

**HRRS-Nummer:** HRRS 2004 Nr. 800

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2004 Nr. 800, Rn. X

---

**BGH 2 StR 486/03 - Urteil vom 16. Juli 2004 (LG Frankfurt)**

**BGHSt 49, 214; Amtsträger (beurlaubter Bundesbahnbeamter; Angestellter der Bahn AG); Beamter; sonstige Stelle; Aufgabenprivatisierung; Organisationsprivatisierung; Bestechung im geschäftlichen Verkehr; Auslegung (Wortlautgrenze).**

**§ 11 Abs. 1 Nr. 2 a StGB; § 299 Abs. 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG**

Leitsätze

- 1. Ein im Zuge der Bahnreform nach § 12 Abs. 1 DBGrG aus dienstlichen Gründen beurlaubter Bundesbahnbeamter, der mit der Deutschen Bahn AG einen privatrechtlichen Anstellungsvertrag abgeschlossen hat und in dieser Funktion tätig wird, ist kein Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB. (BGHSt)**
- 2. Eine im Rahmen eines betriebsinternen, dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgeschalteten Zulassungsverfahrens mit unlauteren Mitteln erstrebte Förderung von neuen Produkten erfolgt aufgrund des engen Zusammenhangs mit der Auftragsvergabe schon zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinne des § 299 Abs. 2 StGB. (BGHSt)**
- 3. Für den Beamtenbegriff im Strafrecht und das bei den Amtsdelikten typischerweise verwirklichte Sonderunrecht ist kennzeichnend, dass der Täter in seiner Eigenschaft als Beamter und nicht als Arbeitnehmer einer privatrechtlichen Gesellschaft gehandelt hat. (Bearbeiter)**
- 4. Als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand sind als "sonstige Stellen" im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB den Behörden insbesondere dann gleichzustellen, wenn sie bei ihrer Tätigkeit öffentliche Aufgaben wahrnehmen und dabei derart staatlicher Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als "verlängerter Arm" des Staates erscheinen (vgl. BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 312 f.). (Bearbeiter)**
- 5. Die Deutsche Bahn AG ist keine "sonstige Stelle" im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB, da eine Gesamtbewertung dieser öffentlich-rechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten nicht zu dem Ergebnis führt, dass die Deutsche Bahn AG derartig staatlicher Steuerung unterliegt (Bearbeiter).**

Entscheidungstenor

Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 27. Mai 2003 und die Revision des Angeklagten Q. gegen dieses Urteil werden verworfen.

Die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft und die dem Angeklagten hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last. Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten der Bestechung im geschäftlichen Verkehr für schuldig befunden und gegen ihn <sup>1</sup> eine Geldstrafe von 180 Tagessätzen von je 500 Euro verhängt. Dagegen wenden sich die Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten Q. Die Staatsanwaltschaft erstrebt mit ihrem vom Generalbundesanwalt nicht vertretenen Rechtsmittel eine Verurteilung des Angeklagten wegen Bestechung nach § 334 StGB. Der Angeklagte macht mit seiner Revision geltend, daß die Voraussetzungen des § 299 Abs. 2 StGB nicht erfüllt sind.

Gegen den Mitangeklagten L., den das Landgericht wegen derselben Vorgänge wegen Bestechlichkeit im <sup>2</sup>

geschäftlichen Verkehr verurteilt hat, ist das Urteil rechtskräftig.

Beide Rechtsmittel haben keinen Erfolg.

3

Das Landgericht hat folgendes festgestellt: Der Angeklagte, der in leitender Stellung beim K. Konzern beschäftigt ist, hatte seit Jahren näheren beruflichen Kontakt mit dem Mitangeklagten L. Dieser war im Beamtenverhältnis bei der Deutschen Bundesbahn beschäftigt.

4

Im Zuge der Bahnreform 1994 wurde L. als Beamter beurlaubt und von der neu gegründeten Deutschen Bahn AG als Hauptabteilungsleiter des Bereichs angestellt. 1995/96 kam es zwischen dem Angeklagten und L. zu einer Vereinbarung. Danach sollte L. der K. GmbH neben der schon zuvor geleisteten technischen Beratung bei der Einführung neuer Produkte behilflich sein, indem er die zuständigen Entscheidungsträger im bahninternen Zulassungsverfahren von deren Vorteilen überzeugte und Verantwortliche für deren Erprobung eruierte. Außerdem sollte er im Vorfeld von Vergabeverfahren Informationen etwa über Mitbewerber an den Angeklagten Q. weitergeben. Als Gegenleistung erhielt L. während der Vertragsdauer von drei Jahren 1997 bis 1999 jeweils 80.000 DM von dem K. Konzern.

5

Das Landgericht hat die auf dieser Vereinbarung beruhenden drei Zahlungen in Höhe von insgesamt 240.000 DM bei dem Angeklagten Q. als eine Bestechung im geschäftlichen Verkehr, soweit sie nicht lediglich als Entgelt für die technische Beratung bestimmt waren, und bei dem Mitangeklagten L. als Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gewertet. Eine Amtsträgereigenschaft des Mitangeklagten L. nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB hat es verneint und deshalb auch eine Bestrafung des Angeklagten Q. nach § 334 StGB abgelehnt.

