

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede

Juniorprofessor für deutsches und
europäisches Strafrecht
und Strafverfahrensrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. iur.

Karsten Gaede, RA Dr. iur. Stephan
Schlegel

STÄNDIGE MITARBEITER

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ.

Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,
LLM, (Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz
Eidam, LLM (Bucerius Law School);

Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur
(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr.
Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig);

Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlan-
gen-Nürnberg); StA Dr. Holger Mann,
Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank

Meyer, LLM (Yale), Univ. Zürich; RA
Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof.

Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA
Markus Rübenstahl, mag. iur. (Flick
Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.);

Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law
School Hamburg); RA Dr. Hellen

Schilling, (Frankfurt aM); Prof. Dr.
Christoph Sowada (Univ. Greifswald);
RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg)

und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ.
Zürich)

Publikationen

Dr. *Sascha Ziemann* / RiLG Dr. *Jörg Ziethen*, Frankfurt a.M. – **Der ärztliche Heilein-
griff als „Heilangriff“ – die medizinische Außenseitermethode als gefährli-
che Körperverletzung** S. 394

RA und FA f. StR *Dirk Meinicke*, Hamburg – **Aktuelle strafprozessuale Folgefragen
des „Vorratsdatenurteils“ des BVerfG** S. 398

RA Dr. *Carsten Wegner*, Berlin – **Kenntnis der Finanzbehörde – tatsächlich alles
irrelevant für die Steuerhinterziehung?** S. 404

RA Dr. *Markus Adick*, Bonn – **Zum Begriff der subventionserheblichen Tatsachen
(§ 264 Abs. 8 StGB)** S. 408

Sebastian Bauer, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg – **Public Private Partnership
und Amtsträgerbegriff** S. 410

Dr. *Alexander Bräunig*, Berlin – **Wider die Strafbarkeit von „Hardcore-
Kartellen“ de lege ferenda** S. 425

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

EGMR **Meinungsfreiheit des Whistleblowers (Heinisch vs. Deutschland)**

BVerfG **Fesselung während eines Gerichtstermins**

BGHSt **Keine Kompensation bei Verzögerung durch anderen
Vertragsstaat der EMRK**

BGHR **Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung bei illegalen Beschäfti-
gungsverhältnissen bei § 266a II StGB**

BGH **Verwertung von Bild-Ton-Aufnahmen allein auf Grund einer Ver-
fügung des Vorsitzenden**

BGH **Spezialitätsgrundsatz beim Europäischen Haftbefehl**

BGH **Unterbliebene Bescheidung eines Beweisantrages nach Fristset-
zung**

BGH **Kein Vermögensschaden bei abstraktem Prozessrisiko**

BGH **Begriff der Tat im prozessualen Sinne**

BGH **Opfereigenschaft bei sexuellem Missbrauch Widerstandsunfähi-
ger**

Die Ausgabe umfasst 105 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede
Juniorprofessor für deutsches und europäisches Strafrecht
und Strafverfahrensrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. Karsten Gaede, RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); StA Dr. Holger Mann, Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

12. Jahrgang, Oktober 2011, Ausgabe

10

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

1081. EGMR Nr. 28274/08 (5. Kammer) – Urteil vom 21. Juli 2011 (Heinisch v. Deutschland)

Meinungsfreiheit bei der Strafanzeige des eigenen Arbeitgebers (whistleblowing; Verhältnismäßigkeit; üble Nachrede; Abrechnungsbetrug; Schutz der Ehre und des Rufes des Arbeitgebers).

Art. 10 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 5 GG; § 170 Abs. 2 StPO; § 186 StGB; § 193 StGB; § 263 StGB

1. Schutz der Meinungsfreiheit für die Anzeige einer Mitarbeiterin gegen ihren Arbeitgeber wegen vermeintlich strafbarer Handlungen in seinem Herrschaftsbereich („whistleblowing“) und Verletzung durch eine Kündigung der Mitarbeiterin.

2. Der Staat unterliegt der Pflicht, die Wahrnehmbarkeit der Meinungsfreiheit auch im privaten Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu schützen. Die Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ist jedoch auch hier zu beachten. In Fragen öffentlichen Interesses sind jedoch nur geringe Einschränkungen der Meinungsfreiheit hinzunehmen. Der gutgläubig agierende Arbeitnehmer hat prinzipiell ein Recht, strafbare Handlungen auch seines Arbeitgebers zur Anzeige zu bringen.

3. Die Vertragsstaaten der EMRK dürfen erforderliche, nicht aber exzessive Maßnahmen treffen, um falschen Anschuldigungen entgegenzuwirken, die ohne jeden

Grund oder in bösem Willen gegen den Arbeitgeber erhoben werden. Jede Person, die Informationen preis gibt, muss nach den Umständen des Einzelfalls sorgfältig prüfen, ob die Informationen zutreffend und verlässlich sind. Von dem gutgläubigen Ersteller einer Strafanzeige kann aber vernünftigerweise nicht erwartet werden, vorherzusehen, ob die strafrechtlichen Ermittlungen auch zu einer Anklage führen werden.

983. BVerfG 2 BvR 1739/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. August 2011 (OLG Karlsruhe / LG Freiburg)

Fesselung während eines Gerichtstermins (Anhörung); Rechtsschutzgarantie (Rechtsschutzbedürfnis; gewichtiger Grundrechtseingriff; effektiver Rechtsschutz).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 StVollzG; § 114 Abs. 2 Satz 2 StVollzG

1. Bei gewichtigen Grundrechtsbeeinträchtigungen entfällt das Rechtsschutzinteresse für eine Verfassungsbeschwerde nicht mit der Erledigung der Maßnahme. Dies gilt insbesondere für kurzfristige Eingriffe, bei denen eine vorherige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig nicht erlangt werden kann.
2. Die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes innerhalb angemessener Zeit stellt jedenfalls dann einen gewichtigen Grundrechtsverstoß dar, wenn der dem Eilrechtsschutzbegehren zugrundeliegende Eingriff seinerseits schwer wiegt.
3. Eine Fesselungsanordnung stellt einen gewichtigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) dar.
4. Die Fesselung während eines Gerichtstermins beeinträchtigt außerdem die Möglichkeit des Betroffenen zur Rechtsverteidigung. Daher ist auch im Falle einer ansonsten gerechtfertigten Fesselungsanordnung gesondert zu prüfen, ob die Fesselung während eines Gerichtstermins nicht zumindest teilweise aufgehoben werden kann.
5. Art. 19 Abs. 4 GG gewährt einen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Wirksam ist Rechtsschutz nur, wenn er innerhalb angemessener Zeit gewährt wird.
6. Den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG werden die Gerichte bei Eilanträgen nicht gerecht, wenn sie es versäumen, Vorkehrungen für eine Entscheidung vor Erledigung der angegriffenen Maßnahme zu treffen. Zu den erforderlichen Vorkehrungen gehört es insbesondere, eine zügige Kommunikation mit den Verfahrensbeteiligten sowie eine wirksame Fristkontrolle sicherzustellen.
7. Die Gerichte dürfen auch nach Erledigung des Rechtsschutzbegehrens nicht eine Überprüfung verweigern, ob sie mit ihrer Verfahrensführung dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gerecht geworden sind.
8. Diese Maßgaben für eine Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes beanspruchen auch dann Geltung, wenn die Verzögerungen auf einem bloßen Versehen innerhalb des Justizbetriebes beruhen.

986. BVerfG 2 BvR 507/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. August 2011 (OLG München / LG Augsburg)

Strafaussetzung zur Bewährung (Geldauflage: allgemeine Handlungsfreiheit, Eigentumsfreiheit, Freiheit der Person).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; § 56b StGB, § 56e StGB

1. Die Auflage gemäß § 56b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StGB, einen Geldbetrag zu Gunsten einer gemeinnützigen Organisation zu zahlen, kann insbesondere einen Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) oder ggf. in das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) darstellen.
 2. Eine Geldauflage greift hingegen nicht – auch nicht mittelbar – in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) ein, weil sie oftmals gerade den Verzicht auf die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe ermöglicht und weil ein Verstoß nicht zwingend zum Widerruf der Strafaussetzung führt.
 3. Die verfassungsrechtliche Rüge einer unzureichenden Sachverhaltsaufklärung durch das Gericht bei der Festsetzung einer Geldauflage ist ausgeschlossen, wenn der Verurteilte an der Aufklärung nicht in der ihm obliegenden Weise mitgewirkt hat.
 4. Zur Mitwirkung an der Aufklärung der eigenen Vermögensverhältnisse genügt jedenfalls die Vorlage eines einzelnen Einkommensteuerbescheides aus einem von mehreren relevanten Veranlagungszeiträumen nicht.
 5. Diese Maßstäbe gelten nicht nur für die Verhängung einer Geldauflage, sondern auch im Verfahren der nachträglichen Abänderung einer Auflage nach § 56e StGB.
- 981. BVerfG 2 BvR 942/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Mai 2011 (Hanseatisches OLG / LG Hamburg)**
- Staatlicher Strafanspruch; lebenslange Freiheitsstrafe; Reststrafaussetzung zur Bewährung; Menschenwürde; körperliche Unversehrtheit.
- Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 57a StGB
1. Rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafen sind grundsätzlich auch zu vollstrecken. Dies folgt aus der insbesondere im Rechtsstaatsprinzip begründeten Pflicht des Staates zur Durchsetzung seines Strafanspruchs.
 2. Der staatliche Strafanspruch wird begrenzt von der Menschenwürde des Verurteilten und von dessen Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.
 3. Die Würde des Menschen erfordert eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden. Hiermit ist es unvereinbar, wenn die Aussicht auf Freiheit auf einen von Siechtum und Todesnähe gekennzeichneten Lebensrest reduziert wird.
 4. Das Interesse des Gefangenen an der Erhaltung seiner Gesundheit und Lebensfähigkeit ist in einer Gesamt-

würdigung aller Umstände des Einzelfalls mit dem staatlichen Strafspruch abzuwägen. Dabei sind auch die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit zu berücksichtigen.

5. Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe wird in der Regel unverhältnismäßig, wenn aufgrund des Gesundheitszustands des Verurteilten ernsthaft zu befürchten ist, dass er bei Fortsetzung der Vollstreckung sein Leben verlieren oder schwerwiegenden gesundheitlichen Schäden erleiden wird.

6. Die gebotene Abwägung hat auf der Grundlage einer hinreichenden Tatsachengrundlage zu erfolgen. Hierzu haben die Gerichte den Sachverhalt aufzuklären und gegebenenfalls auch eine ärztliche Stellungnahme über die aktuelle gesundheitliche Verfassung einzuholen. Unbeschadet sachkundiger Ausführungen zur Gesundheit und Gefährlichkeit des Verurteilten obliegt die endgültige Prognoseentscheidung jedoch allein den Vollstreckungsgerichten.

7. Insbesondere, wenn eine lebenslange Freiheitsstrafe als schuldangemessen erachtet worden ist, ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn bei der Entscheidung über die Reststrafaussetzung verbleibende Zweifel an einer hinreichend günstigen Prognose zu Lasten des Verurteilten gehen.

8. Auch soweit die Gerichte von der Möglichkeit der Festsetzung einer Sperrfrist gemäß § 57a Abs. 4 StGB Gebrauch gemacht haben, ist der Verurteilte bei deutlich veränderter Sachlage – hier: erheblich verschlechterte gesundheitliche Umstände – nicht gehindert, einen erneuten Antrag auf Strafaussetzung zu stellen.

982. BVerfG 2 BvR 1083/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Juni 2011 (Saarländisches OLG / LG Saarbrücken / StA Saarbrücken)

Staatlicher Strafanspruch; Haftunterbrechung; Menschenwürde; körperliche Unversehrtheit.
Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 455 Abs. 4 StPO

1. Rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafen sind grundsätzlich auch zu vollstrecken. Dies folgt aus der insbesondere im Rechtsstaatsprinzip begründeten Pflicht des Staates zur Durchsetzung seines Strafanspruchs.

2. Der staatliche Strafanspruch wird begrenzt von der Menschenwürde des Verurteilten und von dessen Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Würde des Menschen erfordert eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden. Hiermit ist es unvereinbar, wenn die Aussicht auf Freiheit auf einen von Siechtum und Todesnähe gekennzeichneten Lebensrest reduziert wird.

3. §§ 56 ff. StVollzG und § 455 Abs. 4 StPO tragen dem Spannungsverhältnis zwischen dem staatlichen Strafanspruch und dem Interesse des Verurteilten an der Wahrung seiner Gesundheit und Erhaltung seiner Lebensfähigkeit grundsätzlich angemessene Rechnung.

4. Angesichts der Bedeutung und Tragweite des Grundrechts des Strafgefangenen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG kann es im Einzelfall geboten sein, eine Strafunterbrechung auch über die in § 455 Abs. 4 StPO ausdrücklich genannten Fälle hinaus zuzulassen. Eine Unterbrechung des Strafvollzuges ist hingegen nicht geboten, soweit einer nahen Lebensgefahr oder schweren Gesundheitsgefahr auch ohne Haftunterbrechung in adäquater Weise begegnet werden kann.

5. Die Entscheidung über die Haftunterbrechung hat die Vollstreckungsbehörde auf der Grundlage einer Tatsachenbasis zu treffen, die ihrerseits auf einer hinreichenden Sachverhaltsaufklärung beruhen muss. Dabei ist sie gehalten, Einzelheiten des Gesundheitszustandes, der Lebenserwartung und der Gefährlichkeit des Verurteilten zu klären. Erforderlichenfalls hat sie eine ärztliche Stellungnahme bzw. ein Sachverständigen-gutachten einzuholen.

984. BVerfG 2 BvR 2135/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juni 2011 (OLG Köln / LG Bonn)

Strafaussetzung zur Bewährung (Strafrest; Prognose; Sachverständiger; Gutachten; Entscheidungskompetenz).
Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 2 GG; § 57 Abs. 1 StGB

1. Bei der Entscheidung über die Aussetzung eines Strafrestes zur Bewährung nach § 57 Abs. 1 StGB handelt es sich um die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts, die grundsätzlich Sache der Strafgerichte ist. Das Bundesverfassungsgericht prüft solche Entscheidungen nur daraufhin nach, ob die Strafgerichte in objektiv unvertretbarer Weise vorgegangen sind oder ob sie die verfassungsrechtliche Bedeutung und Tragweite des durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 104 Abs. 2 GG verbürgten Freiheitsrechts verkannt haben.

2. Die mit der Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung verbundene Prognose trifft allein das Gericht. Hat sich das Gericht eines Sachverständigen bedient, so muss es dessen Gutachten im Hinblick auf das Ergebnis und die Qualität prüfen und kritisch hinterfragen.

3. Die abweichende Beurteilung eines Sachverständigen-gutachtens durch das Gericht ist verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn das Gericht seiner Entscheidung eine vertretbare Abwägung der maßgeblichen Kriterien zugrunde legt. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, wenn es die abgeurteilte Tat, die Vorstrafen, ein Bewährungsversagen und eine Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt anders gewichtet als der Gutachter.

985. BVerfG 2 BvR 2413/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Juli 2011 (Schleswig-Holsteinisches OLG / LG Lübeck)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (richterliche Sachaufklärung; Prognoseentscheidung; Tatsachengrundlage, Gefährlichkeit).
Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67e Abs. 2 StGB

1. Aus den verfahrensrechtlichen Gewährleistungen der Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG folgt in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, dass alle Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer zureichenden richterlichen Sachaufklärung beruhen müssen.
2. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die richterliche Sachverhaltsaufklärung und die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung steigen mit zunehmender Dauer des Freiheitsentzuges.
3. Bei der Prognose über die Gefährlichkeit eines in einem psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten ist das Gericht in der Regel verpflichtet, einen erfahrenen Sachverständigen hinzuzuziehen. Hiervon kann es auch bei einer turnusmäßigen Überprüfung der Unterbringung nach § 67e Abs. 2 StGB nur dann absehen, wenn im Ein-

zelfall anderweitig eine hinreichende Gründlichkeit bei der Entscheidungsfindung gewährleistet ist.

4. Im Falle einer Negativprognose muss die gerichtliche Entscheidung erkennen lassen, dass und aus welchen Gründen das Gericht tatsächlich von der weiterhin bestehenden Gefährlichkeit des Beschwerdeführers überzeugt ist. Dabei sind die Anknüpfungstatsachen darzustellen, aus denen die aktuelle Gefährlichkeit hergeleitet wird.

5. In seine Prognoseentscheidung hat das Gericht insbesondere den bisherigen Therapieverlauf, den aktuellen Zustand des Untergebrachten sowie Art und Maß der von ihm gegenwärtig ausgehenden Gefahr einzustellen. Bei Sexualdelikten ist auch zu erwägen, ob das Risiko weiterer Straftaten durch eine den Sexualtrieb dämpfende Medikation gesenkt werden kann.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

1048. BGH 2 StR 91/11 – Beschluss vom 11. August 2011 (LG Gera)

Versuch der gewerbsmäßigen und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Vorbereitung; unmittelbares Ansetzen; Verabredung zum Verbrechen); Vorbereitung der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Konkurrenzen). § 30 Abs. 2, 3. Var. StGB; § 152a Abs. 1 StGB; § 152b Abs. 1 und 2 StGB; § 22 StGB; § 152a Abs. 5 StGB; § 152b Abs. 5 StGB; § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 52 StGB

1. Nach den allgemeinen Grundsätzen zur Abgrenzung von Vorbereitungshandlungen zum strafbaren Versuch liegt ein unmittelbares Ansetzen bei solchen Handlungen vor, die nach der Vorstellung des Täters in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschreitet, es eines weiteren Willensimpulses nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht, wobei auf die strukturellen Besonderheiten der jeweiligen Tatbestände Bedacht zu nehmen ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH NJW 2010, 623; NStZ 2011, 89).

2. Danach ist ein Versuch des (gewerbs- und bandenmäßigen) Nachmachens von Zahlungskarten mit Garantiefunktion i.S.v. § 152a Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. StGB erst dann

gegeben, wenn der Täter vorsätzlich und in der tatbestandsmäßigen Absicht mit der Fälschungshandlung selbst beginnt. Zum Versuch des Nachmachens setzt daher noch nicht an, wer die aufgezeichneten Datensätze nicht in seinen Besitz bringen und sie deshalb auch nicht an seine Mittäter, die die Herstellung der Kartendoubletten vornehmen sollen, übermitteln kann (vgl. BGH NStZ 2011, 89). Das Anbringen einer Skimming-Apparatur an einem Geldautomaten in der Absicht, dadurch Daten zu erlangen, die später zur Herstellung der Kartendoubletten verwendet werden sollen, ist nur eine als solche straflose Vorbereitungshandlung.

3. Es bleibt offen, ob daneben der Tatbestand der Vorbereitung der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion gemäß § 152a Abs. 5, § 152b Abs. 5, § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllt ist.

997. BGH 3 StR 199/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Schuldunfähigkeit; erheblich verminderte Schuldfähigkeit; eigenständige Beurteilung bei verschiedenartigen Straftaten; einheitliche Beurteilung (einheitliche Handlung). § 20 StGB; § 21 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 29a BtMG

1. Es kommt für die Schuldfähigkeitsbeurteilung darauf an, ob der Täter aufgrund einer bestimmten psychischen Verfassung in der Lage war, einer konkreten Tat Unrechtseinsicht und Hemmungsvermögen entgegenzusetzen.

zen. Die Antwort darauf bezieht sich jeweils auf einen konkreten Rechtsverstoß. Dabei ist in der Rechtsprechung seit jeher anerkannt, dass ein bestimmtes psychisches Störungsbild sich bei Begehung verschiedenartiger Straftaten unterschiedlich auswirken kann.

2. Verwirklicht der Täter aber durch eine einheitliche Handlung zwei Tatbestände, so scheint dem Senat die Schuldfähigkeitsbeurteilung nicht teilbar zu sein. Es kann für diese Entscheidung nicht auf die jeweils unterschiedliche rechtliche Einordnung der Handlung ankommen (nicht tragend).

3. Angst vor Entzugserscheinungen kommt als Ursache für eine relevante Einschränkung der Steuerungsfähigkeit nur in Betracht, wenn ein Angeklagter tatsächlich Angst vor Entzugserscheinungen hatte, die er schon zuvor als äußerst unangenehm erlebt hatte und als nahe bevorstehend einschätzte.

1079. BGH 4 StR 367/11 – Beschluss vom 9. August 2011 (LG München I)

Versuchte Nötigung (Erörterungsmangel hinsichtlich eines freiwilligen Rücktritts bei Tataufgabe auf die Bite des Opfers).

§ 240 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB

1. Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 erste Alternative StGB wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt. Voraussetzung ist, dass der Täter zu diesem Zeitpunkt (Rücktrittshorizont) noch nicht mit einem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges rechnet (unbeendeter Versuch), seine Herbeiführung aber noch für möglich hält (BGHSt 39, 221, 227f.). Außerdem muss die Aufgabe der weiteren Tatausführung freiwillig erfolgen, also auf einer autonom getroffenen Willensentscheidung beruhen (vgl. BGH NStZ 2007, 399, 400).

2. Autonom ist jede Rücktrittsentscheidung, die dem Täter nicht durch die gegebenen Umstände aufgezwungen wurde (vgl. BGHSt 9, 48, 51). Die Tatsache, dass sich ein affektiv erregter Täter erst unter dem beruhigenden Einfluss eines Dritten zur Aufgabe der weiteren Tatausführung entschlossen hat, stellt für sich genommen die Autonomie seiner Entscheidung nicht in Frage (BGH NStZ 1988, 69, 70; BGHSt 7, 296, 299).

1082. BGH 4 StR 369/11 – Beschluss vom 10. August 2011 (LG Köln)

Normativethisches Stufenverhältnis und Wahlfeststellung bei Täterschaft oder Teilnahme an einer Verkehrsunfallflucht; Erörterungsmangel hinsichtlich der unterbliebenen Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 142 StGB; § 1 StGB; § 64 StGB

1. Kann der Tatrichter einen Tatvorgang nicht eindeutig aufklären und muss er mehrere mögliche Geschehensabläufe in Rechnung stellen, ist das Verhältnis dieser mehreren möglichen, das Tatgeschehen bildenden Verhaltensweisen zueinander dafür maßgebend, ob und aufgrund welcher Strafvorschrift der Angeklagte zu verurteilen ist. Stehen die zu beurteilenden Verhaltensweisen in

einem Stufenverhältnis im Sinne eines „Mehr oder Weniger“, so ist nach dem Grundsatz, dass im Zweifel zugunsten des Angeklagten zu entscheiden ist, nach dem milderen Gesetz zu verurteilen. Das ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch in Fällen von Beihilfe und Täterschaft bejaht worden (BGHSt 31, 136, 138; 32, 48, 57).

2. Die Verurteilung nach dem vorliegenden Stufenverhältnis geht der Anwendung der Wahlfeststellung vor.

995. BGH 3 StR 193/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Hildesheim)

Tateinheit (einheitlicher Tatentschluss; enger und situativer Zusammenhang); Tatmehrheit;

§ 52 StGB; § 53 StGB

1. Höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Menschen sind einer additiven Betrachtungsweise, wie sie der Rechtsfigur der natürlichen Handlungseinheit zu Grunde liegt, nur ausnahmsweise zugänglich. Deshalb können Handlungen, die sich nacheinander gegen höchstpersönliche Rechtsgüter mehrerer Menschen richten, grundsätzlich weder durch einheitlichen Tatentschluss noch durch engen und situativen Zusammenhang zu einer Tat im Rechtssinne zusammengefasst werden.

2. Etwas anderes gilt aber dann, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt erschiene.

996. BGH 3 StR 197/11 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Osnabrück)

Betrug (gewerbsmäßig; Bande); Serienstraftaten (Tateinheit; Tatmehrheit; Mittäter).

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Sind an einer Deliktsserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, so ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei der Umfang seines Tatbeitrags oder seiner Tatbeiträge.

2. Erfüllt ein Mittäter hinsichtlich aller oder einzelner Taten der Serie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für alle oder einige Einzeltaten zumindest einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Allein die organisatorische Einbindung des Täters in ein betrügerisches Geschäftsunternehmen ist nicht geeignet, die Einzeldelikte der Tatserie rechtlich zu einer Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen.

3. Erbringt ein Mittäter dagegen im Vorfeld oder während des Laufs einer Deliktsserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeldelikte seiner Mittäter gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen

zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die übrigen Beteiligten die einzelnen Delikte gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist dann ohne Bedeutung.

4. Der Verurteilung eines Bandenmitglieds wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs steht nicht entgegen, dass die Einzeldelikte der Betrugsserie der Tätergruppe in seiner Person aus Rechtsgründen in gleichartiger Tateinheit zusammentreffen und daher gegen ihn nur auf eine Strafe zu erkennen ist.

1056. BGH 2 StR 203/11 – Beschluss vom 10. August 2011 (LG Frankfurt am Main)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit des Angeklagten beim Totschlag (Erörterungsmangel zur Auswir-

kung auf die Unrechtseinsicht).
§ 212 StGB; § 21 StGB

Eine lediglich verminderte Einsichtsfähigkeit erfüllt nicht ohne Weiteres die Voraussetzungen des § 21 StGB. Bei Feststellung einer nur erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit bleibt offen, ob diese im Einzelfall die Unrechtseinsicht tatsächlich ausgeschlossen hat oder nicht. Der Täter, der trotz generell gegebener verminderteter Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall die Einsicht in das Unrecht gehabt hat, ist voll schuldfähig. Fehlte ihm die Einsicht in das Unrecht seiner Tat, kann § 21 StGB nur angewendet werden, wenn ihm dies vorzuwerfen ist. Kann ein solcher Vorwurf nicht erhoben werden, greift § 20 StGB ein mit der Folge, dass eine Bestrafung ausscheidet (st. Rspr., vgl. nur BGHSt 21, 27, 28 f.; 34, 22, 25 f.; 40, 341, 349).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1077. BGH 4 StR 338/11 – Beschluss vom 10. August 2011 (LG Bielefeld)

Schwerer sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person (Begriff der Widerstandsunfähigkeit); sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses.

§ 179 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 5 Nr. 1 StGB; § 174c StGB

1. Opfer einer Tat nach § 179 StGB kann nur sein, wer aufgrund einzelner, im Tatbestand des Absatzes 1 näher beschriebener Gegebenheiten unfähig ist, einen ausreichenden Widerstandswillen gegen das sexuelle Ansinnen des Täters zu bilden, zu äußern oder durchzusetzen. Die Feststellung der Widerstandsunfähigkeit ist eine norma-

tive Entscheidung (BGH NStZ-RR 2009, 14, 15); sie erfordert die Überzeugung des Tatrichters, dass das Opfer zum Widerstand gänzlich unfähig war (vgl. BGH NStZ 2009, 324, 325).

2. Die Widerstandsunfähigkeit ist nicht gegeben, wenn das Opfer das sexuelle Ansinnen des Angeklagten als auch ihre Handlungsalternativen und deren Folgen erkannt hat. Es genügt nicht, dass sich das Opfer aus krankhaft bedingter Existenzangst entschieden hat, keinerlei Widerstand zu äußern und zu leisten. Der Umstand, dass sie in ihrer Entscheidung „nicht frei gewesen“ sei, steht dem nicht entgegen.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

1074. BGH 4 StR 303/11 – Beschluss vom 27. Juli 2011 (LG Bielefeld)

Rechtsfehlerhaft gebildete Gesamtfreiheitsstrafe; Europäischer Haftbefehl (Verfolgungshindernis der Spezialität; Ausnahme bei ausbleibender Freiheitsstrafe; Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung).

§ 55 StGB; Art. 14 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens; § 83h IRG; Art. 27 RbEuHb

1. Der das Auslieferungsrecht beherrschende Grundsatz der Spezialität verbietet es grundsätzlich, die mangels

Zustimmung der ausländischen Behörden nicht vollstreckbare Strafe aus einem deutschen Urteil in eine neue Gesamtstrafe einzubeziehen.

2. § 83h Abs. 2 IRG sieht zwar im Hinblick auf Personen, die von einem EU-Mitgliedsstaat aufgrund eines Europäischen Haftbefehls überstellt worden sind, Ausnahmen vom Grundsatz der Spezialität vors. Diese greifen jedoch nicht durch, wenn die Strafverfolgung im konkreten Fall durch die Einbeziehung in eine Gesamtfreiheitsstrafe zu einer Freiheitsbeschränkung führt.

3. Die Ausnahmen ermöglichen aber einen Widerrufsbeschluss hinsichtlich einer Strafaussetzung zur Bewährung. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 1. Dezember 2008 ist die in Art. 27 Abs. 3 Buchst. c des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (= § 83h Abs. 2 Nr. 3 IRG) ist bei einer „anderen Handlung“ als derjenigen, die der Übergabe zugrunde liegt, nach Art. 27 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses um Zustimmung zu ersuchen. Diese Zustimmung muss spätestens dann eingegangen sein, wenn eine Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehende Maßnahme zu vollstrecken ist. Die Ausnahme des Art. 27 Abs. 3 Buchst. c des Rahmenbeschlusses verbietet es jedoch nicht, die übergebene Person einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme zu unterwerfen, bevor die Zustimmung eingegangen ist, wenn diese Beschränkung durch andere Anklagepunkte im Europäischen Haftbefehl gerechtfertigt wird.

1054. BGH 2 StR 184/11 – Urteil vom 7. Juli 2011 (LG Mainz)

Grenzen der Sicherungsverwahrung (verfassungskonforme Änderung; drohende Taten aus dem Umfeld der Hell's Angels).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 EMRK

1. Der Hang im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB muss sich auf „erhebliche“ Straftaten beziehen. Demgemäß darf ein Täter, dessen Hang sich nur auf die Begehung von Straftaten der leichten oder allenfalls mittleren Kriminalität richtet, nicht in Sicherungsverwahrung genommen werden. Die Annahme, ein Angeklagter sei ein Hangtäter, setzt allerdings nicht voraus, dass die Straftaten, aus denen diese Eigenschaft abgeleitet wird, gleichartig sind oder sich gegen dasselbe Rechtsgut richten. Es ist andererseits selbstverständlich, dass bei Straftaten verschiedener Art der Nachweis ihrer für einen kriminellen Hang und für die Gefährlichkeit des Täters kennzeichnenden Bedeutung einer besonders sorgfältigen Begründung bedarf (vgl. BGHSt 16, 296, 297; BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 10).

2. Betäubungsmitteldelikte, deren künftige Begehung durch den Angeklagten im Umfeld der Hell's Angels möglich erscheinen, sind nach dem im Sinne der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts zu § 66 StGB geltenden Maßstab kein ausreichender Grund zu der Annahme, der Angeklagte habe einen Hang zur Begehung erheblicher Straftaten. Durch Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, auch in nicht geringer Menge, wird zwar das Rechtsgut der Volksgesundheit verletzt oder gefährdet (vgl. BGHSt 38, 339, 342 f.). Das reicht aber, soweit jedenfalls keine besonderen Umstände hinzutreten, die den Betäubungsmittelhandel für Leib oder Leben Anderer im Einzelfall konkret gefährlich erscheinen lassen, nach dem derzeit geltenden Verhältnismäßigkeitsmaßstab nicht zur Anordnung der Sicherungsverwahrung aus. Gleiches gilt erst recht für ein Fahren ohne Fahrerlaubnis durch den Angeklagten mit seinem Motorrad.

1071. BGH 4 StR 267/11 – Urteil vom 11. August 2011 (LG Dortmund)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose bei Diebstahlstaten; besonders schwere Fälle); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 63 StGB; § 64 StGB; § 242 StGB; § 243 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist auf Grund ihrer zeitlichen Unbegrenztheit eine außerordentlich beschwerende Maßnahme. Sie kann daher nur dann angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass der Täter infolge seines Zustands in Zukunft Taten begehen wird, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben (BGH NStZ-RR 2011, 240, 241; 2011, 202; NStZ-RR 1997, 230).

2. Die schwere Störung des Rechtsfriedens ist nur in Ausnahmefällen zu bejahen, wenn die zu erwartenden Delikte nicht zumindest den Bereich der mittleren Kriminalität erreichen. Wichtige Gesichtspunkte bei der Einzelfallerörterung sind die vermutliche Häufigkeit neuerlicher Delikte und die Intensität der zu erwartenden Rechtsgutsbeeinträchtigungen.

3. Diebstahlstaten, die Regelbeispiele des besonders schweren Falles gem. § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB erfüllen, sind dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen und damit grundsätzlich geeignet, eine Maßregelanordnung nach § 63 StGB zu rechtfertigen (vgl. BGH NJW 1976, 1949). Bei der gebotenen Einzelfallbewertung ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Angeklagte bei drei der vier Anlasstaten gestellt werden konnte und seine Festnahme jeweils widerstandslos duldete. Wenig erfolgversprechend angelegte und deshalb leicht zu vereitelnde Versuche stellen nur eine eingeschränkte Bedrohung für die betroffenen Rechtsgüter dar. Auch ein geringer Schaden ist einzubeziehen.

4. Allein mit der im Allgemeinen erhöhten Kriminalitätsbelastung schizophrener Erkrankter kann eine weitergehende Gefahrenprognose nicht begründet werden.

1017. BGH 5 StR 237/11 – Beschluss vom 16. August 2011 (LG Lübeck)

Strafzumessung bei Mittätern (individuelle Schuld; gebotene Differenzierung; Urteilsgründe).

§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 25 Abs. 2 StGB

1. Die gegen Mittäter verhängten Strafen sollen in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen.

2. Wenn mehrere Angeklagte in einem Verfahren abgeurteilt werden, ist für jeden von ihnen die Strafe in individueller Würdigung des Maßes der eigenen Schuld zu bestimmen.

3. Erkennt das Tatgericht trotz erheblicher Unterschiede zwischen den für und gegen einzelne Mittäter sprechenden bestimmenden Strafzumessungsumständen gegen sie auf nahezu gleich hohe Strafen, so bedarf dies jeden-

falls einer ausdrücklichen Begründung, die dem Revisionsgericht die Prüfung ermöglicht, ob die Strafzumessung auf rechtsfehlerfreien Erwägungen beruht.

1050. BGH 2 StR 141/11 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Erfurt)

Gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug; Erörterungsmangel zur Kronzeugenregelung (vertyppter Strafmilderungsgrund; Wechsel im Aussageverhalten; spätere Geständnisse der Mitangeklagten; Bedeutung für den minder schweren Fall).

§ 263 Abs. 5 StGB; § 46b StGB

1. Ein Wechsel im Aussageverhalten hindert die grundsätzliche Anwendung des § 46b StGB nicht, wenn der Wandel nachvollziehbar bleibt und der tatsächliche Aufklärungseffekt in der Hauptverhandlung festgestellt werden kann (BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Aufdeckung 20). Dass die Mitangeklagten bereits bei ihren (nachfolgenden) Beschuldigtenvernehmungen frühzeitig im Ermittlungsverfahren Geständnisse abgelegt und damit die Angaben der Angeklagten bestätigt haben, führt nicht dazu, dass der Angeklagten die Vergünstigung des § 46b StGB zu versagen wäre. Die Vergünstigung des § 46b StGB kommt in der Regel zunächst demjenigen Mittäter zugute, der als erster einen über seinen Tatbeitrag hinausgehenden Aufklärungsbeitrag leistet und damit die Möglichkeit der Strafverfolgung im Hinblick auf begangene Taten nachhaltig verbessert (BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Aufdeckung 23).

2. Im Rahmen der Prüfung des minder schweren Falles im Sinne des § 263 Abs. 5 StGB ist auch eine etwaige Aufklärungshilfe in die Gesamtabwägung einzustellen.

992. BGH 3 StR 175/11 – Urteil vom 4. August 2011 (LG Aurich)

Sicherungsverwahrung (Hang; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung).

§ 66 StGB

1. Für die Frage, ob beim Täter ein Hang vorliegt, kommt es nicht auf die Ursache für die fest eingewurzelte Neigung zu Straftaten an. Ein Hang zur Begehung von erheblichen, gewalttätigen Sexualdelikten kann vielmehr auch dann vorliegen, wenn der Täter in der Verletzung oder Demütigung seines Opfers nicht die hauptsächliche Quelle der Erregung oder der Befriedigung findet.

2. Der Senat versteht die vom Bundesverfassungsgericht (vgl. HRRS 2011 Nr. 488) geforderte „strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ dahin, dass bei beiden Elementen der Gefährlichkeit, also der Erheblichkeit weiterer Straftaten und der Wahrscheinlichkeit ihrer Begehung, ein gegenüber der bisherigen Rechtsanwendung strengerer Maßstab anzulegen ist.

1001. BGH 3 StR 221/11 – Beschluss vom 11. August 2011 (LG Bückeburg)

Sicherungsverwahrung; strenge Verhältnismäßigkeit (schwere Straftat; sexueller Missbrauch eines Kindes); sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person.

§ 66 StGB; § 176a StGB; § 179 StGB

1. Nach Ansicht des Senats ist sexueller Missbrauch eines Kindes nach § 176a Abs. 2 StGB wegen der dafür angedrohten Mindeststrafe von zwei Jahren sowie der für die Tatopfer damit regelmäßig verbundenen erheblichen psychischen Auswirkungen grundsätzlich als „schwere Sexualstraftat“ im Sinne des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur zeitlich begrenzten Fortgeltung des Rechts der Sicherungsverwahrung (HRRS 2011 Nr. 488) anzusehen.

2. Sind zum Zeitpunkt der Aburteilung positive Veränderungen durch den nachfolgenden –langjährigen– Strafvollzug zwar denkbar, aber nicht sicher zu erwarten, so muss die Prüfung, ob der Zweck der Maßregel die Unterbringung (noch) erfordert, dem späteren Verfahren nach § 67c Abs. 1 StGB vorbehalten bleiben.

998. BGH 3 StR 208/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Krefeld)

Sicherungsverwahrung (Doppelbestrafungsverbot; Hang; Gesamtwürdigung; Phasen strafflosen Verhaltens; obligatorische Ausübung eingeräumten Ermessens); Verhältnismäßigkeit (schwere Straftaten; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern).

§ 66 StGB; Art. 103 Abs. 3 GG; § 176a Abs. 2 StGB

1. Das Merkmal des Hanges im Sinne des § 66 StGB verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag.

2. Das Vorliegen eines solchen Hanges hat der Tatrichter unter sorgfältiger Gesamtwürdigung aller für die Beurteilung der Persönlichkeit des Täters und seiner Taten maßgebenden Umstände darzulegen. Diese Würdigung bedarf in den Fällen von § 66 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 StGB, bei denen Vortaten und Vorverbüßungen fehlen, besonderer Sorgfalt. In diese Würdigung ist auch einzu beziehen, wenn sich der Täter über längere Zeiträume straflos verhalten hat.

1002. BGH 3 StR 235/11 – Beschluss vom 4. August 2011 (LG Hannover)

Sicherungsverwahrung (regelmäßig keine Anordnung gegen sehr jungen Angeklagten); strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung (Gefährlichkeitselemente; Erheblichkeit weiterer Straftaten; Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer Straftaten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Ursachenbündel; Kausalität).

§ 66 StGB; Art. 2 Abs. 2 GG; § 250 StGB; § 249 StGB; § 64 StGB

1. Wegen der derzeit verfassungswidrigen Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung bedarf deren Anordnung einer „strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung“. Sie wird „in der Regel“ nur verhältnismäßig sein, wenn „eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist“.

2. Diese vom Bundesverfassungsgericht geforderte „strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ ist dahin zu verstehen, dass bei beiden Elementen der Gefährlichkeit – mithin der Erheblichkeit weiterer Straftaten und der Wahrscheinlichkeit ihrer Begehung – ein gegenüber der bisherigen Rechtsanwendung strengerer Maßstab anzulegen ist.

3. Schwere räuberische Erpressungen im Sinne der §§ 249, 250 Abs. 1, §§ 253, 255 StGB sind wegen der dafür angedrohten Mindeststrafe von drei Jahren und den für die Tatopfer damit regelmäßig verbundenen psychischen Auswirkungen grundsätzlich als ausreichend „schwere Straftaten“ in diesem Sinn anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn der Täter die Voraussetzungen des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB dadurch verwirklicht, dass er bei einem Banküberfall mit einer ungeladenen Schreckschusspistole droht.

4. Bei sehr jungen Angeklagten wird die Verhältnismäßigkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung zumindest bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber und Ausgestaltung eines auf eine tatsächliche und wirksame Resozialisierung ausgerichteten Maßregelvollzuges regelmäßig zu verneinen sein, zumal wenn sie allein nach § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB möglich wäre.

1057. BGH 2 StR 211/11 – Urteil vom 10. August 2011 (LG Bad Kreuznach)

Rechtsfehlerfreie Ablehnung der nachträglichen Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (neue Tatsache).
§ 66b Abs. 1 StGB

1. Als „neu“ können im Sinne des § 66b Abs. 1 StGB nur solche Tatsachen gelten können, die dem im Ausgangsverfahren zuständigen früheren Tatrichter auch bei Wahrnehmung seiner Aufklärungspflicht nicht hätten bekannt werden können. Umstände, die für den ersten Tatrichter hingegen erkennbar waren, die er aber nicht erkannt hat, scheiden demgegenüber als neue Tatsachen in diesem Sinne aus (BGHSt 50, 180, 187; 50, 284, 296; 51, 185, 187; 52, 31, 33; BGH NJW 2006, 3154, 3155; StV 2008, 636, 637).

2. Auch psychiatrische Befundtatsachen können im Einzelfall „neue“ Tatsachen im Sinne des § 66b StGB darstellen. Eine bloße Um- bzw. Neubewertung bereits im Ausgangsverfahren erkannter und gewürdigter Tatsachen und eine hierauf gestützte bloße Änderung der psychiatrischen Bewertung genügen hingegen nicht (BGHSt 50, 275, 278). Ebenso wenig können Tatsachen, die zwar nach der Anlassurteilung auftreten, durch die sich ein im Ausgangsverfahren bekannter bzw. erkennbarer Zustand aber lediglich bestätigt, als „neu“ gelten (BGH StV 2007, 29, 30).

3. Zwar kann eine Therapieunwilligkeit eines Verurteilten, der im Ausgangsverfahren wahrheitswidrig ausdrücklich seine Therapiebereitschaft bekundet hat, als „neue Tatsache“ im Sinne des § 66b StGB bewertet werden (BGHSt 50, 275, 281). Eine Therapieverweigerung ist jedoch nicht gegeben, wenn die Therapie an der fehlenden Kostenübernahme durch die Krankenkasse schei-

tert. Dass die Therapiebemühungen letztlich bei dem Verurteilten zu keinem Verhaltenswechsel geführt haben, stellt keine neue Tatsache im Sinne des § 66b StGB dar.

1065. BGH 2 StR 317/11 – Beschluss vom 3. August 2011 (LG Hanau)

Erörterungsmangel hinsichtlich der unterbliebenen Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Symptomtat).
§ 64 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung ist für eine Symptomtat nicht Voraussetzung, dass der Hang die alleinige Ursache für die Anlasstat ist. Ein symptomatischer Zusammenhang ist vielmehr auch dann zu bejahen, wenn der Hang neben anderen Umständen mit dazu beigetragen hat, dass der Angeklagte erhebliche Taten begangen hat, und dies bei unverändertem Suchtverhalten auch für die Zukunft zu besorgen ist (BGH NStZ 2010, 83, 84; NStZ-RR 2004, 78, 79 jeweils mwN). Dass außer dem Hang weitere Persönlichkeitsmängel eine Disposition für die Begehung von Straftaten begründen, steht dem erforderlichen symptomatischen Zusammenhang ebenfalls nicht entgegen (BGHR StGB § 64 Zusammenhang symptomatischer 1; BGHR StGB § 64 Abs. 1 – Hang 5).

999. BGH 3 StR 209/11 – Urteil vom 18. August 2011 (LG Neuruppin)

Sicherungsverfahren (Urteilsgründe); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit; weniger bedeutende Straftaten).
§ 414 StPO; § 267 StPO; § 62 StGB; § 63 StGB

1. Wegen der Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit und mit Rücksicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 62 StGB) können nur schwere Störungen des Rechtsfriedens, die zumindest in den Bereich der mittleren Kriminalität hineinreichen, eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus rechtfertigen. Auch muss aufgrund einer umfassenden Würdigung von Tat und Täter eine höhere oder doch bestimmte, jedenfalls über die bloße Möglichkeit hinausreichende Wahrscheinlichkeit zu bejahen sein, dass der Täter infolge seines Zustands weitere erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.

2. Einer Begründung bedarf es nicht nur bei einem freisprechenden Urteil, sondern analog auch dann, wenn der Tatrichter im Sicherungsverfahren (§ 414 StPO) die für die Unterbringung nach § 63 StGB notwendige rechtswidrige Tat nicht oder nicht in der in der Antragschrift vorgeworfenen Ausgestaltung festzustellen vermag.

1049. BGH 2 StR 140/11 – Urteil vom 15. Juni 2011 (LG Erfurt)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Symptomtat; Testosteron); Strafzumessung (Erörterungsmangel zur erheblich verminderten Schuldfähigkeit: Suchterkrankung; Strafrahmenverschiebung bei der Beihilfe); rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.
§ 64 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB; § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 66 StGB

Die begründete Aussicht allein, dass der vom Angeklagten ausgehenden Gefahr schon durch die Anordnung einer Maßnahme nach § 64 StGB und eine erfolgreiche Therapie begegnet werden könne, rechtfertigt auch angesichts des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemäß § 72 StGB nicht den Verzicht auf eine zusätzliche Maßnahme nach § 66 StGB. Das Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung im Hinblick auf die Unterbringung in der Entziehungsanstalt verlangt vielmehr ein hohes Maß an prognostischer Sicherheit, dass allein mit der Maßregel nach § 64 StGB die vom Angeklagten ausgehende Gefahr beseitigt werden kann (vgl. BGH NStZ 2009, 442, 443 mwN). Unsicherheiten über den Erfolg allein der milderen Maßregel führen demnach zur kumulativen Anordnung der Maßregeln (BGH NStZ-RR 2008, 336).

1021. BGH 5 StR 255/11 – Beschluss vom 17. August 2011 (LG Berlin)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Alkoholintoxikation; Ausfallerscheinungen; grobmotorische Fähigkeiten); Zweifelssatz; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht; Ausländer; Kommunikationsfähigkeit).

§ 21 StGB; § 261 StPO; § 64 StGB

1. Um auszuschließen, dass die Steuerungsfähigkeit eines alkoholisierten Angeklagten erheblich vermindert gewesen ist, bedarf es jedenfalls in Ermangelung von Feststellungen zur Blutalkoholkonzentration aussagekräftiger psychodiagnostischer Beweisanzeichen. Als solche sind nur Umstände in Betracht zu ziehen, die Hinweise darauf geben können, dass die Steuerungsfähigkeit des Täters trotz erheblicher Alkoholisierung nicht in erheblichem Maße beeinträchtigt gewesen ist.

2. Eine alkoholische Beeinflussung mit der Folge erheblich verminderter Schuldfähigkeit ist weder zwingend noch regelmäßig von schweren ins Auge fallenden Ausfallerscheinungen begleitet. Selbst bei hochgradiger Alkoholisierung des Täters können grobmotorische Fertigkeiten erhalten geblieben sein.

