

Publikationen

Prof. Dr. Frank Saliger, Bucerius Law School Hamburg – **Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung** S. 10

RA Markus Rübenstahl (mag. iur), Frankfurt a.M. – **Die Angehörigen kommunaler Parlamente als Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 b StGB) und ihre Strafbarkeit nach den Bestechungsdelikten (§§ 108 e, 331 ff. StGB)** S. 23

Übersetzung des Urteils des EGMR vom 27. Februar 2001 (Nr. 33354/96, Lucà v. Italien) – Zeugenkonfrontation bei schwegeberechtigten Mitangeklagten (HRRS 2006 Nr. 62) S. 35

Die Ausgabe umfasst vier Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EuGH (Fall Maria Pupino) – **Rahmenbeschlusskonforme Auslegung nationalen Rechts**

BVerfG **Fortbestehendes Rechtsschutzinteresse bei der Beschwerde gegen menschenunwürdige Haftbedingungen**

BGH **Begriff der „neuen Tatsache“ bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung (BGHSt)**

BGH **Begründung beim StA-Antrag auf nachträgliche Sicherungsverwahrung (BGHSt)**

BGH **Nichtvereidigung grundsätzlich keine wesentliche Förmlichkeit (BGHSt)**

BGH **Erstreckung der Widerspruchslösung auf zurückverwiesene Verfahren (BGHSt)**

BGH **Besetzung der großen Straf- bzw. Jugendkammer bei Nachholung einer Eröffnungsentscheidung (BGHSt)**

SCHRIFTLEITUNG
Karsten Gaede
c/o RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

BGH **Rechtsprechungsänderung zur Protokollberichtigung?**

BGH **Tötungsvorsatz bei äußerst gefährlichen Handlungen gegen ein Kind: Einbeziehung der äußeren Handlungsumstände**

REDAKTION
Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede,
Stephan Schlegel (Webmaster)
Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

BGH **Untreue durch Geldtransfers in einer Unternehmensgruppe**

Oberass. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Universität Erlangen); Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

Diese Ausgabe umfasst 62 Entscheidungen.

HRRS

Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche
Rechtsprechung zum Strafrecht
<http://www.hrr-strafrecht.de>

HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTLEITUNG

Karsten Gaede
c/o RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen); *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. *Frank Saliger* (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

7. Jahrgang, Januar 2006, Ausgabe **1**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

1. EuGH Rs. C-105/03 – Urteil der Großen Kammer des EuGH vom 16. Juni 2005 (Fall Maria Pupino)

Unmittelbare Wirkung von Rahmenbeschlüssen (gemeinschaftsrechtskonforme bzw. unionsrechtskonforme Auslegung im Strafverfahren im Rahmen der dritten Säule; intergouvernementale Zusammenarbeit; teleologische Auslegung); polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; Stellung des Opfers im Strafverfahren; Schutz gefährdeter Personen (Vernehmung Minderjähriger als Zeugen); Vorabentscheidungsverfahren; Zuständigkeit des EuGH (Ermittlungsrichter als Gericht; Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit); Recht auf ein faires Verfahren (konventionskonforme Auslegung des Unionsrechts bzw. des Gemeinschaftsrechts); redaktioneller Hinweis.

Rahmenbeschluss 2001/220/JI; Art. 34 Abs. 2 EU; Art. 35 EU; Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 234 EG

1. Die Artikel 2, 3 und 8 Absatz 4 des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI des Rates vom 15. März 2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren sind dahin auszuulegen, dass das nationale Gericht die Möglichkeit haben muss, Kleinkindern, die – wie im Ausgangsverfahren – nach ihren Angaben Opfer von Misshandlungen geworden sind, zu erlauben, unter Modalitäten auszusagen, die ihnen einen angemessenen Schutz bieten, z. B. außerhalb

der öffentlichen Gerichtsverhandlung und vor deren Durchführung. (EuGH)

2. Das nationale Gericht muss sämtliche Vorschriften des nationalen Rechts berücksichtigen und ihre Auslegung so weit wie möglich an Wortlaut und Zweck des genannten Rahmenbeschlusses ausrichten. (EuGH)

3. Der Rahmenbeschluss ist somit so auszulegen, dass die Grundrechte beachtet werden; zu nennen ist dabei insbesondere das in Artikel 6 der Konvention verankerte Recht auf ein faires Verfahren in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Das nationale Gericht hat sich zu vergewissern, dass die Verpflichtung zu gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung des nationalen Rechts nicht dazu führt, dass ein Strafverfahren insgesamt gesehen nicht mehr fair im Sinne von Artikel 6 der Konvention nach dessen Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist. (Bearbeiter)

4. Der zwingende Charakter von Rahmenbeschlüssen hat für die nationalen Behörden und insbesondere auch die nationalen Gerichte eine Verpflichtung zu gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung des nationalen Rechts zur Folge. (Bearbeiter)

5. Die Verpflichtung des nationalen Gerichts, bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften seines nationalen Rechts den Inhalt eines Rahmenbeschlusses heranzuziehen, wird jedoch durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt. Nach diesen Grundsätzen darf die genannte Verpflichtung insbesondere nicht dazu führen, dass auf der Grundlage eines Rahmenbeschlusses unabhängig von einem zu seiner Durchführung erlassenen Gesetz die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die gegen die Vorschriften dieses Beschlusses verstoßen, festgelegt oder verschärft wird. (Bearbeiter)

6. Die bestehende Vermutung der Erheblichkeit der von den nationalen Gerichten zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen kann nur in Ausnahmefällen ausgeräumt werden, und zwar dann, wenn die erbetene Auslegung der in diesen Fragen erwähnten Rechtsvorschriften der Union offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind. Abgesehen von solchen Fällen ist der Gerichtshof grundsätzlich verpflichtet, über die ihm vorgelegten Fragen nach der Auslegung von Rechtsakten im Sinne von Artikel 35 Absatz 1 EU zu entscheiden. (Bearbeiter)

24. BVerfG 2 BvR 1514/03 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. November 2005 (OLG Karlsruhe)

Rechtsweggarantie (Effektivität der gerichtlichen Kontrolle; fortbestehendes Rechtsschutzinteresse: Menschenwürde, kein Entfallen bei nicht verbesserndem Verlegungsangebot); Rechtsbeschwerde (Strafvollzug; Verwerfung; Zulässigkeit); Haftraumbedingungen (Unterbringung mit einer weiteren Person in einem Haftraum von etwa achteinhalb Quadratmetern; WC-Abtrennung nur durch Schamvorhang).

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK; Art. 3 EMRK; Art. 3 EMRK; § 116 StVollzG

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährt Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen; er garantiert vielmehr auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 35, 382, 401 f.; 104, 220, 231 ff. - stRspr.). Art. 19 Abs. 4 GG gebietet daher den Gerichten, das Verfahrensrecht so anzuwenden, dass den erkennbaren Interessen des rechtsschutzsuchenden Bürgers bestmöglich Rechnung getragen wird.

2. In Verfahren, die die Haftraumunterbringung eines Gefangenen betreffen, entfällt, sofern eine Verletzung der Menschenwürde durch die Art und Weise der Unterbringung in Frage steht, das Rechtsschutzinteresse nicht mit der Beendigung der beanstandeten Unterbringung.

3. Das Rechtsschutzinteresse kann jedenfalls dann nicht mit der Begründung verneint werden, dass der Beschwerdeführer die ihm angebotene Verlegung in einen anderen Haftraum abgelehnt habe, wenn diese Verlegung nicht zu günstigeren Haftbedingungen geführt hätte.

62. EGMR Nr. 33354/96 – Urteil vom 27. Februar 2001 (Lucà v. Italien)

Recht auf Konfrontation und Befragung von Mitangeklagten als Zeugen im Sinne der EMRK; Recht auf ein faires Verfahren (gesetzlicher Schuldbeweis; Verbot der Verwertung als entscheidendes oder einziges Beweismittel; Selbstbelastungsfreiheit; Gesamtrecht und Gesamtbeurteilung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 240 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 250 StPO; § 251 StPO; § 261 StPO

1. Wenn eine Verurteilung nur oder in entscheidendem Ausmaß auf Aussagen beruht, die von einer Person gemacht worden sind, hinsichtlich derer der Angeklagte weder während der Ermittlungen noch während des gerichtlichen Hauptverfahrens eine Gelegenheit hatte, sie zu prüfen oder prüfen zu lassen, sind die Verteidigungsrechte in einem Ausmaß beschränkt, das mit den von Art. 6 EMRK gewährten Garantien unvereinbar ist.

2. Dies gilt auch für Aussagen, die eine Person als Mitangeklagter nach nationalem Recht gemacht hat. Dem Begriff des Zeugen kommt im Konventionssystem eine „autonome“ Bedeutung zu. Das Schweigerecht eines Mitangeklagten kann einem Angeklagten nicht das Recht des Art. 6 III lit. d EMRK entziehen, jeden bedeutenden Zeugenbeweis gegen ihn in einem adversatorischen Verfahren prüfen zu dürfen oder prüfen zu lassen.

26. BVerfG 2 BvR 792/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. November 2005 (OLG Hamm/LG Paderborn)

Recht auf ein faires Verfahren (Bestellung eines Pflichtverteidigers im Überprüfungsverfahren nach § 67e StGB); Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage (19-jähriger Freiheitsentzug; Sachverständigenprognose; Pseudo-Intellektualisierung; juristische Kenntnisse; keine abgeschlossene Schul- oder Berufsausbildung); Freiheit der Person (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Gutachten; Beauftragung einer nichtärztlichen Psychologin).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK; § 140 StPO; § 463 Abs. 3 StPO; § 454 StPO; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB; § 67e StGB

1. Die Vorschriften der Strafprozessordnung über die notwendige Mitwirkung und die Bestellung eines Verteidigers (§§ 140 ff. StPO) stellen sich als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausgestaltung als Gebot fairer Verfahrensführung dar. Die Verfassung selbst will sicherstellen, dass der Beschuldigte auf den Gang und das Ergebnis des gegen ihn geführten Strafverfahrens Einfluss nehmen kann (vgl. BVerfGE 63, 380, 391; 70, 297, 323).

2. Gleiches gilt für den Vollzug der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Auch hier darf der Untergebrachte nicht nur Objekt des Verfahrens sein. Ihm ist von Verfassungs wegen jedenfalls dann ein Pflichtverteidiger beizuzuordnen, wenn es nach der konkreten Fallgestaltung, insbesondere bei Besonderheiten und Schwierigkeiten im Diagnose- und Prognosebereich, als evident erscheint, dass er sich angesichts seiner Erkrankung nicht selbst verteidigen kann (vgl. BVerfGE 70, 297, 323).

3. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers gehört dort, wo ihre Voraussetzungen vorliegen, zu den verfahrensrechtlichen Absicherungen des Freiheitsrechts, um die Grenzen der Zumutbarkeit eines Grundrechtseingriffs zu wahren.

4. Die Beauftragung eines nichtärztlichen Psychologen für die Erstattung eines Prognosegutachtens im Vorfeld der gemäß § 67 d Abs. 2 StGB zu treffenden Entscheidung scheidet nicht schon generell von Verfassungs wegen aus. Ob Sachverständige entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts über eine geeignete Ausbildung und hinreichende Erfahrung verfügen, ist eine Frage der Bewertung der Umstände des Einzelfalls. [Anm. d. B.: nicht tragend]

25. BVerfG 2 BvR 673/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Dezember 2005 (LG Essen/AG Essen)

Freiheit der Berufsausübung (Schranken; vorläufiges Berufsverbot); Anordnung (Gefahr von berufsbezogenen Taten von erheblichem Gewicht; Erforderlichkeit einer Anordnung vor rechtskräftigem Abschluss des Hauptverfahrens; Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter;

Begründungserfordernisse); Prognose (Arzt; Steuervergehen; Anstiftung von Patienten zum Diebstahl; einmaliger sexueller Übergriff).

Art. 12 Abs. 1 GG; § 132a StPO; § 70 StGB

1. Das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG schützt neben der freien Wahl des Berufs auch Freiheit der Berufsausübung. Gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann in dieses Grundrecht der „Berufsfreiheit“ nur durch oder auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden (vgl. BVerfGE 7, 377, 400 ff.). § 132 a StPO ist ein solches Gesetz.

2. Allein das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen des § 70 StGB rechtfertigt auf Grund der überragenden Bedeutung des Art. 12 Abs. 1 GG die Verhängung eines vorläufigen Berufsverbots noch nicht. Hinzukommen muss, dass die Anordnung erforderlich ist, um bereits vor rechtskräftigem Abschluss des Hauptverfahrens Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter abzuwehren, die aus einer Berufsausübung durch den Beschuldigten resultieren können. Nur wenn dies der Fall ist, stellt sich die als Präventivmaßnahme mit Sofortwirkung ausgestaltete Anordnung nach § 132 a StPO als Ausdruck der Schrankenregelung des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG dar (vgl. BVerfGE 44, 105, 118).

3. Das ein vorläufiges Berufsverbot anordnende Gericht hat die Gefahrenlage und die Notwendigkeit, der Gefährdungssituation durch die Verhängung eines vorläufigen Berufsverbots entgegenzuwirken, in seiner Entscheidung darzulegen und zu erörtern. Dies gilt auch für die gesetzlichen Voraussetzungen des § 132 a StPO und die Angemessenheit der gerichtlichen Maßnahme im konkreten Einzelfall.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

34. BGH 1 StR 410/05 – Urteil vom 13. Dezember 2005 (LG Memmingen)

Bedingter Tötungsvorsatz bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen gegen ein Kind (Beweiswürdigung; Abgrenzung zur Fahrlässigkeit; Begriff der äußerst gefährlichen Gewalthandlungen); Unterlassensstrafbarkeit (Abgrenzung zum positiven Tun); erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit.

§ 15 StGB; § 261 StPO; § 212 StGB; § 13 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Bei „äußerst“ gefährlichen Gewalthandlungen liegt es grundsätzlich nahe, dass der Täter auch mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne dabei auch zu Tode kommen, wenn dies für sich allein betrachtet aber noch kein

zwingender Beweisgrund für die Billigung eines Todeserfolges durch den Täter ist (sog. voluntatives Element des Vorsatzes, vgl. BGH NStZ 2001, 475, 476).

2. Zum Begriff der „äußerst“ gefährlichen Gewalthandlungen: Einbeziehung der äußeren Handlungsumstände (hier: voraussehbares Aufschlagen des Kopfes eines Kindes auf einer Wand nach Schlag mit der flachen Hand).

3. Auch bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit ist die Beweiswürdigung Sache des Tatrichters und revisionsrechtlicher Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich. Wenn bei der Beantwortung der Frage, ob Angeklagte vorsätzlich, bedingt vorsätzlich oder (be-

wusst) fahrlässig gehandelt haben, allein aus äußeren Umständen auf deren innere Einstellung zur Tat geschlossen werden muss, bedarf es jedoch einer umfassenden Würdigung des insoweit relevanten festgestellten Sachverhalts (vgl. BGH NStZ 2004, 35, 36).

50. BGH 4 StR 337/05 – Urteil vom 10. November 2005 (LG Dortmund)

Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch des Totschlages (unbeendeter Versuch).

§ 24 StGB; § 22 StGB; § 212 StGB

Ein unbeendeter Versuch ist nach ständiger Rechtsprechung dann gegeben, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung nicht mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges rechnet und die Vollendung aus seiner Sicht noch möglich erscheint (vgl. BGHSt 39, 221, 227 m.w.N.; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, unbeendeter 31); ein beendeter Versuch liegt dagegen vor, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt in seiner subjektiven Vorstellung den Erfolgseintritt für möglich hält (vgl. BGHSt aaO; 31, 170, 171) oder sich - namentlich nach besonders gefährlichen Gewaltanwendungen, die zu

schweren Verletzungen geführt haben - keine Vorstellungen über die Folgen seines Handelns macht (vgl. BGHSt 40, 304 f.).

11. BGH 2 StR 455/05 - Urteil vom 7. Dezember 2005 (LG Darmstadt)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Betäubungsmittelabhängigkeit; schwere Persönlichkeitsveränderungen; Beschaffungsstaten).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

Das bloße Vorliegen einer psychischen oder körperlichen Betäubungsmittelabhängigkeit begründet auch dann nicht schon ohne Weiteres die Annahme dauerhaft erheblich verminderter Steuerungsfähigkeit, wenn zur unmittelbaren Befriedigung oder zur Finanzierung der Abhängigkeit Betäubungsmittel erworben oder Handel mit ihnen getrieben wird. Eine solche Einschränkung im Sinne eines Dauerzustands kommt vielmehr in der Regel nur in Betracht, wenn schwere Persönlichkeitsveränderungen auf Grund langjährigen Rauschmittelkonsums vorliegen oder Beschaffungsstaten unter erheblichen akuten Entzugerscheinungen begangen werden.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

47. BGH 4 StR 243/05 – Urteil vom 24. November 2005 (LG Neubrandenburg)

Täterschaft und Teilnahme beim Mord (Akzessorietät; täterbezogene und tatbezogene Mordmerkmale; versuchte Anstiftung zum Mord; Habgier; niedrige Beweggründe bei der Tötung des Ehepartners; Anstiftersvorsatz; Konkurrenzen bei den Tötungsdelikten).

§ 211 StGB; § 28 StGB; § 29 StGB; § 30 StGB; § 26 StGB; § 52 StGB; § 15 StGB

1. Verwirklicht der Haupttäter nach der Vorstellung des Anstiftenden von den Tatumständen bei dem angestrebten Tötungsdelikt ein tatbezogenes Merkmal der zweiten Gruppe des § 211 StGB, ist für eine Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB kein Raum (vgl. BGH NJW 2005, 996, 997 m.w.N.). Ist das angestrebte Tötungsdelikt nach der Vorstellung des Anstiftenden ein Heimtückemord, bleibt es bei der streng akzessorischen Bestrafung des Teilnehmers.

2. Für den Anstifter reicht, auch soweit es die Verwirklichung der Mordmerkmale durch die mit der Ausführung der Tat Beauftragten betrifft, bedingter Vorsatz aus (vgl. BGHSt 44, 99; BGH NJW 2005, 996, 997). Bedingten Vorsatz in diesem Sinne hat ein Straftäter aber auch dann, wenn er aus Gleichgültigkeit mit jeder eintretenden Möglichkeit einverstanden ist (vgl. BGHSt 40, 304, 306 f.).

57. BGH 4 StR 506/05 – Beschluss vom 1. Dezember 2005 (LG Dortmund)

Nötigung als Erfolgsdelikt (Abgrenzung vom notwendigen Erfolg der Körperverletzung; unselbständiger Teil

der für die Körperverletzung aufgewendeten Gewalt; versuchte Nötigung: Feststellung weitergehender Ziele); Aufrechterhaltung des Strafausspruchs (angemessene Rechtsfolge; gesetzlicher Richter; rechtliches Gehör; Rechtsweggarantie; Recht auf ein faires Verfahren).

§ 240 StGB; § 223 StGB; § 22 StGB; § 354 Abs. 1 a StPO; Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG

1. § 240 StGB ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet. Die Anwendung des Nötigungsmittels muss in kausalem Sinne zu dem vom Täter geforderten Verhalten des Opfers führen (BGHSt 37, 350, 353; BGHR StGB § 240 Abs. 1 Nötigungserfolg 3). Entscheidende Voraussetzung für die Annahme einer Nötigung ist deshalb, dass der Genötigte als Folge der tatbestandsmäßigen Handlung mit einem von ihm vom Täter geforderten Verhalten zumindest begonnen hat (vgl. BGHR aaO Nötigungserfolg 2).

2. Die mit einer Körperverletzungshandlung als solche verbundene Beeinträchtigung stellt nicht per se zugleich einen relevanten Nötigungserfolg dar. Werden keine weitergehenden, mit der Tathandlung verfolgten Ziele festgestellt, genügt konkret auch ein kurzfristiges Fixieren des Opfers am Boden als unselbständiger Teil der vom Angeklagten ausgeübten Gewalt nicht aus.

54. BGH 4 StR 431/05 – Beschluss vom 10. November 2005 (LG Siegen)

Fahrlässiger gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konstitutiver Schädigungsvorsatz).

§ 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 StGB

Im fließenden Straßenverkehr stellt ein Verkehrsvorgang nur dann einen Eingriff in den Straßenverkehr im Sinne des § 315 b Abs. 1 StGB dar, wenn zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsfeind-

licher Einstellung hinzukommt, dass es mit (mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug – missbraucht wird (vgl. BGHSt 48, 233).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

56. BGH 4 StR 483/05 – Beschluss vom 9. November 2005 (LG Münster)

BGHSt; Eingangserfordernis der „neuen Tatsache“ bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung (Sorgfalt des Tatrichters: Erkennbarkeit; Erheblichkeit der neuen Tatsache; prognoserelevanter symptomatischer Zusammenhang mit der Anlassverurteilung; Rechtsstaatsprinzip; Rechtssicherheit; enge, verfassungskonforme Auslegung); Recht auf Freiheit und Sicherheit; redaktioneller Hinweis.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 EMRK; § 66b StGB; § 66 StGB; § 66a StGB

1. Tatsachen, die ein sorgfältiger Tatrichter hätte aufklären müssen, um entscheiden zu können, ob eine Maßregel nach §§ 63, 64, 66, 66 a StGB anzuordnen ist, waren erkennbar und sind daher nicht „neu“ im Sinne des § 66 b StGB. (BGHSt)

2. Die Frage der Erheblichkeit der „neuen Tatsache“ für die Gefährlichkeitsprognose ist eine Rechtsfrage, die vom Gericht in eigener Verantwortung und ohne Bindung an die Auffassung der gehörten Sachverständigen zu beantworten ist. (BGHSt)

3. Aus der Rechtsnatur der nachträglichen Sicherungsverwahrung als eine zum Strafrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gehörende Maßnahme folgt, dass sich die Erheblichkeit der berücksichtigungsfähigen „neuen Tatsache“ vor dem Hintergrund der bei der Anlassverurteilung bereits hervorgetretenen Gefährlichkeit beurteilt. Sie setzt daher voraus, dass die „nova“ in einem prognoserelevanten symptomatischen Zusammenhang mit der Anlassverurteilung stehen. (BGHSt)

4. Bei der Anordnung der zeitlich nicht befristeten Maßregel der nachträglichen Sicherungsverwahrung handelt es sich um eine den Verurteilten außerordentlich beschwerende Maßnahme. Sie soll nach dem Willen des Gesetzgebers auf seltene Einzelfälle beschränkt sein. Dem Erfordernis der „neuen Tatsache“ kommt dabei eine maßgebliche Filterfunktion zu, so dass an sein Vorliegen strenge Anforderungen zu stellen sind. (Bearbeiter)

5. Die bloße neue (abweichende) Bewertung bereits bei der Anlassverurteilung bekannter oder erkennbarer Tatsachen stellt keine „neue“ Tatsache dar. (Bearbeiter)

6. Die Therapieunwilligkeit des Verurteilten kann eine „neue Tatsache“ im Sinne des § 66 b StGB darstellen (vgl. BGH NStZ 2005, 561, 563). (Bearbeiter)

2. BGH 2 StR 272/05 - Urteil vom 25. November 2005 (LG Gera)

BGHSt; nachträgliche Sicherungsverwahrung (Antrag; Begründungserfordernis; neue Tatsache; erhebliche Gefahr); Rückwirkungsverbot (Rechtsstaatsprinzip; Vertrauensschutz); erneute Hauptverhandlung (rechtliches Gehör; faires Verfahren); Vorverurteilung (Einzelstrafe; Gesamtstrafe; Katalogtat); Recht auf Freiheit und Sicherheit.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 EMRK; § 275a Abs. 1 StPO; § 66 StGB; § 66b Abs. 1 und 2 StGB

1. Ein zulässiger Antrag der Staatsanwaltschaft auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung setzt dessen Begründung voraus; diese muss insbesondere mitteilen, auf welche Variante des § 66 b StGB sich der Antrag stützt und welche neuen Tatsachen während der Strafvollstreckung erkennbar geworden sind, die Anlass zur Antragstellung geben. (BGHSt)

2. „Neue Tatsachen“ im Sinne des § 66 b Abs. 1 und 2 StGB müssen schon für sich Gewicht haben und ungeachtet der notwendigen Gesamtwürdigung aller Umstände auf eine erhebliche Gefahr der Beeinträchtigung des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung anderer durch den Verurteilten hindeuten. (BGHSt)

3. Für eine Übergangszeit bis zur Veröffentlichung dieser Entscheidung am 25. November 2005 ist die Begründung des Antrags keine zwingende Voraussetzung seiner Zulässigkeit. In dieser Zeit ist auch hinzunehmen, dass dem Verurteilten die konkreten neuen Tatsachen erst im Laufe der Hauptverhandlung mitgeteilt werden. (Bearbeiter)

4. Das Rechtsstaatsprinzip und die Grundrechte (Art. 2 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG) begrenzen die Befugnis des Gesetzgebers, Rechtsänderungen vorzunehmen, die an Sachverhalte der Vergangenheit anknüpfen. Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung ist eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen. Der Staatsbürger muss die ihm gegenüber möglichen staatlichen Eingriffe grundsätzlich voraussehen und sich dementsprechend einrichten können. Bei der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung wird der allgemeine Grundsatz des Vertrauensschutzes im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit zurückgestellt. Dem von Verfassungen wegen mit einem hohen Rang ausgestatteten Freiheitsgrundrecht des Betroffenen ist dann aber durch verfahrensrechtliche Garantien hinreichend Geltung zu verschaffen. (Bearbeiter)

5. Die Durchführung einer erneuten Hauptverhandlung soll sicherstellen, dass dem Verurteilten bei der Entscheidung die gleichen verfahrensrechtlichen Rechte zukommen wie in der ersten Hauptverhandlung. Damit gelten die strafprozessualen Grundsätze, d. h. sowohl der Grundsatz des fairen Verfahrens als auch das Gebot des rechtlichen Gehörs. Sie gebieten es, dem Verurteilten frühzeitig mitzuteilen, welche Vorfälle die Staatsanwaltschaft zu der ungünstigen Gefährlichkeitsprognose und damit zur Antragstellung bewogen haben. Nur dann kann er sich auf das weitere Verfahren sachgemäß vorbereiten und seine Rechte in der Hauptverhandlung adäquat wahrnehmen, etwa selbst Zeugen oder andere Beweismittel benennen. (Bearbeiter)

6. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB setzt nicht notwendig eine Vorverurteilung zu einer Einzelstrafe von mindestens drei Jahren voraus. Eine entsprechend hohe Gesamtfreiheitsstrafe genügt jedenfalls dann, wenn dieser ausschließlich Katalogtaten zugrunde liegen. Dagegen liegt eine Vorverurteilung im Sinne von § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB nicht vor, wenn in einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren lediglich eine Katalogtat mit einer niedrigeren Einzelstrafe neben einer Reihe von Nichtkatalogtaten enthalten ist. (Bearbeiter)

7. Die „neuen Tatsachen“ müssen im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips schon für sich Gewicht haben im Hinblick auf mögliche Beeinträchtigungen des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung anderer. So kann nicht schon jeder während des Vollzugs aufgetretene Ungehorsam ungeachtet seiner Neuheit die Einleitung eines Verfahrens über die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung rechtfertigen. Ebenso wenig dient das Verfahren nach § 66b StGB der Korrektur rechtsfehlerhafter früherer Entscheidungen. Nur wenn wirklich erhebliche neue Tatsachen während des Vollzugs erkennbar werden, kann dies zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung führen. (Bearbeiter)

38. BGH 1 StR 441/05 – Urteil vom 6. Dezember 2005 (LG Augsburg)

Nachträgliche Unterbringung des Betroffenen in Sicherungsverwahrung (Entscheidung auf Antrag der Staatsanwaltschaft auf Grund mündlicher Hauptverhandlung; keine ausnahmsweise Entscheidung durch Beschluss; Prüfungspflicht des Gerichts bei mangelhaften Anträgen des Staatsanwaltschaft); Analogie im Strafverfahren; Recht auf ein faires Verfahren; Recht auf Verfahrensbeschleunigung.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 66b StGB; § 275a StPO

1. Die Materialien zur nachträglichen Anordnung von Sicherungsverwahrung ergeben eindeutig, dass der Gesetzgeber die Verfahrensregeln, die für die Entscheidung über die vorbehaltene Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB) gelten, für das Verfahren zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung übernehmen wollte. Eine analoge Anwendung des Zwischenverfahrens zur

Vermeidung einer nach § 275a StPO durchgeführten Hauptverhandlung ist auch bei Anträgen, die aus zwingenden rechtlichen Gründen keinesfalls Erfolg haben können, nicht zu befürworten.

2. Hiervon unabhängig ist jedoch die Frage, ob eine Entscheidung, mit der eine nachträgliche Anordnung von Sicherungsverwahrung abgelehnt wurde, weil zwingend vorgeschriebene formale Voraussetzungen fehlen, je darauf beruhen könnte (§ 337 StPO), dass sie nicht in der vorgeschriebenen Form oder ohne Anhörung von Sachverständigen getroffen wurde.

29. BGH 1 StR 324/05 – Beschluss vom 25. Oktober 2005 (LG Amberg)

Nachträgliche Anordnung der ursprünglich vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (Vollzugsverhalten; Darlegungsbliedigkeiten; Delikte gegen die Person und gegen das Vermögen; Berücksichtigung der Anlasstat); Sechsmonatsfrist des § 66a Abs. 2 Satz 1 StGB (Revisibilität; Beruhen; nur Zurechnung direkt im Verantwortungsbereich der Justiz liegender Verzögerungsgründe). § 66b StGB; § 66a StGB

1. Jedenfalls dann, wenn bei einer nicht in der Frist des § 66a Abs. 2 Satz 1 StGB getroffenen Entscheidung die Verzögerung nur wenige Tage beträgt und zudem der Verzögerungsgrund nicht direkt im Verantwortungsbereich der Justiz liegt, greift eine darauf gestützte Revisionsrüge nicht durch.

2. Voraussetzung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66a Abs. 2 Satz 2 StGB ist die prognostizierte Gefahr schwerwiegender Delikte gegen die Person; nicht erfasst sind Vermögensdelikte.

3. Der Bundesgerichtshof hat bereits in früheren Entscheidungen darauf hingewiesen, dass der Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nicht dazu führen soll, in Fällen, in denen die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB grundsätzlich angezeigt ist, die Verhängung dieser Maßregel (zunächst) zu vermeiden.

21. BGH 3 StR 328/05 - Beschluss vom 6. Oktober 2005 (LG Wuppertal)

Feststellung einer schweren anderen seelischen Abartigkeit; Feststellung erheblich eingeschränkter Steuerungsfähigkeit; sachverständige Beratung; Aufgaben des Sachverständigen; Urteilsformel.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 55 StGB; § 63 StGB; § 72 StPO

1. Die Anordnung der Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) setzt die positive Feststellung eines länger andauernden, nicht nur vorübergehenden Defekts voraus, der zumindest eine erhebliche Einschränkung der Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB sicher begründet.

2. Es ist nicht Aufgabe des psychiatrischen Sachverständigen, aus einem Störungsbild unmittelbar auf die An-

nahme einer schweren anderen seelischen Abartigkeit und von da wiederum unmittelbar auf die Bejahung erheblich eingeschränkter Steuerungsfähigkeit zu schließen. Die psychiatrische Diagnose eines Störungsbildes ist nicht mit einem Eingangsmerkmal des § 20 StGB gleichzusetzen.

3. Ob der sachverständige Befund unter ein Eingangsmerkmal des § 20 StGB zu subsumieren ist, entscheidet nach sachverständiger Beratung der Richter. Gleiches gilt für die sich daran anschließende Frage, ob dadurch die Schuldfähigkeit des Angeklagten erheblich eingeschränkt ist.

4. Bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB ist nicht das frühere Urteil, sondern nur die darin ausgesprochene Strafe in das neue Erkenntnis einzubeziehen

15. BGH 2 StR 474/05 - Beschluss vom 7. Dezember 2005 (LG Gera)

Vergewaltigung mit Todesfolge (lebenslange Freiheitsstrafe; Leichtfertigkeit; Vorsatz).

§ 15 StGB; § 176b StGB; § 178 StGB

Die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe kann auch in Fällen leichtfertiger, also nicht vorsätzlicher Verursachung des Todeserfolgs tat- und schuldangemessen sein.

23. BGH 3 StR 379/05 - Beschluss vom 17. November 2005 (LG Mönchengladbach)

Strafzumessung (Begründung; Ausschöpfung des Strafrahmens).

§ 46 StGB; § 212 StGB

An die Begründung der Strafhöhe sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je mehr sich die Strafe der unteren oder oberen Grenze des Zulässigen nähert. Dem wird ein Urteil nicht gerecht, das lediglich zwei Milderungsgründe und keinen einzigen Schärfungsgrund nennt, aber den Strafrahmen zu rund vier Fünfteln ausschöpft.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

12. BGH 2 StR 457/05 - Beschluss vom 16. November 2005 (LG Aachen)

BGHSt; Nichtvereidigung (wesentliche Förmlichkeit); Antrag auf Vereidigung.

§ 273 StPO; § 274 StPO; § 59 StPO; § 48 OWiG

Eine ausdrückliche Entscheidung, einen Zeugen nicht zu vereidigen, ist nach der Änderung des gesetzlichen Regel-/Ausnahme-Verhältnisses in § 59 Abs. 1 Satz 1 StPO nur dann zu treffen und in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen, wenn ein Verfahrensbeteiligter einen Antrag auf Vereidigung gestellt hat. (BGHSt)

40. BGH 1 StR 447/05 – Beschluss vom 9. November 2005 (LG Baden)

BGHSt; Widerspruchslösung: Bindung an den unterlassenen oder verspäteten Widerspruch bei der Verletzung von Belehrungspflichten nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens nach Zurückweisung der Sache (Rügepräklusion; Prozessverantwortung des Verteidigers und unzureichende Verteidigung); Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren (Belehrungspflicht); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO

1. Der in der ersten Hauptverhandlung unterlassene oder verspätete Widerspruch wegen Verletzung der §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO oder sonstiger Belehrungspflichten nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens kann nach Zurückweisung der Sache durch das Revisionsgericht in der neuen Hauptverhandlung nicht mehr geltend gemacht werden. (BGHSt)

2. Grundsätzlich ist dem Beschuldigten vor seiner polizeilichen Vernehmung mitzuteilen, dass ihm bereits ein Verteidiger bestellt worden ist (BGH NStZ 1997, 502). (Bearbeiter)

3. Generell ist der Verwertung einer Aussage, die unter Verstoß gegen die Verfahrensgrundsätze der §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO (Schweigerecht sowie Recht zur Verteidigerkonsultation) oder sonstige Belehrungspflichten aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG im Ermittlungsverfahren erlangt worden ist, bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt zu widersprechen (vgl. zur Widerspruchslösung BGHSt 38, 214; 42, 15, 22; BGH NStZ 1997, 502). (Bearbeiter)

53. BGH 4 StR 418/05 – Beschluss vom 2. November 2005 (LG Dessau)

BGHSt; Besetzung der großen Straf- bzw. Jugendkammer (Nachholung einer zunächst unterbliebenen Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens; keine Mitwirkung der Schöffen; reduzierte Besetzung); wirksamer Eröffnungsbeschluss.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 76 GVG; §§ 33a, 33b JGG; § 199 StPO; § 200 StPO; § 30 Abs. 1 GVG; § 77 GVG

1. Wird eine zunächst unterbliebene Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens in der Hauptverhandlung nachgeholt, so entscheidet darüber beim Landgericht auch dann die große Straf- bzw. Jugendkammer in ihrer Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung mit drei Berufsrichtern ohne Mitwirkung der Schöffen, wenn die Kammer die Hauptverhandlung in reduzierter Besetzung (§ 76 Abs. 2 Satz 1 GVG, § 33 b Abs. 2 Satz 1 JGG) durchführt. (BGHSt)

2. Ein bislang fehlender Eröffnungsbeschluss kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch in der Hauptverhandlung nachgeholt werden (BGHSt 29, 224). (Bearbeiter)

31. BGH 1 StR 386/05 – Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Kempten)

Schwere Vergewaltigung; Hinweispflicht (Änderung des anwendbaren Strafgesetzes; negative Beweiskraft des Protokolls; Protokollberichtigung; wesentliche Verfahrensförmlichkeit).

§ 177 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StGB; § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 265 StPO; § 274 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK

1. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (seit BGHSt 2, 125) ist eine Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls vom Revisionsgericht nicht zu berücksichtigen, wenn sie erst nach erhobener Verfahrensrüge vorgenommen wurde und dieser die Grundlage entzieht.

2. Der 1. Strafsenat neigt der Auffassung des 2. Strafsenats zu, der welcher der Rechtsauffassung zuneigt, dass ein ordnungsgemäß berichtetes Protokoll bei der Frage, ob ein behaupteter Verfahrensfehler tatsächlich vorliegt, auch dann berücksichtigt werden kann, wenn dadurch einer vor der Berichtigung erhobenen Verfahrensrüge der Boden entzogen wird (StV 2005, 256, 257 m. w. N.).

3. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt die Beweiskraft des § 274 Satz 1 StPO nicht, wenn das Protokoll Fehler hat, die die Eindeutigkeit seines Inhalts in Frage stellen. Das ist namentlich der Fall, wenn es Widersprüche, Lücken oder sonstige offensichtliche Mängel, insbesondere Unklarheiten enthält. Entfaltet das Protokoll keine Beweiskraft, hat das Revisionsgericht im Freibeweisverfahren den Sachverhalt zu ermitteln.

4. Ein Hinweis gemäß § 265 Abs. 1 oder (hier) Abs. 2 StPO ist eine wesentliche Verfahrensförmlichkeit. Dabei ist jedenfalls die Bestimmung in ihrer ziffernmäßigen gesetzlichen Bezeichnung im Protokoll aufzuführen, inwieweit dies auch für tatsächliche Erläuterungen gilt, kann hier dahinstehen.

14. BGH 2 ARs 433/05 / 2 AR 229/05 - Beschluss vom 23. November 2005

Ablehnung eines Staatsanwalts wegen Besorgnis der Befangenheit.

§ 22 StPO

Die §§ 22 ff. StPO gelten nicht für Staatsanwälte. Auch kann nicht eine ganze Behörde (hier: GBA) als solche abgelehnt werden.

17. BGH 2 StR 557/04 - Urteil vom 30. November 2005 (LG Darmstadt)

Aufklärungspflicht (Hilfsbeweis); Augenscheinsbeweis; Verbot der Beweisantizipation; Vorsatz (Überzeugungsbildung; Mangel äußerer Indizien; Plausibilität).

§ 244 Abs. 2 und Abs. 3 StPO; § 15 StGB; § 261 StPO

1. Ein (Hilfs-)Beweisantrag kann nur dann mit der Begründung zurückgewiesen werden, er zielt auf eine Wiederholung der Beweisaufnahme ab, wenn das bereits herangezogene und das neu benannte Beweismittel identisch sind, nicht aber, wenn die Heranziehung und Verwendung eines qualitativ anderen Beweismittels beantragt wird.

2. Für einen Antrag auf Augenscheinsbeweis gilt gem. § 244 Abs. 5 Satz 1 StPO das grundsätzliche Verbot der Beweisantizipation nicht. Er kann daher auch mit der Begründung abgelehnt werden, die Beschaffenheit des Augenscheinsgegenstands stehe auf Grund der schon erhobenen Beweise bereits fest. Die Urteilsgründe müssen dann jedoch erkennen lassen, dass der Tatrichter die Beschaffenheit der Augenscheinsobjekte und ihre Beweiseignung zutreffend eingeschätzt hat. Außerdem ist darzulegen, aus welchem Grunde die beantragte Beweiserhebung nicht zu weiterer Sachaufklärung hätte führen können.

