

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH 2 StR 328/94, Urteil v. 21.10.1994, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 2 StR 328/94 - Urteil vom 21. Oktober 1994 (LG Bonn)

BGHSt 40, 287; Zulässigkeit von Hilfsbeweisanträgen für bestimmte Rechtsfolgenentscheidung (keine inhaltliche Bezogenheit zwischen der unter Beweis gestellten Behauptungen und der Entscheidung, die Bedingung der Anträge sein soll; Rechtsmissbrauch zum Angebot einer Verfahrensabsprache); Vermögensnachteil im Sinne des Untreuetatbestands bei Überweisung von Haushaltsmitteln an andere Behörde.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 266 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 3 StPO; § 244 Abs. 6 StPO

Leitsätze

1. Hilfsbeweisanträge, die sich nach der zu beweisenden Behauptung gegen den Schuldspruch richten, aber nur für den Fall einer bestimmten Rechtsfolgenentscheidung als gestellt gelten sollen, sind unzulässig. (BGHSt)

2. Ein Nachteil im Sinne des Untreuetatbestands kann dem zu betreuenden Vermögen (hier: der Bundesrepublik Deutschland) dadurch zugefügt werden, dass Haushaltsmittel eines Ministeriums, die mangels Inanspruchnahme einer Ausgabeermächtigung zum Jahresende verfallen würden, unter Verstoß gegen Haushaltsgrundsätze einer anderen Behörde zur Verfügung gestellt werden. (BGHSt)

3. Grundsätzlich bedarf die Ablehnung eines Beweisantrags zwar eines Gerichtsbeschlusses (§ 244 Abs. 6 StPO), der in der Hauptverhandlung noch vor Schluss der Beweisaufnahme zu verkünden ist (§ 35 Abs. 1 StPO). Das gilt aber nicht ausnahmslos. Hilfsbeweisanträge, die für den Fall eines bestimmten Urteilsausspruchs gestellt worden sind, brauchen erst in den Gründen des Urteils beschieden zu werden (st. Rspr., vgl. BGH NJW 1951, 120 f; BGHSt 32, 10, 13; BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 20). (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

1. Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Bonn vom 16. Dezember 1993 wird verworfen.

Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

2. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das bezeichnete Urteil mit den Feststellungen aufgehoben, soweit der Angeklagte vom Vorwurf der Untreue in zwei Fällen (797.000 und 2,79 Mio. DM) freigesprochen worden ist.

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

Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

I.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Bestechlichkeit in sieben Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt; vom weiteren Anklagevorwurf der Untreue in drei Fällen hat es ihn freigesprochen. 1

Gegen dieses Urteil haben sowohl der Angeklagte als auch die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt. Der Angeklagte 2

rügt die Verletzung förmlichen und sachlichen Rechts. Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit Sachrügen gegen die Nichtanordnung des Verfalls der vom Angeklagten durch Bestechlichkeit erlangten Vermögensvorteile und gegen den Freispruch in zwei Fällen des Untreuevorwurfs. Soweit ihr Rechtsmittel dem Freispruch gilt, wird es vom Generalbundesanwalt vertreten.

Die Revision des Angeklagten bleibt ohne Erfolg. Gleiches gilt für das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, soweit es sich gegen die Nichtanordnung des Verfalls richtet; ihre Revision ist dagegen begründet, soweit sie den Freispruch angreift. 3

II.

Die Revision des Angeklagten 4

Der Verurteilung des Angeklagten wegen Bestechlichkeit liegen im wesentlichen folgende Feststellungen zugrunde: 5

Der Angeklagte, Regierungsdirektor im Bundesverteidigungsministerium, war in der Rüstungsabteilung dieses Ministeriums als Referent mit Aufgaben der Beurteilung und Beschaffung von elektronischen Systemen für Kampfflugzeuge befaßt. In den Jahren 1985 bis 1987 nahm er im Zusammenhang mit der Bearbeitung bestimmter Projekte aus diesem Bereich von den daran beteiligten Firmen geldwerte Vorteile an; diese bestanden darin, daß er sich von den Firmen E. und A. kostspielige Urlaubsreisen (drei Kreuzfahrten im Pazifik, im Mittelmeer und in der Karibik sowie drei Flugreisen nach Südafrika) bezahlen und in einem weiteren Fall vom Inhaber der Firma G. zu einem kostenlosen Privataufenthalt auf dessen Fazenda in Brasilien einladen ließ. Diese Zuwendungen hatte er im wesentlichen eingeräumt, jedoch bestritten, sie als Gegenleistung für ein dienstliches Handeln im Sinne der Vorteilsgeber entgegengenommen zu haben. Das Landgericht hat ihn jedoch für überführt erachtet. 6

Seine Revision ist unbegründet. 7

1. Verfahrensrügen 8

a) Die Rüge der Verletzung von Vorschriften des Beweisantragsrechts (§ 244 Abs. 3 und 6 StPO) dringt nicht durch. 9