3. Auch nach der Umgestaltung des § 64 StGB zur Sollvorschrift sollte es im Grundsatz dabei verbleiben, dass die Sprachunkundigkeit eines Ausländers nicht ohne weiteres ein Grund für einen Verzicht auf seine Unterbringung sein kann. Indes muss nicht gegen jeden Sprachunkundigen, eine Unterbringung nach § 64 StGB angeordnet werden, insbesondere wenn eine therapeutisch sinnvolle Kommunikation mit ihm schwer möglich sein wird. Zumindest muss der Tatrichter jedoch aufklären, inwieweit das für den Vollzug einer Unterbringung zuständige Krankenhaus ggf. auch fremdsprachliche Behandlungsmöglichkeiten bietet.

1078. BGH 4 StR 345/11 – Beschluss vom 10. August 2011 (LG Dortmund)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (mangelnder Therapiewille); regelmäßig keine Aufhebung der Schuldfähigkeit bei Betäubungsmittelabhängigkeit.

§ 64 StGB; § 21 StGB; § 20 StGB; § 29 BtMG; § 29a BtMG

1. Das Fehlen von Therapiewilligkeit steht einer Anordnung nach § 64 StGB nicht entgegen. Sie kann lediglich ein gegen die Erfolgsaussicht sprechendes Indiz sein, das den Tatrichter zu der Prüfung verpflichtet, ob die konkrete Aussicht besteht, dass die Therapiebereitschaft für eine Erfolg versprechende Behandlung geweckt werden kann.

2. In Zusammenhang mit einer Betäubungsmittelabhängigkeit ist eine Aufhebung der Schuldfähigkeit regelmäßig ausgeschlossen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet die Abhängigkeit von Betäubungsmitteln für sich allein noch nicht einmal die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit im Sinne von § 21 StGB. Derartige Folgen sind bei einem Rauschgiftsüchtigen vielmehr nur ausnahmsweise gegeben, und zwar – unter Umständen – dann, wenn er das Delikt im Zustand eines akuten Rausches verübt oder wenn langjähriger Betäubungsmittelkonsum zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt hat oder der Täter unter starken Entzugserscheinungen bzw. der Angst vor solchen leidet und dadurch dazu getrieben wird, sich mittels einer Straftat Drogen zu verschaffen.

1028. BGH 5 StR 300/11 – Beschluss vom 16. August 2011 (LG Berlin)

Strafzumessung (Spezialprävention; Stabilisierung der Lebensumstände); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.

§ 46 StGB; § 55 StGB

Für die Strafzumessung sind auch Lebensumstände des Angeklagten von Bedeutung, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Tatgeschehen stehen. Das gilt namentlich für eine nach der Tat eingetretene Stabilisierung der Lebensverhältnisse und die soziale Wiedereingliederung des Täters, die sich nicht nur auf die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung auswirken, sondern auch auf die Strafrahenwahl und die Strafhohe bemessung.

1013. BGH 5 StR 220/11 – Beschluss vom 6. Juli 2011 (LG Kiel)

Strafzumessung; Gesamtstrafenbildung.

§ 46 StGB; § 54 StGB.

Bei Vorliegen eines äußerst engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs hat sich die Gesamtstrafenbildung regelmäßig an der Einsatzstrafe zu orientieren.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1036. BGH 1 StR 153/11 – Beschluss vom 23. August 2011 (LG Ravensburg)

BGHSt; Recht auf Beschwerde; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Individualbeschwerde; mangelnde Belehrung über das Konsultationsrecht (Recht auf Verteidigerbeistand; Täuschung; gebotene ordnungsgemäße Protokollierung der Beschuldigtenbelehrung); Beteiligung an einer Schlägerei.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 34 EMRK; § 46 StGB; § 51 StGB; § 136 StPO; § 136a StPO; § 137 StPO; § 163a StPO; § 231 StGB

1. Nach Übernahme eines Ermittlungsverfahrens durch die Bundesrepublik Deutschland ist eine in dem abgebenden Vertragsstaat der MRK bereits eingetretene rechtsstaatswidrige Verzögerung nicht zu kompensieren. (BGHSt)

2. Eine solche Kompensation ist Wiedergutmachung. Sie soll die „Opferstellung“ eines Betroffenen (Art. 34 MRK) beenden und so den jeweiligen Vertragsstaat vor einer möglichen Verurteilung durch den EGMR auf Grund einer Individualbeschwerde wegen Verletzung der MRK bewahren. Letztlich wird durch eine solche Kompensation eine „im Verantwortungsbereich des Staates“ entstandene „Art Staatshaftungsanspruch“ erfüllt (BGHSt 52, 124, 138). Dem entspricht, dass Individualbeschwerden gemäß Art. 35 Abs. 3 MRK zurückgewiesen werden, wenn die gerügten Handlungen oder Unterlassungen dem beklagten Staat nicht zuzurechnen wären (vgl. EGMR, Entscheidung vom 15. Juni 1999, Nr. 18360/91; EKMR, Entscheidung vom 14. April 1998, Nr. 20652/92). (Bearbeiter)

3. Die Annahme, bei Verhängung von Jugendstrafe sei nicht das Vollstreckungsmodell anzuwenden, sondern ein Strafabschlag vorzunehmen, entspricht jedenfalls dann nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wenn die Jugendstrafe allein auf eine Schwere der Schuld (§ 17 Abs. 2 JGG) gestützt ist (BGH StraFo 2011, 56, 57).

4. Zu den Anforderungen an die Darlegung der Geltendmachung einer versagten Konsultation des Verteidigers im Ermittlungsverfahren bei einer entgegen Nr. 45 Abs. 1 RiStBV teilweise unterbliebenen Protokollierung einer Belehrung bei Gericht. (Bearbeiter)

5. Die Belastung des Verfahrens durch unsorgfältige Protokollierung ist leicht durch die Verwendung eines entsprechenden Formulars zu vermeiden. Macht ein Angeklagter in der Hauptverhandlung keine Angaben, oder sagt er dort anders aus als im Ermittlungsverfahren, können seine früheren Angaben sehr bedeutsam werden.

Ist hinsichtlich dieser Angaben keine ordnungsgemäße Belehrung aktenkundig, steht das Verbot ihrer Verwertung dann im Raum, wenn die Belehrung und nicht nur deren Dokumentation unzulänglich war. Diese anhand der Akten nicht klärbare Frage hätte bereits vor der Hauptverhandlung überprüft werden können, auch schon von der Staatsanwaltschaft. Deren Gesamtverantwortung für ein rechtmäßiges Ermittlungsverfahren – auch soweit von der Polizei geführt – verlangt auch hinsichtlich etwaiger Beweisverwertungsverbote effektiv ausgeübte Leitungs- und Kontrollbefugnisse, damit gegebenenfalls gebotene Maßnahmen ergriffen werden können, wo nötig in Form allgemeiner Weisungen. Dies gilt in allen Verfahren, hat aber in Kapitalsachen (versuchter Totschlag) besonderes Gewicht (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Mai 2009 – 1 StR 99/09, NJW 2009, 2612, 2613 mwN). (Bearbeiter)

1041. BGH 1 StR 327/11 – Beschluss vom 26. August 2011 (LG Deggendorf)

Unmittelbarkeitsgrundsatz bei Zeugenaussage (Verwertung von Bild-Ton-Aufnahmen von Zeugenvernehmungen, die allein auf Grund einer Verfügung des Vorsitzenden, aber ohne Gerichtsbeschluss entstanden sind); Konfrontationsrecht.

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 250 StGB; § 255a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 StPO; § 58a Abs. 1 StPO; § 168e StPO

1. Für die Vorführung von gemäß §§ 58a Abs. 1, 168e StPO aufgezeichneten ermittlungsrichterlichen Vernehmungen ist kein förmlicher Gerichtsbeschluss erforderlich. Die Anordnung des Vorsitzenden im Rahmen seiner Verhandlungsleitung nach § 238 Abs. 1 StPO genügt.

2. Vielmehr fehlt es in § 255a Abs. 2 StPO im Unterschied zu § 255a Abs. 1 StPO gerade an einer Verweisung auf die Vorschrift des § 251 Abs. 4 StPO, die für die Verlesung von Vernehmungsniederschriften eine Anordnung durch Gerichtsbeschluss verlangt. Für ein Redaktionsverfahren des Gesetzgebers bestehen keine Anhaltspunkte. Es verbleibt deshalb bei dem allgemeinen Grundsatz, dass Anordnungen zur Beweiserhebung grundsätzlich der Vorsitzende im Rahmen seiner Verhandlungsleitung nach § 238 Abs. 1 StPO trifft, sofern das Gesetz nicht ausnahmsweise dem Gericht die Entscheidung auferlegt, was bei § 255a Abs. 2 StPO nicht der Fall ist (offen gelassen in BGHSt 49, 72, 74).

3. Eine analoge Anwendung des § 251 Abs. 4 StPO auf Fälle des § 255a Abs. 2 Satz 1 StPO ist aus rechtssystematischen Gründen nicht geboten. Sie folgt auch nicht aus den Prozessmaximen des deutschen Strafprozesses. Zwar ersetzt die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255a Abs. 2 StPO ebenso wie die Verlesung einer

Vernehmungsniederschrift nach § 251 StPO die persönliche Vernehmung. Durch die Regelung des § 255a Abs. 2 StPO sollte aber gerade den Zeugen bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, insbesondere wenn es sich um kindliche Zeugen handelt, im Regelfall die nochmalige persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung erspart werden. Diese Zwecksetzung stellt einen ausreichenden Rechtfertigungsgrund für die unterschiedlichen Formerfordernisse an die Anordnung der Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung in den Fällen des § 255a Abs. 1 und Abs. 2 StPO dar.

994. BGH 3 StR 44/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Hannover)

Frist zur Stellung von Beweisanträgen; Verschleppungsabsicht; Rügeobliegenheit.

§ 238 StPO; § 246 StPO; § 244 StPO

1. Die Verfahrensrüge, wonach eine nach Setzung einer Frist zur Stellung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung unterbliebene Bescheidung eines Beweisantrags rechtsfehlerhaft sei, setzt nicht voraus, dass die durch den Vorsitzenden bestimmte Frist zunächst nach § 238 Abs. 2 StPO beanstandet wird. Denn die Beanstandung könnte sich nur gegen die Fristbestimmung richten, während die spätere Verfahrensrüge die unterlassene Verbescheidung in der Hauptverhandlung zum Gegenstand hat.

2. Das Unterlassen der Verbescheidung eines Beweisantrages in der Hauptverhandlung bedarf keiner Beanstandung gem. § 238 Abs. 2 StPO.

3. Auch eine zulässigerweise gesetzte Frist zur Stellung von Beweisanträgen befreit das Gericht nicht von der Verpflichtung, in gesetzmäßiger Weise über die Beweisanträge zu befinden. Sie erleichtert lediglich deren Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht, weil die Überschreitung der Frist unter bestimmten Voraussetzungen als Indiz für eine Verschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 6 StPO) gewertet werden kann (Abgrenzung von BGH 5 StR 129/05, Beschluss vom 14. Juni 2005 – HRRS 2005 Nr. 543).

1040. BGH 1 StR 297/11 – Beschluss vom 26. Juli 2011 (LG Bayreuth)

Unzulässig erhobene Verfahrensrüge beim Antrag auf Offenlegung der Identität einer Vertrauensperson (erforderliche förmliche Sperrerklärung).

§ 96 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Soweit ein Tatgericht einen Antrag auf Offenlegung der Identität einer Vertrauensperson allein unter Hinweis „auf die zugesicherte Geheimhaltung“ abgelehnt und in den – dem Senat durch die erhobene Sachrüge eröffneten – Urteilsgründen die Ansicht vertreten hat, eine Vernehmung der polizeilichen Vertrauensperson habe nicht erfolgen können, weil dieser Person durch die Staatsanwaltschaft Geheimhaltung zugesichert wurde, steht dies nicht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Denn danach bindet eine solche Zusicherung der Vertraulichkeit zwar – mit Einschränkungen – die Staatsanwaltschaft und die Polizei (vgl. Nummer 4 der Gemeinsamen Richtlinien der Justizmi-

nister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen [V-Personen] und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung/Anlage D zu den RiStBV). Für das gerichtliche Verfahren hat sie aber keine Bedeutung. Die Gerichte sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1 GG). Darum dürfen sie eine gebotene Beweiserhebung nicht deshalb ablehnen, weil Staatsanwaltschaft oder Polizei die Identität eines Informanten geheim halten wollen. Lassen sich der Name und die Anschrift des Informanten nicht anders feststellen, so kann und muss das Gericht von allen öffentlichen Behörden – auch von der Staatsanwaltschaft und der Polizei – diejenigen Auskünfte verlangen, die es zur Ermittlung der Beweisperson für erforderlich hält (§§ 161, 202, 244 Abs. 2 StPO).

2. Die Auskunft darf in entsprechender Anwendung des § 96 StPO nur verweigert werden, wenn die oberste Dienstbehörde erklärt, dass das Bekanntwerden ihres Inhalts dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde. Solange eine solche sog. Sperrerklärung nicht vorliegt, darf der Gewährsmann insbesondere nicht als ein unerreichbares Beweismittel i.S.d. § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO angesehen werden (vgl. BGHSt 35, 82, 84 ff. mwN).

1037. BGH 1 StR 194/11 – Urteil vom 9. August 2011 (LG Stuttgart)

Beweiswürdigung beim Tötungsvorsatz (gefährliche Gewalthandlungen gegen eine andere als die zur Tötung auserwählte Person; unmittelbares Ansetzen hinsichtlich der auserwählten Person: Erörterungsmangel, Kognitionspflicht); Umgrenzungsfunktion der Anklage (Tat im prozessualen Sinne).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 261 StPO; § 15 StGB; § 200 StPO; § 264 StPO

1. Nach § 264 StPO muss das Gericht die in der Anklage bezeichnete Tat so, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt, unter allen rechtlichen Gesichtspunkten aburteilen. Es ist verpflichtet, den Unrechtsgehalt der „Tat“ voll auszuschöpfen, sofern keine rechtlichen Hindernisse im Wege stehen (BGHSt 25, 72). Der Tatbegriff des § 264 Abs. 1 StPO entspricht dabei demjenigen des § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO.

2. Einzelfall der Anwendung auf einen Fall, in dem die Täterin zur Tat gegen eine frühere Kollegin entschlossen ist, und nach dem Klingeln an deren Haustür gefährliche Gewalthandlungen gegen den die Tür öffnenden Lebensgefährten der Kollegin verübt, um zu der Kollegin zu gelangen.

3. Klingelt die zur Tötung des Opfers entschlossene Angeklagte an der Wohnungstür des Opfers, um diese unmittelbar nach Türöffnung zu töten, liegt darin bereits ein unmittelbares Ansetzen.

4. Die Anklageschrift hat gemäß § 200 Abs. 1 StPO die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung so genau zu bezeichnen, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs klargestellt und erkenn-

bar wird, welche bestimmte Tat gemeint ist; sie muss sich von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen desselben Täters unterscheiden lassen. Es darf nicht unklar bleiben, über welchen Sachverhalt das Gericht nach dem Willen der Staatsanwaltschaft urteilen soll. Die begangene konkrete Tat muss vielmehr durch bestimmte Tatumstände so genau gekennzeichnet werden, dass keine Unklarheit darüber möglich ist, welche Handlungen dem Angeklagten zur Last gelegt werden. Erfüllt die Anklage ihre Umgrenzungsfunktion nicht, so ist sie unwirksam (st. Rspr.). Bei der Überprüfung, ob die Anklage die gebotene Umgrenzung leistet, dürfen die Ausführungen im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen zur Ergänzung und Auslegung herangezogen werden (st. Rspr.).

1023. BGH 5 StR 263/11 – Beschluss vom 17. August 2011 (LG Hamburg)

Öffentlichkeit des Verfahrens (Ausschließung bei der neuerlichen Vernehmung eines Zeugen; Entlassung eines Zeugen); Beweiswürdigung; Wahrunterstellung; Strafzumessung (Aufklärungshilfe).

§ 338 Nr. 6 StPO; § 171b GVG; § 174 Abs. 1 GVG; § 261 StPO; § 244 StPO; § 46b StGB

1. Ein Beschluss, der die Ausschließung der Öffentlichkeit für die Dauer der Vernehmung eines Zeugen anordnet, gilt grundsätzlich bis zur Beendigung des Verfahrens und deckt auch den Öffentlichkeitsausschluss, wenn eine Vernehmung unterbrochen und an einem anderen Verhandlungstag fortgesetzt wird.

2. Soll jedoch derselbe Zeuge in der laufenden Hauptverhandlung nochmals unter Ausschluss der Öffentlichkeit vernommen werden, nachdem seine Vernehmung bereits beendet war, ist grundsätzlich gemäß §§ 171b, 174 Abs. 1 Satz 2 GVG ein neuer Gerichtsbeschluss erforderlich; eine Anordnung des Vorsitzenden, in der auf einen vorausgegangenen Ausschließungsbeschluss Bezug genommen wird, genügt nicht.

3. Die Vernehmung eines Zeugen ist jedenfalls beendet, wenn er im Einverständnis aller Verfahrensbeteiligten entlassen wird.

4. Ein erneuter Gerichtsbeschluss kann ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn dem Protokoll zu entnehmen ist, dass die Entlassung des Zeugen sofort zurückgenommen wurde und die für den Ausschließungsbeschluss maßgebliche Interessenlage fortbestand, sodass sich die zusätzliche Anhörung zusammen mit der vorausgegangenen als eine einheitliche Vernehmung darstellt.

991. BGH 3 StR 164/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Oldenburg)

Zuständigkeit des Landgerichts; Verweisung durch das Schöffengericht; Übernahmebeschluss (konkludenter; stillschweigender).

§ 225a StPO; § 270 StPO

1. § 270 StPO ist – auch nach vorangegangener Aussetzung – erst nach Beginn der (ggf. neuen) Hauptverhandlung anwendbar.

2. Der Senat lässt offen, ob ein Übernahmebeschluss gem. § 225a Abs. 1 Satz 2 StPO stillschweigend ergehen kann. Zumindest aber setzt ein solcher Beschluss ein konkretes Bewusstsein des übernehmenden Spruchkörpers voraus, überhaupt eine Übernahmeentscheidung zu treffen. Dies ist nicht der Fall, wenn sich der Spruchkörper durch einen Beschluss gem. § 270 Abs. 1 StPO gebunden sieht, weil er hier lediglich diesen (vermeintlichen) Beschluss einer Willkürprüfung unterziehen kann, aber gerade keine volle Prüfung im Sinne des § 225a Abs. 1 StPO dahingehend vornimmt, ob seine Zuständigkeit begründet ist.

1042. BGH 1 StR 388/11 – Beschluss vom 7. September 2011 (LG München I)

Prozessvoraussetzung des wirksamen Eröffnungsbeschlusses (fehlerhafte Gerichtsbesetzung).

§ 203 StPO; § 76 Abs. 2 GVG

Wird eine zunächst unterbliebene Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens in der Hauptverhandlung nachgeholt, so entscheidet darüber beim Landgericht auch dann die Große Strafkammer in ihrer Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung mit drei Berufsrichtern ohne Mitwirkung der Schöffen, wenn die Kammer die Hauptverhandlung in reduzierter Besetzung durchführt. Wird dies missachtet, besteht ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis, welches insoweit zur Verfahrenseinstellung führt.

989. BGH 3 StR 120/11 – Urteil vom 4. August 2011 (LG Stade)

Erschöpfende Würdigung der Beweise; Erörterungsmangel; Mord (Verdeckungsabsicht; leitendes Motiv).

§ 261 StPO; § 211 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1. Zwar verpflichtet § 261 StPO den Tatrichter, alle in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise erschöpfend zu würdigen und dem Urteil zu Grunde zu legen, sofern dem nicht ausnahmsweise ein Beweisverwertungsverbot entgegensteht. Bleibt ein Beweismittel unerwähnt, ist hieraus aber nicht zu schließen, dass es übersehen worden ist. Denn die Darstellung der Beweiswürdigung im Urteil dient nicht dazu, für alle Sachverhaltsfeststellungen einen Beleg zu erbringen oder mitzuteilen, welche Beweise in der Hauptverhandlung erhoben worden sind.

2. Rechtsfehlerhaft – nämlich wegen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur erschöpfenden Würdigung der Beweise lückenhaft – ist die Beweiswürdigung bei fehlender Erörterung eines Beweismittels nur dann, wenn das Ergebnis der Beweiserhebung eine andere Möglichkeit des Tathergangs nahe legt.

3. Einzelfall einer noch nicht rechtsfehlerhaften unterlassenen Erörterung eines Beweismittels bei einem Indizienprozess rund zwanzig Jahre nach der Tat.

1052. BGH 2 StR 167/11 – Urteil vom 3. August 2011 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhaft begründeter Freispruch (Beweiswürdigung beim Vorwurf eines Tötungsdelikts).

§ 212 StGB; § 261 StPO

1. Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Der Beurteilung durch das Revisionsgericht unterliegt insoweit nur, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist unter anderem der Fall, wenn sich das Tatgericht bei seiner Beweiswürdigung darauf beschränkt, die einzelnen Belastungsindizien gesondert zu erörtern und auf ihren jeweiligen Beweiswert zu prüfen, ohne eine Gesamtabwägung aller für und gegen die Täterschaft sprechenden Umstände vorzunehmen. Der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegt ferner, ob überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt worden sind (st. Rspr. vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 7. Juni 2011 – 5 StR 26/11 mwN).

2. Ein freisprechendes Urteil muss eine nähere Dokumentation früherer Einlassungen der Angeklagten zu sämtlichen Indizatsachen aufweisen. Anderenfalls ist dem Revisionsgericht eine Überprüfung unmöglich, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind (vgl. BGHR StPO § 261 Einlassung 6). Dies gilt auch dann, wenn die Angeklagte in der Hauptverhandlung von ihrem Schweigerecht Gebrauch gemacht.

3. Das freisprechende Urteil darf die festgestellten Umstände und Beweismittel hinsichtlich ihrer Aussagekraft nicht mit spekulativen Erwägungen und auch nicht nur isoliert bewerten.

1033. BGH 1 StR 114/11 – Urteil vom 10. August 2011 (LG Konstanz)

Rechtsfehlerhaft begründeter Freispruch (Beweiswürdigung beim Vorwurf der sexuellen Nötigung).
§ 177 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters (§ 261 StPO). Spricht das Gericht einen Angeklagten frei, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Insbesondere ist es ihm verwehrt, die Beweiswürdigung des Tatrichters durch seine eigene zu ersetzen (st. Rspr.). Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich somit darauf, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgeht, etwa hinsichtlich des Umfangs und der Bedeutung des Zweifelssatzes, wenn sie lückenhaft ist, wenn sie widersprüchlich oder unklar ist, gegen Gesetze der Logik oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt werden (st. Rspr.). Insbesondere ist die Beweiswürdigung auch dann rechtsfehlerhaft, wenn die Beweise nicht erschöpfend gewürdigt werden (BGHSt 29, 18, 20) oder sich den Urteilsgründen nicht entnehmen lässt, dass

die einzelnen Beweisergebnisse in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden.

2. Einzelfall, in dem ein freisprechendes Urteil eine geschlossenen Darstellung der Aussagen der Nebenklägerin und der weiteren Belastungszeugin enthalten muss. Zwar ist der Tatrichter grundsätzlich nicht gehalten, im Urteil Zeugenaussagen in allen Einzelheiten wiederzugeben. In Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht, muss aber der entscheidende Teil einer Aussage in das Urteil aufgenommen werden, da dem Revisionsgericht ohne Kenntnis des wesentlichen Aussageinhalts ansonsten die sachlich-rechtliche Überprüfung der Beweiswürdigung nach den oben aufgezeigten Maßstäben verwehrt ist.

3. Die Darstellung einer entscheidenden belastenden Aussage der Nebenklägerin bei der Polizei und in der Hauptverhandlung darf sich nicht auf die Wiedergabe und Bewertung einzelner aus dem Gesamtzusammenhang der Aussage gerissener Angaben beschränken, die das Tatgericht als „Unsicherheiten bzw. Abweichungen“ bezeichnet, „die auch den Kernbereich der Tatvorwürfe betreffen“. Auch die Bekundungen der Nebenklägerin zu den von ihr erhobenen Vergewaltigungsvorwürfen, insbesondere konkrete Details zum unmittelbaren Tatgeschehen, müssen mitgeteilt werden. Zudem muss den Urteilsgründen zu entnehmen sein, ob die Nebenklägerin die vom Tatgericht aufgezeigten Widersprüche im Aussageinhalt nachvollziehbar erklären konnte oder nicht.

1083. BGH 4 StR 373/11 – Beschluss vom 23. August 2011 (LG Saarbrücken)

Tenorierung: nachzuholender Teilfreispruch bei Anklage in Tatmehrheit.
§ 267 StPO

Ein Angeklagter, der nicht wegen aller Delikte verurteilt wird, die er der Anklage zufolge in Tatmehrheit begangen haben soll, ist insoweit freizusprechen, um Anklage und Eröffnungsbeschluss auszuschöpfen; dies gilt auch dann, wenn das Gericht das Konkurrenzverhältnis anders beurteilt und von Tateinheit ausgeht.

1015. BGH 5 StR 230/11 – Beschluss vom 6. Juli 2011 (LG Bremen)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Versagung; eigene Sachkunde des Tatrichters; Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen).
§ 21 StGB; § 244 StPO

1. Ein „erkennbar abrupter Tatverlauf mit elementarer Wucht ohne Sicherheitstendenzen“ spricht für einen affektiven Ausnahmezustand, der wiederum indiziell auf eine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit hindeuten kann.

2. Die Bewertung einer – vom Angeklagten behaupteten – Erinnerungslücke ist dem Tatrichter ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen nur schwer möglich.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

1039. BGH 1 StR 295/11 – Beschluss vom 11. August 2011 (LG Coburg)

BGHR; Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen beim betrugsähnlichen Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Drückerkolonnie; Arbeitgeberbegriff; Berechnungsdarstellung; Erfolgsdelikt; Kausalität und funktionaler Zusammenhang).

§ 266a Abs. 2 StGB; § 13 StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 370 AO

1. Bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen, die den Tatbestand des § 266a Abs. 2 erfüllen, wirkt die Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung – anders als im originären Anwendungsbereich des § 266a Abs. 1 StGB (vgl. insoweit BGH, Beschluss vom 28. Mai 2002 – 5 StR 16/02, BGHSt 47, 318) – regelmäßig nicht tatbestandsausschließend. (BGHR)

2. Bei dem Tatbestand des § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB handelt es sich um ein Erfolgsdelikt, das an einem aktiven Tun anknüpft. Lediglich im Rahmen des Tatbestands des § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB ist ein echtes Unterlassungsdelikt gegeben. Anders als § 266a Abs. 1 StGB enthält der Tatbestand des § 266a Abs. 2 StGB über die Nichtzahlung hinausgehende Unrechtselemente. Hierbei ist zwischen den das Unrecht des Tatbestands prägenden Tathandlungen des § 266a Abs. 2 StGB und dem Vorenthalten als deren Folge keine strikte äquivalente Kausalität in dem Sinne erforderlich, dass der Arbeitgeber ohne die Tathandlung – also bei ordnungsgemäßen Angaben – die Beiträge gezahlt haben müsste. Der Zusammenhang ist vielmehr wie im Fall des gleichlautenden § 370 Abs. 1 AO funktional zu verstehen, was auch der Absicht des Gesetzgebers entspricht, die Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen bei Verletzung von Erklärungspflichten in Anlehnung an § 370 AO unter Strafe zu stellen. (Bearbeiter)

3. Soweit in Fällen der vorliegenden Art der Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB ebenfalls durch betrugsähnliche, in § 266a Abs. 2 StGB beschriebene Handlungen verwirklicht und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung vorenthalten werden, finden die für echte Unterlassungsdelikte geltenden allgemeinen Grundsätze aufgrund der vorstehenden Erwägungen ebenfalls keine Anwendung. (Bearbeiter)

4. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich. Liegt danach ein Arbeitsverhältnis vor, können die Vertragsparteien die sich hieraus ergebenden Beitragspflichten nicht durch eine abweichende vertragliche Gestaltung beseiti-

gen (vgl. BGH NStZ 2010, 337 mwN). Dem steht auch die Entscheidung BAG NJW 2010, 2455 nicht entgegen, nach der bei der Gesamtwürdigung eines Sachverhaltes zur Klärung der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, die Vertragstypenwahl der Parteien zu berücksichtigen ist. (Bearbeiter)

5. § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV und die sich daran anschließende Berechnung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge ist Rechtsanwendung. Insoweit gilt ebenso wie bei der Berechnungsdarstellung im Falle der Verurteilung wegen Steuerhinterziehung, dass das Tatgericht nicht gehalten ist, den eigentlichen Berechnungsvorgang als Teil der Subsumtion im Urteil darzustellen, sofern dieser vom Revisionsgericht selbst durchgeführt werden kann. Freilich empfiehlt sich eine solche Berechnungsdarstellung auch bei der Verurteilung wegen Taten nach § 266a StGB, weil sie die Nachvollziehbarkeit des Urteils erleichtert. Zudem bietet die Berechnungsdarstellung die Möglichkeit zu kontrollieren, ob die im konkreten Fall erheblichen Tatsachen im angefochtenen Urteil festgestellt sind (vgl. BGH NStZ 2009, 639). (Bearbeiter)

987. BGH 3 StR 115/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Hannover)

Betrug (Vermögensschaden; schadensgleiche Vermögensgefährdung; Prozessrisiko beim gutgläubiger Erwerb: Makeltheorie; Urteilsgründe); Untreue; Bestimmtheitsgrundsatz.

§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 267 Abs. 3 StPO; § 266 StGB

1. Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB (HRRS 2010 Nr. 656) ist in gleicher Weise für das Merkmal des Vermögensschadens nach § 263 Abs. 1 StGB relevant.

2. Danach ist es im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG erforderlich, eigenständige Feststellungen zum Vorliegen des Vermögensschadens zu treffen, um dieses Tatbestandsmerkmal von den übrigen Tatbestandsmerkmalen des § 263 Abs. 1 StGB sowie die Fälle des versuchten von denen des vollendeten Betruges hinreichend deutlich abzugrenzen. Nur so lässt sich auch eine tragfähige Aussage zur Stoffgleichheit zwischen der vom Opfer erlittenen Vermögenseinbuße und dem vom Täter erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteil treffen.

3. Von einfach gelagerten und eindeutigen Fallgestaltungen abgesehen bedeutet dies, dass auch der Betrugschaden der Höhe nach zu beziffern und seine Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darzulegen ist.

4. Ein Schuldspruch wegen Betruges kann grundsätzlich nicht mehr auf den „Schaden“ gestützt werden, der in einer schadensgleichen Vermögensgefährdung wegen Erleidens eines Prozessrisikos liege, es sei denn, dass sich nach wirtschaftlich nachvollziehbaren Maßstäben ein bezifferbarer Vermögensverlust infolge dieses Prozessrisikos feststellen ließe.

990. BGH 3 StR 129/11 – Beschluss vom 4. Juli 2011 (LG Wuppertal)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bande; eingespieltes Bezugs- und Absatzsystem; Käuferseite; Verkäuferseite; Risikoverteilung); Tateinheit (Zusammentreffen in einem Handlungsteil; Handeltreiben; Fahren ohne Fahrerlaubnis).

§ 29a BtMG; § 30a BtMG; 21 StVG; § 52 StGB

1. An einem bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln fehlt es, wenn sich die Beteiligten eines Betäubungsmittelgeschäfts auf der Verkäufer- und der Erwerberseite selbständig gegenüber stehen, auch wenn sie in einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem im Rahmen einer andauernden Geschäftsbeziehung handeln.

2. Ob eine Person, die regelmäßig von einem bestimmten Verkäufer Betäubungsmittel zum Zwecke des gewinnbringenden Weiterverkaufs bezieht, in die Absatzorganisation als deren verlängerter Arm eingebunden ist oder dieser auf der Abnehmerseite als selbständiger Geschäftspartner gegenüber steht, beurteilt sich wesentlich nach der getroffenen Risikoverteilung.

3. Der Abnehmer in einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem, der die Betäubungsmittel zum vereinbarten Preis erwirbt und diese anschließend ausschließlich auf eigenes Risiko verkauft, insbesondere die Verkaufspreise selbst festsetzt und über die von ihm erzielten Gewinne allein disponiert, ist regelmäßig als selbständiger Käufer anzusehen, der nicht Teil der Verkäuferseite ist. Von einer Einbindung in die Absatzorganisation ist demgegenüber in der Regel auszugehen, wenn die Verkäuferseite dem Abnehmer die Höhe des Verkaufspreises vorgibt, Zeitpunkt und Umfang der Lieferungen der Betäubungsmittel bestimmt sowie am Gewinn und Risiko des Weiterverkaufs beteiligt ist.

1058. BGH 2 StR 228/11 – Beschluss vom 3. August 2011 (LG Aachen)

Verabredung eines Verbrechens des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; versuchtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anbauen von Betäubungsmitteln).

§ 30 Abs. 2 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1, Abs. 2 BtMG

1. Handeltreiben im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG ist jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit. Hiervon sind solche Handlungen abzugrenzen, die lediglich typische Vorbereitungen darstellen, weil sie weit im Vorfeld des beabsichtigten Güterumsatzes liegen (BGHSt 50, 252, 265 f.). Dabei ist auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles abzustellen.

2. Zwar kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schon die Aufzucht von Cannabispflanzen den Tatbestand des Handeltreibens erfüllen, wenn der Anbau auf die gewinnbringende Veräußerung der herzustellenden Betäubungsmittel zielt (vgl. BGH NStZ 2006, 578; BGHR BtMG § 29a Abs. 1 Nr. 2 Handeltreiben 4; BGH NJW 2011, 1461 mwN). Der Straftatbestand des unerlaubten Anbauens von Betäubungsmitteln entfaltet jedoch insoweit eine Begrenzungsfunktion für den Tatbestand des unerlaubten Handeltreibens, als er als Anfangsstadium den Versuch erst mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Aussaat oder zum Anpflanzen beginnen lässt. Hierzu kommt es regelmäßig erst mit dem Heranschaffen des Saatguts oder der Setzlinge an die vorbereitete Fläche oder zu den vorbereiteten Pflanzgefäßen.

3. Die Herbeischaffung und die begonnene Installation der für die Plantage erforderlichen Gerätschaften sind regelmäßig lediglich typische Vorbereitungshandlungen, denen nach dem Tatplan zur Errichtung der Plantage ohnehin weitere vorbereitende Tätigkeiten erst noch folgen sollten. Die bisherigen Aufbauarbeiten lagen danach weit im Vorfeld des beabsichtigten Güterumsatzes.

1035. BGH 1 StR 147/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Nürnberg-Fürth)

Strafzumessung beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Wirkstoffmenge: Rechenfehler, Schätzung).

§ 29a BtMG; § 46 StGB; § 261 StPO

1. Kann eine Auskunftsperson nur vage Angaben zur Menge und Qualität des Rauschgifts machen, dann ist der Tatrichter gehalten, die notwendigen Feststellungen zu Menge und Wirkstoffgehalt im Wege einer Schätzung nach den dazu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zu treffen.

2. Eine „exakte“ Bestimmung der Menge, womöglich noch auf drei Nachkommastellen mittels einer Berechnung, die auf vagen Parametern aufbaut, ist in derartigen Fällen in der Regel nicht geboten, sogar untunlich; sie führt unter diesen Voraussetzungen nur zu einer Scheingenauigkeit. Derartige Berechnungen können allenfalls dazu dienen, die Angaben der Auskunftsperson im Wege einer Plausibilitätskontrolle auf ihre Verlässlichkeit zu überprüfen.

1051. BGH 2 StR 157/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Aachen)

Bandenmäßiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (erforderliche Feststellungen zum Wirkstoffgehalt bei Amphetaminen; Bedeutung für die Strafzumessung).

§ 30a BtMG; § 29a BtMG; § 46 StGB

1. Für den Unrechts- und Schuldgehalt einer Tat ist neben der Art und der Gesamtmenge auch der Wirkstoffgehalt des gehandelten Betäubungsmittels von wesentlicher Bedeutung (BGH StV 1991, 564; NStZ 1990, 84, 85), und zwar gerade dann, wenn die nicht geringe Menge nicht erheblich überschritten wurde (vgl. für Grenzfälle unterhalb der „nicht geringen Menge“: BGH NStZ-RR 2011, 90, 91).

2. Die unspezifische Berücksichtigung der schlechten bzw. mäßigen Qualität des gehandelten Amphetamins genügt hierfür nicht. Insbesondere muss klargestellt sein, dass

das Tatgericht nicht rechtsfehlerhaft auf den höheren Amphetaminsulfatgehalt anstatt auf den entscheidenden Basengehalt abgestellt hat.

Aufsätze und Anmerkungen

Der ärztliche Heileingriff als „Heilangriff“ – die medizinische Außenseitermethode als gefährliche Körperverletzung

Zugleich eine Besprechung des Urteils des 3. Strafsenats des BGH vom 22. Dezember 2010 = HRRS 2011 Nr. 284 („Zitronensaft-Fall“)

Von Dr. Sascha Ziemann / Richter am Landgericht Dr. Jörg Ziethen*

Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit der Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH vom 22. Dezember 2010¹, die als „Zitronensaft-Fall“ einige Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat.²

I. Sachverhalt

Zu Grunde liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt³. Die 80-jährige Geschädigte unterzog sich einer Darmspiegelung, in deren Folge sich die Gefahr eines (mittelfristigen) Darmverschlusses zeigte. Man riet ihr zu einer Operation, in die sie nach zwei Tagen einwilligte. Zuvor war sie über den Grund der Operation und die mit dem Eingriff verbundenen Risiken (insbesondere: Wundinfektion durch Darmbakterien) aufgeklärt worden. Der Angeklagte, Chefarzt der chirurgischen Abteilung und zugleich Eigentümer des Krankenhauses, führte die Operation – soweit ersichtlich – ohne Fehler am nächsten Tag durch. In der Folgezeit entzündete sich die Wunde allerdings erheblich. Am fünften Tag nach der Operation erhielt die Geschädigte Antibiotika, dennoch verschlechterte sich ihr Zustand weiter. Der Angeklagte entschloss sich nach weiteren zwei Tagen zu einer erneuten Operation, in welche die kaum noch ansprechbare Geschädigte durch Nicken einwilligte. Am Ende dieser Operation vernähte der Angeklagte einen mit Zitronensaft getränkten Streifen in die Wunde. Jenen hatte er von Pflegekräften aus handelsüblichen Früchten mittels einer Haus-

haltspresse in der Stationsküche auspressen lassen. Der Angeklagte war aufgrund „persönlicher beruflicher Erfahrung“ davon überzeugt, Zitronensaft sei allgemein keimtötend und daher ein geeignetes Mittel zur Behandlung von Wundheilungsstörungen; einen wissenschaftlichen Erfahrungssatz dieser Art gibt es allerdings nicht. Die Geschädigte verstarb zehn Tage nach der zweiten Operation an der Entzündung. Dass sich die Einbringung des mit nicht sterilem Zitronensaft getränkten Wundstreifens auf den Verlauf der Entzündung negativ auswirkt hat, konnte nicht festgestellt werden.

Das Tatgericht hat den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu einer Bewährungsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt. Die Verurteilung knüpft – soweit durch den Senat berichtet⁴ – an die Durchführung bereits der *ersten* Operation an. Da die erste Operation als solche medizinisch indiziert war und – soweit festgestellt – auch kunstgerecht ausgeführt wurde, konzentrierte sich die Frage auf das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Aufklärung. Diese Frage verneinte das Tatgericht, weil der Geschädigten durch die Nichtinformation über die Zitronensaft-Methode eine wesentliche Information vorenthalten worden sei.

II. Entscheidung des Senats

Auf die Revision des Angeklagten hat der Senat die Verurteilung aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Die Entscheidung beruht tragend darauf, dass der Senat die *festgestellte* Tat nicht als Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), sondern als gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB) gewürdigt hat. Ergänzend gab der Senat

* Die Autoren sind Lehrbeauftragte am Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

¹ BGH 3 StR 239/10 v. 22.12.2010 = HRRS 2011 Nr. 284 = NJW 2011, 1088.

² Schiemann NJW 2011, S. 1046 ff.; Widmaier Roxin-FS (2011), Bd. 1, S. 439 ff.; Zöller ZJS 2011, S. 173 ff.

³ BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 2 ff. = NJW 2011, 1088 f.

⁴ BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 7 = NJW 2011, 1089.

dem neuen Trichter auf, nach weiteren Behandlungsfehlern zu suchen. Zur Begründung im Einzelnen:

1. Keine Körperverletzung mit Todesfolge

Entgegen der Ansicht des Tatgerichts verneinte der Senat bei der *ersten* Operation das Vorliegen einer Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB). Da nach ständiger Rspr. des BGH zum ärztlichen Heileingriff jede Operation eine tatbestandsmäßige Körperverletzung darstellt⁵, war Kern der Ausführungen des Senats die Frage der rechtfertigenden Einwilligung und hier insbesondere die Frage nach der ordnungsgemäßen Aufklärung. Diese sah der Senat für gegeben an: die erforderliche Grundinformation habe die Geschädigte bei der Erstberatung erhalten; eine weitergehende spezifische Beratung über die nicht-konventionelle Behandlung einer eventuell eintretenden Wundinfektion sei *zu diesem Zeitpunkt* nicht erforderlich gewesen. Zwar sei die Wundinfektion ein spezifisches Risiko einer Darmoperation, jedoch sei deren Behandlung nicht mit dem „schweren Risiko“ einer zukünftigen Beeinträchtigung der Lebensführung verbunden, weil die Möglichkeit einer (die Lebensführung wenig belastenden) konventionellen Behandlung mit Antibiotika bestanden habe.⁶

Auch hinsichtlich der *zweiten* Operation konnte der Senat keine Körperverletzung mit Todesfolge feststellen, da das Tatgericht keine tragfähigen Feststellungen darüber getroffen hatte, dass sich die zusätzliche Verkeimung nachteilig auf den Entzündungsprozess ausgewirkt hat, die Einbringung des mit Zitronensaft getränkten Wundstreifens also kausal für den Tod der Patientin geworden war.

2. Gefährliche Körperverletzung durch ärztlichen Heileingriff

Der Senat hielt gleichwohl hinsichtlich der *zweiten* Operation eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB für gegeben,⁷ wobei sich allein Ausführungen zur Unwirksamkeit der Einwilligung wegen eines Aufklärungsfehlers finden, nicht jedoch zur Begründung der Qualifikation. Die Einwilligung in die zweite Operation sei unwirksam, da vor *diesem* Eingriff keine insoweit notwendige und angesichts des zeitlichen Abstands von mehreren Tagen auch mögliche Aufklärung erfolgt sei. Zu dieser Aufklärung hätte es insbesondere gehört, die Geschädigte über die geplante Anwendung der Zitronensaft-Methode als Außenseitermethode und damit über das Bestehen bislang unbekannter Risiken zu informieren.⁸

⁵ S. hierzu und zur umfangreichen Diskussion im Schrifttum die Nachw. bei Fischer StGB, 58. Aufl. (2011), § 224 Rn. 9 ff.

⁶ BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 16 = NJW 2011, 1090.

⁷ BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 17 = NJW 2011, 1090.

⁸ BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 12 = NJW 2011, 1089.

3. Suche nach weiteren Behandlungsfehlern

Die Entscheidung schließt mit „Hinweisen“, die der Senat an den neuen Trichter richtet.⁹ Hiernach erschien es dem Senat denkbar, dass durchaus noch Behandlungsfehler des Angeklagten aufgedeckt werden können, die eine (erneute) Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge tragen würden, etwa mit Blick auf das Unterlassen operationsvorbereitender Maßnahmen oder den zeitlichen Abstand bis zur zweiten Operation.¹⁰

III. Bewertung

Der Entscheidung des Senats ist zuzustimmen. Die einzeln vorgetragene Kritik aus der Literatur erweist sich als ungerechtfertigt.

1. Ausgangsüberlegung

Die dogmatische Annäherung an den Fall bereitet – wie die insoweit stark divergierenden Entscheidungen von Tatgericht und Senat belegen – bereits hinsichtlich der Bestimmung von Tathandlung und Taterfolg Schwierigkeiten. Das Tatgericht ging von einer weitgespannten Kausalkette aus und gelangte auf diesem Wege zu einer einfachen Beweisführung: weil es ohne die Erstoperation nicht zu einer Wundinfektion und ohne diese letztlich nicht zum Tod der Geschädigten gekommen wäre, war die aus tatsächlichen Gründen offenbar kaum zu beantwortende Frage nach der Schädlichkeit des (bei der zweiten Operation eingesetzten) Zitronensafts für das Tatgericht nicht entscheidungserheblich. Demgegenüber hat der Senat seine rechtliche Würdigung allein auf die Durchführung der zweiten Operation gestützt. Dieses auf den ersten Blick irritierende Verspringen des Tatvorwurfs findet seinen Grund in der unterschiedlichen Beantwortung der zentralen Rechtsfrage nach dem *Wann* und *Wie* der Patientenaufklärung.

Diese Frage hat der Senat überzeugend beantwortet. Seine Entscheidung schließt an die Grundsätze der zivilrechtlichen Arzthaftung an. Demnach soll der Patient im Rahmen der Grundaufklärung zunächst nur über die *unmittelbaren Folgen* des (Erst-) Eingriffs aufzuklären sein. Darüber hinaus habe der Arzt die Pflicht zur Aufklärung über schwerwiegende Risiken einer *Folgebehandlung*, die nötig werden kann, wenn sich eine mit dem Ersteingriff „verbundene Komplikationsgefahr“¹¹ verwirklicht. Maßstab der ärztlichen Hinweispflicht soll hierbei nicht nur ein bestimmter „Grad der Komplikationsdichte“ sein, sondern es soll maßgeblich auch darauf ankommen, „ob das in Frage stehende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet“.¹² Diese differenzierte Regelung verdient Zustimmung. Während in der Logik der Entscheidung des Tatgerichts der Arzt bereits

⁹ BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 19 = NJW 2011, 1090.

¹⁰ BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 18 = NJW 2011, 1090.

¹¹ BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 11 = NJW 2011, 1089.

¹² BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 11 = NJW 2011, 1089; aus der neueren zivilrechtlichen Rspr. siehe nur BGH NJW 2010, 3230, 3231 sowie die Rspr.-Auswertung durch von Pentz MedR 2011, S. 222 ff., 225.

zum Zeitpunkt der Grundaufklärung nicht nur über das Risiko des Ersteingriffs, sondern über Folge- und Folgefolgerisiken aufzuklären gehabt hätte, gelangt der Senat anhand der oben genannten Kriterien zu einer klaren Begrenzung der Aufklärungspflicht. Dies ist nicht nur mit Blick auf die zweckmäßige Entlastung des Arzt-Patienten-Gesprächs begrüßenswert, sondern schafft zugleich Sicherheit im Hinblick auf die Frage, welche Risiken der Arzt jedenfalls anzusprechen hat und welche nicht oder ggf. später zu thematisieren sind.

