

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH 5 StR 138/01, Urteil v. 21.03.2002, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 5 StR 138/01 - Urteil vom 21. März 2002 (LG Hildesheim)

BGHSt 47, 260; Amtsträger (Entscheidungszuständigkeit; fachliche Zuarbeiten); Bestechlichkeit (Schmiergeldzahlungen bei der Vorbereitung einer Ermessensentscheidung); Verfall; Vermögensvorteil (bestandskräftige Festsetzung der Steuer); Erlangtes; Diensthandlung (Pflichtwidrigkeit bei Abwägungsentscheidungen); notwendige Verteidigung (Anwesenheit; absoluter Revisionsgrund); Sitzungsprotokoll (Verteidiger im funktionellen Sinne); steuerliches Abzugsverbot; Sinn und Zweck des Verfalls als reine Vorteilsabschöpfung (Verhältnis zur Strafe; Bruttoprinzip; Unmittelbarkeit)

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73c StGB; § 332 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 334 StGB; § 338 Nr. 5 StPO; § 231c StPO; § 274 StPO; § 35 BauGB

Leitsätze

1. Ein Amtsträger ohne eigene Entscheidungszuständigkeit erfüllt den Tatbestand der Bestechlichkeit, wenn er sich als fachlicher Zuarbeiter durch Schmiergeldzahlungen bei der Vorbereitung einer Ermessensentscheidung beeinflussen lässt; insoweit gelten für ihn gleichermaßen die für einen Ermessensbeamten entwickelten Grundsätze. (BGHSt)

2. Ist für einen dem Verfall unterliegenden Vermögensvorteil die Steuer bestandskräftig festgesetzt worden, so ist dies bei der zeitlich nachfolgenden Anordnung des Verfalls zu berücksichtigen. (BGHSt)

3. Zur Bestimmung des Erlangten im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB bei der Bestechung. (BGHSt)

4. Bei Entscheidungen, die wie die bauplanerische Beurteilung nach § 35 BauGB oder die Aufstellung eines Bebauungsplans eine planerische Abwägung voraussetzen, ergibt sich die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung schon daraus, daß der Amtsträger sachwidrige Erwägungen in den Entscheidungsprozess einfließen lässt. Insoweit gelten für die planerische Abwägung dieselben Grundsätze, die der Bundesgerichtshof für Ermessensentscheidungen aufgestellt hat (vgl. BGHR StGB § 332 Abs. 1 Satz 1 Unrechtsvereinbarung 5). (Bearbeiter)

5. Für verfallen erklärte Vermögenswerte können grundsätzlich steuermindernd geltend gemacht werden. Es besteht kein steuerliches Abzugsverbot nach § 12 Nr. 4 EStG. Für die Verfallsanordnung nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB a.F. hat der Bundesfinanzhof den Strafcharakter verneint und grundsätzlich einen Abzug zugelassen (BFHE 192, 64, 71). Dies gilt auch für die erfolgte Neuregelung des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB, die nunmehr die gesamten vereinnahmten Gelder dem Verfall unterwirft (sog. Bruttoprinzip). (Bearbeiter)

6. Die Einführung des Bruttoprinzips modifizierte nur den Berechnungsmodus, ließ aber den Rechtscharakter des Verfalls an sich unberührt (BGH NJW 1995, 2235). Der Verfall selbst verfolgt keinen Strafzweck, sondern dient allein der Abschöpfung des durch die Straftat erlangten Vorteils. Zwischen der Anordnung des Verfalls und der Verhängung einer Strafe besteht grundsätzlich keine innere Wechselbeziehung (BGH NSTZ 2001, 312; 2000, 137; vgl. auch BGHR StGB § 73d Strafzumessung 1). (Bearbeiter)

7. Es wäre mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, wenn für eine Abschöpfungsmaßnahme der Bruttobetrag des erlangten Gewinns zugrunde gelegt, umgekehrt aber der volle Bruttobetrag besteuert würde. Eine Doppelbelastung, die in der Abschöpfung des Erlangten und zugleich in dessen Besteuerung besteht, muss grundsätzlich auch beim Verfall vermieden werden. (Bearbeiter)

8. Ist das Besteuerungsverfahren bereits abgeschlossen, kann eine Berücksichtigung der Steuerzahlungen zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Doppelbelastung des Angeklagten nur noch im Strafverfahren im Rahmen der Entscheidung über den Verfall stattfinden. Maßgebend dafür, in welchem Verfahren die zur Vermeidung einer Doppelbelastung notwendige Abgleichung stattzufinden hat, ist die zeitliche Abfolge.

(Bearbeiter)

Entscheidungstenor

1. Die Revision des Angeklagten S gegen das Urteil des Landgerichts Hildesheim vom 15. Juni 2000 wird verworfen. Er trägt die Kosten seines Rechtsmittels. 2. Auf die Revisionen des Angeklagten J und der Staatsanwaltschaft wird das vorbezeichnete Urteil im Ausspruch über den Verfall aufgehoben; im übrigen wird die Revision des Angeklagten J verworfen. 3. Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft wird verworfen. Die Staatskasse trägt die Kosten der Revision der Staatsanwaltschaft und die dem Angeklagten J insoweit entstandenen notwendigen Auslagen. 4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision des Angeklagten J, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten S wegen Bestechlichkeit in drei Fällen, Vorteilsannahme in zwei Fällen und Steuerhinterziehung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. 1