Die Verteidigung des Angeklagten hatte mehrere Beweisanträge für den Fall gestellt, daß die Strafkammer ihn zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteile, neben Freiheitsstrafe eine zusätzliche Geldstrafe verhängte, Vermögenswerte für verfallen erkläre oder eine "Geldauflage als Bewährungsaufgabe" anordne. Die Beweisbehauptungen betrafen Tatsachen, die unmittelbar ergeben oder mittelbar darauf hindeuten konnten, daß der Angeklagte keine Bereitschaft zur Verletzung seiner Dienstpflichten gezeigt, solche Pflichten nicht verletzt und mit den Vertretern der projektbeteiligten Firmen keine Unrechtsvereinbarung getroffen habe, so daß es an den Voraussetzungen für einen Schuldspruch wegen Bestechlichkeit fehle. Das Gericht führte die beantragten Beweiserhebungen nicht durch. Es erteilte den Hinweis, daß insoweit, als die Beweisanträge für den Fall der Anordnung einer Bewährungsaufgabe gestellt worden seien, Bedenken gegen ihre Zulässigkeit bestünden. Im Anschluß an die Verlesung der Urteilsformel hat es einen Bewährungsbeschuß verkündet, der dem Angeklagten die Zahlung einer Geldbuße von 30.000 DM auferlegt. 10

In den Urteilsgründen wird dazu ausgeführt: Mit der Auferlegung der Geldbuße sei zwar eine der in den Hilfsbeweisanträgen genannten Bedingungen eingetreten; das Gericht habe aber keine Veranlassung, diesen Anträgen nachzugehen. Durch sie werde ein auf die Schuldfrage zielendes Aufklärungsbegehren in unzulässiger Weise mit der in das Ermessen des Gerichts gestellten und (nach § 305 a StPO) nur beschränkt anfechtbaren Entscheidung über die Bewährungsmodalitäten verknüpft. Zulässig sei nach gefestigter Rechtsprechung die Verbindung von Hilfsbeweisanträgen mit Hauptanträgen zum Urteilsausspruch. Außerdem bestehe die Möglichkeit, ein Beweisbegehren von der Verwendung bestimmter Begründungselemente des Schuldspruchs oder dem Eintritt einer bestimmten Prozeßlage abhängig zu machen. Keiner dieser Fälle liege hier vor. Insbesondere könne die Entscheidung über die Anordnung einer Geldauflage nicht Gegenstand eines Hauptantrags sein, da sie Inhalt eines getrennt zu fassenden und zu verkündenden Beschlusses sei (§ 268 a StPO). 11

Die Ablehnung der Beweisanträge war rechens. 12

Der Beschwerdeführer sieht einen Verfahrensfehler schon darin, daß die Strafkammer erst in den Urteilsgründen über die Anträge entschieden hat. Das ist jedoch nicht zu beanstanden. Grundsätzlich bedarf die Ablehnung eines Beweisantrags zwar eines Gerichtsbeschlusses (§ 244 Abs. 6 StPO), der in der Hauptverhandlung noch vor Schluß 13

der Beweisaufnahme zu verkünden ist (§ 35 Abs. 1 StPO). Das gilt aber nicht ausnahmslos. Hilfsbeweisanträge, die für den Fall eines bestimmten Urteilsausspruchs gestellt worden sind, brauchen erst in den Gründen des Urteils beschieden zu werden (st. Rspr., vgl. BGH NJW 1951, 120 f; BGHSt 32, 10, 13; BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 20). Wer einen Beweisantrag für den Fall einer im Bewährungsbeschuß zu treffenden Entscheidung stellt, kann keine frühere Bescheidung verlangen. Da ein Bewährungsbeschuß mit dem Urteil zu verkünden ist (§ 268 a Abs. 1 Halbsatz 2 StPO), muß er zusammen mit dem Urteil beraten werden. Für Beweisanträge, die vom Inhalt eines Bewährungsbeschlusses abhängig sind, gilt insoweit das gleiche wie für Hilfsbeweisanträge, die sich auf den Urteilsausspruch beziehen. In beiden Fällen entscheidet sich erst in der Urteilsberatung, ob die Bedingung eintritt. Demgemäß entsteht die Pflicht zur Bescheidung des Antrags auch in beiden Fällen erst mit dem Zeitpunkt, in dem das Gericht den Verfahrensbeteiligten das Ergebnis der Urteilsberatung durch die Urteilsverkündung bekanntgibt.