Für den entschiedenen Fall ergibt sich demnach, dass die zweifelhafte Zitronensaft-Methode zum Gegenstand der Patientenaufklärung hätte gemacht werden müssen, und zwar vor der Operation, in der sie zur Anwendung gekommen ist. Das diesbezügliche Versäumnis des Angeklagten rechtfertigt es, mit dem Senat die Durchführung der zweiten Operation in das Zentrum der rechtlichen Würdigung zu rücken.

2. Heileingriff als gefährliche Körperverletzung

Der Senat hat in dem vorgenannten Verhalten eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erblickt und hierin scharfe Kritik aus der Literatur erfahren. Die Kritik knüpft an die bekannte Streitfrage an, ob auch ein ärztlicher Heileingriff eine gefährliche Körperverletzung darstellt. Die zugrunde liegenden Positionen brauchen hier nur überblickartig wiedergegeben werden:

Zur höchstrichterlichen Rspr. zählt die Ansicht, dass das bei einer medizinisch nicht indizierten Operation durch einen Arzt eingesetzte Werkzeug kein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB sei, weil es nicht „bei einem Angriff oder Kampf zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken“ eingesetzt werde.¹³ Diese Begriffsbestimmung sieht sich im Kontext einer ärztlichen Behandlung dem Einwand ausgesetzt, dass die durch den Eingriff hervorgerufenen Verletzungen von besonderer Intensität sein können, ohne dass sie auf eine Kampfsituation zurückgehen. In der Literatur wird daher schon seit längerem die Meinung vertreten, dass auch eine ärztliche Heilbehandlung grundsätzlich eine gefährliche Körperverletzung sein könne.¹⁴ Zur Begründung wird vor allem angeführt, dass es bei fehlender Rechtfertigung durch

¹³ S. etwa BGH NJW 1978, 1206 (Extraktionszange eines Zahnarztes), dort auch mit Hinweis auf die unveröffentlichte Entscheidung des BGH v. 24.5.1960 zum Skalpell eines Chirurgen; anders dagegen für den Heilpraktiker (vgl. BGH NStZ 1987, 174). Zustimmend Spickhoff-Knauer/Brose, Medizinrecht (2011), § 224 StGB Rn. 4.

¹⁴ Vgl. MK-Hardtung, StGB (2003), § 224 Rn. 34; S/S-Stree/Sternberg-Lieben, 28. Aufl. (2010), § 224 Rn. 8; NK-Paefgen, 3. Aufl. (2010), § 224 Rn. 17; Frister/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht (2011), Rn. 6 ff.; unklar insoweit LK-Lilie, StGB, 11. Aufl. (2000), § 224 Rn. 24, der für eine Einzelfallprüfung von Qualifikation der Täters einerseits und von Art und Weise der durchgeführten Maßnahme andererseits votiert. Anders und der „Angriffsformel“ der Rspr. folgend: Spickhoff-Knauer/Brose, Medizinrecht (2011), § 224 StGB Rn. 4.

Einwilligung keinen Grund gebe, „den Arzt besser zu stellen als andere Täter“.¹⁵

Der Senat hat sich zu dieser Streitfrage nicht ausdrücklich verhalten, sondern die Tatbestandlichkeit wie selbstverständlich bejaht. Er wird daher – wie auch sonst – für die Bejahung der Qualifikation nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB von der Frage ausgegangen sein, ob das gefährliche Werkzeug sowohl nach seiner objektiven Beschaffenheit als auch nach der konkreten Art der Verwendung geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen¹⁶. Dabei ist in der ständigen Rspr. des BGH die Tendenz zu beobachten, den Schwerpunkt auf den Aspekt der Erheblichkeit des Körperverletzungserfolges zu legen.¹⁷ Die Literatur versteht dies in dem Sinne, dass nicht die abstrakt-generelle Eignung des verwendeten Gegenstands zur Erzeugung schwerwiegender Verletzungen maßgeblich sei; vielmehr müssten „jene schwerwiegenden, dh länger dauernden oder nicht bzw. kaum reversiblen, nachhaltig beeinträchtigenden Verletzungen“ durch die „konkrete Form des Werkzeug-Einsatzes“ heraufbeschworen worden sein.¹⁸

Die Anwendung der vorgenannten Grundsätze auf den vorliegenden Fall wird dadurch erschwert, dass sich aus dem Gesamtverhalten des Angeklagten mehrere Anknüpfungspunkte für eine gefährliche Körperverletzung ergeben, insbesondere der Einsatz des Operationsbestecks sowie das Einbringen des mit Zitronensaft getränkten Wundstreifens. Namentlich Widmaier vertritt die Ansicht, dass sich für den Senat die Qualifikation nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB „allein aus der Verwendung des Skalpells bei der Nachoperation“, also dem *Operationsbesteck*, ergeben habe¹⁹. Dem ist zu widersprechen. Die These findet weder eine ausdrückliche noch implizite Bestätigung in den Entscheidungsgründen. Auch wird man zu bedenken haben, dass der Angeklagte dem durch das Operationsbesteck herbeigeführten Verletzungserfolg durch Verschließen der Wunden seine spezifische Gefährlichkeit im vorgenannten Sinne genommen hat.²⁰

Überzeugenderweise stellt der Senat daher sowohl bei der Schilderung des Sachverhalts als auch bei dessen rechtlicher Würdigung nicht das Beibringen der Operationswunden in den Vordergrund, sondern das Einnähen des mit Zitronensaft getränkten Wundstreifens bei Abschluss der Operation. Durch diese Maßnahme hat der Angeklagte eine Infektionsquelle und damit für die Geschädigte die Gefahr einer schwerwiegenden Gesundheitsschädigung geschaffen, weil ihr eine kaum reversible und im weiteren Verlauf lebensbedrohliche Verkeimung drohte. Dass ein Übergang von Keimen nicht positiv festgestellt wurde, schließt die Gefährlichkeit in diesem

¹⁵ MK-Hardtung a.a.O. (Fn. 14), § 224 Rn. 34.

¹⁶ Siehe nur die Nachw. bei Fischer a.a.O. (Fn. 5), § 224 Rn. 9.

¹⁷ S. die Nachw. bei Fischer a.a.O. (Fn. 5), § 224 Rn. 9.

¹⁸ So z.B. NK-Paefgen, a.a.O. (Fn. 14), § 224 Rn. 12, auch Rn. 17: „objektive situationsspezifische Gefährlichkeit“ (auf den ärztl. Heileingriff bezogen). Ebenso MK-Hardtung a.a.O. (Fn. 14), § 224 Rn. 19; S/S-Stree/Sternberg-Lieben a.a.O. (Fn. 14), § 224 Rn. 4; LK-Lilie a.a.O. (Fn. 14), § 224 Rn. 21 f.

¹⁹ Widmaier Roxin-FS (2011), Bd. 1, S. 439 ff., 442; vgl. auch Zöller ZJS 2011, S. 173 ff., 176.

²⁰ Im Ergebnis ebenso Zöller ZJS 2011, S. 173 ff., 176.

Sinne nicht aus, da zum Zeitpunkt der Einbringung des Wundstreifens Eintritt oder Ausbleiben der zusätzlichen Verkeimung vom Zufall abhingen.²¹ Ausgehend hiervon erscheint die Feststellung der (objektiven) Tatbestandlichkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB durchaus nachvollziehbar.

3. Unklare Feststellungen zur subjektiven Tatseite

Zu kritisieren ist allerdings, dass der Senat bei seiner rechtlichen Würdigung nicht näher auf die Frage der subjektiven Tatseite und insbesondere den Vorsatz zur gefährlichen Körperverletzung eingegangen ist. Da dem Senat als Revisionsgericht eigene Tatsachenfeststellungen zu diesen Fragen naturgemäß verwehrt waren, kann sich seine Entscheidung nur auf die tatrichterlich festgestellten Umstände stützen.

Ob diese den vom Senat erhobenen Schuldvorwurf tragen, erscheint erörterungswürdig. Das Tatgericht hat die Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge auf die Durchführung der ersten Operation gestützt, weswegen es aus seiner Sicht nicht geboten war, Feststellungen zu der Frage zu treffen, ob der Angeklagte bei Einnähen des unsterilen Wundstreifens im Rahmen der zweiten Operation den Vorsatz zu einer gefährlichen Körperverletzung hatte. Auch der Senat teilt entsprechende tatrichterliche Feststellungen nicht mit, und dies, obwohl die höchstrichterliche Rspr. grundsätzlich verlangt, dass die innere Tatseite „besonders sorgfältig durch tatsächliche Feststellungen“ belegt wird.²² Hinzu tritt, dass im Bereich des Medizinstrafrechts eine vorsatzskeptische Linie vorherrscht, wonach selbst bei „medizinisch grob fehlerhaftem“ Verhalten im Grundsatz von einem Heilungswillen des Arztes auszugehen sei und nur bei besonderen Umständen ein vorsätzliches Handeln angenommen werden könne.²³ Nur ausnahmsweise hält der BGH den Verzicht auf eine nähere Begründung der subjektiven Tatseite revisionsrechtlich für unschädlich, nämlich dann, wenn sich die Merkmale der inneren Tatseite von „selbst aus der Sachverhaltsschilderung“ ergeben.²⁴ Auch dies erscheint vorliegend zweifelhaft, da das Tatgericht – ausweislich der Entscheidungsgründe – zu der (gegenläufigen) Feststellung gelangt ist, dass der Angeklagte „allgemein von einer keimtötenden Wirkung des Zitronensaftes“ ausgegangen sei und zudem „aufgrund persönlicher beruflicher Erfahrung der Überzeugung war, Zitronensaft sei ein geeignetes Mittel zur Behandlung schwerwiegender Wundheilungsstörungen“²⁵.

Allerdings – und dies spricht im Ergebnis für die Entscheidung des Senats – steht diesen Feststellungen entgegen, dass das Tatgericht zu der Überzeugung gelangt ist, dass dem Angeklagten „bewusst“ gewesen sei, „dass seine Methode der Behandlung von Wundheilungsstö-

rungen unüblich und ungetestet war“.²⁶ Legt man zugrunde, dass es nach Ansicht des Senats darüber hinaus zum medizinischen Allgemeinwissen gehört, dass für eine solche nicht wissenschaftlich getestete Methode „unbekannte Risiken nicht ausgeschlossen werden“²⁷ können, wird man dem Angeklagten zumindest anlasten können, dass er die Maßnahme trotz professioneller positiver Kenntnis, dass unbekannte Risiken bestehen, durchgeführt hat. Damit liegt nahe, dass er diese Risiken – wie etwa die Schaffung einer Keimquelle – im Rechtssinne billigend in Kauf genommen und zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt hat.

4. Kein Fall der hypothetischen Einwilligung

Die Tat des Angeklagten war schließlich auch rechtswidrig. Der namentlich von Schiemann erhobene Einwand, dass der Senat eine mögliche Rechtfertigung qua hypothetischer Einwilligung übergangen habe,²⁸ geht fehl. Zwar verliert der Senat kein Wort zur Frage einer hypothetischen Einwilligung, doch lässt sich dieser Umstand damit erklären, dass die Voraussetzungen einer hypothetischen Einwilligung ersichtlich nicht gegeben waren.

Nach ständiger Rspr. des BGH soll ein lege artis durchgeführter Heileingriff auch ohne wirksame Einwilligung (z.B. mangels ordnungsgemäßer Aufklärung) rechtmäßig sein können, wenn feststellbar ist, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte.²⁹ Diese Voraussetzungen liegen nicht vor: Zum einen war die in Rede stehende zweite Operation nicht kunstgerecht. Zum anderen hat das Tatgericht nicht festgestellt, dass die Betroffene bei Aufklärung über den Einsatz der Zitronensaft-Methode dieser zugestimmt hätte. Im Gegenteil: das Tatgericht ging davon aus, dass diese Aufklärung geeignet gewesen wäre, das Vertrauensverhältnis zu erschüttern. Selbst wenn man diese Aspekte beiseite stellt und statt dessen – wie Schiemann³⁰ – eine rein wertungsmäßige Betrachtung vornimmt, gelangt man zu keinem anderen Ergebnis. Die Figur der hypothetischen Einwilligung fußt auf der Erwägung, dass ein lege artis³¹ durchgeführter Heileingriff als solcher einwilligungsfähig ist und eine Einwilligung auch erfolgt wäre, so dass das Fehlen der Einwilligung ein bloß „formaler“ Mangel ist, der die „materielle“ Rechtswidrigkeit der Maßnahme nicht zu begründen vermag. Hingegen geht es vorliegend um den Fall, dass ein Arzt eigenmächtig zu einer kunstwidrigen und gefährlichen Außenseitermethode greift – bei einem solchen Vorgehen ist die materielle Rechtswidrigkeit ohne Weiteres indiziert.

²⁶ BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 7 = NJW 2011, 1089.

²⁷ BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 15 = NJW 2011, 1090.

²⁸ Schiemann NJW 2011, S. 1046 ff., 1047.

²⁹ Nachw. bei Fischer a.a.O. (Fn. 5), § 223 Rn. 16a; zur dogmatischen Einordnung siehe jüngst ausf. Rosenau Maiwald-FS (2010), S. 683 ff.

³⁰ Schiemann NJW 2011, S. 1046 ff., 1047.

³¹ Ausdrücklich klargelegt durch BGH NStZ-RR 2007, 340, 341 = HRRS 2007 Nr. 727.

²¹ Zweifelnd Zöller ZJS 2011, S. 173 ff., 176.

²² BGH NStZ 1987, 362.

²³ Hierzu BGH, NStZ 2004, 35, 36; sowie jüngst für den Tötungsvorsatz im Medizinstrafrecht Kudlich, NJW 2011, S. 2856 ff.

²⁴ BGHSt 48, 108 = NJW 2003, 907, 910.

²⁵ BGH (Fn. 1), UA, Abs.-Nr. 4 = NJW 2011, 1088.

IV. Zusammenfassung

Der vorliegende Fall hat aufgrund seines ungewöhnlichen Sachverhalts als „Zitronensaft-Fall“ Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Die Entscheidung ist zu begrüßen, insofern sie an die Grundsätze der zivilrechtlichen Arzthaftung anschließt und hierdurch Klarheit schafft hinsichtlich der Frage nach der Patientenaufklärung bei beabsichtigter Anwendung einer Außenseitermethode. Soweit die Entscheidung in der Literatur vereinzelt Kritik erfahren hat,

erweist sich diese bei näherer Betrachtung als unbegründet: weder ist die Entscheidung des Senats mit der ständigen Rspr. zum gefährlichen Werkzeug unvereinbar, noch hat der Senat die Figur der hypothetischen Einwilligung übergangen. Vielmehr verdeutlicht die Entscheidung zu recht, dass sich *auch ein Arzt* wegen *gefährlicher* Körperverletzung strafbar machen kann, wenn er ungefragt unsterilen Zitronensaft zur Wundbehandlung verwendet und damit seinen ärztlichen Heileingriff zum „Heilangriff“ macht.

Aufsätze und Anmerkungen

Aktuelle strafprozessuale Folgefragen des „Vorratsdatenurteils“ des BVerfG

Von RA und FA f. StR Dirk Meinicke, Hamburg

I. Einleitung

Die (rechts-)politische Diskussion rund um das Thema Vorratsdatenspeicherung¹ hat Fragen nach den rechtspraktischen Auswirkungen der vom BVerfG ausgesprochenen (Teil-)Nichtigkeit der erst am 1.1. 2008 in Kraft getretenen Regelungen in den §§ 113a, 113b TKG bzw. 100g StPO² weitgehend von der Tagesordnung verdrängt. Dabei ergeben sich aus dieser Entscheidung strafprozessrechtliche Fragen von gleichermaßen praktischer Relevanz wie theoretischem Interesse. Dies gilt insbesondere für die Frage der Verwertbarkeit von Vorratsdaten im Strafverfahren, sofern diese vor der Nichtigkeitserklärung durch das BVerfG erhoben wurden. Zu diesem Themenkomplex haben sich bereits mehrere Strafsenate des Bundesgerichtshofs geäußert.³ Der vorliegende Beitrag will diese gegenwärtigen praktischen Auswirkungen näher konkretisieren sowie einen kurzen Ausblick auf mögliche Entwicklungsszenarien wagen. Zu diesem Zweck erfolgt zunächst eine kurze Darstellung der gesetzlichen Ausgangslage vor dem Urteil des BVerfG (II)

sowie ein Überblick über die für den hier behandelten Bereich relevanten Kernaussagen des Urteils (dazu unter III). Anschließend werden die Auswirkungen auf laufende Strafverfahren erörtert, wobei neben der angesprochenen Frage der Verwertbarkeit auch die aktuell bestehenden Möglichkeiten eines Zugriffs auf TK-Daten behandelt werden (dazu unter IV). Zuletzt werden in einem abschließenden Fazit (V) mögliche Zukunftsperspektiven angedeutet.

II. Gesetzliche Ausgangslage vor dem „Vorratsdatenurteil“

1. Datenspeicherung im Telekommunikationsrecht jenseits von Vorratsdaten

Für das Verständnis der Problematik ist es förderlich, vorab einige telekommunikationsrechtliche Grundbegriffe zu erläutern. Von Bedeutung ist zunächst die Unterscheidung von Bestandsdaten und Verkehrsdaten.⁴ Bestandsdaten sind in § 3 Nr. 3 TKG definiert. Es handelt sich um Daten, die für die Anmeldung und Durchführung des Vertragsverhältnisses erhoben werden müssen, insbesondere Name und Anschrift des Kunden;⁵ diese Daten werden für die Dauer der Vertragsbeziehung gespeichert. Im Ermittlungsverfahren erfolgt eine Abfrage

* BVerfGE 125, 260 = HRRS 2010 Nr. 134 = NJW 2010, 833.

¹ Siehe zuletzt etwa die eine zügige Regelung befürwortende Stellungnahme des DRB, MMR-Aktuell 2011, 320110; dagegen Stellungnahme des DAV, MMR Aktuell 2011, 320112; ferner MMR-Aktuell 2011, 319439 zum Gesetzesentwurf des BMJ bzgl. des sog. „Quick Freeze-Verfahrens“.

² Vgl. Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21. 12. 2007 (BGBl I, 3198).

³ BGH NJW 2011, 467 (4. Strafsenat) = HRRS 2011 Nr. 266; BGHSt 56, 127 (3. Strafsenat) = HRRS 2011 Nr. 481; BGH NJW 2011, 1377 (1. Strafsenat) = HRRS 2011 Nr. 428; ferner OLG München MMR 2010, 793; OLG Hamm NSTzRR 2010, 246; LG Verden StV 2011, 13 ff.

⁴ Ferner gibt es die sog. Inhaltsdaten, die den Inhalt einer Telekommunikation als solchen betreffen, die Nutzungsdaten gem. § 15 TMG sowie die Zugangsdaten (PIN, PUK usw.), siehe Graf, in: Beck-OK-StPO (Stand: 15.4.2011), § 100a Rn. 22 ff.

⁵ Holznagel/Ricke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. A. (2011), § 3 Rn. 5.

von Bestandsdaten nach h.M. über die §§ 161, 163 StPO, 113 TKG.⁶ Von den Bestandsdaten sind Verkehrsdaten im Sinne des § 3 Nr. 30 TKG zu unterscheiden, die auf die Bereitstellung und Erbringung von TK-Diensten selbst, also auf den technischen Vorgang der Erbringung der TK-Dienstleistungen gerichtet sind. Beispielfähig zu nennen sind hier Rufnummer bzw. Kennung der beteiligten Anschlüsse oder Beginn und Ende des jeweiligen Gesprächs.⁷ Neben der vom BVerfG inzwischen für nichtig erklärten Regelung über die Vorratsdatenspeicherung existieren lediglich eingeschränkte Regelungen über die Zulässigkeit der Speicherung von Verkehrsdaten.⁸ § 97 Abs. 1 TKG sieht eine Speicherung zu Abrechnungszwecken vor, die jedoch aufgrund der zunehmenden Nutzung von Flatrate-Tarifen praktisch nur noch eingeschränkt von Bedeutung ist (näher unten unter IV. 1).⁹ Ferner dürfen gemäß § 100 I TKG Verkehrsdaten gespeichert werden, die zur Erkennung oder Beseitigung von Fehlern und Störungen erforderlich sind.

2. Die gesetzliche Regelung über die Vorratsdatenspeicherung

Einen erheblich weitreichenderen Rahmen für die Speicherung von Verkehrsdaten schafften die inzwischen vom BVerfG für nichtig erklärten §§ 113a, 113b TKG.¹⁰

Nach § 113a Abs. 1 Satz 1 TKG ist bzw. war derjenige, der öffentlich zugänglich TK-Dienste erbringt, verpflichtet, die in § 113a Abs. 2-5 TKG definierten Verkehrsdaten für die Dauer von 6 Monaten zu speichern. Die Pflicht wurde gemäß § 113a Abs. 6, 7 TKG auf weitere Bereiche der Telekommunikation erstreckt. § 113b TKG in Verbindung mit § 100g StPO ermöglichten es den Strafverfolgungsbehörden, diese Vorratsdaten bei bestimmten Katalogstraftaten oder solchen Straftaten, die mittels Telekommunikation begangen wurden, abzurufen. Durch die letztgenannte Variante war ein Abruf von Verkehrsdaten insbesondere auch bei strafbaren Verstößen gegen das Urhebergesetz zulässig, was für die praktisch relevanten „filesharing“-Konstellationen¹¹ erhebliche Bedeutung hatte.

Zur Ermittlung der gem. § 113 Abs. 1 TKG auf Verlangen der Strafverfolgungsbehörden herauszugebenden Bestandsdaten gemäß §§ 95, 111 TKG durften bis zur Entscheidung des BVerfG gemäß § 113b Satz 1 zweiter Halbsatz TKG auch die gemäß § 113a Abs. 1 TKG gespeicherten Vorratsdaten verwendet werden. § 113a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 erlaubte darüber hinaus auch die mittelbare Nutzung der Vorratsdaten für Auskünfte nach § 113 Abs.

1 TKG (Auskunftsanspruch gegenüber den Dienstleistern zur Identifizierung von IP Adressen, dazu noch näher unten). Dementsprechend konnten die Strafverfolgungsbehörden bei Kenntnis von einer konkreten IP Adresse eine Auskunft darüber verlangen, welcher Anschlussinhaber unter dieser IP Adresse steht, und zwar zur Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten sowie zur Gefahrenabwehr.

Im Ergebnis waren Telekommunikationsanbieter nach den §§ 113a, 113b TKG verpflichtet, sämtliche Verkehrsdaten von Telefondiensten, Festnetz, Mobilfunk, Fax, SMS, MMS, eMail- und Internetdiensten vorsorglich ohne (konkreten) Anlass zu speichern; vom Umfang her erstreckte sich die Speicherungspflicht auf alle Angaben, mittels derer rekonstruiert werden kann, wer, wann, wie lange, mit wem, von wo aus kommuniziert hat oder zu kommunizieren versuchte. Diese nahezu allumfassenden Vorschriften hielten der verfassungsrechtlichen Kontrolle durch den Ersten Senat des BVerfG letztlich – nach einer im Zusammenhang ergangenen einstweiligen Anordnung¹² – nicht stand.

III. Kernaussagen des Urteils

Der Erste Senat spricht von der Vorratsdatenspeicherung als einem besonders schweren Eingriff mit einer erheblichen Streubreite, wie sie „die Rechtsordnung bisher nicht kannte“.¹³ Trotz dieser Einschätzung und obwohl sich die Speicherdauer von 6 Monaten – nach der zugrunde liegenden EU-Richtlinie die Mindestdauer – im oberen Bereich überhaupt noch zu rechtfertigender Eingriffe bewege, sei eine mit Blick auf Art. 10 GG verfassungskonforme Regelung der Vorratsdatenspeicherung nicht von vornherein auszuschließen.¹⁴ Auf diesem Wege umgeht das BVerfG eine direkte Prüfung der Richtlinie am Maßstab des Grundgesetzes, da diese verfassungsgemäß umsetzbar sei – allein durch die bis dahin geltenden Regelungen nicht verfassungskonform umgesetzt wurde.¹⁵

Die Vorratsdatenspeicherung verfolge den legitimen Zweck einer Effektivierung der Strafverfolgung, der Gefahrenabwehr und der Erfüllung der Aufgaben der Nachrichtendienste.¹⁶ Sie sei insbesondere auch erforderlich, also das mildeste von mehreren gleichwirksamen Mitteln. Das Gericht vergleicht die Vorratsdatenspeicherung dabei ausschließlich mit dem sog. „Quick-Freeze-Verfahren“,¹⁷ bei dem die Speicherdauer nicht klar definiert sei, von Provider zu Provider variere und faktisch in der Regel letztlich zu kurz sei, um Straftaten zuverlässig

⁶ Statt vieler *Graf*, a.a.O. (Fn. 4), § 100a Rn. 13.

⁷ *Holzner/Ricke*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 41.

⁸ Es handelt sich um Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Pflicht zu ihrer sofortigen Löschung, vgl. BGH JZ 2011, 691, 692 m.w.N.

⁹ Vgl. auch *Bär*, Handbuch zur EDV-Beweissicherung im Strafverfahren (2007), Rn. 2005 ff.; *Blankenburg* MMR 2010, 587, 589.

¹⁰ Ein Überblick über die Vorschriften findet sich etwa bei *Brinkel/Lammers* ZUM 2008, 11, 13 ff.

¹¹ Siehe hierzu im Überblick *Cornelius*, in: Leupold/Glossner, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 2. Aufl. (2011), Teil 10 Rn. 219 f. m.w.N.

¹² BVerfGE 121, 1 = HRRS 2008 Nr. 261 = NStZ 2008, 290; erweitert durch BVerfGE 122, 120 = HRRS 2008 Nr. 1005 = MMR 2009, 29; zuletzt wiederholt mit Beschluss vom 15. 10. 2009 (BGBl I, 3704).

¹³ NJW 2010, 833, 838.

¹⁴ NJW 2010, 833, 838.

¹⁵ Näher zu den durchaus zweifelhaften Folgerungen aus dem Urteil für das Verhältnis zwischen BVerfG und EU *Bäcker* EuR 2011, 103 ff.

¹⁶ NJW 2010, 833, 838.

¹⁷ Vgl. dazu MMR- aktuell 2010, 304504; *Bloching* MMR- aktuell 2010, 305091.

sig aufzuklären.¹⁸ Tatsächlich lassen empirisch gestützte Erkenntnisse hinsichtlich der Eignung der Vorratsdatenspeicherung zur effektiven Kriminalitätsbekämpfung Zweifel daran aufkommen, ob ein angemessenes Verhältnis von Eingriffsintensität und Wirksamkeit bei der Vorratsdatenspeicherung gewahrt wird.¹⁹

Keineswegs dürfe die Vorratsdatenspeicherung – so der Senat – auf die Erfassung der Kommunikation und freiheitlichen Aktivitäten der Bürger insgesamt angelegt sein und auch nicht im Zusammenspiel mit anderen Daten zur Rekonstruierbarkeit praktisch aller Aktivitäten führen.²⁰ Dabei sei von struktureller Bedeutung, dass die Speicherung nicht direkt durch den Staat, sondern durch private TK-Unternehmen erfolge und der Staat insoweit keinen direkten Zugriff habe (sog. Trennung von Speicherung und Abruf).²¹ Zugleich folgen erhöhte Anforderungen an die Datensicherheit daraus, dass die Daten bei privaten Diensteanbietern gespeichert werden, die unter den Bedingungen von Wirtschaftlichkeit und Kostendruck handeln.

Die Ausführungen des Senats sind deshalb bedenklich, weil sie entgegen der bisherigen Rechtsprechung²² und trotz der zu Recht betonten massiven Eingriffsintensität von einem strikten Verbot der anlasslosen Speicherung personenbezogener Daten auf Vorrat Abstand nehmen.²³ Das hier zum Ausdruck kommende Verständnis für die Auffassung des Gesetzgebers und der Exekutivbehörden, die Vorratsdatenspeicherung sei das einzige probate Mittel, um der (Internet-) Kriminalität Herr zu werden,²⁴ erscheint angesichts der fehlenden empirischen Belege für diese Auffassung verfehlt. Wenn der Senat im Weiteren normenklare Regelungen, die Beschränkung der Datenverwendung auf Fälle der Ahndung von schweren Straftaten sowie einen Richtervorbehalt fordert,²⁵ so handelt es sich hierbei nicht nur um verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeiten, sondern letztlich um rechtsstaatliche „placebos“²⁶; eine hinreichend wirksame Beschränkung der vom BVerfG im selben Atemzug für verfassungskonform (bzw. für verfassungskonform regelbar) erklärten anlasslosen Speicherung immenser Datenmengen wird hierdurch nicht bewirkt.

Der Senat betont die Notwendigkeit eines effektiven Sanktions- und Kontrollsystems bei der Vorratsdatenspeicherung, da andernfalls der Schutz des Persönlichkeitsrechts zu „verkümmern“ drohe.²⁷ Letztlich bereitet

das Gericht durch sein Urteil selbst den Nährboden für eine solche Verkümmern, indem schwerwiegendste Grundrechtseingriffe im Grundsatz legitimiert werden, obwohl deren Eignung für den verfolgten Zweck höchst zweifelhaft ist.²⁸ Bevor ein rechtspolitischer Ausblick erfolgt, werden im Folgenden die praktischen Auswirkungen der Entscheidung auf laufende Strafverfahren untersucht.

IV. Auswirkung auf gegenwärtige und zukünftige Strafverfahren

Neben der bereits mehrfach höchstrichterlich thematisierten und in fragwürdiger Weise beantworteten Frage der Verwertbarkeit bereits abgerufener Vorratsdaten wird in nächster Zukunft für die Verteidigungspraxis vor allem interessant sein, unter welchen Voraussetzungen bis zu einer etwaigen gesetzlichen Neuregelung ein Zugriff der Ermittlungsorgane auf TK-Daten sowie deren Einführung als Beweismittel in die Hauptverhandlung zulässig ist. Dieser Aspekt soll hier zunächst behandelt werden, bevor eine kritische Würdigung der jüngsten Rechtsprechung zur Verwertungsproblematik erfolgt.

1. Zugriff auf TK-Daten im Ermittlungsverfahren *de lege lata*

Grundsätzlich weiterhin möglich ist zunächst ein Zugriff auf Bestandsdaten gemäß §§ 161, 163 StPO, 113 Abs. 1 S. 2 TKG. Soweit demgegenüber die *de lege lata* bestehenden Zugriffsmöglichkeiten auf Verkehrsdaten in Rede stehen ist von Bedeutung, dass nach der Entscheidung des BVerfG § 100g Abs. 1 S. 1 StPO nur insoweit nichtig ist, als er sich auf Verkehrsdaten nach § 113a TKG bezieht.²⁹ Es bleibt daher möglich, gemäß § 100g StPO auf anderweitig rechtmäßig gespeicherte Daten zurückzugreifen, insbesondere also auf Verkehrsdaten im Sinne der §§ 97 Abs. 1 S. 1 bzw. 100 Abs. 1 TKG. Mit dieser aktuell geltenden Rechtslage sind für die Verteidigungspraxis erhebliche Herausforderungen verbunden. Diese hängen damit zusammen, dass es nicht immer leicht sein wird zu beurteilen, ob als Beweis in die Hauptverhandlung eingeführte Verkehrsdaten solche sind, die nach den genannten Vorschriften rechtmäßig gespeichert werden durften. So wird zunächst der Tarif des jeweiligen Anschlussinhabers eine große Rolle spielen, da bei flatrate-Tarifen eine Speicherung zu Abrechnungszwecken regelmäßig ausscheidet, § 97 Abs. 1 TKG also keine Grundlage für eine Speicherung sein kann. Schwierigkeiten können sich dann ergeben, wenn – wie bei gängigen Tarifen nicht selten – eine flatrate nur für bestimmte Netze vereinbart ist, während Gespräche in andere Netze abgerechnet werden. Hier muss dann im Einzelfall geklärt

¹⁸ NJW 2010, 833, 838.

¹⁹ Vgl. die Ausarbeitungen des Arbeitskreises Vorratsdatenspeicherung, abrufbar unter www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/420/79/1a_nge.de; siehe auch MMR-Aktuell 2011, 316, 317; zur Nichtberücksichtigung entsprechender Erkenntnisse durch das BVerfG ferner *Hornung/Schnabel* DVBl 2010, 824, 827.

²⁰ NJW 2010, 833, 839.

²¹ NJW 2010, 833, 839.

²² Vgl. die Nachweise in NJW 2010, 833, 837 a.E. (Rn. 205).

²³ Vgl. *Westphal* EuZW 2010, 494, 499.

²⁴ NJW 2010, 833, 839 f.

²⁵ NJW 2010, 833, 840 f.

²⁶ Die Gefahr einer bloßen „Rechtfertigungsrhetorik“ sieht auch *Roßnagel* NJW 2010, 1238, 1240; vgl. auch *Hornung/Schnabel* DVBl. 2010, 824, 828.

²⁷ NJW 2010, 833, 844.

²⁸ Zurückhaltender in der Bewertung etwa *Roßnagel* NJW 2010, 1238, 1242; ebenso *Ohler* JZ 2010, 626, der zwar die Relativierung gegenüber dem Volkszählungsurteil betont, zugleich aber die Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit i.e.S. „in einer Linie“ mit der bisherigen Rechtsprechung sieht; zur zutr. Kritik an der Vorratsdatenspeicherung als solcher statt Vieler *Graulich* NVwZ 2008, 485, 489 f.; vgl. auch noch *Leutheusser-Schnarrenberger* ZRP 2007, 9 ff.

²⁹ NJW 2010, 833, 848.

werden, ob konkret verfahrensrelevante Daten tatsächlich gespeichert werden durften, weil sie für Abrechnungszwecke notwendig waren. Hier wird nicht selten die Hinzuziehung von Sachverständigen erforderlich sein.

Dasselbe gilt für Daten, die gemäß § 100 Abs. 1 TKG zur Störungsbeseitigung gespeichert werden. Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen hat jüngst entschieden, dass eine anlasslose Speicherung von Verkehrsdaten gemäß § 100 Abs. 1 TKG zulässig sein kann, wenn die Speicherfrist auf 7 Tage begrenzt wird.³⁰ Anhaltspunkte für eine Störung oder einen Fehler brauchen nach Ansicht des BGH nicht vorzuliegen.³¹ Auch hier ist jedoch die – technisch schwierige – Feststellung erforderlich, dass die gespeicherten Daten für die Zwecke des § 100 Abs. 1 TKG überhaupt erforderlich sind.

Wie der BGH in Zivilsachen ebenfalls entschieden hat, kann die Speicherung von dynamischen IP-Adressen – es handelt sich hierbei um Verkehrsdaten – sowohl im Rahmen von § 97 Abs. 1 TKG als auch im Rahmen von § 100 TKG zulässig sein. Entscheidend ist jeweils, dass diese für die vorgesehenen Zwecke (Entgeltabrechnung oder Störungsbekämpfung) erforderlich sind.³² Praktisch bedeutsam für das Strafverfahren ist nun die Frage, wie die Ermittlung des Anschlussinhabers einer solchen dynamischen IP-Adresse zu qualifizieren ist, sofern die Adresse den Ermittlungsbehörden bekannt ist. Das BVerfG vertritt die Ansicht, eine solche Abfrage sei ohne richterlichen Beschluss möglich.³³ Sie wird daher letztlich wie eine Bestandsdatenabfrage behandelt, obwohl es sich dabei um die mittelbare Abfrage von Verkehrsdaten handelt. Bereits vor der Entscheidung des BVerfG ist die Frage der Rechtsgrundlage für den Abruf des Inhabers einer bekannten IP-Adresse kontrovers diskutiert und die nun vom Senat befürwortete Ansicht mit guten Gründen – insbesondere wegen des mittelbaren Zugriffs auf Verkehrsdaten und der Betroffenheit von Art. 10 GG – kritisiert worden.³⁴

Zwar hat das BVerfG im Hinblick auf die somit bestehende Möglichkeit einer Durchführung mittelbarer Abfragen von Verkehrsdaten gemäß § 113a TKG auch zur Verfolgung bloßer Ordnungswidrigkeiten sowie insbesondere im Hinblick auf fehlende gesetzliche Benachrichtigungspflichten § 113b S. 1 2. Halbsatz TKG in Verbindung mit § 113 Abs. 1 TKG für verfassungswidrig erklärt, allerdings ohne die Vorschrift des § 113 Abs. 1 TKG insge-

samt für verfassungswidrig und damit für nichtig zu erklären³⁵. Damit ist *de lege lata* die Abfrage des Inhabers einer bekannten IP-Adresse ohne richterlichen Beschluss möglich, sofern die hierbei mittelbar abgefragten Verkehrsdaten zulässigerweise (noch) gespeichert werden durften, also regelmäßig – nach der besagten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen³⁶ – innerhalb einer 7-Tages-Frist.

Ob hier bei den Ermittlungsbehörden angesichts der auf 7 Tage beschränkten Speicherfrist Anreize gesetzt werden, Daten vor ihrer Löschung „sicherheitshalber“ abzurufen, bleibt abzuwarten. Ebenso zeigen erste praktische Erfahrungen des Verf., dass die 7-Tage-Frist von den Anbietern nicht immer beachtet wird. Insofern könnte sich in der Zukunft die – richtigerweise zu verneinende – Frage stellen, ob Verkehrsdaten im Strafverfahren verwertet werden dürfen, die der Anbieter zum Zeitpunkt des Abrufs durch die Ermittlungsbehörden „an sich“ nicht bzw. nicht mehr haben durfte. Damit kann zu einer weiteren zentralen Folgefrage des Vorratsdatenurteils übergeleitet werden: der Verwertung von vor dem Urteil abgerufenen Vorratsdaten.

2. Verwertbarkeitsfragen

Zunächst ist eine – durchaus praxisrelevante – Frage recht schnell zu beantworten: Keinesfalls dürfen solche Daten verwertet werden, deren Erhebung nicht den Anforderungen der einstweiligen Anordnung des BVerfG genügt.³⁷ Damit scheidet insbesondere jede Verwertung von Daten aus, die im Zusammenhang mit der Ermittlung wegen Urheberrechtsverstößen abgefragt wurden, auch dann, wenn diese nach Inkrafttreten der §§ 113a, 113b TKG und vor Erlass der einstweiligen Anordnung erhoben wurden. Es ist dem Gesetzgeber angesichts der Vorgaben des BVerfG sogar verwehrt, zukünftig eine Regelung zu erlassen, die den Zugriff auf Vorratsdaten im Zusammenhang mit Urheberrechtsverstößen gestattet, und zwar wegen der mangelnden Deliktsschwere.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob Daten verwertet werden dürfen, die nach Erlass der einstweiligen Anordnung und vor dem Vorratsdatenurteil erhoben wurden und bei deren Erhebung die Vorgaben des BVerfG eingehalten wurden. Inzwischen haben sich mehrere Strafsenate des BGH sowie einige Oberlandesgerichte in dieser Frage dahingehend positioniert, dass sie eine Verwertung für zulässig halten.³⁸ Dabei stützen sich die Gerichte auf eine mehrstufige Argumentationslinie. Zum einen wird die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung behauptet, die daraus folgen soll, dass die einstweilige Anordnung für den Zeitraum ihrer Geltung eine endgültige Regelung treffe, die darauf gestützte Eingriffe auch dann legitimiert, wenn in der Hauptsache eine abweichende Entscheidung getroffen wird. Das BVerfG agiere

³⁰ BGH JZ 2011, 691 m. Anm. Hoeren.

³¹ BGH JZ 2011, 691, 693 m.w.N.

³² Die Entscheidung BGH JZ 2011, 691 ff. verdeutlicht, welche Schwierigkeiten auf die Praxis zukommen, wenn die Verwertbarkeit von Verkehrsdaten entscheidend davon abhängt, ob diese nach den §§ 97, 100 TKG gespeichert werden durften. Trotz des Einsatzes von Sachverständigen konnte dort nicht abschließend geklärt werden, ob die IP-Adressen wirklich zur Entgeltabrechnung benötigt wurden.

³³ BVerfG NJW 2010, 833, 849; zu diesem Aspekt der Entscheidung näher etwa *Hornung/Schnabel* DVBl 2010, 824, 831 f.

³⁴ Für die Anwendung von 100g StPO *Bär* MMR 2005, 626 f.; vgl. auch *Eckhardt*, in: *Spindler/Schuster*, a.a.O. (Fn. 5), § 113 Rn. 10 ff. m.w.N. zu beiden Ansichten aus der Rspr.; a. A. etwa *Beck/Kreisich* NStZ 2007, 304, 307; *Sankol K&R* 2007, 541 f.; *ders.* MMR 2006, 361 ff.

³⁵ NJW 2010, 833, 849.

³⁶ BGH JZ 2011, 691 m. Anm. Hoeren.

³⁷ So zutr. auch *Volkmer* NStZ 2010, 318 f.; *Blankenburg* MMR 2010, 586, 590.

³⁸ Siehe die Nachweise oben (Fn. 3); zust. *Marlie/Bock* ZIS 2010, 524 ff.; *Volkmer* NStZ 2010, 318 ff.; i. Erg. mit Recht dagegen B. *Gercke* StV 2010, 281, 283 und LG Verden StV 2011, 13 ff.

hier gleichsam als „Interimsnormgeber“ (vgl. § 32 BVerfGG).³⁹ Der somit zulässigen Beweiserhebung sei die spätere Verwertung – so der 1. Strafsenat – immanent.⁴⁰ Ergänzend lasse sich der durch die Verwertung der Beweise begründete selbständige Eingriff in Art. 10 GG auf § 244 Abs. 2 StPO – bzw. die Verwertung zur Urteilsfindung auf § 261 StPO – stützen.⁴¹ Zum anderen argumentiert der BGH hilfsweise dahingehend, dass selbst im Falle der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung ein Verwertungsverbot nicht in Betracht käme. Er beruft sich insofern auf die in der Rechtsprechung seit langem herrschende *Abwägungslehre* – die im Schrifttum ebenso lange mit guten Gründen kritisiert wird –⁴² wonach im Falle einer rechtswidrigen Beweiserhebung nicht per se von einem Verwertungsverbot auszugehen sei, sondern stets die Interessen des Beschuldigten mit den Interessen einer effektiven Strafverfolgung abzuwägen seien. Bei dieser Abwägung müsse die Annahme eines Verwertungsverbots eine Ausnahme bleiben,⁴³ die der BGH vorliegend nicht für gegeben hält.

Diese Argumentation überzeugt nicht und vermag das vom BGH angenommene Ergebnis der Verwertbarkeit nicht zu tragen.⁴⁴ Dabei ist es durchaus plausibel, wenn der BGH annimmt, die einstweilige Anordnung schaffe für den Zeitraum ihrer Geltung eine Regelung mit Gesetzeskraft, die für eben diesen Zeitraum abschließend gültig bleibt und auch von der etwaigen rückwirkenden Nichtigkeit der verfahrensgegenständlichen Normen unberührt bleibt.⁴⁵ Zwar lässt sich argumentieren, die Verwertung täterbelastender Beweise im Strafverfahren müsse immer aufgrund eines Gesetzes i.e.S. erfolgen. Aber man würde die einstweilige Anordnung letztlich jeglicher Funktion berauben, würde man die im Zeitraum ihrer Geltung darauf gestützten Rechtsakte nachträglich für ungültig erklären. Insofern ist anzuerkennen, dass das BVerfG sich bewusst dagegen entschieden hat, für die Dauer des Hauptsacheverfahrens jegliche Datenerhebung zu untersagen. Eine den in der einstweiligen Anordnung aufgestellten Anforderungen gerecht werdende Datenspeicherung bzw. ein entsprechender Abruf durch die Strafverfolgungsbehörden ist somit nicht rückwirkend nichtig bzw. rechtswidrig.⁴⁶

Hieraus lassen sich jedoch keinerlei Schlüsse bzgl. der Verwertbarkeit entsprechender Daten ziehen, da die

³⁹ BGH NJW 2011, 1377, 1379 m.w.N. auch aus dem verfassungsprozessrechtlichen Schrifttum; dagegen insb. LG Verden StV 2011, 13, 14 f.

⁴⁰ BGH NJW 2011, 1377, 1379.

⁴¹ BGH NJW 2011, 1377, 1379; BGH NJW 2011, 1827, 1829.

⁴² Einen Überblick über den Diskussionsstand liefert *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. (2011), Rn. 364 ff. m.w.N.

⁴³ BGH NJW 2011, 1827, 1829.

⁴⁴ Im Ergebnis wie hier, jedoch mit anderer Begründung LG Verden StV 2011, 13, 14 ff.

⁴⁵ Vgl. *Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 34. Ergänzungslieferung (2011), § 32 Rn. 173, der zutr. darauf hinweist, dass einer einstweiligen Anordnung letztlich für den Zeitraum ihrer Geltung Gesetzeskraft zukommen muss, sofern dadurch Gesetze vorübergehend außer Kraft gesetzt oder modifiziert werden.

⁴⁶ Nur insofern trifft die jüngste Rechtsprechung zur Verwertungsproblematik (Fn. 3) also im Ergebnis zu.

Verwertung – wie auch der BGH zutreffend erkennt⁴⁷ – einen eigenständigen Grundrechtseingriff darstellt. Dieser kann im vorliegenden (Sonder-)Fall nun gerade nicht auf die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung gestützt werden.⁴⁸ Denn dieser lag eine nach hier vertretener Ansicht zwar mit Gesetzeskraft ausgestattete, jedoch lediglich vorübergehende, im Zeitpunkt der Verwertung nicht mehr gültige Ermächtigung zugrunde. Die Argumentation des BGH führt somit letztlich dazu, dass die Rechtmäßigkeit der Verwertung der Daten bejaht wird, obwohl der Beweis nach zum Zeitpunkt der beabsichtigten Verwertung geltendem Recht nicht erhoben – und somit eben auch nicht verwertet – werden dürfte.⁴⁹ Richtigerweise liegt in der Verwertung der Beweise ein Verstoß gegen das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK), das auch dann zu einem Verwertungsverbot führen kann, wenn zwar keine seiner spezifischen Ausprägungen verletzt ist, die Unverwertbarkeit sich aber aus einer Gesamtschau des Verfahrens ergibt.⁵⁰ Dies ist hier der Fall. Von einem fairen Verfahren bliebe nichts übrig, wenn der Staat sich zur Vornahme eines Grundrechtseingriffs (Beweisverwertung) auf eine Rechtslage berufen dürfte, die zum Zeitpunkt der Vornahme des Eingriffs nicht mehr gültig ist. Der Angeklagte hat vielmehr einen Anspruch darauf, dass im Verfahren für einen gegenwärtigen und selbständigen Grundrechtseingriff nicht zu seinen Lasten auf einen überkommenen Rechtszustand „zurückgegriffen“ wird.

In der vorliegenden besonderen Fallkonstellation folgt aus der Verfassung also das Verbot der Verwertung eines Beweises, dessen Erhebung rechtmäßig war. Dieses Ergebnis ist keineswegs absurd, sondern eine zwingende Konsequenz der fortschreitenden Rechtserkenntnis zwischen einstweiliger Anordnung und Hauptsacheentscheidung. Die Verwertung kann zumindest in der vorliegenden Konstellation auch nicht auf § 244 Abs. 2 StPO gestützt werden, der allenfalls für solche Beweise als Grundlage einer Verwertung herangezogen werden kann, deren Erhebung auf eine im Verwertungszeitpunkt noch existierende Grundlage gestützt werden könnte.