3. Wenn ein Hilfsbeweis antrag in zulässiger Weise erst in den Urteilsgründen beschieden worden ist, kann das Revisionsgericht zwar die Ursächlichkeit eines Verstoßes gegen § 244 Abs. 5 StPO mit der Begründung verneinen, der Antrag habe mit anderer Begründung rechtsfehlerfrei abgelehnt werden können. Hierfür reicht aber nicht die bloß abstrakte Möglichkeit eines tragfähigen anderen Ablehnungsgrunds. Ein solcher muss sich vielmehr, wenn er nicht offenkundig ist, aus den Urteilsgründen selbst ergeben.

4. Mangelt es an indiziellen äußeren Tatsachen für die innere Tatseite, so können den Angeklagten belastende Schlussfolgerungen nicht allein auf eine besonders nachdrückliche Darlegung des Tatrichters gestützt werden, er sei „überzeugt“. Wenn der Tatrichter aus einer Mehrzahl möglicher Tatmotivationen und subjektiver Vorstellungen solche feststellen will, deren Annahme den Angeklagten belastet, so darf diese Feststellung nicht nur auf Vermutungen beruhen. Ihre Begründung darf sich nicht in der bloßen Behauptung von Plausibilität erschöpfen.

8. BGH 2 StR 431/05 - Beschluss vom 30. November 2005 (LG Meiningen)

Ablehnung eines Beweisantrags (Wahrunterstellung; Bedeutungslosigkeit).

§ 244 Abs. 3 StPO

Die gleichzeitige Ablehnung eines Beweisantrags durch Wahrunterstellung und wegen Bedeutungslosigkeit ist nicht möglich ist, weil eine Wahrunterstellung nur bei erheblichen Tatsachen in Betracht kommt.

5. BGH 2 StR 375/05 - Urteil vom 14. Dezember 2005 (LG Trier)

Beweiswürdigung bei „Aussage gegen Aussage“ (Zweifelssatz; Feststellung eines dritten Geschehensablaufs).

§ 261 StPO

Wenn „Aussage gegen Aussage“ steht, ist es nicht notwendig rechtsfehlerhaft, wenn das Tatgericht eine Version des tatsächlichen Geschehens feststellt, welche weder mit der vom Angeklagten noch mit der von der Nebenklägerin geschilderten übereinstimmt.

46. BGH 4 StR 139/05 – Urteil vom 25. Oktober 2005 (LG Dortmund)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Prüfung auf eine Verfahrensrüge: BGHSt 49, 342; Gesamtbetrachtung: verfahrensabschnittsbezogene Detailprüfung); Recht auf eine Beschwerde; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Ein Revisionsführer, der das Vorliegen einer Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verletzenden Verfahrensverzögerung geltend machen will, muss grundsätzlich eine Verfahrensrüge erheben. Nur wenn sich nach den Urteilsgründen eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung aufdrängt, kann es einen auf die Sachrüge zu berücksichtigenden Erörterungsmangel darstellen, wenn sich das

Urteil zu den näheren Umständen der Verfahrensverzögerung nicht verhält (vgl. BGHSt 49, 342 m.w.N.).

2. Drängt sich nach den Urteilsgründen eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung nicht auf, hat der Beschwerdeführer gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO die Tatsachen, die den behaupteten Verfahrensverstöß belegen, in der Revisionsbegründung darzulegen, um dem Revisionsgericht eine entsprechende Nachprüfung zu ermöglichen (vgl. BGH NSTZ 2004, 504).

20. BGH 3 StR 371/05 - Beschluss vom 2. November 2005 (LG Oldenburg)

Recht auf ein faires Verfahren (mangelhafte Verteidigung; Anwaltszwang); Revisionsbegründung durch einen Rechtsanwalt (gestaltende Mitwirkung).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 345 Abs. 2 StPO

Es genügt nicht den Anforderungen des § 345 StPO, wenn der Rechtsanwalt eine vom Angeklagten stammende Schrift lediglich mit seiner Unterschrift versieht. Seine Mitwirkung darf sich nicht in der bloßen Beurkundung erschöpfen, vielmehr ist eine gestaltende Mitwirkung erforderlich.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

45. BGH 1 StR 571/04 – Urteil vom 22. November 2005 (LG München)

Zur Untreue durch Geldtransferleistungen innerhalb einer Unternehmensgruppe (Fall Kinowelt; Bürgschaftserklärung; unterschiedliche Beteiligungsverhältnisse; Überweisungen auf ein Privatkonto; Pflichtwidrigkeit beim Handeln des Vorstandes; Risikogeschäfte: unter Umständen übliche, ungesicherte Kapitaltransfers in einem Konzern; Put-Optionen; Vermögensfürsorgepflicht; Vermögensbetreuungspflicht).

§ 266 StGB; § 765 BGB; § 387 BGB; § 350 HGB; § 15 AktG

1. Zur Untreue durch Geldtransferleistungen innerhalb einer Unternehmensgruppe. (BGH)

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist dem Vorstand bei seinen in Ausfüllung der vorgenannten Pflichten getroffenen Entscheidungen ein weiter Ermessensspielraum zuzubilligen. Werden hingegen die - weit zu ziehenden - äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit überschritten und wird damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 266 StGB begründet (BGHSt 47, 148, 152; 187, 197; vgl. auch BGHZ 135, 244, 253). (Bearbeiter)

3. Ein weiter, gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Handlungsspielraum steht den entscheidungstragenden

Organen der Gesellschaft gerade dann zu, wenn ein über die bisherige Unternehmenstätigkeit hinausreichendes Geschäftsfeld erschlossen, eine am Markt bislang nicht vorhandene Geschäftsidee verwirklicht oder in eine neue Technologie investiert werden soll. Der Prognosecharakter der unternehmerischen Entscheidung tritt hier besonders deutlich zutage. Dem Entscheidungsträger obliegt es in diesen Fällen allerdings, sich in angemessener Weise, ggf. unter Beiziehung sachverständiger Hilfe, durch Analyse der Chancen und Risiken eine möglichst breite Entscheidungsgrundlage zu verschaffen. (Bearbeiter)

4. Zuwendungen unter in einem Konzern verbundenen Unternehmen (§ 15 AktG) sind wegen deren wirtschaftlicher Verflechtung gemäß § 266 StGB regelmäßig nicht zu beanstanden sind. Dies gilt auch dann, wenn eine feste Verbindung zwischen den betroffenen Unternehmen noch nicht bestand, aber der Wille der maßgeblichen Organe ernstlich auf die Verbindung gerichtet ist und das zuwendende Unternehmen bereits eine Rechtsposition erlangt hat, die den Erwerb sicherstellt. (Bearbeiter)

61. BGH KRB 2/05 – Beschluss vom 28. Juni 2005 OLG Düsseldorf)

BGHR; Verjährungsunterbrechung gegenüber Organen (Wirkung für verjährte Handlungen anderer Organe bei der Bemessung des Bußgeldes gegen das Unternehmen); Beurteilung des wirtschaftlichen Vorteils (Vermögensschadens) bei Kartellabsprachen (Submissionsbetrug) mit Blick auf die Nachhaltigkeit und Dauer des Kartells (Beweiswürdigung); Konkurrenzen (Zusammenfassung)

zu einer Bewertungseinheit); Hinwegsetzen.

§ 30 Abs. 1 OWiG; § 38 Abs. 4 Satz 1 a.F. GWB; § 81 Abs. 2 Satz 1 GWB n.F.; § 261 StPO; § 46 OWiG; § 263 StGB; § 1 GWB

1. Die Unterbrechung der Verjährung gegen wenigstens ein Organ im Sinne des § 30 Abs. 1 OWiG führt dazu, dass auch die an sich verjährten Handlungen anderer Organe für die Bemessung des Bußgelds gegen das dahinterstehende Unternehmen herangezogen werden können, soweit die Handlungen sämtlicher Organe - hier im Hinblick auf die Umsetzung einer einheitlichen Kartellabsprache - aufgrund einer Bewertungseinheit zu einer einheitlichen prozessualen Tat zusammengefasst sind. (BGHR)

2. Je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert wurde und je flächendeckender es angelegt ist, um so höhere Anforderungen sind an die Darlegungen des Tatrichters

zu stellen, wenn er einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Kartellabsprache verneinen will. (BGHR)

22. BGH 3 StR 333/05 - Beschluss vom 3. November 2005 (LG Koblenz)

Unterstützung des organisatorischen Zusammenhalts eines verbotenen Vereins (Kalifatsstaat; Zeitschriftenabonnements); Bestandskraft eines Vereinsverbots (Zäsurwirkung; Handlungseinheit).

§ 20 VereinsG; § 85 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Der bloße Bezug der Zeitschrift einer verbotenen Vereinigung reicht nicht für die Annahme der Unterstützung ihres organisatorischen Zusammenhalts aus. (BGHR)

2. Allein durch den Eintritt der Bestandskraft eines Vereinsverbotes wird eine an sich einheitliche Unterstützungshandlung oder aktive Betätigung als Mitglied nicht in zwei selbständige Taten aufgespalten. (Bearbeiter)

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung*

Von Prof. Dr. Frank Saliger, Bucerius Law School Hamburg.

I. Die aktuelle Debatte um die Untreue

Über die Strafvorschrift der Untreue wird gegenwärtig (wieder) heftig gestritten. Auslöser sind spektakuläre Wirtschaftsstrafverfahren, die aufgrund der Prominenz der Beschuldigten das Interesse der Medienöffentlichkeit auf sich gezogen haben. Vor allem drei Strafverfahren sind zu nennen: Erstens das Strafverfahren gegen den Alt-Bundeskanzler *Helmut Kohl* Anfang 2000. Ihm war vorgeworfen worden, in den 90er Jahren Parteispenden in Höhe von ca. 2 Mio. DM für die CDU angenommen zu haben, ohne sie dem Parteiengesetz gemäß auszuweisen. Der Bundestagspräsident verhängte wegen dieser Vorgänge gegen die CDU eine Sanktion in Höhe von ca. 6 Mio. DM, die die CDU bezahlt hat. Das Strafverfahren gegen *Kohl* wegen Untreue wurde 2001 gegen Zahlung eines Geldbetrags von 300.000 DM gemäß § 153 a StPO eingestellt.¹

Der zweite hier aufzuführende Untreueprozeß ist das Mannesmann-Verfahren. Ehemaligen Führungspersonen der Mannesmann-AG wird zur Last gelegt, in der

Schlußphase der Übernahme von Mannesmann durch den britischen Telekommunikationskonzern Vodafone im Frühjahr 2000 rechtswidrig Anerkennungsprämien und Abfindungen an Mannesmann-Manager in Höhe von insgesamt rund 112 Mio. DM ausgeschüttet zu haben. Die Anklagebank könnte prominenter kaum besetzt sein: *Josef Ackermann*, aktueller Vorstandssprecher der Deutschen Bank; *Klaus Zwickel*, ehemaliger IG Metall-Vorsitzender; *Joachim Funk*, damaliger Aufsichtsrats- und früherer Vorstandschef von Mannesmann; *Klaus Esser*, damaliger Vorstandsvorsitzender von Mannesmann. Das LG Düsseldorf hat die Angeklagten freigesprochen²; der BGH hat die Freisprüche am 21. Dezember 2005 aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.³

Als dritter spektakulärer Untreueprozeß ist das Strafverfahren gegen Verantwortliche bei der Hessen-CDU zu nennen. Ihnen wird vorgeworfen, jahrzehntelang Vermögen der Hessen-CDU im Ausland auf Schwarzkonten geführt zu haben, ohne es im Rechenschaftsbericht der Partei auszuweisen. Der Bundestagspräsident hat deswegen Anfang 2000 für die Bundes-CDU 41 Mio. DM weniger Mittel im Rahmen der Parteienfinanzierung festgesetzt, als ihr zugestanden hätte. Auch im Fall der Hessen-CDU ist die Anklagebank prominent besetzt: *Manfred Kanther*, ehemaliger Bundesinnenminister und Vorsitzender der Hessen-CDU; *Prinz Casimir zu Sayn-Wittgenstein*, ehemaliger Schatzmeister der Hessen-CDU sowie *Horst Weyrauch*, ehemaliger Finanzberater der

* Vortrag im Rahmen des von Prof. *Rönnau*, Prof. *Samson* und mir veranstalteten „Arbeitskreises Wirtschaftsstrafrecht“ der Bucerius Law School am 11.10.2005 in Hamburg.

¹ LG Bonn NStZ 2001, 375; dazu kritisch etwa *Saliger*, GA 2005, 155 und *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 426.

² LG Düsseldorf NJW 2004, 3275 m.Anm. *Jahn*, ZRP 2004, 179; *Daniels*, ZRP 2004, 270; *Kort*, NJW 2005, 333; *Jakobs* NStZ 2005, 276. Dazu ferner *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, 113; *Schünemann*, Organuntreue. Das Mannesmann-Verfahren als Exempel, 2004; *Tiedemann*, ZIP 2004, 2056.

³ Siehe FAZ vom 22.12.2005, S. 1 f. und 3; SZ vom 22.12.2005, S. 1 und 3 f.

Hessen-CDU. Das LG Wiesbaden hat die Angeklagten *Kanther* und *Weyrauch* im April 2005 wegen gemeinschaftlicher Untreue zum Nachteil der CDU bzw. Beihilfe dazu verurteilt.⁴ Die Verurteilten haben Revision eingelegt, über die noch nicht entschieden ist.

Vor allem über diese drei Strafverfahren hat sich – neben der Grundsatzkritik an der gänzlichen oder teilweisen Verfassungswidrigkeit des unbestimmten § 266 StGB⁵ – in den letzten Jahren eine heftige Diskussion zu Grund und Grenzen des Untreuetatbestandes entzündet. Die jüngste Kritik wird dabei bemerkenswerterweise vor allem von Strafverteidigerseite vorgetragen. Den Anfang macht 2002 der Strafverteidiger *Hans Dahs*, der – noch ganz unaufgeregt – von einer Anwendungshypertrophie des „allzuoft mißverstandenen“ Untreuetatbestandes warnt.⁶ Im gleichen Jahr unterstellt – schon schärfer – der Zivilrechtsanwalt *Rüdiger Volhard* all denjenigen, die in den Fällen von „*Kohl*“ und der „Hessen-CDU“ zu einer Untreuestrafbarkeit gelangen, sie würden einer „Untreuemode“ erliegen, der man sich entziehen müsse.⁷ Noch schärfer spricht Anfang 2005 der Strafverteidiger *Holger Matt* mit Blick auf den Fall der Hessen-CDU von einer unzulässigen Vermischung von Recht und Moral.⁸ Schließlich wirft der Strafverteidiger *Rainer Hamm* unlängst für alle drei Strafverfahren die Frage auf, ob der schiere Verstoß gegen Treu und Glauben strafbar sein könne.⁹ Ihre politische Verlängerung erfährt solche Kritik in der Aussage der Bundeskanzlerin *Angela Merkel*, die das Mannesmann-Verfahren als „Schlag gegen den Wirtschaftsstandort Deutschland“ bezeichnet hat.¹⁰

Demgegenüber erfährt die Untreuestrafvorschrift in letzter Zeit auch dezidiert Stützungen von Seiten der Strafrechtswissenschaft. So rekonstruiert der Osnabrücker Strafrechtler *Andreas Ransiek* die Untreue als zwar vielgestaltige, aber doch bestimmbare Strafvorschrift, auf die in einem Strafrecht, das sich auch gegen die „Großen und Mächtigen“ wende, nicht verzichtet werden könne.¹¹ Auch der Kölner Strafrechtler *Jürgen Seier* hält § 266 StGB „wegen der Vielgestaltigkeit des Lebens, des Wandels der Verhältnisse und der Besonderheiten des Einzelfalls“ für praktisch unverzichtbar.¹² Noch weitergehend hat der Münchner Strafrechtler *Bernd Schünemann* die neuere Kritik an einer Vermischung von Recht und Moral im Untreuestrafrecht zurückgewiesen: Er versteigt sich zu der Behauptung, daß § 266 StGB noch „schärfer kontu-

riert (sei) als der bis heute von jeder Grundsatzkritik freie Betrugstatbestand“.¹³

Wie sind diese geradezu entgegengesetzten Stellungnahmen möglich? Gefährdet der Untreuetatbestand wirklich den Wirtschaftsstandort Deutschland? Gibt es tatsächlich eine Untreuemode, der man nicht verfallen dürfe? Und: Wie kann der Untreuetatbestand, sofern man ihn grundsätzlich für legitim hält, sinnvoll restriktiv ausgelegt werden?

Diese Fragen sollen im folgenden in drei Etappen beantwortet werden. Zunächst analysiere ich die Strukturprobleme des Untreuetatbestandes (unten II.). Anschließend wird auf dieser Basis die neuere Diskussion zur Untreue bewertet (unten III.). In der dritten Etappe skizziere ich Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung des Untreuetatbestandes (unten IV.).

II. Strukturprobleme des § 266 StGB

Nach § 266 StGB macht sich strafbar, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem Vermögen des Treugebers einen Nachteil zufügt.

In dieser Fassung zeichnet sich der objektive Untreuetatbestand durch vier Elemente aus: erstens die Täterqualifizierung, die die heute herrschende Meinung mit dem Begriff der Vermögensbetreuungspflicht umschreibt – Täter der Untreue kann nur der Inhaber einer Vermögensbetreuungspflicht sein¹⁴; zweitens die Tathandlungen des Missbrauchs und des Treubruchs, wobei die herrschende Ansicht den Missbrauch als Unterfall des Treubruchs begreift¹⁵; drittens der Taterfolg des Eintritts eines Vermögensnachteils für den Treugeber, der ganz überwiegend im gleichen Sinne wie der Begriff des Vermögensschadens beim Betrug verstanden wird; und viertens das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen den Tathandlungen und dem Eintritt des Vermögensnachteils.

Trotz dieser viergliedrigen Tatbestandsstruktur gilt die Untreue gemeinhin als unterbestimmt und zu weit geraten. Berühmt ist das Diktum *Hellmuth Mayers* aus dem Jahre 1954: „Sofern nicht einer der klassischen alten Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und keine

⁴ Urteil vom 18.04.2005 – Az. 6 Js 320.4/00 – 16 KLs. Das Strafverfahren gegen *Sayn-Wittgenstein* wurde aufgrund seines schlechten Gesundheitszustandes abgetrennt und wegen Verhandlungsunfähigkeit eingestellt.

⁵ So zuletzt für den Treubruchstatbestand *Kargl*, ZStW 2001, 589 f.

⁶ *Dahs*, NJW 2002, 272.

⁷ *Volhard*, FS-Lüderssen, 2002, 673.

⁸ *Matt*, NJW 2005, 389.

⁹ *Hamm*, NJW 2005, 1993.

¹⁰ Siehe FAZ vom 23.09.2003, S. 13.

¹¹ *Ransiek*, ZStW 2004, 634 ff. (636), 677 ff.

¹² *Achenbach/Ransiek-Seier*, HWSt, 2004, V 2 (Untreue), Rz 19.

¹³ *Schünemann*, NStZ 2005, 473 ff. (474).

¹⁴ BGHSt 24, 386, 387; 33, 244, 250; 35, 224, 227; *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 266 Rz 4; *Tröndle/Fischer*, StGB, 53. Aufl. 2006, § 266 Rz 6 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, 28. Aufl. 2005, Rz 750. Eingehend *LK-Schünemann*, StGB, 11. Aufl., § 266 Rz 8 ff. mNw. zu abw. Ansichten.

¹⁵ Exemplarisch *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz 6 mwNw.

Anklagebehörde, ob § 266 StGB vorliegt oder nicht.“¹⁶
Woran liegt das?

1. Verengung auf zwei Merkmale: Pflichtverletzung und Vermögensnachteil

Zunächst muß man sehen, daß die Anwendung der Untreue sich in großen Wirtschaftsstrafverfahren häufig auf zwei neuralgische Tatbestandsmerkmale verengt: die Pflichtverletzung (Mißbrauch oder Treubruch) und der Vermögensnachteil. Dagegen ist der Kausalzusammenhang zwischen diesen beiden Elementen regelmäßig ebensowenig fraglich wie die Tätertauglichkeit. Daß Aufsichtsratsmitglieder einer AG (Fall Mannesmann) sowie Bundes- und Landesvorsitzender, Schatzmeister und Finanzberater einer Partei (Fälle *Kohl* und *Hessen-CDU*) vermögensbetreuungspflichtig und damit taugliche Untreuetäter sind, bedarf keiner näheren Darlegung. Auch in anderen kontroversen Wirtschaftsstrafsachen der jüngeren Vergangenheit stand die Untreuetätertauglichkeit der Beschuldigten nicht in Frage.¹⁷ Anzuführen sind etwa die Spenden des Vorstandsvorsitzenden eines Unternehmens an einen Sportverein¹⁸, die Vergabe von riskanten Krediten durch den Vorstand einer Bank¹⁹ oder die Überschreitung des Haushaltsbudgets eines Landestheaters durch den Theaterintendanten.²⁰

Kaum Schwierigkeiten bereitet regelmäßig auch der subjektive Untreuetatbestand. Für ihn genügt *dolus eventualis*. Gelegentliche Reformvorschläge, den subjektiven Untreuetatbestand durch die Aufnahme einer Bereicherungsabsicht oder durch Beschränkung auf Wissentlichkeit oder Absicht schärfer zu konturieren²¹, hat der Gesetzgeber immer wieder übergangen.

2. Extensionsanfälligkeiten und Unterbestimmtheiten

Mit dem Befund der häufigen Praxisrelevanz von nur zwei Tatbestandsmerkmalen ist die Strukturanalyse des Untreuetatbestandes allerdings erst eröffnet. Weiterhin ist nämlich festzustellen, daß die zentralen Untreuemerkmale „Pflichtverletzung“ und „Vermögensnachteil“ selbst extensionsanfällig bzw. notorisch unterbestimmt sind.

¹⁶ Mayer, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, S. 337.

¹⁷ Anders allerdings im Fall *Bremer Vulkan* BGHSt 49, 147 m.Anm. *Tiedemann*, JZ 2005, 45; *Ransiek*, wistra 2005, 121; *Salditt*, NStZ 2005, 270; *Kutzner*, NStZ 2005, 271.

¹⁸ BGHSt 47, 187 m.Anm. *Beckemper*, NStZ 2002, 324; *Sauer*, wistra 2002, 465; *Laub*, AG 2002, 308; *Otto*, FS-Kohlmann, 2003, 187; *Samson*, in: Walz u.a. (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook, 2004, 233 ff.

¹⁹ BGHSt 46, 30 m.Anm. *Otto*, JR 2000, 517; *Gallandi*, wistra 2001, 281; ferner *Knauer*, NStZ 2002, 399.

²⁰ BGHSt 43, 298 (Intendanten-Fall) m.Anm. *Bieneck*, wistra 1998, 249; *Bittmann*, NStZ 1998, 495; *Brauns*, JR 1998, 381; *Nix*, NJ 1998, 325; *Otto*, JK 1998, StGB § 266/17.

²¹ Vgl. *Freudenthal*, Die Untreue, in: Vergl. Darst. des dt. u. ausl. Strafrechts, BT, Bd. VIII, 1906, S. 117 f. Speziell zu Wissentlichkeit und Absicht E 1962 StGB, S. 54 sowie *Ebener*, Die Untreue usw., 1932, S. 101 ff.

a. Extensionsanfälligkeit des Vermögensnachteils

So ist der Begriff des Vermögensnachteils in zweifacher Hinsicht extensionsanfällig:

aa. Umdeutung von abstrakten in konkrete Vermögensgefahren

Zum einen besteht bei der Untreue die Gefahr, daß die Straflosigkeit des Versuchs durch die zu vorschnelle Annahme einer konkreten schadensgleichen Vermögensgefährdung unterlaufen wird.²² Die herrschende Ansicht hat die Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung von der Betrugsdogmatik auf die Untreue übertragen.²³ Die damit einhergehende Vorverlagerung des Vollendungszeitpunktes auch bei der Untreue ist insofern problematisch, als der Versuch der Untreue anders als der Versuch des Betrugs straflos ist. Während die Vermögensgefährdung beim Betrug also lediglich zu Verschiebungen im Strafbarkeitsbereich führt, nämlich die Vollendungsgrenze in den Versuch hineintreibt – was ebenfalls bedenklich ist –, greift sie bei der Untreue sogar in den Bereich der Straflosigkeit. Eine solche „Pönalisierung des Untreueversuchs“ widerspricht dem Willen des Gesetzgebers und ist gesetzeswidrig.

Zwei Beispiele aus der Rechtsprechung für eine gesetzeswidrige „Versuchspönalisierung“ bei der Untreue seien hier gegeben.²⁴ Das erste Beispiel ist die Wertung bereits der Herausgabe von Bieterlisten als schadensgleiche Vermögensgefahr in den Fällen der Submissionsuntreue.²⁵ Das BayObLG begründet diese Wertung wie folgt: „Jedenfalls wurde durch die Bekanntgabe des Budgets bzw. der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Firmen eine ... konkrete Vermögensgefährdung der Auftraggeber ausgelöst. Diese Bekanntgabe machte nämlich ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Ausschreibungsverfahrens wegen der Möglichkeit von Angebotskartellen unmöglich ... Damit war die Gefahr eines gegenüber einem ordnungsgemäßen Ausschreibungsverfahren (zumindest um 5 %²⁶) unvorteilhafteren Abschlusses durch den Auftraggeber

²² Dazu eingehend *Saliger*, ZStW 2000, 565 ff.; *Matt*, NJW 2005, 391; *Mosenheuer*, NStZ 2004, 179 f.; *Bosch*, wistra 2001, 257 ff.; *Dierlamm*, NStZ 1997, 534 f.; *SK-Samson/Günther*, StGB, § 266 Rz 45.

²³ Stellvertretend *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz 56 ff. (61 ff.); *Lackner/Kühl*, § 266 Rz 17 ff. (17 a); *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 266 Rz 39 ff. (45).

²⁴ Weitere Beispiele bei *Saliger*, ZStW 2000, 574 ff. und *Vrzal*, Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue de lege ferenda, 2005, S. 58 ff., der allerdings den Teufel mit dem Belzebug austreiben will, indem er – wie schon *Günther*, FS-Weber, 2004, 317 – für die Versuchsstrafbarkeit der Untreue eintritt, ebenda S. 103 f., 164 ff. Dagegen *Matt/Saliger*, in: Inst.f.Krimw.u.Rph. Ffm. (Hrsg.), Irrwege der Strafgesetzgebung, 1999, 217 ff.

²⁵ BGH wistra 2000, 61; BayObLG NJW 1996, 271; ferner BGH NJW 1997, 3034, 3037, wo auf die Entscheidung des BayObLG ausdrücklich Bezug genommen wird.

²⁶ Die Bezahlung für den vermögensbetreuungspflichtigen Täter.

gleichsam vorprogrammiert.²⁷ Das zweite Beispiel betrifft eine neue Ausdehnung der Untreuestrafbarkeit durch die mangelhafte Dokumentation von Zahlungen. Danach soll eine unordentliche Buchführung auch dann eine schadensgleiche Vermögensgefahr begründen, wenn sie die Geltendmachung ungerechtfertigter Ansprüche Dritter ermöglicht oder erleichtert.²⁸

Diese Rechtsprechung ist abzulehnen. Sie genügt nicht dem Unmittelbarkeitsprinzip als Voraussetzung für die Konkretetheit einer Vermögensgefahr. Denn in beiden Fällen ist der Schadenseintritt noch dadurch bedingt, daß Dritte eigenverantwortlich handeln. Ob es nämlich zu einer Submissionsabsprache und dann gegebenenfalls zu einem für den Auftraggeber unvorteilhaften Vertragsschluß kommt, liegt in der Hand des Anbieters, nicht in der Hand des die Information Offenbarenden. Dieser gibt den Anbietern bloß die Gelegenheit zu Vermögensgefährdungen, schafft aber selbst unmittelbar noch keine schadensgleiche Gefährdungslage. Das gleiche gilt im Fall der unordentlichen Buchführung. Die Handlung des Täters ermöglicht hier lediglich die eigentlich schadensverursachende Handlung des Dritten. Insofern begründet die mangelhafte Dokumentation unmittelbar bloß eine abstrakte, keine konkrete Vermögensgefahr.²⁹ Es bleibt in der Eigenverantwortung Dritter, ob sich die abstrakte Vermögensgefahr in eine konkrete verwandelt. Beide Entscheidungen stellen daher eine gesetzeswidrige Versuchspönalisierung dar. Die Begründung des BayObLG bringt das selbst ungewollt zum Ausdruck: Die Rede von einer „gleichsam vorprogrammierten Gefahr“ signalisiert, daß mit der Preisgabe der Informationen eine vielleicht abstrakte Vermögensgefahr, aber gerade noch keine konkrete eingetreten ist. Gestreift ist lediglich der Bereich des Versuchs, der als Vorstufe die Vollendung tatsächlich vorprogrammiert.³⁰

bb. Personalisierung des Vermögens- und Schadensbegriffs

Neben der Umdeutung von abstrakten in konkrete Vermögensgefahren ist der Begriff des Vermögensnachteils noch in einer weiteren Hinsicht extensionsanfällig. Gemeint ist die Personalisierung des Vermögens- und Schadensbegriffs, also die Tendenz, Betrug und Untreue verstärkt an den individuellen wirtschaftlichen Zwecksetzungen des Vermögensinhabers auszurichten. Konsequenz ist, daß Betrug und Untreue von reinen Vermögensdelikten zu Delikten zum Schutz auch der Dispositionsfreiheit umgedeutet werden.³¹

Auch diese Extensionstendenz des Untreuetatbestandes nimmt ihren Ausgang vom Betrugsstrafrecht. Im berühmten Melkmaschinen-Beschluß aus dem Jahre 1961 hat der BGH die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag begründet. Danach kommt ein Vermögensschaden auch bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung in drei Konstellationen in Betracht: (1) wenn der Erwerber die angebotene Leistung nicht zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann (Zweckverfehlung); (2) wenn er durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird (erzwungene Vermögensschädigung); (3) wenn er infolge der Verpflichtung nicht mehr über die zur ordnungsgemäßen Lebensführung erforderlichen Mittel verfügen kann (Knebelung).³²

Der 1. Strafsenat hat diese Grundsätze 1997 auf die Haushaltsuntreue übertragen. Danach soll eine Haushaltsüberziehung ungeachtet der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung in drei Fällen eine strafbare Haushaltsuntreue sein: (1) wenn durch die Haushaltsüberziehung eine wirtschaftlich gewichtige Kreditaufnahme erforderlich wird; (2) wenn die Dispositionsfähigkeit des Haushaltsgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird; und (3) wenn er durch den Mitelaufwand in seiner politischen Gestaltungsbefugnis beschnitten wird.³³

Die Extension, die in dieser Personalisierung des Vermögensnachteils liegt, ist unschwer zu erkennen. Die Kriterien der Wahrung von „Dispositionsfähigkeit“ und „politischer Gestaltungsbefugnis“ verweisen auf einen auch formellen Haushaltsschutz durch das Strafrecht.³⁴ Das bedeutet: Eine Haushaltsausgabe ist nicht allein deshalb strafbar, weil sie außerhalb der materiellen Aufgabe der Verwaltung liegt, also materiell zweckwidrig ist. Beispiel: Ein Landtagsabgeordneter setzt Mittel aus dem Titel „Einführung in die Parlamentsarbeit“ für die Erstattung von Theaterbesuchskosten ein.³⁵ Eine Haushaltsausgabe kann auch bei bloßer formeller Zweckwidrigkeit strafbar sein, also bei einem alleinigen Verstoß gegen Zuständigkeits-, Kompetenznormen und Titelzuweisungen.³⁶ Damit werden haushaltsrechtliche und letztlich politische Zwecksetzungen strafbewehrt. Darin liegt in der Tat eine Umformung der Untreue von einem idealtypisch gedachten reinen Vermögensdelikt in ein Delikt zum Schutz auch der Dispositionsfreiheit. Eine politische Aufladung der Untreue ist damit vorprogrammiert.

²⁷ BayObLG NJW 1996, 271.

²⁸ BGHSt 47, 8 (aus 2001). Voraussetzung sei aber, daß mit einer zweiten unberechtigten Inanspruchnahme aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu rechnen gewesen ist.

²⁹ Unabhängig von seinem einschränkenden Zusatz; überzeugend *Mosenheuer*, NSStZ 2004, 179.

³⁰ Ebenso *Haft*, NJW 1996, 238. Zu den Maßgaben des Unmittelbarkeitsprinzips unten IV. 3. a.

³¹ Zu dieser Extensionstendenz bereits *Saliger*, ZStW 2000, 589 ff.

³² BGHSt 16, 321 (Leitsatz).

³³ BGHSt 43, 293, 299 (Intendanten-Fall); siehe dazu die Nw. in Fn. 20.

³⁴ Zum folgenden schon *Saliger*, ZStW 2000, 594 ff.; *ders.*, Parteiengesetz und Strafrecht, 2005, S. 460 ff. (465 f.).

³⁵ BGH NSStZ 1999, 564, 565.

³⁶ So in der Tat *Wolf*, Die Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel, 1998, S. 98 ff., 116, 229; ähnlich *Schünemann*, StV 2003, 470 f. Problematisch ist es deshalb, wenn der BGH dem Haushaltsgrundsatz der Förderung nur nicht begonnener Projekte nicht nur formelle, sondern auch materielle Bedeutung zuspricht (BGH NJW 2003, 2179 m.Anm. *Wagner*, NSStZ 2003, 543; *Rübenstahl/Wasserburg*, NSStZ 2004, 521).

b. Unterbestimmtheit der Untreuehandlungen

Aber nicht nur der Begriff des Vermögensnachteils ist extensionsanfällig. Klassisch unterbestimmt sind auch die Tathandlungen des Untreuetatbestandes. So wird der Mißbrauch definiert als Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis im Rahmen des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis.³⁷ Der Treubruch erschöpft sich sogar schlicht in der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht.³⁸ Für beide Untreuealternativen ist damit zwar die Verletzung einer Pflicht im Innenverhältnis kennzeichnend. Welche Pflichten der Täter verletzen muß, sagt der Untreuetatbestand aber nicht. Vielmehr ergibt sich aus den aufgeführten Entstehungsgründen für eine Vermögensbetreuungspflicht – Gesetz, behördlicher Auftrag, Rechtsgeschäft oder Treueverhältnis –, daß die gesamte Rechtsordnung als taugliche Quelle einer untreuelevanten Pflichtverletzung in Betracht kommt. Mit dieser Fassung ist die Untreue akzessorisch zu allen anderen Rechtsgebieten.

An dieser Akzessorietät entzündeten sich zahlreiche Streitfragen³⁹: Bezeichnet die akzessorische Pflichtverletzung ein normatives oder gesamtatbewertendes Merkmal oder macht sie aus der Untreue sogar einen Blankettatbestand? In welchem Verhältnis stehen Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht zueinander? Ist die Akzessorietät streng außerstrafrechtlich aufzufassen oder läßt sie auch Raum für eine strafrechtsautonome faktische Betrachtung? Und vor allem: Nach welchen Kriterien ist eine strafrechtsautonome Betrachtung vorzunehmen?

Über zwei Aspekte besteht allerdings Konsens: Akzessorietät meint jedenfalls zum einen, daß ein zivilrechtlich oder öffentlichrechtlich pflichtgemäßes Handeln niemals eine strafbare Untreuehandlung sein kann.⁴⁰ Das folgt aus dem Wortlaut von § 266 StGB, der einen Mißbrauch bzw. eine Vermögensbetreuungspflichtverletzung voraussetzt. Zum anderen gilt die Akzessorietät unstreitig als Hauptsache für die beklagte Weite des Untreuetatbestandes.⁴¹

3. Verschleifungen von Tathandlung und Taterfolg

Verantwortlich für die Anwendungsunsicherheiten der Untreuestrafvorschrift ist schließlich ein drittes Strukturproblem: die stets aktuelle Möglichkeit der Verschleifung von Tathandlung und Taterfolg.⁴² Diese Verschleifung

tritt in zwei Formen auf: als Rückschluß vom Taterfolg (Vermögensnachteil) auf die Tathandlung (Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht) und als Rückschluß von der Tathandlung auf den Taterfolg.

Die Verschleifung von Tathandlung und Taterfolg zeigt sich bereits in den Fällen der Submissionsuntreue und der mangelhaften Buchführung.⁴³ In beiden Fällen verwenden die Gerichte die Pflichtverletzungen – die Bekanntgabe der Informationen bzw. die mangelhafte Dokumentation – nicht nur als Tathandlung, sondern zugleich als schadensgleiche Vermögensgefahr. Diese (Teil-)Identität von Tathandlung und Taterfolg ist ein aussagekräftiges Indiz für das Vorliegen einer bloß abstrakten Vermögensgefahr. Teilweise notwendig ist die Verschleifung von Tathandlung und Taterfolg allerdings in den Fällen der Haushaltsuntreue. Das gilt zumindest für die materiell zweckwidrige Mittelverwendung, die Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil zugleich begründet.

Ein Beispiel für den Rückschluß vom Taterfolg auf die Tathandlung bilden die Risikogeschäfte. Hier wird jedenfalls in der Praxis regelmäßig von einem verwirklichten großen Schadensrisiko auf eine entsprechende Pflichtverletzung zurückgefolgert.⁴⁴ Der Untreuetäter kann dabei sprichwörtlich in eine Strafrechtsfalle geraten. Aufgrund der Relevanz des allgemeinen Schädigungsverbots für die Untreue kann eine untreuelevanten Pflichtverletzung anerkanntermaßen sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen begangen werden.⁴⁵ Daraus ergibt sich für Verantwortliche in den Fällen der Bankenuntreue etwa folgendes Dilemma: Hat ein Kreditinstitut einem Unternehmen einen Risikokredit gegeben und droht der Kredit aufgrund drohender Insolvenz des Unternehmens auszufallen, dann kann sich der Bankvorstand auf zweierlei Weise wegen Untreue strafbar machen: Entweder durch Tun wegen der Vergabe eines Folgekredits, oder durch Unterlassen wegen der Nichtvergabe eines Sanierungskredits, um den Ausfall des Altkredits abzuwenden. Hier entsteht eine Strafrechtsfalle, weil dem Bürger scheinbar keine straflose Handlungsoption zur Verfügung steht.⁴⁶

III. Bewertung der neueren Untreuedebatte

Die vorstehende Analyse der Strukturprobleme erlaubt eine differenzierende Bewertung der eingangs skizzierten neueren Untreuediskussion.

Verschleifung von Täterschaft und Tathandlung *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 30 Fn. 57.

⁴³ Dazu oben II. 2. a.

⁴⁴ Eingehend *Rose*, wistra 2005, 281 ff. (284 f.); auch *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, Rz 777.

⁴⁵ Exemplarisch *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz 38; *Güntge*, wistra 1996, 84.

⁴⁶ Zu diesen Konstellationen näher *Aldenhoff/Kuhn*, ZIP 2004, 106 ff. (107 ff.).

³⁷ Exemplarisch *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz 9.

³⁸ Statt aller *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266 Rz 22 ff. (23 ff.).

³⁹ Zuletzt *Lüderssen*, FS-Lampe, 2003, 727 ff.; *Dierlamm*, StraFo 2005, 397; *Kubiciel*, NSTZ 2005, 353.

⁴⁰ *Dierlamm*, StraFo 2005, 398.

⁴¹ Vgl. *Ransiek*, ZStW 2004, 640 ff. (645 f.).