Auch die Entscheidung selbst enthält keinen Verfahrensverstoß. Mit Recht hat das Gericht die Anträge für unzulässig 14 erachtet. Dahingestellt bleiben kann, ob - wie die Strafkammer meint - Beweisanträge, die das Beweisbegehren mit einer im Bewährungsbeschuß zu treffenden Entscheidung verknüpfen, allgemein unstatthaft sind. Die Unzulässigkeit der Beweisanträge folgt hier jedenfalls daraus, daß sich die unter Beweis gestellten Behauptungen inhaltlich nicht auf die Entscheidung bezogen, die zur Bedingung der Anträge gemacht worden war; sie zielten nicht auf die Entscheidungsgrundlagen des Bewährungsbeschlusses, sondern auf diejenigen des Schuldspruchs.

Hilfsbeweisanträge, die sich nach der zu beweisenden Behauptung gegen den Schuldspruch richten, nach der vom 15 Antragsteller gewählten Bedingung aber nur für den Fall einer bestimmten Rechtsfolgenentscheidung als gestellt gelten sollen, sind unzulässig. Die Beweisbehauptung muß der Antragsbedingung insofern entsprechen, als sie nicht über den mit der Bedingung beschriebenen Entscheidungsrahmen hinausreichen darf.

Dem Gericht kann nicht abverlangt werden, sich in Umkehrung der sachlogisch vorgegebenen Reihenfolge zunächst 16 über den Inhalt eines möglicherweise zu fassenden Bewährungsbeschlusses schlüssig zu werden, bevor es darüber befindet, ob es zur Schuldfrage Beweis erheben soll oder nicht. Ein darauf gerichtetes Beweisbegehren ist in sich widersprüchlich, weil der Antragsteller damit Ziele verfolgt, die einander ausschließen. Verlangt er Beweiserhebung für den Fall, daß ihm durch Bewährungsbeschuß eine Geldbuße auferlegt wird, so erklärt er damit zugleich, daß er sich mit dem Antrag nicht gegen einen möglichen Schuldspruch zur Wehr setzen will; denn er nimmt dadurch in Kauf, daß ein Schuldspruch ergeht, ohne daß sein Beweisbegehren beschieden oder durch Beweiserhebung erledigt wird. Bringt er aber durch die Wahl der Bedingung zum Ausdruck, daß sein Beweisantrag nicht gegen den Schuldspruch gerichtet ist, so setzt er sich zu diesem Erklärungsgehalt seines Antrags in Widerspruch, wenn er mit dem nämlichen Antrag Beweis über Behauptungen zu erheben verlangt, die - nach der ihnen zugedachten Bestimmung - der Abwehr des Schuldspruchs dienen. Einem solchen Verlangen haftet der Mangel der Ernstlichkeit an. Für die Zulassung derartiger Beweisanträge besteht kein anerkanntes Bedürfnis. Will sich der Antragsteller mit einem Beweisantrag gegen den drohenden Schuldspruch verteidigen, so bleibt es ihm unbenommen, dies Ziel entweder mit einem unbedingten Beweisantrag oder mit einem für den Fall der Verurteilung gestellten Hilfsbeweisantrag zu verfolgen; der Möglichkeit, für den Fall eines Schuldspruchs der Auferlegung einer Geldbuße in einem eventuellen Bewährungsbeschuß entgegenzutreten, begibt er sich dadurch nicht.

Angesichts dieser Rechtslage kann ein solcher Beweisantrag nur den Sinn haben, dem Gericht eine Absprache 17 "anzubieten", bei der die "Leistung" des Antragstellers im Verzicht auf einen Beweisantrag zur Schuldfrage, die vom Gericht dafür erwartete "Gegenleistung" im Verzicht auf die Anordnung der mit der Antragsbedingung bezeichneten Rechtsfolge besteht. Eine solche Absprache wäre unzulässig, da mit ihr eine sachwidrige Verknüpfung hergestellt würde. Für ein Handeln des Antragstellers, das darauf abzielt, eine derartige Absprache zustandezubringen, gilt nichts anderes. Darin liegt ein Mißbrauch der ihm mit dem Beweisantragsrecht verliehenen prozessualen Mitwirkungs- und Gestaltungsbefugnisse.

Die abgelehnten Anträge waren daher unzulässig. Der Grund hierfür liegt in der Verknüpfung von 18 schuldpruchbezogenen Beweisbehauptungen mit einer allein die Rechtsfolgenentscheidung betreffenden Bedingung. Daher stellt sich im vorliegenden Fall nicht die Frage, ob eine Bedingung, die schon als solche unzulässig ist, dazu führt, daß der Antrag als unbedingter zu gelten hat.

b) Die Rügen einer Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) sind ebenfalls unbegründet. Der 19 Beschwerdeführer meint, die Strafkammer hätte die Zeugen H. ("D.") M. und Dr. F. vernehmen müssen, und zwar im wesentlichen zu angeblichen Äußerungen von Repräsentanten zweier beteiligter Firmen, wonach den Zuwendungen an den Angeklagten jeweils nur eine persönlich-zwischenmenschliche Beziehung, nicht aber die Erwartung bestimmter Diensthandlungen zugrundegelegt habe. Zu solcher Beweiserhebung brauchte sich die Strafkammer jedoch nicht gedrängt zu sehen; vor dem Hintergrund des Ergebnisses der bereits durchgeführten Beweisaufnahme hätte der zu erwartende Ertrag der von der Revision vermißten Beweiserhebung in keinem Verhältnis zu dem beträchtlichen, den

Abschluß des Verfahrens erheblich verzögernden Aufwand gestanden, der mit der Vernehmung der im Ausland lebenden Zeugen verbunden gewesen wäre.