Den Angeklagten J hat es wegen Bestechung schuldig gesprochen und gegen ihn eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verhängt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Weiterhin hat das Landgericht diesen Angeklagten wegen Steuerhinterziehung mit einer gesonderten Geldstrafe in Höhe von 100 Tagessätzen belegt. Gegen beide Angeklagte hat es den Verfall des Wertersatzes angeordnet und zwar hinsichtlich des Angeklagten S in Höhe von 220.000 DM und hinsichtlich des Angeklagten J in Höhe von 6.575.000 DM. Beide Angeklagte haben gegen dieses Urteil Revision eingelegt. Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrem zu Ungunsten des Angeklagten J geführten Rechtsmittel, das vom Generalbundesanwalt vertreten wird, gegen die aus ihrer Sicht zu geringe Höhe des angeordneten Verfalls. 2

Das Rechtsmittel des Angeklagten J und die Revision der Staatsanwaltschaft führen hinsichtlich des angeordneten Verfalls zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils. Im übrigen sind die Revisionen unbegründet. 3

I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts hat der Angeklagte S der bis 1995 Bauamtsleiter, danach Leiter des Ordnungs- und Sozialamtes der Stadt Hemmingen war, im Zusammenhang mit seiner Funktion Schmiergeldzahlungen erhalten. Der Verurteilung liegen folgende Einzelfälle zugrunde: 4

1. Der Zeuge G, ein langjähriger Freund des Angeklagten S, betrieb eine Gärtnerei im Außenbereich von Hemmingen. Diese wollte er insbesondere durch den Ausbau seines Gewächshauses sowie durch die Schaffung zusätzlichen Parkraumes erweitern. Dieses Vorhaben wurde zunächst durch den Landkreis Hannover als der zuständigen Behörde im Februar 1992 abgelehnt. Der Angeklagte S hatte sich intern nachhaltig für die Realisierung des Vorhabens eingesetzt, das schließlich nach erheblichen Differenzen innerhalb der Gemeinde und mit anderen Behörden am 13. August 1997 endgültig genehmigt wurde. Vorgegangen waren mehrere Beschlüsse über die Aufstellung von Flächennutzungs- und Bebauungsplänen, die jeweils vom Angeklagten S vorbereitet wurden. Der Angeklagte erhielt im Jahre 1994 in drei Teilzahlungen Beträge (nach den Feststellungen des Landgerichts jedenfalls mindestens) in Höhe von insgesamt 20.000 DM als zinsloses Darlehen. Der Angeklagte hatte während der gesamten Zeit G die wesentlichen behördeninternen Vorgänge zur Kenntnis gebracht und für ihn Schreiben in dieser Angelegenheit vorformuliert. Dabei war dem Angeklagten S wie auch G klar, daß die Darlehen im Hinblick auf die Hilfestellung bei der Erlangung der Baugenehmigung ausgereicht werden würden. Dieses Verhalten des Angeklagten S hat das Landgericht als Bestechlichkeit im Sinne des § 332 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB a.F. gewertet. 5

2. Die Ausweisung des Plangebiets "Arnum" war seit Ende 1991 in der Stadt Hemmingen in der Diskussion. Der Angeklagte J, ein Immobilienkaufmann, vereinbarte im Oktober 1991 mit dem Zeugen No eine Option, wonach dessen aus Ackerland bestehendes Grundstück mit 52.000 m² zu einem Quadratmeterpreis von 90 DM bindend angeboten wurde. Mit dem Zeugen R schloß der Angeklagte J im Jahre 1993 einen Kaufvertrag über den Ankauf von 12.000 m² Ackerland, die ebenfalls Bauerwartungsland waren, zum Preis von 95 DM/m². Der Angeklagte S wirkte im Planungsverfahren maßgeblich auf die Ausweisung des Gebiets "Arnum Nr. 31 C" als allgemeines Wohngebiet hin. Letztlich kam es jedenfalls teilweise zu einer Ausweisung dieses Gebietes als allgemeines Wohngebiet im Bebauungsplan "Arnum Nr. 31 C", der dann im letzten Abschnitt am 5. Juli 1996 rechtsaufsichtlich genehmigt wurde. Der Angeklagte S erhielt vom Mitangeklagten J in mehreren Raten 1995 - jeweils abgewickelt über Scheinrechnungen des G - einen Betrag in Höhe von insgesamt 215.000 DM. Der Angeklagte J konnte aufgrund der stetigen Verfestigung 6

der Planung und schließlich der Ausweisung des Gebiets im Bebauungsplan als allgemeines Wohngebiet erhebliche Wiederverkaufsgewinne realisieren. Das Landgericht hat die Einflußnahme des Angeklagten S im Rahmen der Aufstellung des, Bebauungsplanes als rechtswidrig erachtet und diesen Angeklagten wegen Bestechlichkeit nach § 332 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB a.F., den Angeklagten J wegen Bestechung nach § 334 Abs. 1 StGB a.F. verurteilt.