⁴² Zum folgenden näher *Saliger*, ZStW 2000, 569 ff., 610 f. Zustimmung *Matt*, NJW 2005, 390; *Rose*, NSTZ 2005, 285. In die gleiche Richtung *Ransiek*, ZStW 2004, 638, 646 ff.: „Der Sache nach verschimmt ... anscheinend alles in einem großen Prüfungspunkt.“ Vgl. auch *LK-Schünemann*, § 266 Rz 94. Zur

1. Gestiegene Anwendungshäufigkeit der Untreue

Im Ausgangspunkt ist ein nüchterner Befund festzustellen: Die Anwendungshäufigkeit der Untreue ist in den letzten Jahren spürbar gestiegen. Das gilt jedenfalls mit Blick auf die mediale und wissenschaftliche Wahrnehmung der Untreue. Kaum eine Woche vergeht, in der Wirtschaftsstrafverfahren bekannt oder entschieden werden, an denen der Straftatbestand der Untreue nicht beteiligt ist. Das Spektrum der Sachverhalte könnte breiter nicht sein: Umgang mit Parteispenden, Zahlungen von Managervergütungen, Überschuldung einer abhängigen GmbH, riskante Geldanlagen, Unternehmensspenden an Sportvereine, Vergabe von Krediten, Preisgabe von Bieterlisten, Zahlung von Schmiergeldern, Pflichtverletzungen von GmbH-Geschäftsführern, Übernahme von Geldsanktionen und Prozeßkosten durch den Arbeitgeber, unordentliche Buchführung, Zweckentfremdung öffentlicher oder privater Gelder etc. Kein Lebensbereich scheint vor der Untreuestrafvorschrift sicher zu sein.

Hinzu kommt, daß die gestiegene Anwendungshäufigkeit der Untreue vor allem eine qualitative Komponente hat. Das heißt: Die Untreuestrafnorm berührt in jüngerer Zeit vermehrt Lebensbereiche, mit denen Strafrecht und Strafrechtswissenschaft bislang überhaupt nicht befaßt waren. Und diese Neuheit der Probleme verschärft die Unsicherheit in der Handhabung der Untreuestrafnorm. Nichts belegt das deutlicher als die Kontroversen um die eingangs aufgeführten drei Untreuestrafverfahren *Kohl*, *Mannesmann* und *Hessen-CDU*.

Die qualitative Steigerung der Anwendungshäufigkeit der Untreue erhöht auch die Unübersichtlichkeit des Untreuestrafrechts. Das Untreuestrafrecht ist im Begriff, sich in zahlreiche richterrechtlich geprägte Untreuefallgruppen auszudifferenzieren. So spricht man von GmbH-Untreue, Bankenuntreue, Haushaltsuntreue, Submissionsuntreue, Organuntreue, Konzernuntreue, Parteienuntreue, Anwaltsuntreue etc. Diese Fallgruppenbildung, die der Schaffung eines allgemeinen Untreuetatbestandes auf Kosten früherer Sondertatbestände⁴⁷ eine gewisse Gegenbewegung setzt, steigert die Unübersichtlichkeit des Untreuestrafrechts in zweifacher Weise: Erstens weisen die einzelnen Untreuefallgruppen divergierende binnenspezifische Regeln auf. Und zweitens erfordert die Anwendung der Untreuestrafnorm weniger das Studium des Gesetzeswortlauts als die Kenntnis eben jenes Fallgruppen-Richterrechts.

Der Strafrechtswissenschaft ist die qualitative Steigerung der Anwendungshäufigkeit der Untreue nicht verborgen geblieben. So wird die Untreue neben dem Betrug „als Zentralnorm im Wirtschaftsstrafrecht“⁴⁸ und „Auffangtatbestand“⁴⁹ bezeichnet. Ferner werden in einem Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts von acht offenen

Grundsatzfragen fünf Untreueprobleme aufgeführt.⁵⁰ *Ransiek* bilanziert provokant mit folgenden Worten: „§ 266 StGB paßt immer. Insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht ist das die Norm, die ganz unabhängig davon greift, um welche Spezialmaterie es sich auch immer handelt.“⁵¹

Fragt man nach den Gründen für die Karriere der Untreue, so kommen dogmatisch gewiß die strukturelle Unterbestimmtheit und Akzessorietät des objektiven Untreuetatbestandes in Betracht. Darüber hinaus kann man über die Ursachen, die sich mit den allgemeinen Gründen für die wachsende Bedeutung des Wirtschaftsstrafrechts überschneiden dürften, nur spekulieren. Eine Rolle spielen wohl: das Entstehen neuer Problemlagen und Herausforderungen für das Wirtschaftsstrafrecht im Zeitalter der Globalisierung; ein Absinken der Geschäftsmoral als Folge des Schwindens traditioneller Unternehmensbindungen; und das zunehmende Unvermögen der Wirtschaftsbereiche, von sich aus für eine stabile normative Orientierung zu sorgen.

2. Zunehmende Instrumentalisierung der Untreue

Die neuere Untreuekritik läßt es bei dem nüchternen Befund einer gestiegenen Anwendungshäufigkeit der Untreue freilich nicht bewenden. Sie konstatiert eine Anwendungshypertrophie, die zu einem unzulässigen Eindringen von Politik und Moral in das Untreuestrafrecht geführt habe. So unterstreicht *Volhard* seine Rede von einer Untreuemode mit dem Vorwurf, „daß mit der Kriminalisierung von Verstößen gegen das Parteiengesetz Politik betrieben“ werde.⁵² *Matt* beklagt eine sachfremde Instrumentalisierung der Untreue vor allem zu moralischen Zwecken: „Zunehmend ist eine entsprechende Tendenz erkennbar, nahezu jeden als >unangemessen< empfundenen Umgang mit Geld und Vermögen durch Verantwortliche aus Wirtschaft, Verwaltung oder Politik in den Bereich des Untreuetatbestandes zu rücken ... Strafverteidiger müssen viel Mühe und Erfahrung aufbringen, um hier dem (Straf-)Recht – nicht der reinen Moral, um die es im Strafprozeß eben nicht geht – noch Geltung zu verschaffen.“⁵³ Und *Hamm* zufolge kriminalisiere jede Untreuestrafbarkeit in den Fällen *Kohl*, *Hessen-CDU* und *Mannesmann* den bloßen Verstoß gegen Treu und Glauben, weil sie das Fehlen spezialgesetzlicher Kriminalisierungen im Parteiengesetz a.F. und im Aktiengesetz unterlaufe und sich von den klaren Fällen eigennütziger Untreue entferne.⁵⁴

Was ist von dieser Kritik zu halten? Zunächst sollte man einsehen, daß rein rhetorische Argumente nicht weiterhelfen. Das gilt etwa für den Vorwurf *Volhard*s. Ihm ist schlicht entgegenzuhalten, daß mit der Nichtkriminalisierung einer Parteienuntreue ebenfalls Politik betrieben

⁴⁷ Dazu *Weber*, FS-Dreher, 1977, 555 f.

⁴⁸ *Achenbach/Ransiek-Seier*, HWSt, V2 Rz 1.

⁴⁹ *Dierlamm*, NSTZ 1997, 534.

⁵⁰ *Wabnitz/Janovsky-Dannecker*, Hdb. d. Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2.Aufl. 2004, Kap. 1 S. 94 ff.

⁵¹ *Ransiek*, ZStW 2004, 634.

⁵² *Volhard*, FS-Lüderssen, 681.

⁵³ *Matt*, NJW 2005, 390 und 389.

⁵⁴ *Hamm*, NJW 2005, 1993 ff.

wird. Es gilt aber auch für die Kritiker der Kritik, für die der Umstand, daß die Untreuekritik hauptsächlich von Strafverteidigern vorgebracht wird, wohl nur wissenssoziologisch und mit den stärkeren Stimulanzien im Bereich der White-Collar-Kriminalität, zu der die Untreue gehört, zu erklären sei.⁵⁵ Eine solche Diffamierungsrhetorik lenkt ab von der Notwendigkeit einer sachlichen Prüfung des Moralisierungsvorwurfs.

Keine Nahrung erfährt der Moralisierungsvorwurf sondern aus der Genese des § 266 StGB.⁵⁶ Zwar ist richtig, daß der NS-Gesetzgeber 1933 die Untreuestrafvorschrift auch als politisch-moralisches Kampfinstrument gegen alle Formen von „Korruption und Schiebertum“ verstanden wissen wollte.⁵⁷ Aber so wenig wie diese Intention für uns heute relevant ist, so muß man auch vergegenwärtigen, daß § 266 StGB auf Reformdiskussionen seit dem Kaiserreich zurückgeht⁵⁸, also nicht spezifisch nationalsozialistisches Strafrecht bezeichnet.

Zuzugeben ist der Moralisierungskritik allerdings ein anderer Punkt. In der analysierten Personalisierung des Vermögens- und Schadensbegriffs liegt in der Tat eine Tendenz zur moralisch-politischen Aufladung der Untreue. Wenn etwa der BGH im Intendantenfall die Beeinträchtigung der politischen Gestaltungsbefugnis als Schadenskriterium anerkennt, so läßt er den Begriff des Vermögensnachteils mit politischer Zwecksetzung auf.⁵⁹ Noch deutlicher zeigt sich die Moralisierung des Schadensbegriffs in den Amterschleichungsfällen. Dort erblickt der BGH bereits allein in der Täuschung über die persönliche Zuverlässigkeit durch Verschweigen einer früheren Stasi-Tätigkeit eine konkrete Vermögensgefährdung.⁶⁰

Der Moralisierungsvorwurf wäre demnach begründet, wenn sich die gleichsam *interne* Moralisierungsgefahr im Untreuetatbestand auch bei den eingangs aufgeführten spektakulären Untreueverfahren finden ließe. Um was geht es dort im Kern? Im Fall *Kohl* ist primär fraglich, ob die Auslösung der finanziellen Sanktion gemäß § 23 a I 1 PartG a.F. einen untreuetauglichen Vermögensnachteil darstellt und welche Vorstellung *Kohl* davon gehabt hat. Im Fall der Hessen-CDU geht es im Kern darum, ob die Sanktion des § 19 IV 3 PartG a.F. einen untreuetauglichen Vermögensnachteil bildet, ob, wenn ja, dieser Vermögensnachteil vom Vorsatz der Angeklagten umfaßt ist und ob die Bildung schwarzer Parteikassen eine konkrete Vermögensgefahr begründet hat.⁶¹ Im Fall *Mannesmann* ist vor allem zu klären, ob die Anerkennungsprämien an die Manager gemäß § 87 I 1 AktG angemessen gewesen

sind sowie im Unternehmensinteresse lagen, ob sie zu einem Vermögensnachteil geführt und welche Vorstellungen sich die Angeklagten davon gemacht haben.⁶²

Ich kann entgegen der Moralkritik nicht sehen, daß die angesprochenen Fragen ausschließlich oder primär moralischer Natur sind.⁶³ Mögen die Fragen neu sein, und mögen politische und moralische Aspekte wie die Glaubwürdigkeitskrise der Politik oder die Neiddebatte die Parteifinanzierungsaffären bzw. das Mannesmann-Verfahren begleiten. Die Fragen bezeichnen originär rechtliche Probleme, ohne daß eine Personalisierung des Vermögensnachteils zu besorgen wäre. Der von der Moralkritik erhobene Einwand der *externen* Instrumentalisierung der Untreue, die in der Tat zuzunehmen scheint⁶⁴, fällt daher auf sie selbst zurück. Insoweit überzeugt auch die Kritik nicht, die bereits aus dem Fehlen spezialgesetzlicher Kriminalisierungen bestimmter Pflichtverletzungen etwa im Parteiengesetz oder im Aktiengesetz auf eine Untreuestraflosigkeit schließt, bzw. die von existierenden klaren Untreuefällen spricht und diese auf die eigennützige Untreue beschränkt.⁶⁵ Denn im ersten Fall wird das zu Beweisende vorausgesetzt; und im zweiten Fall wird der subjektive Untreuetatbestand unter der Hand contra legem um eine Bereicherungsabsicht ergänzt.

Auf der anderen Seite sollte man angesichts der neueren Untreuekritik nicht versuchen, die Untreue im Gegenzug zu entproblematisieren. Daß § 266 StGB schärfer konturiert sei als der Betrug, wie *Schünemann* meint⁶⁶, überzeugt nicht. Dagegen stehen nicht nur die aufgezeigten Strukturprobleme der Untreue. Die Tathandlung der Pflichtverletzung ist auch deutlich weniger greifbar als die Täuschung beim Betrug. Zudem kennt § 266 StGB anders als der Betrug keine tatbestandsbegrenzenden Zwischenglieder wie Irrtum und Vermögensverfügung.⁶⁷

3. Grund und Grenze der strafbaren Untreue

Die Schärfe, mit der die neuere Untreuekritik vorgetragen wird, könnte zu dem Mißverständnis verleiten, daß die Probleme des Untreuetatbestandes nicht mehr im

⁵⁵ *Schünemann*, NStZ 2005, 474.

⁵⁶ Darauf nehmen Bezug *Dahs*, NJW 2002, 273; *Matt*, NJW 2005, 389; *Hamm*, NJW 2005, 1993.

⁵⁷ Vgl. *Schäfer*, DJZ 1933, 795; *Schwinge/Siebert*, Untreuestrafrecht, 1933, S. 12.

⁵⁸ LK-*Schünemann*, § 266 Rz 1 ff. (5 f.); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT/1, 9. Aufl. 2003, § 45 Rz 6 ff.

⁵⁹ Oben II. 2. a. bb.

⁶⁰ BGHSt 45, 1; dazu näher schon *Saliger*, ZStW 2000, 600 ff.

⁶¹ Zu diesen Fragen näher *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 122 ff., 165 ff., 332 ff., 395 ff., 474 ff.

⁶² Stellvertretend *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, 119 ff.

⁶³ Im Ergebnis ebenso *Schünemann*, NStZ 2005, 473 f.

⁶⁴ So auch *Kubiciel*, NStZ 2005, 355.

⁶⁵ *Hamm*, NJW 2005, 1993 ff.

⁶⁶ Oben I.

⁶⁷ Wenn *Schünemann*, NStZ 2005, 474, dagegen auf den Umstand verweist, daß die Kommentierungen zu § 263 StGB länger sind als jene zu § 266 StGB, so belegt das mitnichten eine geringere Zweifelhaftigkeit der Untreue. Die Länge der Kommentierungen erklärt sich zum einen aus der systematischen Stellung der beiden Strafvorschriften – grundlegende Vermögens- und Schadensprobleme werden regelmäßig bei dem mit einer niedrigeren Paragraphenzahl versehenen Betrug behandelt. Zum anderen erfordert die Akzessorietät der Untreue außerstrafrechtliche Kommentierungsleistungen in einem Umfang, die die Konventionen der Strafrechtskommentierung sprengt. Die Länge von Kommentierungen besagt also für unsere Frage nichts.

Wege der Auslegung zu bewältigen sind, sondern seine grundsätzliche Legitimität in Zweifel ziehen. Indes lassen sich Grund und Grenze der strafbaren Untreue nach wie vor herausarbeiten.

Strafgrund der Untreue ist die vorsätzliche pflichtwidrige und mit Vermögensnachteilen verbundene Ausübung einer anvertrauten internen Machtstellung in einer fremden Vermögenssphäre. Mit diesem Strafgrund ist die Untreuestrafnorm im StGB legitimierbar. Sie kann weder durch den Betrug noch die (veruntreuende) Unterschlagung ersetzt werden. Typisch für den Betrug ist der täuschende Zugriff auf das Vermögen eines anderen von außen. Den Schutz fremden Vermögens durch Pflichtverletzungen von innen erfaßt der Betrug nicht. Ähnliches gilt für die Unterschlagung. Sie ist auf fremde Sachen beschränkt und deckt damit den erforderlichen Schutz fremden Vermögens gegen Gefahren von innen nicht hinreichend ab.⁶⁸

Mit diesem Schutzzweck gehört die Untreue zu den wenigen Strafvorschriften im StGB, die sich hauptsächlich gegen die „Großen und Mächtigen“ einer Gesellschaft wenden.⁶⁹ Denn Täter können nur vermögensbetreuungspflichtige Personen sein, die in der Regel über bessere Herkunft und höhere Schulbildung verfügen. Insoweit stellt die Untreue „umgekehrtes Klassenstrafrecht“ dar. Auf § 266 StGB de lege ferenda zu verzichten, hieße daher, das tief sitzende Vorurteil zu verschärfen, daß Strafrecht sich vor allem gegen die „Kleinen“ richtet. Auf der anderen Seite bedeutet die Legitimierbarkeit der Untreue nicht, daß die gegenwärtige Auslegung (oder Gestalt) des § 266 StGB auch in jeder Hinsicht akzeptabel ist. Man würde den Ertrag der Strukturanalyse verspielen, wenn man nicht auch Konsequenzen zumindest für die Auslegung des Untreuetatbestandes zöge.

IV. Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung der Untreue

Daß der weite Untreuetatbestand restriktiv ausgelegt werden muß, ist im Grundsatz unstrittig. Gestritten wird darüber, auf welchen Wegen und in welchem Umfang die Restriktion vorzunehmen ist. Einige kursorische Bemerkungen müssen hier genügen.

1. Vermögensbetreuungspflicht und Machtstellung

Die Bestimmung des Täterkreises ist seit jeher zentraler Restriktionsansatz im objektiven Untreuetatbestand. Nach inzwischen herrschender Ansicht muß der Täter sowohl einer Mißbrauchs- als auch einer Treubruchsuntreue eine identische Vermögensbetreuungspflicht inne-

haben.⁷⁰ Die Rechtsprechung macht die Vermögensbetreuungspflicht an einem Indizienkatalog fest. Maßgeblich sind danach Art und Gewicht der Tätigkeit des Trenehmers (wesentlicher Inhalt oder bloße Nebenpflicht), Umfang und Dauer seiner Pflichten sowie Spielraum, Selbständigkeit und Maß seiner Verantwortung bei der Pflichtenerfüllung.⁷¹

Der Kern dieses Indizienkataloges läßt sich auf Basis des dargelegten Strafgrundes der Untreue⁷² rekonstruieren.⁷³ Denn er formuliert im wesentlichen die Anforderungen an die dem Treunehmer vom Treugeber überantwortete interne Machtstellung in der fremden Vermögenssphäre. Danach ist eine Vermögensbetreuungspflicht zu bejahen, wenn für den Treunehmer die eigenverantwortliche Sorge um fremdes Vermögen wesentlicher Inhalt seiner Pflichtenbeziehung zum Vermögensinhaber ist. Insoweit stehen im Vordergrund die Indizien der Fremdnützigkeit der Vermögenssorge als Hauptpflicht sowie die selbständige und bedeutsame Verantwortung bei der Pflichterfüllung. Keine Vermögensbetreuungspflicht begründen demnach: Handlanger- und Botendienste⁷⁴, Kassierertätigkeiten ohne bzw. mit nur minimaler Kontrollpflicht⁷⁵, der schlichte Umgang des Arbeitnehmers mit Eigentum des Arbeitgebers⁷⁶ oder bloße Vertragsverletzungen in Austauschbeziehungen.⁷⁷ Zweifelhaft ist daher die Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters hinsichtlich der Verwendung der Mietkaution.⁷⁸

2. Anforderungen an die Qualität der „Pflichtverletzung“

Wie die eingangs genannten Untreueverfahren zeigen, stellt sich in der Praxis häufig das Problem der Untreue-tauglichkeit von (außerstrafrechtlichen) Pflichtverletzungen durch unzweifelhaft vermögensbetreuungspflichtige Täter (Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte). Vor allem drei Restriktionen kommen hier in Betracht: ein spezifisches Verhältnis zwischen konkreter Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht bzw. Machtstellung des Täters (a); der Ausschluß der Pflichtwidrigkeit eines Risikogeschäfts bei wirtschaftlich vernünftigem Gesamtplan (b); und das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung (c).

⁷⁰ Siehe oben die Nw. in Fn. 14.

⁷¹ RGSt 69, 58, 61 f.; BGHSt 13, 315, 317 ff.; BGH NJW 1992, 251.

⁷² Dazu oben III. 3.

⁷³ Zum folgenden bereits Saliger, Parteiengesetz, aaO, S. 24 ff. (26 f.).

⁷⁴ RGSt 69, 58, 62; BGHSt 13, 315, 317.

⁷⁵ Vgl. BGHSt 13, 315, 319 mwNw.; ferner BGH wistra 1989, 60, 61; OLG Köln NJW 1963, 1992.

⁷⁶ Zutreffend BGHSt 4, 170, 171 f.

⁷⁷ BGH NJW 1988, 2483; Tröndle/Fischer, § 266 Rz 29 mwNw.

⁷⁸ Bejahend BGHSt 41, 224; ablehnend etwa Satzger, Jura 1998, 570.

⁶⁸ Schönemann, NStZ 2005, 474 f.; Saliger, Parteiengesetz, aaO, S. 26 ff.; Achenbach/Ransiek-Seier, HWSt, V 2, Rz 7, 19; Kindhäuser, FS-Lampe, 2003, 709 f.; Sax, JZ 1977, 666 f., 702 ff.

⁶⁹ Vgl. Ransiek, ZStW 2004, 636.

a. Funktionaler Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Machtstellung

Abzulehnen ist zunächst die Auffassung, die jede Pflichtverletzung eines Vermögensbetreuungspflichtigen als strafbare Verletzung seiner Vermögensbetreuungspflicht wertet.⁷⁹ Danach würde sich auch das Vorstandsmitglied einer Supermarktkette wegen Untreue strafbar machen, das nachts in einen Laden der Kette einbricht und zwei Weinflaschen mitnimmt. Das ist jedoch vom Strafgrund der Untreue nicht gedeckt.⁸⁰ Letzterer liegt in dem spezifischen Schädigungspotential, das dem Untreuetäter gerade aufgrund seiner internen Machtstellung eröffnet ist. Folglich muß sich dieses spezifische Schädigungspotential auch in der Pflichtverletzung konkret realisieren. Das ist beim stehlenden Vorstandsmitglied nicht der Fall. Er enttäuscht nur allgemeines, nicht besonderes Vertrauen aufgrund seiner Machtstellung.⁸¹ Das Vorstandsmitglied begeht daher einen Einbruchsdiebstahl (§§ 242, 243 StGB), keine Untreue.⁸² Umgekehrt wäre es zu eng zu verlangen, daß allein die Machtstellung des Täters die Pflichtverletzung faktisch ermöglicht hat. Denn dann würde Untreue ausscheiden, wenn auch nicht vermögensbetreuungspflichtige Personen die Tat hätten begehen können. So unsinnig es aber wäre, die Strafbarkeit eines Polizisten wegen Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB) davon abhängig zu machen, daß keine andere Person tatsächlich die Körperverletzung begehen könnte, so unsinnig wäre es, die Untreuestrafbarkeit von einfachen Abrechnungsmanipulationen des eigenverantwortlichen Hauptkassierers einer Behörde mit der Begründung zu verneinen, daß tatsächlich die Manipulationen auch der Pförtner hätte begehen können.⁸³

Zu kurz greift auch die Ansicht, die für die Untreuehandlung eine Pflichtverletzung innerhalb des betreuten Pflichtenkreises voraussetzt.⁸⁴ Das zeigt das Beispiel des Diebstahls durch das Vorstandsmitglied. Umfaßt die Vermögensbetreuungspflicht auch das allgemeine Verbot, das Vermögen des Treugebers zu schädigen⁸⁵, so ist nicht zu sehen, wie das inakzeptable Ergebnis vermieden werden kann, daß auch die Entwendung der beiden Weinflaschen innerhalb des Verbots liegt und also eine Untreuestrafbarkeit zu bejahen wäre. Richtigerweise ist der Zusammenhang zwischen der internen Machtstellung des Täters und der konkreten Pflichtverletzung deshalb

⁷⁹ In diese Richtung *Wolf*, KJ 2000, 548.

⁸⁰ Zum folgenden bereits *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 30 ff.

⁸¹ BGH wistra 1986, 71: Auch eine vertragliche Beziehung, die sich insgesamt als Treueverhältnis darstellt, kann Verpflichtungen enthalten, deren Verletzung nicht vom Untreuetatbestand geschützt ist.

⁸² Vgl. auch *Burkhardt*, NJW 1973, 2190 f.; *SK-Samson/Günther*, § 266 Rz 40.

⁸³ I.E. ebenso BGHSt 17, 360, 361 f.; *LK-Schünemann*, § 266 Rz 90; *NK-Kindhäuser*, § 266 Rz 93.

⁸⁴ BGH NJW 1988, 2485; *LK-Hübner*, StGB, 10. Aufl., § 266 Rz 81; *NK-Kindhäuser*, § 266 Rz 93.

⁸⁵ Vgl. etwa *LK-Schünemann*, § 266 Rz 94; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266 Rz 36.

als *funktionaler Zusammenhang* aufzufassen.⁸⁶ Der funktionale Ansatz konkretisiert die Meinung, die einen inneren Zusammenhang zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung fordert⁸⁷, anhand des Strafgrundes der Untreue. Demnach muß die konkrete Pflichtverletzung sich als *signifikante Ausübung* der eigenverantwortlichen internen Machtposition des Täters darstellen. Der Täter darf die konkrete Pflicht nicht nur *bei Gelegenheit* der Vermögensbetreuung, er muß sie zugleich *als Vermögensbetreuer* verletzen.⁸⁸ Ein solcher funktionaler Zusammenhang ist regelmäßig gegeben, wenn die *eigenverantwortliche Machtposition* dem Täter die Pflichtverletzung *inhaltlich ermöglicht, erleichtert* oder *in sonstiger Weise maßgeblich gefördert* hat. Indizien dafür sind die erhöhte Zugriffsmöglichkeit für den Vermögensbetreuungspflichtigen, fehlende Kontrollen ihm gegenüber⁸⁹ oder die Überwindung von Tathindernissen mit Hilfe auch seiner Machtposition.⁹⁰ All das ist bei dem stehlenden Vorstandsmitglied nicht gegeben. Das gleiche gilt für den Geschäftsführer eines Unternehmens, der das Firmenfahrzeug vorsätzlich ins Halteverbot stellt, weil Bußgeld und Abschleppkosten die Firma treffen.⁹¹

b. Wirtschaftlich vernünftiger Gesamtplan beim Risikogeschäft

Eine weitere Restriktion der Pflichtwidrigkeit betrifft den Bereich der Risikogeschäfte. Unter einem Risikogeschäft versteht die Rechtsprechung ein Geschäft, das durch das geschäftsimmanente Risiko des Vermögensverlustes für den Treuherrn gekennzeichnet ist.⁹² Für das typische Risikogeschäft der Kreditvergabe durch eine Bank⁹³ hat der 1. Strafsenat des BGH die Restriktion formuliert, daß eine Pflichtwidrigkeit auch bei hochriskanten (Folge-) Krediten entfallen kann, wenn diese Erfolg bei der Sanierung des gesamten Kreditengagements versprechen. Das soll insbesondere bei einem wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplan der Fall sein, der auf einen einheitlichen Erfolg angelegt ist und bei dem erst nach einem Durchgangsstadium (Sanierung) ein Erfolg erzielt wird.⁹⁴

Diese Restriktion ist zu begrüßen. Sie bewahrt Entscheidungsspielraum und -freude der Treunehmer, schützt die

⁸⁶ Ebenso *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266 Rz 36; *Mitsch*, BT/2 Tb.1, 2. Aufl. 2003, § 8 Rz 46; *Kubiciel*, NStZ 2005, 355. Siehe auch schon *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 33 ff. (35 f.).

⁸⁷ BGH NJW 1992, 251; *Lackner/Kühl*, § 266 Rz 15; *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz 38.

⁸⁸ *Mitsch*, BT/2 Tb. 1, § 8 Rz 46; vgl. auch *Burkhardt*, NJW 1973, 2190.

⁸⁹ *Burkhardt*, NJW 1973, 2191; vgl. ferner *SK-Samson/Günther*, § 266 Rz 40.

⁹⁰ Vgl. *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266 Rz 36.

⁹¹ Für *ine* Untreuestrafbarkeit dagegen *Wolf*, KJ 2000, 548.

⁹² BGH StV 2004, 425. Zu den Problemen dieser und anderer Definitionen des Risikogeschäfts zuletzt *Rose*, wistra 2005, 282 ff.

⁹³ Siehe BGHSt 46, 30, 34.

⁹⁴ BGHSt 47, 148, 153 m.Anm. *Kühne*, StV 2002, 198; *Marxen*, EWiR 2002, 307; *Keller/Sauer*, wistra 2002, 365; *Knauer*, NStZ 2002, 399.

Interessen des Treugebers und ermöglicht in sinnvollem Umfang Sanierungen. So betont der BGH, daß bei fehlender Existenzbedrohung der Bank und sorgfältiger Prüfung der Kreditwürdigkeit im Rahmen der Bewertung des wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplans neben der Chance auf die Rettung von Altkrediten auch die ökonomisch sinnvolle Erhaltung des Unternehmens und seiner Arbeitsplätze als weitere Umstände berücksichtigt werden können.⁹⁵ Sachlich bedeutet die Restriktion „wirtschaftlich vernünftiger Gesamtplan“ bei Risikogeschäften nichts anderes als eine in die Tathandlung vorgezogene Berücksichtigung der Judikatur zur Schadenskompensationstauglichkeit von Gewinnchancen.⁹⁶

c. Gravierende Pflichtverletzung?

Eine dritte Restriktion, die die Anwendung der Untreue erheblich verändern könnte, hat der 1. Strafsenat des BGH unlängst mit dem Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung entwickelt. Danach genügt für die Annahme einer untreuerelevanten Pflichtwidrigkeit nicht jede außerstrafrechtliche Pflichtverletzung, sondern nur eine gravierende Pflichtverletzung.⁹⁷ Ob eine Pflichtverletzung gravierend ist, bestimme sich anhand einer Gesamtschau insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Kriterien. In einem Grundsatzurteil zur Untreuestrafbarkeit durch Unternehmensspenden hat der BGH folgende Kriterien spezifiziert: fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, fehlende innerbetriebliche Transparenz sowie Vorliegen sachwidriger Motive, namentlich das Verfolgen rein persönlicher Präferenzen. Jedenfalls dann, wenn alle diese Kriterien erfüllt sind, soll eine gravierende Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes vorliegen.⁹⁸

Die Reichweite dieser Restriktion ist noch nicht abzusehen. In dem Grundsatzurteil spricht der 1. Senat allein von gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzungen. In der kurz zuvor ergangenen Entscheidung zur Bankenuntreue, wo derselbe Senat die gravierende Pflichtverletzung zum ersten Male erwähnt, erfolgt die Erwähnung eher beiläufig und unvermittelt.⁹⁹ Das LG Düsseldorf jedenfalls bezieht in seinem Freispruch im Fall Mannesmann die gravierende Pflichtverletzung auf jede vermögensbezogene Pflichtverletzung i.S. des § 266 StGB.¹⁰⁰

Das Schrifttum scheint diese strafrechtsautonome Restriktion überwiegend positiv aufzunehmen¹⁰¹, doch finden sich auch differenzierende Stellungnahmen¹⁰² und sogar völlige Ablehnung.¹⁰³ In der Tat ist dieser Restriktionsansatz nur in modifizierter Lesart haltbar. Nicht unzweifelhaft erscheinen bereits Reichweite und systematischer Standort der gravierenden Pflichtverletzung. So ist etwa die Restriktion auf gravierende Pflichtverletzungen bei der Parteienuntreue irrelevant, weil dort ohnehin nur für gravierende Pflichtverletzungen finanzielle Sanktionen bestehen.¹⁰⁴ Darüber hinaus schließt die Rechtsprechung bisweilen die Schwere der Pflichtverletzung mit der davon zu trennenden Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Vermögensnachteil kurz. Das ist der Fall, wenn es in einem Urteil zur Bankenuntreue heißt, daß die Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB entfallen kann, wenn eine fehlende Information durch andere gleichwertige Informationen ersetzt wird.¹⁰⁵

Problematisch sind vor allem die Indizien für die gravierende Pflichtverletzung und ihr Zusammenspiel. Das gilt etwa für das Indiz der Unangemessenheit. Isoliert man dieses Kriterium, so läßt sich der Rechtssatz bilden, daß man ein Vermögen dann straflos schädigen dürfe, wenn es etwa als Unternehmensvermögen sehr groß ist und es dem Unternehmen gut geht, weil dann der Vermögensnachteil nicht unangemessen im Hinblick auf die Vermögens- und Ertragslage wäre. Dieser Rechtssatz stünde indes in doppelter Spannung zu § 266 II StGB. Ist der Vermögensnachteil nämlich gering, so begründet § 266 II iVm. § 248 a StGB nur ein Strafantragserfordernis, keinen Tatbestandsausschluß.¹⁰⁶ Ist der Vermögensnachteil aber hoch – was nicht automatisch eine gravierende Pflichtverletzung sein muß, wenn es dem Unternehmen sehr gut geht –, so verschärft dagegen § 266 II iVm. § 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB die Strafe. Darüber hinaus verträge sich der Rechtssatz auch kaum mit der Kriminalisierung der Zueignung auch geringwertiger Sachen im Eigentumsstrafrecht (§§ 242 ff. StGB). *Schünemann* spricht hier von „pure(r) Klassenjustiz“.¹⁰⁷ Überhaupt müßte erst einmal begründet werden, warum gut dastehende Firmen mit geringeren Strafbarkeitsrisiken geschädigt werden dürfen als notleidende. Das erscheint im Hinblick auf einen einheitlichen strafrechtlichen Vermögensschutz kaum möglich. Die ganze Problematik an der Grenze zur Willkür zeigt die Entscheidung des LG Düs-

⁹⁵ BGHSt 47, 148, 153 f. Zustimmung auch *Dahs*, NJW 2002, 273.

⁹⁶ Siehe dazu *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 142 ff. (146 f.) mwNw. sowie unten IV. 3. b. A.A., also erst Berücksichtigung bei der Schadenskompensation, *Aldenhoff/Kuhn*, ZIP 2004, 108.

⁹⁷ BGHSt 47, 187. Siehe dazu die Nw. zu den Anm. oben in Fn. 18.

⁹⁸ BGHSt 47, 187, 197. Das auch genannte Urteil BGHSt 46, 30, 32 trägt den Gedanken noch nicht.

⁹⁹ Siehe BGHSt 47, 148, 150, 152. Vgl. in gewisser Weise auch schon BGHSt 43, 293, 299 oben II. 2. a. bb.

¹⁰⁰ LG Düsseldorf NJW 2004, 3280 f.

¹⁰¹ Etwa *Lackner/Kühl*, § 266 Rz 20; *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz 40, 44, 46 d; *Dierlamm*, StraFo 2005, 403 f.; *Otto*, FS-Kohlmann, 197 ff.; *Lüderssen*, FS-Lampe, 2003, 729.

¹⁰² *Kubiciel*, NStZ 2005, 357 ff.; *Schünemann*, NStZ 2005, 475 f.; *Ransiek*, ZStW 2004, 671 ff. (674 ff.).

¹⁰³ *Beckemper*, NStZ 2002, 326; *Sauer*, wistra 2002, 465; *Samson* (Fn. 18), 238 ff. (242 f.); *ders.*, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2004, 2005, 122.

¹⁰⁴ Näher *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 52.

¹⁰⁵ BGHSt 47, 148, 152; vgl. auch BGHSt 46, 30, 34. *Schünemann*, NStZ 2005, 475 f. spricht hier vom Fehlen der objektiven Zurechnung, wie er überhaupt die „gravierende Pflichtverletzung“ als bloßen unvollkommenen Verweis auf die im einzelnen noch zu entwickelnden Regeln der objektiven Zurechnung begreift.

¹⁰⁶ *Schünemann*, NStZ 2005, 475.

¹⁰⁷ *Schünemann*, NStZ 2005, 476.

seldorf im Fall Mannesmann. Dort verneint das Gericht bei Zahlungen von über 50 Mio. Euro die Schwere der Pflichtverletzung u.a. deshalb, weil die „Ertrags- und Vermögenslage der Mannesmann-AG im Zeitpunkt der Beschlußfassung sehr gut“ war.¹⁰⁸ Im Fall der Spendenuntreue hatte der 1. Strafsenat des BGH dagegen keine Bedenken, bei einem staatlichen Unternehmen mit einer Bilanzsumme von über 80 Mio. Euro und jährlichen Bilanzverlusten von mehreren Millionen Euro eine Ausgabe von insgesamt ca. 25.000 Euro als unangemessen zu werten.¹⁰⁹

Auch hinsichtlich des Zusammenspiels der Indizien ist manches fraglich. *Erich Samson* bildet als exemplum ad absurdum den Fall, daß der Vorstandsvorsitzende einer wohlhabenden und prosperierenden AG seinem in wirtschaftliche Not geratenen Bruder aus der Kasse der AG eine Mio. Euro mit Zustimmung seiner Vorstandskollegen und in dem dafür vorgesehenen Verfahren schenkt. In diesem Fall würden die Kriterien des BGH das nach *Samson* eigentlich klare Ergebnis einer strafbaren Untreue trüben, weil zwei Indizien – Transparenz und fehlende Unangemessenheit – nicht in Richtung einer Untreuestrafbarkeit wiesen. Das zeige für *Samson* die ganze Unhaltbarkeit der Kriterien des BGH.¹¹⁰ Tatsächlich lebt die Restriktion der gravierenden Pflichtverletzung zentral von dem materiellen Kriterium der evidenten Unvertretbarkeit und Willkürlichkeit der Vermögensdisposition aus Sicht des Treuherrn. Mit dem Gedanken der gravierenden Pflichtverletzung wird der unternehmerische und gesellschaftsrechtliche Ermessensspielraum einerseits anerkannt und andererseits begrenzt, wie der BGH selbst entwickelt.¹¹¹ Eine Pflichtverletzung ist demnach gravierend, wenn sie evident unvertretbar und willkürlich ist, wenn sie auch unter Berücksichtigung des unternehmerischen Handlungsspielraums nicht mehr als eine im materiellen Unternehmensinteresse liegende Entscheidung gedacht werden kann.¹¹² Aus diesem Grund liegt in dem von *Samson* gebildeten Fall eine strafbare Untreue vor. Mit der Maßgeblichkeit dieses materiellen Kriteriums wird fraglich, wie sich die Indizien des BGH dazu verhalten. Das kann hier nicht geleistet werden. Etwas vor-schnell erscheint es jedenfalls vor diesem Hintergrund, in den Indizien des BGH schon einen Paradigmenwechsel im Untreuestrafrecht insofern zu begrüßen, als der BGH an die Stelle der intrikatsten materiellen Bestimmung des strafrechtlichen Vermögensschutzes die leichtere Prüfung der Einhaltung von Verfahrensregeln gesetzt habe.¹¹³ Immerhin handelt es sich auch bei dem Unangemessenheitsindiz um ein materielles Kriterium.

¹⁰⁸ LG Düsseldorf NJW 2004, 3281 f.

¹⁰⁹ BGHSt 47, 187, 189, 197, 198.

¹¹⁰ *Samson* (Fn. 18), 238 ff.

¹¹¹ BGHSt 47, 187, 192 ff.; vgl. auch *Lackner/Kühl*, § 266 Rz 20 mwNw.; *Schünemann*, NSStZ 2005, 476.

¹¹² Weitgehend übereinstimmend *Kubiciel*, NSStZ 2005, 360. In die gleiche Richtung mit Unterschieden im einzelnen *Tiedemann*, FS-Tröndle, 1989, 328; *Samson* (Fn. 18), 243.

¹¹³ So *Ransiek*, ZStW 2004, 674 ff., der aber auch eine inhaltliche Mißbrauchskontrolle (677) anerkennt.