2. Sachrügen 20

Die Sachrügen decken Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten nicht auf. 21

a) Der Schuldspruch hält rechtlicher Nachprüfung stand. Die Annahme von Bestechlichkeit in sieben Fällen wird von den Feststellungen getragen. Die Strafkammer hat insbesondere nicht die Anforderungen verkannt, die an die Bestimmtheit der zu entgeltenden Diensthandlungen zu stellen sind. Es reicht aus, daß sich Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer bei der Gewährung und Annahme des Vorteils über die Art der damit vergüteten Dienste einig sind, auch wenn sie keine genauen Vorstellungen davon haben, bei welcher Gelegenheit und in welcher Weise der Amtsträger die Unrechtsvereinbarung einlösen soll (BGHSt 32, 290 ff; BGHR StGB § 332 Abs. 1 Satz 1 Unrechtsvereinbarung 2; BGH StV 1994, 243). So verhielt es sich hier. 22

b) Auch die Strafzumessungserwägungen sind frei von Rechtsfehlern. Die Verneinung milder schwerer Fälle begegnet keinen Bedenken. Bei der Bestimmung des Werts der dem Angeklagten zugeflossenen Vorteile konnte es auf den genauen Betrag nicht ankommen; die Angabe der Größenordnung, in der er lag (weit über 100.000 DM), reichte aus. Widersprüche in den Feststellungen oder Verstöße gegen das Doppelverwertungsverbot (§ 46 Abs. 3 StGB) liegen nicht vor. Ob - wie die Revision meint - die Strafkammer zu Unrecht fünf statt nur vier Dienstpflichtverletzungen angenommen hat, kann offenbleiben; auf einem derartigen Fehler würde der Strafausspruch jedenfalls nicht beruhen; angesichts der maßvollen Strafe ist auszuschließen, daß bei Wegfall einer der Dienstpflichtverletzungen auf eine noch geringere Strafe erkannt worden wäre. 23

III.

Die Revision der Staatsanwaltschaft 24

Die Revision der Staatsanwaltschaft ist teilweise begründet. 25

1. Nichtanordnung des Verfalls von Vermögensvorteilen 26

Die Beschwerdeführerin beanstandet ohne Erfolg, daß bei der Verurteilung des Angeklagten wegen Bestechlichkeit von der Anordnung des Verfalls der ihm hierdurch zugeflossenen Vermögensvorteile abgesehen worden ist. Die Strafkammer hat diese Entscheidung darauf gestützt, daß die Verfallsanordnung in Anbetracht der gesamten Umstände für den Angeklagten eine unbillige Härte darstellen würde (§ 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB); sie hat dies im einzelnen insbesondere damit begründet, daß er infolge der beamtenrechtlichen Auswirkungen von Verfahren und Urteil erhebliche finanzielle Einbußen hinnehmen müsse und die ihm zugutegekommenen Vorteile in seinem Vermögen nicht mehr vorhanden seien. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision gehen fehl; denn sie zeigen nicht auf, daß - was revisionsgerichtlicher Beanstandung zugänglich wäre - die Strafkammer den Begriff der unbilligen Härte verkannt hätte, sondern erschöpfen sich in einer anderen Gewichtung der insoweit maßgeblichen Umstände. Damit kann die Beschwerdeführerin ebensowenig gehört werden, wie wenn sie den Versuch unternähme, bei einer Beanstandung des Strafausspruchs ihre eigenen Zumessungserwägungen an die Stelle der tatrichterlichen Wertung zu setzen. 27

2. Freispruch vom Vorwurf der Untreue 28

a) Dem Angeklagten lag der Vorwurf zur Last, in drei Fällen als Verantwortlicher in einem deckwortgeschützten Vorhaben Mittel des Bundesverteidigungsministeriums unter Verstoß gegen Haushaltsgrundsätze an den Bundesnachrichtendienst (im folgenden BND) überwiesen und dadurch Untreue (§ 266 StGB) zum Nachteil der Bundesrepublik Deutschland begangen zu haben. Die Strafkammer hat ihn insoweit freigesprochen. In einem der drei Fälle (Überweisung von 900.000 DM am 20. Juni 1988) ist der Freispruch nicht angefochten und mithin rechtskräftig. Zu den beiden anderen Fällen hat die Strafkammer im wesentlichen folgendes festgestellt: 29

