft kraft überlegenen Willens oder Wissens ist nicht erkennbar, W zerkratzt die Autos und hält damit den tatbestandlichen Geschehensablauf in den Händen, hat die Tatherrschaft inne.

Allerdings ist aufgrund der besonderen Deliktsnatur der Untreue als *Pflichtdelikt*⁸⁷ nach h.M. ein Rückgriff auf das Tatherrschaftskriterium überhaupt nicht nötig.

Während der Gesetzgeber bei *Handlungsdelikten* die unerträglich sozialschädliche Handlung, die er bestrafen will, möglichst genau schildert, knüpft er bei den *Pflichtdelikten* an tatbestandskonstituierende Pflichten an, die in den verschiedensten Bereichen der Rechtsordnung ihre Konkretisierung erfahren haben und deren den Tatbestandserfolg bewirkende oder lediglich hindernde Verletzung mit Strafe bedroht ist. Letztlich tritt die Pflichtenstellung als täterschaftsbegründendes Element an die Stelle von Tatherrschaft.⁸⁸ Grund der Sanktion in solchen Fällen ist der Verstoß des Täters gegen Leistungsanforderungen einer von ihm übernommenen sozialen Rolle.

Die Untreue ist nun gerade gekennzeichnet durch die besondere Pflichtenstellung des Täters, die sich aus der Übernahme der Kontrolle über einen sozialen Bereich (die Vermögensfürsorge) als Voraussetzung für die Täterschaft ergibt.⁸⁹ Wer nun eine solche (Vermögensbetreuungs-)Sonderpflicht übernommen hat und diese verletzt, kann sich keinesfalls darauf berufen, dass sein Beitrag – gemessen an den allgemeinen Regeln – nur Teilnahmeformat hat. Er haftet vielmehr (nahezu) ausnahmslos als (mittelbarer⁹⁰) Täter, was daraus folgt, dass die Tathandlung von § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB weit und in der Ausgestaltung als Pflichtdelikt be-

⁸⁶ Nach dem unter II. 1. a) bb) Gesagten kommt auch hier der Missbrauchstatbestand nicht in Betracht.

⁸⁷ So bezeichnet von Roxin (Fn. 38), § 25 Rn. 268.

⁸⁸ Vgl. hierzu Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2005, S. 354.

⁸⁹ Schönemann (Fn. 54), § 266 Rn. 160.

⁹⁰ Roxin (Fn. 38), § 25 Rn. 272.

hungsneutral gefasst ist.⁹¹ Die Ausgestaltung der Untreue als Sonderdelikt bewirkt, dass die Mitglieder des Personenkreises, dem eine Vermögensbetreuungspflicht obliegt, selbst, sofern nur die sonstigen Merkmale des Tatbestands vorliegen, als Täter haften. Dem Treupflichtigen muss lediglich vorwerfbar sein, die Nachteilszufügung durch einen Dritten nicht verhindert zu haben.⁹² Ausgehend davon muss er umso mehr als Täter anzusehen sein, wenn er sich aktiv eines Außenstehenden zur Verwirklichung des Tatbestands bedient.⁹³

Vor diesem Hintergrund kann der vorliegende Fall einer klaren Lösung über die mittelbare Täterschaft, § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB, zugeführt werden.

F und D haben, wie bereits ausgeführt wurde, als Sachbearbeiter in der Abteilung Qualitätssicherung die qualitative Hochwertigkeit der KFZ der M sicherzustellen und wachen über die Qualität des wichtigsten Verkaufsprodukts des Unternehmens. Das Nichteinschreiten stellt eine Verletzung dieser Betreuungspflicht dar; denn F und D haben die Qualität der Fahrzeuge sicherzustellen und im Falle von Fehlern Maßnahmen zu deren Behebung in die Wege leiten. Erst recht ist es daher auch Inhalt ihrer Vermögensbetreuungspflicht, die Qualität beeinträchtigende Handlungen zu verhindern und gerade nicht zu provozieren bzw. zu unterstützen. Gerade gegen diese Pflicht haben sie jedoch, verstoßen, indem sie – entsprechend der Abmachung mit der Geberseite – nicht gegen die Beschädigungen seitens W einschritten.

bb) Vermögensnachteil

Zwar wurden die Beschädigungen an den Wagen von W vorgenommen, allerdings ist dies über § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB F und D zurechenbar.⁹⁴ Mit der Substanzbeschädigung der in ihrem Eigentum stehenden Fahrzeuge hat M auch einen unmittelbar auf das Nichteinschreiten von F und D zurück gehenden Vermögensnachteil erlitten.

Allein die in den Presseartikeln mitgeteilte Möglichkeit, die Kosten für die von N ausgeführte Schadensbeseitigung letztlich den Zulieferern in Rechnung stellen zu können, verhindert den Schadenseintritt nicht. Denn zum einen ist die Durchsetzung dieser Rechtsposition gegenüber den Zulieferern keinesfalls gesichert, zum anderen ist anerkannt, dass Gewährleistungsansprüche gegen Dritte keine kompensatorische Wirkung haben.⁹⁵

c) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist lediglich Vorsatz in Form von dolus eventualis bezüglich der Merkmale des objektiven Tatbestandes nötig. F, D und W haben laut Sachverhalt ihr Vorgehen zuvor abgesprochen, es kam F und D sogar darauf

an, dass W die Autos entsprechend beschädigt, andernfalls hätten sie nicht entsprechend der Abmachung Aufträge an N verteilen können. Es lag also bezüglich der Merkmale des objektiven Tatbestands einschließlich der Begehungsweise in mittelbarer Täterschaft Vorsatz in Form von dolus directus 1. Grades, also Absicht, vor.