3. Der Angeklagte S war auch mit der Aufstellung des Bebauungsplans "Devese Nr. 13" befaßt. Im Nachgang hierzu verhandelte der Angeklagte mit den Grundstückseigentümern B und Eb, die er zudem im Hinblick auf den anstehenden Verkauf ihrer - jetzt als Bauland ausgewiesenen - Ackerflächen beriet. Nachdem er den Zeugen seine angespannte finanzielle Situation geschildert hatte, erhielt der Angeklagte S im Herbst 1994 von B und Eb etwa 32.000 DM, wobei diese pro Quadratmeter der verkauften Grundstücke 1 DM an den Angeklagten S zahlten. Der Zeuge B gewährte dem Angeklagten S weiterhin noch ein Darlehen in Höhe von 15.000 DM. Das Landgericht hat den Angeklagten S insoweit wegen Vorteilsannahme verurteilt. 7

4. Der Zeuge B verfügte über erhebliche Ackerlandflächen innerhalb des Plangebietes "Devese Nr. 15". Die Gemeinde beabsichtigte, in diesem Bereich ein Gewerbegebiet zu schaffen. In diesem Zusammenhang führte der Angeklagte S mit dem Zeugen B Verhandlungen über einen Verkauf dieses Grundstücks. In der Folgezeit bat der Angeklagte S unter Verweis auf seine schlechte finanzielle Situation den Zeugen B um die Gewährung eines Darlehens. Der Zeuge B gab ihm aber im Frühjahr 1998 lediglich ein Darlehen in Höhe von 5.000 DM. Nach dem der Verkauf der Flächen an die Gemeinde Hemmingen realisiert worden war, verlangte der Angeklagte S von dem Zeugen B unter Verweis auf eine entsprechende Verabredung 1 DM pro verkauften Quadratmeter, mithin insgesamt 123.782 DM. Zu einer Auszahlung durch B kam es jedoch nicht. Da das Landgericht bei den Zahlungen keinen Bezug zu rechtswidrigen Diensthandlungen feststellen konnte, hat es den Angeklagten S insoweit nur wegen Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB verurteilt. 8

5. Der Zeuge No beabsichtigte, auf seinem Grundstück eine Mehrzweckhalle zu errichten. Dabei kam es zu einem Konflikt wegen der geplanten Trasse einer Umgehungsstraße der B 3. Mit diesem Verfahren war der Angeklagte S im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit befaßt. Der Zeuge No hatte dem Angeklagten S im Juni 1996 ein zinsloses Darlehen über 15.000 DM und im September 1996 ein weiteres in Höhe von 10.000 DM gewährt. In der Folgezeit beglich der Angeklagte diese Darlehensverbindlichkeiten nicht. Um den Zeugen No zur weiteren Stundung der Darlehensforderung und zur Auszahlung zusätzlicher Darlehen zu veranlassen, wandte sich der Angeklagte S im Oktober 1998 an die Zeugin I, der er in seiner Eigenschaft als Leiter des Amts für Wirtschaftsförderung empfahl, ihr Grundstück an den Zeugen No zu verkaufen. Einen vom Angeklagten S vorformulierten Brief, in dem Frau I ein konkretes Angebot gemacht wurde, unterschrieb der Zeuge No. Seinen Vorgesetzten spiegelte der Angeklagte S vor, die Initiative, Frau I zum Verkauf des Grundstücks zu veranlassen, gehe auf das Autobahnneubauamt Hannover zurück. Der Zeuge No zeichnete den Brief in der Hoffnung ab, so zu einem möglichst günstigen Grundstückskauf zu gelangen. In dem bewußt wahrheitswidrigen Vermerk über den angeblichen Vorschlag des Autobahnneubauamtes hat das Landgericht eine pflichtwidrige Handlung gesehen und auch insoweit den Angeklagten wegen Bestechlichkeit nach § 332 Abs. 1 StGB a.F. verurteilt. 9

6. Der Angeklagte S verschwieg in seiner am 31. Mai 1996 abgegebenen Einkommensteuererklärung für das Steuerjahr 1995 die ihm von dem Mitangeklagten J zugewandten Beträge in Höhe von 215.000 DM. Dadurch verkürzte er Einkommensteuer in Höhe von etwa 70.000 DM. 10

7. Der Angeklagte J löste für den Veranlagungszeitraum 1995 die Rückstellung von Erschließungskosten nicht auf, obwohl die Erschließungsarbeiten abgeschlossen waren. Da insoweit ein außerordentlicher Ertrag hätte erklärt werden müssen, wurde das zu versteuernde Einkommen um den Betrag von 23.000 DM zu niedrig angegeben. Hierdurch ist eine Steuerverkürzung in Höhe von 7.430 DM eingetreten. 11

Das Landgericht hat bei dem Angeklagten S wegen der erhaltenen Geldzahlungen in Höhe von 220.000 DM den Verfall des Wertersatzes angeordnet. In Höhe von 25.000 DM hat es nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB einen Abzug vorgenommen, weil dieser Betrag sich nicht mehr im Vermögen des Angeklagten S befindet. Bei dem Angeklagten J hat es als Wertersatz circa 6,5 Mio. DM für verfallen erklärt. Es hat diesen Betrag ermittelt, indem es von dem Verkaufspreis der später als Bauland ausgewiesenen Grundstücke deren Anschaffungskosten (einschließlich Nebenkosten) in Abzug gebracht hat. 12

II.

Die Revisionen führen lediglich im Ausspruch über den Verfall hinsichtlich des Angeklagten J zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils. Im übrigen bleiben sie ohne Erfolg. 13