Bei dem Vorhaben handelte es sich um ein Projekt, das der BND in Zusammenarbeit mit dem Geheimdienst eines Partnerlandes unter dem Deckwort "P." durchführte. Für die Finanzierung dieses Projekts war 1983 eine Beteiligung des Bundesverteidigungsministeriums vereinbart. Dafür wurden im Haushalt des Ministeriums in Kapitel 1420 Titel 55111 jährliche Beiträge von zusammen 5,4 Mio. DM (1983: 0,5, 1984: 0,6, 1985: 1,4, 1986: 1,4 und 1987: 1,5 Mio. DM) bereitgestellt. Die Mittel waren jeweils bedarfsorientiert auf entsprechende Anforderungsschreiben an den BND zu überweisen. Dies zu veranlassen, fiel in die Zuständigkeit des Angeklagten, der als Deckwortverpflichteter insoweit 30

weitgehend alleinverantwortlich war.

Zur Abwicklung schloß der BND über eine Scheinfirma mit dem Unternehmen, das die projektierte Anlage herstellen sollte, einen Grundvertrag. Das Auftragsvolumen von 17,1 Mio. DM erhöhte sich durch spätere Änderungsverträge. Im August 1986 fand im Beisein des Angeklagten die Übergabe der Anlage statt; damit war das Projekt "zunächst abgeschlossen". Es folgten noch Änderungsverträge vom 26. November 1986 über die Lieferung von Ersatzteilen (etwa 1,568 Mio. DM) und vom 3. Februar 1987 (rund 215.000 DM); Verträge über Folgeprojekte kamen erst Ende 1987 (Fernmeldeanlage "Ec.") und Ende 1988 (Erweiterung der "P."-Anlage) zustande. 31

Von Anfang an wurden die vorgesehenen Jahresbeiträge des Bundesverteidigungsministeriums überschritten. Nachdem das Ministerium eine vom BND gewünschte Aufstockung der Mittel auf 3,9 Mio DM für 1985 aus haushaltsrechtlichen Gründen abgelehnt hatte, nahm der Angeklagte die erste, ihm als Untreue zur Last gelegte Handlung vor: 32

Am 8. Oktober 1985 wies er das zuständige Referat für Kassenwesen an, aus noch unverbrauchten Ausgabeermächtigungen des Titels 55111, die zum Jahresende 1985 erloschen wären (sogenannten "Überkippern"), 797.000 DM auf ein Postscheckkonto des BND zu überweisen. Der Angeklagte handelte dabei ohne Beteiligung seiner Vorgesetzten; ein entsprechendes Anforderungsschreiben des BND gab es nicht. Dem BND teilte er mit, daß 600.000 DM für "P." und 197.000 für "W." (ein anderes Projekt) bestimmt seien. Da der BND bei Eingang der Gelder für das laufende Jahr nur im Projekt "W." eine Verwendungsmöglichkeit in Höhe von 46.000 DM sah, wurde der überschießende Betrag zunächst auf ein Verwahrkonto genommen und ging dann in die sogenannte "Betriebsmitteldisposition" des Dienstes (allgemeine Ausgaben) ein; er wurde erst Anfang 1986 für die genannten Projekte haushaltsmäßig verbucht. 33

Im Herbst 1986 bereitete der Angeklagte den zweiten Geldtransfer vor, den ihm die Anklage als Untreuehandlung zur Last gelegt hat. Aus dem genannten Haushaltstitel drohten mit dem Jahresende etwa 2,8 Mio. DM zu verfallen. Um diese "Überkipper" dem BND zukommen zu lassen, gab der Angeklagte einem Beamten des BND den Inhalt eines Anforderungsschreibens vor, wonach die "P."-Anlage wegen zu geringer Erfassungskapazität der Erweiterung bedürfe und hierzu 2,79 Mio. DM erforderlich seien. Nach Eingang dieses Schreibens veranlaßte er unter Mitwirkung von Ministerialbeamten, die über den Sachstand im Projekt "P." nicht informiert waren, daß am 21. November 1986 2,79 Mio. DM aus den "Überkippern" an den BND überwiesen wurden. Der Betrag fand dort, da für projektbezogene Ausgaben im laufenden Jahr nicht benötigt, keine Verwendung und wurde in Verwahrung genommen. Mit einem Mitarbeiter des BND vereinbarte der Angeklagte, daß der Betrag zurücküberwiesen, die Rücküberweisung dann aber unter dem Vorwand eines "Irrtums" rückgängig gemacht werden solle. Dies geschah. Der Angeklagte sorgte dafür, daß der Betrag am 29. Dezember 1986 erneut dem BND überwiesen wurde; dort ging er am 2. Januar 1987 ein und wurde haushaltsmäßig verbucht (nach U.A.S. 94: für "P.", nach U.A.S. 103 f: im Titel "Einnahmen für operationelle Zwecke"). Da der Betrag nicht sogleich projektbezogen verauslagt werden konnte, floß er ebenfalls zunächst in die "Betriebsmitteldisposition" des Dienstes. 34