3. Anforderungen an das Merkmal „Vermögensnachteil“

Hinsichtlich des Erfolges der Untreue, dem Vermögensnachteil, seien zwei Möglichkeiten der Restriktion angesprochen: das Unmittelbarkeitsprinzip bei der konkreten Vermögensgefahr (a) und die Gesamtbetrachtung bei der Saldierung (b).

a. Unmittelbarkeit der konkreten Vermögensgefahr

Wir haben bei der Strukturanalyse der Untreue bereits das Unmittelbarkeitsprinzip als Leitlinie zur Konkretisierung der schadensgleichen Vermögensgefährdung kennengelernt.¹¹⁴ Das Prinzip der Unmittelbarkeit besagt, daß nur solche Gefährdungslagen eine konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung begründen, bei denen die Gefahr unmittelbar in einen effektiven Güterverlust umschlagen kann.¹¹⁵ In dieser Fassung beinhaltet das aus der Betrugsdogmatik auf die Untreue übertragene Unmittelbarkeitsprinzip zwei limitierende Maßgaben: Erstens muß die *Vermögensgefährdung unmittelbar durch die Untreuehandlung herbeigeführt* worden sein. Denn von einer konkreten Vermögensgefahr durch die Untreuehandlung kann keine Rede sein, wenn die Untreuehandlung nur mittelbar die Vermögensgefahr herbeizuführen vermag. Zweitens und wichtiger folgt aus dem Unmittelbarkeitsprinzip, daß eine Vermögensgefahr nur konkret ist, wenn sie *unmittelbar in den endgültigen Schaden übergehen* kann. Damit werden Gefährdungslagen im Vorfeld einer konkreten Gefahr ausgegrenzt, bei denen die Herbeiführung der Vermögensminderung *noch von weiteren eigenmächtigen Handlungen des Täters, des Opfers oder Dritter abhängt*. Bloße abstrakte Vermögensgefahren stellen demnach dar die schlichte Herausgabe von Bieterlisten bei der Submissionsuntreue oder die unordentliche Buchführung, sofern sie die Geltendmachung ungerechtfertigter Ansprüche Dritter erst ermöglicht oder erleichtert.¹¹⁶ Insofern wird die ratio der Straflosigkeit des Untreueversuchs in Ansatz gebracht.

b. Saldierung und Gesamtbetrachtung

Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung liegt ein Vermögensnachteil vor, wenn die durch die Untreuehandlung unmittelbar verursachte Wertminderung nicht durch eine gleichfalls unmittelbar bewirkte Werterhöhung voll ausgeglichen wird.¹¹⁷ In diesem Verständnis der Saldierung sind mit der Gleichzeitigkeit von Wertminderung und Werterhöhung die Prinzipien der Unmittelbarkeit

¹¹⁴ Oben II. 2. a. aa.

¹¹⁵ Zum folgenden näher *Matt/Saliger* (Fn. 24), 235 ff.; *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 127 ff.; *ders.*, ZStW 2000, 611 f. Vgl. ferner *Matt*, NJW 2005, 391; *Mosenheuer*, NSStZ 2004, 181; *Achenbach/Ransiek-Seier*, HWSt, V2 Rz 191 ff. Das Unmittelbarkeitsprinzip weist dabei Parallelen zur objektiven Zurechnung auf.

¹¹⁶ Dazu bereits oben II. 2. a. aa.

¹¹⁷ Statt aller BGHR StGB § 266 I Nachteil 38; *Lackner/Kühl*, § 266 Rz 17 b; *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz 73.

(nur unmittelbare Vor- und Nachteile) und der Einzelbetrachtung (dieselbe Handlung) enthalten. Eine Ausnahme hiervon machen Rechtsprechung und Schrifttum auch jenseits von Risikogeschäften¹¹⁸ dann, wenn nach einem wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplan ein Handlungsbündel derart auf einen einheitlichen Erfolg angelegt ist, daß dieser nicht anders als über zunächst nachteilige Maßnahmen erreicht werden kann.¹¹⁹ Dieser Rechtssatz lebt fort im Bundesligaskandal-Urteil, wo der BGH auf Basis der Einzelbetrachtung die durch die Spielmanipulation erreichte Bundesligazugehörigkeit für ein weiteres Jahr als bei der Nachteilskompensation in Rechnung zu stellende Chance auf Vermögensgewinn¹²⁰ anerkannt hat.¹²¹ Denn auf Basis eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffs sei „selbstverständlich auch jeder Vorteil zu berücksichtigen, der durch die pflichtwidrige Handlung erzielt worden ist“¹²², wobei es im Zweifel darauf ankommen wird, „ob bei wirtschaftlich vernünftiger, alle bekannten äußeren Umstände berücksichtigender Gesamtbetrachtung die Gefahr eines Verlustgeschäfts wahrscheinlicher ist als die Aussicht auf Gewinnzuwachs.“¹²³

Diese Rechtsprechung verdient trotz ihrer die Rechtssicherheit strapazierenden Abgrenzungsprobleme etwa zwischen Tatvollendung und nachträglicher Schadenswiedergutmachung Zustimmung. Auch jenseits von Risikogeschäften ist es insbesondere in den Fällen langfristiger Vermögensverwaltung lebensweltgerecht, wirtschaftlicher Geschäftslogik bei der Frage der berücksichtigungsfähigen Vermögensvorteile, namentlich in bezug auf Gewinnchancen, Rechnung zu tragen. Freilich sind die mit dem Bundesligaskandal-Urteil eröffneten Probleme der Selektion und Bewertung von kompensations-tauglichen Vermögensvorteilen immer noch weitgehend ungeklärt.

4. Objektive Zurechnung bei der Untreue

Die objektive Zurechnung bei der Untreue steckt erst in den Anfängen.¹²⁴ Fraglich ist nicht nur, in welchem Umfang die objektive Zurechnung bei der Untreue eine Rolle spielen kann. Fraglich ist bereits, welche Elemente aus der allgemeinen Zurechnungslehre überhaupt berücksichtigt werden sollen. In den Kommentierungen zur Untreue

fehlt der Begriff bislang gänzlich. Soweit ersichtlich, hat einzig *Seier* unter der Überschrift „Zurechnungszusammenhänge“ eine erste Systematisierung unternommen.¹²⁵ Zweckmäßig erscheint es, jenseits der Kausalität¹²⁶ drei Elemente zu diskutieren: Gefahrschaffung (a), Pflichtwidrigkeitszusammenhang (b) und Schutzzweckzusammenhang (c).¹²⁷

a. Rechtlich relevante Gefahr

Nach der Grundformel der objektiven Zurechnung ist ein Erfolg dann objektiv zurechenbar, wenn der Täter eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert.¹²⁸ Der Aspekt der Gefahrschaffung läßt sich für die Untreue insofern fruchtbar machen, als im Untreuestrafrecht eine Einschränkung des Vermögensnachteils bei Ausgleichsbereitschaft und -fähigkeit des Täters angenommen wird. Danach soll ein untreuerelevanter Vermögensnachteil zu verneinen sein, wenn der Täter für die pflichtwidrig eingesetzten Gelder jederzeit eigene Mittel bzw. adäquate Sicherheiten bereit hält und sein Augenmerk auf den Ausgleich richtet.¹²⁹ Dieser Rechtssatz, den die herrschende Meinung nur bei der Untreue mit Blick auf die besondere Beziehung zwischen Treugeber und Treunehmer und dem Wert entsprechender Ersatzansprüche anerkennt, ist bei dem Merkmal „Vermögensnachteil“ systematisch nicht befriedigend verortet: Angesichts eingesetzter Gelder liegt einerseits ein effektiver Güterverlust vor, so daß Restriktionen zur konkreten Vermögensgefahr (Unmittelbarkeitsprinzip) nicht greifen können¹³⁰; andererseits erfolgen Mittelbereithalten und Mittelausgleich durch selbständige Handlungen unabhängig von der Pflichtverletzung, so daß auch eine Kompensation im Saldierungswege nicht offensteht.¹³¹ Der Rechtssatz findet daher seine Rechtfertigung im objektiven Moment des untauglichen Versuchs¹³² und damit im Aspekt der fehlenden Schaffung einer *rechtlich* relevanten Gefahr.¹³³ Denn soweit der Täter ständig eigene Mittel als Ausgleich bereithält, begründet sein pflichtwidriger Mitteleinsatz lediglich eine „abgeschirmte Gefahrenlage“,

¹²⁵ Achenbach/Ransiek-Seier, HWSt, V 2 Rz 184 ff. Er behandelt Kausalität, Pflichtwidrigkeitszusammenhang, Schutzzweckzusammenhang und Unmittelbarkeit. Siehe auch bereits *Matt/Saliger* (Fn. 24), 236 Fn. 115.

¹²⁶ Zu Fällen fehlender Kausalität der Pflichtverletzung für den Vermögensnachteil oben IV. 2. c. m.Fn. 103.

¹²⁷ Stellvertretend zur objektiven Zurechnung *Roxin*, AT/1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rz 44 ff.; *Kühl*, AT, 5. Aufl. 2005, § 4 Rz 36 ff.; *Wessels/Beulke*, AT, 35. Aufl. 2005, Rz 176 ff.

¹²⁸ Zu dieser Grundformel und ihren Varianten *Kühl*, AT, § 4 Rz 43 ff.; ferner *Roxin*, AT/1, § 11 Rz 47 ff.

¹²⁹ BGHSt 15, 342, 344; BGH NJW 1977, 443, 444; *Lackner/Kühl*, § 266 Rz 17; Achenbach/Ransiek-Seier, HWSt, V 2 Rz 169 ff. Abl. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rz 42; krit. *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz 75.

¹³⁰ Dazu oben IV. 3. a.

¹³¹ Vgl. oben IV. 3. b.

¹³² Näher *Matt/Saliger* (Fn. 24), 238 ff.

¹³³ Eine Zuordnung zu dem Aspekt der Risikoverringerung (dazu *Roxin*, AT/1, § 11 Rz 47 f.) scheidet daran, daß der Täter hier den Kausalverlauf, den er modifiziert, selbst in Gang gesetzt hat.

¹¹⁸ Dazu oben IV. 2. b.

¹¹⁹ LK-Schünemann, § 266 Rz 137; *Lackner/Kühl*, § 266 Rz 17 b; Achenbach/Ransiek-Seier, HWSt, V 2 Rz 167 f.; RG JW 1934, 2923; RG JW 1936, 882 f. in Anknüpfung an RGSt 65, 422, 430 und 432; BGH NJW 1983, 1808; *Lüderssen*, FS-Müller-Dietz, 2001, 468 ff.; *Taschke*, FS-Lüderssen, 2002, 667.

¹²⁰ Zur restriktiven Auslegung der vermögenswerten Expektanz als vermögensmindernder Faktor in der „kick-back“-Konstellation *Rönnau*, FS-Kohlmann, 2003, 253 ff.; *ders./Hohn*, JuS 2003, 998.

¹²¹ Zum Ganzen bereits *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 143 ff. (147 ff.) mwNw.

¹²² BGH NJW 1975, 1235 m.Anm. *Schreiber/Beulke*, JuS 1977, 656; *Bringewat*, JZ 1977, 667.

¹²³ BGH NJW 1975, 1236, wo der Senat irrigerweise auf die Rechtslage beim Risikogeschäft Bezug nimmt.

¹²⁴ Vgl. *Schünemann*, NSTZ 2005, 475 f. Allgemein zur Problematik der objektiven Zurechnung im Besonderen Teil des Strafrechts *Rengier*, FS-Roxin, 2001, 811 ff.

die unter normalen Umständen nicht in einen endgültigen Vermögensnachteil umschlagen kann. Eine solche „Gefahrenlage“ ist bei der Untreue rechtlich irrelevant, weil sie dem untauglichen Versuch entspricht, der straflos ist.

b. Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Weitere Voraussetzung der objektiven Zurechnung bei der Untreue ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Vermögensnachteil.¹³⁴ Diese in der Fahrlässigkeitsdogmatik entwickelte Zurechnungsregel ist für das Pflichtdelikt der Untreue relevant, weil sein Wortlaut ebenfalls voraussetzt, daß der Vermögensnachteil durch die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht („dadurch“) herbeigeführt worden sein muß. Nach dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang schlägt sich die vom Täter durch die Pflichtverletzung geschaffene rechtliche Gefahr nicht im Erfolg wieder, wenn dieser auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.¹³⁵ Dieser Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist von der Rechtsprechung bereits vereinzelt als Zurechnungserfordernis bei der Untreue der Sache nach erwähnt worden.¹³⁶ Als Beispiel diene der Fall¹³⁷, daß der Geschäftsführer G einer Stiftung S auftragswidrig A-Aktien der S nicht in (vermeintlich) gewinnträchtigere, weil steigende B-Aktien umtauscht, sondern nach Verkauf den Erlös als verzinsliches Festgeld anlegt. Wenig später kommt es nach Bekanntwerden eines großen Skandals bei B zu einem rasanten und dauerhaften Kursverfall der B-Aktie. In diesem Fall fehlt der Pflichtwidrigkeitszusammenhang, weil die Kompensation bei pflichtgemäßem Verhalten (Umtausch der A- in B-Aktien) jedenfalls nicht besser ausgefallen wäre (sondern durch den erheblichen Kursverfall noch schlechter) als sie aufgrund der Untreuehandlung (Festgeldanlage mit niedrigerem Gewinn) tatsächlich ausgefallen ist.

c. Schutzzweckzusammenhang?

Zweifelhaft ist, ob und inwieweit der Schutzzweckzusammenhang ein relevantes Prinzip bei der objektiven Zurechnung der Untreue sein sollte. Nach diesem Prinzip werden dem Täter nur solche Erfolge objektiv zugerechnet, deren Abwendung innerhalb des Schutzzwecks der übertretenen Sorgfaltsnorm liegt. Liegt der verwirklichte Erfolg außerhalb des Schutzzwecks der verletzten Sorgfaltsnorm, so hat sich im Erfolg nicht die vom Täter geschaffene Gefahr verwirklicht.¹³⁸ Diese Zurechnungsregel wird von einem Teil der Literatur auf die Untreue übertragen. So will *Hans-Ludwig Günther* die Vermögensbetreuungspflicht auf solche Pflichten begrenzen, die primär und unmittelbar dem Schutz des Vermögens des

Treugebers dienen.¹³⁹ Ähnlich fordert *Seier* unter dem Aspekt des Schutzzweckzusammenhangs bei der Untreue, daß die verletzte Pflicht gerade darauf angelegt ist, das Vermögen des Treugebers zu schützen, daß sie also genuin zum Zwecke der Schadensverhinderung aufgestellt ist.¹⁴⁰ Für beide unterfallen daher z.B. Verstöße gegen das Parteiengesetz nicht unter den Untreuetatbestand, weil das PartG primär bzw. allein die Transparenz der Parteifinanzien und die Demokratie schützt, während es Vermögensinteressen allenfalls mittelbar betreffe.¹⁴¹

Diese Argumentation, die in ihrer restriktiven Tendenz sympathisch ist und auch den Hauptzweck der Pflichten des PartG zur Rechnungslegung zutreffend bestimmt¹⁴², trägt nicht. Zunächst muß man sehen, daß bei einer Beschränkung der Untreue auf Pflichtverletzungen von Normen, die primär und unmittelbar dem Vermögensschutz dienen, Fallgruppen aus dem Untreuetatbestand herausfallen müßten, die bislang im Grundsatz anerkannt sind. Dazu ein Beispiel: Es ist anerkannt, daß eine strafbare Untreue durch unordentliche Buchführung begangen werden kann.¹⁴³ Allerdings dienen etwa die Bilanzvorschriften im HGB als Teil der Buchführung primär und unmittelbar den Zwecken der Dokumentation, Information und Kapitalerhaltung zum Schutz aktueller und potentieller Gläubiger¹⁴⁴, so daß insoweit das Vermögen des Treuherrn nur mittelbar geschützt erscheint. Soll also bei Verstößen gegen Bilanzvorschriften durch untreuetaugliche Täter mit nachteiligen Folgen für das Vermögen des Treugebers künftig eine Untreue ausscheiden und nur noch die §§ 331 ff. HGB greifen?

Das Problem ist, daß es für den von § 266 StGB bezweckten Vermögensschutz unerheblich ist, ob die von einem Vermögensbetreuungspflichtigen durch funktionale Pflichtverletzungen ausgelösten Vermögensnachteile auf Normen zurückgehen, die unmittelbar oder nur mittelbar dem Vermögensschutz dienen. So genügt für die Untreue jede vermögensrelevante Handlung, durch die der Täter Weisungen, gesetzliche Bestimmungen oder Richtlinien mißachtet und Vermögensnachteile verursacht.¹⁴⁵ Warum soll auch das vorsätzliche Versäumen der vorrangig der Rechtssicherheit dienenden Antragsfrist für die Parteifinanzierung (§ 19 I 1 PartG), das der Partei gänzlich ihren Finanzierungsanspruch nimmt, keine Untreue sein?¹⁴⁶ Das gilt auch für die vorsätzliche Verletzung der sanktionsbewehrten Rechnungslegungsnormen des PartG, die jeden-

¹³⁹ *Günther*, FS-Weber, 316.

¹⁴⁰ Achenbach/Ransiek-*Seier*, HWSt, V 2 Rz 188.

¹⁴¹ *Günther*, FS-Weber, 316 f.; Achenbach/Ransiek-*Seier*, HWSt, V 2 Rz 190.

¹⁴² Dazu näher *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 71 ff., 184 ff., 263 ff.

¹⁴³ BGHSt 20, 304; Schönke/Schröder-*Lenckner/Perron*, § 266 Rz 35a, 45; oben II. 2. a. aa.; eingehend *Louis*, Die Falschbuchung im Strafrecht, 2002.

¹⁴⁴ *Heymann-Walz*, HGB, 2. Aufl. 1995 ff., Einl. §§ 238 ff. Rz 47 ff.; *Leffson*, Die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, 7. Aufl. 1987, S. 38 ff. (41 ff.).

¹⁴⁵ Schönke/Schröder-*Lenckner/Perron*, § 266 Rz 35 a; *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz 38.

¹⁴⁶ Dazu *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 297 ff., 566 ff., 678 f.

¹³⁴ Ebenso *Kindhäuser*, FS-Lampe, 724; Achenbach/Ransiek-*Seier*, HWSt, V 2 Rz 186 f.

¹³⁵ Stellvertretend *Wessels/Beulke*, AT, Rz 197 ff.

¹³⁶ Vgl. etwa BGH NJW 1983, 1808 ff.

¹³⁷ In Anlehnung an *Kindhäuser*, FS-Lampe, 709, 724.

¹³⁸ *Roxin*, AT/1, § 11 Rz 84 ff.; bereits die Gefahrschaffung verneint *Wessels/Beulke*, AT, Rz 182.

falls einen hinreichend mittelbaren und funktionalen Fremdvermögensbezug aufweisen.¹⁴⁷

Teilweise wird ein Bedürfnis für einen Schutzzweckzusammenhang bei der Untreue an dem Fall verdeutlicht, daß andernfalls der Geschäftsführer eines Busunternehmens, der aufgrund der Duldung von Lenkzeitüberschreitungen der Fahrer außer einer gegen ihn verhängten Geldbuße auch gemäß § 30 OWiG eine Geldbuße zu Lasten des Busunternehmens auslöst, deswegen wegen Untreue bestraft werden müßte.¹⁴⁸ Jedoch fehlt es in diesem Fall bereits an einem saldierungsfähigen Vermögensnachteil, weil das Dulden der Lenkzeitüberschreitungen die Geldbuße zu Lasten des Unternehmens *nur mittelbar* auslöst.¹⁴⁹

5. Strenge Anforderungen an den Untreuevorsatz?

Zweifelhaft ist schließlich, ob spezifische Anforderungen an den Vorsatz eine taugliche Restriktion bei der Untreue markieren.¹⁵⁰ Die Rechtsprechung propagiert seit Jahrzehnten eine auch subjektive Restriktion des Untreuetatbestandes: An den Nachweis der inneren Tatseite sollen strenge Anforderungen zu stellen sein insbesondere bei bedingtem Vorsatz und Unterlassen, wenn der Täter nicht eigensüchtig gehandelt hat.¹⁵¹

¹⁴⁷ Ausführlich *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 39 ff. (48 ff.), 204 ff.

¹⁴⁸ Achenbach/Ransiek-Seier, HWSt, V 2 Rz 189.

¹⁴⁹ Bei der Parteienuntreue ist dagegen das Unmittelbarkeitsprinzip gewahrt, weil die dortigen finanziellen Sanktionen materiell self-executing sind. Dazu und zu einer ähnlichen Argumentation gegen die Möglichkeit einer Parteienuntreue mwNw. *Saliger*, Parteiengesetz, aaO, S. 127 ff. (130 ff.), 204 ff.

¹⁵⁰ Daß Vorsatz und Unrechtsbewußtsein insbesondere bei der Untreue untrennbar sind, hat jüngst *Jakobs* (FS-Dahs, 2005, 49, 55; auch NStZ 2005, 276) bejaht.

¹⁵¹ BGH NJW 1975, 1236; BGH wistra 2000, 61; RGSt 68, 371, 374. Ebenso *Lackner/Kühl*, § 266 Rz 19.

Die Angehörigen kommunaler „Parlamente“ als Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 b StGB) und ihre Strafbarkeit nach den Bestechungsdelikten (§§ 331 ff. StGB)

Rechtsanwalt **Markus Rübenstahl**, Mag. iur.,
Frankfurt am Main*

1. Einführung

Ob die Mitglieder der Stadträte, Gemeinderäte und Kreistage und sonstige kommunale Mandatsträger Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c (oder der Nr. 2b) StGB sind und sich deshalb wegen Vorteilsannahme bzw. Be-

Diese Restriktionslinie überzeugt nicht. Versteht man sie lediglich dahin, daß die *tatsächlichen* Voraussetzungen des Untreuevorsatzes besonders sorgfältig zu prüfen sind, so ist sie zwar zu begrüßen, besitzt dann aber kein Restriktionspotential. Soll die Restriktion dagegen *rechtlich* effektiv sein, so müßte sie die „strengen Anforderungen“ spezifizieren, also neue Voraussetzungen für den Untreuevorsatz aufstellen. Damit würde nicht nur ohne Not eine einheitliche Vorsatzdogmatik aufgegeben. Neue subjektive Tatbestandsmerkmale kann auch allein der Gesetzgeber aufstellen. Wenn der objektive Untreuetatbestand also als zu weit angesehen wird, dann ist die gebotene Restriktion auch im objektiven Tatbestand anzustreben.¹⁵²

V. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist folgendes festzuhalten: 1. Es gibt keine Untreuemode, sondern nur eine qualitativ gestiegene Anwendungshäufigkeit der Untreue. 2. Die spektakulären Strafverfahren in Sachen *Kohl*, Hessen-CDU und Mannesmann offenbaren kein unzulässiges Eindringen von Moral ins Strafrecht, sondern eine zunehmende mediale Instrumentalisierung der Untreue. 3. Strafgrund der Untreue ist die pflichtwidrige und mit Vermögensnachteilen verbundene Ausübung einer anvertrauten internen Machtstellung in einer fremden Vermögenssphäre. 4. Weite und Extensionsanfälligkeiten des Untreuetatbestandes verlangen nach einer restriktiven Auslegung. Verstärkte Bemühungen verdienen insbesondere die gravierende Pflichtverletzung, die Unmittelbarkeit der Vermögensgefahr, die Saldierung und die objektive Zurechnung.

¹⁵² Kritisch auch *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz 78 a; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266 Rz 50; *LK-Schünemann*, § 266 Rz 151; *Kubiciel*, NStZ 2005, 356.

stechlichkeit (§§ 331, 332 StGB) strafbar machen können, oder ob die Angehörigen kommunaler „Parlamente“ als Angehörige „einer Volksvertretung... der... Gemeinden“ ausschließlich unter § 108 e StGB fallen, ist in Literatur und Rechtsprechung strittig. Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsfrage bisher weder in tragenden Rechtsausführungen noch obiter dictum beantwortet¹, wird darüber jedoch in Kürze zu entscheiden haben. Das Landgericht Wuppertal hat mit Urteil vom 11. August 2004² ein nordrhein-westfälisches (Stadt-)Ratsmitglied wegen Bestechlichkeit (§ 334 StGB) verurteilt. Dessen

¹ BGHSt 5, 100, 105/106 hält am Rande fest, dass „Abgeordnete“ keine Amtsträger sind; BGHSt 8, 21, 24 läßt erkennen, dass jedenfalls solche kommunalen Mandatsträger, die - sei es auch aufgrund ihrer Stellung - zusätzliche Funktionen mit substantiellem Verwaltungscharakter in der Kommunalverwaltung übertragen bekommen, diesbezüglich als Amtsträger anzusehen sind.

² Aktenzeichen: 26 KLs 835 Js 19/01 - 31/03 VI.

* Der Autor ist Rechtsanwalt der Kanzlei White & Case LLP in Frankfurt.

Revision ist zur Zeit beim 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs anhängig³. Im wesentlichen anerkannt ist, dass kommunalen Mandatsträgern, die aufgrund dieser Eigenschaft zu Mitgliedern von exekutiven oder beratenden Organen der Kommunalverwaltung – beratende Ausschüsse etc. – bestellt (bzw. gewählt) werden, jedenfalls in dieser Funktion Amtsträger sind.⁴ Dieser weitgehende Konsens bezieht sich jedoch nicht auf die Ausübung ihrer Funktionen als Angehörige des Gemeindeparkaments, insbesondere nicht auf Wahlen und Abstimmungen in diesem Rahmen. Nach einer in der Literatur jedenfalls neuerdings überwiegenden Auffassung sind Mitglieder kommunaler Parlamente, wenn sie „als solche“ handeln, nicht als Amtsträger anzusehen, unabhängig davon, ob sie bei dem Erlass von Satzungen oder an der Entscheidung von Einzelfragen der gemeindlichen Selbstverwaltung mitwirken⁵. Vermittelnd wird teilweise angenommen, dass jedenfalls bei der Wahrnehmung von substantiellen Verwaltungstätigkeiten durch Mitglieder kommunaler Parlamente⁶ bzw. dann, wenn die Tätigkeit nicht im Einzelfalle überwiegend im Bereich der Normsetzung liegt – und zugleich eine klare Trennung vorgenommen werden kann – § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB einschlägig ist⁷. Dazu sei im Einzelfall zu prüfen, ob die konkrete Tätigkeit mehr dem Bereich der Gesetzgebung oder mehr dem Bereich der Verwaltung unterfällt⁸. Weitgehende Einigkeit in der Literatur besteht jedenfalls insofern, als die rechtssetzende Tätigkeit der kommunalen Mandatsträger – und wohl auch Wahlen (etwa von Beigeordneten) durch das Gemeindeparkament – nicht dem Bereich der öffentlichen Verwaltung, sondern dem der substantiellen Gesetzgebung zuzurechnen sei, mit der Folge, dass § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB insofern unanwendbar bleibe⁹. Auch von Gerichten wurde dergleichen teilweise

³ Aktenzeichen: 5 StR 453/05; die Bundesanwaltschaft vertritt in ihrer Antragsschrift die Auffassung, dass die Verurteilung gemäß den §§ 332, 1 Abs. 1 Nr. 2c StGB zu Recht erfolgt sei.

⁴ BGHSt 8, 21, 22-24; Lackner/Kühl § 11 Rdnr. 11; Deiters, NStZ 2003, 453, 458; Marel, StraFo 2003, 259, 262.

⁵ LK/Gribbohm § 11 Rdnr. 37,42; SK-StGB/Rudolphi/Stein § 11 Rdnr. 21; Krey, BT Bd. 1, Rdnr. 666; Deiters, NStZ 2003, 453, 458; Marel, StraFo 2003, 259, 262; einschränkend Lackner/Kühl § 11 Rdnr. 11.

⁶ Der Katalog diese Tätigkeiten gleich im wesentlichen dem, der auch für Abgeordnete des Bundestages und der Landtage zur Begründung einer Amtsträgerstellungen gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2b StGB führt, vgl. Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht (2001), S. 677; hinzu kommen Tätigkeiten im Bereich kommunaler Verwaltungsausschüsse, vgl. OLG Celle MDR 1962, 671.

⁷ OLG Celle MDR 1962, 671; OLG Stuttgart Justiz 1989, 198; Schönke/Schröder/Eser § 11 Rdnr. 23; Münch-KommStGB/Radtke § 11 Rdnr. 48; Gössel/Dölling BT Bd. 1 § 75 Rdnr. 7; Heinrich, S. 676/677; Geppert Jura 1981, 42, 45.

⁸ OLG Celle MDR 1962, 671; NK-StGB/Lemke § 11 Rdnr. 22; Lackner/Kühl § 11 Rdnr. 1; ausführlich Heinrich, S. 676 f. Da diese materielle, einzelfallbezogene Betrachtung bei Parlamentsabgeordneten gelte, müsse dies erst recht bei Abgeordneten kommunaler Vertretungsorgane der Fall sein, da deren Tätigkeit nur zu einem verhältnismäßig geringeren Teil im Bereich der Normsetzung (Satzungsgebung) liege.

⁹ So wohl auch Heinrich, S. 676/677; Lackner/Kühl § 11 Rdnr. 11; Schönke/Schröder/Eser § 11 Rdnr. 23, jeweils teilweise –

angenommen¹⁰. Dem wird in letzter Zeit in der untergerichtliche Rechtsprechung zunehmend widersprochen¹¹. Richtigerweise ist dieser Ansicht zuzustimmen, wonach kommunale Mandatsträger auch bei Wahlen und Abstimmungen stets Amtsträger – allerdings im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2b StGB – sind.

2. Kommunale Mandatsträger als „Abgeordnete“ ohne Amtsträgerstellung?

Gegen die Amtsträgerstellung gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB wird ins Feld geführt, dass der kommunale Mandatsträger – jedenfalls soweit er im Bereich der Normsetzung tätig ist – keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Sinne der Nr. 2c wahrnehme, sondern im Bereich der materiellen Gesetzgebung tätig werde¹². Überdies sei er vom Volk gewählt und deshalb nicht im Sinne dieser Vorschrift „bestellt“. Aus systematischen Gründen stehe § 108 e StGB, der abschließend die Bestechungsstrafbarkeit auch von Volksvertretern der Gemeinden regelt, einer Bestrafung kommunaler Mandatsträger gem. den §§ 331 ff i. V. m. 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB entgegen. Im Einzelnen:

a) Aus § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB selbst ergebe sich, dass dort weder der organisatorische noch der formelle Verwaltungsbegriff gemeint sein könne, da als Amtsträger auch gilt, wer nur *im Auftrag* einer Behörde oder Stelle tätig wird. Die Vorschrift verweise mithin auf den Begriff der öffentlichen Verwaltung im materiellen Sinne, der sich um die Kategorisierung von Verwaltungsfunktionen nach inhaltlichen Kriterien bemüht. Maßgeblich müsse daher sein, ob die Aufgabenerfüllung des kommunalen Mandatsträgers in *diesem* Sinne Verwaltungstätigkeit oder aber Gesetzgebungstätigkeit sei. Methodisch könne bei der Abgrenzung grundsätzlich an der Unterscheidung zwischen Regelungen des konkret-individuellen Einzelfalls als kennzeichnend für die Verwaltung und dem Erlass abstrakt-generell Regelungen als kennzeichnend für die Gesetzgebung angeknüpft werden. Ebenso könne aber auch auf den Prozess der Entscheidungsfindung abgestellt werden, wobei die Verwaltungstätigkeit auszeichne, dass sie die Wertung gesetzlicher Regeln im Einzelfall nachzuvollziehen hat, und deshalb auch im Fall der Einräumung von Ermessen nicht frei entscheiden könne, während gesetzgebende Organe vorbehaltlich höherrangigen Rechts die Befugnis zur freien Gestaltung hätten, was sich durch die Art der Bildung der

für exekutive Tätigkeiten – eine Amtsträgerstellung bejahen.

¹⁰ OLG Celle MDR 1962, 671 sowie unveröffentlichte Beschlüsse des LG Frankfurt am Main vom 10. März 1995 – 5/13 KLS – 95 Js 3708.5/93 (M 1/95) und des OLG Frankfurt am Main vom 27. Februar 1996 – 1 Ws 105/95, wonach die Mitglieder der hessischen Kreistage keine Amtsträger seien; zitiert nach Marel StraFo 2003, 259.

¹¹ OLG Braunschweig MDR 1950, 629; OLG Stuttgart NJW 1966, 679; LG Krefeld NJW 1994, 2037; LG Köln StraFo 2003, 278; LG Wuppertal, Ur. vom 11. August 2004 – 26 KLS 835 Js 19/01, S. 93 ff (unveröffentlicht, noch nicht rechtskräftig).

¹² Vgl. Deiters NStZ 2003, 453, 455 ff.

Repräsentativorgane im Wege demokratisch legitimierter Willensbildung rechtfertigt¹³.

Nach der hier behandelten, weitergehenden Literaturliteraturfassung versagt jedoch die Methode einer Abgrenzung auf der Basis der Konkretheit oder Abstraktheit des Entscheidungsgegenstandes. Auch die konkret-individuelle Natur des Entscheidungsgegenstandes könne bei Angehörigen von Volksvertretungen nicht entscheidend für eine verwaltende Tätigkeit (im Sinne des strafrechtlichen Amtsträgerbegriffs) sprechen. Dies gelte deshalb, weil einige den Mitglieder des Bundestages obliegende Entscheidungen¹⁴ eindeutig einzelfallbezogen seien. Da § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB nur voraussetzte, dass eine Person (zumindest auch) dazu bestellt wurde, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen, und nicht erforderlich sei, dass sie ausschließlich mit der Wahrnehmung solcher Aufgaben betraut ist, müsste bei einer konsequenten Gleichbehandlung von Mitgliedern des Bundestages (und der Landtage) und kommunalen Mandatsträgern ein einzelfallbezogenes Abstellen auf den Abstraktionsgrad des Regelungsgegenstands – wie von der vermittelnden Meinung vertreten wird¹⁵ – dazu führen, dass Abgeordnete des Bundestages (und der Landtage) hinsichtlich zahlreicher offenkundig konkret-individueller Entscheidungen als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB anzusehen wären¹⁶, etwa bei Beschlüssen zur Entsendung der Bundeswehr oder der Wahl des Regierungschefs sowie bei sonstigen Wahlen. Diese Auffassung werde aber von niemandem vertreten. Dass bei kommunalen Mandatsträgern nach Auffassung von Teilen der Rechtsprechung der *Schwerpunkt* der Tätigkeit – der im Bereich des Verwaltungshandelns, nicht der Normsetzung liege – dafür maßgeblich sein soll, dass diese (insgesamt und nicht nur bzgl. einzelner verwaltungstypischer Handlungen) als Amtsträger anzusehen seien¹⁷, vertrage sich nicht mit der Bestimmung der Amtsträgerstellung nach den angeführten allgemeinen Grundsätzen (s.o.). Sehe man von § 108 e StGB ab, müssten Parlamentsabgeordnete nach allgemeinen Grundsätzen – wegen den ihnen (auch) zugewiesenen Einzelfalleentscheidungen – insgesamt als Amtsträger angesehen werden; richte man sich nach dem gerade angesprochenen Maßstab des Tätigkeitsschwerpunktes, sei nicht plausibel zu machen, warum nicht jedenfalls bzgl. der eindeutig konkret-individuellen Entscheidungen eine Amtsträgerstellung der Bundestagsabgeordneten angenommen werde¹⁸. Für Parlamentsabgeordnete müsste – ließe man § 108 e StGB als Interpretationsmaßstab für § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB außer Betracht – dann (teilweise und handlungsbezogen) das strenge Verbot der Vorteilsannahme gem. § 331 StGB gelten. Dies sei mit

den bisher üblichen und akzeptierten, jedenfalls nicht als strafbar angesehenen Nebenbeschäftigungen von Abgeordneten in der freien Wirtschaft (Aufsichtsratsmitgliedschaften, Beratungstätigkeiten etc.) und der verbreiteten Lobby-Tätigkeit der Verbände, die in einer pluralistischen parlamentarischen Demokratie auch durch die Gewährung von (Dritt-)Vorteilen stark auf den Normsetzungsprozess einwirken würden, nicht vereinbar. Gerade auf die interessengeleitete Beeinflussung des demokratischen Willensbildungsprozesses von Volksvertretern in staatlichen Organen – abgesehen von der Konstellation des direkten Stimmenkaufs – wolle jedoch die gegenüber dem § 331 ff StGB restriktivere Fassung des § 108 e StGB Rücksicht nehmen; Lobbyismus sei nicht strafwürdig¹⁹. Da die Wahrnehmung der partikularen Interessen nahe stehender Gruppierungen und Verbände bei der Wahrnehmung des Mandats Bestandteil des politischen Kräftespiel sei, könne man von Abgeordneten nicht verlangen, dass Abgeordnete stets unparteiisch und frei von unsachlichen Einflüssen das Mandat ausübten. Der Abgeordnete müsse auf bestimmte gesellschaftliche Gruppen Rücksicht nehmen, weil seine Zugehörigkeit zu derselben nicht selten für seine Aufstellung als Kandidat maßgeblich war. In diesem Zusammenhang gehöre die Gewährung von (zumindest politischen) Vorteilen an den Abgeordneten zur legitimen und von der Verfassung vorausgesetzten Funktionsweise der parlamentarischen Demokratie. Es war nach Auffassung des Bundesgesetzgebers im Jahre 1994 nicht zu beanstanden, wenn bei der Stimmabgabe politische Zwecke mitverfolgt würden, die den eigenen Interessen des Stimmberechtigten entsprechen²⁰ und dem Abgeordneten allgemein Vorteile versprochen oder gewährt werden, jedenfalls soweit keine direkte (wohl vorhergehende) Verknüpfung mit einer Gegenleistung in Gestalt eines bestimmten Verhaltens im Rahmen von Wahlen und Abstimmungen erfolgt²¹.

Diese Überlegungen – die der nach ganz herrschender Meinung alleinigen Anwendbarkeit des § 108 e StGB auf die Mandatsausübung von Bundes- und Landtagsabgeordneten zugrunde liegen – träfen aber nicht nur für den echten Parlamentsabgeordneten, sondern genauso sehr für den Träger eines Mandates auf kommunaler Ebene zu. Da der Gesetzgeber durch die Einführung des § 108 e StGB die Beteiligten an dem Willensbildungsprozess von demokratisch-pluralistischen, parlamentarisch strukturierten, normsetzenden Repräsentativorganen privilegieren und vor zu weit gehender Kriminalisierung habe schützen wollen, müsse sich auch in diesem Bereich die Grenze zwischen rechtlich zulässigem Lobbyismus und strafrechtlich verbotener Korruption allein aus § 108 e StGB und nicht (zusätzlich) aus den § 331 ff StGB ergeben. Deshalb komme eine Deutung des Begriffs der öffentlichen Verwaltung im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB nicht in Betracht, der die Ausübung des kommunalen Mandats bei Wahlen und Abstimmungen erfasst²². Die Gleichartigkeit der Tätigkeit lasse sich ohne weiteres

¹³ Deiters NSTZ 2003, 453, 455/456.

¹⁴ Etwa die nach Art. 46 GG dem Bundestag obliegende Entscheidung über die Aufhebung der Indemnität und/oder Immunität eines Abgeordneten, Beschlüsse; hinzu kommen Wahlen aller Art.

¹⁵ Vgl. etwa Schönke/Schröder/ Eser § 11 Rdnr. 23 m. w. N.; aber sogar LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037.

¹⁶ Deiters a. a. O. S. 457.

¹⁷ LG Krefeld a. a. O.

¹⁸ Deiters a. a. O. S. 457.

¹⁹ Deiters a. a. O. S. 458.

²⁰ Bundestagsdrucksache 12/5927, S. 5 linke Spalte.

²¹ MünchKommStGB/Müller § 108 e Rdnr. ff. 7, 12; Barton NJW 1994, 1098, 1099/1100 jeweils m.w.N.