1. Die Überprüfung des Urteils aufgrund der nicht ausgeführten Sachrüge des Angeklagten S hat keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil ergeben. 14
- a) Das Landgericht hat in den ausgerichteten Bestechlichkeitsfällen jeweils zutreffend die auf eine rechtswidrige Handlung gerichtete Unrechtsvereinbarung bestimmt. 15
- aa) Der Senat kann dabei dahinstehen lassen, ob die hier maßgeblichen baurechtlichen Entscheidungen (Erteilung der Baugenehmigung und Erlaß eines Bebauungsplans) materiell rechtswidrig waren. Hierauf kommt es für die Frage der Tatbestandserfüllung im Rahmen der Bestechlichkeit nach § 332 StGB nicht an. 16
- Bei Entscheidungen, die - wie die bauplanerische Beurteilung nach § 35 BauGB oder die Aufstellung eines Bebauungsplans - eine planerische Abwägung voraussetzen, ergibt sich die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung schon daraus, daß der Amtsträger sachwidrige Erwägungen in den Entscheidungsprozeß einfließen läßt. Insoweit gelten für die planerische Abwägung dieselben Grundsätze, die der Bundesgerichtshof für Ermessensentscheidungen aufgestellt hat (vgl. BGHR StGB § 332 Abs. 1 Satz 1 Unrechtsvereinbarung 5). 17
- Das Landgericht hat dabei den Angeklagten S selbst, obwohl er formal nicht Entscheidungsträger war, zutreffend als einen Beamten mit Ermessensspielraum angesehen. Insoweit ist ausreichend, daß der jeweilige Beamte aufgrund seiner Kompetenz, derentwegen er auch in die Entscheidungsfindung einbezogen wird, über eine jedenfalls praktische Einflußnahmemöglichkeit verfügt (vgl. Fuhrmann GA 1960, 105, 107). Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn der Beamte lediglich ohne eigenen Wertungsspielraum Material zusammenstellt für die Entscheidung anderer (BGH GA 1959, 374). Hier hatte der Angeklagte S schon aufgrund seiner Stellung als Leiter des Bauamtes bzw. später des Wirtschaftsförderungsamtes erheblichen Einfluß. Ihm oblag gerade die fachliche und rechtliche Beratung der Entscheidungsträger. 18
- Das Landgericht hat die Pflichtwidrigkeit der Handlungen des Angeklagten S aus den vielfältigen Verletzungen seiner Verschwiegenheitspflicht, indem er interne Vermerke an die Geldgeber weitergab sowie aus seiner Distanzlosigkeit und Einseitigkeit, die in dem Verfassen von Schreiben und Anträgen - die von ihm selbst zu bearbeiten waren - zum Ausdruck kam, gefolgert. Es hat weiterhin eine Pflichtwidrigkeit darin gesehen, daß der Angeklagte S - um die Entscheidungsfindung in seinem Sinne und damit in dem seiner Geldgeber zu beeinflussen - auch inhaltlich unzutreffende Vermerke gefertigt hat, um seine Vorgesetzten, den Gemeinderat oder die Aufsichtsbehörden zu täuschen. Diese Bewertung der Handlungen des Angeklagten S stützt das Landgericht auf eine ausreichende tatsächliche Grundlage. Dies läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. 19
- Nach § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB reicht es zudem bereits aus, wenn sich der Beamte im Hinblick auf künftige Diensthandlungen bereit gezeigt hat, sich bei der Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen zu lassen (vgl. BGHR StGB § 334 Abs. 3 Nr. 2 Unrechtsvereinbarung 1). Auch diese Voraussetzung hat das Landgericht für die beiden Fallkomplexe zutreffend bejaht. Jeweils nachdem dem Angeklagten insoweit ein Vorteil zugewandt worden war, folgten weitere Handlungen, in denen der Angeklagte S wiederum im Interesse seiner Geldgeber tätig wurde. Diesem Umstand durfte das Landgericht im Rahmen der Beweiswürdigung ebenso Gewicht beimessen wie der Tatsache, daß der Angeklagte S bei denjenigen, denen er Vorteile zukommen ließ, immer wieder auf diese hinwies und das zum Anlaß nahm, weitere finanzielle Leistungen zu verlangen. 20
- bb) In dem Anschreiben an die Zeugin I, der ein unrichtiger Vermerk in den Akten über eine tatsächlich nicht erfolgte Verkaufsanregung des Autobahnneubauamtes zugrundelag, hat das Landgericht ebenfalls zutreffend eine pflichtwidrige Diensthandlung gesehen. Abgesehen davon, daß schon allein dieser wahrheitswidrige Vermerk pflichtwidrig war, hat der Angeklagte unter Mißbrauch seiner Amtsstellung die Zeugin I zum Verkauf ihrer Grundstücke veranlassen wollen. Diese Leistung war auch Gegenstand der Unrechtsvereinbarung mit dem Zeugen No, weil sie die Gegenleistung für die weitere Stundung der noch offenen Darlehensverpflichtung bildete. 21
- b) Hinsichtlich des Tatvorwurfs der Bestechlichkeit im Zusammenhang mit der Erteilung, der Baugenehmigung für die Erweiterung des Gartencenters G ist keine Verjährung eingetreten. Zwar hat der Angeklagte S nach den Feststellungen des Landgerichts bereits seit Anfang der 90er Jahre Geldzahlungen von G angenommen und jedenfalls seit diesem Zeitpunkt lief auch das Baugenehmigungsverfahren. Aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ist jedoch auch mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, daß die Verurteilung des Landgerichts sich allein auf die Gewährung zinsloser Darlehen im Jahre 1994 in Höhe von insgesamt 20.000 DM bezog. Der Umstand, daß die Strafkammer die vorangegangene Zeit strafrechtlich unberücksichtigt gelassen hat, beschwert den Angeklagten ebensowenig wie die rechtliche Beurteilung der Geldzahlungen als eine einheitliche Tat (vgl. BGH NSTZ-RR 1998, 269 m.w.N.). Sämtliche Zahlungen stehen nämlich jeweils in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit pflichtwidrigen 22

Einflußnahmen des Angeklagten S zum Zwecke der Herbeiführung der Erteilung einer Baugenehmigung für das Gartencenter.