6

I. Die Revision der Staatsanwaltschaft

7

Die Auffassung des Landgerichts, der Mitangeklagte L. sei im Tatzeitraum nicht Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB gewesen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

8

1. Der Mitangeklagte L. war kein Beamter im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB.

9

Allerdings war L., der seit 1963 bei der nach Art. 87 GG aF in bundeseigener Verwaltung stehenden Deutschen Bundesbahn beschäftigt war, unmittelbarer Bundesbeamter. Sein Status als Beamter änderte sich auch nicht mit der auf der Grundlage des Art. 87 e GG (eingeführt durch Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 20.12.1993) und des Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens vom 27. Dezember 1993 (ENeuOG) erfolgten Bahnreform. Zwar war wesentlicher Inhalt dieser Reform die Trennung von hoheitlicher Verwaltung und Wirtschaftstätigkeit und die Organisation der wirtschaftlichen Tätigkeit in privatrechtlichen Formen (Gersdorf in von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz 4. Aufl. Rdn. 46 f.; Windthorst in Sachs, GG-Komm. 3. Aufl. Rdn. 4 f., jeweils zu Art. 87 e GG). Das aus den Sondervermögen des Bundes Deutsche Bundesbahn und Deutsche Reichsbahn zusammengefaßte Bundeseisenbahnvermögen wurde im Zuge dieser Reform in einen unternehmerischen und einen Verwaltungsbereich unterteilt, wobei der unternehmerische Bereich nach § 1 Abs. 1 Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGrG) in einer Aktiengesellschaft organisiert wurde. Dies hatte zur Folge, daß die Beamten der Deutschen Bundesbahn, die nunmehr bei der Deutschen Bahn AG tätig sein sollten, nicht unmittelbar - ohne Verlust ihres Beamtenstatus - von der Deutschen Bahn AG übernommen werden konnten, da die Aktiengesellschaft als juristische Person des Privatrechts nach § 121 BRRG nicht Dienstherr sein konnte. Um den Beamten der Deutschen Bundesbahn ihre Rechtsstellung als Bundesbeamte zu wahren, wurden zwei Überleitungsvarianten geschaffen: Neben der Möglichkeit, gemäß Art. 143 a Abs. 1 Satz 3 GG, § 12 Abs. 2 DBGrG die Beamten der Deutschen Bahn AG zur Dienstleistung zuzuweisen, konnten die Beamten zur Wahrnehmung einer Tätigkeit bei der Deutschen Bahn AG nach § 12 Abs. 1 DBGrG unter Wegfall der Bezüge beurlaubt und auf der Grundlage eines Anstellungsvertrags mit der Deutschen Bahn AG tätig werden.

10

Von der vor allem von Führungskräften der Deutschen Bundesbahn genutzten Möglichkeit der Beurlaubung nach der Sonderregelung des § 12 Abs. 1 DBGrG - die die Anwendung der allgemeinen Beurlaubungsvorschriften und -grundsätze unberührt ließ - hatte der Mitangeklagte L. Gebrauch gemacht. Damit war L. trotz des Abschlusses des Anstellungsvertrags mit der Deutschen Bahn AG nach seinem allgemein zu beurteilenden Status Beamter geblieben. Sein Dienstherr war der Bund, für beamtenrechtliche Maßnahmen und Entscheidungen, die sich auf das "Grundverhältnis" (z. B. Beförderungen) bezogen, war der Präsident des Bundeseisenbahnvermögens zuständig. Da die Beurlaubung lediglich zur Folge hat, daß der Beamte für den betreffenden Zeitraum von der ihm obliegenden Dienstleistungspflicht entbunden wird, sein Status und das damit verbundene allgemeine Pflicht- und Treueverhältnis auch bei länger währender Beurlaubung aus besonderem Anlaß jedoch bestehen bleiben (BVerwGE 111, 231, 233 m.w.N.), entfällt nicht grundsätzlich die an den staatsrechtlichen Beamtenbegriff anknüpfende Amtsträgereigenschaft.

11

Grundsätzlich unerheblich für die Amtsträgereigenschaft des Beamten ist auch die Art der ihm zugewiesenen Dienste. 12  
Entscheidend ist nur, daß dem Beamten die Verrichtung als amtliche Aufgabe nach den bestehenden Vorschriften übertragen worden ist und sie nicht völlig außerhalb des Aufgabenbereichs der zuweisenden Behörde liegt (RGSt 67, 299; 68, 70; RG JW 1934, 2149, BGHSt 3, 143, 145; Gribbohm in LK 11. Aufl. § 11 Rdn. 25; Eser in Schönke-Schröder, StGB 26. Aufl. § 11 Rdn. 19; Rudolphi in SK-StGB, 6. Aufl. § 11 Rdn. 18; aA Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen Bd. 132 S. 313, 333; MünchKomm/Radtke § 11 Rdn. 23: entscheidend nur die formale Rechtsstellung). So hat bereits das Reichsgericht entschieden, daß die Zuweisung eines Beamten an eine Straßenbahn AG zur Ausübung seines Dienstes die Beamteneigenschaft nicht berührt (RGSt 67, 299, wobei bereits in dieser Entscheidung zwischen der Zuweisung zur Dienstleistung und Beurlaubung unterschieden wird).