Damit schließt sich zwangsläufig die Frage an, ob und inwieweit auch diejenigen Beweismittel, die aufgrund der Verkehrsdaten erlangt wurden ihrerseits dem Verwertungsverbot unterliegen. Eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten ist nach der Rechtsprechung regelmäßig nicht anzuerkennen.⁵¹ Die Reichweite des Ver-

⁴⁷ BGH NJW 2011, 1827, 1829 m.w.N.

⁴⁸ Die Besonderheit der hier behandelten Fallgestaltung verkennen *Marlie/Bock* ZfS 2010, 524, 527, wenn sie kurzerhand behaupten, aufgrund der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung komme es auf die Frage eines Verwertungsverbot nicht mehr an.

⁴⁹ Sogar der BGH erkennt im Rahmen seiner Abwägungslehre an, dass ein ohne geltende Rechtsgrundlage erhobener Beweis „regelmäßig“ nicht verwertbar ist, BGHSt 54, 69, 90 f. Wieso aber etwas anderes gelten soll, wenn ein Beweis zwar in der Vergangenheit rechtmäßig erhoben werden durfte, dies aber zum Zeitpunkt der beabsichtigten Verwertung nicht mehr der Fall ist, ist nicht zu begründen.

⁵⁰ Dazu mit Nachw. aus der Rechtsprechung des EGMR *Gaede* JR 2009, 493, 494 f.

⁵¹ Nachweise bei *Nack* in: KK-StPO, 6. Aufl. (2008), vor § 94 Rdnr 14; grundlegend BGHSt 29, 244 = NJW 1980, 1700, 1701, wo im Ergebnis ein Verwertungsverbot bejaht wurde;

wertungsverbot ergibt sich demnach im konkreten Einzelfall aus der Sachlage und der Art des Verbots⁵²; in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1980⁵³ stützte der 2. BGH-Strafsenat die Annahme einer Fernwirkung vor allem auf die überragende Bedeutung der Telekommunikationsfreiheit in einem freiheitlichen Staatswesen. Vor diesem Hintergrund muss eine Fernwirkung jedenfalls – wenn man denn das Eingreifen einer Einzelfallbetrachtung mit der Rechtsprechung überhaupt akzeptiert – dann angenommen werden, wenn Vorratsdaten zur Verfolgung von Nicht-Katalogtaten i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO abgerufen wurden. Hier gibt es keinerlei „Gegengewicht“, das im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung den Eingriff in Art. 10 GG – in Anbetracht der erheblichen Eingriffsintensität – rechtfertigen könnte. Sofern also im Zuge von Ermittlungen wegen strafbarer Urheberrechtsverstöße nach dem Abruf von Vorratsdaten weitere Beweismittel erlangt wurden, etwa beschlagnahmte Hardware, sind diese nicht verwertbar. Die erhebliche Intensität des Eingriffs in Artikel 10 GG, welche das BVerfG der Vorratsdatenspeicherung beimisst, rechtfertigt es nicht nur, sondern zwingt vielmehr zu einer Übertragung der im Rahmen der Telefonüberwachung zur Frage der Fernwirkung entwickelten Grundsätze und damit im Ergebnis zu der Annahme einer sog. Fernwirkung des Beweisverwertungsverbotes.

Fraglich ist, ob dies auch in Fällen gilt, in denen im Rahmen von Ermittlungen wegen schwerer Straftaten unter Berücksichtigung der Vorgaben des BVerfG aus der einstweiligen Anordnung Daten erhoben wurden. Richtigerweise wird die massive Eingriffsintensität bei der Vorratsdatenspeicherung i.d.R. auch bei Katalogstraftaten zur Annahme einer Fernwirkung zwingen. Praktisch wird diese Frage indes kaum von Bedeutung sein, da der BGH wie gezeigt schon die unmittelbare Verwertung für zulässig hält.

V. Ausblick und Fazit

Abzuwarten bleibt, welche zukünftigen Regelungen im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung in Gesetzesform gegossen werden. Die Tatsache, dass die Diskussion mittlerweile recht hoch auf der politischen Agenda angesiedelt ist, lässt mit Blick auf eine bedächtige und sorgsam gewählte Regelung wenig Gutes erhoffen. So ist anzumerken, dass das viel diskutierte „Quick Freeze-Verfahren“ mit seiner auf 14 Tage begrenzten Speicherdauer nicht als richtlinienkonforme Umsetzung anzusehen wäre, da die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung eine *Mindestspeicherdauer* von 6 Monaten vorsieht.⁵⁴ Es ist aber derzeit auch noch keineswegs gewiss, dass die Richtlinie in ihrer aktuell geltenden Fassung überhaupt einer Prüfung durch die europäische Gerichtsbarkeit standhalten wird. Eine erste Vorlage des irischen High Courts ist lediglich aus formalen Gründen zurück-

gewiesen,⁵⁵ eine weitere bereits auf den Weg gebracht worden⁵⁶. Diese Ausgangslage lässt einen politischen „Schnellschuss“ als wenig sinnvoll erscheinen. Über alledem steht die zweifelhafte empirische Tauglichkeit der Vorratsdatenspeicherung zur Kriminalitätsbekämpfung. Vor diesem Hintergrund wäre es mehr als wünschenswert, würde man bereits auf der gemeinschaftsrechtlichen Ebene darauf verzichten, eine Vorratsdatenspeicherung vorzuschreiben.

Womöglich wird sich diese Thematik demnächst aber auch auf einem anderen Wege geradezu „von selbst erledigen“. Dies hängt mit bevorstehenden Änderungen in der Struktur der Vergabe von IP-Adressen zusammen. Internetadressen werden durch die weltweite Adressverwaltungsorganisation *Internet Assigned Numbers authority* (IANA) vergeben. Dieses erfolgt gegenwärtig technisch auf der Basis des so genannten Internet-Protokoll V 4. Die internationale Vergabeanstalt teilt im Februar mit, dass das letzte Paket von mehr als 4 Milliarden Adressen nunmehr vergeben wurde. Dies hat zur Folge, dass voraussichtlich noch im Jahre 2011 die verfügbaren IP-Adressen aufgebraucht sein werden.⁵⁷ Auf Grund der Adressknappheit soll und wird nunmehr sowohl international als auch national eine Umstellung auf das neue Internet-Protokoll ipv6 erfolgen.⁵⁸ Das neue Format ermöglicht die Vergabe von rund 340 Sextillion (Sextillion = 1 mit 36 Nullen) neuen IP-Adressen. Das bedeutet, dass die IP-Adressen mit dem neuen ipv6-System faktisch weltweit nicht mehr ausgehen werden. Jedem Nutzer könnte – lebenslang – eine statische IP-Adresse im Sinne einer „lebenslangen Steuernummer“ zugeteilt werden, dynamische IP-Adressen werden im Gegenzug obsolet.⁵⁹ Die beiden Systeme sind indes nicht miteinander kompatibel, so dass es für einen Zeitraum von einigen Jahren mit einer parallelen Verwendung zu rechnen ist.⁶⁰ Diese

⁵⁵ AZ: C-301/06, MMR 2009, 244 ff.

⁵⁶ Dazu MMR-Aktuell 2010, 303496; zur Evaluation der bisherigen Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedsstaaten vgl. MMR Aktuell 2011, 317328.

⁵⁷ Vgl. Bitcom: IP-Adressen werden knapp, MMR-Aktuell 2011, 314504; „unbegrenzte neue Adressstandard ipv 6, unbegrenzte Möglichkeiten oder Datendisaster?“ „Artikel in BR-Online, abrufbar unter www.br-online.de/ratgeber/familie/internet-ipv6-umstellung-id1304669412264.xml; „Vorratsdaten: Das Internet-Protokoll 6 verändert die Spieregeln“, Artikel vom 28.11. in www.zeitpunkt.de, abrufbar unter www.zeitpunkt.de/digital/datenschutz/2011-01/ipv6-vorratsdaten

⁵⁸ Vgl. dazu auch Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, 27. Ergänzungslieferung (2011), Teil 1 Rn. 57. In der Bundesrepublik werden voraussichtlich ab Ende 2011 die ersten Provider mit einer flächendeckenden Umstellung auf ipv6 beginnen. Bereits jetzt liefern erste Provider, wie beispielsweise 1&1 an Neukunden ipv6-fähige Modems aus.

⁵⁹ Christoph Meinel, Gründer des deutschen ipv6-Rats hat deshalb zwischenzeitlich vorgeschlagen die (statische) IP-Adresse in den Personalausweis einzutragen und zwar mit der Begründung, die *digitale Existenz werde immer wichtiger und die Postadresse stünde auch im Personalausweis*, vgl. „neue Adress-Standard ipv6, unbegrenzte Möglichkeiten oder Datendisaster?“, Artikel vom 10.05.2011 in BR-Online, abrufbar unter: www.br-online.de/ratgeber/familie/internet-ipv6-umstellung-ID1304669412264.xml

⁶⁰ Vgl. BMI: Übergang zu neuen Standards für Internetadressen, MMR-Aktuell 2011, 314814; zu den technischen Ein-

Nachw. a.A. aus dem Schrifttum bei Eisenberg, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 404 ff.; Meyer-Göfner, 54. Aufl. (2011), Einl. Rn. 57.

⁵² BGH NJW 1980, 1700, 1701.

⁵³ BGH NJW 1980, 1700 f.

⁵⁴ Siehe zur Vorratsdaten-Richtlinie statt Vieler *Gitter/Schnabel* MMR 2007, 411 ff.

Veränderungen werfen insbesondere unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten eine Fülle von Fragen und Problemen auf, die nicht Gegenstand dieses Beitrags sein können.⁶¹ Vor dem Hintergrund der hier untersuchten Fragen ist jedoch zu bedenken, dass nach einer entsprechenden Umstellung – bei gleichbleibendem telekommunikationsrechtlichen Begriffsverständnis – die „lebenslange“ IP-Adresse ein Bestandsdatum wäre, das von den Ermittlungsbehörden ohne richterlichen Beschluss abgefragt werden könnte. Aus vorstehenden Erwägungen heraus wird zu recht zunehmend eine fortgesetzte Vergabe und Nutzung von dynamischen IP-Adressen – insbesondere für private Nutzer – gefordert.⁶² Hier bleibt Vieles abzuwarten.

Somit kann jenseits der vielstimmigen rechtspolitischen Diskussion und der Vielzahl an möglichen zukünftigen Entwicklungen zum Abschluss dieses Beitrags nur eines festgehalten werden: Die Annahme der Zulässigkeit einer Verwertung von Vorratsdaten, die auf der Grundlage des ehemals geltenden (Übergangs-)Rechts gespeichert wurden, ist rechtlich verfehlt. Angesichts der anders ausgerichteten BGH-Rechtsprechung bieten sich hier für die Verteidigung – jedenfalls sofern es um Katalogstraftaten i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO geht – wenig Chancen. Umso

zelheiten vgl. auch ipv6-Internet-Protokoll Version 6 in www.elektron-compenium.de/seits/net/0812201.hmt

⁶¹ Siehe nur *Hoeren* ZRP 2010, 251, 153.

⁶² In diesem Sinne wohl auch *Alwa Freude*, Sachverständiger der enquete-Kommission, vgl. Artikel „Internet und digitale Gesellschaft im deutschen Bundestag, vgl. Artikel neue Adress-Standard ipv6, unbegrenzte Möglichkeiten oder Datendisaster?“ in www.br-online.de, abrufbar: a. a. O.

wichtiger dürfte es aus Verteidigersicht bis zu einer möglichen Neuregelung der Vorratsdatenspeicherung sein, penibel zu kontrollieren, welche Art von Daten durch die Ermittlungsbehörden ausgewertet und in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Jenseits von Bestandsdaten ist ein (ggf. mittelbarer) Zugriff auf Verkehrsdaten nur innerhalb der eng begrenzten, von der zivilgerichtlichen Rechtsprechung präzisierten Speicherfristen des TKG möglich.⁶³ Sofern ältere Verkehrsdaten oder solche, die nicht für die Zwecke der §§ 97, 100 TKG benötigt werden, im Verfahren „auftauchen“, ist deren Verwertung zu widersprechen. Dabei wird die Identifikation der Daten bzw. die Feststellung ihrer Erforderlichkeit für die Zwecke der §§ 97, 100 TKG nicht immer einfach und häufig nicht ohne Sachverständigen zu bewerkstelligen sein. Es ist nach alledem keineswegs ausgeschlossen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung in Zukunft mit weiteren Fragen der Verwertbarkeit von TK-Daten befasst werden wird. Ob hier auf eine überzeugendere Entscheidung gehofft werden darf, erscheint angesichts der generellen Rechtsprechung zu Beweisverwertungsverböten allerdings fraglich.

⁶³ Im Urheberrecht äußerst umstritten ist aktuell die Frage der Zulässigkeit einer Datenspeicherung „auf Zuruf“, bei der ein Provider Verkehrsdaten nach Mitteilung einer Verletzungshandlung speichert. Richtigerweise ist eine solche unzulässig, vgl. dazu *Spindler*, in: *Spindler/Schuster*, a.a.O. (Fn. 5) m.w.N. aus der uneinheitlichen Rechtsprechung der OLG; ferner *Moos/Gosche* CR 2010, 499 ff. Sofern eine solche Speicherung stattfindet, ist es denkbar, dass auch Strafverfolgungsbehörden auf solche „auf Zuruf“ eines Privaten gespeicherte Daten zurückgreifen. Auch hier muss eine Verwertung indes richtigerweise unzulässig sein.

Aufsätze und Anmerkungen

Kenntnis der Finanzbehörde – tatsächlich alles irrelevant für die Steuerhinterziehung?

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 14.12.2010 – 1 StR 275/10 = NJW 2011, 1299 = wistra 2011, 186 = HRRS 2011 Nr. 334

Von Rechtsanwalt Dr. Carsten Wegner, Berlin

Der 1. Strafsenat des BGH hat in seiner hier zu besprechenden Entscheidung vor allem eine Rechtsfrage zum objektiven Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO entschieden, die bislang »offen« war und hinsichtlich derer unterschiedliche Ansichten vertreten worden sind:

- Eine Strafbarkeit wegen vollendeter Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben

soll nicht deshalb entfallen, weil den zuständigen Finanzbehörden alle für die Steuerfestsetzung bedeutsamen Tatsachen bekannt waren und zudem sämtliche Beweismittel (§ 90 AO) bekannt und verfügbar waren.

- § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO setze keine gelungene Täuschung des zuständigen Finanzbeamten voraus. Es genüge, dass die unrichtigen oder unvollständigen Angaben über steuerlich erhebliche

Tatsachen in anderer Weise als durch eine Täuschung für die Steuerverkürzung oder das Erlangen nicht gerechtfertigter Steuervorteile ursächlich werden.

Finanzbehördliches „Besser-Wissen“ schützt also nach Ansicht des BGH nicht vor (Steuer-)Strafe. Sie kann – so der BGH – auch nicht durch eine verzögerte Einleitung des Ermittlungsverfahrens in Frage gestellt werden, denn es gebe keinen Anspruch des Täters, dass die Strafverfolgungsbehörden rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um seine Taten zu verhindern.

1. In der Literatur ist die Entscheidung vom 14.12.2010 teilweise zustimmend, teilweise kritisch zur Kenntnis genommen worden.¹ Im Zentrum der Anmerkungen steht dabei die – schon länger diskutierte – Frage, ob die »Unkenntnis« als Tatbestandsmerkmal in den § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO hineinzulesen ist oder nicht und welche Wissenslage gegebenenfalls vorhanden sein muss, um – freilich abweichend von der aktuellen Entscheidung des 1. Strafsenats – zu dem Ergebnis zu gelangen, dass der notwendige Zurechnungszusammenhang zwischen Tat handlung (unzutreffende Steuererklärung) und Taterfolg (Steuerverkürzung) zu verneinen ist.²

Überzeugend zeichnet *Wulf* in seiner Besprechung die altbekannten Kritikpunkte an der nunmehr vom 1. Strafsenat eingenommenen Position nach und moniert – ebenso zutreffend – die Praxis des Senats, über »ergänzende Anmerkungen«, die die konkrete Entscheidung nicht tragen und demgemäß auch nicht angezeigt sind, seine (verschärfenden) Rechtspositionen zu deklarieren, um so bereits Einfluss auf die ermittelungsbehördliche Praxis in Steuerstrafsachen zu nehmen. Bemerkenswert ist ferner, dass *Ransiek* – der grundsätzlich der Position des Senats zur »Unkenntnis« als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal teilt – Zweifel daran äußert, ob bei einem umfassend wissenden Finanzbeamten, der gleichzeitig noch über die erforderlichen Beweismittel verfügt, die die Fehlerhaftigkeit der Steuererklärung belegen, tatsächlich noch ein objektiver Zurechnungszusammenhang besteht, wenn erklärungs gemäß – also fehlerhaft – beschieden wird. M.a.W.: Realisiert sich im Erfolg (Steuerverkürzung aufgrund einer Steueranmeldung oder behördlichen Festsetzung) noch die durch die fehlerhafte Erklärung geschaffene rechtlich missbilligte Gefahr oder unterbricht das eigenverantwortliche Handeln der Finanzbehörde den erforderlichen Zurechnungszusammenhang?³

Die vorliegende Anmerkung will diese andernorts schon aufgegriffene Diskussion nicht vollständig wiederholen. Es soll aber deutlich werden, dass die von *Ransiek*⁴ herausgestellten »prozessualen Gründe«, die für die Entscheidung des BGH ursächlich gewesen sein sollen, um »der Verteidigung den Weg abzuschneiden« für Beweisanträge

in die internen behördlichen Abläufe hinein, die angestoßene Diskussion nicht zu beenden vermögen und erst recht kein argumentatives Allheilmittel darstellen.

2. So hätte man sich in der Entscheidung des 1. Strafsenats zunächst einen Hinweis auf das durch § 370 AO geschützte Rechtsgut gewünscht. Nach ständiger Rechtsprechung soll es um die *Sicherung* des staatlichen Steueranspruchs gehen, d.h. des rechtzeitigen und vollständigen Steueraufkommens.⁵ Warum die Kenntnis eines vom Staat angestellten oder verbeamteten Sachwalters, der diesen *Sicherungsinteressen* ausdrücklich verpflichtet ist, gar keinen Einfluss auf die Auslegung des objektiven Tatbestandes haben soll, erschließt sich nicht. Dies gilt umso mehr, als etwa im Rahmen der Rechtsprechung zu § 263 StGB anerkannt ist, dass ein Schaden bereits *objektiv* nicht gegeben ist, wenn das potenzielle Opfer nur zur Leistung Zug-um-Zug verpflichtet ist, der Vermögensinhaber es also selbst – und sicher – in der Hand hat, einen Nachteil für sich zu verhindern.⁶ Der darin zum Ausdruck kommende Gedanke der »Sicherung« findet sich begrifflich auch in der allgemein anerkannten Definition zum Rechtsgut des § 370 AO (s.o.), ohne dass der BGH diesen Aspekt aufgreift.

Dem – denkbaren – Einwand, dass die Merkmale »Schaden« und »Steuerverkürzung« nicht gleichgesetzt werden könnten, sei bereits an dieser Stelle entgegengehalten, dass der BGH sich in seiner sog. Strafzumessungsentscheidung vom 2.12.2008 selbst dieser tatbestandlichen Parallele bedient, um daran anknüpfend zahlenmäßiges Grenzwerte für § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO zu entwickeln, die sich an denen des Betruges orientieren.⁷

Aber auch im Bereich der sog. Straßen- und Elendskriminalität ist anerkannt, dass die *reale Gefährdung* von Vermögenswerten für eine vollendete Tatbestandsverwirklichung maßgeblich ist. So soll etwa nach einer Entscheidung des 4. BGH-Strafsenats⁸ die polizeiliche Observation und Überwachung einer Geldübergabe eine vollendete Erpressung (§ 253 StGB) ausschließen und nur noch eine Bestrafung wegen des versuchten Delikts ermöglichen.⁹ Warum vergleichbare Überlegungen nicht auch im Steuerstrafrecht anzustellen sind, lässt sich der Entscheidung vom 14.12.2010 nicht entnehmen.

3. Soweit bei einer ersten Lektüre des Beschlusses der Eindruck entstehen könnte, dass eine positive Kenntnislage der Finanzbehörde dem vermeintlichen Steuerstraf-täter auch nicht auf der Rechtsfolgenseite hilft, ist ebenfalls Widerspruch angezeigt. Dies gilt in Steuerstrafverfahren umso mehr, als Besteuerungsverfahren nicht selten durch eine intensive Kommunikation gezeichnet

¹ *Ransiek* wistra 2011, 189; *Wulf* NStZ 2011, 408.

² Näher dazu *Schmitz/Wulf* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 6/1 § 370 AO (2010), Rdnr. 238 ff. m.w.N.

³ Näher zu den allgemeinen Grundsätzen der objektiven Zurechnungslehre *Roxin*, Strafrecht AT/I, 4. Aufl. (2006), § 11; *ders.* in FS Honig, 1970, S. 133 ff.; *ders.* ZStW 116 (2004), 929 ff.

⁴ *Wistra* 2011, 189, 190.

⁵ BGH NJW 2009, 528, 531 = wistra 2009, 107, 110 = HRRS 2009 Nr. 127

⁶ BGH NStZ-RR 2001, 328.

⁷ BGH NJW 2009, 528 = wistra 2009, 107 = HRRS 2009 Nr. 127.

⁸ StV 1998, 661, berichtet in StV 1999, 94.

⁹ Vergleichbares gilt nach Ansicht des BGH auch für weitere Delikte, etwa für die Hehlerei (BGHSt 43, 110 = NJW 1997, 2610; BGH NStZ-RR 2000, 266) oder das Inverkehrbringen von Falschgeld (BGHR StGB § 146 Abs. 1 Konkurrenzen 2; BGH wistra 2005, 303 = NStZ 2005, 686 = HRRS 2005 Nr. 534).

sind, die auch schon im Vorfeld einer Bescheidung beginnen kann. Soweit der 1. Strafsenat deshalb darauf hinweist, dass „ein Verhalten des Steuerfiskus (gleich einem Mitverschulden oder einer Mitverursachung des Verletzten) strafmildernd zu berücksichtigen sein (kann)“, dies jedoch allenfalls dann der Fall sein kann, „wenn das staatlichen Stellen vorwerfbare Verhalten unmittelbar auf das Handeln des Angeklagten Einfluss genommen hat (etwa weil er bislang nicht tatgeneigt war oder ihm wenigstens die Tat erleichtert wurde) und den staatlichen Entscheidungsträgern die Tatgenese vorgeworfen werden kann“, greift dies in mehrerlei Hinsicht zu kurz.

a) Bemerkenswert ist insoweit zunächst der Hinweis, wonach es keinen Anspruch eines Straftäters darauf gebe, dass „die Ermittlungsbehörden“ rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um seine Straftaten zu verhindern. Allein um diese Behörden geht es aber in den vorliegenden Sachverhaltskonstellationen gar nicht ausschließlich. Die sehr viel näher liegende Frage besteht vielmehr darin, welchen Pflichtenkreis die Finanzbehörde hat, sei es nach innen (Vermeidung von Vermögensschäden bzw. „Sicherung des staatlichen Steueranspruchs“), sei es nach außen. Gerade der letztgenannte Punkt drängt sich auf, wenn es etwa bei erkennbar mehrköpfigen unternehmerischen Entscheidungsstrukturen bzw. –hierarchien oder bei vermuteten »Steuerkarussellen« – die regelmäßig aus zahlreichen Unternehmen bestehen und auch gutgläubige Personen aufweist, die steuerlich unauffällig agieren – darum geht, einzelne Beteiligte zu schützen bzw. sogar auf von diesen an die Finanzverwaltung herangetragene Fragen oder Bedenken zu reagieren, damit diese auf die Sichtweise des Fiskus zum Sachverhalt reagieren, ggf. auch eine Geschäftsbeziehung beenden können.

Die allgemeine Aussage des 1. Strafsenats zu einem vermeintlich nicht bestehenden »Anspruch«, deckt deshalb die Vielschichtigkeit steuerlicher Lebenssachverhalte und der sie begleitenden verfahrensrechtlichen Konstellationen nicht ab. Es ist daher absehbar, dass mit der Entscheidung vom 14.12.2010 noch nicht das letzte Wort zu § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO gesprochen ist. Umso bedauerlicher ist daher die wiederholt zu konstatierende Tendenz des 1. Strafsenats, das Steuerstrafrecht über *obiter dicta* »weiterzuentwickeln«. Finanz- und Ermittlungsbehörden messen diesen Hinweisen in der Praxis regelmäßig nicht nur eine Bedeutung bzw. Bindungswirkung bei, die ihnen tatsächlich nicht zukommt. Vor allem ist immer wieder zu konstatieren, dass notwendige Differenzierungen – die sich in *obiter dicta* nicht vollumfänglich abbilden lassen können – nicht mehr hinreichend aufgegriffen werden. Dies ist umso misslicher, als das »wahre Leben« regelmäßig vielschichtiger und bunter ist, als es ein *obiter dictum* erahnen lässt, dem gerade kein ausgeschriebener und von allen Seiten eingehend beleuchteter Sachverhalt zugrundeliegt.

b) Aber auch jenseits dieser ganz grundsätzlichen Kritik an dem Beschluss vom 14.12.2010, die auf steuerliche Besonderheiten bzw. Verfahrensabläufe aufbaut, vermag die Entscheidung nicht zu überzeugen. So weist bereits Wulf¹⁰ zutreffend darauf hin, dass bei den allgemeinen Vermögensdelikten anerkannt ist, dass die ungenügende Kontrolle durch Mitarbeiter eines privaten Vermögensin-

habers strafmildernd wirkt. Vergleichbar hat selbst der 1. Strafsenat des BGH in einer Entscheidung vom 3.5.1983¹¹ ausgeführt, dass bei der Strafzumessung berücksichtigt werden kann, wenn ein betrügerisches Vorgehen des Täters durch ein sorgloses und nachlässiges Verhalten eines Finanzbeamten erleichtert worden ist; Jäger – Mitglied des 1. Strafsenats des BGH – greift diese Entscheidung in einer aktuellen Kommentierung ebenfalls noch auf.¹² Aus dem Beschluss vom 14.12.2010 erschließt sich nicht, warum diese allgemein anerkannten Grundsätze nicht auch – besser: erst recht – in den Fällen anzuwenden sind, in denen der Finanzbehörde sogar positiv bekannt war, dass die ihr vorliegende Steuerklärung oder –anmeldung objektiv unzutreffend ist, dann aber gleichwohl antragsgemäß beschieden wird und möglicherweise sogar noch Auszahlungen auf vermeintliche Erstattungsguthaben erfolgen.

4. Welches sind nun aber gegebenenfalls die „unabweisbaren“ Fälle, in denen sogar der 1. Strafsenat eine Strafmilderung erwägt? Gibt es also »Zwischentöne«, mit denen strafzumessungsrechtliche Türen offen gehalten werden? Wenngleich sich insoweit eine schematische Lösung verbietet, sei auf verschiedene Punkte hingewiesen, die insbesondere die Verteidigung in den Blick nehmen muss, um Ausführungen des BGH zu vermeiden, wonach zu einzelnen Aspekten „auch unter Berücksichtigung des Revisionsvorbringens nicht[s] ersichtlich (ist)“.

a) So ist es zunächst bemerkenswert, dass der Senat – wie eingangs zitiert – darauf hinweist, dass es keinen Anspruch eines Straftäters darauf gebe, dass „die Ermittlungsbehörden“ rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um seine Straftaten zu verhindern. Dem stellt der Senat an anderer Stelle entgegen, dass eine Strafmilderung im »Einzelfall« dann in Betracht kommen kann, wenn ein Einschreiten der „Finanz- und Ermittlungsbehörden“ angezeigt bzw. – wie der Senat formuliert – „unabweisbar geboten“ war. M.a.W.: Strafzumessungsrelevant können auch – aktive oder passive – Verhaltensweisen der Finanzbehörde sein.

b) Welches finanzbehördliche Verhalten ist aber im Hinblick auf eine drohende Steuerverkürzung »geboten«? Oder noch weitergehend gefragt: Ist irgendetwas denkbar, was nicht „unabweisbar geboten“ sein kann, einen – zumal erkannten – steuerlichen Schadensfall für den Fiskus zu verhindern? Oder strafrechtlich gewendet: Welches ist das von einem Finanzbeamten erwartete bzw. »gebotene« Verhalten, das pflichtgemäß im Sinne von § 266 StGB wäre, um sich nicht dem Tatvorwurf einer Untreue auszusetzen, wenn er über fremde Vermögenswerte disponiert?¹³ Soll eine Bescheidung tatsächlich

¹¹ Wistra 1983, 145.

¹² Klein, AO, 10. Aufl., § 370 Rdnr. 331.

¹³ Zu keinem anderen Ergebnis wird der öffentlich-rechtliche Grundsatz einer gesetzmäßig handelnden Verwaltung kommen, dem jeder Beamte verpflichtet ist. Dieser Pflichtenkreis wird zivilrechtlich dadurch abgerundet, dass kein Beamter ein Interesse daran haben sollte, sich einem zivilrechtlichen Amtshaftungsrisiko auszusetzen, weil er einer Schadensabwendungsmöglichkeit für seinen Dienstherrn nicht nachgekommen ist, sondern den Vermögensnachteil durch den erkannte fehlerhaften Bescheid sogar aktiv handelnd herbeiführt.

¹⁰ NStZ 2011, 408, 409 m.w.M.

»geboten« sein, die erkennbar – und genau auf dieser Sachverhaltsalternative beruht das *obiter dictum* des 1. Strafsenats – zu einem rechtswidrigen Bescheid führt, der sich nachteilig auf die Vermögensverhältnisse des Fiskus auswirkt? Mehr noch: Kann es in irgendeiner Sachverhaltskonstellation »geboten« sein, Auszahlungen aufgrund eines erkannt rechtswidrigen Bescheides zu veranlassen?

Wer die beiden letzten Fragen – zutreffend – verneint, kommt gar nicht umhin, in einem vom 1. Strafsenat dem *obiter dictum* vom 14.12.2010 zugrundegelegten Sachverhalt zumindest strafzumessungsrechtliche Überlegungen anzustellen – und zwar zwingend.

c) Welche Handlungen im Einzelnen »geboten« in dem vorstehende Sinne sind, lässt sich strafverfahrensrechtlich, zunächst aber vor allem erst einmal steuerverfahrensrechtlich beantworten.

aa) Denkbar ist die Anordnung einer Außenprüfung (§§ 193 AO). Im Bereich der Umsatzsteuer sind darüber hinaus eine Umsatzsteuernachschau (§ 27b UStG), eine Umsatzsteuersonderprüfung oder auch eine Sicherheitsleistung (§ 18f UStG), von der die Auszahlung eines angemeldeten Guthabens abhängig gemacht wird, in Betracht zu ziehen. Alle vorgenannten Maßnahmen dienen der „Sicherung des staatlichen Steueranspruchs“ (s.o.); dann aber stellen sie auch ein »gebotenes« Instrumentarium dar, das durch die Finanzverwaltung anzuwenden ist. Unterbleiben entsprechende Maßnahmen, kann dies nach den vom 1. Strafsenat selbst formulierten Grundsätzen strafzumessungsrechtliche Relevanz haben. Entsprechende Hintergründe hat das Tatgericht deshalb zwingend aufzubereiten.

bb) Dem könnte in einem im *obiter dictum* zugrundegelegten Sachverhalt auch nicht entgegengehalten werden, dass bereits ein strafrechtlicher Anfangsverdacht zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens verpflichtet (vgl. § 152 Abs. 2 StPO) und dieses die steuerlichen Instrumente de facto suspendiert, also finanzbehördlich keine weiteren Maßnahmen »geboten« sind.

Zunächst würde verkannt werden, dass es nach ständiger Rechtsprechung des BFH¹⁴ zulässig ist, z.B. auch während eines laufenden Ermittlungsverfahrens eine Betriebsprüfung anzuordnen oder zu erweitern. Vor allem aber müsste die Frage erlaubt sein, ob nicht spätestens mit einer solchen Argumentation – die de facto auf einen zu privilegierenden Schutz des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens vor einer Kenntnisnahme durch den Beschuldigten hinausläuft, indem kritische Nachfragen und Überprüfungen unterbleiben – offenkundig werden würde, dass eine zeitlich nachgelagerte Bescheidung nicht mehr zurechenbar auf die unzutreffende Steuererklärung zurückzuführen ist.¹⁵

¹⁴ BStBl. 1999 II, S. 7.

¹⁵ Soweit man im Strafrecht noch erwägen mag, dass es den Strafverfolgungsbehörden möglich sein kann, aus »ermittlungstaktischen Gründen« eine in das Versuchsstadium gelangte Straftat fortlaufen zu lassen, um hierdurch Strukturen und Hintermänner zu erkennen bzw. zu enttarnen (wodurch dann aber eine strafrechtlich Tatvollendung aus-

cc) Dass es im uneingeschränkten Ermessen der Strafverfolgungsbehörden steht, ein Ermittlungsverfahren gegenüber dem Beschuldigten oder Dritten (z.B. einem Vertragspartner oder Kollegen des Beschuldigten) geheim zu halten, sollte unstrittig sein. Nichtsdestotrotz darf diese taktische Geheimhaltungsentscheidung nicht dazu führen, dass eine unzutreffende objektive Zurechnung des Taterfolges vorgenommen oder Dritte in die Irre geführt werden.

d) Materiell-rechtlich kommt eine weitere Ebene hinzu: Bei einem Delikt wie § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO, das mit einem steuerlichen Verfahren einhergeht, in dem üblicherweise sehr viel kommuniziert wird, dürfen nicht die Regelungen aus dem Blick verloren werden, die es dem Steuerpflichtigen bzw. dem für ihn Handelnden ermöglichen, unter bestimmten Voraussetzungen wieder straffrei zu werden (§ 371 AO, § 23 StGB) bzw. verpflichten, korrigierende Erklärungspflichten postulieren, deren Verletzung wieder neue Sanktionsrisiken birgt (§ 153 AO). Insoweit verbieten sich nicht nur straf- oder finanzbehördliche Irreführungen. Vor allem darf das Bemühen um die Geheimhaltung eines bestehenden strafrechtlichen Anfangsverdachts nicht dazu führen, dass Erklärungen oder Nachfragen Dritter, die mit diesem Tatverdacht in irgendeiner Form verbunden sind, »im Sande verlaufen«.

e) Allein diese wenigen Hinweise mögen verdeutlichen, dass das *obiter dictum* des 1. Strafsenats vom 14.12.2010 bei weitem nicht alle denkbaren Ausdifferenzierungen im Sachverhalt und in den verfahrensrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten des Fiskus in den Blick genommen hat, die sich aufdrängen. Genau dies müssen die Finanz- und Strafverfolgungsbehörden jedoch tun, wenn sie den Beschluss in einem von ihnen aktuell zu bearbeitenden Einzelfall auch in ihren die Entscheidung nicht tragenden Teilen zugrunde legen wollen.

5. Soweit steuer- und strafverfahrensrechtliche Interessen kollidieren, sind die Behörden gehalten, dies schriftlich zu dokumentieren, um so eine nachgelagerte Bewertung zu ermöglichen, ob einzelne steuerliche Entscheidungen tatsächlich noch zurechenbar auf eine vermeintlich fehlerhafte Erklärung zurückzuführen sind. Selbst auf der Grundlage der (fehlerhaften) Erwägungen des 1. Strafsenats wären die Behörden hierzu verpflichtet, weil nur dann verbindlich zu bewerten ist, ob (unabweisbar) »gebotene« Maßnahmen ergriffen wurden oder – dann: aus welchen Gründen? – unterblieben sind.

Die so definierte finanzbehördliche Dokumentationspflicht erstreckt sich auch auf sämtliche Gespräche, die aufgrund einer steuerlichen Maßnahme (z.B. einer Außenprüfung) mit dem Steuerpflichtigen bzw. – sollte es sich hierbei um ein Unternehmen handeln – dessen Vertretern oder »intern« (z.B. OFD, Bundesfinanzdirektion, Ministerium etc.) geführt worden sind. Gerade dieser Aspekt ist vor dem Hintergrund der vom 1. Straf-

geschlossen wird, s.o.), ist nicht erkennbar, auf welche Ermächtigungsgrundlage eine Finanzbehörde entsprechenden Überlegungen stützen können sollte, nachdem sie erkannt hat, dass eine ihr vorliegende Steuererklärung objektiv unrichtig ist.

senat für notwendig erachteten (Ausnahme-)Bewertung erforderlich, weil im Rahmen dieser Gespräche regelmäßig Anfragen formuliert oder Sachverhalte berichtet wer-

den, aus denen sich Rückschlüsse darauf ergeben, was »geboten« ist.

Aufsätze und Anmerkungen

Zum Begriff der subventionserheblichen Tatsachen (§ 264 Abs. 8 StGB)

Besprechung des Beschlusses des 5. Strafsenats des BGH vom 30. September 2010 = HRRS 2010 Nr. 1097

Von Rechtsanwalt Dr. Markus Adick

I.

Mit Beschluss vom 30. September 2010¹ hat der BGH ein Urteil des LG Potsdam aufgehoben, das den Angeklagten wegen Subventionsbetrugs zu einer Freiheitsstrafe verurteilt hatte. Der BGH bestätigte die gerügte Verletzung sachlichen Rechts; insbesondere sei nach den Feststellungen des LG „nicht belegt, dass der Angeklagte unrichtige oder unvollständige Angaben über subventionserhebliche Tatsachen im Rechtssinn gemacht“ habe.² Der Beschluss verdient Beachtung, weil er den Blick mit § 264 Abs. 8 StGB auf ein Tatbestandsmerkmal lenkt, das in der Praxis nicht selten vorschnell bejaht wird. Für den Beschuldigten stellt dies ein erhebliches Risiko dar: Unterbleibt eine sorgfältige Prüfung des Merkmals, wird das Strafverfahren wegen § 264 StGB geführt, obwohl dessen sachlicher Anwendungsbereich möglicherweise (un-erkannt) nicht eröffnet ist und allenfalls der bereits im objektiven Tatbestand wesentlich enger gefasste allgemeine Betrugstatbestand nach § 263 StGB in Betracht kommt.³ Die Prüfung der Subventionserheblichkeit jeder einzelnen Tatsache kann deshalb für den Beschuldigten entscheidend sein. Der vorliegende Beitrag nimmt den vorstehend zitierten Beschluss zum Anlass, die Merkmale von § 264 Abs. 8 StGB zu untersuchen und insbesondere darauf hinzuweisen, dass die in behördlichen Formularen verwendeten Passagen zur Subventionserheblichkeit regelmäßig nicht den Anforderungen an die Bezeichnungspflicht des Subventionsgebers entsprechen. Auch angesichts der erheblichen Strafdrohung in Verbin-

dung mit dem weit gefassten Tatbestand spricht sich der Beitrag dafür aus, in Zweifelsfällen eine Anwendbarkeit von § 264 StGB zu verneinen.

II.

Der Bezug auf subventionserhebliche Tatsachen ist das gemeinsame Merkmal der Tathandlungen von § 264 Abs. 1 Nr. 1 sowie Nr. 3 und Nr. 4 StGB.⁴ Die Vorschrift scheint insoweit auf den ersten Blick eine Parallele zu § 370 Abs. 1 AO aufzuweisen, der Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen erfasst. Allerdings besteht ein gravierender Unterschied zwischen dem Steuer- und dem Subventionsstrafrecht bei der Bestimmung der Erheblichkeit im Rechtssinn: Während im Steuerstrafrecht ein materielles Begriffsverständnis gilt und als steuerlich erhebliche Tatsachen i.S.v. § 370 AO solche definiert werden, die für die Besteuerung von Bedeutung sind respektive zur Ausfüllung eines Besteuerungstatbestandes herangezogen werden,⁵ gilt ein solches materielles Verständnis für § 264 StGB gerade nicht.⁶ Vielmehr ist nach § 264 Abs. 8 StGB entweder die formale Bezeichnung als subventionserhebliche Tatsache (Abs. 8 Nr. 1)

* Der Verfasser ist Strafverteidiger und für FGS Flick Gocke Schaumburg in Bonn tätig.

¹ BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – 5 StR 69/10 = HRRS 2010 Nr. 1097 = NStZ-RR 2011, 81 ff.

² BGH NStZ-RR 2011, 81.

³ Vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl. (2011), § 264 Rn. 54a; Bender in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. (2011), § 52 Rn. 22 und Rn. 47f.

⁴ Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. (2011), § 264 Rn. 10: „Er verfolgt den Zweck, für alle am Vergabeverfahren Beteiligten über die Subventionsvoraussetzungen und die Relevanz von Täuschungshandlungen möglichst große Klarheit zu schaffen.“ Ob dies gelungen ist, erscheint zweifelhaft. Teilweise wird § 264 StGB auch, aber nicht ausschließlich, im Hinblick auf die Bestimmung der subventionserheblichen Tatsachen durch den Subventionsgeber für verfassungswidrig gehalten, vgl. Fischer (Fn. 3), § 264 Rn. 3 m.w.N.

⁵ Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 370 AO Rn. 231; Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 7. Aufl. (2009) § 370 AO Rn. 9.

⁶ MüKo-StGB/Schmitz/Wulf, § 370 AO Rn. 232; Fischer (Fn. 4), § 264 Rn. 13; Schönke/Schröder-Perron, StGB, 28. Aufl. § 264 Rn. 27.

oder eine gesetzliche Abhängigkeit (Abs. 8 Nr. 2) erforderlich.⁷ An dieser Stelle entscheidet sich, ob sachlich der Anwendungsbereich des Spezialtatbestandes von § 264 StGB oder des allgemeinen Betrugstatbestandes nach § 263 StGB eröffnet ist.

1.

Nach der ersten Variante von § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB müssen Tatsachen „durch ein Gesetz“ als subventionserheblich bezeichnet sein. In Betracht kommen Gesetze im formellen und materiellen Sinne, also insbesondere auch Rechtsverordnungen oder Satzungen.⁸ Nicht ausreichend sind hingegen ministerielle Erlasse⁹ oder andere Regelungswerke ohne Gesetzesqualität.¹⁰ Insbesondere die vermeintlich einschlägigen §§ 3 bis 5 SubvG scheiden für § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB aus. Entgegen der gesetzlichen Anforderung *bezeichnen* sie keine subventionserheblichen Tatsachen, sondern setzen diese vielmehr selbst voraus. Der Begriff „subventionserheblich“ muss nicht zwingend wörtlich verwendet werden; die Kennzeichnung muss jedoch eindeutig sein und es genügt nicht, wenn sich die Erheblichkeit erst aus dem Zusammenhang ergibt.¹¹

Nach der zweiten Variante von § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB sind Tatsachen subventionserheblich, die von dem im konkreten Fall maßgeblichen Subventionsgeber „auf Grund eines Gesetzes“ ausdrücklich als im konkreten Fall subventionserheblich bezeichnet sind. In diesen Konstellationen ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob die Bezeichnung hinreichend konkret ist. Denn regelmäßig enthalten von Subventionsbehörden verwendete (Antrags-)Formulare Textbausteine, nach denen der Antragsteller erklärt, er wisse um die Subventionserheblichkeit von ihm gemachter Angaben. In aller Regel verfehlen diese Passagen die Anforderungen von § 264 Abs. 8 StGB. Bereits im Jahr 1980 verwarf das LG Düsseldorf¹² eine Formulierung in einem Subventionsantrag, nach der „alle Tatsachen, von denen die Gewährung oder das Belassen der Bürgschaft abhängig ist, subventionserhebliche Tatsachen i.S.d. § 264 StGB“ seien sollten. Das LG Düsseldorf stellte klar, dass eine korrekte Bezeichnung nur vorliegt, wenn sie klar und unmissverständlich auf den konkreten Fall bezogene Angaben enthält. Nur so könne dem Antragsteller mit der erforderlichen Deutlichkeit vor Augen geführt werden, welche Risiken er mit auch nur leichtfertig unrichtigen oder unvollständigen Angaben eingehe.¹³ Formelhafte Wendungen dieser Art, die sich auch über 30 Jahre später noch in Formularen der Subventionsbehörden finden, genügen den auch vom BGH konkretisierten Anforder-

ungen an die Bezeichnungspflicht des Subventionsgebers nicht. Der 3. *Strafsenat* des BGH hat „angesichts der zahlreichen Normativbegriffe des Subventionsrechts“ von dem Subventionsgeber „klare und unmissverständliche, auf den konkreten Fall bezogene Angaben“ gefordert.¹⁴ Zum Einen solle das Augenmerk des Subventionsnehmers auf bestimmte Tatsachen gelenkt werden, zum Anderen müssten auch der Subventionsgeber und die Strafverfolgungsbehörden in die Lage versetzt werden, Täuschungen zu erkennen,¹⁵ sondern auch Strafverfolgungsbehörden ausdrücklich hat er betont, eine solche nicht an inhaltlichen Kriterien orientierte, sondern auf die formale Bezeichnung einer Tatsache abstellende Regelung könne zu mit dem Gerechtigkeitsgefühl nur schwer zu vereinbarenden Strafbarkeitslücken führen. Dies sei jedoch „als Folge der sich in dem Gesetzeswortlaut widerspiegelnden Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen“; anderenfalls werde der Tatbestand wider das Analogieverbot strafbarkeitsbegründend erweitert.¹⁶

2.

Nach § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB sind Tatsachen subventionserheblich, von denen die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils gesetzlich abhängig ist. Die Vorschrift erfasst Sachverhalte, in denen eine ausdrückliche Bezeichnung als subventionserheblich fehlt oder diese unwirksam ist, dem Gesetz selbst aber sonst – wenn auch erst mit Hilfe der üblichen Interpretationsmethoden – entnommen werden kann, unter welchen Voraussetzungen die Subvention gewährt wird.¹⁷ Ebenso wie bei § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB verlangt der BGH, dass auch das Gesetz mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, welche Tatsachen subventionserheblich sind. Hieran fehlt es in der Regel, wenn das Gesetz dem Subventionsgeber einen Ermessensspielraum einräumt, weil die Subventionserheblichkeit im konkreten Einzelfall nicht allein dem Gesetz zu entnehmen ist.¹⁸

III.

Sind die subventionserheblichen Tatsachen nicht hinreichend konkret bezeichnet, ist § 264 StGB nicht anwendbar. An einer hinreichend konkreten Bezeichnung fehlt es, wenn und soweit der Antragsteller selbst aus den Unterlagen „herauslesen“ muss, von welchen Tatsachen die Subventionsvergabe abhängt.¹⁹ Diese enge Auslegung korrespondiert mit der Rechtsprechung des BGH zu Abs. 8 Nr. 2. Insoweit hat der BGH mit dem eingangs zitierten Beschluss vom 30. September 2010 klargestellt, dass die Voraussetzungen für die Bewilligung der Subvention „allein dem Gesetz zu entnehmen“ sein müssen und die Kenntnis des Gesetzes allein weder für den potenziellen Täter noch für die Strafverfolgungsorgane

⁷ Vgl. BeckOK-StGB/Momsen, § 264 Rn. 16: „Eine Tatsache wird allein durch die formelle Bezeichnung in § 264 Abs. 8 als solche subventionserheblich.“

⁸ Fischer (Fn. 4), § 264 Rn. 13

⁹ BGHSt 44, 233 = NJW 1999, 1196 ff.; Fischer (Fn. 4), § 264 Rn. 13; Momsen (Fn. 8), § 264 Rn. 17; Bender (Fn. 4), § 52 Rn. 19.