Hinsichtlich dieses Tatkomplexes wurde die Verjährung jedenfalls spätestens durch den Haftbefehl vom 22. Dezember 1998 rechtzeitig unterbrochen. 23

c) Die Anordnung des Verfalls des Wertersatzes in Höhe von 220.000 DM gegen den Angeklagten S begegnet gleichfalls keinen durchgreifenden Bedenken. Das Landgericht hat insbesondere die Voraussetzungen des § 73c StGB rechtsfehlerfrei geprüft. Die Berücksichtigung einer etwaigen Steuerlast, die auf dem Schmiegeld ruhte, kam schon deshalb nicht in Betracht, weil das Besteuerungsverfahren für dieses Veranlagungsjahr noch nicht rechtskräftig abgeschlossen war. 24

2. Die Revision des Angeklagten J hat im Hinblick auf den angeordneten Verfall Erfolg. Im übrigen ist sie unbegründet. 25

a) Die Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg. 26

aa) Die Aufklärungsrüge ist nicht ordnungsgemäß ausgeführt (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Die Revision bringt vor, das Landgericht hätte die nach den Ergebnissen der Betriebsprüfung geänderten Einkommen- und Gewerbesteuerbescheide verlesen müssen. Sie verschweigt aber, daß die Strafkammer den Steuerberater des Angeklagten J, den Betriebsprüfer sowie weitere Finanzbeamte vernommen hat und im Rahmen dieser Vernehmungen - was naheliegt - Feststellungen zu den Besteuerungsgrundlagen getroffen haben kann. 27

bb) Der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO liegt nicht vor. Der Angeklagte J war durchgehend verteidigt. 28

(1) Der Angeklagte und seine Verteidiger müssen allerdings dann nicht anwesend sein, wenn sie auf ihren Antrag gemäß § 231c StPO durch Gerichtsbeschluß von der Hauptverhandlung beurlaubt sind. Eine solche Beurlaubung ist hier hinsichtlich des Angeklagten und seiner beiden Verteidiger erfolgt. Auch soweit in einzelnen Gerichtsbeschlüssen nur der "Verteidiger" genannt ist, bezogen sich diese Beschlüsse ihrem Sinngehalt nach auf beide Verteidiger des Angeklagten J. Insoweit ist der Begriff des Verteidigers ersichtlich in einem funktionellen Sinne zu verstehen. Dies gilt hier ungeachtet dessen, daß der Verteidiger Rechtsanwalt Bö die Beurlaubung ausschließlich für sich selbst erstrebt hat. Die Gerichtsbeschlüsse nennen ihn dann jedoch nicht namentlich und sind auch nach ihrem gesamten Bedeutungszusammenhang nicht individuell auf den Verteidiger Bö beschränkt. Zwar kann die Entscheidung über eine Beurlaubung bei mehreren Verteidigern im Einzelfall auch unterschiedlich ausfallen. Ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Verteidiger des Angeklagten ist hier nicht erkennbar. Jedenfalls durch sein Nichterscheinen hat der Wahlverteidiger H seinen Antrag zumindest konkludent nachgeholt (vgl. BGHSt 31, 323, 329), wenn man eine entsprechende schlüssige Antragstellung nicht schon in seinem fehlenden Widerspruch zum Antrag des weiteren Verteidigers Bö sehen will, zumal da sie eine gemeinsame Kanzlei betreiben. 29

(2) In Abwesenheit des Angeklagten J oder seiner Verteidiger sind auch keine Umstände erörtert worden, die den Angeklagten J wenigstens mittelbar hätten betreffen können (vgl. BGHR StPO § 231c Beurlaubung 1). Die von der Revision angeführte Einvernahme des Zeugen bezog sich auf einen anderen Tatkomplex, an dem der Angeklagte J nicht beteiligt war. Soweit der Mitangeklagte S im Rahmen seiner Einlassung auch Zahlungen des Angeklagten J zum Gegenstand seiner Ausführungen machte, wurden der Angeklagte J und sein Verteidiger darauf hingewiesen. Die Verhandlung zu diesem Punkt wurde - nachdem der Angeklagte S selbst noch ergänzende Angaben machte - damit wiederholt. Ebenso waren - was die Revision unter Verstoß gegen § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO verschweigt - die Kontounterlagen, aus denen sich diese Zahlungen ergaben, Gegenstand eines Selbstleseverfahrens. 30

b) Die Sachrüge des Angeklagten J ist unbegründet hinsichtlich des Schuld- und Strafausspruchs. Die Überprüfung hat insoweit keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil ergeben. Sie hat jedoch hinsichtlich des angeordneten Verfalls des Wertersatzes Erfolg. Insoweit führt sie zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache. 31

aa) Das angefochtene Urteil unterliegt hinsichtlich des Ausspruchs über den Verfall schon deshalb der Aufhebung, weil das Landgericht keine Feststellungen zu den Vermögensverhältnissen des Angeklagten J getroffen und damit auch nicht geprüft hat, ob und inwieweit das Erlangte wertmäßig noch im Vermögen des Angeklagten J vorhanden ist (BGHR StGB § 73c Wert 1, 2). Damit ist dem Revisionsgericht auch die Überprüfung verwehrt, ob das Landgericht das Merkmal der unbilligen Härte nach § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB rechtsfehlerfrei verneint hat (BGHR StGB § 73c Härte 3, 4). 32

bb) Die Erwägungen des Landgerichts zu der steuerlichen Behandlung von Vermögensvorteilen, die dem Verfall 33

unterliegen, begegnen gleichfalls durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