Spricht danach der fortbestehende Beamtenstatus des Mitangeklagten L. zunächst dafür, daß er Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB geblieben ist, so weist die für ihn maßgebliche Konstellation - Beurlaubung und Abschluß eines privatrechtlichen Anstellungsvertrags - gegenüber den in der Rechtsprechung bisher erörterten Fallgestaltungen entscheidende Unterschiede auf. Im Gegensatz zu der für die große Mehrheit der Beamten gewählten Konstruktion nach § 12 Abs. 2 DBGrG i. V. m. Art 143 a Abs. 1 Satz 3 GG, die die Rechtsstellung der Beamten unberührt ließ, insbesondere für die zugewiesenen Beamten kein Arbeitsverhältnis zu ihrem privatrechtlichen Arbeitgeber Deutsche Bahn AG begründete, erfolgte bei den beurlaubten Beamten keine Zuweisung zur Dienstleistung zur Deutschen Bahn AG. Der Mitangeklagte L. erbrachte seine Dienste nicht gegenüber seinem Dienstherrn, dem als nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes eingerichteten Bundeseisenbahnvermögen, das ihn von der Dienstleistungspflicht beurlaubt und damit entbunden hatte, sondern als Angestellter der Deutschen Bahn AG. Erbringt der Beamte aber keine Dienste im Sinne des Beamtenrechts, ist er nach Auffassung des Senats trotz seines fortbestehenden Beamtenstatus nicht als Amtsträger im strafrechtlichen Sinne anzusehen. Dem steht nicht entgegen, daß sich nach der gesetzlichen Regelung die Amtsträgereigenschaft im allgemeinen nach dem Beamtenstatus bestimmt. Denn der Beamte im staatsrechtlichen Sinn wird gerade deshalb den in § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB genannten sonstigen Personen, die zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bestellt sind, gegenübergestellt, weil so die für die Täterstellung von Amtsdelikten maßgebende Einbindung in das öffentlich-rechtliche Gewaltverhältnis bei dienstlichen Handlungen erfaßt wird. Denn für den Beamtenbegriff im Strafrecht und das bei den Amtsdelikten typischerweise verwirklichte Sonderunrecht ist kennzeichnend, daß er in seiner Eigenschaft als Beamter und nicht als Arbeitnehmer einer privatrechtlichen Gesellschaft handelt (vgl. auch Rohlf, Die Täter der Amtsdelikte, S. 161). Dieses wird durch das Erfordernis der dienstlichen Tätigkeit konkretisiert. Handelt der Beamte aber außerhalb seiner Rechtsstellung als Beamter, kommt es auf seinen Status nicht an. Insoweit ist ihm gerade keine Verrichtung als amtliche Aufgabe übertragen worden. Es ist deshalb - jedenfalls für die vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschiedene Fallkonstellation des zu dienstlichen Zwecken beurlaubten Beamten - mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das Pflichtverletzungen eines beurlaubten Beamten, die er im Rahmen eines im Einverständnis mit seinem Dienstherrn abgeschlossenen privaten Arbeitsverhältnisses begangen hat, als außerdienstliche Pflichtverletzungen angesehen hat (BVerwGE 111, 231, 233), und der überwiegenden Meinung in der Literatur von einer immanenten Einschränkung des Beamtenbegriffs in § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB auszugehen. Das Landgericht hat zwar ohne nähere Begründung, im Ergebnis aber zu Recht eine Amtsträgereigenschaft des Mitangeklagten L. nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB verneint, da er zur Tatzeit keinen Dienst im Sinne des Beamtenrechts ausübte, sondern auf Grund eines privatrechtlichen Angestelltenvertrags bei der Deutschen Bahn AG tätig wurde. (Im konkreten Fall des beurlaubten Beamten käme auch die Gegenmeinung zu keinem anderen Ergebnis, weil es jedenfalls an einer Diensthandlung im Sinne der §§ 333, 334 StGB fehlt, vgl. auch MünchKomm/Radtke § 11 Rdn. 23).

2. Der Mitangeklagte L. war auch keine zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bestellte Person im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB. 14

Amtsträger gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB ist, wer sonst dazu bestellt ist, bei oder im Auftrag einer Behörde oder sonstigen Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Unter "sonstigen Stellen" sind - ohne Rücksicht auf ihre Organisationsform - behördenähnliche Institutionen zu verstehen, die zwar keine Behörden im organisatorischen Sinne, aber rechtlich befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken (vgl. BGHSt 43, 370, 376; Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 11 Rdn. 19; Gesetzentwurf der Bundesregierung zum EGStGB BTDrucks. 7/550, S. 209). Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand als "sonstige Stellen" den Behörden gleichzustellen sind, wenn bei ihnen Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung rechtfertigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie bei ihrer Tätigkeit öffentliche Aufgaben wahrnehmen und dabei derart staatlicher Steuerung unterliegen, daß sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als "verlängerter Arm" des Staates erscheinen (vgl. BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 15

310, 312 f.; BGH NJW 2001, 3062, 3063; Senatsurteil vom 14. November 2003 - 2 StR 164/03 = BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 7).