²² Deiters a. a. O. S. 458.

damit belegen, dass die kommunalen Vertretungsgremien beim Erlass kommunaler Satzungen materielle Rechtsakte schaffen und insofern materiell als Gesetzgebungsorgan fungierten, was allgemein anerkannt sei. Umgekehrt gehe es zwar bei der Abstimmung der Vertretungsorgane über individuell-konkrete Maßnahmen, jedenfalls unter Zugrundelegung einer – hier untauglichen – aufgabenbezogenen Betrachtungsweise um Verwaltungshandeln²³. Auch bei diesen Maßnahmen gehe es jedoch um die Durchsetzung politischer Interessen im Rahmen eines parlamentarisch organisierten demokratischen Willensbildungsprozesses. Der Erlass von Satzungen durch Gemeinden und Gemeindeverbände gründe sich überdies auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG und stelle sich deshalb anders als der Erlass von gesetzlich ermächtigten Rechtsverordnungen (vgl. Art. 80 GG) nicht als Umsetzung gesetzgeberischer Vorgaben, sondern als genuine Ausübung autonomer Gestaltungsmacht dar²⁴. Nehme man richtigerweise entscheidend den Vorgang der Entscheidungsfindung – Verfahren und Form – als für die Frage des materiellen Charakters der Tätigkeit kommunale Mandatsträger wesentliches Kriterium näher in den Blick, sprächen die rechtlichen Regelungen der Ratstätigkeit in den Gemeinde- und Landkreisordnungen in noch stärkerem Maße dafür, dass es sich dabei substantiell um legislative Tätigkeiten handele²⁵. Der kommunale Mandatsträger habe nach der Kommunalverfassung eine „*abgeordnetenähnliche Stellung*“ inne, weil er wie der Bundestagsabgeordnete (Art. 38 Abs. 1 GG) und der Landtagsabgeordnete in gleicher, freier, allgemeiner, unmittelbarer und gleicher Wahl gewählt werde (Art. 28 Abs. 1 GG bzw. etwa § 42 Abs. 1 GO NRW), weshalb er ebenso Vertreter der gesamten (Gemeinde-)Bürgerschaft sei wie der Abgeordnete des (Staats-)Volkes. Ebenso wenig sei er an Aufträge und Weisungen gebunden und gleichermaßen nur seinem Gewissen unterworfen; auch er habe ein freies Mandat (freie Rede, Information, Antragstellung und Abstimmung) und dieselben organisatorischen Möglichkeiten (Fraktionsbildung)²⁶. In den kommunalen Räten gelte allgemein – unabhängig vom Gegenstand der Beschlussfassung – für Beschlüsse das demokratische Prinzip der Stimmenmehrheit (vgl. etwa § 50 Abs. 1 GO NRW), welches für gesetzgebende Versammlungen kennzeichnend sei. Die Funktion der Ratsmitglieder bestehe damit in der Mitwirkung an dem demokratischen Prozess der Willensbildung innerhalb der Selbstverwaltungskörperschaft²⁷. Dies rechtfertige sich daraus, dass die Art und Weise der kommunalen Selbstverwaltung nicht (vollständig) gesetzlich vorgegeben sei, sondern der Konkretisierung gerade durch politische Entscheidungen bedürfe, weshalb der Rat im Rahmen seiner Kompetenzen und unter Berücksichtigung des höherrangigen Rechts zur eigenen Wertentscheidungen befugt und berufen sei. Kommunale Mandatsträger seien – trotz der Allzuständigkeit des Rates (vgl. etwa § 41 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW)

– daher nicht zum Gesetzesvollzug berufen, sondern Angehörige eines politischen Organs. Das Vollzugsorgan bzw. Verwaltungsorgan der Gemeinde sei allein der Bürgermeister, der die Beschlüsse des Rates umzusetzen hat (vgl. § 62 Abs. 2 Satz 2 GO NRW); dieser sei dementsprechend kommunaler Wahlbeamter (vgl. § 62 Abs. 1 Satz 1 GO NRW)²⁸. Nicht der Rat, sondern der Bürgermeister sei deshalb als Behörde der Gemeinde anzusehen; diesem oblägen Vertragsabschlüsse für die Gemeinde und – jedenfalls ganz überwiegend – die Vornahme von Verwaltungsakten²⁹.

Auch an der für § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB erforderlichen *Bestellung* fehle es, weil der Gemeindevertreter sein Mandat genau wie der Parlamentsabgeordnete dadurch antrete, dass er die Annahme des Mandats erklärt oder keine Erklärungen abgibt; eine Vereidigung als Voraussetzung der Mandatsausübung sehen die Kommunalverfassungen hingegen nicht mehr vor; Einführung und Verpflichtung des Ratsmitglieds (§ 67 Abs. 3 GO NRW) hätten lediglich deklaratorischen Charakter³⁰. Der Begriff der Bestellung solle nach dem Willen des Gesetzgebers alle Arten von Dienstverhältnissen bzw. Auftragsverhältnissen erfassen, ohne dass es auf einen förmlichen Akt der Bestellung ankäme. Die Mitglieder der kommunalen Vertretungsorgane werden jedoch durch die Bürger gewählt und befänden sich deshalb weder in einem Dienstverhältnissen zu den ihn wählenden noch zu allen Bürgern³¹.

Die historische und systematische Auslegung des § 108 e StGB stehe ebenfalls der Auffassung entgegen, kommunale Mandatsträger seien Amtsträger, weil sie nicht Angehörige eines Parlaments im staatsrechtlichen Sinne seien³². Der Gesetzgeber habe durch diese Vorschrift 1994 Volksvertretungen des Bundes, der Länder, der Gemeinden oder der Gemeindeverbände gleichgestellt³³, weil er dort das Unternehmen des Kaufs oder Verkaufs einer Stimme für eine Wahlen oder Abstimmungen in den aufgeführten Gremien in gleicher Weise mit Strafe bedrohe. Die Vorschrift ziele darauf ab, eine als solche empfundene Strafbarkeitslücke zu schließen, da allgemein anerkannt war, dass jedenfalls Parlamentsabgeordnete mangels einer Amtsträgerstellung gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB dem Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB nicht unterfielen³⁴. Der Gesetzgeber habe ausdrücklich auch kommunale Mandatsträger als Abgeordnete bezeichnet – dies ergebe sich auch aus der einheitlichen amtlichen Überschrift der Vorschrift („*Abgeordnetenbestechung*“) – und mithin eine Differenzierung zwischen Volksvertretern in Bund und Ländern einerseits

²³ Deiters a. a. O. 456.

²⁴ Marel a. a. O. S. 261 unter Verweis auf *BVerfGE* 21, 54, 62; 32, 346, 361.

²⁵ Vgl. Deiters a. a. O. S. 456.

²⁶ Marel *StraFo* 2003, 259, 260; Deiters a. a. O. S. 456/457.

²⁷ Deiters a. a. O. S. 456.

²⁸ Deiters a. a. O. S. 457.

²⁹ Marel a. a. O. S. 262.

³⁰ Marel a. a. O. S. 260.

³¹ Marel a. a. O. S. 260.

³² Marel a. a. O. S. 260.

³³ Marel a. a. O. S. 260.

³⁴ Marel a. a. O. S. 260 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung des 28. Strafrechtsänderungsgesetzes, Bundestagsdrucksache 12/5927, S. 3: „*Nach dem StGB in der geltenden Fassung sind aktive und passive Bestechung von Abgeordneten nicht mit Strafe bedroht.*“

und kommunaler Selbstverwaltungskörperschaften andererseits nicht gewollt³⁵. Die Nennung von Volksvertretern in Gemeinden und Gemeindeverbänden in § 108 e StGB bedeute zugleich, dass der Gesetzgeber auch die Bestechungsdelikte kommunaler Mandatsträger in § 108 e StGB abschließend regeln wollte. Wäre dies nicht seine Absicht gewesen, weil er die Auffassung vertreten hätte, auch kommunaler Mandatsträger seien Amtsträger, hätte es der Aufnahme der kommunalen Volksvertreter – neben den Abgeordneten von Bundestag und Landtagen – nicht bedurft, weil der dort unter Strafe gestellte Stimmenkauf ohnehin durch die §§ 331 ff. StGB unter Strafe stünde³⁶. Der Gesetzgeber hätte sich sinnvollerweise auf die Erwähnung von Abgeordneten von Bundestag, Landtagen und Europaparlament beschränkt. Der Gesetzgeber sei also davon ausgegangen, dass die allgemeinen Bestechungsdelikte (§§ 11, 331 ff. StGB) kommunale Mandatsträger nicht erfassen³⁷, weshalb § 108e StGB für Abgeordnete sämtlicher Provenienzen die Bestechungsstrafbarkeit habe begründen und abschließend regeln sollen. Da der Straffrahmen der echten passiven Bestechung (§ 332 StGB) – bei Gewährung eines Vorteils als Gegenleistung für eine pflichtwidrige Diensthandlung – höher sei als derjenige des § 108 e StGB für den Stimmenkauf³⁸, müsse davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber für Abgeordnete bewusst eine mildere Strafandrohung als für Amtsträger bestimmt hat. Auch systematische Gründe sprächen deshalb für die ausschließliche Anwendbarkeit des § 108 e StGB, weil sonst die beabsichtigte Privilegierung jedenfalls bzgl. der Volksvertreter in den Gemeinden und Gemeindeverbänden im Ergebnis vereitelt werden würde – und § 332 StGB zur Anwendung käme.

3. Kommunale Mandatsträger – Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b StGB

Trotz der beeindruckenden Vielzahl von Argumenten ist im Anschluss an Teile der neueren Rechtsprechung fest zu halten, dass kommunale Mandatsträger – unabhängig vom konkreten Charakter ihre Tätigkeit – in Ausübung ihres Mandats stets Amtsträger sind, da sie – nach Auffassung des Verfassers – in einem sonstigen öffentlich-

rechtlichen Amtsverhältnis stehen (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 b StGB, dazu am Ende); jedenfalls fallen sie unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB:

a) Zunächst kann der Literaturlaufassung insoweit gefolgt werden, als diese davon ausgeht, dass die Frage, ob es sich bei der Mandatsausübung um öffentliche Verwaltung im Sinne des Strafrechts handelt, unter Zugrundelegung von substantiell-inhaltlichen Kriterien zu beantworten ist, wobei eine Abgrenzung von der materiellen Gesetzgebungstätigkeit erforderlich ist und die Beantwortung dieser Abgrenzungsfrage letztendlich über die Amtsträgereigenschaft entscheidet. Hierbei geht jedoch die herrschende Meinung fehl, da sie viel zu sehr auf Formalitäten und Äußerlichkeiten der Tätigkeit kommunaler Mandatsträger – deren Status, organinterne Kompetenzen, Förmlichkeiten und Verfahrensregeln – sowie auf das Selbstverständnis, die Funktion und Handlungsweise kommunaler Mandatsträger in der kommunalpolitischen Praxis abstellt. Für die Beantwortung der Rechtsfrage nach der Amtsträgerstellung ist die empirisch feststellbare Kommunalverfassungspraxis genauso wenig von Bedeutung wie die (laienhafte) Selbst- und Fremdeinstufung kommunaler Mandatsträger als „Parlamentarier“. Maßgeblich sind hingegen die kommunalrechtlichen und verfassungsrechtlichen Regelungen, welche die Rechtsstellung des kommunalen Mandatsträgers bzw. des Organs und der Selbstverwaltungskörperschaft, denen er angehört, definieren.

b) Schon die expliziten gesetzlichen Regelungen der Gemeindeordnungen bzw. Landkreisordnungen der diversen Bundesländer³⁹ – die insoweit wenig maßgebliche Unterschiede aufweisen – lassen keinen Zweifel daran, dass nicht nur Landrat und Bürgermeister, sondern auch Mitglieder von Gemeinderat/Stadtrat (§ 23 GemO BW, § 40 Abs. 2 GO NRW) bzw. Kreistag (§ 1 Abs. 1 Satz 2 LKO BW) Verwaltungsorgane von kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften sind (§§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 1 GemO BW; §§ 1 Abs. 1, 2 GO NRW). Dementsprechend ist in der kommunalrechtlichen Literatur weitgehend unumstritten, dass die genannten kommunalen Mandatsträger alle Amtsträger im strafrechtlichen Sinne (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) sind⁴⁰: Kommunalrechtlich ist insbe-

³⁵ Marel a. a. O. S. 260/261.

³⁶ Marel a. a. O. S. 261.

³⁷ Marel a. a. O. S. 261.

³⁸ Der Stimmenverkauf für eine Wahl oder Abstimmung wäre, da hier eine Beeinflussung der Stimmabgabe des Abgeordneten erforderlich ist, seiner Natur nach einem pflichtwidrige Diensthandlung im Sinne des § 332 Abs. 1 StGB, wenn man dessen Anwendbarkeit unterstellt, da sich der Abgeordnete durch sachwidrige Erwägungen - das angebotene Entgelt - beeinflussen lässt (vgl. statt aller Tröndle/Fischer § 108 e Rdnr. 6/7, 9; Schönke/Schröder/ Eser § 108 e Rdnr. 9; Bundestagsdrucksache 12/5927, S. 5/6), was bei Amtsträgern mit Ermessensspielraum nach herrschender Meinung ohne weiteres zu Pflichtwidrigkeit der angesonnenen Diensthandlung führt (vgl. BGHSt 15, 238, 249; 48, 44 ff unstrittig); vgl. im übrigen § 332 Nr. 3 StGB wonach ein „sich bereit zeigen“ sich durch den Vorteil beeinflussen zu lassen, für die Pflichtwidrigkeit einer zukünftigen Ermessenshandlungen des Amtsträgers ausreicht; dies wäre hier ohne weiteres gegeben, denn natürlich (vgl. Tröndle/Fischer § 332 Rdnr. 5 mit zahlreichen Nachweisen zur Rechtsprechung).

³⁹ Hier soll - der Einfachheit halber - das auf die Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (i. d. F. vom 24. Juli 2000, GVBl. S. 582) sekundär auf die Landkreisordnung des Landes Baden-Württemberg, und die entsprechenden Gesetze des Landes Nordrhein-Westfalen verwiesen werden; die Ausführungen dürften im Großen und Ganzen für sämtliche Kommunalverfassungen gelten, dem Typus der „Bürgermeisterverfassung“ (Bayern) oder der so genannten „Süddeutschen Ratsverfassung“ (Baden-Württemberg) oder einer Mischform der beiden (Rheinland-Pfalz, wohl NRW) zuzuordnen sind. Für Bundesländer mit einer so genannten „Magistrats (-kommunal-)verfassung“, (Hessen) gilt im Ergebnis wohl nichts anderes, vgl. näher unten.

⁴⁰ Hartmann, DVBl 1966, 809; zu Baden-Württemberg: VwV Nr. 1 zu § 32 GemO BW (" die Gemeinderäte sind Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2b StGB... "); Praxis der Kommunalverwaltung, Ade/Seeger, GemO Baden-Württemberg § 32 Anm. 1; zu Rheinland-Pfalz: Praxis der Kommunalverwaltung, Tutschapsky/Stubenrauch/Schaaf/

sondere anerkannt, dass der jeweilige kommunale Rat selbst dann kein Parlament im Sinne der Gewaltenteilungslehre ist, wenn er (Satzungs-)Recht setzt⁴¹. Den Angehörigen der Repräsentativorgane auf kommunaler Ebene steht – im Gegensatz zu den Parlamentsmitgliedern – anerkanntermaßen weder Immunität noch Indemnität zu, noch sind die sonstigen Grundsätze des Parlamentsrechts auf sie anzuwenden⁴². Beispielsweise gilt der im Parlamentsrecht geltende Grundsatz der Diskontinuität der Wahlperioden nicht⁴³. Aus der Kompetenzbeschreibung des Gemeinderates (vgl. § 24 Abs. 1 Satz 1 GemO BW; § 41 Abs. 1 Satz 1 GO NRW) ergibt sich eindeutig, dass der Gemeinderat allgemeines Hauptverwaltungsorgan der Gemeinde ist; dass dieses parlamentsähnliche, repräsentative Strukturen hat, erfordert Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, der ein Repräsentationsorgan („Vertretung“) an der Spitze der Kommunen verlangt⁴⁴. Eine Gewaltenteilung bzw. -trennung im Sinne der auf staatliche Ebene üblichen – Legislative, Exekutive, Judikative – existiert auf der kommunalen Ebene dennoch nicht, weil sämtliche Organe der kommunalen Körperschaften der Exekutive angehören. Anders als ein staatliches Gesetzgebungsorgan, das keine staatsleitenden Kompetenzen hat, legt der Gemeinderat die Grundsätze für die **Verwaltung** der Gemeinde fest, ohne in irgendeiner Weise auf abstrakt-generelle Regelungen (und Wahlen) beschränkt zu sein. Der Rat entscheidet über *alle* Angelegenheiten, so weit nicht der Bürgermeister kraft Gesetzes zuständig ist, oder der Gemeinderat diesem bestimmte Angelegenheiten überträgt (§ 24 Abs. 1 Satz 2 GemO BW; § 41 Abs. 2 und 3 GO NRW). Für den Rat gilt die Vermutung der Zuständigkeit, während die Zuständigkeit des Bürgermeisters abschließend gesetzlich festgelegt sind⁴⁵. Nur Geschäfte der laufenden Verwaltung sind dem Bürgermeister gesetzlich als eigene Zuständigkeit übertragen (§ 44 Abs. 2 Satz 1 GemO BW; § 41 Abs. 3 GO NRW). Im übrigen besteht die Verwaltungszuständigkeit des Gemeinderats fort, soweit sie nicht – auf den Bürgermeister oder auf beschließende Ausschüsse des Rates (§ 39 Abs. 1 GemO BW; § 41 Abs. 1 Satz 1 GO NRW) – übertragen werden können und auch übertragen worden sind. Nach der Kommunalverfassung existiert stets eine durchaus substantielle, nicht übertragbare Restzuständigkeit des Rates gerade auch

bzgl. konkret-individueller Regelungen, die erkennbar besonders Angelegenheiten von großer Tragweite für die Gemeinde erfasst⁴⁶, auch wenn es weder um Wahlen noch um Rechtssetzung geht. Die Arbeitsteilung mit dem Bürgermeister, der in erster Linie für ihrer Natur nach nicht andersartige, aber weniger wichtige und fortlaufende Verwaltungstätigkeit zuständig ist, ergibt sich aus der allgemeinen Leitungsfunktion der Gemeindevertretung, die gesetzlich als „Hauptorgan der Gemeinde“ (§ 24 Abs. 1 Satz 1 GemO) definiert wird und der auch die Überwachung der ständigen Verwaltungstätigkeit des Bürgermeisters übertragen ist (§ 24 Abs. 1 Satz 3 GemO). Letzterer erledigt in eigener Organzuständigkeit die Geschäfte der laufenden Verwaltung⁴⁷; diese sind nur aufgrund ihrer (geringen) Bedeutung und häufigen Wiederkehr, nicht aber auf Grund ihrer sachlichen oder rechtlichen Natur von den in der Zuständigkeit des Rates stehenden Tätigkeiten abzugrenzen. Der im Gedanken der demokratischen Repräsentation (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG) begründete Vorrang des Gemeinderats als Hauptorgan der Gemeinde begrenzt auch das grundsätzlich bestehende Entscheidungsrecht des Bürgermeisters in unaufschiebbaren Angelegenheiten (etwa § 43 Abs. 4 GemO BW) – in denen zur Schadensabwendung unverzügliches Handeln nötig ist – auf das unabdingbar notwendige⁴⁸. Insofern handelt es sich – da der Bürgermeister an Stelle des Rates entscheidet – um die Wahrnehmung von Befugnissen, die eigentlich der Gemeindevertretung obliegen. Die Eilzuständigkeit des Bürgermeisters geht inhaltlich genauso weit wie die eigentlich bestehende Kompetenz des Rates (und nicht weiter)⁴⁹. Daraus lässt

Rheindorf/Oster/Lukas/Klöckner/Höhlein/Gabler, GemO Rheinland-Pfalz § 28 Anm. 7; Praxis der Kommunalverwaltung, Zwick/Winkler/Wachsmuth/Stanglmayr/Schulz/Nitsche/Nitsche/Mühlbauer/Hauth/Bauer Bayerische Gemeindeordnung Art. 20 Anm. 3.2 („*stets Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB*“); Praxis der Kommunalverwaltung, Seeger/Schlemp/Human/Human/Sollondz/Musal/Jakob/Sponer, Sächsische Gemeindeordnung, § 35 Anm. 1. Soweit ersichtlich wird in der kommunalrechtlichen Literatur überhaupt nicht die Auffassung vertreten, kommunalen Mandatsträgern könnten nicht als Amtsträgern strafrechtlichen Sinn anzusehen sein.

⁴¹ *Gern*, Rdnr. 162; vgl. auch BVerfGE 57, 43, 59; BVerfG NVwZ 1989, 46; BayVerfGH BayVBl 1984, 621; VGH Baden-Württemberg BWVPr 1978, 88.

⁴² OVG Koblenz DÖV 1996, 479; *Gern* Rdnr. 162.

⁴³ OVG Münster DVBl 1971, 660, mit der Begründung, dass der Gemeinderat eben kein Parlament sei.

⁴⁴ Vgl. *Gern* Rdnr. 163.

⁴⁵ VGH BW VBIBW 1991, 185; 1991, 381, 383.

⁴⁶ Gem. § 39 Abs. 2 GemO BW (vgl. entsprechende Regelungen in § 41 Abs. 1 Satz 2 GO NRW) kann der Gemeinderat beispielsweise Beschlussfassungen zu folgenden - konkrete Einzelfalleentscheidungen betreffende - Themen *nicht* auf beschließende Ausschüsse (§§ 39, 40 GemO) und deshalb auch nicht auf den Bürgermeister (§ 44 Abs. 2 Satz 3 GemO) übertragen: Angelegenheiten nach § 24 Abs. 2 Satz 1 GemO – Ernennungen etc. - bei leitenden Beamten und Angestellten (Nr. 1); die Verleihung und der Entzug des Ehrenbürgerwürde (Nr. 6); die Verfügung über Gemeindevermögen, dass für die Gemeinde von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist (Nr. 10); die Errichtung, wesentliche Erweiterung und Aufhebung von öffentlichen Einrichtungen und von Unternehmen sowie die Beteiligung an solchen (Nr. 11); die Umwandlung der Rechtsform von öffentlichen Einrichtungen und von Unternehmen der Gemeinde und von solchen, an denen die Gemeinde beteiligt ist (Nr. 12); die Bestellung von Sicherheiten, die Übernahme von Bürgschaft und von Verpflichtungen aus Gewährverträgen und den Abschluss der ihnen wirtschaftlich gleichkommenden Rechtsgeschäfte, so weit sie für die Gemeinde von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sind (Nr. 13).

⁴⁷ Zu den *Geschäften der laufenden Verwaltung* gehören die Angelegenheiten, die für die Gemeinde weder nach der wirtschaftlichen noch nach der grundsätzlichen Seite von wesentlicher Bedeutung sind und die mit einer gewissen Häufigkeit wieder kehren; ob ein Geschäft in einer bestimmten Gemeinde danach zu laufende Verwaltung gehört, kann je nach der Größe, der Struktur, der Finanzkraft und der Verwaltungsintensität der Gemeinde unterschiedlich sein, vgl. BGH NJW 1980, 117; NVwZ-RR 1997, 725; OLG Karlsruhe VBIBW 1984, 23 m. w. N.

⁴⁸ *Gern* Rdnr. 205.

⁴⁹ *Gern*, Rdnr. 205. Grundsätzlich kann der Bürgermeister daher Entscheidungen jeder Tragweite treffen, dies gilt selbst

sich ablesen, dass Bürgermeister und Gemeindevertretung keinesfalls nach dem klassischen Muster der Gewaltenteilung als Exekutive und Legislative nebeneinander stehen; ihre Aufgaben überschneiden sich vielmehr vielfach, sind aber ihrer Rechtsnatur nach gleich. Zwar *vollzieht* der Bürgermeister allgemein die Beschlüsse des Gemeinderates (§ 43 Abs. 1 GemO BW; § 62 Abs. 2 GO NRW). Dies ergibt sich jedoch daraus, dass das Kollektivorgan des Gemeinderats, soweit seine Beschlüsse nicht konstitutiv wirken, nach außen hin nicht selbst rechtswirksam handeln – insbesondere Willenserklärungen abgeben, d. h. Verwaltungsakte erlassen oder Verträge schließen – kann, da die Gemeindevertretung nur handelt, indem sie durch Abstimmung und Wahlen Beschlüsse fasst (§ 37 Abs. 5 GemO BW; § 50 GO NRW), diese aber nicht umzusetzen berechtigt (und – mangels Verwaltungsapparat – in der Lage) ist. Vielmehr ist der Bürgermeister das für die Außenvertretung der Gemeinde im Rechtsverkehr zuständige Verwaltungsorgan (§ 42 Abs. 1 Satz 2 GemO BW; § 63 Abs. 1 GO NRW), das aufgrund seiner Vertretungsmacht die ebenfalls der Gemeindeverwaltung dienenden Beschlüsse des Rates umsetzt⁵⁰. Ein hinsichtlich der Qualität der Tätigkeit der Organe substantieller Unterschied ist durch diese gesetzlich vorgesehene, arbeitsteilige Zweistufigkeit nicht impliziert. Soweit in den Gemeindeordnungen davon die Rede ist, dass der Bürgermeister die *Gemeindeverwaltung* leitet (§ 44 Abs. 1 Satz 1 GemO BW; § 62 Abs. 1 Satz 2 GO NRW), ist dort erkennbar nur der Verwaltungsapparat der Gemeindeverwaltung (Bürgermeisteramt) gemeint⁵¹, doch soll damit nicht zum Ausdruck kommen, bei den Aufgaben der *Gemeindevertretung* – die trotz des Vorsitzes des Bürgermeisters im Rat (vgl. § 43 GemO; anders in NRW, vgl. § 69 GO) nicht mitgemeint ist – handele es sich nicht um Verwaltung im materiellen Sinne. Vielmehr bezieht sich der Begriff der Verwaltung in § 44 Abs. 1 Satz 1 GemO BW auf die dem Bürgermeister unterstellte Behörde im verfahrensrechtlich-organisatorischen Sinne (§ 1 VwVfG), bzgl. derer er die Leitungs-, Weisungs- und Organisationsgewalt innehat⁵².

Besonders erhellend ist die nach der GemO BW (und anderer Bundesländer) bestehende originäre Verwaltungszuständigkeit der Gemeindevertretung im Bereich der Personalverwaltung: Im Gegensatz zu einem Landesparlament oder dem Bundestag entscheidet der *Gemeinderat* grundsätzlich – im Einvernehmen mit den Bürgermeistern – über Ernennung, Einstellung oder Entlassung von Gemeindebediensteten (§ 24 Abs. 2 Satz 1 GemO BW)⁵³, wenn dies nicht dem Bürgermeister übertragen

für Vorbehaltsaufgaben (vgl. § 39 Abs. 2 GemO), etwa den Erlass von Satzungen, d. h. der Bürgermeister kann an Stelle des Rates Normsetzung tätig werden, vgl. OVG Münster NWVB1 1988, 336.

⁵⁰ VGH Baden-Württemberg VBIBW 1982, 49; *Gern* Rdnr. 188.

⁵¹ *Gern* Rdnr. 204 m. w. N. zu Rechtsprechung.

⁵² Vgl. BVerwG NVwZ 1992, 572/573; VGH BW NVwZ 1985, 671.

⁵³ Die Zuständigkeit ist nicht auf Ausschüsse übertragbar, so weit es sich um leitende Angestellte und Beamten handelt, § 39

wurde oder es sich um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt (§ 24 Abs. 2 Satz 2 GemO BW; vgl. § 41 Abs. 1 Satz 2 GO NRW). Diese Beteiligung an der Personalhoheit betont die Stellung des Gemeinderats als Verwaltungsorgan, da die entsprechenden Entscheidungen des Gemeinderats den Rechtscharakter von Verwaltungsakten haben⁵⁴. Darüber hinaus sind Mitglieder des Gemeinderates – als Träger eines Ehrenamtes (vgl. § 17 GemO BW) wie Beamte gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet (§ 17 Abs. 2 GemO BW; bzgl. der Pflichten vgl. §§ 30, 43 Abs. 2 Nr. 1-6 GO NRW, wie in BW). Weiter sind sie wegen Befangenheit von der beratenden und entscheidenden Mitwirkung an einer Angelegenheit ausgeschlossen, wenn diese ihnen selbst oder nahe stehenden Personen einen unmittelbaren Vorteilen oder Nachteil bringen kann (§ 18 Abs. 1 GemO BW). Diese Regelungen entsprechen weitestgehend denen des Verwaltungsverfahrenrechts für Beamte. Das Parlamentsrecht hingegen kennt einen Befangenheitsausschluss von Abgeordneten nicht, was klar zu erkennen gibt, dass kommunale Mandatsträger einer weitaus strengeren Pflichtenbindung unterliegen. Auf die gewissenhafte Erfüllung der genannten Pflichten werden kommunale Mandatsträger – anders als Parlamentsabgeordnete – zu Beginn ihrer Amtszeit auch verpflichtet (§ 32 Abs. 1 Satz 2 GemO BW); das Abverlangen eines derartigen Gelöbnisses ist anerkanntermaßen verfassungsrechtlich zulässig⁵⁵. Auch vor diesem Hintergrund erscheint eine härtere strafrechtliche Haftung plausibel.

c) Unabhängig davon, ob man bereits aus der kommunalrechtlichen Kompetenzverteilung schließen kann, dass kommunale Mandatsträger nur materielle Verwaltungstätigkeit ausüben, ergibt sich dies jedenfalls aus der verfassungsrechtlich vorgezeichneten und kommunalrechtlich umschriebenen Rolle der kommunalen Gebietskörperschaften: Es führt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kein Weg an der Feststellung vorbei, dass sämtliche kommunalen Gebietskörperschaften – Kreise, Städte und Gemeinden – im System der grundgesetzlich vorgegebenen staatlichen Gewaltenteilung der Bundesrepublik Deutschland insgesamt – mit allen ihren Organen – dem Bereich der *Verwaltung* zugeordnet sind⁵⁶. Gemeinden und Gemeindeverbände sind Träger öffentlicher Gewalt und zugleich Teil der vollziehenden Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG, d. h. „ein Stück Staat“ und sind in den staatlichen Aufbau – der Bundesländer – integriert⁵⁷. Die Rechtsetzungshoheit der Gemeinden in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gehört nach ganz herrschender Meinung zum Garantiebereich des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, d. h. der institutionellen Verfassungsgarantie eines Bereichs der

Abs. 2 Nr. 1 GemO; in diesen Fällen kann auch nicht davon die Rede sein, dass es sich um eine Aufgabe der laufenden Verwaltung handelt, die dem Bürgermeister übertragen wäre (§ 24 Abs. 2 Satz 2 GemO), vielmehr sind diese.

⁵⁴ *Gern* Rdnr. 166.

⁵⁵ BVerfG NJW 1989, 827.

⁵⁶ BVerfG 65, 283, 289; 78, 344, 348; BVerwG NJW 1993, 411/412.

⁵⁷ BVerfGE 73, 118, 191; 83, 37, 54.

kommunalen Selbstverwaltung, nicht der Gesetzgebung⁵⁸.

d) Das allgemeine Recht der Kommunen zum Erlass von Satzungen (vgl. § 4 Abs. 1 GemO BW) gestattet den Gemeinden deshalb nicht, ohne spezielle gesetzliche Grundlage in die Grundrechte der Bürger einzugreifen, da die Grundsätze des Vorranges und des Vorbehalts des Gesetzes – als Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) – uneingeschränkt gelten⁵⁹. Aus verfassungs- und kommunalrechtlicher Sicht ist klar, dass die gemeindliche Selbstverwaltung nur die eigenverantwortliche Wahrnehmung öffentlicher Verwaltungsaufgaben durch selbstständige Verwaltungseinheiten aufgrund gesetzlicher Ermächtigung oder Zuweisung unter staatlicher Rechtsaufsicht umfasst⁶⁰. Satzungsgebung ist danach als administrative Normsetzung Verwaltungstätigkeit⁶¹. Die allgemeine Ermächtigung zum Erlass von Satzungen betrifft überdies nur Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft⁶², gerade darin aber liegt ein ganz wesentlicher substantieller Unterschied zur Tätigkeit der Parlamente. Darüber hinaus ist auch anerkannt, dass die Satzungsgebung zwar – dem Verfahren nach – grundsätzlich ein (unvollkommenes) Abbild der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit ist, aber gerade nicht so weit reicht wie diese, da die Satzungsgebung *materiell* Verwaltungstätigkeit darstellt, insbesondere grundsätzlich allen Bindungen der Verwaltung im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG – insbesondere an alle Gesetze im materiellen Sinn – unterworfen ist⁶³. Charakteristischer Weise gibt es deshalb auch – anders als im Bereich der Gesetzgebung – sogenannte (unbedingt oder bedingte) Pflichtsatzungen, zu deren Erlass die Gemeinden – d. h. deren Repräsentativorgane – (unter bestimmten Bedingungen) gesetzlich verpflichtet sind⁶⁴. Zudem führt die volle Bindung der Selbstverwaltungskörperschaften bei der Satzungsgebung an das Gesetz angesichts vielfach detaillierter gesetzlicher Regelungen praktisch oftmals dazu, dass nur noch ein verhältnismäßig geringer Gestaltungsspielraum für die Rechtssetzung verbleibt, der nicht mit der gesetzgeberischen Freiheit vergleichbar ist, die Bundes- und Landesparlamente regelmäßig genießen. Zwar ist in der Rechtsprechung teilweise dennoch davon die Rede, dass Satzungen Gesetze im materiellen Sinn seien (vgl. § 2 EGBGB; § 12 ZPO); damit ist jedoch nur deren Charakter als Rechtsvorschriften angesprochen; ansonsten wird dadurch keine qualitative Aussage getroffen. Es ist nämlich gleichzeitig unbestritten, dass Satzungen abstrakt-generelle Regelungen der Gemeinden als rechtssetzender Verwaltungsbehörde enthalten⁶⁵. Hinzu kommt,

dass kommunale Satzungen – anders als Gesetze, die grundsätzlich keine Einzelfallregelungen enthalten dürfen (vgl. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG)⁶⁶ – regelmäßig individuell-konkrete Regelungen enthalten, enthalten dürfen und enthalten müssen (insbesondere gilt dies etwa für Bebauungspläne, § 10 BauGB)⁶⁷.

e) Soweit das Bundesverfassungsgericht vereinzelt davon spricht, dass Gemeindevertretungen dem „Bereich der Legislative“ zuzuordnen seien, ist damit nicht der materielle Charakter der Tätigkeit gemeint, sondern ihre Legitimation als demokratisch gewähltes Beschlussorgan, das von eigenen Autonomierechten Gebrauch macht⁶⁸. Die parlamentsartige Struktur und demokratisch Legitimation sowie das Vorhandensein kommunaler repräsentativer Organe dient nicht – wie auf Bundes- und Landesebene (vgl. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und 2 GG)⁶⁹ – dazu, in Grundrechte eingreifende Rechtssetzungsbefugnisse eines Gesetzgebungsorganes (vgl. Art. 70 ff., 76 ff. GG) zu legitimieren. Das (kommunalrechtliche) Demokratieprinzip wurzelt verfassungsrechtlich vielmehr in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG, wonach das Volk auch in den Kreisen und Gemeinden eine Vertretung haben muss, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist⁷⁰ und die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft – unabhängig von ihrer Rechtsnatur – maßgeblich regelt. Hierdurch soll die historisch gewachsene Selbstverwaltung der örtlichen Gemeinschaften gestützt werden, weil diese geeignet ist, einzelne Bürger als Glied der Gemeinschaft zu aktivieren und zu integrieren, den Gegensatz zwischen Gesellschaft und Staat zu überbrücken und die innere Identifikation zwischen Staatsvolk und Staatsgewalt zu fördern; die örtliche und sachliche Bürgernähe der Gemeindeorgane weckt die bürgerschaftlichen Mitwirkung an der Gestaltung der staatlichen Lebensverhältnisse und stärkt das

⁵⁸ BVerfGE 21, 54, 62/63; 32, 346, 361; 52, 95, 117; BVerwGE 6, 247, 252.

⁵⁹ BVerfGE 2, 313; 9, 137, 147; BVerwG NJW 1993, 411/412; lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ist insofern ausgenommen, da auch Satzungen Bestandteile der Rechtsordnung sind.

⁶⁰ Gern, Rdnr. 24; Reichert/Baumann Rdnr. 15.

⁶¹ Gern Rdnr. 116 m. w. N.

⁶² Gern Rdnr. 90 m. w. N. zur Rechtsprechung.

⁶³ Gern Rdnr. 117 m. w. N.

⁶⁴ Vgl. dazu Gern Rdnr. 129 ff.

⁶⁵ BGHZ 61, 45.

⁶⁶ Wenn auch die praktische Bedeutung der Vorschrift gering ist, da das Gebot der allgemeinen Geltung - bei der Einschränkung von Grundrechten - nach herrschender Meinung nicht mehr als eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes darstellt, BVerfGE 25, 371, 399; zulässig ist die Regelung eines Einzelfalles, wenn der Sachverhalt so beschaffen ist, dass es nur einen Fall dieser Art gibt und dessen Regelung von sachlichen Gründen getragen wird, vgl. BVerfGE 85, 360, 374; oder wenn von einer Vorschrift zwar gegenwärtig nur ein Fall betroffen ist, diese aber in Zukunft weitere Anwendungsfälle haben kann, vgl. BVerfGE 99, 367, 400 m. w. N.

⁶⁷ BVerwGE 50, 119.

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 21, 54, 62/63; 32, 346, 360/361; hier stand offenkundig eine verfahrensbezogene Betrachtungsweise und die Abgrenzung der Satzung zur Rechtsverordnung (Art. 80 GG) im Vordergrund. Aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf die Gemeindeautonomie als Quelle der Satzungshoheit ergibt sich zugleich, dass das BVerfG (natürlich) auch in diese Entscheidung die inhaltlichen Einschränkungen der Rechtssetzungsbefugnis - die gerade keine Grundrechtseingriff ermöglicht - implizit zugrunde legt.

⁶⁹ BVerfGE 93, 37, 66/67; BVerfG DVBl 2003, 924; vgl. auch Jarass/Pieroth Art. 20 Rdnr. 9 und 10, wonach das Niveau demokratischer Legitimation mit der Wichtigkeit der zu treffenden Entscheidungen ansteigen muss.

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 47, 253; 250, 95, 112; Gern Rdnr. 30.