d) Strafzumessung

Auf Strafzumessungsebene ist, wie bei der Bestechlichkeit, das Regelbeispiel des § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB erfüllt,⁹⁶ wobei hinsichtlich der bandenmäßigen Begehung durch F, D und W zu beachten ist, dass nicht alle Bandenmitglieder die Tätoreigenschaft des § 266 Abs. 1 StGB erfüllen müssen. Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen, was hier auf die tatsächlichen Beschädigungen an den KFZ durch W zutrifft.⁹⁷

e) Zwischenergebnis

F und D haben sich, indem sie die Beschädigungen durch W geschehen ließen, strafbar gemacht wegen Untreue in einem besonders schwerem Fall, §§ 266 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB.

3. Strafbarkeit des Mechanikers W wegen Untreue durch das Beschädigen der KFZ

Eine Strafbarkeit des W wegen Untreue, § 266 Abs. 1 StGB, indem er die Autos beschädigte, scheidet aus, W ist mangels Vermögensbetreuungspflicht nicht tauglicher Täter.

Allerdings ist W durch die Beschädigung der Autos strafbar wegen Beihilfe zur Untreue, §§ 266 Abs. 1 Alt. 2, 27 Abs. 1 StGB.⁹⁸

Auf Ebene der Strafzumessung könnte man nun an eine Strafmilderung sowohl nach § 28 Abs. 1 StGB, als auch nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB denken.

Da jedoch beide Milderungsgründe jeweils auf dem Fehlen der Vermögensbetreuungspflicht beruhen, kommt eine doppelte Strafmilderung sowohl nach § 27 Abs. 2 S. 2 und § 28 Abs. 1 StGB nicht in Betracht.⁹⁹ Ein strafmildernder Umstand kann nämlich immer nur einmal berücksichtigt werden, eine mehrfache Milderung ist in solchen Fällen unzulässig.

III. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

Laut Focus ging das Trio seit geraumer Zeit derart kreativ vor, so dass anzunehmen ist, dass viele Autos in Mitleidenschaft gezogen wurden. Selbst wenn man unterstellt, dass ein durchgehend einheitlicher, nach der ersten Absprache einmal gefasster Vorsatz bestand, so liegt dennoch Tatmehrheit vor,

⁹¹ Von Seier, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, V. 2. Rn. 64 wird daher der Begriff des „Einheitstäters“ gebraucht.

⁹² Joecks, in: Joecks/Miebach (Fn. 15), § 25 Rn. 43.

⁹³ Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 39 Rn. 17.

⁹⁴ Vgl. Wessels/Beulke (Fn. 40), Rn. 536.

⁹⁵ Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 57.

⁹⁶ Vgl. hierzu oben I. 1. d) bb).

⁹⁷ Vgl. hierzu BGHSt 46, 321 (338) und BGH wistra 2004, 105 (108).

⁹⁸ Vertiefend hierzu Roxin (Fn. 88), S. 361.

⁹⁹ Murmann, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4) § 27 Rn. 16.

da jede Beschädigung an jeweils verschiedenen Autos jedes Mal einen neuen Vermögensnachteil begründet und eine „fortgesetzte Untreue“ ausgeschlossen ist.¹⁰⁰

Hinsichtlich des Verhältnisses zur Strafbarkeit wegen der einzelnen Bestechlichkeitstaten gilt Folgendes: Nach Ansicht der Rspr. liegt Tateinheit zwischen Bestechlichkeit und Untreue noch nicht vor, wenn der Täter anlässlich der Bestechungstat lediglich ankündigt, sich pflichtwidrig verhalten zu wollen.¹⁰¹ Anders ist es jedoch, wenn dieses Gespräch selbst bereits eine pflichtwidrige Handlung darstellt. Dies ist dann der Fall, wenn bereits Einzelheiten der späteren Manipulation konkret vereinbart werden, wobei umso geringere Anforderungen an den Inhalt eines solchen Gesprächs zu stellen sind, je mehr es sich um ein unter den Beteiligten eingespieltes System handelt.¹⁰² In einem solchen Fall stelle dann die Verabredung sowohl den Beginn des Treuebruchs, als auch den Abschluss der Unrechtsvereinbarung dar.¹⁰³ Laut Sachverhalt „produzierte das Trio bereits seit geraumer Zeit absichtlich Pfusch“, des Weiteren ist, wie oben bereits erläutert, davon auszugehen, dass F, D und W gemeinsam N gegenüber traten und das „Manipulationssystem“ besprachen. Damit kann hier bei lebensnaher Auslegung jeweils von einer bereits pflichtwidrigen Absprache ausgegangen werden. Die einzelnen Bestechlichkeitsdelikte und Untreuetaten stehen somit jeweils in Tateinheit zueinander.

¹⁰⁰ *Saliger* (Fn. 47), § 266 Rn. 109; BGH (GS) NJW 1994, 1663 (1669) für den Betrug.

¹⁰¹ BGH NStZ 2009, 445 (446).

¹⁰² Zuletzt BGH NStZ 2009, 445 (446).

¹⁰³ BGHSt 47, 27 ff.