¹⁰ Vgl. Fischer (Fn. 4), § 264 Rn. 13; AnwK-StGB/Gercke, § 264 Rn. 13.

¹¹ Gercke (Fn. 11), § 264 Rn. 13; Bender (Fn. 4), § 52 Rn. 21.

¹² LG Düsseldorf, Urte. v. 14.11.1980 – X – 24/80 = NStZ 1981, 223; zust. Ranft, NJW 1986, 3163, 3164.

¹³ LG Düsseldorf NStZ 1981, 223.

¹⁴ BGH NJW 1999, 1196, 1197.

¹⁵ BGH NJW 1999, 1196, 1197.

¹⁶ BGH NJW 1999, 1196, 1197.

¹⁷ BGH NStZ-RR 2011, 81.

¹⁸ BGH NStZ-RR 2011, 81.

¹⁹ Vgl. Ranft (Fn. 13), 3164; BGH NJW 1999, 1196, 1197.

genügt.²⁰ Bestehen Zweifel an einer wirksamen Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen, scheidet § 264 StGB aus. Diese Schlussfolgerung entspricht dem formalen Charakter der Vorschrift, aber sie ist keine bloße „Förmelei“. Gerechtfertigt wird sie auch dadurch, dass § 264 StGB im Tatbestand weit gefasst ist und zusätzlich einen weiten Strafraum eröffnet; soweit die Vorschrift bereits leichtfertiges Handeln²¹ mit Kriminalstrafe bedroht, steht dies zur leichtfertigen Steuerhinterziehung nach § 378 AO in offenkundigem Wertungswi-

²⁰ BGH NStZ-RR 2011, 81.

²¹ Zum Nachweis der Leichtfertigkeit vgl. BGH, Beschl. v. 20.5.2010 – 5 StR 138/10 = HRRS 2011 Nr. 182.

derspruch.²² Schließlich bestätigt die nicht fern liegende Gefahr, dass wegen leichtfertigen Subventionsbetruges verurteilt und auf eine „bloße Verdachtsstrafe für nicht beweisbares vorsätzliches Handeln“ erkannt werden könnte,²³ die hier geforderte restriktive Handhabung. Denn das Argument, bei Verstößen gegen die Bezeichnungspflicht entfalle der Vorsatz,²⁴ ist zwar richtig, in der forensischen Praxis jedoch zumeist schwer zu effektuieren.

²² Fischer (Fn. 4), § 264 Rn. 3; Gercke (Fn. 11), § 264 Rn. 2.

²³ Vgl. Fischer (Fn. 4), § 264 Rn. 3 m.N. 62.

²⁴ Vgl. Momsen (Fn. 7), § 264 Rn. 20 und Rn. 32; Perron, (Fn.6), § 264 Rn. 62 zur Abgrenzung jeweils in Betracht kommender Irrtumskonstellationen.

Aufsätze und Anmerkungen

Public Private Partnership und Amtsträgerbegriff

Von Sebastian Bauer, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg

A. Einleitung

Fallen Mitarbeiter einer Public Private Partnership (PPP) unter den strafrechtlichen Amtsträgerbegriff? Diese Frage ist vor allem im Kontext korruptiven Verhaltens von PPP-Mitarbeitern weichenstellend, wenn eine Strafbarkeit nach den §§ 331 ff. StGB einerseits oder nach § 299 StGB andererseits droht. Trotz der praktischen Relevanz dieser Kooperationsform zwischen der öffentlichen Hand und Privaten, hat die PPP in die Strafrechtswissenschaft erst verspätet Einzug gehalten.¹ Während der BGH im Bereich der Aufgaben- und Organisationsprivatisierung Beurteilungsmaßstäbe entwickelt hat,² wurde die Amtsträgereigenschaft von PPP-Mitarbeitern – soweit ersichtlich – bisher nur im „Kölner Müllfall“ relevant und vom 5. Strafsenat des BGH verneint.³ Der vorliegende Beitrag hat die strafrechtliche Behandlung der PPP im Spannungsfeld zwischen öffentlicher Verwaltung und privatem Wirtschaftssubjekt zum Gegenstand. Leitfrage ist, ob die Rechtsprechung des BGH zu § 11 I Nr. 2c StGB in den Fällen der Organisationsprivatisierung auf die PPP übertragen werden kann oder ob diese unter Berücksichtigung der Besonderheiten der PPP eingrenzend weiterentwickelt muss.

¹ Vgl. Bernsmann StV 2005, 685, 685, der soweit ersichtlich als Erster die PPP im strafrechtlichen Kontext behandelt.

² BGHSt 38, 199; 43, 370; 45, 16; 49, 214 = HRRS 2004 Nr. 800; 50, 299 = HRRS 2006 Nr. 123; 52, 290 = HRRS 2008 Nr. 723; BGH NJW 2004, 693 = HRRS 2004 Nr. 74; BGH NJW 2007, 2932 = HRRS 2007 Nr. 561; BGH NStZ 2011, 394 = HRRS 2011 Nr. 285.

³ BGHSt 50, 299, 299 ff.

B. Begriffserklärung und Begriffseingrenzung

I. Public Private Partnership

Der schillernde Begriff der PPP ist wohl keinem völlig unbekannt, das Angebot an Definitionen ist aber mannigfaltig und es herrscht Unklarheit selbst unter Verwaltungs- und Staatsrechtlern.⁴ Zwei Merkmale lassen sich allerdings eindeutig feststellen.⁵ Erstens handelt es sich um Sachverhalte, bei denen sowohl private als auch öffentlich-rechtliche Akteure beteiligt sind. Zweitens gehen diese eine Partnerschaft ein, womit eine, in juristischer Hinsicht untechnische, Kooperation im weitesten Sinne gemeint ist. Die Motivation eine PPP einzugehen ist unterschiedlicher Art.⁶ Die öffentliche Hand erhofft sich durch PPPs das betriebswirtschaftliche „know-how“ des privaten Betreibers, geringeres Investitionsvolumen, Flexibilisierung und Effizienzsteigerung unter Beibehaltung der Steuerungs- und Kontrollmöglichkeit. Der Private zielt hingegen auf Eröffnung neuer Geschäftsfelder und Gewinnerzeugung. Für weitere Strukturierungsversuche ist die Nähe der PPP zum Sammelbegriff Privatisierung zu berücksichtigen.⁷

⁴ Tettinger NWVBl 2005, 1, 1 f. m. w. N. Für Strafrechtler, denen eine generelles Hinterherhinken hinter gesellschaftlichen und ökonomischen Entwicklungen nachgesagt wird, gilt dies wohl erst recht, Bernsmann StV 2005, 685, 685.

⁵ Tettinger NWVBl 2005, 1, 2; Dreher NZBau 2002, 245, 246.

⁶ Siehe hierzu Tettinger NWVBl 2005, 1, 1; Habersack ZGR 1996, 544, 545.

⁷ Teilweise wird auch von Teilprivatisierung gesprochen, Habersack ZGR 1996, 544, 549.

1. Abgrenzung zur Privatisierung

a) Organisationsprivatisierung bzw. formelle Privatisierung

Von Organisationsprivatisierung oder auch formeller Privatisierung spricht man, wenn der Staat verantwortlicher Träger der Aufgaben bleibt, sich aber für die Erfüllung seiner Aufgaben einer privatrechtlichen Organisationsform bedient, wobei die öffentliche Hand alleiniger Träger des Privatrechtssubjekts bleibt.⁸ Die Organisationsprivatisierung kann, nach hier zugrunde gelegtem Verständnis, daher keine PPP darstellen, da lediglich eine privatrechtliche Organisationsform genutzt wird, aber keine Kooperation mit Privaten erfolgt.⁹

b) Aufgabenprivatisierung bzw. materielle Privatisierung

Eine Aufgabenprivatisierung oder auch materielle Privatisierung liegt hingegen vor, wenn die Verwaltung sich von einer Aufgabe einschließlich der Erfüllungsverantwortung zugunsten eines Privaten trennt, wie dies beispielsweise bei der Telekom AG erfolgt ist.¹⁰ Der Staat entäußert sich der Erfüllungsverantwortung und beschränkt sich zumeist auf die Gewährleistungsverantwortung.¹¹ Da hier die staatliche Aufgabe vollständig auf Private übertragen wird, liegt auch hier eine PPP mangels Kooperation nicht vor.

c) Funktionale Privatisierung

Die PPP weist wohl noch die größte Nähe zur funktionalen Privatisierung auf.¹² Verbindendes Merkmal aller hierunter zu subsumierenden Sachverhalte ist die Hinzuziehung privater Wirtschaftssubjekte bei der staatlichen Aufgabenerledigung unter Beibehaltung der hoheitlichen Erfüllungsverantwortung.¹³ Teile der Literatur weisen aber richtigerweise darauf hin, dass der PPP insoweit eine „Zwitterstellung“ zwischen formeller und materieller Privatisierung zukommt, da der Staat zwar die Aufgabenverantwortung trägt, der Private aber Einfluss auf die

⁸ Tettinger NWVBl 2005, 1, 2. Eine formelle Privatisierung war beispielsweise die Überführung des Sondervermögens Deutsche Bundesbahn in die Deutsche Bahn AG, deren Anteilseigner zu 100% der Bund ist, Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. (2008), § 7, Rn. 603.

⁹ Wie hier Saliger, in: FS für Puppe (2011), S. 933, 936; a.A. Bernsmann StV 2005, 685, 686, der im strafrechtlichen Kontext die PPP von der Organisationsprivatisierung erfasst sieht. Dies hat den Nachteil, dass die Besonderheiten bei der PPP nicht hinreichend erfasst werden und zugleich der Rechtsprechung zur formellen Privatisierung größere Bedeutung zukommt.

¹⁰ Tettinger NWVBl 2005, 1, 2; Dreher NZBau 2002, 245, 246.

¹¹ Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben (2002), S. 33; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 23, Rn. 63; Ruthig/Storr (Fn. 8), § 7, Rn. 604 f.

¹² Saliger, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 935; Tettinger NWVBl 2005, 1, 2; a.A. Weiß (Fn. 11), S. 34 f., der zumindest das gemischtwirtschaftliche Unternehmen der formellen Privatisierung zuordnet.

¹³ Ruthig/Storr (Fn. 8), § 7, Rn. 606; Tettinger NWVBl 2005, 1, 2.

Aufgabenerfüllung nehmen kann.¹⁴

2. Erscheinungsformen der PPP und Begriffseingrenzung

Unter dem Begriff PPP existiert eine Vielzahl von Kooperationsformen, sodass nicht von dem Rechtsbegriff der PPP, sondern eher von einem Sammelbegriff gesprochen werden kann.¹⁵ Unterschieden werden kann hier zwischen informellen, vertraglichen- sowie organisatorischen Kooperationsformen.¹⁶ Bei letzterer schließen sich Privater und öffentliche Hand zu einer Organisation – zumeist im Rahmen einer dauerhaften und eigenen Rechtspersönlichkeit des Privatrechts – zusammen, um einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen.¹⁷ Die hierdurch entstehenden Rechtspersönlichkeiten werden als sogenannte gemischtwirtschaftliche Unternehmen bezeichnet. Als gemeinsamen Zweck haben diese Unternehmen der effektiven und wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu dienen, wobei umstritten ist, ob die PPP selbst verantwortlich für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist.¹⁸ Zumeist ist der gemeinsame Zweck bzw. Unternehmensgegenstand auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge angesiedelt, insbesondere im Bereich der Abfall- und Abwasserentsorgung sowie Trinkwasser- und Stromversorgung.¹⁹

Die organisatorische PPP in Form des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens gilt als Prototyp der PPP, da nur hier die öffentliche Hand und der privater Partner einen gemeinsamen Zweck verfolgen.²⁰ Das gemischtwirtschaftliche Unternehmen ist auch als einzige PPP-Form Gegenstand eines strafrechtlichen Verfahrens geworden. Das im Vordergrund stehende Interesse an dieser Form der PPP lässt sich auch damit erklären, dass für das Vorliegen einer „sonstigen Stelle“ im Rahmen von § 11 I Nr. 2c StGB Behördenäquivalenz gefordert wird, was bei den anderen Formen der PPP, vertraglicher oder informeller Art, wohl fernliegend ist.²¹ Die im Folgenden benutzte Terminologie der PPP meint somit nur das gemischtwirtschaftliche Unternehmen.

II. Der Amtsträgerbegriff nach § 11 I Nr. 2 StGB

Aufgrund der zunehmenden Privatisierung öffentlicher Aufgaben, bildet der Amtsträgerbegriff des § 11 I Nr. 2c

¹⁴ Tettinger NWVBl 2005, 1, 2; Weiß (Fn. 11), S. 34 f. Ob insoweit aber, wie teilweise vertreten, von einer Teilprivatisierung gesprochen werden kann, ist fraglich, da die Erfüllungsverantwortung bei der öffentlichen Hand verbleibt.

¹⁵ Tettinger NWVBl 2005, 1, 2.

¹⁶ Siehe hierzu Tettinger NWVBl 2005, 1, 2 ff.

¹⁷ Tettinger NWVBl 2005, 1, 4.

¹⁸ Siehe hierzu Tettinger NWVBl 2005, 1, 2; Becker ZRP 2002, 303, 306.

¹⁹ Habersack ZGR 1996, 544, 546 m. w. N.

²⁰ Saliger, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 936; Tettinger NWVBl 2005, 1, 2. Teilweise wird diese auch als „echte“ PPP bezeichnet, Noltensmeier, Public Private Partnership und Korruption (2008), S. 35 f.

²¹ A.A. Bernsmann StV 2009, 308, 312 (Fn. 55), der auch bei Formen der bloßen Zusammenarbeit das Vorliegen von Amtsträgern beim privaten Partner als nicht ausgeschlossen ansieht.

StGB die bedeutendste Fallgruppe der Rechtsprechung zum Amtsträgerbegriff der letzten Jahre.²² Wegen der privatrechtlichen Organisationsform der PPP und dem fehlenden konstitutiven öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis kommt für PPP-Mitarbeiter eine Amtsträgereigenschaft nur bei einer sonstigen Stelle nach § 11 I Nr. 2c 2. Alt. StGB in Frage.²³

C. Mitarbeiter von PPP als Amtsträger gemäß § 11 I Nr. 2c StGB

Der BGH hatte sich bislang nur zu Sachverhalten im Rahmen der Organisationsprivatisierung geäußert; im Bereich der PPP ist das Urteil zum „Kölner Müllfall“ – soweit ersichtlich – die bisher erste Entscheidung.²⁴

I. „Kölner Müllfall“ – BGHSt 50, 299

Die Staatsanwaltschaft warf dem Geschäftsführer der Abfallentsorgungs- und Verwertungsgesellschaft mbH, fortan AVG, vor, sich wegen Bestechlichkeit strafbar gemacht zu haben.²⁵ Gesellschafter der AVG war die Stadt Köln mit 50,1 % Beteiligung am Stammkapital, die Stadtwerke Köln mit 24,8 % sowie das private Unternehmen TEGV mit 25,1 %. Die TEGV hatte zudem eine Sperrminorität für wesentliche Entscheidungen inne.²⁶ Das LG Köln verneinte die Amtsträgereigenschaft nach § 11 I Nr. 2c StGB des angeklagten Geschäftsführers.²⁷ Auch der 5. Strafsenat des BGH verneinte eine Amtsträgereigenschaft und verwarf die diesbezüglich eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft.²⁸ Die AVG sei zwar auf dem Gebiet der Müllentsorgung und damit in einem Bereich der Daseinsvorsorge tätig und erfülle somit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung.²⁹ Der BGH verneinte jedoch das Vorliegen einer sonstigen Stelle im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung. Als „verlängerter Arm des Staates“ sei sie aufgrund der Sperrminorität für wesentliche unternehmerische Entscheidungen der privaten TEGV nicht anzusehen.³⁰ Ist schon die alleinige Inhaberschaft und die damit verbundenen Aufsichtsbefugnisse der öffentlichen Hand nicht hinreichendes Kriterium zur Annahme behördenähnlicher Steuerung, gelte dies erst recht für den bloßen Mehrheitsbesitz der öffentlichen

Hand an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.³¹

II. Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 I Nr. 2c StGB in PPP

Dem Wortlaut des § 11 I Nr. 2c StGB lassen sich drei Voraussetzungen entnehmen. Die betreffende Person muss Aufgaben der öffentlichen Verwaltung selbst wahrnehmen, sie muss diese Tätigkeit bei einer sonstigen Stelle ausüben und sie muss hierzu „sonst bestellt“ worden sein.³²

1. Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung

Der Begriff „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ ist in hohem Maße konkretisierungsbedürftig, da er selbst in der Verwaltungsrechtswissenschaft uneinheitlich gebraucht wird.³³ Dem Willen des Gesetzgebers nach erfüllt der Begriff eine negative Abgrenzungsfunktion zur Rechtsprechung und Gesetzgebung und ist weit auszulegen.³⁴ Öffentliche Verwaltung bezeichnet hiernach alle Tätigkeiten, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind, nicht Rechtsprechung oder Gesetzgebung darstellen und staatlichen Zwecken dienen.³⁵ Insoweit findet eine Orientierung am verwaltungsrechtlichen Begriff der öffentlichen Verwaltung im materiellen Sinne statt.³⁶ Dieser ist aber aufgrund der Funktionsunterschiede zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht strafrechtsautonom zu konkretisieren, insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtsgüter der Amtsträgerdelikte.³⁷ Aufgaben öffentlicher Verwaltung umfassen die Eingriffs- und Leistungsverwaltung sowie Teilbereiche der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Tätigkeit des Staates.³⁸ PPPs sind regelmäßig im Bereich der Daseinsvorsorge tätig,³⁹ welche von der Rechtsprechung seit jeher als Teil der Leistungsverwaltung und somit als öffentliche Aufgabe angesehen wird.⁴⁰ Der Begriff der Daseinsvorsorge wird weit ausgelegt, da hierunter alle Tätigkeiten, die unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder sorgen soll, zu verstehen sind.⁴¹ Mit dem *KorrBekG*⁴²

²² NK-Saliger, StGB, Band I, 3. Aufl. (2010), § 11, Rn. 26.

²³ Noltensmeier (Fn. 20), S. 52 und 57; Saliger, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 936; Radtke NSZ 2007, 57, 59. Zur Amtsträgereigenschaft nach § 11 I Nr. 2 a und b StGB in PPPs, siehe Noltensmeier (Fn. 20), S. 48 ff. § 11 I Nr. 2c 2. Alt. StGB – „im Auftrag“ – würde bei der Beleihung Privater im Rahmen vertraglicher PPP-Modelle relevant sein, Noltensmeier (Fn. 20), S. 30.

²⁴ BGHSt 50, 299, 299 ff. Zur Organisationsprivatisierung siehe nur: „GTZ“-Entscheidung BGHSt 43, 370, 371; „FAG“-Entscheidung BGHSt 45, 16, 17; „DB“-Entscheidung BGHSt 49, 214, 220; „DB Netz AG“-Beschluss BGH NSZ 2011, 394; siehe ferner Überblick zur Rechtsprechung bei Greeve, Korruptionsdelikte in der Praxis (2005), Rn. 195 ff.

²⁵ BGHSt 50, 299, 300 f.

²⁶ BGHSt 50, 299, 301.

²⁷ LG Köln NJW 2004, 2173, 2173 ff.

²⁸ BGHSt 50, 299, 299 f.

²⁹ BGHSt 50, 299, 303 f.

³⁰ BGHSt 50, 299, 305.

³¹ BGHSt 50, 299, 305.

³² Siehe nur NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 27.

³³ MK-Radtke, StGB, Band I, 1. Aufl. (2003), § 11, Rn. 34; Welp, in: FS für Lackner (1987), S. 761, 765.

³⁴ BT-Drucks. 7/550, S. 209; LK-Hilgendorf, StGB, 12. Aufl. (2007), § 11, Rn. 42; NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 30; Walther Jura 2009, 421, 425.

³⁵ BT-Drucks. 7/550, S. 209; BGHSt 12, 89, 90; 38, 199, 201; LK-Hilgendorf (Fn. 34), § 11, Rn. 42.

³⁶ Vlg. Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht (2001), S. 401 ff.

³⁷ NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 30; MK-Radtke (Fn. 33), § 11, Rn. 34; Walther Jura 2009, 421, 425; a.A. BGHSt 43, 370, 374; Welp, in: FS für Lackner (Fn. 33), S. 761, 773 ff.

³⁸ NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 31 ff.

³⁹ Generell zu kommunalen Unternehmen, zu denen auch die PPP zählt, OLG Düsseldorf NVwZ 2002, 248, 249; Storr, Der Staat als Unternehmer (2001), S. 441 m. w. N.

⁴⁰ Siehe nur Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. (2011), § 11, Rn. 9.

⁴¹ BGHSt 12, 89, 90 unter Bezugnahme auf Forsthoff; 31, 264, 268; 38, 199, 202; 46, 310, 313; 49, 214, 220 f.; 50, 299, 303 f.; 52, 290, 292.

ist zumindest klargestellt, dass die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform unerheblich für das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe ist.⁴³ Hierfür ebenfalls irrelevant sind die private Inhaberschaft an der Gesellschaft sowie eine Gewinnerzielungsabsicht.⁴⁴ Die Rechtsprechung hat diesem weiten Begriffsverständnis allerdings fallgruppenspezifisch Grenzen gesetzt.⁴⁵

Für PPP-Sachverhalte ist das *obiter dictum* des 5. Strafsenats im „Kölner Müllfall“ relevant, in welchem sich der BGH zu den Grenzen der öffentlichen Aufgabe geäußert hat.⁴⁶ Angesichts der Schaffung wettbewerblicher Strukturen und der Öffnung zentraler Bereiche der Daseinsvorsorge für private Marktteilnehmer würden privatrechtlich organisierte Gesellschaften der öffentlichen Hand wie andere private Marktteilnehmer allein erwerbswirtschaftlich agieren.⁴⁷ Zumindest im Bereich der Aufgabenprivatisierung läge dann keine öffentliche Aufgabe mehr vor, wobei der 5. Senat diese Überlegungen auch auf die Organisationsprivatisierung und die PPP auszudehnen scheint.⁴⁸ Der 5. Senat ist in einem späteren Fall auf dieses *obiter dictum* nicht eingegangen, was aber nicht gegen die Annahme spricht, dass der Aspekt der rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung künftig schon bei der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung relevant werden könnte, da es sich hier um ein Unternehmen der Organisationsprivatisierung handelte, und die Daseinsvorsorge dort nicht aus der Hand gegeben und seine Erledigung nicht einem Privaten überlassen wurde.⁴⁹ In einem späteren Fall der Organisationsprivatisierung hat der 5. Senat unter Anwendung seines *obiter dictum* bei einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft eine öffentliche Aufgabe verneint.⁵⁰ Mitentscheidend war hier aber auch die tatsächliche Gewinnerzielung, die eine vorhandene soziale Zweckbindung relativieren soll. Warum die Gewinnerwirtschaftung, die Schwankungen unterworfen ist, über eine konstante Amtsträgereigenschaft mitentscheidend sein soll, lässt der Senat hingegen offen.

Unabhängig von der schwer zu prognostizierenden zukünftigen Handhabung durch den Senat, spricht dieser hiermit das Verhältnis bzw. Ausschlussverhältnis von rein erwerbswirtschaftlicher Betätigung des Staates und öffentlicher Aufgabe im Bereich der Daseinsvorsorge an.⁵¹ Fraglich ist hier insbesondere, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand bei einer PPP vorliegt bzw. vorliegen kann. Für die Beantwortung dieser Frage bedarf es einer Annäherung an die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates sowohl aus strafrechtlicher als auch aus verwaltungsrechtlicher Sicht, da sich der Begriff

der öffentlichen Aufgabe insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge bei § 11 I Nr. 2c StGB am verwaltungsrechtlichen Begriffsverständnis orientiert.⁵²

a) Rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates und Daseinsvorsorge aus verwaltungsrechtlicher Sicht

Die PPP fällt in verwaltungsrechtlicher Terminologie unter die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates.⁵³ Auch wenn oft von der Wahlfreiheit des Staates die Rede ist, für die erwerbswirtschaftliche Betätigung privatrechtlich organisierte Unternehmen gründen zu können, bestehen hierfür Zulässigkeitsvoraussetzungen. Auf Bundesebene regelt § 65 I Nr. 1-4 BHO die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die öffentliche Hand zur Gründung oder Beteiligung an privatrechtlich organisierten Unternehmen.⁵⁴ Diese Voraussetzungen gelten, in teilweise modifizierter Form, in allen Gemeindeordnungen.⁵⁵ Erstens muss ein öffentliches Interesse bzw. ein öffentlicher Zweck bestehen und dieses bzw. dieser darf sich nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lassen (Subsidiaritätsgrundsatz). Zweitens muss die Haftung bzw. die Einzahlungspflicht begrenzt sein. Als mögliche Gesellschaftsformen kommen somit nur GmbH, AG und GmbH & Co KG in Frage.⁵⁶ Bei PPPs wird vorrangig die GmbH, teilweise auch die AG, gewählt.⁵⁷ Drittens muss eine angemessene Einflussmöglichkeit des Bundes bestehen (Ingerenzpflicht).⁵⁸

Je nach Zielsetzung bzw. Zwecksetzung kann nun auf kommunaler Ebene zwischen fiktiv nichtwirtschaftlichen, wirtschaftlichen und rein wirtschaftlichen Unternehmen unterschieden werden.⁵⁹ Die fiktiv nichtwirtschaftlichen sowie die wirtschaftlichen Unternehmen müssen einen öffentlichen Zweck verfolgen bzw. verfolgen diesen bereits qua Wahrnehmung von originären Aufgaben der Daseinsvorsorge. Unter öffentlichem Zweck ist alles zu verstehen, was sich unter den Begriff der Daseinsvorsorge nach *Forsthoff* subsumieren lässt.⁶⁰ Die bloße Gewinnerzielung reicht hierfür nicht aus, da dies grundsätzlich allein der Steuer vorbehalten sei.⁶¹ Allein die rein wirtschaftlichen Unternehmen müssen keinen über die reine Gewinnerzielungsabsicht hinausgehenden Zweck verfolgen. Dies ist jedoch historisch bedingt und gilt nur noch für Unternehmen unter Bestandsschutz, wie beispielsweise Brauereien oder Porzellanmanufakturen.⁶² Neugründungen von rein erwerbswirtschaftlich handelnden

⁴² Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997 (KorrBekG, BGBl. I, S. 2038), in Kraft getreten am 20. August 1997.

⁴³ Siehe nur BT-Drucks. 13/5584, S. 9, 12.

⁴⁴ Zur privaten Inhaberschaft: BGHSt 45, 16, 19. Zur Gewinnerzielungsabsicht: BGHSt 49, 214, 221; BGH NJW 2004, 693, 694; BGH NJW 2007, 2932, 2934.

⁴⁵ Siehe NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 33 ff.

⁴⁶ BGHSt 50, 299, 307.

⁴⁷ BGHSt 50, 299, 307.

⁴⁸ BGHSt 50, 299, 307.

⁴⁹ BGH NStZ 2007, 211, 212 = HRRS 2006 Nr. 985.

⁵⁰ BGH NJW 2007, 2932, 2934.

⁵¹ Hierzu ausführlich Noltensmeier (Fn. 20), S. 131 ff.

⁵² BGHSt 12, 89, 90 unter Bezugnahme auf *Forsthoff*.

⁵³ Statt vieler Maurer (Fn. 11), § 3, Rn. 24.

⁵⁴ § 65 I Nr. 4 BHO ist hier als Voraussetzung nicht relevant, sodass auf die Darstellung verzichtet wird.

⁵⁵ Siehe hierzu Heinrich (Fn. 36), S. 417 m. w. N.

⁵⁶ Noltensmeier (Fn. 20), S. 136 m. w. N.

⁵⁷ Kiethe NZG 2006, 45, 47; Habersack ZGR 1996, 544, 550.

⁵⁸ Insbesondere die Sicherstellung eines angemessenen Einflusses im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, siehe auch Storr (Fn. 39), S. 79.

⁵⁹ Noltensmeier (Fn. 20), S. 138 m. w. N.

⁶⁰ OLG Düsseldorf NVwZ 2002, 248, 249; Storr (Fn. 39), S. 441 m. w. N.; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. (1973), S. 370.

⁶¹ Ehlers JZ 1990, 1089, 1091.

⁶² Maurer (Fn. 11), § 3, Rn. 24; Ehlers JZ 1990, 1089, 1090.

Unternehmen sind heute nicht mehr zulässig.⁶³ Für PPPs gelten neben diesen Voraussetzungen allerdings noch zwei zusätzliche Anforderungen,⁶⁴ da sich die PPP im Graubereich zwischen staatlichen Eigenbetrieben und rein privaten Betrieben befindet. Erstens muss aufgrund der Beteiligung Privater der Einfluss der öffentlichen Hand besonders gewährleistet werden, um sicherzustellen, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird; dies geschieht in erster Linie durch gesellschaftsrechtliche Regelungen. Zweitens muss zumindest im Gesellschaftsvertrag der PPP der öffentliche Zweck genannt werden. Im verwaltungsrechtlichem Schrifttum ist nämlich umstritten, ob die PPP selbst öffentliche Aufgabe wahrnehmen kann.⁶⁵

Zwischenergebnis ist folglich, dass sich aus verwaltungsrechtlicher Sicht Daseinsvorsorge und erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht im Ausschlussverhältnis gegenüberstehen. PPPs sind vielmehr kraft ihrer privatrechtlichen Organisationsform erwerbswirtschaftliche Unternehmen, die als Zulässigkeitsvoraussetzung aber einen öffentlichen Zweck, zumeist auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge, verfolgen müssen. Dagegen ist die rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit unzulässig, es sei denn, es handelt sich um Unternehmen unter Bestandsschutz.

b) Rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates und Daseinsvorsorge aus strafrechtlicher Sicht

Fraglich ist, was aus strafrechtlicher Sicht unter rein bzw. erwerbswirtschaftlicher Betätigung zu verstehen ist und in welchem Verhältnis diese zur öffentlichen Aufgabe im Bereich der Daseinsvorsorge steht. Wenn auch umstritten, entspricht es mittlerweile der herrschenden Ansicht, dass die rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung des Staates nicht mehr unter den Begriff der öffentlichen Aufgaben fällt.⁶⁶ Hierunter fällt beispielweise das Betreiben einer Brauerei, eines Hotels oder einer staatlichen Porzellanmanufaktur.⁶⁷

Bei PPPs geht es hingegen um Leistungserbringung im Bereich der Daseinsvorsorge durch privatrechtlich organisierte Unternehmen, die früher durch öffentlich-rechtliche Organisationsformen erbracht wurden. In den Fällen der Organisationsprivatisierung wurde zumeist das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe in gebotener Kürze bejaht,⁶⁸ da unter Heranziehung der weiten *Forst-*

hoffschen Definition der Daseinsvorsorge fast jede Leistung zumindest mittelbar Nutzen für die Allgemeinheit erbringt.⁶⁹ Mit dem schon erwähnten *obiter dictum* im „Kölner Müllfall“ könnte sich nun eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung andeuten, wenn die Teilnahme am freien Wettbewerb zu einer rein erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit führt und trotz Tätigkeit im Bereich der Daseinsvorsorge eine öffentliche Aufgabe dann zu verneinen ist.⁷⁰ Dies wäre insofern eine Abkehr von der alten Rechtsprechung, die in bisherigen Fällen der Organisationsprivatisierung, die Teilnahme am freien Wettbewerb erst bei der Prüfung der staatlichen Steuerung und nicht bei der Prüfung der öffentlichen Aufgabe berücksichtigte.⁷¹ Auch wenn die zukünftige Behandlung durch den BGH ungewiss erscheint, ist fraglich, ob sich ähnliche Ansätze im Schrifttum finden.

Das strafrechtliche Schrifttum erwähnt die PPP oder Unternehmen der Organisationsprivatisierung im Rahmen der rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung gar nicht,⁷² sondern behandelt diese bei der Tätigkeit im Bereich der Daseinsvorsorge.⁷³ *Radtke* will zwar zwischen verbleibender öffentlicher Aufgabe und rein erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand abgrenzen;⁷⁴ jedoch soll die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer PPP, die in einen Bereich tätig ist, der ehemals traditionell als öffentliche Aufgabe wahrgenommen wurde, wie etwa die Daseinsvorsorge, für das anhaltende Interesse der öffentlichen Hand an der Erfüllung dieser Aufgabe sprechen. In diesen Fällen liege eine öffentliche Aufgabe vor. Bei PPPs wird dies aufgrund der verwaltungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen stets der Fall sein.

Welp, der ein streng verwaltungsrechtsakzessorisches Verständnis der öffentlichen Aufgabe vertritt,⁷⁵ will am Begriff der Daseinsvorsorge zwischen Leistungsverwaltung und erwerbswirtschaftlich-fiskalischer Tätigkeit unterscheiden.⁷⁶ Nur bei unmittelbarer Leistungsgewährung könne von Daseinsvorsorge gesprochen werden. Die Versorgungsleistung dürfe nicht nur aus erwerbswirtschaftlichen Gründen erbracht werden. *Welp* scheint PPPs und Unternehmen der Organisationsprivatisierung der unmittelbaren Leistungsverwaltung zuzuordnen, da es aus der Perspektive des Leistungsempfängers zufällig sei,

⁶³ Maurer (Fn. 11), § 3, Rn. 24; von Danwitz AöR 120 (1995), 595, 599.

⁶⁴ Siehe hierzu Noltensmeier (Fn. 20), S. 144; Kiethe NZG 2006, 45, 48.

⁶⁵ Siehe hierzu Becker ZRP 2002, 303, 306; Kiethe NZG 2006, 45, 48; Ehlers JZ 1990, 1089, 1096.

⁶⁶ MK-Radtke (Fn. 33), § 11, Rn. 45; LK-Hilgendorf (Fn. 34), § 11, Rn. 46; Lackner/Kühl (Fn. 40), § 11, Rn. 9; Dölling JR 2005, 30, 30; Knauper/Kaspar GA 2005, 385, 390; Welp, in: FS für Lackner (Fn. 33), S. 761, 786; i. E. wohl auch Ransiek NSTz 1997, 519, 521f.; a.A. Fischer, StGB, 58. Aufl. (2011), § 11, Rn. 22; BT-Drucks. 7/550, S. 209.

⁶⁷ Noltensmeier (Fn. 20), S. 131; Ransiek NSTz 1997, 519, 522; Heinrich (Fn. 36), S. 417.

⁶⁸ BGHSt 45, 16, 19; 49, 214, 220; 52, 290, 292; BGH NJW 2004, 693, 693; BGH NSTz 2007, 211, 212; BGH NSTz 2011, 394, 394 f.

⁶⁹ Forsthoff (Fn. 60), S. 370.

⁷⁰ NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 34.

⁷¹ Noltensmeier StV 2006, 132, 133; BGHSt 38, 199, 204; 45, 16, 20.

⁷² Lackner/Kühl (Fn. 40), § 11, Rn. 9; MK-Radtke (Fn. 33), § 11, Rn. 45; LK-Hilgendorf (Fn. 34), § 11, Rn. 44 ff; NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 32 ff.; Lenckner ZStW 1994, 502, 510 f.; unklar Heinrich (Fn. 36), S. 415 f.

⁷³ Fischer (Fn. 66), § 11, Rn. 22; NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 32; Lackner/Kühl (Fn. 40), § 11, Rn. 9; LK-Hilgendorf (Fn. 34), § 11, Rn. 44; i. E. auch Ransiek NSTz 1997, 519, 521 f.

⁷⁴ Radtke NSTz 2007, 57, 61; ähnlich Eser/Hecker, in: Schönlke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 11, Rn. 21, die die Grenze zur erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit als überschritten ansehen, wenn der spezifisch öffentlich-rechtliche Bezug fehlt. Dies ist bei der PPP aber wohl nicht der Fall.

⁷⁵ Welp, in: FS für Lackner (Fn. 33), S. 761, 782.

⁷⁶ Welp, in: FS für Lackner (Fn. 33), S. 761, 784 f.

ob Leistungen hoheitlich in Form des öffentlichen Rechts oder privatrechtlicher Form erbracht werden.⁷⁷

Auch *Heinrich* unterscheidet am Merkmal der unmittelbaren Daseinsvorsorge,⁷⁸ wobei für das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe im Bereich der Daseinsvorsorge eine Monopolstellung des Unternehmens nötig sei.⁷⁹ Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand sei hingegen vordergründig gewinnorientiert und nicht als öffentliche Aufgabe einzustufen.⁸⁰ Für PPPs scheint *Heinrich* das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe im Bereich der Daseinsvorsorge allerdings von der Beteiligungsquote der öffentlichen Hand abhängig zu machen.⁸¹ Liegt eine Minderheitsbeteiligung der öffentlichen Hand an einem privatrechtlichen Unternehmen vor, fehle die alleinige Steuerungsmöglichkeit und beherrschende Einflussmöglichkeiten des Staates, sodass eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung trotz faktischer Tätigkeit in der Daseinsvorsorge vorliege.⁸² Warum die staatliche Steuerung bei der öffentlichen Aufgabe und nicht erst bei der Prüfung der sonstigen Stelle relevant sein soll, bleibt unklar, zumal bei einer mehrheitlichen Beteiligung folgerichtig die Daseinsvorsorge wohl zu bejahen und eine sonstige Stelle noch zu prüfen wäre. Wenn *Heinrich* als Kennzeichen für die Daseinsvorsorge die höchstens sekundäre Gewinnerzielungsabsicht nennt,⁸³ steht dies im Widerspruch zu gerade Gesagtem, da verwaltungsrechtlich zulässige PPPs immer nur sekundär gewinnorientiert sind und dies nach *Heinrich* folgerichtig für den Bereich der Daseinsvorsorge spräche.⁸⁴ *Heinrichs* Zuordnungssystematik der PPP ist inkohärent, was eine klare Zuordnung erschwert.

c) Missverständnis zwischen Verwaltungs- und Strafrecht?

Folgendes bleibt festzuhalten: Erstens wird im strafrechtlichen Schrifttum nicht zwischen „einfacher“ erwerbswirtschaftlicher und rein erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand unterschieden. Zweitens besteht nach strafrechtlichem Verständnis wohl nur ein Ausschlussverhältnis zwischen der rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung und der öffentlichen Aufgabe, da in diesem Kontext nur die rein wirtschaftlichen Unternehmen, wie Brauereien und Porzellanmanufakturen

genannt werden.⁸⁵ Drittens erwähnt das strafrechtliche Schrifttum PPPs oder Unternehmen der Organisationsprivatisierung im Rahmen der rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung gar nicht,⁸⁶ sondern behandelt diese bei der Tätigkeit im Bereich der Daseinsvorsorge.

Somit stellt sich ein terminologisches Missverständnis zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht heraus. Wenn die genannten strafrechtlichen Autoren Sachverhalte der PPP und Unternehmen der Organisationsprivatisierung der Daseinsvorsorge zuordnen, ist aus verwaltungsrechtlicher Sicht aber eine „einfache“ erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand gegeben. Es scheint sich somit eher um ein terminologisches Missverständnis zu handeln als um ein tatsächlich unterschiedliches Verständnis bezüglich der Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben bei PPPs. Dies wird besonders deutlich, wenn nach strafrechtlicher Rechtsprechung und Lehre eine Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge auch dann noch vorliegen soll, wenn Gewinnerzielungsabsicht hinzutritt.⁸⁷ Wenn im Verwaltungsrecht die PPP zur erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates zählt, zeigt sich im herrschenden strafrechtlichen Schrifttum indirekt über den zulässigen Nebenzweck der Gewinnerzielung ein grundsätzlich gleiches Verständnis, wenn auch die teils unterschiedliche terminologische Zuordnung das Gegenteil vermuten lässt.

Die vom 5. Senat in seinem *obiter dictum* vertretene Ansicht scheint somit auch vor dem Verständnis im strafrechtlichen Schrifttum neu zu sein.⁸⁸ Gegen diese Ansicht spricht, dass es auf die privatrechtliche Organisationsform nicht ankommt und PPPs regelmäßig im Bereich der Daseinsvorsorge tätig sind, was auch nach herrschendem strafrechtlichem Verständnis unter die öffentliche Aufgabe nach § 11 I Nr. 2c StGB fällt.⁸⁹

⁷⁷ *Welp*, in: FS für Lackner (Fn. 33), S. 761, 781, ob *Welp* darüber hinaus ein Abhängigkeitsverhältnis des Bürgers zur Leistungsgewährung fordert, ist nicht klar ersichtlich.

⁷⁸ *Heinrich* (Fn. 36), S. 415 f.

⁷⁹ *Heinrich* (Fn. 36), S. 454, 695 ff., verlangt die Monopolstellung, da nur so das Rechtsgut aller Amtsdelikte „Interesse der einzelnen Staatsbürger an einem ordnungsgemäßen Funktionieren der staatlichen Verwaltung“ betroffen sei.

⁸⁰ *Heinrich* (Fn. 36), S. 415 f.

⁸¹ *Heinrich* (Fn. 36), S. 412.

⁸² *Heinrich* (Fn. 36), S. 412.

⁸³ *Heinrich* (Fn. 36), S. 412.

⁸⁴ Unverständlich ist auch, warum *Heinrich* die bundes- und kommunalrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung eines öffentlichen Zweckes nennt, aber dessen Gleichstellung mit einer öffentlichen Aufgabe mit dem Argument verneint, dass sonst für die wirtschaftliche Betätigung des Staates kein Raum mehr bliebe, *Heinrich* (Fn. 36), S. 417.

⁸⁵ *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 74), § 11, Rn. 21; *Ransiek* NStZ 1997, 519, 522; *Heinrich* (Fn. 36), S. 417; *Lenckner* ZStW 1994, 502, 527.

⁸⁶ *Lackner/Kühl* (Fn. 40), § 11, Rn. 9; *MK-Radtke* (Fn. 33), § 11, Rn. 45 f.; *LK-Hilgendorf* (Fn. 34), § 11, Rn. 44 ff.; *NK-Saliger* (Fn. 22), § 11, Rn. 35; *Lenckner* ZStW 1994, 502, 510 f.

⁸⁷ BGHSt 49, 214, 221; BGH NJW 2004, 693, 694; BGH NJW 2007, 2932, 2934; *Fischer* (Fn. 66), § 11, Rn. 22; *Lackner/Kühl* (Fn. 40), § 11, Rn. 9; *LK-Hilgendorf* (Fn. 34), § 11, Rn. 44; *NK-Saliger* (Fn. 22), § 11, Rn. 32; *Dölling* JR 2005, 30, 31; *Ransiek* NStZ 1997, 519, 522.

⁸⁸ Siehe hierzu *Saliger*, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 945 ff., der dem *obiter dictum* auch für zukünftige Sachverhalte Bedeutung für das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabenwahrnehmung beimisst.

⁸⁹ Einen restriktiven Ansatz vertritt *Leimbrock*, Strafrechtliche Amtsträger (2009), S. 218 ff., nachdem PPP grundsätzlich keine Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnehmen. Die PPP sei nicht Trägerin der Aufgabenverantwortung, da sie selbst grundrechtsfähig sei und somit auch nicht dem Staat zurechenbar sei. Eine Ausnahme sei nur bei Übertragung öffentlicher Aufgaben durch Beleihung möglich. Diesem Ergebnis ist die von *Leimbrock* selbst erkannte Gefahr entgegenzuhalten, dass so die Verwaltung mit der Gründung von PPP, unter Minderheitsbeteiligung Privater, „Amtsträger-Reduktion“ betreiben könnte und allein die privatrechtliche Organisationsform gegen den Wortlaut den Anwendungsbereich von § 11 I Nr. 2c StGB mittelbar einschränken könnte. Dieser Ansatz ist somit abzulehnen.

d) Angleichung der Terminologie im Strafrecht – eine Frage der Verwaltungsrechtsakzessorietät

Würde man das verwaltungsrechtliche Verständnis auch terminologisch auf das Strafrecht übertragen, müsste man die PPP und Unternehmen der Organisationsprivatisierung wohl nicht der Daseinsvorsorge zuordnen, sondern aufgrund der privatrechtlichen Organisationsform des Unternehmens der einfachen erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Angesprochen wird hier eine schwache Form der begrifflichen Verwaltungsrechtsakzessorietät,⁹⁰ da die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit im Wortlaut nicht vorkommt, sondern nur Teil des Begriffs der öffentlichen Aufgabe ist. Teile des Schrifttums und auch der BGH befürworten ein streng verwaltungsrechtsakzessorisches Verständnis der öffentlichen Aufgabe nach § 11 I Nr. 2c StGB.⁹¹ Die herrschende Lehre hingegen fordert eine grundsätzlich strafrechtsautonome Begriffsbildung unter Anlehnung an das verwaltungsrechtliche Begriffsverständnis.⁹² Aber auch die Vertreter einer strafrechtsautonomen Begriffsbildung ziehen hier das Verwaltungsrecht als Interpretationshilfe heran und befürworten eine Akzessorietät, sofern der Begriff im Strafrecht passe.⁹³ Dies stünde auch in Einklang mit dem Wortlaut des § 11 I Nr. 2c StGB, wonach es auf die Organisationsform für das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe ausdrücklich nicht ankommt.

e) Zwischenergebnis

Verwaltungsrechtlich zulässige PPPs erfüllen regelmäßig Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, unabhängig davon ob sie nach strafrechtlichem Verständnis direkt der Daseinsvorsorge oder verwaltungsrechtsakzessorisch der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit zugeordnet werden. Dies gilt auch unabhängig von der Teilnahme am freien Wettbewerb oder der über die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks hinausgehenden Gewinnerzielungsabsicht.

2. Sonstige Stelle

Unter sonstiger Stelle versteht man nach ständiger Rechtsprechung des BGH ohne Rücksicht auf ihre Organisationsform jede behördenähnliche Institution, die zwar keine Behörde im organisatorischen Sinne ist, aber gleichwohl befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken.⁹⁴

⁹⁰ Traumann, Die Anwendung der Bestechungsdelikte auf die Inhaber privater Ingenieur- und Planungsbüros (1997), S. 82.

⁹¹ Ossenbühl JR 1992, 473, 474; Welp, in: FS für Lackner (Fn. 33), S. 761, 782; BGHSt 43, 370, 374.

⁹² Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 74), § 11, Rn. 20; NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 30; MK-Radtke (Fn. 33), § 11, Rn. 34; Walther Jura 2009, 421, 425; Heinrich (Fn. 36), S. 193 ff., 392 f., 419 ff.

⁹³ Heinrich (Fn. 36), S. 204 am Beispiel von zivilrechtlicher Akzessorietät.