Verantwortungsbewusstsein der Bürger⁷¹. Die verfassungsrechtlich vorgegebene demokratisch-repräsentative Organisation der Gemeindevertretungen hat mithin eine fundamental andere Funktion als die der staatlichen Parlamente. Die Gemeindevertreter verfügen faktisch mithin auch nicht annähernd über eine vergleichbare Freiheit der Mandatsausübung wie Abgeordnete, die gerade bei der Rechtssetzung nur an die Verfassung, europäisches und internationales Recht gebunden sind, auch die Verfassung mit qualifizierter Mehrheit ändern können (vgl. Art. 79 Abs. 1 und 2 GG). Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist längst klar zum Ausdruck gekommen, dass kommunale Mandatsträger sich verfassungsrechtlich nicht auf Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG oder vergleichbare Rechte berufen können⁷². Obwohl in den Gemeindeordnungen grundsätzlich gewährleistet wird (vgl. § 32 Abs. 3 Satz 1 GemO BW), dass die kommunalen Mandatsträger und die Gremien insgesamt nach ihrer freien, nur durch das öffentliche Wohl bestimmten Überzeugung entscheiden können, steht dies jedoch unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass dies nur „im Rahmen der Gesetze“ (vgl. § 32 Abs. 3 Satz 1 GemO BW) erfolgen kann. Dies folgt verfassungsrechtlich zwangsläufig aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG („im Rahmen der Gesetze“) i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG. Diese Gesetzesbindung besteht gerade deshalb, weil die repräsentative kommunale Vertretung, obwohl sie aus Wahlen im Sinne des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG hervorgeht, nur Organ einer Selbstverwaltungskörperschaft ist, die nach dem Grundgesetz und den Landesverfassungen ausschließlich über Verwaltungskompetenzen verfügt und deshalb von vornherein nicht über gesetzgebende Organe verfügen kann.

e) Auch soweit in einigen Bundesländern – anders als in Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg – die Kommunalverfassung noch im Sinne einer so genannten (echten oder unechten) „Magistratsverfassung“ ausgestaltet ist (insbesondere in Hessen, vgl. die Hessische Gemeindeordnung [HGO]), d. h. die dort geltenden Gemeindeordnungen eine Zweiteilung der Verwaltungsorgane der Gemeinde in Gemeindevorstand und Gemeindevertretung vorsieht (§ 9 HGO) – wobei der (u.U. direkt gewählte) Bürgermeister zwar den Gemeindevorstand leitet und diesem angehört, nicht aber der direkt gewählten, repräsentativen Gemeindevertretung (§§ 9, 35, 50, 65, 66, 70 ff. HGO) – ist die Rechtslage weniger eindeutig. Es ist aber zumindest davon auszugehen, dass ein nicht unbeträchtliches Risiko der Strafbarkeit gem. §§ 331 ff. StGB und sonstiger Amtsdelikte existiert. Vieles spricht auch hier für die Amtsträgerstellung der kommunalen Mandatsträger: Gemeindeverordnete und Stadtverordnete üben auch dort ausschließlich substantielle Verwaltungstätigkeit aus. Gemäß § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 1 HGO sind die Gemeinden in ihrem Gebiet Träger der freien **Selbstverwaltung** im Sinne von Art. 28 GG. Mithin kann die Gemeindevertretung, die über die Angelegenheiten der Gemeinde beschließt (§ 50 Abs. 1 Satz 1

HGO), kaum weitergehende – etwa legislative – Funktionen haben. Auch die hessische Gemeindevertretung ist für sämtliche wichtigen und grundlegenden Entscheidungen der Gemeinde zuständig, unabhängig davon, ob darin Rechtssetzung oder konkret-individuelle Verwaltungstätigkeit gesehen werden muss (vgl. § 50 HGO). Die Gemeindevertretung besitzt die „Kompetenz-Kompetenz“ und es besteht eine gesetzliche Vermutung für ihre (interne) Zuständigkeit (§§ 39, 50 Abs. 1 HGO)⁷³. Außerdem legt § 51 HGO einen Katalog von wichtigen Angelegenheiten der Gemeinde fest, bzgl. derer die Gemeindevertretung stets (und allein) entscheidungsbefugt ist; ihre Zuständigkeit ist nicht übertragbar. Die Einbeziehung in den Katalog ist nicht vom Rechtscharakter der Entscheidung, sondern von der Bedeutung für das Gemeinwesen abhängig⁷⁴. Gem. § 51 Nr. 1 HGO ist die Gemeindevertretung auch für die Festlegung der allgemeinen Verwaltungsgrundsätze zuständig; damit ist sie in die Steuerung der Verwaltungstätigkeit jedenfalls miteinbezogen. Dementsprechend wird auch für den Geltungsbereich der Magistratsverfassung überwiegend anerkannt, dass die gewählte Gemeindevertretung als Teil der kommunalen Selbstverwaltung immer Bestandteil der staatlichen Exekutive ist⁷⁵. Dafür spricht auch, dass sämtliches Handeln aller Gemeindeorgane der staatlichen Überwachung unterliegt und auch von der Gemeindevertretung geschlossene Satzungen von der Kommunalaufsicht beanstandet und aufgehoben werden können; sogar die für die kommunale Selbstverwaltung wichtigste Satzung, die Haushaltssatzung, bedarf regelmäßig einer ausdrücklichen Genehmigung durch die Kommunalaufsicht, d. h. einer Verwaltungsbehörde des Landes (vgl. §§ 97 Abs. 4, 103 Abs. 3 HGO)⁷⁶. Auch steht die Satzungsbefugnis wie in den anderen Bundesländern unter dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20, 28 GG). Auch die hessischen Gemeindevertreter unterliegen bei Besorgnis der Befangenheit einem Mitwirkungsverbot (§ 25 HGO) sowie im Rahmen ihrer gesamten Tätigkeit einer besonderen Treuepflicht (§ 26 HGO), die es für Landes- oder Bundestagsabgeordnete nicht gibt.

Gleichwohl ist der hessische Staatsgerichtshof in einer Entscheidung – ohne weitere Begründung – explizit davon ausgegangen, dass den Gemeindevertretern der Status von „Parlamentariern“ zukomme⁷⁷. Auch die hessische ordentliche Gerichtsbarkeit hat jedenfalls in Einzelfällen – bzgl. Kreistagsmitgliedern – entschieden, dass diese nicht als Amtsträger zu behandeln seien⁷⁸. Dafür

⁷¹ BVerfG NVwZ 1989, 348; StGH BW NJW 1975, 1205, 1208; *Gern* Rdnr. 30.

⁷² BVerwGE 90, 104, 105; vgl. auch BVerfGE 3, 383, 390; 6, 445, 447.

⁷³ Praxis der Kommunalverwaltung, Zahradnik/Unger/Teschke/Simon/Meiß/Gerhold/Daneke/Brodbeck/Beinlich/Bennemann, HGO, § 50 B 1 He Rdnr. 3. vgl. auch Zahradnik und andere a. a. O. § 9 Rdnr. 39.

⁷⁴ § 51 Nr. 3 HGO (Verleihung/Anerkennung des Ehrenbürgerrechts); § 51 Nr. 11 HGO (Errichtung, Erweiterung, Übernahme und Veräußerung von öffentlichen Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen); § 51 Nr. 18 HGO (Führung eines Rechtsstreits von größerer Bedeutung).

⁷⁵ Zahradnik und andere, a. a. O. Rdnr. 13.

⁷⁶ Zahradnik und andere, a. a. O. Rdnr. 14.

⁷⁷ HessStGH (Landesverfassungsgericht) DÖV 1990, 971; anderer Einsicht VGH Kassel, ESVGH Bd. 23, 165, 168 ff.

⁷⁸ LG Frankfurt am Main, Beschluss vom 10. März 1995 – 5/13 KLs – 95 Js 3708.5/93 (M 1/95) und OLG Frankfurt am Main,

mag sprechen, dass die Gemeinden gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 HGO nicht explizit auf eine Verwaltungstätigkeit beschränkt werden, sondern ihnen die Förderung des Wohls ihrer Einwohner „in freier Selbstverwaltung“ aufgegeben wird; gem. § 2 Satz 1 HGO sind sie im Gemeindegebiet „ausschließliche und eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung“, ohne dass allerdings ihre Tätigkeit ausdrücklich darauf beschränkt würde. Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 HGO wird die Gemeindevertretung im Allgemeinen als oberstes Organ der Gemeinde bezeichnet. So weit ihr gem. § 9 Abs. 1 Satz 2 HGO Überwachung der gesamten „Verwaltung“ übertragen ist, könnte man dies auch als Argument dafür anführen, dass die Gemeindevertretung selbst gerade kein Teil der (kommunalen) Verwaltung ist (zur Überwachungsfunktion der Gemeindevertretung vgl. auch § 50 Abs. 2 und 3 HGO). Auch § 66 Abs. 1 Satz 1 HGO bezeichnet (nur) den Gemeindevorstand als Verwaltungsbehörde der Gemeinde. Anders als in anderen Bundesländern verfügt der Gemeindevorstand einschließlich des Bürgermeisters als eigenständiges kollegiales Exekutivorgan – gleichsam als kommunale Regierung – über völlig eigene, durch die Gemeindevertretung nicht entziehbare Zuständigkeiten (§ 66 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1-7 HGO), nicht nur bzgl. der laufenden Verwaltung (§ 66 Abs. 1 Satz 2 HGO). Gerade in diesem Bereich kann die Gemeindevertretung nur allgemeine Richtlinien erlassen, was der Aufgabenteilung zwischen Parlament und Regierung auf staatlicher Ebene zumindest stark ähnelt⁷⁹. Vor diesem Hintergrund könnte es vertretbar erscheinen, die Rechtslage bzgl. § 11 Abs. 1 Nr. StGB für hessische Gemeindevertreter abweichend zu beurteilen. Eine solche Sichtweise begegnet jedoch aufgrund der eingangs beschriebenen allgemeinen verfassungsrechtlichen Stellung der Gemeinden als Träger der Selbstverwaltung letztendlich wohl durchgreifenden Bedenken, da Art. 28 GG im gesamten Bundesgebiet gilt und den Organen der Gemeinden insgesamt nur Verwaltungstätigkeiten zuweist.

f) Auch die *Mitglieder der Kreistage* üben ausschließlich Verwaltungstätigkeiten aus. Der Kreistag ist – wie der Gemeinderat – eine aus demokratischen Wahlen hervorgegangene unmittelbare Vertretung der Einwohner und das Hauptorgan der Landkreise (vgl. §§ 19 Abs. 1, 22 LKO BW). Anders als die Gemeinderäte nehmen die Kreistage für den Landkreis jedoch typischerweise im sogenannten übertragenen Wirkungskreis unstrittig (Verwaltungs-)Aufgaben der Landesverwaltung wahr (vgl. § 2 Abs. 3 und Abs. 4 LKO BW), die nicht den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zuzurechnen sind⁸⁰. Die Mitwirkung des Kreistages kann – wenn die Mitwirkung des Repräsentationsorgans gesetzlich vorgeschrieben ist – insbesondere bei der Erfüllung der Aufgaben des Landratsamts als unterer Verwaltungsbehörde (d.h. Aufsichtsbehörde, insbesondere Bereich der Kommunalaufsicht) erforderlich sein (vgl. § 54 LKO BW). Auch ansonsten üben die Kreistagsmitglieder substan-

zielle Verwaltungstätigkeiten aus, denn auch den Landkreisen – als Gemeindeverbänden im Sinne des GG – wird verfassungsrechtlich durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG wie den Gemeinden nur ein Recht auf Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze zugebilligt⁸¹, nicht aber eine Gesetzgebungskompetenz. Dies ergibt sich auch explizit aus den jeweils einschlägigen Normen des Kommunalrechts: Der Landkreis **verwaltet** sein Gebiet nach den Grundsätzen der gemeindlichen Selbstverwaltung (§ 1 Abs. 1 Satz 2 LKO BW); er **verwaltet** in seinem Gebiet alle die Leistungsfähigkeit der kreisangehörigen Gemeinden übersteigenden öffentlichen Aufgaben, soweit die *Gesetze* nichts anderes bestimmen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 LKO BW). Auch insofern besteht mithin eine strikte Gesetzesbindung im Sinne des Grundsatzes des Vorranges und des Vorbehalts des Gesetzes. Insgesamt ist der Landkreis – als Teil der Landesverwaltung – ebenfalls eine Verwaltungseinheit⁸², auch soweit seine Selbstverwaltungsangelegenheiten (eigenen Angelegenheiten) betroffen sind. Letztere kann der Landkreis zwar weisungsfrei durch Satzungen regeln, aber ebenfalls nur insoweit, als die Gesetze keine (abweichenden) Vorschriften enthalten (§ 3 Abs. 1 LKO BW). Die Landkreisordnung bezeichnet sowohl den Kreistag als auch den Landrat ausdrücklich als **Verwaltungsorgane** des Landkreises (vgl. § 18 LKO BW). Auch hier ist hervorzuheben, dass der Kreistag dem Gesetzeswortlaut zufolge (§ 19 Abs. 1 Satz 2 LKO BW) die Grundsätze für die **Verwaltung** des Landkreises festlegt und über alle Angelegenheiten des Landkreises entscheidet, so weit nicht der Landrat kraft Gesetzes zuständig ist oder ihm der Kreistag bestimmte Angelegenheiten überträgt. Der Kreistag hat ebenfalls Zuständigkeiten im Bereich der Personalverwaltung (§ 19 Abs. 2 LKO BW). Auch die Mitglieder des Kreistages werden auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Amtspflichten (§§ 13, 14 LKO BW) verpflichtet (§ 26 Abs. 1 LKO BW), befinden sich mithin in einer ähnlichen Stellung wie Gemeinderäte. Im Verhältnis zum Landrat ist die Stellung des Kreistages ebenfalls vergleichbar der des Gemeinderats zum Bürgermeister geregelt (vgl. §§ 41, 42 LKO BW).

All diese Parallelen lassen ohne weiteres die Schlussfolgerung zu, dass auch die Mitglieder des Kreistages in Erfüllung ihrer Aufgaben stets im Bereich der öffentlichen Verwaltung tätig werden. Dementsprechend ist in der kommunalrechtlichen Literatur zu Recht anerkannt, dass die Kreisräte Hoheitsfunktionen besonderer Art ausüben, ohne dass dies als Ausübung parlamentarischer Tätigkeit bezeichnet werden könnte, weshalb sie Beamte im strafrechtlichen Sinne sind⁸³.

f) Da die kommunalen Mandatsträger demnach bei einer Behörde oder sonstigen Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen, kommen sie ohne weiteres als Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB in Betracht. Auch das Erfordernis des Beststellungsaktes (siehe unten g) stellt kein Hindernis dar. Vorrangig ist jedoch die

Beschluss vom 27. Februar 1996 – 1 Ws 105/95, wonach die Mitglieder der hessischen Kreistage keine Amtsträger seien; zitiert nach *Marel* StraFo 2003, 259.

⁷⁹ Vgl. Zahradnik, a. a. O. HGO § 66 Rdnr. 4, 16.

⁸⁰ BVerfGE 78, 344, 348/349.

⁸¹ StGH BW ESUGH 18, 2; 23, 3.

⁸² *Gern* Rdnr. 468.

⁸³ Praxis der Kommunalverwaltung, Faiß, LKO BW § 13 Anm. 1 m. w. N.

Frage zu beantworten, ob es sich bei den kommunalen Mandatsträgern um Personen handelt, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen (§ 11 Abs. 1 Nr. 2b StGB), da Nr. 2c nur „sonst“ bestellte Personen erfasst, d. h. solche die nicht bereits unter Nr. 2a und Nr. 2b fallen⁸⁴. Das sonstige öffentlich-rechtliche Amtsverhältnis setzt Beziehungen zwischen den Beteiligten voraus, die einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis vergleichbar sind⁸⁵. Das Rechtsverhältnis zwischen Gemeinderäten und der Gemeinde ist unzweifelhaft öffentlich-rechtlicher, nämlich kommunalrechtlicher Natur (im Einzelnen s.o.). Wie sich aus der obigen Schilderung der Funktion und Stellung von Gemeinden und Gemeinderäte ergibt, sind diese Teil der staatlichen Verwaltung im engeren Sinne. Dass eine besondere Treueverpflichtung zur jeweiligen Gemeinde besteht, ergibt sich daraus, dass die Gemeinderäte zu Beginn ihrer Tätigkeit auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer „*Amtspflichten*“ verpflichtet werden (§ 32 Abs. 1 Satz 2 GemO); schon allein die Verwendung des Begriffs der Amtspflicht spricht für einen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis bzw. Treueverhältnis. Auch der Pflichtenkatalog, der sich aus der ehrenamtlichen Tätigkeit als Gemeinderat ergibt (§ 32 Abs. 1 i. V. m. §§ 15 (Pflicht zur Annahme des Ehrenamtes), 17 Abs. 1 (Pflicht zur uneigennütigen und verantwortungsbewussten Tätigkeit), 17 Abs. 2 (Verschwiegenheitspflicht / Verbot, vertrauliche Informationen zu verwerthen), 17 Abs. 3 (Vertretungsverbot bzgl. gegen die Gemeinde gerichteter Interessen) 18 Abs. 4 (Pflicht zur Benennung eines Befangenheitsgrundes) und 18 Abs. 5 (Pflicht zum Verlassen der Sitzung bei Ausschluss), sowie 34 Abs. 3 (Teilnahmepflicht) spricht eindeutig für ein Treueverhältnis des Gemeinderats zum Gemeinde. Auch angesichts der Atypizität der angenommenen demokratischen Wahl als Bestellungsakt liegt es näher, den kommunalen Mandatsträger als Inhaber eines *sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtes* (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 b StGB) anzusehen. Dafür spricht auch, dass die Ratsmitglieder *ehrenamtlich* tätig sind (§§ 15 Abs. 1, 32 Abs. 1 Satz 1 GemO BW), wie einige andere Funktionsträger, die dieser Kategorie zugeordnet werden⁸⁶. Weiter kann dafür angeführt werden, dass Inhaber politischer Ämter, soweit es sich nicht um Wahlbeamte handelt, nicht unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB, sondern alle samt unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 b StGB fallen. Dies gilt etwa für Bundesminister (§ 1 BundesministerG⁸⁷), Landesminister⁸⁸, den Wehrbeauftragten des Bundestages⁸⁹ und parlamentarische Staatssekretäre (§ 1 ParlStG)⁹⁰. Kommunale Mandatsträger sind daher aus kommunalrechtlicher und verfassungsrechtlicher Sicht

als Träger eines öffentlichen Amtes anzusehen, die eine ehrenamtliche Tätigkeit eigener Art ausüben⁹¹, mithin Träger eines sonstigen Amtes iSd § 11 Abs. 1 Nr. 2 b StGB.

g) Zu dem Erfordernis der *Bestellung* ist zu erwähnen, dass es aus kommunalrechtlicher Sicht unproblematisch erscheint, die Wahl des Mandatsträgers als Bestellungsakt anzusehen⁹². In der Rechtsprechung ist seit längerem anerkannt, dass zur Begründung der Amtsstellung auch eine Wahl geeignet ist, insbesondere (aber nicht nur), wenn die der Wahl nachfolgende Vereidigung nach Inhalt und Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften als förmliche Berufungsverhandlung anzusehen ist⁹³. Es kann außerdem darauf verwiesen werden, dass nach der Gemeindeordnung die Träger eines kommunalen Ehrenamts zu der ehrenamtlichen Tätigkeit „*bestellt*“ werden (§ 15 Abs. 2 GemO BW); auch die Gemeinderatsmitglieder sind Träger von (Wahl-)Ehrenämtern (vgl. § 15 Abs. 1 GemO BW). Da die kommunalen Mandatsträger stets die Möglichkeit haben, ihre Wahl *nicht* anzunehmen, indem sie die für die Annahme bestehende gesetzliche Frist verstreichen lassen, befinden sich gegenüber Trägern sonstiger Ehrenämter sogar in einer vorteilhaften Situation, da diese gesetzlich verpflichtet sind, eine Bestellung etwa durch den Gemeinderat anzunehmen (vgl. § 15 Abs. 1 GemO BW). Lehnte man daher die Annahme ab, dass kommunalen Mandatsträger unter § 11 Abs. 1 Nr. 2b StGB fallen, so fände § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB Anwendung.

h) Der Annahme einer Amtsträgerstellung (gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2b oder c StGB) steht auch die Regelung des § 108 e StGB nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift ist seit 1994 strafbar⁹⁴, wer es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung im Europäischen Parlament oder in einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen. Trotz der nach dem Wortlaut der Norm vorgenommenen Gleichsetzung von Mitgliedern der Parlamente und der Gemeindevertretungen lässt dies nicht den Schluss zu, dass nunmehr eine Strafbarkeit von Gemeinderäten nach den §§ 11, 331 ff. StGB ausgeschlossen ist. § 108 e StGB trifft *keine* abschließende Regelung für den Bereich der strafbaren Korruption bei Ratsmitgliedern. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass vor 1994 – auf der Basis der Rechtslage des EGStGB 1974 – unabhängig von der Vorschrift der Abgeordnetenbestechung einer Amtsträgerstellung der Ratsmitglieder gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b oder c StGB zwanglos herzuleiten war. Es ist nicht ersichtlich, dass der historische Gesetzgeber eine bestehende Strafbarkeit dieses Personenkreises gem. §§ 11, 331 ff. StGB einschränken bzw. unter diese Vorschriften fallende Sachverhalte in den Anwendungsbereich des § 108 e StGB überführen wollte. Es ging ihm allein um die Erweite-

⁸⁴ Da der Anwendungsbereich der Vorschrift der Nr. 2c den der Nr. 2a und der Nr. 2b umfasst, ist die Differenzierung von geringer praktischer Bedeutung, vgl. Schönke/Schröder/Eser § 11 Rdnr. 20, 21 m. w. N.

⁸⁵ Schönke/Schröder/Eser § 11 Rdnr. 20; Welp, Festschrift für Lackner, S. 764.

⁸⁶ Tröndle/Fischer § 11 Rdnr. 16; Lackner/Kühl § 11 Rdnr. 5; LK/Gribbohm § 11 Rdnr. 28 m. w. N..

⁸⁷ I. d. F. vom 27. Juli 1971, BGBl I S. 1166.

⁸⁸ Tröndle/Fischer § 11 Rdnr. 16.

⁸⁹ Vgl. § 15 Abs. 1 des entsprechenden Gesetzes i. d. F. vom 16. Juni 1982, BGBl I S. 677.

⁹⁰ Tröndle/Fischer § 11 Rdnr. 16.

⁹¹ BVerfG NVwZ 1994, 56, 57; Gern Rdnr. 180.

⁹² Vgl. Gern Rdnr. 178.

⁹³ OLG Braunschweig MDR 1950, 629; vgl. RGSt 35, 327; 57, 126.

⁹⁴ Eingeführt durch das 28. Strafrechtsänderungsgesetz und in Kraft getreten am 22. Januar 1994.

zung der Bestechungsstrafbarkeit durch die Schließung von – angenommenen – Strafbarkeitslücken⁹⁵. Aus dem Gesetzgebungsverfahren zu § 108 e StGB ergibt sich, dass im Hinblick auf die Einbeziehung der Volksvertretungen in den Kreisen und Gemeinden in den Anwendungsbereich der Norm eine vertiefte Auseinandersetzung zur vorher bestehenden Rechtslage nicht stattgefunden hat, insbesondere nicht mit der Frage, ob die kommunalen Mandatsträger bereits unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu fassen sind. Es ist nicht maßgeblich, dass der Gesetzgeber anscheinend davon ausging, dass eine Strafbarkeit auch von kommunalen Ratsmitgliedern de lege lata nach den §§ 11, 331 ff. StGB nicht bestehe. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs dieser allgemeinen Vorschriften wollte er jedenfalls nicht herbeiführen: Im Gesetzgebungsverfahren war zwar besonders davon die Rede, dass durch das dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 – durch das § 109 StGB a. F., die Vorgängervorschrift des § 108e StGB abgeschafft wurde – eine Lücke hinsichtlich der Bestrafung der Abgeordnetenbestechung bzw. der Bestechlichkeit von Abgeordneten gerissen wurde⁹⁶, die über einen Zeitraum von 40 Jahren nicht geschlossen worden sei. Diese betreffe nicht nur Parlamentsabgeordnete, sondern auch die gewählten Mitglieder kommunaler Körperschaften⁹⁷. Im Hinblick auf die zahlreichen kommunalen Mandatsträger, die von dem sachlichen Gehalt des Verbots des § 108 e StGB auch erfasst werden sollten, wurde die Einführung einer Strafvorschrift für nötig gehalten, statt an deren Stelle inhaltlich gleichlautende Verhaltensregeln zur Abgeordnetenbestechung einzuführen, deren Einhaltung der Obhut eines parlamentarischen Organs – wohl des Parlamentspräsidenten – hätte überlassen bleiben

⁹⁵ Begründung des Gesetzentwurfs - Strafrechtsänderungsgesetz (Abgeordnetenbestechung) - der Fraktion der CDU/CSU und FDP vom 20. Oktober 1993, Bundestagsdrucksache 12/5927, S. 1, 3; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 9. November 1993, Bundestagsdrucksache 12/6092, S. 5; Berichterstatterin MdB Dr. Hedda Meseke (CDU/CSU), Rede zur zweiten und dritten Beratung des Strafrechtsänderungsgesetzes, Deutscher Bundestag – 12. Wahlperiode - 190. Sitzung vom 12. November 1993, S. 16421, 16423 Spalte 1/2; Berichterstatter MdB Dr. Hans de With (SPD) a. a. O. S. 16422, 1. Spalte; Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP) a. a. O. S. 16427.

⁹⁶ Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zu den Wahldelikten wurde 1953 die Frage, ob Wahlen und Abstimmungen innerhalb der Volksvertretungen in den Strafschutz (ausdrücklich) einbezogen werden sollten diskutiert; es setzte sich jedoch die Auffassung durch, dass die Abgeordnetenbestechung einer besonderen und ausdrücklichen Regelung bedürfe, und zwar im Hinblick auf die besondere Rechtsstellung der Abgeordneten und der Art ihrer politischen Aufgaben und Tätigkeiten. Deshalb beschränkte man den Anwendungsbereich der Vorschriften auf Wahlen und Abstimmungen des Volkes im Bund, in den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden sowie auf Wahlen in den Sozialversicherungen; § 109 StGB wurde in seiner bisherigen Fassung aufgehoben, die Frage der Abgeordnetenbestechung wurde einstweilen offengelassen, vgl. zusammenfassend Bundestagsdrucksache 12/5927, S. 3.

⁹⁷ So der Berichterstatter MdB Dr. Hans de With (SPD) in seiner Rede zur zweiten und dritten Beratung des Strafrechtsänderungsgesetzes, Deutscher Bundestag – 12. Wahlperiode - 190. Sitzung vom 12. November 1993, S. 16421, 16422;

müssen. Auf kommunaler Ebene fehlte es nach Auffassung der Berichterstatter gerade an einem geeigneten Überwachungsorgan⁹⁸. Aus den Ausführungen ergibt sich indirekt, dass eine Prüfung, ob die Strafbarkeit der kommunalen Mandatsträger gemäß den §§ 11, 331 StGB – die für Parlamentsabgeordnete nach einhelliger Auffassung nicht in Betracht kommen⁹⁹ – nicht vorgenommen wurde, da in der Aussprache im Wesentlichen auf die spezielle Vorschrift (§ 109 StGB a. F.) abgestellt wurde, die bis in die 50er Jahre das Kaufen oder Verkaufen von Wahlstimmen mit Strafe bedrohte, sowie auf die langjährige Diskussion über die Wiedereinführung einer entsprechenden, speziell auf Abgeordnete zielenden Strafnorm¹⁰⁰. Insgesamt ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber davon ausging, auch hinsichtlich kommunaler Mandatsträger bestünde eine vollständige Strafbarkeitslücke¹⁰¹, die durch § 108 e StGB zu beseitigen sei. Die Einbeziehung der kommunalen Mandatsträger wurde im Gesetzentwurf am Rande erörtert. Der Gesetzgeber wollte im Hinblick auf bestehende (bzw. angenommene) korruptive Missstände auch auf Gemeindeebene auch die Gemeinderäte und Gemeindeverbände in den Regelungsbereich der neuen Norm mit aufnehmen, weil gerade auf kommunaler Ebene angesichts der oft vorhandenen persönlichen Bekanntschaft zwischen Ratsmitgliedern und den von Entscheidungen betroffenen Gemeindevonwohnern und den regelmäßig unmittelbaren Auswirkungen der Ratsentscheidungen auf einzelne Bürger ein besonderer Bedarf an Schutz vor unlauterer Einflussnahme bestehe¹⁰². Dass dies die Position des Gesetzgebers gewesen sein dürfte, lässt sich auch daraus folgern, dass in der Gesetzesbegründung zu Grunde gelegt wird, dass der durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 aufgehobene § 109 StGB a. F. denjenigen mit Strafe bedrohte, der eine Wahlstimme in einer öffentlichen Angelegenheit kaufte oder verkaufte und aufgrund der Breite der Formulierung herrschende Meinung war, dass darunter auch die Abgeordnetenbestechung falle. Selbstverständlich musste dies auch für die Bezahlung der Stimmabgabe kommunaler Mandatsträger gelten. Dann lag aber – aus der Sicht des historischen Gesetzgebers – zugleich die Annahme nahe, dass durch die Aufhebung der Vorschrift auch die Bestechungsstrafbarkeit von kommunalen Mandatsträgern jedenfalls für Wahlen und Abstimmungen aufgehoben wurde¹⁰³. Diese Auslegung kann aber für den heutigen Rechtsanwender nicht maßgeblich werden, da ebenfalls unzweifelhaft ist, dass seitens des Reformgesetzgebers jedenfalls nicht die Absicht bestand, den Anwendungsbereich der Bestechungsdelikte zugunsten der neuen Vorschrift des § 108 e StGB einzu-

⁹⁸ MdB Jörg van Essen (FDP), a. a. O. S. 16425.

⁹⁹ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Abgeordnetenbesprechung - vom 20. Oktober 1993 Bundestagsdrucksache 12/5927, S. 3, 2. Spalte unten.

¹⁰⁰ MdB Dr. de With a. a. O. S. 16422; MdB Dr. Hedda Meseke (CDU/CSU) a. a. O. S. 16423, MdB Jörg van Essen (FDP), a. a. O. S. 16425.

¹⁰¹ MdB Dr. Hans de With, a. a. O. S. 16422.

¹⁰² Bundestagsdrucksache 12/5927, S. 6.

¹⁰³ vgl. Bundestagsdrucksache 12/5927, S. 3, erste Spalte.

schränken¹⁰⁴. Im Vordergrund des Gesetzgebungsverfahrens standen nämlich eindeutig die Bestrebungen, die unbestrittenermaßen hinsichtlich von Parlamentsabgeordneten – die keine Amtsträger sind – bestehende Strafbarkeitslücke durch § 108 e StGB in einer Weise zu schließen, welche die Rechte von Parlamentsabgeordneten angemessen wahren würde. Dass es im Gesetzgebungsverfahren im Kern um deren Rechtsstellung geht, ergibt sich etwa aus der Bezugnahme auf die Rechte gem. Art. 46 Abs. 1 GG (Indemnität) und Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG (Freiheit des Mandats)¹⁰⁵, die kommunalen Mandatsträgern gar nicht oder nicht in demselben Umfang zustehen (s. o.) wie Bundestagsabgeordneten.

Der Gesetzgeber differenziert auch im Sprachgebrauch: Soweit er speziell auch kommunale Mandatsträger in den Blick nimmt, ist von Volksvertretern, Volksvertretungen und Ratsmitgliedern die Rede, nicht aber wird in diesem Zusammenhang der Begriff des Abgeordneten verwendet¹⁰⁶. Nur die Parlamentsabgeordneten – insbesonde-

¹⁰⁴ Vgl. Bundestagsdrucksache 12/5927, S. 3.

¹⁰⁵ Bundestagsdrucksache 12/5927, S. 4, 2. Spalte.

¹⁰⁶ Bundestagsdrucksache 12/5927, S. 6; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 9. November 1993,

Übersetzung des Urteils des EGMR vom 27. Februar 2001 (Nr. 33354/96, *Lucà v. Italien*) – Zeugenkonfrontation bei schweigeberechtigten Mitangeklagten (HRRS 2006 Nr. 62)

Recht auf Konfrontation und Befragung von Mitangeklagten als Zeugen im Sinne der EMRK; Recht auf ein faires Verfahren (gesetzlicher Schuldbeweis; Verbot der Verwertung als entscheidendes oder einziges Beweismittel; Selbstbelastungsfreiheit; Gesamtrecht und Gesamtbetrachtung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 240 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 250 StPO; § 251 StPO; § 261 StPO

1. Wenn eine Verurteilung nur oder in entscheidendem Ausmaß auf Aussagen beruht, die von einer Person gemacht worden sind, hinsichtlich derer der Angeklagte weder während der Ermittlungen noch während des gerichtlichen Hauptverfahrens eine Gelegenheit hatte, sie zu prüfen oder prüfen zu lassen, sind die Verteidigungsrechte in einem Ausmaß beschränkt, das mit den von Art. 6 EMRK gewährten Garantien unvereinbar ist.

2. Dies gilt auch für Aussagen, die eine Person als Mitangeklagter nach nationalem Recht gemacht hat. Dem Begriff des Zeugen kommt im Konventionssystem eine „autonome“ Bedeutung zu. Das Schweigerecht eines Mitangeklagten kann einem Angeklagten nicht das Recht des Art. 6 III lit. d EMRK entziehen, jeden bedeutenden Zeugenbeweis gegen ihn

re wie die Bundestagsabgeordneten – sollten jedoch vor zu weit gehenden strafrechtlichen Beschränkungen insbesondere durch die §§ 11 Abs. 1 Nr. 2, 331 StGB geschützt werden. Vergleichbare Bedenken bezüglich kommunaler Mandatsträger wurden im Gesetzgebungsverfahren hingegen nicht erhoben. Eine stillschweigende Straffreistellung der kommunalen Mandatsträger durch die Einführung von § 108 e StGB ist nach dessen Zwecksetzung – Ausdehnung der Strafbarkeit – und nach der nur cursorischen Behandlung der Problematik ausgeschlossen. Es bleibt daher grundsätzlich bei deren aus der Gesetzeslage im übrigen ableitbaren Strafbarkeit gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB in Verbindung mit den Amtsdelikten des Strafgesetzbuchs. Ein Anwendungsvorrang von § 108e StGB gegenüber den §§ 331, 332 StGB könnte allenfalls auf der Konkurrenzebene in Betracht kommen; die Beantwortung dieser Frage bleibt einem gesonderten Beitrag vorbehalten.

Bundestagsdrucksache. 12/6092, S. 6; *van Essen*, a. a. O. S. 16425, erste Spalte.

in einem adversatorischen Verfahren prüfen zu dürfen oder prüfen zu lassen.

Zum Sachverhalt. Der Beschwerdeführer (Bf.) *Lucà* wurde von italienischen Gerichten wegen Drogenhandels verurteilt. Seine Verurteilung zu einer Geldstrafe und zu 8 Jahren und 4 Monaten Freiheitsstrafe wurde wesentlich auf die Angaben des zunächst verdächtigen und später ebenfalls angeklagten N. gestützt, der sich nach seinem Aufgreifen durch die Polizei entschlossen hatte, mit den Ermittlungsbehörden zusammen zu arbeiten. N. verweigerte in der Hauptverhandlung die Aussage mit Verweis auf sein Schweigerecht. Die italienischen Gerichte griffen sodann auf die im Ermittlungsverfahren von N. gemachten Angaben zurück. Insbesondere in Rechtsmittelverfahren erhobene Beschwerden auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 d EMRK wiesen sie als unbegründet zurück. – Zum vollständigen Sachverhalt siehe die aufgenommene Originalentscheidung.

AUS DEN GRÜNDEN

I. VERLETZUNG DER ART. 6 I UND III LIT. D EMRK

37. Da die Erfordernisse des Art. 6 Abs. 3 als besondere Ausprägungen des von Art. 6 Abs. 1 garantierten Rechts auf ein faires Verfahren anzusehen sind, wird der Gerichtshof die unter diesen beiden Vorschriften erhobenen Beschwerden gemeinsam prüfen (vgl. unter vielen anderen Nachweisen (vgl. neben vielen anderen Nachweisen das Urteil *Van Mechelen* u.a. v. Die Niederlande vom 23. April 1997, *Reports* 1997-III, S. 711, § 49).

38. Der Gerichtshof wiederholt, dass die Zulässigkeit von Beweismitteln in erster Linie eine durch nationales Recht zu regelnde Frage darstellt und dass es im Allgemeinen den nationalen Gerichten obliegt, die ihnen vorliegenden Beweise zu würdigen. Die Aufgabe des Gerichtshofs besteht nicht darin, zu entscheiden, ob Zeugenaussagen zutreffend als Beweismittel zugelassen worden sind, sondern darin, sich zu versichern, ob das Verfahren einschließlich der Art und Weise, wie Beweismittel erhoben worden sind, fair gewesen ist (vgl. unter anderem das Urteil *Doorson v. Die Niederlande* vom 26. März 1996, *Reports* 1996-II, S. 470, § 67 und das Urteil *Van Mechelen u.a. aaO*, S. 711, § 50).

39. Alle Beweismittel müssen grundsätzlich in Anwesenheit des Angeklagten in einer öffentlichen Hauptverhandlung mit der Möglichkeit zur Erörterung durch die Prozesskontrahenten erhoben werden. Es gibt von diesem Prinzip Ausnahmen, doch dürfen diese nicht die Rechte der Verteidigung verletzen. In der Regel erfordern diese Rechte, dass der Angeklagte eine adäquate und geeignete Gelegenheit erhält, einen Belastungszeugen in Frage zu stellen und ihn zu befragen, entweder wenn er seine Aussage macht oder zu einem späteren Zeitpunkt (siehe das Urteil *Lüdi v. Schweiz* vom 15. Juni 1992, Serie A Nr. 238, § 49 und das Urteil *Van Mechelen u.a. aaO*, S. 711, § 51).

40. Wie der Gerichtshof bei einer Reihe von Gelegenheiten festgestellt hat (vgl. neben anderen Nachweisen, das Urteil *Isgro v. Italien* vom 19. Februar 1991, Serie A Nr. 194-A, § 34, und das Urteil *Lüdi v. Schweiz aaO*, § 47), kann es sich unter Umständen als erforderlich erweisen, auf Angaben zurückzugreifen, die während der Ermittlungsstadien gemacht worden sind (insbesondere dann, wenn ein Zeuge sich weigert, seine Angaben öffentlich zu wiederholen, weil er um seine Sicherheit fürchtet, eine nicht selten in Verfahren auftretendes Phänomen, die mafiaähnliche Organisationen betreffen). Wenn dem Angeklagten eine adäquate und angemessene Gelegenheit gegeben worden ist, die Angaben auf die Probe zu stellen, entweder wenn die Angaben gemacht worden sind oder zu einem späteren Zeitpunkt, verletzt ihre Zulassung als Beweismittel für sich genommen nicht Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. d EMRK. Im Gegensatz hierzu sind die Verteidigungsrechte jedoch dann, wenn eine Verurteilung allein oder zu einem entscheidendem Grad auf Aussagen beruht, die von einer Person gemacht worden sind, hinsichtlich derer der Angeklagte weder während der Ermittlungen noch während des gerichtlichen Hauptverfahrens eine Gelegenheit hatte, sie zu prüfen oder prüfen zu lassen, in einem Ausmaß beschränkt, das mit den von Art. 6 EMRK gewährten Garantien unvereinbar ist (vgl. die Urteile *Unterperlinger v. Österreich* vom 24. November 1986, Serie A Nr. 110, §§ 31-33; *Saïdi v. Frankreich* vom 20. September 1993, Serie A Nr. 261-C, §§ 43-44 und *Van Mechelen u.a. aaO*, S. 712, § 55; vgl. auch *Dorigo v. Italien*, Beschwerde Nr. 33286/96, *Commission Report* of 9. September 1998, § 43, unpubliziert, § 43 und, zum gleichen Fall, *Committee*

of Ministers Resolution HR (99) 258 vom 15. April 1999).

41. Hierbei ist der Umstand, dass die Angaben – wie hier – von einem Mitangeklagten und nicht von einem Zeugen [nach nationalem Recht] gemacht worden sind, bedeutungslos. Diesbezüglich wiederholt der Gerichtshof, dass der Begriff „Zeuge“ im Konventionssystem eine „autonome“ Bedeutung zukommt (vgl. das Urteil *Vidal v. Belgien* vom 22. April 1992, Serie A Nr. 235-B, § 33). Folglich stellt eine Aussage dann, wenn sie zu einem erheblichen Grad als Grundlage für eine Verurteilung dienen kann, ein Beweismittel dar, auf das die von Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. d EMRK eröffneten Garantien Anwendung finden, unbeschadet dessen, ob von einem Zeugen im engeren Sinne oder von einem Mitangeklagten gemacht worden ist (vgl., *mutatis mutandis*, das Urteil *Ferrantelli und Santangelo v. Italien* vom 7. August 1996, *Reports* 1996-III, §§ 51 und 52).

42. Im Licht des Vorhergehenden erscheinen die vom Kassationshof in seiner Entscheidung vom 19. Oktober 1995 gegebenen Gründe für die Zurückweisung des gemäß Art. 6 III lit. d EMRK erhobenen Rechtsmittels – und auf die sich auch die betroffene Regierung teilweise gestützt hat, – nicht einschlägig. Besonders der Umstand, dass das Gericht nach dem damals in Kraft befindlichen nationalen Recht (vgl. § 26 oben) vor Beginn des gerichtlichen Verfahrens gemachte Aussagen für zulässig erklären konnte, wenn ein Mitangeklagter Aussagen verweigert hat, kann einem Angeklagten nicht das Recht des Art. 6 III lit. d EMRK entziehen, welches ihm zugesteht, in einem adversatorischen Verfahren jeden bedeutenden Zeugenbeweis gegen ihn zu prüfen oder prüfen zu lassen.

43. Im vorliegenden Fall bemerkt der Gerichtshof, dass die innerstaatlichen Gerichte den Bf. allein auf der Basis von Aussagen verurteilt haben, die von N. vor Beginn des gerichtlichen Verfahrens gemacht worden sind und dass weder dem Bf. noch seinem Verteidiger zu irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens Gelegenheit gegeben wurde, ihn zu befragen.