(1) Das Landgericht hat eine Berücksichtigung eventuell auf solche Einkünfte entrichteter Steuern (Feststellungen hat es hierzu nicht getroffen) mit der Begründung abgelehnt, es bestehe insoweit keine unbillige Härte, weil der angeordnete Verfall im Jahr seiner Zahlung wieder zu einer Steuervergünstigung führe. Dies trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. 34

Die spätere Absetzbarkeit von Leistungen auf den angeordneten Verfall wird nämlich häufig ein anderes Veranlagungsjahr betreffen. Im vorliegenden Fall sind die Einkünfte aus den gewinnbringenden Weiterverkäufen in den Jahren 1994 bis 1996 entstanden und unterlagen auch in diesen Veranlagungsjahren der Besteuerung. Ein etwaiger Verfall würde - im Fall der Rechtskraft des landgerichtlichen Urteils - frühestens im Jahre 2002 zu einem endgültigen Geldabfluß bei dem Angeklagten J führen. Zwar ist nach § 10d Abs. 1 EStG ein Verlustrücktrag möglich, dieser ist aber im Höchstbetrag begrenzt (511.500 Euro) und zeitlich auf ein Jahr beschränkt (zu den inzwischen eingetretenen Rechtsänderungen vgl. die Übersicht bei Heinicke in Schmidt, EStG 20. Aufl. § 10d Rdn. 10 ff.). Dieser Verlustrücktrag kompensiert aber - wie gerade der vorliegende Fall zeigt - die Steuerlast in der Gesamtbetrachtung nur unzulänglich, wenn die für verfallen erklärten Erlöse weit überdurchschnittlich waren und sich in den Folgejahren nicht wiederholen ließen. Von Ausnahmefällen abgesehen, in denen sich die Gesamtsteuerbelastung ausgleicht und es schon deshalb keinen Anlaß für die Anwendung des § 73c StGB gibt, erweist sich diese Erwägung des Landgerichts nicht als tragfähig. 35

(2) Für verfallen erklärte Vermögenswerte können grundsätzlich steuermindernd geltend gemacht werden. Es besteht kein steuerliches Abzugsverbot nach § 12 Nr. 4 EStG. Nach dieser Vorschrift dürfen Geldstrafen und sonstige Rechtsfolgen vermögensrechtlicher Art, bei denen der Strafcharakter überwiegt, sich nicht gewinnmindernd auswirken. Für die Verfallsanordnung nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB a.F. hat der Bundesfinanzhof den Strafcharakter verneint und grundsätzlich einen Abzug zugelassen (BFHE 192, 64, 71). Auch für die durch das Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 28. Februar 1992 (BGBl I, 372) erfolgte Neuregelung des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB, die nunmehr die gesamten vereinnahmten Gelder dem Verfall unterwirft (sog. Bruttoprinzip), gilt nichts anderes (a.A. Heinicke in Schmidt EStG 20. Aufl. § 4 Rdn. 520; offen gelassen von Fischer in Kirchhof EStG-Kompaktcommentar § 12 Rdn. 29). Die Einführung des Bruttoprinzips modifizierte nur - um die Regelungen für die Praxis effektiver auszugestalten (vgl. Schmidt in LK 11. Aufl. § 73 Rdn. 18 ff.) - den Berechnungsmodus, ließ aber den Rechtscharakter des Verfalls an sich unberührt (BGH NJW 1995, 2235). Demnach verbleibt es für die Neuregelung unverändert bei dem Grundsatz, daß der Verfall selbst keinen Strafzweck verfolgt, sondern allein der Abschöpfung des durch die Straftat erlangten Vorteils dient. Hiervon ausgehend hat der Bundesgerichtshof die Anordnung des Verfalls und die Verhängung einer Strafe grundsätzlich als jeweils unabhängig voneinander angesehen und eine innere Wechselbeziehung verneint (BGH NSTZ 2001, 312; 2000, 137; vgl. auch BGHR StGB § 73d Strafzumessung 1). Deshalb beeinflußt nach ständiger Rechtsprechung (BGH aaO m.w.N.) die Höhe des angeordneten Verfalls die Bemessung der Strafe nicht und sowohl die Strafe als auch die Verfallsanordnung können jeweils isoliert mit Rechtsmitteln angefochten werden. 36

(3) Fehlt ein durch einen Strafzweck hinreichend legitimer Grund, für verfallen erklärte Beträge einem Abzugsverbot zu unterwerfen, muß der Verfall steuerlich Beachtung finden. Es wäre mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, wenn für eine Abschöpfungsmaßnahme der Bruttobetrag des erlangten Gewinns zugrunde gelegt, umgekehrt aber der volle Bruttobetrag besteuert würde. Diesen Grundsatz hat das Bundesverfassungsgericht für die Mehrerlösabschöpfung (§ 17 Abs. 4 MG) ausgesprochen (BVerfGE 81, 228, 241). Der Senat sieht insoweit keinen Hinderungsgrund, die anhand der Mehrerlösabschöpfung entwickelten Grundsätze auch auf den Verfall zu übertragen. Steuerrechtlich bleibt zwar der Ahndungsteil nicht abzugsfähig (§ 4 Abs. 5 Nr. 8 Satz 1 EStG, der für die Ordnungswidrigkeit dem für Straftaten geltenden § 12 Nr. 4 EStG entspricht), wohl aber der Abschöpfungsteil. Diesem Grundsatz trägt jetzt die Vorschrift des § 4 Abs. 5 Nr. 8 Satz 4 EStG Rechnung. Danach unterliegen solche finanziellen Vorteile, die durch einen Gesetzesverstoß erlangt und deshalb abgeschöpft wurden, nicht dem Abzugsverbot, sondern können als Betriebsausgaben steuermindernd geltend gemacht werden. Wenn aber eine steuerliche Berücksichtigung im Rahmen des zumindest auch Ahndungszwecken dienenden Bußgeldverfahrens zu erfolgen hat, darf "erst recht" eine steuerliche Berücksichtigung beim Verfall nicht unterbleiben, der keinen Straf- oder Ahndungscharakter aufweist (vgl. BVerfG aaO, das ausdrücklich auf diese Verbindungslinie zum Verfall hinweist). Eine Doppelbelastung, die in der Abschöpfung des Erlangten und zugleich in dessen Besteuerung besteht, muß deshalb grundsätzlich auch beim Verfall vermieden werden. Sie kann gleichfalls dann eintreten, wenn steuerliche Abzüge in späteren Veranlagungsjahren die ursprüngliche Steuerlast auf den jetzt abgeschöpften Erlös nicht einmal annähernd erreichen. 37