Eine "sonstige Stelle" in diesem Sinne ist die Deutsche Bahn AG, bei der der Mitangeklagte L. als Angestellter tätig war - wie das Landgericht zu Recht angenommen hat - nicht. 16

a) Die bis zur Bahnreform in bundeseigener Verwaltung geführten Bundeseisenbahnen wurden in der mehrstufig aufgebauten Bahnreform durch das Eisenbahnneuordnungsgesetz vom 27. Dezember 1993 (BGBl I 2378) und durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20. Dezember 1993 (BGBl I 2089) dahin umstrukturiert, daß sie als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form durch die Deutsche Bahn AG geführt werden, deren 100%iger Eigner (jedenfalls zur Zeit noch) der Bund ist. Der unternehmerische Tätigkeitsbereich der Deutschen Bahn AG umfaßt nach Art. 87 e Abs. 3 und 4 GG sowohl die Erbringung von Verkehrsleistungen (Eisenbahntransport) als auch den Betrieb der Infrastruktur (Bau, Unterhaltung und Betrieb der Schienenwege = Fahrweg). Dementsprechend wurden innerhalb der Deutschen Bahn AG die Bereiche Fahrweg, Personenfernverkehr, Personennahverkehr, Güterverkehr und Bahnhöfe eingerichtet, aus denen in der zweiten Stufe der Bahnreform im Jahr 1999 eigenständige Gesellschaften (DB Netz AG, DB Reise und Touristik AG, DB Regio AG, DB Cargo AG und DB Station und Services AG) gebildet wurden. 17

b) Das Eisenbahnwesen mit diesem Aufgabenbereich, der nunmehr von der Deutschen Bahn AG wahrgenommen wird, wird überwiegend als eine Aufgabe der Daseinsvorsorge eingeordnet (vgl. Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht S. 644; Cantzler, Strafrechtliche Auswirkungen der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben S. 55; Ronellenfisch DÖV 1996, 1028, 1032; Wolf KJ 2003, 192, 202; MünchKomm/Radtke StGB § 11 Rdn. 41). Auch der Bundesgerichtshof hat in BGHSt 12, 89, 91 sowohl die von der damaligen Bundesbahn als auch die von der Kleinbahn einer Gemeinde wahrgenommene Aufgabe der Abwicklung des Personen- und Güterverkehrs mit Eisenbahnen als Daseinsvorsorge eingeordnet. 18

Tätigkeiten der Daseinsvorsorge, die dazu bestimmt sind, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder zu sorgen, werden von der Rechtsprechung seit jeher als öffentliche Aufgaben angesehen (vgl. BGHSt 12, 89, 90; 31, 264, 268; 45, 16, 19; Senatsurteil vom 14. November 2003 - 2 StR 164/03 = BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 7). Entsprechend ging auch der Gesetzgeber des Korruptionsbekämpfungsgesetzes davon aus, daß die Leistungsverwaltung zur Daseinsvorsorge, welche zunehmend in privatrechtlicher Form ausgeführt werde, zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zu rechnen sei (Gesetzesentwurf aus der Mitte des Bundestags BTDrucks. 13/5584, S. 12; BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 7). Dabei stehen weder die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform noch eine zusätzlich zu Zwecken des Gemeinwohls hinzutretende Gewinnerzielungsabsicht der Einstufung als öffentlicher Aufgabe grundsätzlich entgegen (vgl. BGH NJW 2001, 3062, 3064; BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 7). Allerdings können auch Aufgaben der Daseinsvorsorge von Gesellschaften mit privaten Eigentümern erfüllt werden (vgl. BGHSt 45, 16, 19 - FAG). Von einer öffentlichen Aufgabe kann in diesen Fällen dann nicht (mehr) gesprochen werden, wenn der Hoheitsträger die Aufgabe gänzlich aus der Hand gibt und ihre Erledigung einem privaten, marktwirtschaftlich agierenden Unternehmen überläßt (Aufgabenprivatisierung im Gegensatz zur Organisationsprivatisierung), auch wenn dieses je nach dem öffentlichen Gewicht der Aufgabe, einer staatlichen Aufsicht unterstellt wird (vgl. Ossenbühl JR 1992, 473, 475). 19

c) Ob durch die Bahnreform und die damit verbundene Übertragung der Aufgaben der Bundesbahn im Bereich des Eisenbahntransportwesens und der Infrastruktur auf die Deutsche Bahn AG noch eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird, wird nicht einheitlich beurteilt. Die Frage ist nach Auffassung des Senats jedoch - in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum - zu bejahen (vgl. Windthorst in Sachs, GG-Komm. 3. Aufl. Rdn. 47; Gersdorf in von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz 4. Aufl. Rdn. 42, 62 ff.; Wieland in Dreier, GG-Komm. Rdn. 8; Uerpmann in von Münch/Kunig GG-Komm. 4./5. Aufl. Rdn. 2, 9; jeweils zu Art. 87 e GG; Schmidt-Aßmann/Röhl DÖV 1994, 577, 582; Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 537; Hofmann ZTR 1996, 493; Brosius-Gersdorf DÖV 2002, 275, 279 f.; Heinrich aaO S. 637 f.; MünchKomm/Radtke StGB § 11 Rdn. 41; aA Fromm DVBl. 1994, 187, 191; Cantzler, Strafrechtliche Auswirkungen der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben S. 14 f., 114). 20