⁹⁴ BGHSt 43, 370, 376; 49, 214, 219; 52, 290, 293; BGH NJW 2004, 693, 693; BGH NJW 2007, 2932, 2933; BGH wistra 2009, 229, 230 = HRRS 2009 Nr. 229.

a) Gesamtbetrachtungslehre der Rechtsprechung

Bei Privatrechtssubjekten kommt es nach ständiger Rechtsprechung darauf an, dass bei ihnen Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung mit einer Behörde rechtfertigen. Diese Behördenäquivalenz soll vorliegen, wenn das Privatrechtssubjekt bei einer Gesamtbetrachtung derart staatlicher oder kommunaler Steuerung unterliegt, dass es als verlängerter Arm des Staates erscheint.⁹⁵ Diese, maßgeblich in Fällen der Organisationsprivatisierung entwickelte, Rechtsprechung wendet der BGH auch auf Sachverhalte der PPP an.⁹⁶ Folgende – jeweils für sich genommen nicht hinreichende – Merkmale sollen nach dem BGH in der Gesamtbetrachtung relevant sein: Ob das Privatrechtssubjekts gewerblich tätig ist und ob es im Wettbewerb mit anderen steht,⁹⁷ die öffentliche Zwecksetzung im Gesellschaftsvertrag,⁹⁸ ob es im Eigentum der öffentlichen Hand steht und ihre Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln finanziert wird⁹⁹ und der Umfang und die Intensität der staatlichen Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten¹⁰⁰. Ebenso wenig hinreichend für die Bejahung der staatlichen Steuerung ist die alleinige Inhaberschaft und die damit verbundenen Aufsichtsbefugnisse sowie die Tätigkeit auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge.¹⁰¹ Als Ergebnisüberprüfung der Gesamtbetrachtung dient dem BGH des Öfteren ein Blick auf die von §§ 331 ff. StGB geschützten Rechtsgüter, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität staatlicher Institutionen und die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen.¹⁰² Diese Ergebnisüberprüfung erfolgt teilweise auch unter Erwägungen des Erscheinungsbildes des Privatrechtssubjekts bzw. wie selbiges in der Öffentlichkeit wahrgenommen wird.¹⁰³

b) Bewertung der Gesamtbetrachtungslehre der Rechtsprechung

Im Grundsatz wird man dieser Rechtsprechung wohl zugestehen können, dass sie trotz der grundsätzlichen Probleme einer Gesamtbetrachtung für Rechtssicherheit und Bestimmtheit um Restriktion bemüht ist.¹⁰⁴ Jedoch

⁹⁵ BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 312 f.; 49, 214, 219; 50, 299, 303; 52, 290, 293; BGH NJW 2004, 693, 693; BGH NJW 2007, 2932, 2933; BGH wistra 2009, 229, 230, BGH NStZ 2011, 394, 395.

⁹⁶ BGHSt 50, 299, 305 ff.

⁹⁷ BGHSt 38, 199, 204; 45, 16, 20; BGH NStZ 2011, 394, 395.

⁹⁸ BGHSt 43, 370, 372 ff.

⁹⁹ BGHSt 45, 16, 20; BGH NStZ 2011, 394, 395.

¹⁰⁰ BGHSt 43, 370, 378 f.

¹⁰¹ BGHSt 43, 370, 377 f.; 45, 16, 19 f.; 50, 299, 304 f.

¹⁰² BGHSt 43, 214, 377; 49, 214, 227; BGH NJW 2004, 693, 695; BGH NJW 2007, 2932, 2934.

¹⁰³ BGHSt 49, 214, 227; BGH NJW 2007, 2932, 2934.

¹⁰⁴ Fischer (Fn. 66), § 11, Rn. 22a; Lackner/Kühl (Fn. 40), § 11, Rn. 8; NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 41; SSW-Satzger, StGB, 1. Aufl. (2009), § 11, Rn. 25; LK-Hilgendorf (Fn. 34), § 11, Rn. 40 f.; Saliger NJW 2006, 3377, 3380; Lenckner ZStW 1994, 502, 515; Walther Jura 2009, 421, 425; Krehl StV 2005, 325, 326 f.; Noltensmeier StV 2006, 132, 134. A.A. MK-Radtke (Fn. 33), § 11, Rn. 41, 55; ders. NStZ 2007, 57, 60; SK-Rudolphi/Stein, StGB, 7. Aufl. (2005), § 11, Rn. 30a; Zwihehoff, in: FS für Herzberg (2008), S. 155, 157 ff.; Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 74), § 11, Rn. 20 ff.; Zieschang StV 2009, 74, 76; Bernsmann StV 2005, 685, 691; ders. StV 2009, 308, 310.

wissen nicht alle Merkmale der Gesamtbetrachtung zu überzeugen.¹⁰⁵

aa) Die Gesamtbetrachtungslehre und das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG

Die insoweit offene Gesamtbetrachtungslehre birgt Gefahren für die Rechtssicherheit und das Bestimmtheitsgebot.¹⁰⁶ Insbesondere Normen die eine weite Auslegung zu lassen – so auch der § 11 I Nr. 2c StGB–,¹⁰⁷ sollen durch ständige Rechtsprechung präzisiert werden, um dem Vorwurf der Unbestimmtheit zu entgehen (Präzisierungsgebot).¹⁰⁸ Die Rechtsprechung des BGH verfährt bei der Bestimmung des Amtsträgerbegriffs zwar tendenziell restriktiv, um einer extensiven Auslegung des § 11 I Nr. 2c StGB entgegenzuwirken.¹⁰⁹ Dennoch ist das Ergebnis einer solchen Gesamtbetrachtung nicht vorauszusehen,¹¹⁰ was nach dem Bestimmtheitsgebot aber vorauszusetzen ist.¹¹¹ Dies ist insbesondere auf Widersprüche einzelner Urteile untereinander und die unterschiedliche Gewichtung einzelner Kriterien zurückzuführen.¹¹² Die Verneinung einer sonstigen Stelle bei der Deutschen Bahn AG und die Bejahung einer solchen bei einer 100% Bahn-Tochter kann hierfür exemplarisch angeführt werden.¹¹³

bb) Auslegung am Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB

Strafrecht ist nicht Selbstzweck, sondern dient dem Rechtsgüterschutz.¹¹⁴ In diesem Sinne zieht der BGH zur

Ergebnisüberprüfung der Gesamtbetrachtung des Öfteren die von §§ 331 ff. StGB geschützten Rechtsgüter heran.¹¹⁵ Fraglich ist zunächst, ob die Heranziehung von Rechtsgütern des Besonderen Teils zur teleologischen Interpretation von § 11 I Nr. 2c StGB überhaupt zulässig ist. Von Teilen des Schrifttums wird die Auslegung im Lichte der §§ 331 ff. StGB verneint, da sonst die Regelungstechnik des „vor die Klammer Ziehens“ sinnlos wäre.¹¹⁶ Da der Amtsträgerbegriff – vor die Klammer gezogen – im Allgemeinen Teil des StGB steht,¹¹⁷ wäre es auch denkbar, eine Auslegung nur an einem durch alle Amtsdelikte geschützten Rechtsgut zuzulassen.¹¹⁸ Wie *Welp* zutreffend feststellt, spricht gegen die Annahme eines solchen „absoluten Amtsträgerbegriffs“ schon, dass Amtsträger als Opfer, Täter oder sonstige Mitwirkende in den einschlägigen Delikten existieren.¹¹⁹ Zumindest wäre ein gemeinsames Rechtsgut für eine teleologische Auslegung alleine wohl zu abstrakt, um brauchbar zu sein.¹²⁰

Die besseren Argumente sprechen für Beachtung der Rechtsgüter der §§ 331 ff. StGB.¹²¹ *Lenckner* merkt richtigerweise an, dass die Existenz von Legaldefinitionen nur zur Übernahme in die einschlägigen Delikte zwingt, aber nicht zur undifferenzierten inhaltlichen Anwendung.¹²² Dies bedeutet aber, dass die den Begriff definierenden Merkmale dort nicht anders als sonst im Licht des Normzusammenhangs gesehen werden müssen, in dem sie verwendet werden. Bei der Umsetzung gesetzlich definierter Begriffe müssen somit auch alle Auslegungsarten, wie auch die teleologische, möglich sein. Auch unter Annahme eines gemeinsamen Rechtsguts aller Amtsdelikte ist für diese kennzeichnend,¹²³ dass sie neben dem gemeinsamen Rechtsgut zumindest ein weiteres spezielleres Rechtsgut des jeweiligen Amtsdelikts schützen.¹²⁴ Daher muss auch das jeweilige spezielle Rechtsgut mit dem oben Gesagten bei der Auslegung der Merkmale des § 11 I Nr. 2c StGB berücksichtigt werden. Eine solche „Relativität der Rechtsbegriffe“ findet sich nicht nur bei § 11 I Nr. 2c StGB, sondern auch bei einem Vergleich der unterschiedlichen Bedeutung des persönlichen Merkmals in § 14 und § 28 StGB.¹²⁵ Die Ergebnis-

¹⁰⁵ MK-Radtke (Fn. 33), § 11, Rn. 41, 55; *ders.* NStZ 2007, 57, 60; SK-Rudolphi/Stein (Fn. 104), § 11, Rn. 30a; *Zwiehoff*, in: FS für Herzberg (Fn. 104), S. 155, 157 ff.; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 74), § 11, Rn. 20 ff.; *Zieschang* StV 2009, 74, 76; *Bernsmann* StV 2005, 685, 691; *ders.* StV 2009, 308, 310; *Leimbrock* (Fn. 89), S. 115 ff.
¹⁰⁶ NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 41; *ders.*, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 942; *Krehl* StV 2005, 325, 326; *Bernsmann* StV 2005, 685, 690; *Zwiehoff*, in: FS für Herzberg (Fn. 104), S. 155, 157 ff.; *Zieschang* StV 2009, 74, 76; *Bernsmann/Gatzweiler*, Verteidigung in Korruptionsfällen (2008), Rn. 33, 48; *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 95 ff.
¹⁰⁷ *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 91 f.
¹⁰⁸ BVerfG NJW 2010, 3209, 3211 = HRRS 2010 Nr. 656.
¹⁰⁹ *Greeve* (Fn. 24), Rn. 174.
¹¹⁰ *Krehl* StV 2005, 325, 326.
¹¹¹ Das BVerfG hat in seinem Beschluss zur Bestimmtheit von § 266 StGB das Präzisierungsgebot dahingehend konkretisiert, dass die Rechtsprechung in besonderer Weise angehalten sei, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen, BVerfG NJW 2010, 3209, 3211. Zusätzlich enthaltene Art. 103 II GG die Vorgabe an die Gerichte, nicht durch fernliegende Interpretation oder konturenloses Normverständnis bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen, BVerfG NJW 2010, 3209, 3211. Siehe hierzu *Saliger* NJW 2010, 3195, 3196, der von einem „allgemeinen Rechtsunsicherheitsminimierungsgebot“ spricht.
¹¹² Ausführliche Darstellung bei *Noltensmeier* (Fn. 20), 84 ff. und *Bernsmann/Gatzweiler* (Fn. 106), Rn. 38 ff.
¹¹³ Ablehnend BGHSt 49, 214, 219 ff.; bejahend BGHSt 52, 290, 293 ff. Jüngst wieder bejaht für die DB Netz AG, BGH NStZ 2011, 394, 394 f.
¹¹⁴ Statt vieler *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil (2010), § 1, Rn. 6.

¹¹⁵ BGHSt 43, 214, 377; 49, 214, 227; BGH NJW 2004, 693, 695; BGH NJW 2007, 2932, 2934.
¹¹⁶ So wohl *Lackner/Kühl* (Fn. 40), § 11, Rn. 1; i. E. auch SK-Rudolphi/Stein (Fn. 104), § 11, Rn. 11, *Bernsmann* StV 2005, 685, 690; *Bernsmann/Gatzweiler* (Fn. 106), Rn. 5; *Welp*, in: FS für Lackner (Fn. 33), S. 761, 771.
¹¹⁷ Die Frage nach der „innerstrafrechtlichen Relativität“ kann wohl als Grundsatzfrage aller Legaldefinitionen des allgemeinen Teils angesehen werden, vgl. *Traumann* (Fn. 90), S. 86.
¹¹⁸ Ausführlich zum gemeinsamen Rechtsgut der Amtsdelikte, *Heinrich* (Fn. 36), S. 209 ff.
¹¹⁹ *Welp*, in: FS für Lackner (Fn. 33), S. 761, 771 m. w. N.
¹²⁰ *Bernsmann/Gatzweiler* (Fn. 106), Rn. 5; i. E. auch *Heinrich* (Fn. 36), S. 311.
¹²¹ *Lenckner* ZStW 1994, 502, 507 f.; *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 111; *Traumann* (Fn. 90), S. 108; *Weiser* NJW 1994, 968, 969; i. E. wohl auch NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 3; *ders.* NJW 2006, 3377, 3380.
¹²² *Lenckner* ZStW 1994, 502, 508.
¹²³ *Heinrich* (Fn. 36), S. 311; diesem folgend *Leimbrock* (Fn. 89), S. 18 f.
¹²⁴ *Heinrich* (Fn. 36), S. 311.
¹²⁵ So die herrschende Meinung, siehe nur *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 74), § 14, Rn. 8.

überprüfung bezüglich des Vorliegens staatlicher Steuerung anhand der von §§ 331 ff. StGB geschützten Rechtsgüter ist somit zulässig und sinnvoll.¹²⁶

cc) Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit

Auch wenn im bisher einzigen Urteil zu den PPPs dieses Merkmal nicht angesprochen wurde, besteht auch hier die Möglichkeit der Berücksichtigung durch den BGH. Erscheint ein privatrechtlich strukturiertes Unternehmen nicht als Teil der Staatsverwaltung, weil eine Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht mehr deutlich wird, entfalle auch angesichts der von §§ 331 ff. StGB geschützten Rechtsgüter das Bedürfnis nach einer Ahndung gem. §§ 331 ff. StGB.¹²⁷ Die Berücksichtigung des Erscheinungsbildes in der Öffentlichkeit sieht sich zu Recht erheblicher Kritik ausgesetzt.¹²⁸ Bedenkenswert ist insbesondere, dass die Bestimmung des Erscheinungsbildes nicht empirisch erfolgt, sondern Ergebnis allgemeiner Plausibilitätserwägungen des jeweiligen Richters und dessen Verständnis von der Wahrnehmung der Öffentlichkeit ist.¹²⁹ Wie *Sinner* richtig bemerkt, wird so eine lediglich plausible Erwägung zu einer rechtlichen Wertung hochgestuft.¹³⁰ Bei einer solchen Argumentationskette besteht die Gefahr eines Zirkelschlusses, weil der BGH aus den Rechtsgütern der §§ 331 ff. StGB ableitet, was eigentlich zuerst bei der Prüfung des Amtsträgerbegriffs zu begründen gewesen wäre.¹³¹ Das Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit trägt somit nicht zu mehr Rechtssicherheit und Bestimmtheit bei, sondern erzeugt vielmehr Unsicherheit aufgrund der Gefahr willkürlicher Handhabung durch den Richter.¹³²

dd) Zwischenergebnis

Die Kritikpunkte an der Gesamtbetrachtung bezüglich des Bestimmtheitsgebots und die Berücksichtigung des Erscheinungsbildes in der Öffentlichkeit sind berechtigt. Der Ergebnisüberprüfung im Lichte der Rechtsgüter der §§ 331 ff. StGB hingegen ist zuzustimmen. Bestehen schon erhebliche juristische Zweifel bei der Amtsträgerprüfung im Rahmen der Gesamtbetrachtung, kann man in solchen Fällen nicht davon sprechen, dass das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität von Trägern staatlicher Funktionen tangiert ist.

¹²⁶ Die Annahme *Noltensmeiers* geht fehl, wenn sie dem BGH unterstellt die Wahrnehmung der Öffentlichkeit bezüglich der staatlichen Steuerung sei vordergründig entscheidend und nicht das tatsächliche Vorliegen derselben, *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 114. Ein solches „zweistufiges Konzept“ widerspricht der vom BGH vorgenommenen Gesamtbetrachtung.
¹²⁷ BGH NJW 2007, 2932, 2934.
¹²⁸ NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 41; *Dölling* JR 2008, 171, 173; *Sinner* HRRS 2008, 327, 330.
¹²⁹ NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 41; a.A. wohl *Hellmann* wistra 2007, 281, 283.
¹³⁰ *Sinner* HRRS 2008, 327, 330.
¹³¹ So auch *Sinner* HRRS 2008, 327, 330; *Dölling* JR 2008, 171, 173; vgl. auch *Grube* StraFO 2008, 167, 167, der zutreffend von einem „Beinahe-Zirkelschluss“ des Senats ausgeht, da die Beantwortung einer Rechtsfrage von einem faktischen Befund abhängig gemacht wird.
¹³² Vgl. NK-Saliger (Fn. 22), § 11, Rn. 41; *ders.*, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 942.

c) Alternative Lösungsansätze im Schrifttum

aa) Ausdehnung des Amtsträgerbegriffs nach § 11 I Nr. 2c StGB bei Radtke

Radtke lehnt das Merkmal der staatlichen Steuerung ab, da es weder im Rahmen der Organisationsprivatisierung noch bei der PPP sachgerecht sei.¹³³ Als Argumente führt *Radtke* an, dass der Wortlaut ein Hineinlesen des Merkmals staatlicher Steuerung verbiete und eine Restriktion über das Merkmal der öffentlichen Aufgaben erzielt werden müsse.¹³⁴ Ferner sei einer historischen Auslegung von § 11 I Nr. 2c StGB die Notwendigkeit einer staatlichen Steuerung nicht zu entnehmen, da es auf die Organisationsform nicht ankomme. Über die staatliche Steuerungskäme der Organisationsform aber indirekt wieder Bedeutung zu.¹³⁵ Es komme vielmehr auf die öffentliche Natur der Aufgabe an, die nur dann zu verneinen sei, wenn der Staat sich von der Erfüllung der Aufgabe vollständig zurückgezogen habe (Aufgabenprivatisierung). Die Art der Privatisierung sei somit entscheidend. *Radtke* stuft die PPP zuerst als funktionale Privatisierung ein, betont dann aber die Zwitterstellung zwischen formeller und materieller Privatisierung. Dieser Zwitterstellung zufolge soll eine Amtsträgereigenschaft nicht *a limine* ausgeschlossen sein. Die gesellschaftlichen Verhältnisse, die nach dem BGH bei der staatlichen Steuerung relevant sind, könnten daher nur bei der Abgrenzung zwischen verbleibender öffentlicher Aufgabe und rein erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit Berücksichtigung finden. Die Beteiligung des Staates an einem Privatrechtssubjekt, das „traditionell“ öffentliche Aufgaben wie Daseinsvorsorge wahrnehme, spiegle sein weiteres Interesse an der Erfüllung der Aufgabe als öffentliche wieder. Ist dieses Interesse nachweisbar, liege weiterhin eine öffentliche Aufgabe und zugleich eine sonstige Stelle vor.

Radtkes Vorschlag kann nicht überzeugen bzw. erscheint holzschnittartig. Die alleinige Akzentuierung der öffentlichen Aufgabe macht das Merkmal der sonstigen Stelle obsolet, was im Konflikt zum Verschleifungsverbot¹³⁶ steht. Wie gezeigt, ist das Verfolgen eines öffentlichen Zwecks –zumeist auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge – Zulässigkeitsvoraussetzung für die Gründung einer PPP.¹³⁷ Da PPPs daher regelmäßig auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge tätig sind, läge regelmäßig eine „traditionelle“ öffentliche Aufgabe vor. Nach *Radtke* wären somit faktisch alle PPPs sonstige Stellen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen und deren Mitarbeiter Amtsträger nach § 11 I Nr. 2c StGB sind. Die PPP nimmt aber gerade eine Zwitterstellung zwischen materieller und formeller Privatisierung ein, der es auch aus strafrechtlicher Sicht gerecht zu werden gilt. Pauschale Lösungen verbieten sich hier schon unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit im Sinne des Art. 103 II GG, da der, eine

¹³³ MK-*Radtke* (Fn. 33), § 11, Rn. 40, 55; *ders.* NStZ 2007, 57, 59.
¹³⁴ *Radtke* NStZ 2007, 57, 60.
¹³⁵ *Radtke* NStZ 2007, 57, 60.
¹³⁶ BVerfG NJW 2010, 3209, 3211.
¹³⁷ Eine öffentliche Aufgabe liegt aufgrund der Zulässigkeitsvoraussetzungen der PPP nach hier vertretener Ansicht regelmäßig vor, sodass dieses Merkmal nicht zur Restriktion dienen kann, siehe unter (0.).

weite Auslegung zulassende, Anwendungsbereich des § 11 I Nr. 2c StGB eingeschränkt und nicht ausgedehnt werden soll.

bb) Rückkehr zur organisatorischen Betrachtung nach Zwiehoff und Rausch

Teile der Literatur wollen in Abkehr von einer funktionalen Betrachtungsweise hin zu einer rein organisatorischen Betrachtung. *De lege ferenda* soll gegen den insoweit eindeutigen Wortlaut des § 11 I Nr. 2c StGB bei Kapitalgesellschaften nie eine Amtsträgereigenschaft vorliegen.¹³⁸ Zur Begründung wird unter anderem auf die Ansicht des BGH im 38. Band der amtlichen Sammlung verwiesen,¹³⁹ die aufgrund ihrer vermeintlichen organisatorischen Betrachtungsweise auf vielfache Kritik gestoßen ist.¹⁴⁰ Hierbei wird aber nicht berücksichtigt, dass auch in dieser Entscheidung ausdrücklich Ausnahmen zugelassen werden und eine Amtsträgereigenschaft von Mitarbeitern privatrechtlich organisierter Unternehmen nicht strikt ausscheidet.¹⁴¹ Eine rein organisatorische Betrachtung lag der Rechtsprechung nicht zugrunde und sie ist mit dem geltenden Recht nicht vereinbar.¹⁴²

cc) Beschränkung auf Beliehene nach Zieschang und Bernsmann

Andere wollen den § 11 I Nr. 2c StGB bei Privatrechtssubjekten stets auf Beliehene beschränken.¹⁴³ Nach *Zieschang* müsse für den Normadressaten deutlich werden, dass ihn strafbewehrte Verhaltenspflichten treffen, was nur durch den Hoheitsakt bei der Übertragung geschehe.¹⁴⁴ *Bernsmann* plädiert für eine Abkehr vom funktionalen hin zu einem formalen Amtsträgerbegriff.¹⁴⁵ In Kapitalgesellschaften käme eine „Amtsträgereigenschaft“ nur für Beamte nach § 11 I Nr. 2a StGB, als Beliehene oder besonders Verpflichtete gem. § 11 I Nr. 4 StGB in Betracht. Nach *Zieschang* und *Bernsmann* lasse sich nur so der An-

wendungsbereich im Sinne von Art. 103 II GG hinreichend bestimmen und die gebotene Rechtsklarheit schaffen.

Zieschang stellt maßgeblich auf die Warnfunktion einer hoheitlichen Übertragung für den Normadressaten ab. Die Warnfunktion bei § 11 I Nr. 2c StGB kommt nach überwiegender Ansicht dem Merkmal der Bestellung zu.¹⁴⁶ Warum eine Warnfunktion aber nur bei der Beleihung vorliegen soll, wird nicht dargelegt. *Bernsmann* führt als weiteres Argument für ein formales Verständnis die Befreiung von der Verwaltungsrechtsakzessorietät an, um sich den unübersichtlichen Gestaltungsformen der Privatisierung zu verweigern.¹⁴⁷ Dies gleicht einer Kapitulation des Strafrechts angesichts dieser neuen Entwicklungen, die es vielmehr zu bewältigen gilt.¹⁴⁸ Es bestünde zudem die Gefahr, dass die Verwaltung mit der Gründung von PPPs – unter Minderheitsbeteiligung Privater – „Amtsträger-Reduktion“ betreiben könnte und allein die privatrechtliche Organisationsform den Anwendungsbereich von § 11 I Nr. 2c StGB indirekt einschränken könnte.

dd) Zwischenergebnis

Die Lösungsansätze des Schrifttums können nicht überzeugen; zum einen werden sie der PPP-Problematik nicht gerecht, zum anderen sind sie mit dem eindeutigen Wortlaut nicht vereinbar.¹⁴⁹ Im Ausgangspunkt erscheint die Rechtsprechung mit ihrer Gesamtbetrachtung sinnvoll, sie bedarf insbesondere für die PPP-Sachverhalte aber der weiteren Konkretisierung bzw. Eingrenzung.

d) Staatliche Steuerung bei der PPP

Auf eine Besonderheit der PPP reagiert der BGH in seinem Urteil zum „Kölner Müllfall“ zumindest insoweit, als dass er einen Erst-Recht-Schluss zieht. Wenn schon die Alleininhaberschaft kein hinreichendes Kriterium für eine staatliche Steuerung sei, gelte dies erst recht, wenn Private an einem Unternehmen beteiligt sind. Der 5. Senat führt weiter einen Vergleich zur vergaberechtlichen Situation der PPP sowie zum Konzernrecht an. Aufgrund der Einzelfallbetrachtung des BGH lassen sich aber keine generellen Aussagen für weitere PPP-Sachverhalte ableiten. Vielmehr wird von Teilen des Schrifttums eine stärkere Einbeziehung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen für die Frage der staatlichen Steuerung gefordert.¹⁵⁰ Außerstrafrechtlichen Regelungen können zwar nicht pauschal auf das Strafrecht übertragen werden, eine

¹³⁸ *Zwiehoff*, in: FS für Herzberg (Fn. 104), S. 155, 165 f.; so wohl auch *Rausch*, Die Bestellung zum Amtsträger (2007), S. 85 ff.; i. E. ähnlich *Leimbrock* (Fn. 89), S. 140 ff., nach dem gemischt-wirtschaftliche Unternehmen grundsätzlich keine sonstige Stellen sind. Hauptargument ist hier zwar die Grundrechtsfähigkeit der PPP, diese Lösung ist mit der Irrelevanz der Organisationsform, aber ebenso unvereinbar, wie die von *Zwiehoff* und *Rausch*. Eine Nennung in diesem Kontext scheint somit sachgerecht.

¹³⁹ *Zwiehoff*, in: FS für Herzberg (Fn. 104), S. 155, 165, die wohl nur versehentlich von der „GTZ“-Entscheidung spricht, aber auf BGHSt 38, 199 verweist und diese auch zu meinen scheint.

¹⁴⁰ Siehe nur *Ossenbühl* JR 1992, 473.

¹⁴¹ BGHSt 38, 199, 203 f.

¹⁴² Siehe auch *NK-Saliger* (Fn. 22), § 11, Rn. 41. Wenn die Gesetzesbegründung zu § 11 I Nr. 2c StGB n.F. und einer funktionalen Betrachtungsweise nur von einer Klarstellung dessen spricht, was bereits zuvor galt, kann dies aber ebenfalls nicht überzeugen, BT-Drucks. 13/5584, S. 12. Wie *Noltensmeier* richtig bemerkt, gab es vor der Entscheidung BGHSt 38, 199 wohl keine Auseinandersetzung mit dem Problem, ob Mitarbeiter der Organisationsprivatisierung Amtsträger sein können, *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 79 ff.

¹⁴³ *Zieschang* StV 2009, 74, 76; i. E. auch *Bernsmann* StV 2009, 308, 310.

¹⁴⁴ *Zieschang* StV 2009, 74, 76.

¹⁴⁵ *Bernsmann* StV 2009, 308, 310.

¹⁴⁶ *Rausch* (Fn. 138), S. 144 f.; *Dingeldey* NStZ 1984, 503, 504; *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 386; a.A. *MK-Radtke* (Fn. 33), § 11, Rn. 63.

¹⁴⁷ *Bernsmann* StV 2009, 308, 311.

¹⁴⁸ Die Verweigerung *Bernsmanns* verwundert um so mehr, als selbiger das Hinterherhinken des Strafrechts hinter gesellschaftlichen und ökonomischen Entwicklungen einst beanstandet hat und sich als erster mit dem Problem der PPP aus strafrechtlicher Sicht beschäftigt hat, *Bernsmann* StV 2005, 685, 685.

¹⁴⁹ Kritik auch bei *NK-Saliger* (Fn. 22), § 11, Rn. 41.

¹⁵⁰ *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 168 ff., 204 ff., 213 ff.; *NK-Saliger* (Fn. 22), § 11, Rn. 41; *ders.*, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 943 ff.; *Krehl* StV 2005, 325, 327; *Rübenstahl* NJW 2008, 3727, 3727; a.A. BGHSt 52, 290, 299.

etwaige staatliche Steuerung kann aber auch nicht losgelöst von den rechtlichen Grundlagen der PPP erfolgen. Vor diesem Hintergrund scheint das *obiter dictum* des 3. Senats, wonach sich ein vorrangiges Abstellen auf die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung von Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten verbiete, zweifelhaft.¹⁵¹ Leitfrage für diese Analyse ist, ob sich die Gesamtbetrachtungslehre dahingehend konkretisieren lässt, dass für PPPs ein Regel-Ausnahme-Verhältnis statuiert werden kann. Wenn schon die Bejahung der Behördenäquivalenz bei der Organisationsprivatisierung nicht die Regel darstellt,¹⁵² liegt dies bei PPPs aufgrund der privaten Beteiligung und der größeren Nähe zu rein privaten Unternehmen wohl noch ferner.

aa) Steuerungspflichten und -möglichkeiten bei der PPP

Für die Bewertung der staatlichen Steuerung bei PPPs ist zuerst eine Darstellung der Mindestvorgaben und Möglichkeiten der Einflussnahme seitens der öffentlichen Hand sinnvoll. Hierfür müssen die verwaltungs- und gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für den Betrieb einer PPP untersucht werden, was Hinweise auf die Einflussmöglichkeiten bzw. die staatliche Steuerung geben kann.¹⁵³

(2) Ingerenzpflicht der öffentlichen Hand

Nach der Ingerenzpflicht muss staatlichen Entscheidungsträgern in einer PPP eine hinreichende Kontrolle über die Aufgabenerfüllung zustehen. Über das „ob“ dieser Pflicht herrscht Einigkeit, fraglich ist „wie“ diese Pflicht im Einzelnen erfüllt werden muss.¹⁵⁴ Auf erster Stufe sollte die öffentliche Aufgabenerfüllung in die Gesellschaftssatzung aufgenommen werden.¹⁵⁵ Zusätzlich müssen konkrete Einflussmöglichkeiten der öffentlichen Hand existieren. Die Gemeindeordnungen der Länder enthalten zwar regelmäßig Weisungsrechte des Gemeinderates gegenüber ihren kommunalen Vertretern in privatrechtlich organisierten Gesellschaften, um so der Ingerenzpflicht nachzukommen.¹⁵⁶ Es ist aber zweifelhaft, ob diese bei PPP-Sachverhalten verbindlich und ausreichend sind.¹⁵⁷ Anders als bei der formellen Privatisierung müssen hier auch die Interessen der beteiligten Privaten berücksichtigt werden.

¹⁵¹ BGHSt 52, 290, 299; kritisch *Rübenstahl* NJW 2008, 3727, 3727; offen lassend BGH NStZ 2011, 394, 395.

¹⁵² Verneinend: BGHSt 38, 199, 204; 45, 16, 16; 46, 310, 310; 49, 214, 214; BGH NJW 2007, 2932, 2932. Bejahend: BGHSt 43, 370, 375; 52, 290, 292; BGH NJW 2001, 3062, 3062; BGH NJW 2004, 693, 695; BGH NStZ 2007, 211, 212; BGH NStZ 2011, 394, 394 f.

¹⁵³ Zur vorgelagerten Frage, ob im Kollisionsfall das Gesellschaftsrecht vor dem Verwaltungsrecht Vorrang hat, siehe BGHZ 36, 296, 304 ff.; 69, 334, 340; *Hüffer*, AktG, 9. Aufl. (2010), § 394, Rn. 2a m. w. N.; *Habersack* ZGR 1996, 544, 555 m. w. N.

¹⁵⁴ Auch der 2009 vom Bundestag beschlossene, aber der Diskontinuität unterliegende, Gesetzesentwurf ÖPP-Vereinfachungsgesetz, enthält zum „wie“ der Einflussmöglichkeiten keine Angaben, BT-Drucks. 16/12283, S. 3.

¹⁵⁵ *Von Danwitz* AöR 120 (1995), 595, 605; *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 172.

¹⁵⁶ *Strobel* DVBl. 2005, 77, 78 m. w. N.

¹⁵⁷ *Kiethe* NZG 2006, 45, 49.

(2) Einflussnahmemöglichkeiten am Beispiel des Weisungsrechts des Gemeinderates

Das zentrale Steuerungs- bzw. Einwirkungsinstrument¹⁵⁸ ist das Weisungsrecht des Gemeinderates gegenüber seinen kommunalen Vertretern, die für die Hauptversammlung und den Aufsichtsrat einer AG, die Gesellschafterversammlung und den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH einer GmbH zu bestellen sind.¹⁵⁹ Diese Vertreter sind nach den Gemeindeordnungen weisungsgebunden.¹⁶⁰ Fraglich ist aber, ob Weisungsrechte innerhalb der PPP überhaupt durchsetzbar sind.

Bei kommunalen Vertretern in Aufsichtsräten muss zwischen der AG und der GmbH unterschieden werden. Der obligatorische Aufsichtsrat einer AG ist ein unabhängiges Überwachungsorgan, dessen Mitglieder mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Kaufmanns tätig sind (§§ 116, 93 AktG) und ausschließlich dem Wohl der Gesellschaft verpflichtet sind. Sie sind daher an Weisungen Dritter nicht gebunden, sondern entscheiden in eigener Verantwortung, § 111 V AktG. Zur Geschäftsführung ist der Aufsichtsrat nicht befugt, ihm kann aber für bestimmte Arten von Geschäften ein Zustimmungsrecht eingeräumt werden, § 111 IV AktG. Bei einer GmbH ist ein Aufsichtsrat regelmäßig fakultativ,¹⁶¹ wird bei PPPs zur Überwachung der Geschäftsführung aber angeraten.¹⁶² Grundsätzlich gelten hier die aktienrechtlichen Regelungen, wobei bei einer GmbH aufgrund der fehlenden Satzungsstrenge hiervon abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden können, § 52 I GmbHG. Beispielsweise können sämtliche Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH kommunale Vertreter sein.¹⁶³ Auch eine Weisungsgebundenheit lässt sich für Aufsichtsratsmitglieder festsetzen.¹⁶⁴

Kommunale Vertreter im Aufsichtsrat sind folglich in der Regel weder berechtigt noch verpflichtet, Weisungen der Gemeinde zu folgen.¹⁶⁵ Zumindest kommunalen Vertretern im Aufsichtsrat einer AG können somit nur Ratschläge erteilt werden, aber keine direkten Weisungen. Eigenverantwortliche, am Unternehmensinteresse ausgerichtete Entscheidungen können, aber müssen nicht mit den Weisungen des Gemeinderates übereinstimmen. Anderes gilt nur für eine GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat, dessen Mitglieder nach dem Gesellschaftsvertrag an Weisungen des Gemeinderates gebunden sind.¹⁶⁶ Die Grenze des Weisungsrechts markiert aber jedenfalls

¹⁵⁸ Als weitere relevante Steuerungsmerkmale werden Berichtspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber dem öffentlichen Träger und Anschluss- und Benutzungszwang diskutiert, denen im Ergebnis aber keine Indizwirkung für das Vorliegen einer staatlichen Steuerung nach § 11 I Nr. 2c StGB zukommt, siehe hierzu ausführlich, *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 184 ff.

¹⁵⁹ *Strobel* DVBl. 2005, 77, 78; vgl. auch *Storr* (Fn. 39), S. 79.

¹⁶⁰ *Strobel* DVBl. 2005, 77, 78 m. w. N.

¹⁶¹ Ausnahmsweise ist ein obligatorischer Aufsichtsrat unverzichtbar, wenn § 6 I MitbestG 1976, § 77 I S. 1 BetrVG 1952 dies vorsehen.

¹⁶² *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 183 m. w. N.

¹⁶³ *Strobel* DVBl. 2005, 77, 80.

¹⁶⁴ *Strobel* DVBl. 2005, 77, 81.

¹⁶⁵ *Strobel* DVBl. 2005, 77, 80.

¹⁶⁶ *Strobel* DVBl. 2005, 77, 81.

das durch den Gesellschaftszweck konkretisierte Wohl der Gesellschaft, welchem alle Gesellschafter aufgrund ihrer Treuepflicht nicht zuwider handeln dürfen.¹⁶⁷

Die Hauptversammlung der AG hat in Sachen Geschäftsführung grundsätzlich keine Befugnisse (§ 119 II AktG), da die Gesellschaft vom Vorstand in eigener Verantwortung geleitet wird, § 76 I AktG. Weisungsrechte können hier nicht durchgesetzt werden. Bei einer GmbH hingegen können nach §§ 37 I, 38 I, 45 I GmbHG Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung direkt gegenüber der Geschäftsführung durchgesetzt werden, wenn dies im Gesellschaftsvertrag festgelegt ist.¹⁶⁸

Das Weisungsrecht des Gemeinderats ist als Steuerungsinstrument nur bedingt tauglich, da es zu Konflikten kommen kann, wenn die erteilte Weisung nach Überzeugung des Vertreters nicht auch dem Wohle der Gesellschaft dient. Konflikte lassen sich hier aber verringern, wenn andere Zwecke als die bloße Gewinnerzielung als Gesellschaftszweck im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden.¹⁶⁹ Da PPPs als Zulässigkeitsvoraussetzung einen öffentlichen Zweck verfolgen müssen, können Konflikte so wohl reduziert werden. Auch bei der GmbH, die anders als die AG wirksame Weisungsrechte grundsätzlich zulässt, scheint es unwahrscheinlich, dass umfassende Weisungsrechte, die die ganze PPP betreffen, im Gesellschaftsvertrag bestehen. Der beteiligte Private wird auf seine Einwirkungsmöglichkeiten wohl kaum gänzlich verzichten. Somit wirkt auch hier das Weisungsrecht höchstens mittelbar steuernd.

(3) Zwischenergebnis

Weisungsrechte des Gemeinderates sprechen demnach nicht für eine staatliche Steuerung.

bb) Relevanz konzernrechtlicher Beherrschungsverhältnisse nach § 17 AktG für die Frage der Behördenäquivalenz?

Der BGH hat in zwei Entscheidungen die Relevanz aktienrechtliche Beherrschungsverhältnis für die Behördenäquivalenz thematisiert.¹⁷⁰ Das Konzernrecht ist nach herrschender Meinung auf die öffentliche Hand anwendbar, sodass diese als Beteiligungsträger des privaten Unternehmens unter den Unternehmensbegriff nach § 15 AktG fallen kann, also konzernrechtlich herrschendes Unternehmen sein kann.¹⁷¹ Auch PPPs unterliegen nach überwiegender Ansicht dem Konzernrecht.¹⁷² Die öffentliche Hand hat bei einer Mehrheitsbeteiligung, einer faktischen Beherrschung oder bei Abschluss eines Beherrschungsvertrages nach § 291 AktG weitreichende Einflussrechte auf eine PPP, sodass fraglich ist, ob daraus

¹⁶⁷ Oebbecke in Hoppe/Uechtritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. (2007), § 9, Rn. 45; Noltensmeier (Fn. 20), S. 184 m. w. N.

¹⁶⁸ Strobel DVBl. 2005, 77, 79.

¹⁶⁹ Hoppe/Uechtritz-Oebbecke (Fn. 167), § 9, Rn. 45.

¹⁷⁰ BGHSt 49, 214, 225; 50, 299, 305.

¹⁷¹ BGHZ 69, 334, 337; Hüffer, AktG (Fn. 153), § 15, Rn. 13 f. m. w. N.

¹⁷² Vgl. ausführlich Hoppe/Uechtritz-Siegels (Fn. 167), § 13, Rn. 27 ff.

eine Behördenäquivalenz nach § 11 I Nr. 2c StGB folgt. Hier muss zwischen faktischem und vertraglichem Herrschaftsverhältnis unterschieden werden. Die Befugnis zum Abschluss eines Beherrschungsvertrages ist hinsichtlich der vorgeschriebenen Haftungsbegrenzung nach § 65 BHO und dem entsprechendem Kommunalrecht für die zulässige wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zweifelhaft, da das herrschende Unternehmen Verlustübernahmepflichten gemäß § 302 AktG treffen.¹⁷³ Bei einer faktischen Konzernierung besteht diese Verlustübernahmepflichten analog § 302 AktG,¹⁷⁴ sodass sich hier dasselbe Problem ergibt. Darüber hinaus gilt dies auch für das GmbH-Konzernrecht.¹⁷⁵ Einziger Unterschied besteht beim vertraglichen Herrschaftsverhältnis im eingeschränkten Weisungsrecht, sodass trotz Nachteilsausgleich diesem nicht Folge geleistet werden muss.

Unabhängig von den Bedenken bezüglich der Haftungsbeschränkung, die ein zumindest eingeschränktes Konzernierungsverbot für die öffentliche Hand nahelegen, scheint auch bei voller Geltung des Konzernrechts eine staatliche Steuerung zweifelhaft. Vielmehr sprechen die Verlustausgleichspflichten des herrschenden Unternehmens, hier des öffentlichen Beteiligungsträgers, gegen eine Behördenäquivalenz, da das Konzernrecht insbesondere das beherrschte Unternehmen vor Ausbeutung durch das herrschende Unternehmen schützen soll.¹⁷⁶ Durch die konzernrechtlichen Regelungen werden gerade Minderheiten, wie bei der PPP der private Beteiligte, geschützt, sodass eine vollständige Durchsetzung öffentlicher Interessen wohl nicht möglich ist.¹⁷⁷ Das Konzernrecht verfolgt hier einen anderen Zweck, nämlich den Schutz des beherrschten Unternehmens und nicht dessen völlige „Beherrschung“. Ein Indiz für eine staatliche Steuerung lässt sich aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen des Aktienrechts und des Strafrechts aus einem Beherrschungsverhältnis folglich nicht herleiten.

cc) Vergabe- und Wettbewerbsrechtlicher Vergleich als Indiz für staatliche Steuerung?

(1) Vergaberechtlicher Vergleich

Der 5. Senat führt im „Kölner Müllfall“ einen Vergleich zum Vergaberecht an, um eine behördenähnliche Steuerung abzulehnen.¹⁷⁸ Ausgangspunkt war, ob die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand an PPPs vergaberechtsfrei ist. Lange war umstritten, ob die vom EuGH in der „Teckal“-Entscheidung¹⁷⁹ entwickelte Rechtsfigur des „In-

¹⁷³ Hoppe/Uechtritz-Oebbecke (Fn. 167), § 8, Rn. 51 m. w. N.; a.A. Raiser ZGR 1996, 458, 473 f. m. w. N., der unter Befürwortung einer beherrschbaren Verlustausgleichspflicht diese Problematik zu lösen versucht.

¹⁷⁴ Raiser ZGR 1996, 458, 463; Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. (2006), S. 433.

¹⁷⁵ Hoppe/Uechtritz-Siegels (Fn. 167), § 13, Rn. 211.

¹⁷⁶ Raiser ZGR 1996, 458, 463.

¹⁷⁷ Stober NJW 1984, 449, 455.

¹⁷⁸ BGHSt 50, 299, 305. Jüngst wurde vom BGH wieder ein Vergleich zum Vergaberecht im Falle der Organisationsprivatisierung zur Bejahung einer sonstigen Stelle angeführt, BGH NStZ 2011, 394, 395.

¹⁷⁹ EuGH NZBau 2000, 90, 90 f.

house-Geschäfts“ auf PPP-Sachverhalte Anwendung findet.¹⁸⁰ Der EuGH forderte dort für eine vergaberechtsfreie Auftragsvergabe für Unternehmen der Organisationsprivatisierung staatliche Kontrolle von Auftraggeber über Auftragnehmer. Die staatliche Kontrolle wurde in der Rechtsprechung und der vergaberechtlichen Literatur zumeist anhand einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung ähnlicher Indizien ermittelt, wie bei der hier interessierenden strafrechtlichen Frage der staatlichen Steuerung.¹⁸¹ Der EuGH entschied diesen Streit jedoch in seiner „Stadt Halle“-Entscheidung.¹⁸² Die Auftragsvergabe an eine PPP kann nicht ausschreibungsfrei erfolgen. Allein die private Beteiligung sei entscheidend und nicht deren Umfang. Der Private verfolge andere Ziele als die Verwaltung und ihm komme eine gewisse Entscheidungsmacht zu. Bei einer PPP fehle es somit, anders als bei der Organisationsprivatisierung, am erforderlichen öffentlichen Bezug, der für eine staatliche Kontrolle nötig wäre.¹⁸³ Der vergaberechtliche Vergleich spricht demnach gegen das Vorliegen einer sonstigen Stelle.¹⁸⁴

(2) Wettbewerbsrechtlicher Vergleich

Der BGH berücksichtigt in seiner Gesamtbetrachtung, ob ein Unternehmen im Wettbewerb mit anderen steht.¹⁸⁵ Zu fragen ist folglich, ob die PPP wettbewerbsrechtlich mit rein privaten Unternehmen gleichgestellt ist. Unternehmen der formellen Privatisierung sowie die PPP unterliegen dem § 1 UWG,¹⁸⁶ sodass Konkurrenten grundsätzlich gegen PPPs mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts vorgehen können.¹⁸⁷ Dies spricht aus wettbewerbsrechtlicher Sicht für eine Nähe der PPP zum privaten Bereich, da sich die öffentliche Hand mit der Teilnahme am Wirtschaftsleben auf eine Ebene mit rein privaten Unternehmen ergibt.¹⁸⁸

¹⁸⁰ Dreher NZBau 2002, 245, 252 ff.

¹⁸¹ Vgl. Dreher NZBau 2002, 245, 252 ff.

¹⁸² EuGH NVwZ 2005, 187.

¹⁸³ EuGH NVwZ 2005, 187, 190.

¹⁸⁴ Bernsmann StV 2005, 685, 691; Noltensmeier (Fn. 20), S. 199; dies. StV 2006, 132, 134; so auch Saliger StV 2010, 219, 219; ders., in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 947 ff.; a.A. Radtke NStZ 2007, 57, 62, der eine Vergleichbarkeit aufgrund unterschiedlicher Zielsetzung von Vergabe- und Korruptionsvorschriften ablehnt. Dies kann nicht überzeugen, da es losgelöst vom jeweiligen Schutzzweck in beiden Fällen um staatliche Steuerung bzw. Behördenähnlichkeit geht.

¹⁸⁵ BGHSt 38, 199, 204.

¹⁸⁶ Storr (Fn. 39), S. 490 ff.

¹⁸⁷ Otting DVBl. 1997, 1258, 1263; Hoppe/Uechtritz-Lux (Fn. 167), § 10, Rn. 24 ff., weist auf die Einschränkung dieses Grundsatzes hin, wonach auf Streitigkeiten über die Einhaltung kommunaler Vorschriften das scharfe Wettbewerbsrecht nicht mehr angewandt werden kann.