(4) Eine steuerliche Lösung des Konfliktes ist jedoch nur möglich, solange noch keine bestandskräftigen Steuerbescheide vorliegen und soweit der angeordnete Verfall - etwa im Wege einer entsprechenden Rückstellung (vgl. BFHE 189, 75) - noch für denselben Veranlagungszeitraum steuermindernd wirksam werden kann (zur Frage des 38

maßgeblichen Zeitpunkts für die Möglichkeit der Bildung einer Rückstellung vgl. BFHE 192, 64, 66). Ist das Besteuerungsverfahren bereits abgeschlossen, kann eine Berücksichtigung der Steuerzahlungen zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Doppelbelastung des Angeklagten nur noch im Strafverfahren im Rahmen der Entscheidung über den Verfall stattfinden. Es wäre mit Art. 3 Abs. 1 GG gleichermaßen unvereinbar, wenn eine Doppelbelastung von der Zufälligkeit abhinge, ob und inwieweit das Besteuerungsverfahren schon zum Abschluß gelangt ist. Auch insoweit hat die in § 12 Nr. 4, § 4 Abs. 5 Nr. 8 Satz 4 EStG zum Ausdruck kommende Wertentscheidung des Gesetzgebers Bedeutung, als die Doppelbelastung dann durch die Anrechnung im Rahmen des Verfalls durch das Strafgericht ausgeglichen werden muß. Diesen Grundsatz hat der Bundesgerichtshof bereits in mehreren Entscheidungen bestätigt (BGHSt 33, 37, 40; vgl. auch BGH NJW 1989, 2139, 2140). Hieran ist auch unter Berücksichtigung des nunmehr geltenden Bruttoprinzips festzuhalten (vgl. BVerfG NJW 1996, 2086, 2087). Das aus der kriminellen Handlung Erlangte ist nach Abführung der Steuer bei einer Gesamtbetrachtung des Tätervermögens regelmäßig um diesen Betrag gemindert. Damit liegen die Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB vor. Im Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben wird deshalb im Regelfall die Ermessensbetätigung des Strafrichters darauf gerichtet sein müssen, daß die Steuern, die auf das durch die kriminelle Handlung Erlangte gezahlt worden sind, in Abzug zu bringen sind (insoweit enger BGH wistra 2001, 388, 390 in einen obiter dictum). Ist die Steuer bereits bestandskräftig festgesetzt, aber noch nicht oder nicht vollständig bezahlt, wird eine entsprechende Steuerschuld bei der Bemessung der Verfallshöhe mindernd zu berücksichtigen sein.

Maßgebend dafür, in welchem Verfahren die zur Vermeidung einer Doppelbelastung notwendige Abgleichung 39
stattzufinden hat, ist die zeitliche Abfolge. Ist eine Besteuerung für das jeweilige Jahr noch nicht bestandskräftig erfolgt und eine steuerliche Berücksichtigung des Verfalls noch im entsprechenden Veranlagungszeitraum möglich, braucht - der Strafrichter eine etwaige steuerliche Belastung auf den abzuschöpfenden Erlösen nicht zu berücksichtigen. Soweit der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs (BGHR OWiG § 17 Vorteil 1) - in einem nicht tragenden Teil seiner Entscheidung zu einer Mehrerlösabschöpfung gemäß § 38 Abs. 4 GWB a.F. - ausgeführt hat, die absehbare Steuerbelastung sei bei der Bemessung der Geldbuße mindernd zu berücksichtigen, folgt der Senat dieser Rechtsauffassung nicht. Wird nämlich der Mehrerlös abgeschöpft, ist für eine Besteuerung des Erlöses überhaupt kein Raum mehr. Vielmehr muß die Finanzverwaltung dann die um den Verfall gekürzten Einkünfte veranlagern (vgl. BFHE 189, 79 zur ähnlichen Problematik bei § 17 Abs. 4 OWiG). Ist dagegen eine bestandskräftige Steuerfestsetzung gegeben, braucht sich der Betroffene nicht auf eine eventuell gegebene Möglichkeit der Aufhebung des Steuerbescheides nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO verweisen lassen. Im Falle einer bestandskräftigen Steuerfestsetzung ist vom Strafrichter die steuerliche Belastung abzuziehen, die auf dem eigentlich dem Verfall unterliegenden Betrag ruht. Da das Landgericht bislang weder zum Stand des Besteuerungsverfahrens noch etwa gezahlter Steuern Feststellungen getroffen hat, kann die Anordnung hinsichtlich des Verfalls keinen Bestand haben.