aa) Allerdings enthält Art. 87 e Abs. 3 Satz 1 GG Bestimmungen, die die Beurteilung als öffentliche Aufgabe in Frage stellen könnten. So sind nach Art. 87 e Abs. 3 Satz 1 GG die Eisenbahnen des Bundes, also Unternehmen, die sich ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes befinden (Art. 73 Nr. 6 a GG) als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form zu führen. Damit ist nicht nur für die Verkehrs (Transport-) Unternehmen, sondern auch die Infrastruktur (Schienenwege-) Unternehmen eine formelle Privatisierung (Organisationsprivatisierung) vorgeschrieben (vgl. Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 527 f.; Gersdorf in von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz 4. Aufl. Rdn. 42; Uerpmann in von Münch/Kunig GG-Komm. 4./5. Aufl. Art. jeweils zu Art. 87 e Rdn. 9). Dem Privatisierungsgebot und der weiteren verfassungsrechtlichen Vorgabe "Führung als Wirtschaftsunternehmen" 21

hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, daß er die Deutsche Bahn als Aktiengesellschaft, also als gesetzestypisch konzipierten Großunternehmensträger und Kapitalsammelbecken (vgl. Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 539) etabliert hat (Windthorst in Sachs, GG-Komm. 3. Aufl. Art. 87 e Rdn. 36; Schmidt-Aßmann/Röhl DÖV 1994, 577, 580; Wolf KJ 2003, 192, 203, Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 545). Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers des ENeuOG sollte die Wahl der Rechtsform der Aktiengesellschaft zu hoher Eigeninitiative aufgrund der Verantwortung des Vorstands und gleichzeitig zu einer umfassenden Begrenzung von unternehmensfremden Einflüssen führen (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, inhaltsgleich mit dem Gesetzentwurf aus der Mitte des Bundestags, BTDrucks. 12/4609 [neu], S. 56).

bb) Sprechen diese Umstände dafür, daß der Gesetzgeber das Eisenbahnwesen als rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit konzipieren wollte, enthält Art. 87 e GG andererseits selbst Einschränkungen dieser Grundentscheidung: So besteht nach Art. 87 e Abs. 3 Satz 2 und 3 GG für den Bund ein Veräußerungsverbot bezüglich der Mehrheit der Anteile an Unternehmen, die den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen zum Gegenstand haben (Mindestbeteiligungsklausel). Die Veräußerung der übrigen Anteile steht unter Gesetzesvorbehalt (vgl. Jarass/Pieroth, GG 7. Aufl. Art. 87 e Rdn. 4; Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 527). Im Umkehrschluß folgt daraus allerdings auch, daß der Bereich der Eisenbahnverkehrsdienstleistungen (Transportunternehmen) einer Privatisierung uneingeschränkt offen steht. Eine Privatisierungsschranke ergibt sich insoweit auch nicht aus der Gewährleistungspflicht des Bundes nach Art. 87 e Abs. 4 GG (vgl. Gersdorf in von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz 4. Aufl. Art. 87 e Rdn. 63; Schmidt-Aßmann/Röhl DÖV 1994, 577, 582; Brosius-Gersdorf DÖV 2002, 275, 279 f.).

Nach Art. 87 e Abs. 4 GG gewährleistet der Bund, daß dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz (soweit sie nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen) Rechnung getragen wird. Diese Gewährleistungsgarantie reicht nach einhelliger Auffassung aber weniger weit als der Aufgabengehalt des früheren Art. 87 Abs. 1 GG aF. Sie ist begrenzt durch das Prinzip der Privatwirtschaftlichkeit. So hat der Bund nur für eine adäquate Grundversorgung mit Eisenbahninfrastrukturangeboten und Eisenbahnverkehrsdienstleistungen Sorge zu tragen, ohne etwa eine flächendeckende, optimale Schieneninfrastruktur oder den Erhalt des status quo garantieren zu müssen.

Ihm steht insoweit eine erhebliche Einschätzungsprärogative zu (vgl. Gersdorf in von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz 4. Aufl. Rdn. 71; Jarras/ Pieroth Rdn. 5; Windthorst in Sachs, GG-Komm. 3. Aufl. Rdn. 51 f., 53 f. jeweils zu Art. 87 e; Schmidt-Aßmann/Röhl DÖV 1994, 577, 584).

d) Bei einer Gesamtschau dieser Umstände hat der Senat zwar keine Bedenken, die Tätigkeit der Deutschen Bahn AG als Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge anzusehen, ein völliger Rückzug des Staates aus seiner Verantwortung war nicht gewollt (vgl. auch die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates BTDrucks. 12/5015, S. 16; Knittel, Bundesrat, Sten. Berichte 656. Sitzung vom 7. Mai 1993 S. 154 f.). Andererseits lassen die Regelungen erkennen, daß ausgehend von der Leitlinie des Art. 87 e Abs. 3 Satz 1 GG die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes zur Wahrnehmung der Gemeinwohlbelange nur begrenzt sein sollten. Dementsprechend ist auch das dem Bund zu diesem Zweck zur Verfügung stehende Instrumentarium beschränkt.