44. Unter diesen Umständen ist der Gerichtshof nicht zufrieden gestellt, dass dem Bf. eine adäquate und angemessene Gelegenheit gegeben wurde, die Aussagen zu bestreiten, auf denen seine Verurteilung beruhte.

45. Dem Bf. wurde deshalb ein faires Verfahren versagt. Folglich ist eine Verletzung der Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. d EMRK aufgetreten.

AUS DIESEN GRÜNDEN

1. hält der Gerichtshof einstimmig eine Verletzung des Art. 6 §§ 1 und 3(d) EMRK für gegeben

[Redaktioneller Hinweis: Übersetzung des Bearbeiters Karsten Gaede. Hinsichtlich der mit sechs zu eins Stimmen gefassten Entscheidung gemäß Art. 41 EMRK

ist der Entscheidung ein Sondervotum von Zupančič beigefügt. Zum Konfrontationsrecht gerade auch bei Mitangeklagten vgl. Demko ZStR 122 (2004), 416 ff.; Sommer NJW 2005, 1240 ff.; BGH JR 2005, 247, 248 m.

Anm. Esser; im Kontext der Haas-Entscheidung zur EGMR-Rechtsprechung demnächst auch Gaede JR 2006, Heft 2 oder 3.]

Prozessdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag. Sie bleiben eingeladen, durch die Einsendung von Dokumentationsvorschlägen

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Frank Neubacher: Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit. Politische Ideen- und Dogmengeschichte, kriminalwissenschaftliche Legitimation, strafrechtliche Perspektiven; Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2005, 554 S., Ln., 114,00 EUR.

Die Geburtsstunde des Völkerstrafrechts schlug in Nürnberg. In der Frühzeit der Bundesrepublik stand die große Mehrheit der deutschen Strafrechtler diesen Verfahren jedoch kritisch, ja offen ablehnend gegenüber. Sie wurden als Ausdruck einer Siegerjustiz angesehen, die sich, um die Unterlegenen nach ihrer totalen militärischen Niederlage auch noch rechtlich zu demütigen, über das rechtsstaatliche Grundprinzip *nulla poena sine lege* hinweggesetzt habe. In den letzten beiden Jahrzehnten hat sich das Meinungsklima hingegen grundlegend gewandelt. Die deutsche Strafrechtswissenschaft hat ihren Frieden mit Nürnberg gemacht. Mehr noch: An der stürmischen Entwicklung, die das Völkerstrafrecht seit dem Ende des Kalten Krieges genommen hat und deren vorläufigen Höhepunkt das am 1.7.2002 erfolgte Inkrafttreten des Römischen Statuts bildet, sind deutsche Rechtswissenschaftler führend beteiligt.

Symptomatisch für den Umschwung von skeptischer Distanz gegenüber dem Gedanken eines Völkerstrafrechts zu dessen nahezu vorbehaltloser Unterstützung ist die Arbeit *Frank Neubachers* über „Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit“, eine von *Michael Walter* betreute Kölner Habilitationsschrift. *Neubacher* ist ein engagierter Befürworter der Zurückdrängung einzelstaatlicher Souveränität zugunsten eines internationalen Strafrechtsregimes. In Anlehnung an *Norbert Elias* deutet er diese Entwicklung als einen Prozeß der Zivilisierung. So wie im Zuge der frühneuzeitlichen Staatenbildung den Adeligen das Privileg einer eigenen Rechtsverfolgung genommen worden sei, so sei nach dem Zweiten Weltkrieg den Staaten bzw. deren Repräsentanten das Privileg der Immunität bei Makro-kriminalität in zunehmendem Maße bestritten worden. In beiden Fällen sei damit deren Gewalt eingegrenzt worden

durch eine staatliche bzw. überstaatliche Gewalt höherer Ordnung, die das Gewaltmonopol beanspruche und die sich einer Gerichtsbarkeit bediene, um bestimmte Formen des Machtmißbrauchs und die illegitime Anmaßung von Souveränitätsrechten zu kontrollieren. „In gewisser Weise steht die Herausbildung einer neuen Form des Strafrechts damit für eine neue Entwicklungsstufe im Prozess der Zivilisation.“ Das 21. Jahrhundert habe dadurch „die Welt des 20. Jahrhunderts, das Jahrhundert der totalitären Ideologien und dem Impunität der Mächtigen, tatsächlich hinter sich gelassen“.

Neubacher ist überzeugt davon, daß sich trotz der bestehenden Schwierigkeiten, das Internationale Strafrecht wirkungsvoll zu implementieren, langfristig eine Politik auszahlen werde, die auf internationale Kooperation und die durch die Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofs in neuartiger Weise institutionalisierte Herrschaft des Rechts setze. „Verfahren gegen verantwortliche Einzelpersonen vor dem internationalen Strafgerichtshof werden, wo sie infolge des Komplementaritätsprinzips erforderlich sind, durch die Vermeidung von Kollektivschuldzuschreibungen und Rachemaßnahmen sowie durch eine Fülle gerichtlich dokumentierter Sachverhalte der Überwindung einer kriegerischen Vergangenheit, dem Frieden und der internationalen Sicherheit förderlicher sein als jede nationalstaatliche Maßnahme.“

Die Fragen, ob das Völkerstrafrecht und eine internationale Strafgerichtsbarkeit sich *überhaupt* legitimieren lassen, erscheinen aus dieser Perspektive nicht mehr ernsthaft erörterungsbedürftig. Nur geringe Aufmerksamkeit widmet *Neubacher* deshalb den strukturellen Unterschieden zwischen nationalem und internationalem Strafrecht. Deren bedeutsamster besteht darin, daß unter der Herrschaft des nationalen Strafrechts der Strafe die Bedeutung zukommt, die Maßgeblichkeit der *bestehenden* staatlichen Friedensordnung zu bekräftigen, während im Fall des Völkerstrafrechts die Sanktionsverhängung einen Beitrag zur *künftigen* (Re-)Kultivierung der betroffenen Gesellschaft leisten soll: Durch die Befriedigung des Genugtuungsbedürfnisses der Opfer, die Ausschaltung besonders stark kompromittierter Täter und die Demonstration der Maßgeblichkeit und Durchsetzbarkeit

eines weltweiten Basisstandards an Rechtlichkeit soll der Boden für eine dauerhafte Verbesserung des bisherigen Zustandes bereitet werden. Auf die spezifischen straftheoretischen Legitimationsprobleme, die dieser Befund nach sich zieht, geht *Neubacher* nicht ein. Zwar bezeichnet er die Frage der Strafzwecke im Internationalen Strafrecht als „ungelöst“. Dennoch begnügt er sich mit der nur knapp begründeten Behauptung, das Völkerstrafrecht rechtfertige sich durch seine präventiven Wirkungen sowie den Gesichtspunkt der Solidarisierung mit den Opfern. Eine die aktuellen Entwicklungen in der straftheoretischen Diskussion reflektierende Auseinandersetzung mit den Legitimationsgrundlagen des Völkerstrafrechts bleibt auch nach *Neubachers* Arbeit ein dringendes Anliegen.

Neubacher selbst hält, wie bereits erwähnt, die Berechtigung des Völkerstrafrechts sowie einer internationalen Strafgerichtsbarkeit für nachgerade selbstverständlich. Sein Interesse gilt vorwiegend der Frage, weshalb die betreffenden Gedanken sich *erst jetzt* durchzusetzen vermögen. Unter Rückgriff auf das theoretische Instrumentarium des *labeling approach* – aber ohne Übernahme der mit diesem Ansatz nicht selten verbundenen Fundamentalopposition gegenüber dem Strafrecht – interpretiert *Neubacher* die Bemühungen, Regierende und Mächtige für ihr Verhalten strafrechtlich verantwortlich zu machen, „als das Resultat eines politischen Kampfes um Begriffe, Definitionen und rechtliche Konzepte ..., die von den jeweiligen Auffassungen ihrer Zeit zum Verhältnis von Staat und Individuum abhängen und wandelbar sind“. Eine entscheidende Rolle spiele dabei die Durchsetzung des Menschenrechtsgedankens. Erst wenn dem Individuum der Status eines Rechtssubjekts zugestanden werde, der von staatlicher Gewährung unabhängig sei, werde es möglich, den „Ungehorsam des Staates gegenüber dem Recht und den Menschenrechten der Individuen, für deren Schutz er vor allem zuständig ist“, zum Anknüpfungspunkt einer strafrechtlichen Sanktion zu machen.

In umfangreichen ideengeschichtlichen Ausführungen untermauert *Neubacher* diese These. Daß zwischen dem Siegeszug des Menschenrechtsdenkens und dem Aufstieg der Idee eines Internationalen Strafrechts ein enger Zusammenhang besteht, läßt sich in der Tat kaum leugnen. Die Frage ist jedoch, ob sich die Eigenart völkerstrafrechtlichen Unrechts *allein* unter Rückgriff auf den Menschenrechtsgedanken begründen läßt. *Neubacher* spricht sich – von seinem Ansatz her durchaus konsequent – dafür aus, „die angeborenen Rechtspositionen der Menschen, also ihre Menschenrechte, zum Ausgangspunkt der Reflexionen zum Verbrechensbegriff und zu den Rechtsgütern“ schlechthin – also auch innerhalb der innerstaatlichen Verbrechenslehre – zu machen. Aber hat dies nicht zur notwendigen Folge, daß die Abgrenzung des völkerstrafrechtlichen vom innerstaatlichen Unrecht sich nur mehr mittels quantitativer Maßstäbe durchführen läßt, mit der Folge, daß der Völkermord zum bloßen Massenmord schrumpft und – überspitzt gesagt – selbst eine Sachbeschädigung mit exzeptionell hoher Schadens-

folge als Gegenstand völkerstrafrechtlicher Ahndung in Betracht käme?

Neubacher sieht diese Gefahr und sucht ihr dadurch zu wehren, daß er als die Schutzgüter, welche hinter den Straftatbeständen des Internationalen Strafrechts ständen, „essentielle Interessen der Individuen *als Teil der gesamten Menschheit*“ benennt; Menschenrechtsverletzungen versteht er dementsprechend als Angriffe „auf die Würde des Menschen *an sich*“ (Hervorhebungen von mir, M.P.). Was diese Zusätze genau besagen sollen, wird allerdings nicht recht deutlich. Es gibt keine Würde des Menschen an sich, sondern lediglich eine Würde jedes einzelnen Menschen. Das Interesse, nicht getötet, gefoltert oder vergewaltigt zu werden, ist ebenfalls höchstpersönlicher Natur. Daß die Menschen, denen Derartiges widerfährt, Teil der gesamten Menschheit sind, ist selbstverständlich und fügt dem Unrecht, das ihnen geschieht, nichts hinzu.

In einem Wort: Mit der Fokussierung auf den Menschenrechtsgedanken legt man sich unweigerlich auf eine individualistische Sicht des verbrecherischen Geschehens fest. Die kollektive Dimension, die den völkerrechtlichen Delikten eigen ist, vermag man so nicht angemessen auf den Begriff zu bringen. Aus diesem Grund hat jüngst *Gierhake* („Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre“, Berlin 2005, S. 248) im Anschluß an *Köhler* (JRE 11 [2003], S. 435 ff.) das völkerstrafrechtliche Unrecht auf solche Freiheitsverletzungen beschränkt, welche durch ihre äußerliche Existenz die universelle Geltung derjenigen Rechtsprinzipien negieren, die die Bedingungen der Möglichkeit des Rechtsfriedens auf der Welt überhaupt darstellen. In ihrem Bemühen, die kollektive Bedeutsamkeit der völkerstrafrechtlichen Delikte auf den Begriff zu bringen, ist diese Unrechtsbestimmung dem Ansatz *Neubachers* überlegen.

Diese Einwände ändern indessen nichts daran, daß *Neubacher* eine höchst eindrucksvolle Arbeit vorgelegt hat. Ungeteilte Zustimmung verdient etwa seine Auseinandersetzung mit der Kritischen Kriminologie, deren ideologisch motivierter „Affekt gegen das Strafrecht“ sie über lange Zeit davon abhielt, das Phänomen der Makrokriminalität überhaupt ernsthaft in den Blick zu nehmen. Durchweg überzeugend sind auch *Neubachers* Ausführungen zur individuellen Zurechnung kollektiven Verhaltens bei Systemunrecht. Wie er zeigt, deuten sämtliche empirischen Daten „auf ausreichende Handlungsspielräume für Individuen in Entscheidungssituationen hin“. Außerordentlich informativ ist schließlich auch *Neubachers* Darstellung der Nürnberger Prozesse und der Fortentwicklung des Nürnberger Rechts bis hin zum Römischen Statut.

Insgesamt hat *Neubacher* weitaus mehr vorgelegt als „bloß“ eine kriminologische Auseinandersetzung mit den Grundlagen der internationalen Strafgerichtsbarkeit. Er hat sich auch als souveräner Kenner der politischen Ideengeschichte sowie der Dogmatik des Internationalen Strafrechts erwiesen. Sein Buch stellt eine Quelle vielfäl-

tiger Informationen und Anregungen dar. Die völkerstrafrechtliche Diskussion tut gut daran, sich diesen Reichtum zunutze zu machen.

Prof. Dr. **Michael Pawlik** (LLM Cantab.), Univ. Regensburg.

Hellen Schilling: Illegale Beweise, Eine Untersuchung zum Beweisverfahren im Strafprozess, Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e. V., Band 26, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2004, 269 Seiten, ISBN 3-8329-0731-9.

Gegenstand der im Sommersemester 2003 von der Juristischen Fakultät der Johann Wolfgang von Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommenen Untersuchung ist der Beweis im Strafprozess und dabei die Frage nach den Legitimationsbedingungen, unter denen die Freiheit des Bürgers in seiner Rolle als Verfahrensbeteiligter zur Klärung des Tatverdachts ausnahmsweise beschränkt werden darf (S. 15). Die Arbeit definiert Mindestvoraussetzungen für die Legalität von Beweisen als Grundlage strafprozessualer Entscheidungen (S. 15). Erfüllt ein Beweis diese Mindestbedingungen nicht, fehlt ihm - so die vorangestellte These - die „Legitimation“; es handle sich um einen „illegalen Beweis“, der zwingend unbeachtlich sei (S. 15).

Die Untersuchung ist in vier Teile gegliedert: Die Teile eins bis drei bilden insofern eine Einheit, als sie auf der Grundlage der Rechts- und Staatsphilosophie Kants vom geltenden Recht losgelöste theoretische Ausführungen zu einem freiheitsorientierten Strafrecht und Strafverfahren (1. Teil), einem subjektorientierten Beweisverfahren (2. Teil) und dem Wert der Wahrheit im Strafprozess (3. Teil) enthalten. Die dabei entwickelten Vorgaben zu Staat, Strafrecht und Strafverfahren werden sodann im vierten Teil auf die „Rechtsprechung und Lehre von den Beweisverboten“ bezogen.

Im ersten Teil der Untersuchung (S. 19-53) befasst sich Schilling mit der Bestimmung von Massgaben für Recht und Staat, aus denen sie Kennzeichen eines rechtsstaatlichen Strafens und Grundlagen eines subjektorientierten Strafverfahrens entwickelt. Als Leitfaden der Untersuchung dient das an den Anfang gestellte Modell eines freiheitsorientierten Rechtsstaates (S. 19-32). Dieses sei – entsprechend der Rechts- und Staatsphilosophie Kants – dadurch geprägt, dass es den Menschen als Subjekt anerkenne (S. 19-21), die subjektive Freiheit als ursprüngliches Menschenrecht und Rechtsprinzip zugrunde lege (S. 22-26) und den Staat allein als Mittel erachte, die Vereinbarkeit der individuellen Freiheiten zu garantieren (S. 27). Ausgehend von diesen rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen formuliert Schilling Kennzeichen eines rechtsstaatlichen Strafens (S. 34-40), zu denen jedenfalls die Staatlichkeit des Strafrechts (S. 35) sowie die Geltung des Strafgesetzmäßigkeits- und Schuldprinzips zu zählen seien (S. 38 ff). Als rechtsstaatlich legitimen Strafgrund lässt Schilling allein die als Ausgleichsprinzip

verstandene Repression gelten (S. 36), denn nur insoweit stelle Strafe die legitime Antwort auf die Freiheitsverletzung durch den Täter in Form einer Freiheitsbeschränkung des Täters durch die öffentliche Gewalt dar (S. 36 f). Eine Auseinandersetzung mit gegenläufigen und gegenwärtigen Straftheorien, mit denen nach heutigem Verständnis die Massgeblichkeit der Denkart Kants in Frage gestellt werden könnte, findet in diesem Zusammenhang nicht statt.

Aufbauen auf diesen Vorgaben zu Recht, Staat und Strafe bestimmt Schilling dann die Grundlagen eines subjektorientierten Strafverfahrens (3. Kapitel, S. 43-54). Schilling gelangt hier zu dem Ergebnis, dass für einen rechtsstaatlichen Strafprozess zum einen das Strafverfahrensmonopol des Staates und das den Umfang staatlicher Verfolgungspflicht bestimmende Legalitätsprinzip kennzeichnend seien (S. 45). Zum anderen setze ein rechtsstaatlicher Strafprozess als Legitimations- und Leitprinzip die Einhaltung von Mindestbedingungen eines subjektorientierten Strafprozesses sowie die für den Subjektstatus des Beschuldigten wesentliche Garantie der Unschuldsvermutung voraus (S. 49-53).

Diese vorpositiven Massgaben zu Staat, Strafrecht und Strafverfahrensrecht werden im zweiten Teil der Untersuchung (S. 55-104) auf ein subjektorientiertes Beweisverfahren bezogen. Den Schwerpunkt dieses Teils bildet die Formulierung von Legitimationsbedingungen für die Herrschaftsausübung im Beweisverfahren (S. 65-104), bei denen Schilling nach Legitimationslast, -form-, -grund und -grenzen differenziert. Aus dem prinzipiellen Freiheitsvorrang leitet Schilling zunächst das Bestehen einer staatlichen Legitimationslast bei Freiheitsbeschränkungen ab (S. 67-76), woraus sie die Schlussfolgerung zieht, dass auch den Vorschriften der Strafprozessordnung insofern Erlaubnis- und nicht etwa Verbotscharakter zukomme (S. 67-78). Zur Bestimmung der notwendigen Form der Legitimation verweist Schilling auf den Vorbehalt eines Rechtsgesetzes und gelangt zu dem Ergebnis, dass inhaltlich bestimmte und demokratisch legitimierte Ermächtigungsgrundlagen zur Freiheitssicherung unverzichtbar seien (S. 78-85). Als Legitimationsgrund sei ausschliesslich die Sicherung der Freiheit jeweils anderer im Staat zulässig, was den Staat auch im Strafverfahren zu dem Nachweis verpflichte, jeweils im Interesse der Freiheitssicherung zu handeln (S. 85-87). Als absolute und damit abwägungsfeste Legitimationsgrenzen erachtet Schilling die „Unverfügbarkeiten im Beweisverfahren“ (S. 87-103), wozu sie die Freiheit und Würde des Menschen, seine Selbstzweckhaftigkeit und Autonomie sowie daraus ableitbare Rechte zählt (S. 89). Bei Nichteinhaltung dieser Legitimationsbedingungen liege, so das Ergebnis Schillings, ein illegaler Beweis vor, der einen Rechtsverstoss bedeute und allein wegen dieses Rechtsverstosses ohne ergänzende Hinzuziehung weiterer Gründe zwingend unbeachtlich sein müsse (S. 104-105).

Im dritten Teil der Arbeit (S. 106-129) nimmt Schilling die Aussage des Bundesgerichtshofes, es dürfe „keine Wahrheit um jeden Preis“ geben, zum Anlass, den Wert

der Wahrheit im Beweisverfahren zu untersuchen. Einem alltagssprachlichen Verständnis der Wahrheit (S. 107-114) stellt Schilling ein Modell forensisch-rechtsstaatlicher Wahrheit gegenüber und gelangt dann zu dem Ergebnis, ein wahrer Sachverhalt werde im Prozess nicht fest- sondern *hergestellt* (S. 115-117). Schilling nimmt an, dass sich der Wert der Wahrheit nur unter Berücksichtigung der Methode der Sachverhaltsermittlung benennen lasse. Ein unter Verletzung subjektiver Rechte zustande gekommener Sachverhalt könne das Prädikat „wahr“ gar nicht beanspruchen könne (S. 119). Die Verletzung subjektiver Rechte könne deshalb nicht mit der Berufung auf die Wahrheitsermittlung gerechtfertigt werden (S. 119, 129), weil die Wahrheit auf Kosten der Subjektivität der Verfahrensbeteiligten gar nicht zu verwirklichen sei (S. 129 f).

Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet der vierte Teil (S. 131-232), in dem Schilling die „Rechtsprechung und Lehre von den Beweisverboten“ an den Vorgaben der in den Teilen eins bis drei entwickelten Konzeption eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens misst. Zunächst stellt Schilling den Grundsatz der Sachverhaltsermittlung als hoheitliche Aufgabe der Privatisierung von Staatlichkeit in der Praxis gegenüber, indem sie den Einbezug von Privatpersonen in die an sich staatliche Sachverhaltsermittlung aufgreift (S. 132-136). Insbesondere der zielgerichtete Einsatz von V-Leuten bei der Sachverhaltsermittlung stelle eine Umgehung staatlicher Rechtsbindungen dar, die mit der Schutzfunktion der Grundrechte unvereinbar und daher unzulässig sei (S. 136 ff). Dieser Kritik schliesst Schilling eine umfangreiche Analyse von Rechtfertigungszwängen an, denen die subjektiven Rechte des Beschuldigten durch Rechtsprechung und Lehre ausgesetzt sind (S. 139-177). Sie legt dar, dass sich der Beschuldigte in einem Spannungsfeld befinde, in dem seine subjektiven Rechte nicht allein der Freiheit je anderer Staatsbürger, sondern vielmehr davon abstrahierten Interessen und Gütern gegenüber stünden (S. 139-159). Im Umgang mit diesen Spannungsverhältnissen zeige die Auswertung von Rechtsprechung und Lehre, dass zur Auflösung der Spannungsverhältnisse überwiegend nach dem Prinzip der Abwägung verfahren werde (S. 159-167) und die Beweisverbote nicht als Regel, sondern vielmehr als legitimationsbedürftige Ausnahmen aufgefasst würden (S. 171-173). Dieses Regel-Ausnahmeverhältnis stellt nach Schilling eine unzulässige Umkehr der Legitimationslast von bürgerlicher Freiheit und staatlicher Intervention dar, denn es laufe nicht nur dem Gesetzesvorbehalt, sondern auch dem dahinter stehenden Freiheitsvorrang zuwider, wenn nach der Legitimation einer Verbotsnorm gesucht werde (S. 173-177). Unter detaillierter Analyse der Argumentationsstrukturen von Rechtsprechung und Lehre widmet sich Schilling anschliessend der Preisgabe von Unverfügbarkeiten im Strafprozess (S. 182-211). Schilling zeigt eine Relativierung scheinbar abgesicherter rechtsstaatlicher Bekenntnisse auf, die sich insbesondere über offene Grenzen des unabwägbaren Schutz- oder Kernbereichs der Menschenwürde als auch durch eine eingriffsorientierte Schutzbereichsbestimmung der Grundrechte vollziehe (S. 183-198). Am Beispiel der Aussagefreiheit des Beschuldigten

(S. 199-210) gelangt sie schliesslich zu dem Ergebnis eines variablen Abwägungssystems ohne wirkliche Unverfügbarkeiten und damit letztlich zum Schluss des faktischen Nicht-Bestands an Unverfügbarkeiten im Strafverfahren (S. 211-214). An den Abschluss der Untersuchung stellt Schilling eine Analyse von Defiziten der gesetzlichen Legitimation, wobei sie an die Massgabe der Gesetzesform als einer Mindestbedingung staatlichen Handelns anknüpft (S. 215-232). Im Ergebnis geht Schilling davon aus, dass der Gesetzesvorbehalt grundsätzlich auch im Strafverfahren gelte und den Anforderungen an Normenklarheit und Transparenz bei der Ausgestaltung eines Vorbehaltsgesetzes durch den Erlass von Generalklauseln nicht Genüge getan werde (S. 221). Die Problematik des V-Mann-Einsatzes nimmt Schilling zum Anlass, den Umgang mit dem Prinzip des Gesetzesvorbehalts einer grundlegenden, allgemeinen Kritik zu unterziehen (S. 229-233). Dabei gelangt sie zu dem Schluss, dass Generalklauseln – und dies gelte ebenso für die Ermittlungsgeneralklausel des § 161 I StPO n. F. – die Anforderungen an die Legitimationsform staatlicher Herrschaftsausübung nicht erfüllten, weil sie die Grenzen legitimen staatlichen Eingriffshandelns nicht erkennen liessen und die Legitimationslast von Freiheitsausübung und staatlicher Intervention umkehrten (S. 231).

Dem Ansatz der Untersuchung - der Zugrundelegung der Sätze Kants zu „richtigem Recht“ - entsprechend sind die von Schilling aufgezeigten überpositiven Mindeststandards als Rahmen für ein prinzipienorientiertes Strafverfahren ausserordentlich weit und können daher nur entfernte Grenzen bestimmen. Positiv ist jedoch herauszustellen, dass Schilling innerhalb dieses Rahmens die grossräumige Ableitung rechtlicher Regeln gelingt, indem sie die „Rechtsprechung und Lehre von den Beweisverboten“ instruktiv in den Kontext eines freiheitsorientierten Staatssystems rückt. Die eingehende Bestandsaufnahme der in Rechtsprechung und Lehre bestehenden Relativierungsmechanismen im Umgang mit subjektiven Rechten des Beschuldigten lässt zudem deren versteckte Desavouierung und damit zugleich den tatsächlichen Preis erkennen, der im Strafverfahren um der Wahrheitserforschung willen entgegen anders lautender Bekenntnisse gezahlt wird. Anzumerken bleibt allerdings, dass die Kritik Schillings an der Rechtsprechung und an der Lehre von den Beweisverboten nach Auffassung der Rezensentin nur denjenigen überzeugen wird, der ebenso wie Schilling geneigt ist, die gegenwärtig massgeblichen Vorgaben zu Recht, Staat, Strafe und Strafverfahrensrecht derartig umfassend aus der Rechts- und Staatsphilosophie Kants abzuleiten. Schillings kritische Analyse der Rechtsprechung und Lehre von den Beweisverboten hinterlässt zudem den trügerischen Eindruck, über den höchsten deutschen Gerichten wölbe sich nach wie vor „der blaue Himmel“, weil die einschlägige Rechtsprechung des EGMR als Teil der „Rechtsprechung von den Beweisverboten“ durchgängig ignoriert und damit vor allem Abweichungen in der Haltung des EGMR von der Rechtsprechung des BGH nicht zur Kenntnis genommen werden (vgl. etwa zum Verbot der Umgehung rechtsstaatlicher Bindungen durch den Einsatz von Privatpersonen EGMR, 5.11.2002, Allan vs.

Großbritannien = StV 2003, 1 ff; EGMR, 8. 4. 2003, M.M. vs. Niederlande = StV 2004, 1 ff m. Anmerkung Gaede StV 2004, 46 ff).

Wiss. Ass. **Gunhild Godenzi**, LL.M., Universität Zürich

Eric Simon: Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Strafrechtliche Abhandlungen N.F., Band 160, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, 667 Seiten, ISBN 3-428-11692-5, EUR 98,-.

I. In der strafgerichtlichen Praxis stehen – zumal bei den Tatgerichten – sehr häufig nicht die Rechts-, sondern die Tatfragen im Mittelpunkt der Überlegungen. Spätestens (aber gewiss nicht nur) im Rahmen der Revision werden jedoch Rechts- und damit Auslegungsfragen immer bedeutsamer, da keine eigene Sachverhaltsfeststellung mehr erfolgen kann und auch die jenseits der Gesetzesauslegung zu treffenden „Wertungsentscheidungen“, welche insbesondere Beweiswürdigung und Strafzumessung mitunter prägen, von einem Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüfbar sind.

Wie diese Gesetzesauslegung im Strafrecht durch das höchste deutsche Strafgericht erfolgt, wird umfassend in der von *Hettinger* betreuten Mainzer Dissertation von *Eric Simon* nachgezeichnet. Es geht dabei weniger darum (wenngleich dies freilich oft nicht völlig ausgeblendet werden kann), wie die Gesetzesauslegung „an sich“ funktionieren sollte; auch die Deutung der aufgestellten Befunde in die eine oder andere Richtung tritt eher in den Hintergrund. Am ehesten wird man der Untersuchung *Simons* – ohne dass damit an dieser Stelle ein negatives Werturteil verknüpft sein soll – als nachzeichnend und beschreibend bezeichnen können, wobei die Rechtsprechung zwar wohl vielfach durchaus induktiv (und nicht vorrangig deduktiv) ausgewertet wurde, ihre konkrete Darstellung in dem Buch jedoch zumeist „exemplarischen Charakter“ für von *Simon* festgestellte Phänomene hat und bewusst nicht in statistischer Weise ausgewertet wird (vgl. S. 20).

II. 1. Betrachtungsgegenstand des *Simonschen* Werkes sind alle bis zur Fertigstellung des Manuskripts (Oktober 2004) erschienen Bände der amtlichen Sammlung „BGHSt“ sowie die gelegentlich auch weitere Entscheidungen des BGH (insbesondere soweit in Entscheidungen aus der amtlichen Sammlung in irgendeiner Weise darauf Bezug genommen wird). Im Mittelpunkt der Untersuchung steht, in welcher Weise in diesen Entscheidungen die klassischen Kanones der Auslegung (grammatische, systematische, historische und teleologische Auslegung) angewendet werden. Daneben werden in einem durchaus interessanten Schlussteil (S. 577 ff.) „übergreifende Gesichtspunkte“ erörtert, die sich nur schwer einer (einzigen) Auslegungsmethode zuordnen lassen.

2. Gerade aus rechtstheoretischer Sicht interessant sind über die (unten unter III. ausführlicher nachgezeichneten) konkreten Auswertungen der Verwendung der Auslegungskanones *Simons* einleitende Überlegungen zur Auswahl des Materials und zu seinen methodologischen Prämissen. Hervorhebung verdient aus meiner Sicht vor allem folgende Gesichtspunkte:

a) *Simon* geht davon aus, aus seiner Untersuchung sei die Ableitung einer „Theorie der Praxis“ nicht erwartbar, zumal die Gerichtspraxis auch selbst ihr Handeln nicht als in diesem weitgehenden Sinne „theoriegeleitet“ verstehe (vgl. S. 15 f.). Hier erscheint *Simon* vielleicht als zu pessimistisch (bzw. aus anderem Blickwinkel: als zu anspruchsvoll), da wohl die Annahme nahe liegt, dass die Praxis sich ungeachtet aller Einzelfallgerechtigkeit und allen Vorverständnisses der Richter durchaus gewissen methodischen Standards verpflichtet fühlt (und sei es nur durch Instrumente wie den Instanzenzug oder die wissenschaftliche Begleitung der Rechtsprechung). Dass dieses methodische Wissen (gleichsam als ein „Knowing-that“) in den Entscheidungen selbst nicht (als eine Art „Knowing-how“) expliziert wird, liegt auf der Hand; dies wäre gerade eine denkbare Aufgabe einer rechtstheoretischen Untersuchung. Dass *Simon* in seiner späteren Untersuchung dann tatsächlich nicht zu einer (zumindest rudimentären) „Theorie der Praxis“ kommt, liegt – wieder ganz wertfrei festgestellt – an seinem Ansatz, der insoweit eben eher ein „nachzeichnender“ (und durchaus auch analytischer und „ordnender“), aber eben bewusst kein „systembildender“ ist.

b) Wenn *Simon* fast schon entschuldigend eingesteht, dass mit einer „Orientierung am klassischen Auslegungskanon vom Standpunkt einer ‚alternativen Rechtstheorie‘ (...) die neuralgischen Punkte nicht getroffen werden“ könnten, erscheint das zu bescheiden. Die Bedeutung der Gesichtspunkte, die durch die klassischen Kanones reflektiert werden, können auch von alternativen Konzepten (sei es als „Topoi“ sei es als „bedeutungerschließende Kontexte“ o.a.) redlicherweise nicht gezeugnet werden. Insoweit mag es also sein, dass alternative Ansätze zusätzliche Gesichtspunkte berücksichtigen würden; der Wert der von *Simon* durchgeführten Untersuchungen wird dadurch aber selbst von solchen Standpunkten aus nicht geschmälert.

c) Aufgrund der immensen Stofffülle verständlich, in der Sache freilich bedauerlich ist dagegen, dass *Simon* bei der Untersuchung der Auslegung auf die Berücksichtigung von „Präjudizien“ verzichtet (vgl. S. 19). Es steht nämlich durchaus zu vermuten, dass diese Präjudizien – wenngleich vielleicht nicht als bindende „Präzedenzfälle“, so doch als Bezugsobjekt von „Selbstreferenzen“ – für die Begründung des konkreten Auslegungsergebnisses von erheblicher Bedeutung sind. Man mag sich insoweit auf den Standpunkt stellen, dass der Auslegungsvorgang als solches davon nicht zentral berührt wird, da sich die Präjudizien im Idealfall ja wieder nur auf eine vorher anhand der Kanones durchgeführte Auslegung beziehen; ganz davon abgesehen, dass dies jedoch durch-

aus nicht immer der Fall ist, wäre die Erfassung der Selbstreferenzen als maßgeblicher Bestandteil dessen, was bei der Entscheidungsfindung und -begründung passiert, gewiss von Interesse.

d) Ebenso verständlich ist, dass *Simon* neben der umfangreichen Auswertung in inhaltlicher Hinsicht nicht noch zusätzlich „statistische“ Auswertungen betreiben konnte (vgl. S. 20). Den Pessimismus hinsichtlich der Aussagekraft solcher „empirischen“ Untersuchungen würde ich freilich jedenfalls dann nicht unbedingt teilen, wenn man (abweichend vom Ziel *Simons*, vgl. oben a) nach einer „Theorie der Praxis“ sucht.

e) Mit Bezug auf die Berücksichtigung der Erkenntnisse aus Nachbarwissenschaften (etwa Soziologie, Logik, Philosophie oder Sprachwissenschaften) heißt *Simon* es gut, wenn die Praxis auf einen gewissen selbstimmunisierenden, „konservativen Standpunkt“ verharrt, „bis ‚alternative‘ Theorien zur Rechtsgewinnung ihre Überlegenheit unter Beweis gestellt haben“, der bisher „etwa durch ein ausformuliertes Konzept für die Praxis mit samt hinreichend illustriertem Material“ noch nicht erbracht ist. Hier würde ich aus zwei Gründen zumindest vorsichtige Fragezeichen setzen: Zum einen ist eben auch die „binnenjuristische“ Sichtweise nicht bis ins letzte Detail „ausgereift“ und hat zugleich ihre „Praxisgerechtigkeit“ unter Beweis gestellt; zum anderen ist die Immunisierung gegenüber Nachbarwissenschaften zumindest überall dort problematisch, wo unmittelbar mit deren Gegenstand gearbeitet wird (d.h. etwa bei der juristischen Bewertung gewisser naturwissenschaftlicher Zusammenhänge die Erfahrungen der Naturwissenschaften bzw. hinsichtlich der natürlichen Sprache, in der die gesetzlichen Vorschriften nun einmal formuliert sind, hinsichtlich der sprachwissenschaftlichen Erkenntnisse etc.).

f) Zuletzt zeigt *Simon* auch Problembewusstsein hinsichtlich des nahezu klassischen Konflikts zwischen „Herstellung und Darstellung“ einer Entscheidung (vgl. S. 31 ff. unter dem Stichwort „Vorverständnis/apokryphe Gründe“). Zugleich tut er jedoch gut daran, diesen Konflikt für seine Untersuchung nicht über zu bewerten.

III. Im Anschluss an diese Vorüberlegungen untersucht *Simon* in den ausführlichen Teilen 3-6 seiner Arbeit (S. 41-546) die Verwendung der verschiedenen Auslegungskanonens in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Beeindruckend ist dabei nicht nur die bearbeitete Materialfülle, sondern auch die Entwicklung sehr anschaulicher Fragestellungen innerhalb der einzelnen Kanones, von denen eine Reihe (wenngleich bei weitem nicht alle) in der folgenden Darstellung Erwähnung finden wird:

1. Der erste große Teil ist der grammatischen Auslegung, d.h. „Wortlaut und Wortsinn“ gewidmet. Ein zentraler Punkt ist hierbei die Frage, auf welche Weise denn überhaupt die „Bedeutung“ eines gesetzlichen Begriffs „festgestellt“ werden könne. *Simon* führt hier u.a. die Arbeit mit Legaldefinitionen (S. 45 ff.), Wörterbüchern (S. 64 ff. [auf welche der BGH durchaus zurückgreift, vgl. auch S. 121 f.], wobei *Simon* m.E. zu wenig betont, dass es

sich bei den Aufzählungen in Wörterbüchern nicht um verbindliche Verwendungsregeln, sondern um bloße Sprachbeobachtungen handelt) sowie auf das „Der Gesetzgeber formuliert sonst so/hätte sonst wie folgt formuliert“-Argument (S. 73 ff.) anführt. Ebenso wird auf die Frage eingegangen, ob die fach- oder allgemeinsprachliche Verwendung des Begriffs entscheidend ist (vgl. S. 82 ff.).

Besonders interessant innerhalb des Abschnitts sind die Ausführungen über Vorgänge „an der Wortlautgrenze“, wo neben vielen anderen Gesichtspunkten die Argumentation mit primären oder sekundären Redaktionsfehlern (vgl. S. 124 ff.) ebenso behandelt wird wie (unter dem anschaulichen Titel „Schmerz der Grenze“) solche Fälle, in denen trotz gewichtiger Argumente für die Einbeziehung eines Falles unter eine Norm die Subsumtion letztlich abgelehnt werden muss oder nur schwach begründet bzw. das Problem umgangen werden kann (vgl. S. 140 ff.).

Als Fazit betont *Simon* nicht nur die Schutzfunktion des Art. 103 II GG (vgl. S. 186), sondern weist andererseits zu Recht auch darauf hin, dass mitunter der Eindruck erweckt wird, „dass eine insgesamt auf schwachen Füßen stehende Argumentation durch die Behauptung eines Verfassungsverstoßes gegen denkbare Einwände, insbesondere teleologische, resistent gemacht wird“, d.h., dass zur Ablehnung der Subsumtion eines Geschehens oder eines bestimmten Straftatbestandes mitunter zu vorschnell auf die Wortlautgrenze und Art. 103 II GG rekurriert wird.

Gleichsam annexartig befasst sich *Simon* schließlich noch mit der Frage, der „Wortlautunterschreitung“ bei der Reduktion tätergünstiger Normen (S. 190 ff.). Auf wenigen Seiten werden hier die wichtigsten Gesichtspunkte der sonst etwas vernachlässigten Frage zusammengetragen, inwiefern Art. 103 II GG auf den Allgemeinen Teil im Allgemeinen und dabei auf strafbarkeits-einschränkende Vorschriften im Besonderen Anwendung finden kann.

2. Unter dem Stichwort „Entstehungsgeschichte“ werden Fragen und höchstrichterliche Anwendungsfälle der historischen und genetischen Auslegung behandelt (wobei *Simon* den Begriff der „historischen Auslegung“ als Oberbegriff wählt, dabei auf den Unterschied zwischen genetischer Auslegung und historischer Auslegung im engeren Sinn – für die dann in Anlehnung an die „biologische Ausdrucksweise“ der Begriff der „evolutionären Auslegung“ ins Gespräch gebracht wird – aber hinweist, vgl. S. 208 f.).