Im Jahr 1987 wurden für das Projekt "P." noch rund 2,585 Mio. DM ausgegeben. Der Differenzbetrag zu den überwiesenen 2,79 Mio. DM und der für 1987 vorgesehene Jahresbeitrag des Ministeriums von 1,5 Mio. DM wurden in das nächste Haushaltsjahr transferiert und dann projektbezogen verauslagt. 35

b) Die Strafkammer hat den Angeklagten vom Vorwurf der Untreue freigesprochen, da er zwar gegen haushaltsrechtliche Grundsätze und ministeriumsinterne Anordnungen verstoßen habe, der Bundesrepublik Deutschland indessen kein Nachteil im Sinne des § 266 StGB entstanden sei. Die überwiesenen Gelder seien letztlich, wenn auch mit teilweise erheblicher Verzögerung, bestimmungsgemäß verwendet worden. Der durch die außerplanmäßigen Überweisungen verursachte kassenmäßige Überbestand beim BND sei dadurch ausgeglichen worden, daß die Gelder in der "Betriebsmitteldisposition" des Dienstes für allgemeine Zwecke verwendet worden seien. Dies habe die Betriebsmittelabrufe des Dienstes beim Bundeskanzleramt entsprechend gemindert und insoweit zu einer Ersparnis geführt. Auch unter dem Gesichtspunkt der Vermögensgefährdung und Zweckverfehlung liege ein Schaden nicht vor. Mit der Bildung "schwarzer Kassen" lasse sich der entschiedene Fall nicht vergleichen; denn die Zahlungsvorgänge seien als solche verfolgbar und unverschleiert vonstatten gegangen. Die transferierten Mittel hätten den Bereich des eigentlichen Vermögensträgers, also der Bundesrepublik Deutschland, nicht verlassen. 36

c) Der Freispruch des Angeklagten vom Vorwurf der Untreue (§ 266 StGB) in den beiden bezeichneten Fällen der Überweisung von Haushaltsmitteln an den BND (797.000 und 2,79 Mio. DM) hält mit der dafür gegebenen Begründung rechtlicher Prüfung nicht stand. Die Ausführungen, mit denen die Strafkammer zu dem Ergebnis gelangt ist, daß der Bundesrepublik Deutschland durch das Handeln des Angeklagten kein Nachteil im Sinne des Untreuetatbestandes entstanden sei, lassen erkennen, daß sie der Beurteilung dieser Frage nicht den rechtlich zutreffenden Maßstab 37

zugrunde gelegt hat.

Ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB kann dem zu betreuenden Vermögen (hier: der Bundesrepublik Deutschland) dadurch zugefügt werden, daß ein Beamter Haushaltsmittel eines Ministeriums, die mangels Inanspruchnahme einer Ausgabeermächtigung zum Jahresende verfallen würden, unter Verstoß gegen Haushaltsgrundsätze einer anderen Behörde zur Verfügung stellt. 38

Dabei ist davon auszugehen, daß allein die Vorschriftswidrigkeit solchen Verhaltens noch keinen Vermögensnachteil begründet. Es genügt daher nicht, daß der so handelnde Täter gegen Vorschriften des Haushaltsrechtes verstößt, insbesondere dem Grundsatz der sachlichen und zeitlichen Bindung der haushaltsmäßig bewilligten Mittel zuwiderhandelt (§ 45 Abs. 1 Satz 1 BHO) oder das Gebot außer acht läßt, Ausgaben nur soweit und nicht eher zu leisten, als sie zur wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung erforderlich sind (§ 34 Abs. 2 Satz 1 BHO). Auch ist es nicht ohne weiteres als Vermögensschaden zu werten, daß auf diese Weise nicht verbrauchte Mittel ihrer Bestimmung entzogen werden, da sie bei ordnungsgemäßigem Ablauf verfallen wären und dem Bundesfinanzministerium für die Neuvergabe zu anderen, für vordringlich erachteten Zwecken, zur Schuldentilgung oder zur Verminderung der Nettokreditaufnahme (vgl. § 25 Abs. 2 Satz 1 BHO) zur Verfügung gestanden hätten. Nicht jede zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel führt bereits einen Vermögensnachteil herbei (BGH NStZ 1984, 549 f = wistra 1985, 69 f m. w. N.). Werden etwa solche Mittel für die Erfüllung von Aufgaben verwendet, die der Vermögensträger gleichfalls wahrnehmen muß, und erspart dies die sonst unumgängliche Inanspruchnahme anderweitiger, dafür im Haushaltsplan bewilligter Mittel, so bedeutet die Fehlleitung der Mittel noch keinen Vermögensnachteil (BGH, Urt. v. 3. November 1953 - 5 StR 161/53 - S. 11 f). 39