Im einzelnen: aa) Der Gesetzgeber hat Einwirkungsmöglichkeiten im wesentlichen für den Bereich der Infrastruktur durch die Instrumentarien des Bundesschienenwegeausbaugesetzes (BSchWAG) vorgesehen. Danach erfolgt der Ausbau des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes auf der Grundlage eines in Intervallen von fünf Jahren durch das Bundesministerium für Verkehr zu überprüfenden Bedarfsplans; der Bund finanziert Investitionen in die Schienenwege, die Bau-, Ausbau- und Ersatzinvestitionen nach Maßgabe des BSchWAG umfassen, während die Eisenbahnen des Bundes die Kosten der Unterhaltung und Instandsetzung ihrer Schienenwege tragen (§§ 1, 4, 8 BSchWAG). Der Bund beeinflusst insofern - wie auch das Landgericht festgestellt hat - durch die Planung und Finanzierung die grundsätzliche Entscheidung darüber, welche Strecken aus- bzw. neu gebaut werden. Dabei gibt es allein im Bereich der Neu- und Ausbauinvestitionen, in die der überwiegende Teil der vom Bund zur Verfügung gestellten Haushaltsmittel fließt, konkrete Vorgaben für die Verwendung der Gelder durch öffentlich-rechtliche Verträge. Im Bereich der sog. Erhaltungsinvestitionen werden vom Bund Baukostenzuschüsse ohne nähere Verwendungsbestimmung oder Einflußnahme gezahlt, während die Deutsche Bahn AG die Unterhaltungsinvestitionen selbst finanzieren muß.

Eine gewisse Einflußnahme mit Mitteln des Eisenbahnverwaltungsrechts ist nach den Regelungen des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG = Art. 5 ENeuOG) möglich: Gemäß § 11 Abs. 1 und 2 AEG bedarf die Einstellung einer Strecke oder eines für die Betriebsabwicklung wichtigen Bahnhofs (ebenso wie die deutliche Verringerung der

Kapazität einer Strecke) wegen Unzumutbarkeit des weiteren Betriebs der aufsichtsbehördlichen Genehmigung durch das Eisenbahnamt (EBA). Allerdings darf das Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht auf Dauer an der unrentablen Strecke festgehalten werden; nach § 11 Abs. 5 AEG ist die Versagung der Genehmigung maximal für die Dauer eines Jahres möglich, danach gilt die Genehmigung als erteilt.

Weitergehende Einflußmöglichkeiten des Bundes auf die Geschäftstätigkeit der Deutsche Bahn AG werden durch die 28 dargestellten öffentlichrechtlichen Regelungen nicht begründet. Insbesondere enthält das Regelungsinstrumentarium des BSchWAG keine Instrumente, um vom Bund erwünschte Projekte notfalls auch gegen den Willen der Deutschen Bahn AG umzusetzen (vgl. Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521,554).

bb) Dem Bund stehen allerdings als Alleinaktionär der Deutschen Bahn AG entsprechend den gesellschaftsrechtlichen 29 Bestimmungen Einflußmöglichkeiten zu. Da bei der Aktiengesellschaft - anders als bei der GmbH - die Entscheidungszuständigkeit der Hauptversammlung als Beschlößorgan der Aktionäre im wesentlichen auf die in § 119 Abs. 1 AktG aufgelisteten Gegenstände (z. B. die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite, Satzungsänderungen, Maßnahmen der Eigenkapitalbeschaffung etc.) beschränkt ist - was auch für Gesellschaften mit nur einem Aktionär wie die Deutsche Bahn AG gilt - kann der Bund nur über die Hauptversammlung die Initiative ergreifen oder den Verwaltungsorganen Vorstand und Aufsichtsrat Vorgaben machen, wo das Aktienrecht der Hauptversammlung Zuständigkeiten zuweist. Nicht zu verkennen ist allerdings, daß der Bund als Alleinaktionär seinen Einfluß bei Besetzung des Vorstands- und der Aufsichtsratsposten geltend machen kann.

Um einen umfassenden Einfluß auf die Deutsche Bahn AG ausüben zu können, hätte allerdings für den Bund die 30 Möglichkeit des Abschlusses eines Beherrschungsvertrags gemäß §§ 291 ff. AktG bestanden, um ein Weisungsrecht mit Folgepflicht für den Vorstand zu begründen (§ 308 Abs. 1 und 2 AktG). Die Tatsache, daß der Bund hiervon keinen Gebrauch gemacht hat, korrespondiert mit der Absicht des Gesetzgebers, den Einfluß des Bundes auf die Unternehmensführung der Deutsche Bahn AG so gering wie möglich zu halten.