Wie bei keiner anderen Auslegungsmethode, stellt sich hier die Frage nach der objektiven bzw. subjektiven Auslegung, der ebenso nachgegangen wird (vgl. S. 209 ff.) wie sehr ausführlich der Handhabung der „Aedeutungstheorie“ (vgl. S. 232 ff.). Weitere ausführliche Abschnitte sind Einzelproblemen der genetischen Auslegung (insbesondere hinsichtlich der dabei zu berücksichtigenden Texte, vgl. S. 258 ff.), den Wandel der Normsituation

(S. 280 ff.), der Berücksichtigung von Entwürfen vor deren Umsetzung (vgl. S. 317 ff.) so wie der Schlussfolgerung aus Handlungen oder Untätigkeit des Gesetzgebers (S. 328 ff.) gewidmet.

3. a) Ein wichtiger Aspekt hinsichtlich der systematischen Auslegung ist etwa das problematische Verhältnis zwischen Erst-recht-Schluss und Umkehrschluss (vgl. S. 391 ff.), zwischen denen letztlich nur dann eine wirklich begründete Auswahl getroffen werden kann, wenn zusätzlich festgestellt wird, warum die in Bezug genommene Vorschrift gerade ausnahme- oder regelbildenden Charakter haben soll. Nicht zu überschätzen ist auch der Hinweis, dass im Rahmen der Größenschlüsse „ohne nähere Prüfung des Vergleichsmaßstabs – Ist das Größenverhältnis auch für die zu prüfende Norm von Bedeutung? – (...) die Gefahr des Trugschlusses“ besteht (vgl. S. 394). Ebenfalls in den Kontext der systematischen Auslegung wird die Behandlung von Ausnahmeverordnungen („singularia non sunt extendenda“) gestellt.

b) Statt – wie mittlerweile vieler Orts üblich – die verfassungskonforme Auslegung als weiteren „fast schon klassischen“ Auslegungskanon zu behandeln, bindet *Simon* auch sie nicht ganz zu Unrecht in den Kontext der systematischen Auslegung ein, wobei er zutreffend zwischen der verfassungskonformen Auslegung im engeren Sinn (bei sonst drohender „harter Verfassungswidrigkeit“) und der „verfassungssystematischen bzw. grundrechtssystematischen“ Auslegung differenziert, bei der die Grundrechte gewissermaßen nur als ein Argument für eine bestimmte Auslegung streiten, eine gegenteilige Auslegung jedoch kein Verfassungsverstoß darstellen würde.

c) Weitere Abschnitte sind dem Bestimmtheitsgebot sowie der Einhaltung der Rechtsordnung gewidmet.

4. Im Abschnitt über die teleologische Auslegung (Sinn und Zweck) werden etwa Beispiele zur Fallgruppe der argumenta ad absurdum bzw. der Untragbarkeitsargumente (S. 288 ff.), zu kriminalpolitischer Argumentation (S. 502 ff.) zur strafrahmenorientierten Auslegung (vgl. S. 527 ff.) sowie ausführlich zur Trias Rechtssicherheit/Gerechtigkeit/Rechtsidee (S. 541 ff.) nachgewiesen. Zuletzt werden auch Praktikabilitätsabwägungen (vgl. S. 561 ff.) sowie Argumente nachgewiesen, die *Simon* kritisch als „nichtssagende Floskeln und überflüssige Phrasen“ (vgl. S. 571) einordnet, insbesondere die „Argumentation aus dem Wesen“ einer Sache.

5. Im letzten größeren Abschnitt behandelt *Simon* noch einmal übergreifende Gesichtspunkte (S. 577 ff.), welche teilweise bei den einzelnen zu den Auslegungsmethoden dargestellten Entscheidungen bereits erwähnt worden, nun jedoch gleichsam „kanonübergreifend“ noch einmal gesammelt und pointierter herausgearbeitet werden:

a) Es geht hier zunächst um allgemeine methodologische Aussagen, sei es zu einzelnen Auslegungsmethoden, sei es zur – in der Rechtsprechung nicht generell entschiedenen – Rangfolge der Kanones (wobei *Simon* überzeugend darauf hinweist, dass die Einhaltung einer bestimmten

Rangfolge für das Revisionsgericht auch deswegen oftmals nicht sinnvoll erscheint, da es in dem rechtlich bereits sehr stark „vorbearbeiteten“ Fall unmittelbar auf die „bereits ausgearbeiteten Auslegungshypothesen“ zurückgreifen und somit „zugleich auf bestimmte Kriterien (...) „springen““ kann, vgl. S. 462).

b) Ein weiterer übergreifender Gesichtspunkt betrifft Rechtsprechungsänderungen, bei denen dargestellt wird, wie diese vom BGH begründet werden und in welchen Konstellationen die Wahrscheinlichkeit für solche Änderungen besonders groß ist (insbesondere dann, wenn begrifflich-systematische Argumente für ein anderes Ergebnis streiten als materiell-teleologische Gesichtspunkte, vgl. S. 593).

c) Schließlich werden Aussagen über das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung nachgezeichnet, wobei *Simon* die allgemeine Gesetzesbindung und Art. 103 II GG offenbar nicht nur als allgemeine und spezielle Norm einer Bindung, sondern als zwei generell verschiedene Aspekte betrachtet. Den etwas versteckten, aber nicht weniger interessanten Schluss schließlich bildet eine kurze Zusammenstellung solcher Vorschriften, welche „die Rechtsprechung der Nachkriegszeit immer wieder dazu veranlasst oder genötigt“ haben, „das methodologische Instrumentarium an seine Grenzen zu führen“ (vgl. S. 610).

IV. Ausgesprochen positive Hervorhebung verdienen die von *Simon* angefertigten Register: Sie unterscheiden sich wohltuend von den gelegentlich scheinbar nur widerwillig (und auf Druck der Verlage) erstellten Sachwortregister in Dissertationen und beinhalten neben dem üblichen Literaturverzeichnis (bei dem als besonderer Service allerdings häufig vermerkt ist, auf welche Entscheidungen sich ein Beitrag vorrangig bezieht) und Sachwortverzeichnis auch ein Entscheidungs-, Gesetzes- sowie Personenregister. Damit wird die enorme von *Simon* verarbeitete Materialfülle trotz eines Gesamtumfangs von über 600 Seiten auch für den an einer Detailfrage interessierten Leser handhabbar.

V. Die vorangegangene Zusammenfassung lässt allenfalls erahnen, welche Materialfülle vom Verfasser nicht nur gesichtet, sondern auch sinnvoll verarbeitet wurde. Sicher wäre es denkbar, die Thematik der „Gesetzesauslegung im Strafrecht“ stärker, als *Simon* es tut, mit eigenen Stellungnahmen (nicht nur zu den zahllosen Einzelproblemen, zu denen solche immer wieder – und oftmals sehr scharfsinnig, vgl. nur S. 42 Fn. 6 oder S. 212 bei Fn. 44 – erfolgen, sondern auch zum grundsätzlichen Verständnis der Rechtsgewinnung) und Konzeptionen zu bearbeiten. Dabei hätten bei einer genuin rechtstheoretisch ausgelegten Arbeit die neuere Methodendiskussionen sowie die juristische Argumentationstheorie etwas weniger zurückhaltend aufgegriffen werden können, was zwar auf den ersten Blick zu einer weniger „praxisimmanenten“ als vielmehr „praxistranszendenten“ Beobachterperspektive geführt hätte, gerade dadurch jedoch manchen Vorgang in der Praxis noch besser hätte erklären können. Allerdings handelt es sich dabei natürlich um

eine sehr persönliche Entscheidung, welche Ziele ein Verfasser mit seiner Untersuchung vorrangig erreichen möchte, und auch in der gegenwärtigen Form ist *Simons* Untersuchung – obgleich er sie selbst bescheiden in gewisser Hinsicht nur als „Kompendium“ einstuft (vgl. S. 17) – keineswegs „nur“ fleißig, sondern durchaus auch in hohem Maße analytisch. Wer sich in Zukunft mit der Gesetzesauslegung im Strafrecht befasst, wird an der profunden Arbeit nicht vorbeikommen. Nicht zuletzt auch wegen der o.g. ausgezeichneten Register handelt es sich um eine wahre Fundgrube, auf die gewiss nicht nur aus rechtstheoretischer Sicht, sondern auch bei der Suche nach konkreten Argumenten für Einzelprobleme zurückgegriffen werden kann und wird. Es bleibt nur zu hoffen, dass diejenigen, die die Früchte der unermüdlichen Arbeit *Simons* für sich nutzen, diese auch gebührend würdigen (d.h. entsprechend nachweisen, wo sie gegebenenfalls die Zusammenstellung dieser so wertvollen Auswertungen der Rechtsprechung gefunden haben).

Prof. Dr. **Hans Kudlich**, Universität Erlangen-Nürnberg.

Stefan Trechsel: Human Rights in Criminal Proceedings; Oxford University Press 2005; 611 Seiten; unter Mitarbeit von *Sarah J. Summers*; ISBN 0198299362; 128,50 €.

I. Das gestiegene deutsche Interesse an der EMRK und ihrer Auslegung hat nach einer langen Durststrecke zu einer Reihe deutschsprachiger Veröffentlichungen geführt, welche das Literaturangebot wesentlich verbessert haben. Die EMRK erfordert aber eine auch praktisch völkerrechtlich eigenständige und für alle Vertragsstaaten gleiche Auslegung, während in deutschen Werken oft eine sogleich betont vom Standpunkt der deutschen Rechtsordnung her fragende Erörterung der EMRK zu verzeichnen ist. Schon aus diesem Grund ist die hier vorzustellende englische Publikation zu den Menschenrechten im Strafverfahren auch für das deutsche Strafrecht bedeutsam. Dies gilt im Besonderen deshalb, weil das Buch von dem letzten Präsidenten der früheren europäischen Menschenrechtskommission *Stefan Trechsel* verfasst worden ist, der fraglos als besonderer, „intimer“ Kenner der konventionsgegründeten Menschenrechtsmaßstäbe gelten darf und der als emeritierter schweizerischer Hochschullehrer auch mit kontinentalen Inquisitionsprozessen bestens vertraut ist. Hinzu kommt die tragende Mitarbeit seiner zu Art. 6 EMRK forschenden schottischen Doktorandin *Sarah J. Summers*, LL B, die derzeit auch in Freiburg am MPI für ausländisches und internationales Strafrecht tätig ist.

II. Wie ist das Buch angelegt? *Trechsel* führt zunächst in die Anlage des Buches ein und erklärt damit, dass es jene Menschenrechte darstellt, welche im Strafverfahren typisch auf Grund einer positivrechtlichen Anerkennung zur Geltung kommen. Damit wird etwa auch der IPbPR einbezogen. Eingangs stellt er den vom EGMR fortentwickelten Anwendungsbereich der strafrechtlichen Garantien der EMRK dar (S. 13-42). Darauf folgend behan-

delt *Trechsel* im zweiten Teil des Buches intensiv die allgemeinen Garantien der insbesondere von Art. 6 EMRK gewährten Verfahrensfairness (S. 45 bis 149). Dargestellt werden etwa die Gebote der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit des Gerichts, die Waffengleichheit und das Recht auf Verfahrensbeschleunigung. Den dritten Hauptteil seines Werks widmet er den spezifischen Rechten der Verteidigung, welche er insbesondere aber nicht ausschließlich Art. 6 II und III EMRK entnimmt (S. 153-402). Hier werden beispielsweise die Unschuldsvermutung und das Recht auf formelle Verteidigung behandelt, ebenso aber auch das Prinzip *ne bis in idem*. Zusammen genommen stellen die Teile zwei und drei des Werks vollständig die Verfahrensrechte des Angeklagten im Strafverfahren dar. Im letzten, vierten Teil des Buches werden strafrechtliche Zwangsmaßnahmen einschließlich der Rechte Inhaftierter erörtert (S. 405-561). Den Schwerpunkt bildet hier der auch für die deutsche Rechtsordnung sehr bedeutsame Art. 5 EMRK (S. 405-533). Weitere, oft in menschenrechtliche Garantien eingreifende strafrechtliche Ermittlungsmaßnahmen werden sodann in einer eher knapperen Form dargestellt (S. 534-561). Aufgegriffen wird in diesem Zusammenhang im Wesentlichen Art. 8 EMRK. Der gerade im Kontext formeller Verteidigung relevante Art. 10 EMRK bleibt so unerörtert (vgl. aber z.B. m.w.N. *Steur v. Niederlande*, JR 2004, 339 ff.). Eine Bibliographie ausgewählter Publikationen zu den behandelten Rechten rundet die Arbeit ab (S. 562-581), der auch ein gelungenes Stichwortverzeichnis (S. 582-611) und – wie in anglo-amerikanischen Publikationen üblich – ein Fallverzeichnis (XXXV-CVI) beigelegt sind.

III. Die inhaltlichen Ausführungen *Trechsel*s können hier nicht im Einzelnen besprochen werden. Festhalten lässt sich jedoch, dass *Trechsel* eingehende Darstellungen der Rechtsprechung gelungen sind, die beeindruckend kenntnisreich und eingängig den Auslegungsstand der Menschenrechte im Strafverfahren wiedergeben. Es wird eine originär konventionsrechtliche Erörterung geboten, die insbesondere nicht nur selektiv Entscheidungen zu bestimmten Staaten oder gar nur deutsch übersetzte Entscheidungen zur Feststellung des menschenrechtlichen Standards heranzieht. Mit dieser Herangehensweise entgegen *Trechsel* und *Summers* bei den behandelten Rechten keine wichtigen Entscheidungen. So findet sich im *Trechsel* beispielsweise auch die vom EGMR anerkannte *Maxime nullum iudicium sine lege* als Erfordernis des Art. 6 EMRK wieder (S. 110 f.), die in deutschen Publikationen regelmäßig unbeachtet bleibt.

Trechsel stellt zudem nicht nur dar, sondern – was er anfangs betont (S. 11) – er erwägt jeweils auch die Sinnhaftigkeit insbesondere der EGMR-Rechtsprechung und spart so auch nicht mit Kritik. Er schreibt dabei weder als „Menschenrechtseнтуhiast“, der allseits auf eine Verabsolutierung der Menschenrechte aus ist (vgl. nur beispielhaft auch im Kontext der Anerkennung von Opferrechten S. 10 f., 206 f., 321, 41 f. und, etwas erstaunlich, S. 269), noch lässt er es z.B. an deutlichen Worten bzw. an unbequemen Positionen etwa zu Guantanamo fehlen (vgl. S. 8; auch zum unerreichbaren Belastungszeugen

treffend S. 314 f.). Die von *Trechsel* zusammengetragenen und dargestellten Rechtsprechungen sowie seine diesbezüglichen Stellungnahmen werden je nach Fragenkreis einerseits Verteidigern bislang in Deutschland eher unterbestimmte Verteidigungsansätze eröffnen. Andererseits werden sie auch mit ihrem Gesamtüberblick über die Rechtsprechung überzeugender zeigen, weshalb eher verurteilungszuträgliche Verfahrenshandhabungen der EMRK entsprechen könnten.

Ob man *Trechsel's* Auffassung bzw. Kritik jeweils folgen sollte, ist hier nicht umfassend auszudiskutieren. In jedem Fall stellen seine Ausführungen bedeutsame Stellungnahmen dar, die auch in Deutschland für Praxis und Wissenschaft keine *terra incognita* bleiben dürfen, sondern vielmehr zur Rechtsfindung im Kontext der EMRK herangezogen werden sollten. Aus Sicht des Rezensenten ist etwa die Kritik hinsichtlich der vom EGMR verkanteten, stets möglichen verfahrensprägenden Wirkung der ersten Beschuldigtenbefragung zu begrüßen (vgl. S. 283). Eher bedenklich erscheint demgegenüber die Kritik an der Anerkennung der Gesetzlichkeit des Strafverfahrens (vgl. S. 110 f.). *Trechsel* schätzt hier im Ergebnis den – bei der Verfahrensmithilfe des auch gesetzgebenden Staates *nicht* gleichermaßen einzuwendenden – verfahrensrechtlichen Vertrauensschutz als Aspekt einer wirksamen Verteidigung zu gering: Verteidigung, die wirksam sein soll, muss davor geschützt sein, dass sie ohne weiteres durch veränderte Verfahrensregeln – die typisch mittelbar als veränderte *Entscheidungsbedingungen* wir-

ken – nachträglich entwertet oder durch unsicherere Rechtsmaßstäbe zuvor verunsichert wird (vgl. demnächst auch *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, insbesondere Kap. C § 3 IV 5; Kap. F § 2 IV [Diss. Univ. Zürich 2005, zur Publikation in den Strafrechtlichen Abhandlungen N.F. bei Duncker & Humblot in Vorbereitung.]).

IV. Zusammen genommen stellt sich das Buch von *Trechsel* und *Summers* als eine ganz beträchtliche Bereicherung des strafverfahrensrechtlichen Schrifttums dar. Das Werk ähnelt einem Spezialkommentar und weist insbesondere durch seine originär europäische Anlage gegenüber manchen deutschen Publikationen nicht geringe Vorzüge auf. Die Abfassung auf Englisch dürfte nicht all zu viele Juristen deutscher Muttersprache von diesem Buch ausschließen, so dass sein Einsatz auch im Wege des Zitats nahe liegt. Zwar bedeutet der Preis des Werks – das offenbar Ende 2006 auch als günstigeres aber kürzeres Taschenbuch erscheinen soll – kein „Schnäppchen“. Die Anschaffung des Werks und die Arbeit mit demselben kann aber jedem empfohlen werden, der eine dogmatisch durchdachte Wahrung der Menschenrechte im Strafverfahren zu seinem juristischen Arbeitsstandard zählen möchte.

Karsten Gaede Hamburg/Karlsruhe

Vollständige Rechtsprechung des BGH

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen.

1. EuGH Rs. C-105/03 – Urteil der Großen Kammer des EuGH vom 16. Juni 2005 (Fall Maria Pupino)

Unmittelbare Wirkung von Rahmenbeschlüssen (gemeinschaftsrechtskonforme bzw. unionsrechtskonforme Auslegung im Strafverfahren im Rahmen der dritten Säule; intergouvernementale Zusammenarbeit; teleologische Auslegung); polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; Stellung des Opfers im Strafverfahren; Schutz gefährdeter Personen (Vernehmung Minderjähriger als Zeugen); Vorabentscheidungsverfahren; Zuständigkeit des EuGH (Ermittlungsrichter als Gericht; Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit); Recht auf ein faires Verfahren (konventionskonforme Auslegung des Unionsrechts bzw. des Gemeinschaftsrechts); redaktioneller Hinweis.

Rahmenbeschluss 2001/220/JI; Art. 34 Abs. 2 EU; Art. 35 EU; Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 234 EG

2. BGH 2 StR 272/05 - Urteil vom 25. November 2005 (LG Gera)

BGHSt; nachträgliche Sicherungsverwahrung (Antrag; Begründungserfordernis; neue Tatsache; erhebliche Gefahr); Rückwirkungsverbot (Rechtsstaatsprinzip; Ver-

trauensschutz); erneute Hauptverhandlung (rechtliches Gehör; faires Verfahren); Vorverurteilung (Einzelstrafe; Gesamtstrafe; Katalogtat); Recht auf Freiheit und Sicherheit.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 EMRK; § 275a Abs. 1 StPO; § 66 StGB; § 66b Abs. 1 und 2 StGB

3. BGH 2 StR 296/05 - Urteil vom 16. November 2005 (LG Darmstadt)

Strafzumessung (Berücksichtigung der Verfahrensdauer; Vereinbarung zwischen den Verfahrensbeteiligten); Bewertungseinheit (Zweifelssatz; willkürliche Zusammenfassung).

§ 46 Abs. 2 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 52 StGB

4. BGH 2 StR 329/05 - Beschluss vom 2. November 2005 (LG Erfurt)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154 Abs. 2 StPO

5. BGH 2 StR 375/05 - Urteil vom 14. Dezember 2005 (LG Trier)

Beweiswürdigung bei „Aussage gegen Aussage“ (Zweifelsatz; Feststellung eines dritten Geschehensablaufs).
§ 261 StPO

6. BGH 2 StR 390/05 - Beschluss vom 23. November 2005 (LG Aachen)

Geiselnahme; Beschwer.
§ 239b StGB; vor § 296 StPO

7. BGH 2 StR 393/05 - Urteil vom 30. November 2005 (LG Köln)

Mord (Heimtücke; niedrige Beweggründe); besondere Schwere der Schuld (Gesamtwürdigung; mehrere Mordmerkmale; Doppelverwertungsverbot); Tateinheit (natürliche Handlungseinheit; einheitlicher Tatentschluss); Tatmehrheit.
§ 211 StGB; 46 StGB; § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

8. BGH 2 StR 431/05 - Beschluss vom 30. November 2005 (LG Meiningen)

Ablehnung eines Beweisantrags (Wahrunterstellung; Bedeutungslosigkeit).
§ 244 Abs. 3 StPO

9. BGH 2 StR 435/05 - Beschluss vom 9. Dezember 2005 (LG Köln)

Zurückweisung einer Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (fehlende Begründung; Heilung durch ein Verfahren gemäß § 27 StPO); Entziehung der Fahrerlaubnis (Bereitschaft zur Unterordnung der Sicherheit des Straßenverkehrs).
§ 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 27 StPO; § 69 StGB

10. BGH 2 StR 441/05 - Beschluss vom 30. November 2005 (LG Köln)

Raub mit Todesfolge; Urteilsgründe.
§ 251 StGB; § 267 Abs. 4 StPO

11. BGH 2 StR 455/05 - Urteil vom 7. Dezember 2005 (LG Darmstadt)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Betäubungsmittelabhängigkeit; schwere Persönlichkeitsveränderungen; Beschaffungsstaten).
§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

12. BGH 2 StR 457/05 - Beschluss vom 16. November 2005 (LG Aachen)

BGHSt; Nichtvereidigung (wesentliche Förmlichkeit); Antrag auf Vereidigung.
§ 273 StPO; § 274 StPO; § 59 StPO; § 48 OWiG

13. BGH 2 StR 466/05 - Urteil vom 14. Dezember 2005 (LG Limburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe); Beweiswürdigung (Gesamtwürdigung; Tatherrschaft).
§ 29a BtMG; § 25 Abs. 1 StGB; § 27 StGB

Zwar kann auch eine eigennützige Förderung fremder Umsatzgeschäfte den Begriff des täterschaftlichen Han-

deltreibens erfüllen, da der weit auszulegende Begriff des Handeltreibens jede eigennützige, den Umsatz fördernde Tätigkeit umfasst. Dennoch muss der Tatrichter nach allgemeinen Grundsätzen auf Grund einer wertenden Betrachtung aller von der Vorstellung des Täters umfassten Umstände im Rahmen einer Gesamtwürdigung entscheiden, ob dieser als Mittäter oder nur als Gehilfe an der Straftat beteiligt war. Dabei sind insbesondere der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft zu berücksichtigen.

14. BGH 2 ARs 433/05 / 2 AR 229/05 - Beschluss vom 23. November 2005

Ablehnung eines Staatsanwalts wegen Besorgnis der Befangenheit.
§ 22 StPO

15. BGH 2 StR 474/05 - Beschluss vom 7. Dezember 2005 (LG Gera)

Vergewaltigung mit Todesfolge (lebenslange Freiheitsstrafe; Leichtfertigkeit; Vorsatz).
§ 15 StGB; § 176b StGB; § 178 StGB

16. BGH 2 StR 508/05 - Beschluss vom 14. Dezember 2005 (LG Frankfurt)

Wahrunterstellung (Nichteinhaltung); Betrug; Beruhen.
§ 244 Abs. 3 StPO; § 263 StGB; § 337 StPO

17. BGH 2 StR 557/04 - Urteil vom 30. November 2005 (LG Darmstadt)

Aufklärungspflicht (Hilfsbeweisantrag); Augenscheinsbeweis; Verbot der Beweisantizipation; Vorsatz (Überzeugungsbildung; Mangel äußerer Indizien; Plausibilität).
§ 244 Abs. 2 und Abs. 3 StPO; § 15 StGB; § 261 StPO

18. BGH 2 ARs 384/05 / 2 AR 216/05 - Beschluss vom 7. Dezember 2005

Zuständigkeitsbestimmung; Zweckmäßigkeit.
§ 42 Abs. 3 JGG

19. BGH 2 ARs 446/05 / 2 AR 213/05 - Beschluss vom 9. Dezember 2005

Zuständigkeitsbestimmung.
§ 12 StPO

20. BGH 3 StR 371/05 - Beschluss vom 2. November 2005 (LG Oldenburg)

Recht auf ein faires Verfahren (mangelhafte Verteidigung; Anwaltszwang); Revisionsbegründung durch einen Rechtsanwalt (gestaltende Mitwirkung).
Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 345 Abs. 2 StPO

21. BGH 3 StR 328/05 - Beschluss vom 6. Oktober 2005 (LG Wuppertal)

Feststellung einer schweren anderen seelischen Abartigkeit; Feststellung erheblich eingeschränkter Steuerungsfähigkeit; sachverständige Beratung; Aufgaben des Sachverständigen; Urteilsformel.
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 55 StGB; § 63 StGB; § 72 StPO

22. BGH 3 StR 333/05 - Beschluss vom 3. November 2005 (LG Koblenz)

Unterstützung des organisatorischen Zusammenhalts eines verbotenen Vereins (Kalifatsstaat; Zeitschriftenabonnements); Bestandskraft eines Vereinsverbots (Zäsurwirkung; Handlungseinheit).

§ 20 VereinsG; § 85 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

23. BGH 3 StR 379/05 - Beschluss vom 17. November 2005 (LG Mönchengladbach)

Strafzumessung (Begründung; Ausschöpfung des Strafrahmens).

§ 46 StGB; § 212 StGB

24. BVerfG 2 BvR 1514/03 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. November 2005 (OLG Karlsruhe)

Rechtsweggarantie (Effektivität der gerichtlichen Kontrolle; fortbestehendes Rechtsschutzinteresse: Menschenwürde, kein Entfallen bei nicht verbesserndem Verlegungsangebot); Rechtsbeschwerde (Strafvollzug; Verwerfung; Zulässigkeit); Haftbedingungen (Unterbringung mit einer weiteren Person in einem Haftraum von etwa achteinhalb Quadratmetern; WC-Abtrennung nur durch Schamvorhang).

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK; Art. 3 EMRK; Art. 3 EMRK; § 116 StVollzG

25. BVerfG 2 BvR 673/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Dezember 2005 (LG Essen/AG Essen)

Freiheit der Berufsausübung (Schranken; vorläufiges Berufsverbot); Anordnung (Gefahr von berufsbezogenen Taten von erheblichem Gewicht; Erforderlichkeit einer Anordnung vor rechtskräftigem Abschluss des Hauptverfahrens; Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter; Begründungserfordernisse); Prognose (Arzt; Steuervergehen; Anstiftung von Patienten zum Diebstahl; einmaliger sexueller Übergriff).

Art. 12 Abs. 1 GG; § 132a StPO; § 70 StGB

26. BVerfG 2 BvR 792/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. November 2005 (OLG Hamm/LG Paderborn)

Recht auf ein faires Verfahren (Bestellung eines Pflichtverteidigers im Überprüfungsverfahren nach § 67e StGB); Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage (19-jähriger Freiheitsentzug; Sachverständigenprognose; Pseudo-Intellektualisierung; juristische Kenntnisse; keine abgeschlossene Schul- oder Berufsausbildung); Freiheit der Person (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Gutachten; Beauftragung einer nichtärztlichen Psychologin).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK; § 140 StPO; § 463 Abs. 3 StPO; § 454 StPO; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB; § 67e StGB

27. BGH 1 StR 169/05 – Beschluss vom 24. November 2005 (LG Hechingen)

Untreue; Verfahrenseinstellung gemäß § 154 StPO.

§ 266 StGB; § 154 Abs. 2 StPO

28. BGH 1 StR 218/05 – Beschluss vom 27. Oktober 2005 (LG Deggendorf)

Entschädigungsansprüche bei fortdauernder Untersuchungshaft (Ausschlussgründe: widersprüchliches Aussageverhalten; Erörterungspflicht bei Zuspreechung einer Entschädigung).

§ 5 StrEG; § 6 StrEG; § 112 StPO; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 EMRK

29. BGH 1 StR 324/05 – Beschluss vom 25. Oktober 2005 (LG Amberg)

Nachträgliche Anordnung der ursprünglich vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (Vollzugsverhalten; Darlegungsobliegenheiten; Delikte gegen die Person und gegen das Vermögen; Berücksichtigung der Anlasstat); Sechsmonatsfrist des § 66a Abs. 2 Satz 1 StGB (Revisibilität; Beruhen; nur Zurechnung direkt im Verantwortungsbereich der Justiz liegender Verzögerungsgründe).

§ 66b StGB; § 66a StGB

30. BGH 1 StR 347/05 – Beschluss vom 6. Dezember 2005 (LG Bayreuth)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

31. BGH 1 StR 386/05 – Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Kempten)

Schwere Vergewaltigung; Hinweispflicht (Änderung des anwendbaren Strafgesetzes; negative Beweiskraft des Protokolls; Protokollberichtigung; wesentliche Verfahrensförmlichkeit).

§ 177 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StGB; § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 265 StPO; § 274 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK

32. BGH 1 StR 391/05 – Urteil vom 7. Dezember 2005 (LG Regensburg)

Transfusionsgesetz; fahrlässige Tötung; Körperverletzung mit Todesfolge (Vornahme einer medizinisch nicht gebotenen Operation nach unzulänglicher Aufklärung) in Tateinheit mit Totschlag (unzulängliche Rettungsbemühungen); Strafzumessung.

§ 213 StGB; § 227 Abs. 2 StGB; § 213 StGB; § 46 StGB; TFG

33. BGH 1 StR 396/05 – Beschluss vom 16. November 2005 (LG Ellwangen)

Anhörungsruhe; rechtliches Gehör.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

34. BGH 1 StR 410/05 – Urteil vom 13. Dezember 2005 (LG Memmingen)

Bedingter Tötungsvorsatz bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen gegen ein Kind (Beweiswürdigung; Abgrenzung zur Fahrlässigkeit; Begriff der äußerst gefährlichen Gewalthandlungen); Unterlassensstrafbarkeit (Abgrenzung zum positiven Tun); erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit.

§ 15 StGB; § 261 StPO; § 212 StGB; § 13 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

35. BGH 1 StR 416/05 – Beschluss vom 25. Oktober 2005 (LG Augsburg)

Antrag des Angeklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision (Rechtsmittelverzicht nach Verfahrensabsprache: qualifizierte Belehrung, sprachliche Schwierigkeiten, behauptete willenswidrige Erklärung durch den Verteidiger).

Vor § 1 StPO; § 44 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 20 Abs. 3 GG

36. BGH 1 StR 432/05 – Beschluss vom 22. November 2005 (LG Traunstein)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

37. BGH 1 StR 436/05 – Beschluss vom 23. November 2005 (LG Landshut)

Unzulässigkeit der Revision infolge wirksam erklärter Revisionsrücknahme (Feststellung allein durch das Revisionsgericht).

§ 349 Abs. 1 StPO

38. BGH 1 StR 441/05 – Urteil vom 6. Dezember 2005 (LG Augsburg)

Nachträgliche Unterbringung des Betroffenen in Sicherungsverwahrung (Entscheidung auf Antrag der Staatsanwältin auf Grund mündlicher Hauptverhandlung; keine ausnahmsweise Entscheidung durch Beschluss; Prüfungspflicht des Gerichts bei mangelhaften Anträgen des Staatsanwaltschaft); Analogie im Strafverfahren; Recht auf ein faires Verfahren; Recht auf Verfahrensbeschleunigung.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 66b StGB; § 275a StPO

39. BGH 1 StR 443/05 – Beschluss vom 24. November 2005 (LG München)

Ablehnung eines Beweisantrags (Wahrunterstellung; Widerspruch und Ziehung eines anderen Schlusses; Beweisantizipation).

§ 244 Abs. 3 StPO

40. BGH 1 StR 447/05 – Beschluss vom 9. November 2005 (LG Baden)

BGHSt; Widerspruchslösung: Bindung an den unterlassenen oder verspäteten Widerspruch bei der Verletzung von Belehrungspflichten nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens nach Zurückverweisung der Sache (Rügepräklusion; Prozessverantwortung des Verteidigers und unzureichende Verteidigung); Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren (Belehrungspflicht); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO

41. BGH 1 StR 454/05 – Beschluss vom 23. November 2005 (LG Rottweil)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

42. BGH 1 StR 464/05 – Beschluss vom 24. November 2005 (LG Ravensburg)

Verwerfung der Revision als unzulässig (wirksamer Rechtsmittelverzicht; Verfahrensabsprache; qualifizierte Belehrung).

§ 349 Abs. 1 StPO; 302 Abs. 1 StPO

43. BGH 1 StR 474/05 – Beschluss vom 23. November 2005 (LG Offenburg)

Strafverfolgungsverjährung; Aufrechterhaltung des Strafausspruchs (angemessene Rechtsfolge; strafschärfende Berücksichtigung verjährter Straftaten; gesetzlicher Richter; Rechtsweggarantie; rechtliches Gehör; faires Verfahren).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

44. BGH 1 StR 513/05 – Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Rottweil)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

45. BGH 1 StR 571/04 – Urteil vom 22. November 2005 (LG München)

Zur Untreue durch Geldtransferleistungen innerhalb einer Unternehmensgruppe (Fall Kinowelt; Bürgschaftserklärung; unterschiedliche Beteiligungsverhältnisse; Überweisungen auf ein Privatkonto; Pflichtwidrigkeit beim Handeln des Vorstandes; Risikogeschäfte: unter Umständen übliche, ungesicherte Kapitaltransfers in einem Konzern; Put-Optionen; Vermögensfürsorgepflicht; Vermögensbetreuungspflicht).

§ 266 StGB; § 765 BGB; § 387 BGB; § 350 HGB; § 15 AktG

46. BGH 4 StR 139/05 – Urteil vom 25. Oktober 2005 (LG Dortmund)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Prüfung auf eine Verfahrensrüge: BGHSt 49, 342; Gesamtbetrachtung: verfahrensabschnittsbezogene Detailprüfung); Recht auf eine Beschwerde; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

47. BGH 4 StR 243/05 – Urteil vom 24. November 2005 (LG Neubrandenburg)

Täterschaft und Teilnahme beim Mord (Akzessorietät; täterbezogene und tatbezogene Mordmerkmale; versuchte Anstiftung zum Mord; Habgier; niedrige Beweggründe bei der Tötung des Ehepartners; Anstiftersvorsatz; Konkurrenzen bei den Tötungsdelikten).

§ 211 StGB; § 28 StGB; § 29 StGB; § 30 StGB; § 26 StGB; § 52 StGB; § 15 StGB

48. BGH 4 StR 286/05 – Urteil vom 13. Oktober 2005 (LG Halle)

Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsan-

stalt (hinreichend konkrete Aussicht eines Behandlungserfolges); Beweiswürdigung (Tötungsvorsatz: voluntatives Element; Hemmschwelle bei Tötungsdelikten).
§ 64 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

49. BGH 4 StR 334/05 – Beschluss vom 17. November 2005 (LG Kassel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

50. BGH 4 StR 337/05 – Urteil vom 10. November 2005 (LG Dortmund)

Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch des Totschlages (unbeendeter Versuch).
§ 24 StGB; § 22 StGB; § 212 StGB

51. BGH 4 StR 341/05 – Urteil vom 17. November 2005 (LG Halle)

Beweiswürdigung (Zweifelsgrundsatz; Grenzen der Revisibilität).
§ 261 StPO

52. BGH 4 StR 397/05 – Beschluss vom 1. Dezember 2005 (LG Detmold)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

53. BGH 4 StR 418/05 – Beschluss vom 2. November 2005 (LG Dessau)

BGHSt; Besetzung der großen Straf- bzw. Jugendkammer (Nachholung einer zunächst unterbliebenen Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens; keine Mitwirkung der Schöffen; reduzierte Besetzung); wirk-samer Eröffnungsbeschluss.
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 76 GVG; §§ 33a, 33b JGG; § 199 StPO; § 200 StPO; § 30 Abs. 1 GVG; § 77 GVG

54. BGH 4 StR 431/05 – Beschluss vom 10. November 2005 (LG Siegen)

Fahrlässiger gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konstitutiver Schädigungsvorsatz).
§ 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 StGB

55. BGH 4 StR 464/05 – Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Bielefeld)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung und Recht auf Beschwerde (Kompensation und „angemessene Rechtsfolge“ nach § 354 Abs. 1a StPO).
Art. 6 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 349 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

56. BGH 4 StR 483/05 – Beschluss vom 9. November 2005 (LG Münster)

BGHSt; Eingangserfordernis der „neuen Tatsache“ bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung (Sorgfalt des Tatrichters: Erkennbarkeit; Erheblichkeit der neuen Tatsache; prognoserelevanter symptomatischer Zusammenhang mit der Anlassverurteilung; Rechtsstaatsprinzip; Rechtssicherheit; enge, verfassungskonforme Auslegung); Recht auf Freiheit und Sicherheit; redaktioneller Hinweis.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 EMRK; § 66b StGB; § 66 StGB; § 66a StGB

57. BGH 4 StR 506/05 – Beschluss vom 1. Dezember 2005 (LG Dortmund)

Nötigung als Erfolgsdelikt (Abgrenzung vom notwendigen Erfolg der Körperverletzung; unselbständiger Teil der für die Körperverletzung aufgewendeten Gewalt; versuchte Nötigung: Feststellung weitergehender Ziele); Aufrechterhaltung des Strafausspruchs (angemessene Rechtsfolge; gesetzlicher Richter; rechtliches Gehör; Rechtsweggarantie; Recht auf ein faires Verfahren).
§ 240 StGB; § 223 StGB; § 22 StGB; § 354 Abs. 1 a StPO; Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG

58. BGH 4 StR 521/05 – Beschluss vom 24. November 2005 (LG Essen)

Aufrechterhaltung des Strafausspruchs (angemessene Rechtsfolge; gesetzlicher Richter; rechtliches Gehör; Rechtsweggarantie; Recht auf ein faires Verfahren).
§ 354 Abs. 1 a StPO; Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG

59. BGH 4 StR 530/05 – Beschluss vom 21. Dezember 2005 (LG Rostock)

Fehlerhafte Beweiswürdigung zur inneren Tatseite (versuchte schwere Brandstiftung; voluntatives Element des Vorsatzes); Missbrauch von Notrufen.
§ 261 StPO; § 306a StGB; § 22 StGB; § 15 StGB; § 145 Abs. 1 Nr. 1 StGB

60. BGH 4 StR 531/05 – Beschluss vom 20. Dezember 2005 (LG Kassel)

Verwerfung als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

61. BGH KRB 2/05 – Beschluss vom 28. Juni 2005 OLG Düsseldorf)

BGHR; Verjährungsunterbrechung gegenüber Organen (Wirkung für verjährte Handlungen anderer Organe bei der Bemessung des Bußgeldes gegen das Unternehmen); Beurteilung des wirtschaftlichen Vorteils (Vermögensschadens) bei Kartellabsprachen (Submissionsbetrug) mit Blick auf die Nachhaltigkeit und Dauer des Kartells (Beweiswürdigung); Konkurrenzen (Zusammenfassung zu einer Bewertungseinheit); Hinwegsetzen.
§ 30 Abs. 1 OWiG; § 38 Abs. 4 Satz 1 a.F. GWB; § 81 Abs. 2 Satz 1 GWB n.F.; § 261 StPO; § 46 OWiG; § 263 StGB; § 1 GWB

62. EGMR Nr. 33354/96 – Urteil vom 27. Februar 2001 (Lucà v. Italien)

Recht auf Konfrontation und Befragung von Mitangeklagten als Zeugen im Sinne der EMRK; Recht auf ein faires Verfahren (gesetzlicher Schuldbeweis; Verbot der Verwertung als entscheidendes oder einziges Beweismittel; Selbstbelastungsfreiheit; Gesamtrecht und Gesamtbe-

trachtung); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2

Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 240 StPO; § 244 Abs. 2
StPO; § 250 StPO; § 251 StPO; § 261 StPO