3. Die Revision der Staatsanwaltschaft bleibt ohne Erfolg, soweit sie einen höheren Verfallsbetrag erstrebt. Sie führt 40
jedoch aus den in der Revision des Angeklagten J dargestellten Gründen zur Aufhebung der Anordnung über den Verfall (§ 301 StPO).

a) Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft hat das Landgericht das Erlangte im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 41
StGB rechtsfehlerfrei bestimmt. Danach unterliegt dem Verfall, was der Täter für die Tat oder aus der Tat erlangt hat. Maßgeblich ist deshalb die Bestimmung des wirtschaftlichen Werts des Vorteils, den der Täter durch die Tat erzielt hat (BGHR StGB § 73 Erlangtes 1). Die Abschöpfung muß spiegelbildlich dem Vermögensvorteil entsprechen, den der Täter aus der Tat gezogen hat. Dies setzt eine unmittelbare Kausalbeziehung zwischen Tat und Vorteil voraus (vgl. Schmidt in LK 11. Aufl. § 73 Rdn. 17; Eser in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 73 Rdn. 16 jeweils m.w.N.). Dabei unterscheidet die gesetzliche Regelung zwischen dem eigentlichen "Etwas", das der Täter aus der Tat erlangt hat und den mittelbaren Tatvorteilen (Nutzungen, Surrogate), die nach Absatz 2 dieser Regelung ebenfalls dem Verfall unterworfen werden. Diese gesetzliche Systematik legt den Schluß nahe, daß in Absatz 1 die unmittelbaren Tatvorteile, in Absatz 2 mittelbare aus der Tat herrührende Vermögenszuwächse erfaßt werden sollen. Dies spricht dafür, zur Erfüllung des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal "Unmittelbarkeit" zu verlangen. Ein Verzicht auf dieses Erfordernis brächte überdies im Interesse der Rechtsklarheit kaum hinzunehmende Zuordnungsprobleme.

b) Unmittelbar erlangt hat der Angeklagte J nicht die Endverkaufspreise aus den No - und R - Grundstücken. Seine in 42
der Bestechung des Angeklagten S liegende Tathandlung hat nicht unmittelbar zu deren Vereinnahmung geführt. Hierfür waren vielmehr weitere vermittelnde Handlungen des Angeklagten J erforderlich, nämlich der An- und Verkauf der Grundstücke. Deshalb hat das Landgericht zu Recht nicht - wie von der Staatsanwaltschaft jetzt im Revisionsverfahren erstrebt - die erlösten Kaufpreise in Höhe von 13 Mio. DM für verfallen erklärt. Der Hinweis der Staatsanwaltschaft auf das vom Gesetzgeber 1992 eingeführte Bruttoprinzip (vgl. BGHR StGB § 73 Erlangtes 1; BGH NStZ 2001, 312) überzeugt nicht. Es besagt lediglich, daß der erlangte wirtschaftliche Wert "brutto", also ohne (schwer feststellbare) gewinnmindernde Abzüge, anzusetzen ist. Das Bruttoprinzip ist aber für die Frage, worin der Vorteil

besteht, nicht heranziehbar. Die Bestimmung des Vorteils ist nämlich der Bestimmung seines Umfangs (und hierfür gilt das Bruttoprinzip) logisch vorgelagert.

c) Der Angeklagte J hat durch die Zahlung der Bestechungsgelder im Ergebnis erzielt, daß der Bebauungsplan "Arnum 31 C" jedenfalls zu erheblichen Teilen in Kraft getreten ist. Für den Angeklagten J der die entsprechenden Grundstücke seinerzeit als Bauerwartungsland deutlich billiger erworben hatte, wurden dadurch seine Gewinnchancen im Hinblick auf die spekulativ erworbenen Grundstücke entscheidend erhöht. Sein Vorteil bestand damit in der Möglichkeit, einen erheblichen Spekulationsgewinn zu realisieren. Diese Gewinnchance entspricht dem "Etwas", das der Angeklagte im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt hat. Da der Angeklagte J diese Gewinnchance realisiert hat, durfte das Landgericht den Spekulationsgewinn als den aus der Tat gezogenen Vorteil im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB werten. 43

d) Bei der Bemessung des Spekulationsgewinns hat das Landgericht rechtsfehlerfrei die Ankaufs- von den Verkaufspreisen subtrahiert und dabei bei den Ankaufspreisen auch die zwangsläufig hiermit verbundenen Nebenkosten (Grunderwerbssteuer, Notarkosten) berücksichtigt. Es hat ferner zutreffend die Erschließungskosten in Abzug gebracht, weil der vorgenommenen Erschließung regelmäßig eine jedenfalls vergleichbare Steigerung des Grundstückswertes entspricht, der im übrigen mit der erfolgten Bestechung in keinerlei ursächlichem Zusammenhang steht. Gleichfalls rechtsfehlerfrei hat das Landgericht die Zinsaufwendungen für die Finanzierung des Ankaufs unberücksichtigt gelassen. Insoweit handelt es sich um persönliche Aufwendungen des Angeklagten J für den Erwerb (und damit der Ermöglichung der Spekulation), die nach dem Bruttoprinzip außer Ansatz bleiben müssen. Sie können allerdings - hierfür fehlen bislang die erforderlichen Feststellungen (vgl. oben) - im Rahmen des § 73c StGB zu berücksichtigen sein und den Verfallsbetrag mindern. 44