Daraus ergibt sich eine weitere Beschränkung der Einflußnahme. Besteht, wie hier, kein Beherrschungsvertrag, so darf 31 nach § 311 Abs. 1 AktG ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft zu veranlassen, Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen. Eine solche nachteilige Maßnahme wäre etwa die Erbringung vom Bund nach Art. 87 e Abs. 4 GG geforderter, für die Bahn aber unrentabler Verkehrsleistungen. Etwas anderes gilt gemäß § 311 Abs. 1 AktG nur dann, wenn die Nachteile der Gesellschaft vollständig ausgeglichen werden, d. h. der Bund müßte insoweit gegebenenfalls für einen finanziellen Ausgleich sorgen (sog. Nachteilsausgleich). Auch in diesem Fall hätte der Bund aber kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand (vgl. zum Ganzen Hommelhoff/Schmidt-Aßmann ZHR 160 [1996] 521, 554 ff., 557; Gersdorf in von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz 4. Aufl. Art. 87 e Rdn. 51, 77 ff.).

Eine Gesamtbewertung dieser öffentlich-rechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Einflußmöglichkeiten führt nicht zu 32 dem Ergebnis, daß die Deutsche Bahn AG derartig staatlicher Steuerung unterliegt, daß sie mit einer Behörde gleichgestellt werden kann. Abgesehen von der Planungs- und Finanzierungsmitwirkung des Bundes für den Bereich des Neu- und Ausbaus von Strecken läßt sich eine konkrete Einwirkung auf die vielfältigen Geschäftsabläufe bei der Deutschen Bahn AG nicht feststellen. Wie aufgezeigt erlauben weder die öffentlich-rechtlichen noch die aktienrechtlichen Instrumentarien eine unmittelbare Einflußnahme auf die laufenden Geschäfte. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus den von der Revision angeführten weiteren Besonderheiten. Der vom Bund der Deutschen Bahn AG gewährte Insolvenzschutz, die Notwendigkeit öffentlich-rechtlicher Planfeststellungsverfahren, die Vergabe der Aufträge der Deutschen Bahn AG im öffentlichen Vergabeverfahren stützen zwar die Feststellung, daß die Deutsche Bahn AG trotz ihrer erwerbswirtschaftlichen Ausrichtung eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, weitergehende Steuerungsmomente können darin jedoch nicht gesehen werden. Daß der Bund im Teilbereich Fahrwege maßgeblich auf den Ausbau neuer Strecken und damit indirekt auch auf den Verkehrsbetrieb Einfluß nehmen kann, ist bei einer Gesamtbetrachtung nicht von derartigem Gewicht, daß sich die Annahme einer staatlichen Lenkung des Gesamtunternehmens rechtfertigt. Ob dieser Gesichtspunkt bei einer gesonderten Betrachtung dieses Bereichs die Annahme einer staatlichen Steuerung für diesen Teilbereich rechtfertigen könnte, kann allenfalls für die 1999 gegründete Konzerntochter Deutsche Bahn Netz AG erwogen werden. Zum Tatzeitraum trat die Deutsche Bahn AG als einheitliches Unternehmen auf, das in seiner Gesamtheit betrachtet werden muß.

Dieses Ergebnis erscheint auch, worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat, im Hinblick auf das 33 durch die §§ 331 ff. StGB geschützte Rechtsgut - Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität von Trägern staatlicher Funktionen und damit zugleich in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen (vgl. BGHSt 15, 88, 96 f.; 43, 370, 377) - nicht unbillig. Die Deutsche Bahn AG tritt bewußt als ein Unternehmen auf, das auf Gewinnerzielung und Wirtschaftlichkeit ausgerichtet ist und in den nächsten Jahren sogar den Börsengang anstrebt. Mit diesem Anspruch

und nicht als ein Staatsunternehmen wird es auch zunehmend in der Öffentlichkeit wahrgenommen.

3. Auch im übrigen weist die Nachprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zum Vorteil des Angeklagten auf. Solche werden auch von der Revision nicht aufgezeigt. 34

II. Die Revision des Angeklagten 35

Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe sich der Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 2 StGB schuldig gemacht, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. 36

Die Feststellungen des Landgerichts tragen die Verurteilung des Angeklagten nach § 299 Abs. 2 StGB auch, soweit Zahlungen an den Mitangeklagten L. nicht nur für "die Weitergabe von Informationen im Vorfeld von Vergabeverfahren", sondern auch dafür geleistet wurden, daß dieser sich bei den zuständigen Entscheidungsträgern für die Produkte der K. GmbH im bahninternen Zulassungsverfahren verwenden, sie von deren technischen Vorteilen überzeugen und Verantwortliche finden sollte, die zur Erprobung der neuen Produkte bereit waren. 37

Das Landgericht hat insoweit festgestellt, daß sich als entscheidendes Hindernis für die Einführung der Produkte der K. GmbH, die allerdings auch noch technischer Verbesserung bedurften, die Zulassungspraxis der Bahn darstellte. Danach erfolgt die bahninterne Zulassung neuer Produkte in zwei Schritten: zum einen ist eine Sicherheitsbescheinigung, zum anderen eine sog. Anwenderbescheinigung, die wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung trägt, erforderlich. Diese Hürde sollte mit Hilfe des Mitangeklagten L. genommen werden. 38