Begründet hiernach weder die Beeinträchtigung des Verfügungsrechts anderer noch die Zweckwidrigkeit der Mittelverwendung schon in jedem Fall einen Vermögensnachteil, so ist entscheidend, ob das Handeln des Täters die Zuordnung der Mittel in einer Weise verändert, daß - bei wirtschaftlicher Betrachtung - das Vermögen des Vermögensträgers gemindert ist. Daß diese Frage bejaht werden muß, wo öffentliche Mittel durch Fehlleitung Dritten zugewendet werden, ohne daß dem bisherigen Vermögensträger daraus ein wirtschaftlich gleichwertiger Vorteil erwächst, versteht sich von selbst. Das gilt für alle Fälle nutzloser Ausgaben, insbesondere für eine Mittelverwendung, die aus dem Bereich der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben herausfällt. 40

Die hier in Rede stehenden Überweisungen änderten allerdings insofern nichts an der Zuordnung der überwiesenen Mittel, als der Rechtsträger des Vermögens derselbe blieb. Die Mittel befanden sich nach wie vor dem Transfer, sowohl beim Bundesverteidigungsministerium als auch beim BND, im Vermögen der Bundesrepublik Deutschland. Das Gesamtvermögen des Bundes bildet eine Einheit; es wird durch die Aufteilung des Gesamthaushalts in die Einzelhaushalte der verschiedenen Verwaltungszweige (§ 13 Abs. 1 und 2 Satz 1 BHO) nicht etwa in rechtlich selbständige Zweckvermögen aufgespalten. Damit scheidet aber die Möglichkeit, daß der Bundesrepublik Deutschland durch die nur "haushaltstechnische Verlagerung" der Mittel ein Vermögensschaden entstanden ist, nicht von vornherein aus. Der Vermögensträger kann auch geschädigt sein, ohne daß der Täter die rechtliche Zuordnung der betreffenden Mittel verändert hat. Dies entspricht dem Grundsatz, daß die Frage des Vermögensschadens unter Zugrundelegung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu beurteilen ist, und wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu anderen Fällen, in denen ebenfalls kein Wechsel in der rechtlichen Zuordnung vorliegt, bestätigt: das gilt etwa für Vermögensgefährdung durch einzelne Buchungsvorgänge (vgl. RG JW 1926, 586; BGHSt 6, 115, 117; dazu Lackner in LK 10. Aufl. § 263 Rdn. 249), durch insgesamt unordentliche, den Vermögensstand verschleiernde Buchführung (sehr weitgehend: RGSt 77, 228; einschränkend: BGHSt 20, 304; BGH GA 1956, 121; BGH, Urt. v. 27. November 1956 - 5 StR 310/56 - S. 9 f; Urt. v. 15. Dezember 1981 - 5 StR 603/81; dazu Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 24. Aufl. § 266 Rdn. 45; Hübner in LK 10. Aufl. § 266 Rdn. 97, jeweils m. w. N.) oder durch Bildung von "schwarzen Kassen" (vgl. RGSt 71, 155; 75, 227; BGH GA 1956, 121, 154; BGH, Urt. v. 28. September 1954 - 5 StR 203/54, Urt. v. 8. Oktober 1957 - 1 StR 310/57; dazu Hübner aaO Rdn. 98; Neye NStZ 1981, 369, 371). 41

Die vom Angeklagten veranlaßten Überweisungen können daher - wiewohl die überwiesenen Gelder im Vermögen desselben Rechtsträgers verblieben sind - der Bundesrepublik Deutschland einen Vermögensschaden in der Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung zugefügt haben. Dies setzt eine konkrete Gefährdung ihres Vermögens voraus, angesichts derer mit dem alsbaldigen Eintritt eines entsprechenden endgültigen Schadens zu rechnen war (BGHSt 21, 112 f; Lackner, StGB 20. Aufl. § 266 Rdn. 40). Eine solche Gefährdung käme in Frage, wenn der Mitteltransfer im Einvernehmen der Beteiligten dazu dienen sollte und diente, dem BND die Möglichkeit zu verschaffen, nach seinem Gutdünken eigenmächtig und unkontrolliert über die überwiesenen Gelder zu verfügen, sie etwa zur - haushaltsmäßig nicht berücksichtigten - Förderung oder Erweiterung eines bestimmten Projekts zu verwenden, sie für die Verfolgung allgemeiner "operationeller Zwecke" einzusetzen oder sie - nach Art einer "schwarzen Kasse" zeitweise als geheimen, keiner Zweckbindung unterliegenden Dispositionsfonds zu nutzen, aus dem, je nach selbsteingeschätztem "Bedarf", künftig Mittel für erst noch zu bestimmende Zwecke entnommen werden könnten. 42