¹⁸⁸ Hoppe/Uechtritz-Lux (Fn. 167), § 10, Rn. 9 ff., der aber darauf verweist, dass eine Wettbewerbshandlung stets Marktbezug aufweisen muss. Rein hoheitliche Tätigkeiten unterliegen somit nicht wettbewerbsrechtlicher Kontrolle. Handlungen dieser Art sind bei PPP aufgrund privater Beteiligung und privatrechtlicher Organisationsform aber wohl meistens nicht gegeben, vgl. Noltensmeier (Fn. 20), S. 203.

(3) Zwischenergebnis

Die vergabe- sowie wettbewerbsrechtliche Einordnung der PPP spricht gegen das Vorliegen einer staatlichen Steuerung.

dd) Art der Beteiligung

Fraglich ist, ob sich über die Art der Beteiligung eine Behördenäquivalenz begründen lässt. Dieser Ansatz untersucht somit zunächst die Form der Beteiligung und nicht die materiellen Einflussrechte des öffentlichen Partners.¹⁸⁹ Bei der Art der Beteiligung kann zum einen auf die Höhe der Beteiligungsquote abgestellt werden, zum anderen aber auch darauf, ob eine aktive oder passive Beteiligung vorliegt. Die Höhe der Beteiligungsquote ist wohl kein geeignetes Kriterium, eine tatsächliche Einflussnahme der öffentlichen Hand festzustellen. Diese kann trotz Mehrheitsbeteiligung des privaten Partners gering sein, sofern gesellschaftsrechtliche Regelungen wie beispielsweise Vetorechte vereinbart wurden.¹⁹⁰ Vielmehr scheint die Aktivität oder Passivität der Beteiligung von Bedeutung.¹⁹¹

(1) Abgrenzung zwischen aktiver und passiver Beteiligung nach Noltensmeier

Eine Differenzierung zwischen aktiver und passiver Beteiligung nimmt Noltensmeier vor, wenn sie im Anschluss an die Erwägungen des LG Köln die Gesamtbetrachtungslehre des BGH für PPP-Sachverhalte zu einem Regel-Ausnahme-Verhältnis weiterentwickelt.¹⁹² Das LG Köln verneinte grundsätzlich eine Behördenäquivalenz bei PPPs, deutete aber dennoch an, dass eine Ausnahme bei bloß passiver Beteiligung in Betracht komme. Das LG Köln geht in gesellschaftsrechtlicher Terminologie wohl von einer stillen Gesellschaft nach §§ 230 ff. HGB aus, wobei der private Mitgesellschafter in seinen Gesellschafterrechten derart eingeschränkt sei, dass er nur an Gewinn und Verlust beteiligt sei, aber keine relevanten Mitwirkungsrechte habe.¹⁹³ Noltensmeier entwickelt die vom LG Köln angedeutete Ausnahme jedoch weiter und untersucht sie vor dem Hintergrund verschiedener gesellschaftsrechtlicher Varianten der stillen Beteiligung, da jeweils unterschiedliche Kontroll- und Mitwirkungsrechte bestehen. Grundsätzlich wird im Gesellschaftsrecht zwischen typischer und atypischer stiller Gesellschaft differenziert. Die typische stille Gesellschaft entspricht den §§ 230 ff. HGB, sodass nur marginale Einflussmöglichkeiten bestehen.¹⁹⁴ Hier soll das Vorliegen einer sonstigen Stelle nicht per se ausgeschlossen sein, da der stille Gesellschafter hier nur als Geldgeber fungiere, aber we-

¹⁸⁹ Siehe hierzu Noltensmeier (Fn. 20), S. 204.

¹⁹⁰ Noltensmeier (Fn. 20), S. 207.

¹⁹¹ Noltensmeier (Fn. 20), S. 207 ff.; Saliger, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 950 ff.

¹⁹² Noltensmeier (Fn. 20), S. 204 ff., unter Bezugnahme auf LG Köln NJW 2004, 2173, 2173.

¹⁹³ LG Köln NJW 2004, 2173, 2173, das wohl die typische stille Gesellschaft meint.

¹⁹⁴ Im Speziellen sind Informations- sowie Kontrollrechte nach § 233 III HGB zu nennen. Weitergehende Rechte, die insbesondere die laufende Geschäftsführung betreffen, sind selbst per Gesellschaftsvertrag nicht möglich, vgl. Kübler/Assmann (Fn. 174), S. 114.

der Einfluss auf laufende Geschäfte noch Weisungsrechte habe. Solche PPPs seien mit der formellen Privatisierung gleichzusetzen, da auch hier die öffentliche Hand alleine den Betrieb und die Geschäftsführung leite.

Noltensmeier macht das Vorliegen einer sonstigen Stelle aber von weiteren Voraussetzungen abhängig.¹⁹⁵ So soll nur die Gesellschaftsform der GmbH in Betracht kommen, da diese im Gegensatz zur AG weitreichende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten, insbesondere durch die Satzungsfreiheit, der öffentlichen Hand zulasse. Außerdem müsse die Satzung neben der Zwecksetzung der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung weitreichende Einfluss- und Weisungsrechte auch auf die laufende Geschäftspolitik enthalten. Abschließend soll das Personal von Seiten des öffentlichen Trägers gestellt werden, um behördenähnliche Strukturen zu gewährleisten. Dies sei in der Praxis der Regelfall, da PPPs zumeist Aufgaben erledigen, die zuvor von einer öffentlichen Einrichtung erfüllt wurden. Aufgrund der Weiterbeschäftigungsverpflichtung des öffentlichen Trägers, sind in PPPs somit auch regelmäßig überwiegend Angestellte beschäftigt, die ehemals für den öffentlichen Träger gearbeitet haben. Bei kumulativem Vorliegen dieser Voraussetzungen soll regelmäßig eine sonstige Stelle vorliegen, sodass sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis insofern umkehrt. Die atypische Gesellschaft hingegen weiche von den § 230 ff. HGB ab und lasse eine Geschäftsführungsbeteiligung zu, die sogar zu einer Geschäftsführungsbefugnis des stillen Gesellschafters führen kann. Folglich sei bei der atypischen stillen Gesellschaft, wie bei einer sonstigen aktiven Beteiligung eines Privaten, das Vorliegen einer sonstigen Stelle gemäß § 11 I Nr. 2c StGB regelmäßig ausgeschlossen.

(2) Stellungnahme zu der von Noltensmeier vertretenen Ansicht

Der Ansatz über die Differenzierung zwischen aktiver und passiver Beteiligung die Gesamtbetrachtungslehre für PPP-Sachverhalte zu konkretisieren ist grundsätzlich überzeugend. Eine hinreichende staatliche Steuerung liegt zumindest dann nicht mehr vor, wenn sich der private Mitgesellschafter einer PPP aktiv und gestaltend beteiligt. Somit hat der BGH im „Kölner Müllfall“ mit Recht eine Behördenäquivalenz verneint, da der Private eine Sperrminorität für wesentliche unternehmerische Entscheidungen hatte. Zudem scheint eine Differenzierung bei der passiven Beteiligung sachgerecht, um hier nicht pauschal, entgegen der gesellschaftsrechtlichen Wirklichkeit, eine Behördenäquivalenz auszuschließen. Die generelle Verneinung einer Behördenäquivalenz bei der AG kann hingegen nicht überzeugen.¹⁹⁶ Auch wenn die Einflussmöglichkeiten, insbesondere über Weisungsrechte, in der AG aufgrund der Satzungsstrenge geringer sind als in einer GmbH und eine staatliche Steuerung daher seltener zu bejahen sein wird, kann sie nicht pauschal ausgeschlossen werden. Eine typische stille Beteiligung ist auch bei der AG möglich. Eine kategorische Verneinung einer sonstigen Stelle bei einer AG ist wohl auch mit dem Wortlaut des § 11 I Nr. 2c StGB nicht vereinbar, da es auf die Organisationsform gerade nicht ankommt.

¹⁹⁵ *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 213 ff.

¹⁹⁶ Wie hier *Saliger*, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 951.

e) Gesamtergebnis zur sonstigen Stelle

Die Gesamtbetrachtung der BGH-Rechtsprechung ist grundsätzlich billigenwert, muss für PPP-Sachverhalte aber in Form eines Regel-Ausnahme-Verhältnis, wie es das LG Köln und *Noltensmeier* überzeugend entwickelt haben, eingrenzend konkretisiert werden.

3. Bestellung

Nach § 11 I Nr. 2c StGB muss der Betroffene dazu bestellt sein, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen.¹⁹⁷

a) Rechtsprechung und die ihr folgende Literatur

Nach der Rechtsprechung des BGH und der herrschenden Lehre ist für die Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 I Nr. 2c StGB nach Wortlaut, Willen des Gesetzgebers¹⁹⁸ und zwecks Ausscheidung bloßer Funktionsanmaßung ein öffentlich-rechtlicher Bestellungsakt erforderlich.¹⁹⁹ Die Bestellung nach Nr. 2c kann im Gegensatz zu Nr. 4 formfrei erfolgen.²⁰⁰ Hierbei muss die öffentlich-rechtliche Bestellung aber von der privatrechtlichen Anstellung unterscheidbar sein.²⁰¹ Der 1. Strafsenat fordert daher, dass die Bestellung den Betroffenen entweder zu einer über den einzelnen Auftrag hinausgehenden längerfristigen Tätigkeit oder zu einer organisatorischen Eingliederung in die Behördenstruktur führt.²⁰² Nur so werde dem Normadressaten hinreichend deutlich, dass mit dem Auftrag bzw. der Anstellung strafbewehrte Verhaltenspflichten verbunden sind, was auch als Warnfunktion der Bestellung bezeichnet wird.²⁰³ Der 2. Strafsenat

¹⁹⁷ Vereinzelt wird vertreten, dass eine Bestellung bei § 11 I Nr. 2c 1. Alt. StGB entbehrlich sei, *Cantzler*, Strafrechtliche Auswirkungen der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben (2002), S. 93 f. Diese Ansicht ist abzulehnen, weil dies eine Auslegung *contra legem* darstellt und gegen Art. 103 II GG verstößt, vgl. *Leimbrock* (Fn. 89), S. 389 ff.

¹⁹⁸ Vgl. BT-Drucks. 7/550, S. 209.

¹⁹⁹ BGHSt 42, 230, 232; 43, 96, 105 f.; NK-*Saliger* (Fn. 22), § 11, Rn. 28; LK-*Hilgendorf* (Fn. 34), § 11, Rn. 34 ff.; *Lackner/Kühl* (Fn. 40), § 11, Rn. 6; a.A. *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 74), § 11, Rn. 20, 25, die eine streng funktionelle Betrachtungsweise vertreten; vgl. auch *Schramm* JuS 1999, 333, 335 ff.; *Haft* NStZ 1998, 29, 29 f.

²⁰⁰ BT-Drucks. 7/550, S. 209; BGHSt 52, 290, 299; BGH NStZ 2008, 87, 88 = HRRS 2007 Nr. 881; BGH NJW 2009, 3248, 3249 = HRRS 2009 Nr. 717; BGH NStZ 2011, 394, 395. Ein förmlicher Bestellungsakt wurde bislang nur für eine Übertragung von öffentlichen Aufgaben an eine behördenexterne Person gefordert, die durch eine Kette von Unterbeauftragungen erfolgte, OLG Stuttgart StV 2009, 77, 79.

²⁰¹ BGHSt 43, 96, 105; 52, 290, 299; BayObLG NJW 1996, 268, 270; MK-*Radtke* (Fn. 33), § 11, Rn. 61; NK-*Saliger* (Fn. 22), § 11, Rn. 28; LK-*Hilgendorf* (Fn. 34), § 11, Rn. 35.

²⁰² BGHSt 43, 96, 105, auch wenn der BGH dies nicht deutlich gemacht hat, beziehen sich beide Kriterien jeweils nur auf eine Alternative des § 11 I Nr. 2c StGB. Die „organisatorische Eingliederung“ auf die 1. Alternative und „längerfristige Tätigkeit“ auf die 2. Alternative, vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 40), § 11, Rn. 6; *Leimbrock* (Fn. 89), S. 382.

²⁰³ BGHSt 43, 96, 105; BayObLG NJW 1996, 268, 270; NK-*Saliger* (Fn. 22), § 11, Rn. 28; *Ransiek* NStZ 1997, 519, 524; *Otto* JR 1998, 73, 74; *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 105; a.A. MK-

weicht in seiner „GTZ“-Entscheidung hiervon ab.²⁰⁴ Der Bestellung komme keine Warn- bzw. Verdeutlichungs-funktion zu. Dieser sei schon durch die festgestellte Behördenäquivalenz und eine eigenverantwortliche, längerfristige Tätigkeit genüge getan, ein zusätzlicher unmittelbar auf die Person bezogener Bestellsungsakt sei somit für die 1. Alternative des § 11 I Nr. 2c StGB nicht erforderlich. Die spätere Rechtsprechung ist dieser Unterscheidung aber nicht gefolgt.²⁰⁵

Eine Abwandlung der organisatorischen Betrachtungsweise vertreten *Ransiek* und *Otto*, die eine persönliche Betrauung mit öffentlichen Aufgaben von der Behörde oder sonstigen Stelle fordern.²⁰⁶ Teilweise wird in Anlehnung an die Rechtsprechung auch vertreten, die Bestellung setze eine generelle und nicht nur eine auf den Einzelfall gerichtete Bestellung mit amtlichen Funktionen voraus.²⁰⁷

b) Minimalinhalt der Bestellung

Teile des Schrifttums fordern im Interesse der Rechtssicherheit, der Bestimmtheit und des *ultima-ratio*-Prinzips des Strafrechts einen Minimalinhalt der Bestellung.²⁰⁸ Die Bestellung müsse ausdrücklich und nicht nur konkludent erfolgen, um der Warnfunktion gerecht zu werden. Außerdem könne so auch die Gefahr verringert werden, dass sich der Betroffene auf einen Irrtum nach § 16 I 1 StGB beruft.²⁰⁹ Dem Täter bleibe dann nur die Möglichkeit sich auf einen Verbotsirrtums nach § 17 StGB zu berufen. Der Verbotsirrtum sei aufgrund der restriktiven Handhabung seitens der Rechtsprechung aber ein „stumpfes Schwert“.²¹⁰

c) Stellungnahme

Die Bemühungen der Rechtsprechung um Restriktion sind anerkennenswert, dennoch besteht Unsicherheit bei der konkreten Anwendung. Das umstrittene Merkmal der „längerfristigen Tätigkeit“²¹¹ ist dies für PPPs nicht weiterführend, da es sich hier regelmäßig um längerfristige Anstellungsverträge handelt. Selbiges gilt für die Forderung nach einer generellen Betrauung.²¹²

Zweifelhaft ist aber insbesondere wie die Tätigkeit bei einem privatrechtlich organisierten Unternehmen mit einem öffentlich-rechtlichem Bestellsungsakt vereinbar sein soll. *Bernsmann* bemerkt zutreffend, dass der BGH nicht mitteilt, wie ein belastender, da strafrechtsrelevanter, öffentlich-rechtlicher Akt in einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis erfolgen soll.²¹³ Fraglich ist zudem, wie ohne ausdrückliche Bestellung eine vom Anstellungsvertrag getrennte öffentlich-rechtliche Bestellung erfolgen soll. Warum eine organisatorische Eingliederung hierfür ausreichen soll wird vom BGH nicht dargelegt. Vielmehr neigt der BGH dazu, die bloße Beschäftigung bei einer sonstigen Stelle für ausreichend zu erachten.²¹⁴ Die bloße Beschäftigung oder organisatorische Eingliederung macht für den Betroffenen aber nicht erkennbar, ob sein Unternehmen eine sonstige Stelle ist. Wenn selbst der BGH und erstinstanzliche Gerichte unterschiedlich beurteilen, ob ein Unternehmen eine sonstige Stelle ist,²¹⁵ wie soll dann der Normadressat dies erkennen.²¹⁶ Wenn Teile des Schrifttums hierauf erwidern, der Normadressat sei nicht geschützt von § 11 I Nr. 2c StGB, sondern solle gerade durch ihn erfasst werden,²¹⁷ mag das zwar grundsätzlich richtig sein, ändert aber nichts daran, dass es für den Normadressat erkennbar sein muss, wann ihn besondere strafrechtliche Verhaltenspflichten treffen. Der Schutzzweck einer Norm darf nicht die durch den Bestimmtheitsgrundsatz geforderte Voraussehbarkeit strafbewehrten Verhaltens verdrängen.²¹⁸ Auch das Merkmal einer eigenverantwortlichen Tätigkeit in herausgehobener Position scheint ungeeignet,²¹⁹ den Betroffenen auf seine strafrechtlichen Verhaltenspflichten hinzuweisen, da solche Tätigkeiten auch in rein privaten Unternehmen existieren.

Fraglich ist daher, ob eine ausdrückliche Bestellung erforderlich ist. Selbst Gegner attestieren diesem Ansatz eine deutlich höhere Rechtssicherheit für den Rechtsunterworfenen.²²⁰ Hiergegen spricht allerdings, dass dann – trotz der tatsächlichen Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben – die Verwaltung entscheiden könnte, wer Amtsträger ist und wer nicht.²²¹ Allerdings hat sich der Gesetzgeber für eine solche Lösung beim besonders Verpflichteten nach § 11 I Nr. 4 StGB entschieden. § 11 I Nr. 4 StGB erfasst Personen, die nicht unmittelbar öffentliche Aufgaben wahrnehmen, aber dennoch durch Verwaltung förmlich verpflichtet wurden. Gegen einen solchen Vergleich wird aber angeführt, dass der Gesetz-

Radtke (Fn. 33), § 11, Rn. 63; *LK-Hilgendorf* (Fn. 34), § 11, Rn. 36; *Leimbrock* (Fn. 89), S. 353 ff. wonach der Wortlaut des § 11 I Nr. 2c StGB eine Warnfunktion der Bestellung nicht erkennen lasse.
²⁰⁴ BGHSt 43, 370, 380.
²⁰⁵ BGHSt 52, 290, 299; KG Berlin NStZ-RR 2008, 198, 198; *NK-Saliger* (Fn. 22), § 11, Rn. 29.
²⁰⁶ *Ransiek* NStZ 1997, 519, 524; *Otto* JR 1998, 73, 74.
²⁰⁷ *Geppert* Jura 1981, 42, 44; *Haft* NJW 1995, 1113, 1115 f.
²⁰⁸ *Dingeldey* NStZ 1984, 503, 504; *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 107 ff; i. E. auch *Rausch* (Fn. 138), S. 145; eine Hinweispflicht bei verwaltungsexterner Tätigkeit befürwortend, *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 386.
²⁰⁹ *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 107.
²¹⁰ *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 107.
²¹¹ Ausführlich hierzu *Leimbrock* (Fn. 89), S. 382 ff.; *LK-Hilgendorf* (Fn. 34), § 11, Rn. 37; *MK-Radtke* (Fn. 33), § 11, Rn. 64; siehe auch *Saliger*, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 938, der anstelle dieses Kriteriums ergänzend auf die „Bedeutung“ und „Tragweite der öffentlichen Aufgabenerfüllung“ abstellen will.
²¹² Kritisch *Leimbrock* (Fn. 89), S. 384 ff.

²¹³ *Bernsmann* StV 2005, 685, 685; so auch *Leimbrock* (Fn. 89), S. 399.
²¹⁴ BGHSt 43, 370, 380; *Heinrich* (Fn. 36), S. 530.
²¹⁵ BGHSt 43, 370, 380 einerseits, OLG Frankfurt NStZ-RR 1997, 263, 263 andererseits.
²¹⁶ So auch *Heinrich* (Fn. 36), S. 530 m. w. N.; *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 105; *Lenckner* ZStW 1994, 502, 546.
²¹⁷ *Leimbrock* (Fn. 89), S. 354; *Heinrich* (Fn. 36), S. 532.
²¹⁸ BVerfG NJW 2007, 1666, 1666 = HRRS 2007 Nr. 326.
²¹⁹ So aber BGHSt 43, 370, 380; BGH NJW 2004, 693, 695; BGH NStZ 2011, 394, 395.
²²⁰ *Saliger*, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 938; *Leimbrock* (Fn. 89), S. 357, der auch auf eine eventuelle generalpräventive Wirkung einer ausdrücklichen Bestellung hinweist; i. E. auch *Heinrich* (Fn. 36), S. 701, der sogar eine förmliche Bestellung für wünschenswert erachtet.
²²¹ *Leimbrock* (Fn. 89), S. 355 f.; *Heinrich* (Fn. 36), S. 530; *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 108, weist selbst auf dieses Gegenargument hin.

geber mit § 11 I Nr. 2c StGB jedenfalls alle Personen erfassen wollte, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen und daher das Rechtsgut der Amtsdelikte in besonderem Maße verletzen können.²²² Auf das manchmal zufällige Innenverhältnis wie bei § 11 I Nr. 4 StGB soll es gerade nicht ankommen. Als systematisches Argument wird auch auf den unterschiedlichen Wortlaut verwiesen. So fordere § 11 I Nr. 4 StGB eine förmliche Bestellung und § 11 I Nr. 2c StGB nur eine formlose Bestellung, sodass hier auch eine konkludente Bestellung zulässig sei.²²³ Bei PPPs bereitet es aber teilweise Schwierigkeiten, festzustellen, ob diese Unternehmen noch unmittelbar an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beteiligt sind.²²⁴ Folglich scheint die Amtsträgereigenschaft bei PPPs ähnlich zufällig wie die besondere Verpflichtung bei § 11 I Nr. 4 StGB, wie *Noltensmeier* zutreffend anmerkt.²²⁵ Der fehlenden Warnfunktion für Beschäftigte in solchen Unternehmen will *Heinrich* mit dem Erfordernis eines entsprechenden Vorsatzes begegnen.²²⁶ Eine Lösung über § 16 StGB oder auch § 17 StGB scheint in der Praxis jedoch wenig erfolgversprechend.

Das Erfordernis einer ausdrücklichen Bestellung ist berechtigter Kritik ausgesetzt und entspricht wohl nicht dem Willen des Gesetzgebers.²²⁷ Dennoch muss auf neue Entwicklungen im Bereich der Privatisierung – insbesondere bei PPPs – auch im Strafrecht reagiert werden, um den dort Beschäftigten ihre strafrechtlichen Verhaltenspflichten deutlich zu machen. Solange der Gesetzgeber

²²² *Heinrich* (Fn. 36), S. 530 f.; BT-Drucks. 7/550, S. 209.

²²³ *Heinrich* (Fn. 36), S. 532.

²²⁴ Vgl. BGH NJW 2007, 2932, 2933.

²²⁵ *Noltensmeier* (Fn. 20), S. 109.

²²⁶ *Heinrich* (Fn. 36), S. 532.

²²⁷ Siehe hierzu *Saliger*, in: FS für Puppe (Fn. 9), S. 933, 938; *Heinrich* (Fn. 36), S. 531 m. w. N.

auf diese Problematik nicht reagiert, ist es zumindest nicht Sache der Gerichte, zugunsten des Schutzzwecks einzelner Vorschriften Strafbarkeitslücken zu schließen,²²⁸ vielmehr sollen sie an der Präzisierung unklarer Normen mitwirken und bestehende Anwendungsunsicherheiten ausräumen.²²⁹ Eine ausdrückliche Bestellung erscheint somit vorzugswürdig.

D. Gesamtfazit

Die PPP nimmt eine Zwitterstellung zwischen Aufgaben- und Organisationsprivatisierung ein, sodass diesem Umstand auch aus strafrechtlicher Sicht Rechnung getragen werden muss. PPPs können nicht wie Unternehmen der Organisationsprivatisierung behandelt werden, da der Einfluss der öffentlichen Hand regelmäßig nicht für eine Behördenäquivalenz genügt. Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, wie es das LG Köln und *Noltensmeier* entwickelt haben, stellt eine überzeugende Lösung dar, die einerseits die PPP im Graubereich zwischen privaten Wirtschaftssubjekt und öffentlicher Verwaltung in ihrer Komplexität erfasst und andererseits das Bedürfnis der Erfassung von Amtsträgerkriminalität hinreichend berücksichtigt. Auch das Merkmal der Bestellung kann für mehr Rechtssicherheit sorgen, indem eine ausdrückliche Bestellung gefordert wird. Eingrenzungsansätze über die öffentliche Aufgabe, wie der 5. Senat in seinem *obiter dictum* andeutet, sind hingegen abzulehnen. Es wäre somit wünschenswert, dass der verspätete Einzug der PPP in das Strafrecht auch in zukünftigen Fällen der PPP nicht zu Lasten des Strafrechts und seiner Adressaten geht.

²²⁸ Jedenfalls sind die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung zu beachten, siehe BVerfG NJW 2007, 1666, 1666.

²²⁹ BVerfG NJW 2010, 3209, 3211.

Aufsätze und Anmerkungen

Wider die Strafbarkeit von „Hardcore-Kartellen“ de lege ferenda

Von Dr. Alexander Bräunig, Berlin

Im Schrifttum mehren sich Stimmen, die sich für die Einführung der Strafbarkeit von sogenannten „Hardcore-Kartellen“ im deutschen Recht aussprechen.¹

¹ Siehe *Wagner-von Papp* WuW 2010, 268 m.w.N.; *Biermann* ZWeR 2007, 1; vgl. auch *Säcker* WuW 2009, 3. Ein unmittelbar anwendbares europäisches Kartellstrafrecht de lege ferenda ist derzeit allerdings von vornherein ausgeschlossen: vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 30.06.2009, Rn. 253; *Heiger* ZIS 2009, 406, 415 m.w.N.

A. Ausgangslage

I. Submissionskartelle

In der augenblicklichen Rechtslage unterliegt dem strafrechtlichen Zugriff lediglich das Submissionskartell, ein Spezialfall der Kartellbildung. So bestraft § 298 StGB lediglich die Abgabe von auf rechtswidrigen Absprachen beruhenden Angeboten, die im Rahmen von Vergabever-

fahren der öffentlichen Hand nach VOB/A, VOL/A oder im Rahmen einer freihändigen Vergabe nach einem öffentlichen Teilnahmewettbewerb getätigt werden. Darunter fallen Absprachen auf horizontaler Ebene, d.h. solche zwischen den Bietern im Rahmen einer Ausschreibung. Ob auch Absprachen auf vertikaler Ebene, also zwischen Bieter und Veranstalter darunter fallen, ist umstritten.² Einigkeit besteht demgegenüber weitestgehend darin, dass sich der Anwendungsbereich auch auf Ausschreibungen von Privaten erstreckt, soweit die privaten Vergabeverfahren gleich oder ähnlich ausgestaltet sind.³

In der Einführung des § 298 StGB mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997 sah der Gesetzgeber eine Korrektur der unzulänglichen Strafbarkeit von Submissionskartellen auf der Grundlage des § 263 StGB, dessen Täuschungs- und Schadenserfordernis eine Verurteilung erschwerte.⁴ Gleichwohl erfuhr die Auslegung des § 263 StGB eine zunehmende Ausweitung, sodass heute auf Submissionskartelle in der Regel § 298 StGB und § 263 StGB kumulativ Anwendung finden.⁵ Neben der strafrechtlichen Verfolgung besteht, soweit der Täter für ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung handelte, die Möglichkeit einer durch die deutschen Kartellbehörden festzusetzenden Unternehmensgeldbuße nach § 81 GWB i.V.m. § 30

OWiG.⁶ Dabei ist der Haftungsumfang des Bußgeldes gemäß § 81 Abs. 4 S. 1 GWB auf 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahrs erzielten Gesamtumsatzes begrenzt, soweit die Geldbuße nicht Mittel der Gewinnabschöpfung ist (§ 81 Abs. 5 GWB i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG).

Entsprechendes gilt für grenzüberschreitende Submissionskartelle im Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV. Eine absolute Obergrenze des Haftungsumfanges im Rahmen des mehrstufigen Bemessungsverfahrens existiert zwar nicht. Allerdings sieht Art. 23 Abs. 2 der VO EG 1/2003 eine Schwelle von 10% des Weltumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung als Kappungsgrenze für die Haftung vor.⁷

II. „Hardcore-Kartelle“

Der Begriff des „Hardcore-Kartells“ ist kein Rechtsbegriff. Mit ihm werden besonders schwere Verstöße gegen das Kartellverbot zum Ausdruck gebracht. Unter Hardcore-Kartellen bzw. Hardcore-Absprachen versteht man, genauer gesagt, schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen in Form von horizontalen Preisabsprachen, Mengenabsprache (Quoten- bzw. Absatzkartelle) und Marktaufteilungsabsprachen (Gebiets- bzw. Kundenabsprachen), d.h. alle Formen der kollusiven Übereinkunft auf horizontaler Ebene, welche die Handlungs- oder Entscheidungsfreiheit der Beteiligten auf einen oder mehreren Aktionsparameter (Preis, Kondition, Qualität etc.) einschränken.⁸ Auch Submissionsabsprachen sind in der Form von Marktaufteilungsabsprachen Hardcore-Kartelle. Nicht zu den Hardcore-Kartellen gehören per definitionem jedoch wettbewerbsbeschränkende vertikale Vereinbarungen, d.h. Absprachen zwischen verschiedenen Vertriebsstufen (etwa zwischen Produktions-Monopolisten und Händlern oder Lieferanten und Abnehmern) sowie Marktmissbräuche im Sinne der §§ 19 ff GWB / Art. 102 AEUV, die sich nur an marktbeherrschende Unternehmen richten und zusätzlich ein spezifisches Missbrauchsverhalten erfordern.

Mit Ausnahme der Submissionskartelle unterfallen Hardcore-Kartelle im deutschen Recht bisher nicht der Strafbarkeit. Dies gilt auch in Bezug auf § 263 StGB, dessen Anwendung insoweit auch in Zukunft nicht zu erwarten ist. Zum Einen ist eine Täuschungshandlung im Gegensatz zu den Submissionskartellen nicht konstruierbar, da es an einem Bewerbungsverfahren im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs mangelt, aus dem man die schlüssige Erklärung ableiten könnte, dass dem Angebot

² Seit der Änderung des § 1 GWB vom 01.07.2005 werden von diesem auch vertikale Absprachen erfasst, hierzu BT-Ds. 15/3640, S. 7 u. 44; *Bechtold* DB 2004, 235 f. Ob diese Änderung unmittelbar auf den Anwendungsbereich des § 298 StGB durchschlägt, hängt davon ab, ob man § 298 StGB als Blankettnorm begreift (so *MüKoStGB-Hohmann* [2006], § 298, Rn. 84) oder ob man im Merkmal „Rechtswidrigkeit“ ein normatives Tatbestandsmerkmal ausmacht (so *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Dannecker*, StGB (2010), § 298, Rn. 47 b ff.).

³ BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2002 – 1 StR 366/02; *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Dannecker*, StGB (2010), § 298, Rn. 29 ff.

⁴ Siehe BT-Ds. 13/3353, S. 10; *Korte* NStZ 1997, 513, 516.

⁵ Zum Einen durch die Annahme, dass die Angebotsabgabe regelmäßig die schlüssige Erklärung enthält, dass dem Angebot keine vorherigen Preisabsprache zugrundelag. Zum Anderen durch Ermöglichung einer erweiterten Anwendung des § 263 StGB auf der Schädensebene durch Schätzung eines hypothetischen Marktpreises anhand objektiver Indizien wie z.B. Ausgleichszahlungen an Konkurrenten, siehe BGH NJW 2001, 3718, 3719; NJW 1997, 3034, 3038; NJW 1995, 737 („Wasserbaufall“); NStZ 1993, 40; entsprechend schon OLG Frankfurt, NJW 1990, 1057. Dass – trotz Einführung des § 298 StGB – § 263 StGB bei Submissionskartellen eine Ausweitung erfahren hat, begegnet dabei sowohl hinsichtlich der Täuschungshandlung als auch hinsichtlich des Vermögensschadens Bedenken (siehe umfassend *Götting/Götting* ZfBR 2003, 341, 342 ff. m.w.N.; *Schönke/Schröder-Cramer/Perron*, StGB (2010), § 263, Rn. 137 a; *Federmann*, Kriminalstrafen im Kartellrecht (2006), S. 116 ff.). Gegen die Annahme einer Täuschungshandlung spricht insbesondere, dass das GWB nicht bestimmte Personen (Verbraucherschutz) sondern den Wettbewerb als solchen, in abstrakter Weise, schützt. Gegen die Bejahung des Schadens spricht die Annahme einer nur fiktiven vermögenswerten Expektanz auf der Grundlage eines hypothetischen Marktpreises, der sich gerade nicht durch Angebot und Nachfrage konstituiert hat.

⁶ Siehe dazu die Bußgeldleitlinie des Bundeskartellamts, Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen – Bußgeldleitlinien – vom 15. September 2006.

⁷ Siehe Ziff. 4 der Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 Nr. a der VO EG Nr.1/2003; dazu auch *Mansdörfer/Timmerbeil* EuZW 2011, 214, 217 m.w.N.; *Barth/Budde* wrp 2010, 712; *Sünner* EuZW 2007, 8.

⁸ So Bundeskartellamt: <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/Kartellverbot/kartellverbot.php>; zur Eingrenzung des Begriffs Hardcore-Kartell siehe nur *Wagner-von Papp* WuW 2010, 268, 268 f., 277 f.; *Weitbrecht* EuZW 2002, 581, 583; vgl. auch dezidierte Nennung in Art. 101 Abs. 1 Nr. a), b), c) AEUV.

keine vorherigen Preisabsprache zugrundelag. Zum Anderen scheint die Nachweisbarkeit eines Schadens aufgrund eines hypothetischen (fiktiven) Wettbewerbspreises in Fällen der Hardcore-Kartelle faktisch schwerlich praktikabel, da im Gegensatz zur Submissionsabsprache Indiztatsachen wie Ausgleichszahlungen an Konkurrenten o.Ä. regelmäßig ausbleiben.⁹

Hardcore-Kartelle werden jedoch in jedem Fall vom Kartellordnungswidrigkeitenrecht umfasst. Haftbar sind neben den Unternehmen und Unternehmensvereinigungen gemäß § 81 GWB i.V.m. § 30 OWiG zudem auch die verantwortlichen natürlichen Personen gemäß § 81 GWB i.V.m. §§ 9, 130 OWiG.¹⁰ Im Gegensatz zum Haftungsumfang bei Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ist die Haftung bei Einzelpersonen auf 1 Mio. Euro plafoniert.

B. Strafrechtsdogmatische Anforderungen an eine Kriminalisierung von Hardcore-Kartellen

Die Verwendung des Strafrechts als Mittel zur gesellschaftlichen Steuerung muss aufgrund des besonders einschneidenden Charakters auch besondere Voraussetzungen erfüllen, um sich unter rechtstaatlichen Bedingungen als legitim zu erweisen. Die Berücksichtigung der fundamentalen strafrechtsdogmatischen Anforderungen an die Kriminalisierung eines Lebenssachverhalts kann nicht durch die Erörterung von Zweckmäßigkeitserwägungen und billigenwerten Zielsetzungen ersetzt werden, wie es tendenziell im Rahmen der bisherigen Erörterung eines verschärften Kartellstrafrechts im Schrifttum geschieht.

Setzt man stattdessen bei der dogmatischen Frage an, was das Strafrecht legitimerweise leisten kann und prüft sodann, ob der Lebenssachverhalt vor diesem Hintergrund kriminalisierungswürdig erscheint, ist der Ausgangspunkt die Erkenntnis, dass der Einsatz des Strafrechts nur zum Schutz gegen schwerwiegende Eingriffe in ein wesentliches, sozial gewichtiges Rechtsgut und nur als „Sekundärrecht“, d.h. nur subsidiär, legitim ist. Dieser subsidiäre Rechtsgüterschutz impliziert zum Einen, dass nicht jede rechtliche Verhaltensnorm eine strafrechtliche Sanktionsnorm rechtfertigt.¹¹ Zum Anderen impliziert er das verfassungsrechtliche Grundprinzip der Ver-

hältnismäßigkeit eines staatlichen Eingriffs.¹² Auch das Bundesverfassungsgericht betont die materielle Begrenzung der Strafgesetzgebung aufgrund des verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismäßigkeitsprinzips. Selbst wenn es zugesteht, dass es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers sei den Bereich des strafbaren Handelns festzulegen, so stellt es klar, dass das Strafrecht lediglich als „Ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt werden kann, nämlich dann, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich und seine Verhinderung besonders dringlich ist. Wegen des sozial-ethischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab zur Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu.¹³

Die strafrechtsdogmatischen Anforderungen an eine Kriminalisierung von Hardcore-Absprachen sind dementsprechend nur dann erfüllt, wenn sowohl eine „Strafwürdigkeit“ als auch eine „Strafbedürftigkeit“ uneingeschränkt bejaht werden kann.¹⁴ Auf der Ebene der Strafwürdigkeit gilt es nach der Angemessenheit einer Pönalisierung von Hardcore-Kartellen zu fragen, d.h. ob Hardcore-Absprachen jeweils durch den Angriff auf ein bedeutsames Rechtsgut derart an den gesellschaftlichen Grundvoraussetzungen rütteln, dass sich der Einsatz des Strafrechts als Ultima Ratio zusätzlich zu dem dem Opportunitätsprinzip unterliegenden Ordnungswidrigkeitenrecht als eine gebotene, angemessene Reaktion erweisen kann. Auf der Ebene der Strafbedürftigkeit ist zu überprüfen, ob eine strafrechtliche Reaktion geeignet und zusätzlich zum Ordnungswidrigkeitenrecht überhaupt erforderlich wäre.

C. Strafwürdigkeit von Hardcore-Absprachen

I. Freier Wettbewerb und individuelle Freiheitsrechte als strafrechtlich schutzwürdige Rechtsgüter

Das Kartellverbot dient dem Schutz des freien Wettbewerbs.¹⁵ Damit ist zunächst problematisch, ob die Wettbewerbsfreiheit auch ein den Anforderungen an einen Strafrechtsschutz genügendes Rechtsgut ist. Zwar ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht der Gesetzgeber im Grundsatz frei über Anlässe, Ziele und Instrumente strafrechtlicher Verbote zu befinden;

⁹ Siehe *Joecks* wistra 2002, 251; *Federmann*, Kriminalstrafen im Kartellrecht (2006), S. 134; kritisch zu Marktpreishypothesen auch *Geerds*, Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz (1990), S. 142 ff.; entsprechend kritisch bereits zur Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Schadensannahme im Rahmen von § 263 StGB durch die Ermittlung eines hypothetischen Marktpreises etwa *Joecks* wistra 1992, 247 ff.; *Lüderssen* wistra 1995, 243 ff., 248; *Rutkowski* NJW 1995, 705 f.

¹⁰ Ohne eine Strafbarkeit greift insoweit das Verbot der Doppelbestrafung nicht ein und lässt Raum für die ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung der Einzelpersonen.

¹¹ Siehe etwa *Roxin*, AT, 3. Auflage (1997), § 2, Rn. 48 m.w.N.; *Radtke* in: MüKoStGB, Band 1 (2003), Vorbem. zu §§ 38 ff., Rn. 3; *Hassemer* NStZ 1989, 553, 557 ff.

¹² *Radtke* in: MüKoStGB, Band 1, 1. Auflage (2003), Vorbem. zu §§ 38 ff., Rn. 2 f. m.w.N.; *Achenbach*, Frankfurter Kommentar (2009), Vorbem. § 81, Rn. 17.

¹³ Vgl. BVerfG, 2 BvR 392/07, Beschl. vom 26. Februar 2008, Rn. 34 ff.; BVerfGE 96, 10, 25; 90, 145, 172, 184; 73, 206, 253; 39, 1, 47; 27, 18, 29 f.; 8, 197, 207 f.

¹⁴ Zum Begriffspaar und seiner Erläuterung Hassemer in: Alternativkommentar zum Strafrecht (AK-StGB), Bd. 1, § 1, Rn. 191 ff., 212 ff. m.w.N.; *Federmann*, Kriminalstrafen im Kartellrecht (2006), S. 261 ff. m.w.N.

¹⁵ *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht: EG (2007), Einleitung B. II, Rn. 8 ff. m.w.N.; *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff-Meessen* (2009), Rn. 6 ff. m.w.N.

gleichwohl ist er beschränkt auf den Schutz elementarer Werte des Gemeinschaftslebens. Wie weit der Gesetzgeber konkret in der Wahl der strafrechtlich zu schützenden Rechtsgüter begrenzt ist, ist dabei selbst innerhalb des Bundesverfassungsgerichts nicht unumstritten.¹⁶ Dass es von vornherein an einem für die Strafbarkeit von Hardcore-Kartellen denkbaren Schutzgut mit hinreichender rechtlicher Bedeutung mangelt, wird vorliegend allerdings nicht behauptet. Es wird nicht in Frage gestellt, dass ein verfassungsrechtliches Schutzgut in Betracht kommen kann. Vielmehr wird im Folgenden bezweifelt, dass Hardcore-Kartelle eine hinreichende Rechtsgutsverletzung implizieren. Nichtsdestotrotz ist die Frage unerlässlich, welches Rechtsgut denn der Strafgesetzgeber durch eine Pönalisierung von Hardcore-Kartellen möglicherweise zu schützen beabsichtigen könnte. In Betracht käme dabei zunächst der freie Wettbewerb. Begrifflich lässt sich der freie Wettbewerb definieren als das Nicht-Vorhandensein von aktiv willentlichen Verhaltensweisen, die die freie unabhängige Teilnahme anderer Marktteilnehmer am Markt beschränken und primär auf das Ausschalten von Risiko auf Kosten der Entschlussfreiheit anderer gerichtet sind.¹⁷ Trotz der ausdrücklichen Kompetenzregelung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG wird weitestgehend und zu Recht bestritten, dass Wettbewerb ein der staatlichen Schutzpflicht unterliegendes selbstständiges Rechtsgut von Verfassungsrang ist. Diese Sichtweise entspricht der Grundvorgabe des Bundesverfassungsgerichts, das die Wirtschaftsordnung nicht als in unmittelbarer Weise grundgesetzlich vorgegeben ansieht.¹⁸ Wettbewerbsfreiheit stellt vielmehr ein offenes, relatives sowie „überindividuelles“ Rechtsgut dar, da es als wirtschaftspolitisches Konstrukt im Wesentlichen von normativen Vorgaben und Wandlungen abhängt. Angesichts eines derart unselbstständigen und vagen Rechtsguts wird die Strafbarkeit von Kartellverstößen (auch die Existenzberechtigung des § 298 StGB) von vielen Stimmen generell in Frage gestellt.¹⁹ Die Zweifel an der Strafbarkeit sind – wie noch auszuführen ist – berechtigt, können jedoch nicht ohne Weiteres durch ein unzulängliches Rechtsgut begründet werden. Denn der Wettbewerbsfreiheit kann zumindest die Funktion eines "Zwischenrechtsguts" zum mittelbaren Schutz von individuellen Freiheitsrechten als Primärrechtsgüter zukommen (dazu sogleich). Die kritische Betrachtung des Rechtsgutes „freier Wettbewerb“ ist indessen insoweit überzeugend, als sie den freien Wettbewerb als selbst-

ständiges Primärrechtsgut verneint. Die gegenteilige Auffassung, die den freien Wettbewerb als verselbstständigtes „Kollektiv-Rechtsgut“ betrachtet, das nicht nur Ausdruck der Gesamtheit von Einzelrechtsgütern sei, sondern einen nicht-distributiven Charakter habe²⁰, d.h. als emergente soziale Erscheinung um ihrer selbst willen schützenswert erscheine, verkennt, dass individuelle Freiheitsrechte nicht eo ipso ein spezifisches, invariantes „System“ eines freien Wettbewerbs erzeugen. Wettbewerb ist vielmehr ein wirtschaftspolitisches Desiderat, ein normatives Konstrukt, das immer bei den individuellen Freiheitsrechten ansetzt, sich aber nicht auf deren Grundlage verselbstständigt und manifestiert. Gegen einen selbstständigen Charakter des Rechtsguts Wettbewerbsfreiheit spricht insbesondere, dass wettbewerbsbeschränkende Absprachen zunächst selber Teil der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit (Privatautonomie) sind²¹ und daher die Wettbewerbsfreiheit keine automatische Folge individueller wirtschaftlicher Freiheit sein kann. Freier Wettbewerb ist kein apriorisches wirtschaftliches Prinzip, sondern eine normative Begrenzung des Wirtschaftssystems.²² Das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen begrenzt die wirtschaftliche Handlungsfreiheit Einzelner zum Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit vieler. Dieser vorausgelagerte normative Abwägungsprozess bestimmt und relativiert die Wettbewerbsfreiheit. Der Schutz des Wettbewerbs ist also immer nur Mittel zum Schutz individueller Freiheitsrechte.

Primäre Rechtsgüter eines Kartellstrafrechts können daher nur die Rechtsgüter sein, um deren willen freier Wettbewerb normativ angestrebt wird. Geboten ist daher, im Einklang mit der Rechtsprechung, den Schutz des freien Wettbewerbs als mittelbaren Ausdruck des objektiven Wertgehalts von verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheitsrechten zu begreifen, namentlich der Berufsfreiheit (Art. 12 GG)²³ bzw. der wirtschaftlichen Hand-

¹⁶ Vgl. etwa BVerfG, 2 BvR 392/07, Beschluss vom 26. Februar 2008, Rn. 34 f., 39 sowie die abweichende Meinung des Richters Hassemer, ebd., Rn. 76, 84 ff.; zur strafrechtlichen Rechtsgutslehre, die das BVerfG in seiner Entscheidung ablehnt (Rn. 39), siehe auch Fn. 11 und 12.

¹⁷ Vgl. Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz (2010), Art. 2, Rn. 124 ff. m.w.N.; Kohlhoff, Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe, S. 26 ff., 158; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Meessen, Kartellrecht (2009), Einf., Rn. 7 ff.

¹⁸ So gibt es keine unmittelbare institutionelle Garantie eines bestimmten Wirtschaftssystems: BVerfGE 4, 7 ff, 17; 50, 290 ff., 337.

¹⁹ Gegen den strafrechtlichen Schutz des Wettbewerbs daher Oldigs wistra 1998, 293; König, JR 1997, 397, 402; siehe auch schon Selmer, Verfassungsrechtliche Probleme einer Kriminalisierung des Kartellrechts (1977), S. 18 ff.; Möschel, Zur Problematik einer Kriminalisierung von Submissionsabsprachen (1980), S. 33 ff.

²⁰ Kohlhoff, Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe, S. 123 f., 135 ff., 138 ff., 146 ff., 179 ff.

²¹ Vgl. Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz (2010), Art. 2, Rn. 116 f.; 124 f.; Gloy/Loschelder/Erdmann-Leistner/Facius, Wettbewerbsrecht (2010), § 14, Rn. 8.

²² Zu erinnern ist in dem Zusammenhang an wettbewerbspolitische Ansätze, die allein auf die Selbstheilungskräfte des Marktes verweisen und eine Wettbewerbssteuerung für entbehrlich halten, so etwa der „Laissez-faire Approach“, dazu Schmidt, Wettbewerbstheorie und Kartellrecht, 6. Auflage (1999), S. 153 ff.