§ 299 Abs. 2 StGB stellt das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils im Rahmen einer Unrechtsvereinbarung, deren Gegenstand und Ziel die zukünftige unlautere Bevorzugung eines anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen ist, unter Strafe. Bevorzugung in diesem Sinne bedeutet dabei die sachfremde Entscheidung zwischen zumindest zwei Bewerbern, setzt also Wettbewerb und Benachteiligung eines Konkurrenten voraus. Hierbei genügt es, wenn die zum Zwecke des Wettbewerbs vorgenommenen Handlungen nach der Vorstellung des Täters geeignet sind, seine eigene Bevorzugung oder die eines Dritten im Wettbewerb zu veranlassen. Der Vorstellung eines bestimmten verletzten Mitbewerbers bedarf es nicht (BGH NJW 2003, 2996, 2997; BGHSt 10, 358, 367 zu § 12 UWG aF; Tiedemann in LK 11. Aufl. § 299 Rdn. 31). 39

Entgegen der Meinung der Revision und der Vorbehalte des Generalbundesanwalts bestehen am Vorliegen einer Wettbewerbslage keine Bedenken. 40

Dem steht nicht entgegen, daß die insoweit von dem Mitangeklagten erwartete Hilfe sich auf die bahninterne Zulassung der Produkte der K. GmbH bezog und das Zulassungsverfahren für sich gesehen nicht durch eine Wettbewerbssituation gekennzeichnet ist. Wie die Revision selbst ausführt, ist die Zulassung unabdingbare Voraussetzung für die Bewerbung um einen Auftrag der Deutschen Bahn AG. Ihr Zweck ist es gerade, den potentiellen Anbieterkreis einzugrenzen. Unmittelbare Folge der Zulassung ist daher die Verbesserung der Wettbewerbssituation des Anbieters der zugelassenen Produkte, und zwar nicht nur gegenüber anderen Konkurrenten, die sich um die Zulassung bemühen, sondern auch gegenüber den Konkurrenten, die bereits eine Zulassung für ihre Produkte innehaben - wie hier die Herstellerfirma der im Urteil erwähnten V.-Schienenbefestigungen -, deren Wettbewerbssituation sich durch das Hinzutreten eines weiteren Konkurrenten mit zugelassenen Produkten verschlechterte. Zwar führt die Zulassung der Produkte nicht schon ohne weiteres zu einer Bevorzugung bei der Auftragsvergabe selbst. Daß aber bereits in der Aufnahme in den Kreis der möglichen Auftragnehmer eine Bevorzugung im Wettbewerb im Hinblick auf das Vergabeverfahren zu sehen ist, zeigt etwa der denkbare Fall, daß der Auftrag gerade demjenigen erteilt wird, der die Zulassung mit unlauteren Mitteln erlangt hat. Daß damit andere Konkurrenten benachteiligt würden, liegt auf der Hand. Dem kann deshalb auch nicht entgegengehalten werden, daß die Zulassung eines weiteren Anbieters nicht zu weniger, sondern zu mehr Wettbewerb führt. Dies träfe nur dann zu, wenn dieser Anbieter seine Position nicht auf unlautere Weise erreicht hätte. Die Frage, ob eine Bevorzugung im Sinne des § 299 Abs. 2 StGB darin gesehen werden kann, daß Hilfe bei der Erlangung für die dem Vergabeverfahren vorgeschaltete Zulassung vereinbart wird, kann daher trotz der organisatorischen Selbständigkeit des bahninternen Zulassungsverfahrens nicht losgelöst von den Auswirkungen für das künftige Vergabeverfahren behandelt werden und ist im Hinblick auf die Verflechtung zwischen dem Zulassungs- und Vergabeverfahren zu bejahen. 41

Soweit der Generalbundesanwalt verfassungsrechtliche Bedenken gegen "die Vorverlagerung der Strafbarkeit" erhoben hat, teilt der Senat diese im Ergebnis nicht. Der Schutzzweck des Gesetzes, der darin gesehen wird, daß nicht nur der redliche Wettbewerb geschützt, sondern "im öffentlichen Interesse den Auswüchsen im Wettbewerb überhaupt gesteuert werden soll" (BGHSt 10, 358, 367 zu § 12 UWG aF), gebietet eine weite Auslegung des Wettbewerbsbegriffs. 42

Diese in ständiger Rechtsprechung vertretene Auslegung hat sich durch die Novellierung der Vorschrift und Verlagerung in das Strafgesetzbuch, die ausschließlich auf redaktionellen Gründen beruht (vgl. BGHSt 46, 310, 316, 317 m.w.N.) nicht geändert und entspricht auch der zivilrechtlichen Rechtsprechung (BGH GRUR 1955, 342 f.; 1984, 823; WRP 1993, 396, 397). 43

Daß die von dem Mitangeklagten L. erwartete und geleistete Bevorzugung unlauter war, ergibt sich schon daraus, daß er zu der Hilfeleistung (mindestens auch) aus sachfremden Motiven, nämlich den vereinbarten Zahlungen veranlaßt werden sollte. 44

Da das Zulassungsverfahren gerade für das spätere Vergabeverfahren von entscheidender Bedeutung ist, ist es auch fernliegend, daß der Angeklagte die Verbesserung der Wettbewerbssituation und die damit verbundene Beeinträchtigung der Position von Mitbewerbern nicht erkannt hat. 45

Auch im übrigen weist das Urteil keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf. 46