Unter solchen Umständen hätte die Gefahr nahegelegen, daß mit der vorhandenen Verfügungsmasse Ausgaben auch unter Vernachlässigung des Gebots wirtschaftlicher und sparsamer Verwaltung (§ 34 Abs. 2 Satz 1 BHO) ohne zwingenden Grund gemacht werden würden. Dies gilt um so mehr, als geheimdienstliche Tätigkeit nur beschränkt kontrollierbar ist und ein Verauslagungsdruck dadurch entsteht, daß nicht zweckgebundene und als solche verbuchte Mittel nur ausnahmsweise in den Folgehaushalt des nächsten Jahres übertragen werden können (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BHO). Unter diesen Voraussetzungen hätte die Überweisung der Mittel einen Vermögensschaden in der Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begründet. Angesichts der Tatsache, daß die beschränkte Gesamtmenge der verfügbaren öffentlichen Finanzmittel des Bundes regelmäßig nicht den Bedarf zu decken vermag, der ihm aus der Wahrnehmung seiner vielfältigen Aufgaben erwächst, wäre damit bewirkt worden, daß die transferierten Mittel an anderer Stelle fehlten, also nicht für diejenigen Zwecke verfügbar waren, für die sie sonst hätten eingesetzt werden können und müssen.

Die Strafkammer hat die Frage des Vermögensschadens nicht unter allen hiernach maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkten geprüft. Die Feststellungen geben keinen eindeutigen Aufschluß darüber, wozu die transferierten Mittel dem BND nach der Vorstellung der an den Überweisungsvorgängen Beteiligten dienen sollten und dienen. Die Möglichkeit, daß der BND auf diese Weise im Umfang des bei ihm entstehenden kassenmäßigen Überbestands eine frei und nach Belieben verwendbare Verfügungsmasse erhalten sollte und auch erhielt, ist nach dem festgestellten Sachverhalt nicht ausgeschlossen. Feststellungen zur Zuordnung der an das projektausführende Unternehmen geleisteten Zahlungen nach Grund und Fälligkeit fehlen. Ähnlich verhält es sich mit den Angaben über die Verwendung der transferierten Mittel. Die Strafkammer stellt zwar pauschal fest, daß sämtliche Mittel - mit teilweise erheblicher Verzögerung - für das Projekt "P." verauslagt wurden, behebt aber nicht die sich aufdrängenden Zweifel daran, ob dies auch von vornherein beabsichtigt und tatsächlich Zweck der Überweisungen war. Es fällt auf, daß die Ausgaben des BND für dieses Projekt im Jahre 1987 (2,585 Mio. DM) noch hinter dem um die Jahreswende 1986/1987 überwiesenen Betrag (2,79 Mio. DM) zurückblieben, wobei der im Haushalt für 1987 bewilligte Beitrag des Ministeriums (1,5 Mio. DM) in das nächste Jahr übertragen, also 1987 nicht einmal teilweise in Anspruch genommen wurde. Das bedarf der Erklärung. Gleiches gilt für die Frage, wieso für das Projekt "P." 1987 noch ein Betrag von 2,585 Mio. DM gezahlt werden mußte, obgleich das Projekt im August 1986 "zunächst abgeschlossen" war, die beiden danach geschlossenen Änderungsverträge lediglich ein Auftragsvolumen von etwa 1,784 Mio. DM erreichten und Folgeprojekte erst Ende 1987 und Ende 1988 vereinbart wurden. 43

Die Strafkammer hat überdies bei der Prüfung der Frage des Schadens nicht auf den dafür maßgeblichen Zeitpunkt abgestellt. Maßgebend war der Zeitpunkt, zu dem die überwiesenen Gelder beim BND eintrafen und dort - über Verwahrkonten - mangels projektbezogener Verwendungsmöglichkeit in die "Betriebsmitteldisposition" des Dienstes gingen. Hatte der Transfer der Mittel vom Haushalt des Bundesverteidigungsministeriums zur Betriebsmittelebene des BND eine schadensgleiche Vermögensgefährdung bewirkt, dann war damit der Nachteil im Sinne des § 266 StGB entstanden, der objektive Straftatbestand also erfüllt. Entgegen der Ansicht des Tatgerichts ist insoweit unerheblich, daß die Gelder später für Betriebsmittelausgaben verwendet wurden, dies zu einer entsprechenden Minderung der Betriebsmittelabrufe beim Bundeskanzleramt führte und dadurch Aufwendungen erspart wurden, die in jedem Falle zu machen gewesen wären. Erst recht kam es nicht darauf an, daß die Gelder zu einem noch späteren Zeitpunkt projektbezogen verauslagt wurden. Bei beiden Vorgängen handelte es sich, wenn schon der Nachteil entstanden war, lediglich um nachträgliche Schadenswiedergutmachung, die den bereits verwirklichten Straftatbestand unberührt ließ. 44

Die Sache muß nach alledem, soweit es den angefochtenen Teil des Freispruchs betrifft, unter Beachtung der aufgezeigten rechtlichen Maßstäbe neu verhandelt und entschieden werden. 45