²³ Vgl. insbesondere BVerfGE 32, 311, 317: „Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien. Das Verhalten der Unternehmer in diesem Wettbewerb ist Bestandteil ihrer Berufsausübung, die, soweit sie sich in erlaubten Formen bewegt, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist“; entsprechend BVerfGE 46, 120, 137. Die Verortung der Wettbewerbsfreiheit bei Art. 12 GG ist insoweit problematisch, als die Wettbewerbsfreiheit, insbesondere wenn sie Schutzzweck eines Kartellstrafrechts sein soll, auch die Konsumentenfreiheit umfassen muss. Der Schutz der Konsumenten vor auch für sie nachteiligen Eingriffen wird jedoch von der Berufsfreiheit nicht abgedeckt, dazu Gloy/Loschelder/Erdmann-Leistner/Facius, Wettbewerbsrecht (2010), § 14, Rn. 8 m.w.N.

lungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)²⁴, welche durch Wettbewerbsbeschränkungen beeinträchtigt werden können.

Anders als bei dem schon bestehenden § 298 StGB, bei dem nach der h.M. ein unmittelbarer Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit (Vermögensinteresse) des Ausschreibungsveranstalters (i.d.R. die öffentliche Hand) gegeben sei²⁵, kommt bei Hardcore-Kartellen die wirtschaftliche Handlungsfreiheit als unmittelbares Primärrechtsgut von vornherein nicht in Betracht, da der Rechtsgutsträger bei Hardcore-Verboten nicht individualisiert wird und gerade nicht auf den Eintritt eines Vermögensschadens abgestellt wird. Daher bleiben der Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit bzw. der Berufsfreiheit als Primärrechtsgüter nur mittelbar. Wettbewerbsfreiheit ist insoweit ein „vermittelndes“ Zwischenrechtsgut, das nur als Ausdruck des Primärrechtsschutzes (Schutz individueller Freiheitsrechte) strafrechtlich schutzwürdig sein kann.²⁶ Dieses Ergebnis entspricht auch dem Verständnis des Strafrechts als Individualstrafrecht, d.h. dem Grundsatz, dass Interessen der Allgemeinheit berechtigterweise nur Anerkennung finden können, soweit sie personalen Interessen dienen.²⁷

II. Kein hinreichender Unwertgehalt einer Schutzgutgefährdung

Als Normtypus einer Kriminalisierung von Hardcore-Absprachen kommt, da die Absprache selbst die geschützten Rechtsgüter noch nicht verletzt, nur ein abstraktes Gefährdungsdelikt zum unmittelbaren Schutz des freien Wettbewerbs und zum mittelbaren Schutz der individuellen Freiheitsrechte als Primärrechtsgüter in Betracht.²⁸ Abstrakte Gefährdungsdelikte beruhen auf der

normativen Vermutung, dass bestimmte Verhaltensweisen für das Schutzobjekt *prinzipiell* gefährlich sind. Diese *prinzipielle* Gefährlichkeit ist – nach weitläufiger, aber keineswegs unbestrittener Ansicht²⁹ – legitimierender Grund für abstrakte Gefährdungsdelikte.³⁰ Prinzipiell kann in diesem Zusammenhang nur bedeuten, dass der kriminalisierten Handlung *immer* das Potenzial zur Verletzung des Rechtsguts innewohnt, ohne dass es darauf ankommt, ob sich dieses Potenzial auch in einer konkreten Verletzung niederschlägt.

Bei der Frage nach der Strafbarkeit von Hardcore-Kartellen hat man es mit einer Doppelung des Gefährdungszusammenhangs zu tun. Zum Einen müssten Hardcore-Absprachen prinzipiell den freien Wettbewerb gefährden. Zum Anderen müssten Hardcore-Absprachen darüber hinaus durch die Wettbewerbsgefährdung zugleich prinzipiell die individuellen Freiheitsrechte gefährden. Ebenso wie abstrakte Gefährdungsdelikte als solche sind derartige „doppelt abstrakte Gefährdungsdelikte“ erst recht einer Kritik auszusetzen, da der nurmehr mittelbare Primärrechtsgüterschutz eine weitere Ausufahrung des strafrechtlichen Zugriffs markiert. Die Kritik an derartigen „doppelt-abstrakten Gefährdungsdelikten“ pointierte der Richter am BVerfG Sommer wie folgt: „Die Anknüpfung der Strafandrohung an ein Verhalten [...] nur mittelbarer Gefährlichkeit rückt sie damit in die Nähe eines bloßen Mittels zum Zweck; das aber lässt die Strafandrohung als mit dem verfassungsrechtlich geschützten Wert- und Achtungsanspruch nicht mehr vereinbar erscheinen.“³¹ Es besteht die Gefahr, dass sich das Strafrecht zu einem Gefahrabwehrrecht pervertiert und den Grundzweck des Schuldausgleichs völlig außer Acht lässt.

Selbst wenn man den Normtypus eines hier sogenannten „doppelt-abstrakten Gefährdungsdelikts“ akzeptiert – im Umweltstrafrecht hat er sich bereits etabliert –, so ist diese Normstruktur vorliegend gleichwohl Anknüpfungspunkt von Kritik.

²⁴ So insbesondere das Bundesverwaltungsgericht: BVerwGE 17, 306, 309; 30, 191, 198; 79, 326, 329.

²⁵ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Dannecker, § 298, Rn. 12 f. m.w.N.; a.A. MüKoStGB-Hohmann, § 298, Rn. 4 m.w.N. mit Verweis darauf, dass die Beeinträchtigung von Vermögensinteressen bei § 298 StGB gerade kein Tatbestandsmerkmal ist.

²⁶ Vgl. Achenbach WuW 1997, 959. Zum Zusammenhang von Wettbewerb und individuellen Freiheitsrechten Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz (2010), Art. 2, Rn. 124 f. m.w.N.; Herdzina, Wettbewerbspolitik, S. 12 ff.; Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen (1983), S. 75. Der Schutz des freien Wettbewerbs ist auch unter dem Gesichtspunkt der „negativen Freiheit“ i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG gerechtfertigt. Zwar schützt Art. 2 Abs. 1 GG an sich auch die Freiheit nicht zum Wettbewerb verpflichtet zu werden und im Rahmen einer Vertragsfreiheit dessen ungeachtet zu handeln. Wettbewerbsfreiheit und Vertragsfreiheit überschneiden sich insoweit. Die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit im Sinne eines institutionellen Freiheitsschutzes rechtfertigt einen Eingriff jedoch insoweit, als die Freiheitsbetätigung aller in einem freien Markt der Schutzgegenstand ist, so Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz (2010), Art. 2, Rn. 116 f.; 124 f. m.w.N.; Gloy/Loschelder/Erdmann-Leistner/Facius, Wettbewerbsrecht (2010), § 14, Rn. 8 m.w.N.

²⁷ Siehe z.B. Hassemer in: Alternativkommentar zum Strafrecht (AK-StGB), Bd. 1, § 1, Rn. 275.

²⁸ Der Normtyp eines Schädigungsdelikts scheidet aus den gleichen Erwägungen aus, wie sie im Zusammenhang mit § 263 StGB erläutert wurden (siehe A.II.). Die Fixierung einer Strafnorm auf einen spürbaren (zum ungeschriebenen

Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit bei Kartellverboten Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Nordemann, Kartellrecht (2009), § 1, Rn. 141 ff. m.w.N.) kollektiven Vermögensschaden hält den dogmatischen Anforderungen an die Bestimmtheit sowie den praktischen Anforderungen an die Ermittlung solcher volkswirtschaftlicher Schäden nicht stand. Zudem bleibt das „Ob“ eines hypothetischen Wettbewerbspreises auch hier lediglich fiktiv. Vgl. dazu Fn. 9 m.w.N.

²⁹ Zur Kritik an abstrakten Gefährdungsdelikten wegen der Verschleierung des Zurechnungsprogramms von Verhalten und Rechtsgutsverletzung siehe Hassemer NSTZ 1989, 553, 558 ff.; ders., JuS 1987, 257 ff.; Seelmann NJW 1990, 1257; Krauß, StV 1989, 315 ff.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, S. 83 ff. („vergeistigtes Zwischenrechtsgut“), 156 ff. Verfassungsrechtliche Bedenken insbesondere für Fälle einer ex post als sicher auszuschließenden Rechtsgutsgefahr: Koriath GA 2001, 51, 69. A.A. z.B. Dannecker, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage (2007), Rn. 106 f. m.w.N.; Radtke in: MüKoStGB, 1. Auflage (2006), Vorbem. zu §§ 306 ff., Rn. 5 f. m.w.N.

³⁰ Siehe nur Koriath, GA 2001, 51, 57; Radtke in: MüKoStGB, 1. Auflage (2006), Vorbem. zu §§ 306 ff., Rn. 5 f.; Schröder, JZ 1967, 522, 524.

³¹ Zitiert nach Vogel StV 1996, S. 110 ff., 114 (rechts); vgl. desweiteren schon Fn. 29.

Die notwendige Struktur eines kartellstrafrechtlichen Tatbestands in Form eines *doppelten Gefährdungszusammenhangs* ist deshalb ein Kernpunkt der Kritik an einer Strafbarkeit, weil eine derartige prinzipielle Gefährdung sowohl des freien Wettbewerbs als auch der primären Rechtsgüter durch Hardcore-Absprachen unter Zugrundelegung der strengen Voraussetzungen für einen strafrechtlichen Zugriff erheblichen Zweifeln ausgesetzt ist.³² D.h. ein solcher doppelter prinzipieller Gefährdungszusammenhang ist in concreto zu bezweifeln.

1) Hardcore-Absprachen gefährden nicht *prinzipiell* den freien Wettbewerb

a) Bereits die kriminalisierte Handlung, also die Absprache als solche, wäre vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots nicht unproblematisch. Im Fall des § 298 StGB hat das Bundesverfassungsgericht die hinreichende Bestimmtheit des Begriffs „Angebot“ bejaht, da es im Zusammenhang mit der öffentlichen Ausschreibung verständlich sei.³³ Bei einer Absprache/Vereinbarung/abgestimmten Verhaltensweise außerhalb öffentlicher Vergabeverfahren erscheint dies hingegen nicht unbedenklich. Als Beispiel zur Veranschaulichung von zu befürchtenden überbordenden Strafbarkeitsrisiken aufgrund unzureichender Bestimmtheit der kriminalisierten Handlung kann das Verbandskartellrecht dienen:

Wirtschaftsverbände unterliegen als Unternehmensvereinigungen der kartellrechtlichen Haftung und stehen auch zunehmend im Blickfeld der Kartellbehörden.³⁴ Verbände und deren Entscheidungsträger unterliegen einem besonderen Risiko einer kartellrechtlichen Haftung, das sich in der Grauzone des Verbandskartellrechts verbirgt. Diese Grauzone entsteht dort, wo die ureigene Aufgabe der Verbände, nämlich „Plattform“ und beratender Dienstleister für seine Mitglieder zu sein, unmittelbar in verbotene Wettbewerbsverstöße münden kann. Eine genaue Feststellung, wann etwa bloße Marktgespräche in Arbeitskreisen, Marktinformationsverfahren oder Empfehlungen der Verbände an ihre Mitglieder die Grenze zu verbotenen Vereinbarungen bzw. abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne des § 1 3.Alt. GWB bzw. Art.

101 Abs. 1 3.Alt. AEUV überschreiten, sind keineswegs eindeutig.³⁵ Eine Strafbarkeit würde die Akteure einem unzumutbaren Risiko aussetzen und die kartellrechtsgemäße Verbandstätigkeit nachhaltig negativ beeinflussen. Auch die europäische Rechtsprechung vermochte bisher eine strafrechtlich gangbare Begriffseingrenzung nicht vorzunehmen.³⁶

b) Bejaht man letztlich eine kartellrechtswidrige Absprache, so bestehen weiterhin Zweifel, ob sich daraus in allen Fällen prinzipiell eine unmittelbare Gefährdung des Zwischenrechtsguts „Wettbewerbsfreiheit“ ergibt. Abstrakten Gefährdungsdelikten ist gemein, dass der Unwert der von ihnen pönalisierten Handlung in der prinzipiellen Gefährdung des Rechtsguts liegt, ohne dass es auf eine tatsächliche Rechtsgutsverletzung ankäme. Nun ist die Eigenart einer Hardcore-Absprache aber nicht nur, dass es viele denkbare Einzelfälle geben kann, bei denen der Absprache aus unterschiedlichen Gründen keine effektive Wettbewerbsbeschränkung folgt.³⁷ Derartige Fälle vermögen an der Strafbarkeit nicht zu rütteln. Allerdings besteht jedoch, im Gegensatz zu typischen abstrakten Gefährdungsdelikten, bei Hardcore-Absprachen die Besonderheit darin, dass missbilligte Handlungen nicht immer das Potenzial der Rechtsgutsverletzung in sich tragen, vielmehr dem Rechtsgut sogar abstrakt und konkret förderlich sein können.

Anerkannt ist unter gewissen Voraussetzungen insbesondere der tatbestandliche Abwehreinwand eines sog. „Abwehrkartells“. Ein solches liegt vor, wenn die Absprache den Zweck verfolgt eine eindeutig kartellrechtswidrige oder unlautere Maßnahme Dritter zu „kompensieren“. ³⁸ Dabei handelt es sich nicht um einen Rechtfertigungsgrund, sondern bereits begrifflich um einen tatbestandlichen Ausschluss einer Wettbewerbsbeschränkung, denn die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt die Aufhebung einer Wettbewerbsbeschränkung.

Diesem Anspruch folgend sieht etwa § 3 GWB³⁹ auch die Möglichkeit wettbewerbswidriger Absprachen zwischen kleineren Unternehmen („Mittelstandskartelle“) vor, um eine Steigerung ihrer Wettbewerbsfähigkeit zu ermöglichen.

³² Vgl. die Kritik zum fehlenden sachlich-zeitlichen Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Handlung und Endrechtsgutsverletzung im Umweltstrafrecht, *Seelmann*, NJW 1990, 1257, 1259 ff.: „Die dem traditionellen Zurechnungsmodell [...] zugrundeliegende Kausalbeziehung zwischen Handlung und Verletzungserfolg ist hier nicht nur wie [...] bei den Gefährdungsdelikten in eine Gefährdung ausgedünnt, sondern diese Ausdünnung wird durch die Beziehung der potentielle oder auch nur hypothetischen Gefährdung auf das vorverlagerte Zwischenrechtsgut potenziert“ (1259).

³³ Beschluss vom 02.04.2009 – 2 BvR 1468/08, NZBau 2009, 530.

³⁴ So setzte etwa in seinen jüngsten Entscheidungen das Bundeskartellamt Bußgelder gegen fünf führenden Brillenhersteller und den Zentralverband der Augenoptiker (ZVA) in Höhe von 115 Mio. Euro fest (siehe Pressemeldung vom 10.06.2010) sowie gegen acht Kaffeeröster und den Deutschen Kaffeeverband in Höhe von 30 Mio. Euro (siehe Pressemeldung vom 09.06.2010); vgl. auch Bundeskartellamt, WuW 2008 DE-V 1679 – *Bundesverband deutscher Milchviehhalter*; bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.09.2009, VI-Kart 13/08 (V).

³⁵ Siehe etwa *Stancke* BB 2009, 912, 918; *Möhlenkamp* WuW 2008, S. 428 ff.; *Köhler* WuW 2009, S. 258 ff.

³⁶ Siehe nur EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rs. C-8/08 – *T-Mobile Netherlands*, Rn.31; EuGH, Urteil vom 02.10.2003, Rs. 194/99 P – *Thyssen Stahl*, Rn. 85 ff.

³⁷ So wird beispielsweise von den Kartellbehörden in der Regel nur vermutet, dass sich die Kartellanten auch tatsächlich an die Absprachen halten. Den beschuldigten Unternehmen wird regelmäßig die Möglichkeit eingeräumt einen Gegenbeweis zu liefern. Der EuGH führte hierzu aus: „Jedoch gilt vorbehaltlich des den betroffenen Unternehmen obliegenden Gegenbeweises die Vermutung, dass die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen“, Urteil des EuGH vom 08.07.1999, C-199/92 P, Rn. 162 – *Hüls AG*.

³⁸ Vgl. dazu *Köhler* WuW 2009, 258, 267 f.

³⁹ Bei zwischenstaatlichen Sachverhalten geht Art. 101 AEUV dem § 3 GWB vor.

Ein unmittelbarer Gefährdungszusammenhang von Tat handlung und Zwischenrechtsgut gilt daher *im Prinzip* nicht, da eine Absprache nicht immer das Potenzial einer Wettbewerbsgefährdung in sich trägt. Dieser für abstrakte Gefährdungsdelikte untypische Umstand und die damit zusammenhängenden Abgrenzungsschwierigkeiten relativieren einen strafrechtstypischen Unrechtsgehalt. Grundsätzlich gilt dieser Kritikpunkt auch für § 298 StGB, jedenfalls dann, wenn der Ausschreibende durch seine Nachfragemacht den Wettbewerb vorab bereits einschränkt hatte.⁴⁰

2) Wettbewerbsgefährdende Absprachen stellen nicht prinzipiell missbilligte Primärrechtsgutsgefährdungen dar

Das Kartellrecht legt selbst eine Vielzahl von Restriktionen bei der Annahme einer kartellrechtlich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung fest und konterkariert damit normativ einen *prinzipiellen* Gefährdungszusammenhang zwischen wettbewerbsgefährdenden Hardcore-Absprachen und strafrechtlich schützenswerten Primärrechtsgutsgefährdung. Darüber hinaus sind auch hier Einzelfälle denkbar, bei denen eine Hardcore-Absprache den Primärrechtsgütern sogar förderlich wäre, beispielsweise im Rahmen der Verhinderung von ruinösem Wettbewerb (dazu sogleich). Das bedeutet, dass, selbst wenn man einen *prinzipiellen* Gefährdungszusammenhang zwischen Hardcore-Kartell und Wettbewerbsbeschränkung bejaht, eine prinzipielle Primärrechtsgefährdung nicht gegeben wäre.

a) Unabhängig davon, ob eine die Hardcore-Kartelle kriminalisierende Strafnorm als Annex zum Kartellrecht (Blankettnorm) ausgestaltet würde oder mit eigenständigen normativen Tatbestandsmerkmalen versehen würde, die ihrerseits im Rahmen einer negativen Akzessorietät durch die kartellrechtlichen Ausnahmetatbestände restringiert wären⁴¹, sind die kartellrechtlichen Vorgaben von normativ gebilligten Wettbewerbsbeschränkungen der Annahme abträglich, dass die Gefährdung der Primärrechtsgüter durch Hardcore-Absprachen einen deutlichen sozialetischen Unwertgehalt darstellt, der zwingend mit den Mitteln des Strafrechts bekämpft werden müsse. Das gilt umso mehr als die Ausnahmemöglichkeiten für Hardcore-Kartelle von besonderer Unterbestimmtheit und Einzelfallabhängigkeit zeugen.

Die Vielzahl an Ausnahmemöglichkeiten und komplexen Abgrenzungsfragen gibt es auch im Bereich vertikaler Absprachen sowie der Tatbestände des Marktmissbrauchs (§§ 19 ff. GWB). Dieser Umstand überzeugte die eigentlichen Befürworter einer weitergehenden Kartell-Kriminalisierung gerade bei diesen Fällen auf eine Kriminalisierung gänzlich zu verzichten.⁴² Auch bei Hard-

core-Kartellen können Unterbestimmtheiten und Einzelfallabhängigkeiten im Rahmen der normativen Billigung bzw. Missbilligung nicht unberücksichtigt bleiben.

§ 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV sehen beispielsweise Freistellungen vom Kartellverbot, etwa zum Zwecke der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts, vor.⁴³ Eine Freistellung vom Kartellverbot kommt also grundsätzlich in Betracht, wenn sich aus der Zusammenarbeit Vorteile ergeben, von denen auch der Verbraucher letztlich profitieren kann. Wettbewerbsbeschränkende Abreden über einen gemeinsamen Einkauf, eine wechselseitige Spezialisierung oder eine gemeinsame Produktion können also unter gewissen Umständen den eine Primärrechtsgutsgefährdung aufheben oder zumindest legitimieren.

Es gibt in diesem Sinne sogar eine Tendenz der Gemeinschaftsorgane nicht erst im Rahmen einer Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV, sondern bereits beim Begriff der „Wettbewerbsbeschränkung“ gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV eine Abwägung von Vor- und Nachteilen der Wettbewerbsbeschränkung vorzunehmen (sog. „rule of reason“), z.B. bei Zusammenschlüssen von Unternehmen bei Großaufträgen, die sie alleine nicht ausführen könnten⁴⁴ oder bei wettbewerbsbeschränkenden Klauseln in Lizenzverträgen (ausschließliche Lizenzerteilung)⁴⁵. Der Gerichtshof hatte zudem wiederholt verschiedene Wettbewerbsformen als nicht schutzwürdig aus dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgeklammert, soweit die Vorteile einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede für das Binnenmarktprojekt die Nachteile wesentlich überwiegen. 2001 hat EU-Kommission zum Ausdruck gebracht, dass – ganz allgemein – die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit horizontaler Absprachen von den negativen Auswirkungen der Absprache hinsichtlich Preis, Produktion, Vielfalt und Qualität der Waren oder Dienstleistungen auf dem entsprechenden Markt abhängen.⁴⁶

⁴⁰ Das kann beispielsweise durch eine künstliche Verengung des Marktes durch detaillierte Leistungsausschreibungen geschehen.

⁴¹ Was das Kartellrecht erlaubt, kann nicht strafbewehrt sein. Kartellrechtliche Erlaubnisse wären daher zumindest auf der Ebene der Rechtswidrigkeit strafbarkeitsausschließend.

⁴² Siehe *Wagner-von Papp* WuW 2010, 268, 277; zur „Theorie der beweglichen Schranken“ bei §§ 19 und 20 insbesondere *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage (2007), § 19, Rn. 16 m.w.N.

⁴³ Zu den Gruppenfreistellungsverordnungen auf der Grundlage von Art. 101 Abs. 3 AEUV, die nach § 2 Abs. 2 GWB auch für deutsche Sachverhalte entsprechend Anwendung finden: *Emmerich* in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 26. Auflage (2010), H.I. § 1 Art. 81 und 82 EGV, Rn. 186 ff. mw.N.

⁴⁴ Siehe Kommission, Entscheidung vom 24. 10. 1988, ABl. 1988, L 311/35 (38) – *Euro-Tunnel*; vom 20.05.1999, ABl. 1999, L 218/14 (18 ff.) – *Cégétel*; vom 27.07.1999, ABl. 1999, L 218/24 (27 ff.) – *TD*.

⁴⁵ EuGH U. v. 8. 6. 1982 Rs. 258/78 – *Nungesser/Komm.*, Slg. 1982, 2015, 2069; siehe auch *Emmerich* in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 26. Auflage 2010, H.I. § 1 Art. 81 und 82 EGV, Rn. 144, 224 ff. mw.N.; *ders.*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 1. Auflage (1997-2001), Art. 85 EGV, Rn. 195 ff.

⁴⁶ So ausdrücklich in den Horizontalleitlinien vom 06. Januar 2001, ABl. 2001, C 3/2 (4, Rn. 18 ff.); Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV vom 27.04.2004, ABl. 2004, C 191/97, Rn. 17 ff., 23. Damit ist eine Relativierung des Rechtsgutsschutzes markiert, selbst wenn der EuG nahelegt, dass auch in den Fällen einer Restriktion des Wettbewerbschutzes (Art. 101 Abs.1, Abs. 2 AEUV) offenkundige Verstöße gegen das Kartellverbot wie Preis- und Quotenkartelle nicht gerechtfertigt werden können, vgl. EuG 10.03.1992, Slg. 1992 II 1155, 1246 ff. – *Montedipe*.

Rechtlich gewollte Wettbewerbsbeschränkungen gibt es auch Form von sog. Strukturkrisenkartellen zum raschen Abbau von Überkapazitäten. Gerade im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise wurde dies ausgiebig diskutiert.⁴⁷ Dies zeigt, dass die Beantwortung der Frage, wann Hardcore-Kartelle primärrechtsgutsgefährdend sind, von wirtschaftspolitischen Abwägungen abhängt und keineswegs einem strikten Prinzip unterliegt.

b) Die Unzulänglichkeit des Unwertgehalts von Hardcore-Absprachen zeigt sich in diesem Zusammenhang insbesondere in Fällen des sog. ruinösen Wettbewerbs, der durch Preisdumping das wirtschaftliche Überleben und damit auch die individuellen Freiheitsrechte einer Vielzahl von Anbietern am Markt gefährden kann. Kartellbildungen sind insoweit grundsätzlich geeignet den Primärrechtsgütern sogar förderlich zu sein. Trotz ihrer Kartellrechtswidrigkeit erscheint etwa eine Strafbarkeit von Absprachen, die in keiner Weise auf Schädigung fremder Vermögensinteressen abzielen, sondern allein den Zweck des wirtschaftlichen Existenzerhalts beabsichtigen (vgl. dazu auch „Abwehrkartelle“, II.1.b)) unverhältnismäßig.⁴⁸

So gab beispielsweise der Bundesverband deutscher Milchviehhalter 2008 zum Zwecke der Stabilisierung eines kostendeckenden Rohmilchpreises Preisempfehlungen und zudem Aufforderungen zu Liefer- und Bezugssperren ab, um aufgrund des horrend zugenommenen Preisdumpings im freien Wettbewerb einer erwarteten Vielzahl von Konkursen von landwirtschaftlichen Betrieben und den damit einhergehenden volkswirtschaftlichen Schäden entgegenzuwirken. Das Bundeskartellamt verzichtete in diesem Fall auf ein Bußgeld und betonte im weiteren Verlauf auch stets eine Schiefelage bei der Milchpreisbildung zu Lasten der Milchbauern, die jedoch nicht über die Kartellierung zum Nachteil der Verbraucher gelöst werden könne.⁴⁹ Auch das OLG Düsseldorf führte dazu aus: „Das sich [...] bildende Preisniveau ist von den Marktbeteiligten grundsätzlich auch dann hinzunehmen, wenn es nicht zu einem kostendeckenden Abgabepreis führt. Auch ein solcher – nicht kostendeckender – Preis genießt [...] den Schutz des Kartellrechts.“⁵⁰ Das prinzipielle ordnungsrechtliche Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen mag auch in solchen Extremfällen geboten sein. Einem Kriminalisierungsvorhaben stehen sie jedoch disparat gegenüber.

⁴⁷ Siehe Lüderssen StV 1997, 318 ff.; ders., wistra 1995, 243, 245; Hohmann NStZ 2001, 566, 569. Vgl. auch Herrlinger/Kahlert BB 2009, 1930, 1932 f. m.w.N.

⁴⁸ Götting/Götting, ZfBR 2003, 341, 347; Hohmann NStZ 2001, 566, 568 f. m.w.N.; Jung Zwer 2007, 141, 161; Lüderssen wistra 1995, 243, 248.

⁴⁹ BKartA, WuW 2008 DE-V 1679 – Bundesverband deutscher Milchviehhalter; bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.09.2009, VI-Kart 13/08 (V); Spiegel Online, „Kartellamt warnt vor neuen Milchstreiks“ (01.07.2008): <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,563168,00.html>; BdM „Kartellamt unterstützt Milchbauern“ (02.03.2010): <http://www.bdmverband.org/html/index.php?module=News&func=display&sid=130>

⁵⁰ OLG Düsseldorf (Fn. 49), Rn. 45.

III. Zwischenergebnis: Zweifel an der Strafwürdigkeit

An der Strafwürdigkeit bestehen aufgrund der Ausführungen erhebliche Zweifel. Zwischen Hardcore-Absprachen und freiem Wettbewerb als Zwischenrechtsgut bzw. Wettbewerbsgefährdungen und den individuellen Freiheitsrechten als Primärrechtsgüter besteht kein den strafrechtlichen Anforderungen genügender *prinzipieller* Gefährdungszusammenhang, wie er bei abstrakten Gefährdungsdelikten, und erst recht bei das Primärrechtsgut nur mittelbar schützenden „doppelt-abstrakten Gefährdungsdelikten“, zugrunde zu legen ist. Zum Einen bestehen begriffliche Unterbestimmtheiten sowie Vagheiten im Zusammenhang mit einzelnen Ausnahmetatbeständen. Zum Anderen mangelt es insbesondere an einem deutlichen sozialem Unwertgehalt, weil das Potenzial einer Rechtsgutverletzung in vielen Einzelfällen, aber eben nicht immer zu bejahen ist. Dies spricht dafür, die Sanktionierung von Absprachen auf der Ebene des gemäß § 47 Abs. 1 OWiG dem Opportunitätsprinzip unterworfenen Ordnungswidrigkeitenrechts zu belassen.

D. Strafbedürftigkeit für Hardcore-Absprachen

Schließlich ist – soweit man die Strafwürdigkeit entgegen der obigen Ausführungen bejaht – zu fragen, ob eine Kriminalisierung darüber hinaus angesichts einer bereits vorhandenen ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung für Hardcore-Kartelle überhaupt erforderlich erscheint oder ob dies nicht gegen das Übermaßverbot verstößt.

Inwieweit man dogmatisch Straftaten von Ordnungswidrigkeiten abgrenzen kann, ist nicht unumstritten. Maßgeblich sind nach wie vor qualitative und quantitative Abgrenzungskriterien.⁵¹ Im Wesentlichen gilt jedoch, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht im Sinne eines Abstufungsverhältnisses eine geringere Eingriffsintensität besitzt als das Strafrecht. Dies zeigt sich insbesondere an drei Gesichtspunkten:

- Hauptrechtsfolge ist nach dem OWiG die Geldbuße (§§ 1,30), nach dem StGB auch die Freiheitsstrafe sowie Maßregeln zur Besserung und Sicherung (§§ 38 f., 61 f.).
- Eine Eintragung in das BZR erfolgt grundsätzlich nur im Rahmen des Strafrechts (§§ 3, 4, 10 BZRG).
- Zuständig für Ordnungswidrigkeiten sind die Verwaltungsbehörden auf der Grundlage des Opportunitätsprinzips (§ 35 OWiG, § 81 Abs. 10 GWB). Für Straftaten die Staatsanwaltschaft und Gerichte (§§ 152, 160 f., 173 StPO; Art. 92 GG) jeweils auf der Grundlage des Legalitätsprinzips.

Dass eine Strafbarkeit zusätzlich zu der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung erforderlich sein soll, überzeugt letztlich nicht.

⁵¹ Siehe Achenbach, Frankfurter Kommentar (2009), Vorbem. § 81, Rn. 16 m.w.N.

I. Verfolgungs- und Verfahrenseffizienz

Vorgebracht wird von Befürwortern einer Gesetzesänderung zunächst, dass eine Strafbarkeit von Hardcore-Kartellen mit einem Effizienzzuwachs bei der Aufdeckung und Ermittlung von Hardcore-Kartellen einhergehe. So könnten beispielsweise Ermittlungsmaßnahmen der StPO, wie etwa die Telefonüberwachung gemäß § 100a StPO, ergriffen werden, die für Ordnungswidrigkeiten in der Art nicht zur Verfügung stehen.⁵²

Einerseits unterbewertet die Argumentation die besondere Effizienz der Verfahren des Bundeskartellamtes, die in ihrem Spezialisierungsvorteil begründet ist. Sowohl die seit 2002 neben den beiden Kartellbeschlussabteilungen eingesetzte Sondereinheit SKK („Sonderkommission Kartellbekämpfung“), die als Enforcement-Abteilung erfolgreich hochspezialisierte Ermittlungs- und Aufdeckungsarbeit leistet, als auch die Implementierung sog. Bonus- bzw. Leniency-Programme, die in wirksamer Weise wie Kronzeugenregelungen funktionieren⁵³, sprechen dafür, dass die Aufdeckungs- und Ermittlungsarbeit des Bundeskartellamtes besonders effizient ist⁵⁴ und es aufgrund dieser Spezialisierung einer staatsanwaltschaftlichen Strafverfolgung nicht notwendig bedarf.

Vielmehr würde die Strafbarkeit von Hardcore-Kartellen den Verfahrensablauf sogar verkomplizieren und damit möglicherweise sogar nachteilig beeinflussen. Denn die Kartellbehörde ist für Verfahren wegen der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person sowohl aufgrund des Ordnungswidrigkeitenrechts als auch aufgrund eines Strafgesetzes wegen §§ 35, 40 OWiG i.V.m. § 82 GWB weiterhin zuständig. Jedoch ist die Zuständigkeit für die Sanktionierung der natürlichen Person (Staatsanwaltschaft, Gericht) und der juristischen Person (Kartellbehörde) aufgespalten, was auch schon nach Einführung des § 298 StGB zu Koordinierungsaufwand bei der Ermittlungsarbeit geführt hat.⁵⁵ Die Kriminalisierung von Hardcore-Kartellen würde die Verkomplizierung des Verfahrensablaufs ausweiten.

II. Spezial- und Generalprävention

Die Schaffung eines auf Hardcore-Kartelle ausgeweiteten Straftatbestands wird auch mit dem Argument gefordert, dass mit der bloßen Anwendung des Ordnungswidrigkeitenrechts keine ausreichende spezial- und generalpräventive Wirkung zu erzielen sei. Unternehmen reagierten

mit einer Einpreisung einer zu erwartenden Geldbuße, sodass Negativanreize unmittelbar zu Lasten der Entscheidungsträger als Individuen nötig seien.⁵⁶ Diese Argumentation verfängt letztlich nicht, da sie einen konkreten empirischen Nachweis für einen Präventionsnachteil eines ordnungsrechtlichen Verfahrens gegenüber einem kriminalstrafrechtlichen schuldig bleibt.⁵⁷

1) Ganz im Gegenteil, gibt es Belege, die von einer durchschlagenden Wirkungskraft des hohen Bebußungsumfangs zeugen. So sind strukturelle Änderungen innerhalb ganzer Teilmärkte, etwa im Energiesektor, auf die besonders hohen Bußgeldandrohungen zurückzuführen.⁵⁸ Einer systematischen Einpreisung steht entgegen, dass die Geldbußen sowohl nach deutschem als auch europäischem Recht immer auch Ahndungsgeldbußen und nicht lediglich Gewinnabschöpfungsgeldbußen sind. Auch die Entscheidungsträger selbst müssen mit hohen Geldbußen rechnen (siehe A.), sodass ein Anreiz im Sinne der Principle-Agent-Theorie, zum eigenen Vorteil und zu Lasten des Unternehmens Kartellbildungen vorzunehmen, erheblich abgemindert sein dürfte.

Die Geldbußen – namentlich gegen juristische Personen – haben, insbesondere innerhalb der europäischen Kartellbekämpfung, bereits solche Höhen erreicht, dass inzwischen sogar ein überbordender, unverhältnismäßiger Haftungsumfang beklagt wird.⁵⁹ In europäischen Kartellbußverfahren durch die Kommission werden zuweilen Rekordbußgelder festgesetzt, so beispielweise 1,4 Mrd. Euro im Jahre 2008 gegen ein Autoglaskartell oder 799 Mio. Euro gegen ein Luftfrachtkartell im Jahre 2010.⁶⁰ Derartige Bebußungen widerlegen jedenfalls die Behauptung, das Ordnungswidrigkeitenrecht sei wirkungsschwach.

In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings auch die Frage, ob das Kartellordnungswidrigkeitenrecht aufgrund des Haftungsumfangs nicht praktisch bereits Strafcharakter angenommen hat und somit selbst Anlass dafür gibt als eine Strafnorm konzipiert zu sein. Bedenken gegen die Rechtsstaatlichkeit des gesetzlichen Haftungsumfangs hinsichtlich des § 81 GWB werden in diesem Zusammenhang insbesondere bezüglich des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des Richtervorbehalts (Art. 92 GG) geäußert.⁶¹ Gegen die Annahme eines gleichwohl

⁵² Wagner-von Papp WuW 2010, 268, 276.

⁵³ Danach kann das Bundeskartellamt vom Bußgeld absehen oder es reduzieren, wenn die Kartellanten einen wesentlichen Beitrag zur Aufdeckung oder zum Nachweis eines Kartells leisten und das kartellwidrige Verhalten einstellen, siehe <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/Kartellverbot/kartellverbot.php>

⁵⁴ Siehe <http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/FurtherInfo/leniency.php>; www.compliancemagazin.de/markt/interviews/bundeskartellamt190307.html; zur Effizienz der behördlichen Kartellverfolgung in Deutschland Lampert, Betriebs Berater 2002, 2237 ff.; Federmann, Kriminalstrafen im Kartellrecht (2006), S. 480 ff.

⁵⁵ Dazu Achenbach WuW 1997, 958, 960 f.; Korte NStZ 1997, 513, 517.

⁵⁶ Wagner-von Papp WuW 2010, 268, 272 ff. Dabei ist auch auf den Principle-Agent-Effekt zu verweisen, dass Entscheidungsträger trotz Bebußung der Unternehmen einem Anreiz zur Kartellbildung ausgesetzt sind, um ihre Chance auf Beförderungen oder Bonuszahlungen zu erhöhen (aaO, S. 271 f. m.w.N.).

⁵⁷ Siehe schon Möschel, Zum Problem einer Kriminalisierung von Submissionsabsprachen (1990), S. 40 ff.; so im Ergebnis auch die ökonomische Analyse, Federmann, Kriminalstrafen im Kartellrecht (2006), S. 295 ff.

⁵⁸ Möschel WuW 2010, 869, 870.

⁵⁹ Zuletzt Mansdörfer/Timmerbeil EuZW 2011, 214, 217 f. m.w.N., mit der Forderung nach einem Sanktionssystem, welches eine „Geldbuße auf Bewährung“ vorsieht; Möschel Der Betrieb 2010, 2377 f.

⁶⁰ Siehe <http://ec.europa.eu/competition>; Soltész EuZW 2011, 121 ff.

⁶¹ Siehe Möschel WuW 2010, 869, 875 f.; aus ähnlichen Erwägungen heraus werden die europäischen Verwaltungsrichtlinie bei europäischen Kartellsanktionen kritisiert: Mansdör-

faktischen Strafcharakters aufgrund des Haftungsumfangs könnte vorgebracht werden, dass hohe absolute Ahndungsbußgelder für sich genommen dem Charakter einer Ordnungswidrigkeit solange nicht abträglich sind, wie sie in angemessener Relation zur Gewinnabschöpfung stehen und somit auch mit Ordnungswidrigkeiten im kleineren Umfang vergleichbar sind. Selbst wenn man dem nicht folgt und an einem Konflikt des bisherigen Ordnungswidrigkeitenrecht angesichts Art. 92 GG festhält, redet man damit nicht zwingend den Kriminalisierungsbefürwortern das Wort, da den Vorgaben des Art. 92 GG auch schon durch eine Adaption der Prozessbedingungen innerhalb des bestehenden Ordnungswidrigkeitenrechts entsprochen werden könne.⁶²

2) Zu berücksichtigen ist desweiteren auch, dass eine strafrechtliche Regelung spezial- und generalpräventive Zielsetzungen durch Umgehungsstrategien und Verdeckungsmaßnahmen konterkarieren kann.⁶³ Zu befürchten ist fernerhin auch eine Einbuße der teilweise kooperativen Strukturen zwischen Unternehmenswelt und Kartellamt.⁶⁴

3) Auch spricht auch ein zu besorgender „chilling effect“ gegen eine Strafbedürftigkeit. Gerade bei komplexen Sachverhalten, deren Kriminalisierung mit Vagheiten und dem Risiko eines überbordenden strafrechtlichen Zugriffs einhergeht, besteht die Möglichkeit eines sich aufbauenden Druck- und Abschreckungspotentials, das auf das zu schützende Rechtsgut letztlich sogar einschränkend wirkt.⁶⁵ Entscheidungsträger könnten Handlungen unterlassen, die in Wirklichkeit kartellrechtlich erlaubt sind, weil sie eine persönliche Inkriminierung fürchten. Dies betrifft insbesondere die Bereiche, in denen eine rechtliche Grauzone existiert (vgl. C.II.).

III. Kohärenz der Rechtsordnung(en)

Schließlich kann auch die Forderung nach einer Kohärenz der Rechtsordnung(en)⁶⁶ kein zwingendes Strafbedürfnis belegen.

1) Soweit im Hinblick auf das deutsche Strafrecht die Frage gestellt wird „ob eine Submissionsabsprache zwischen lokalen Handwerkern wirklich strafwürdiger ist als

fer/Timmerbeil EuZW 2011, 214, 218; *Schwarze* EuZW 2003, 261, 268 f.; *Möschel* Der Betrieb 2010, 2377.

⁶² *Möschel* WuW 2010, 869, 875 ff. Ein solches Alternativkonzept würde überdies auch den europarechtlichen Vorgaben des Art. 6 EMRK sowie des Art. 47 Charta der Grundrechte entsprechen, siehe *Möschel* Der Betrieb 2010, 2377, 2380 f. mit Verweis auf die französische Regelung.

⁶³ Ebenso denkbar ist eine abnehmende Grenzabschreckung, d.h. eine sinkende Hemmschwelle zur Begehung von noch schwerwiegenderen Verdeckungstaten, vgl. *Cseres/Schinkel/Vogelaar*, Law and economics of criminal antitrust enforcement: an introduction, in: Criminalization of Competition Law Enforcement, S. 1 ff., 11.

⁶⁴ Siehe etwa *Möschel*, Zur Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen, in: Merz/Schlupe (Hrsg), Recht und Wirtschaft heute, Festgabe Max Kummer (1980), S. 431 ff., 433 f.

⁶⁵ Vgl. statt vieler *Sieber* NStZ 2009, 353, 363.

⁶⁶ So *Wagner-von Papp* WuW 2010, 268, 276 f.; *Biermann* ZWeR 2007, 1, 20.

ein weltweites Preiskartell [...], das Milliarden Schäden verursacht“⁶⁷, so ist darauf zunächst zu entgegnen, dass ungeachtet der leicht divergierenden Struktur von Submissionskartellen gegenüber den übrigen Hardcore-Kartellen – die im Übrigen auch den Grund für eine unterschiedliche Bewertung beider Kartellformen im Rahmen des § 263 StGB darstellt – die Missbilligung eines sozialschädlicheren weltweiten Preiskartells freilich größer ist als die eines lokalen Submissionskartells. Diese graduell unterschiedliche Missbilligung spiegelt sich, wie aufgezeigt, auch in graduell sehr divergierenden Haftungsvolumen wider.

Hinzu kommt, dass § 298 StGB im Unterschied zu einer geforderten Strafbarkeit von Hardcore-Kartelle, nach h.M. einen unmittelbaren Primärrechtsgutsschutz aufweist und daher vor dem Hintergrund der vorgenannten Erwägungen eine andere Bewertung erfahren kann als es Hardcore-Kartelle tun.⁶⁸

Folgt man der Auffassung eines unmittelbaren Primärrechtsgüterschutzes bei § 298 StGB nicht, so ist die hier vorgetragene Kritik an einer Kriminalisierung von Hardcore-Kartelle weitestgehend auch auf Submissionskartelle übertragbar, sodass die Lösung dieser Divergenz theoretisch auch in der Rücktransformation des § 298 StGB – in das Ordnungswidrigkeitenrecht diskutiert werden kann.

2) Das deutsche Strafrecht hat auch angesichts des US-amerikanischen und britischen Kartellstrafrechts keinen Kriminalisierungs-Nachholbedarf.⁶⁹ Es bestehen erhebliche Zweifel, dass in den Ländern Kartellvergehen nur aufgrund der Strafbarkeit abgenommen haben.⁷⁰ Auch besteht keine begründete Gefahr einer Isolierung Deutschlands innerhalb der Europäischen Union, in der kartellstrafrechtliche Regelungen die Ausnahme bleiben. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass in Österreich das Kartellstrafrecht im Jahr 2002 sogar wieder zu einer Ordnungswidrigkeit zurücktransformiert worden ist.⁷¹

E. Ergebnis

In der vorangegangenen Erörterung wurde aufgezeigt, dass Kartellverstöße innerhalb des Ordnungswidrigkeitenrechts adäquat angesiedelt sind. Es bestehen Zweifel an einer darüber hinausreichenden Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit von Hardcore-Kartellen. Diese Zweifel werden sowohl von strafrechtsdogmatischen wie auch von empirischen Gründen getragen. Sie sind geleitet von

⁶⁷ *Biermann* ZWeR 2007, 1, 20.

⁶⁸ Siehe C.I., Fn. 25.

⁶⁹ So *Wagner-von Papp* WuW 2010, 268, 281. Zur Kartellstrafbarkeit in den USA und in Großbritannien: *Federmann*, Kriminalstrafen im Kartellrecht (2006), S. 54 ff., 64 ff., 148 ff., 179 ff.; *Reimann/Crohs* WuW 2003, 739 ff.

⁷⁰ Kritisch insbesondere zur britischen Regelung: *Julian Joshua*, Shooting the Messenger: Does the UK Criminal Cartel Offense Have a Future?, in: The Antitrust Source 2010, S. 1 ff. (www.antitrustsource.com) m.w.N.; siehe auch *Ulf Böge*, Präsident des Bundeskartellamts: www.compliancemagazin.de/markt/interviews/bundeskartellamt190307.html

⁷¹ Siehe *Götting/Götting* ZfBR 2003, 341, 347.

einem Verständnis des Strafrechts, das sich selbst begrenzenden Prinzipien unterwirft, um dadurch an Legitimation zu gewinnen. Die Kriminalisierung von Hardcore-Kartellen in der Form eines „doppelt abstrakten Gefährdungsdelikts“ genügt den Grundsätzen eines begrenzten strafrechtlichen Zugriffs nicht. Die Forderung

nach der einer Ausweitung des Kartellstrafrechts ist möglicherweise Ausdruck eines symbolischen Strafrechtsverständnisses, das den politischen Anspruch einer flächendeckenden Regulierung erhebt.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Tondorf/Tondorf. Psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren – Verteidigung bei Schuldfähigkeits- und Prognosebegutachtung; Praxis der Strafverteidigung Bd. 30; 360 Seiten; 44, 95 €; C. F. Müller Verlag, 3. Aufl.: Heidelberg 2011.

I. Wenn im Strafverfahren um die Schuldfähigkeit oder die Schuldinderung gem. §§ 20, 21 StGB gerungen wird, oder wenn es um eine Prognose über die zukünftige Legalbewährung geht, stoßen viele Verteidiger an die Grenzen ihres Könnens, zumal es sich, ähnlich der Kriminaltechnik, um eine ausbildungsfremde Materie handelt. Freilich gilt das auch für Richter und Staatsanwälte. Die Beseitigung von Wissensdefiziten ist ganz der Initiative des Einzelnen überlassen. Doch die wird nicht selten bereits an zahlreichen fachspezifischen Termini scheitern. Die Gefahr sich und vor allem seinen Mandanten zumindest faktisch dem „Richter in weiß“¹ auszuliefern, ist nicht gerade klein. Dabei besteht kein Zweifel, dass solches Geschehen-Lassen sowohl berufsethisch als auch berufsrechtlich inakzeptabel ist. Denn der Verteidiger ist infolge seiner Beistandspflicht (§ 137 Abs. 1 StPO) verpflichtet, jedem zweifelhaften Befund nachzugehen.² Der

Umstand, dass in 10 Jahren nun drei Auflagen des Buches erschienen sind, belegt einerseits das beträchtliche praktische Bedürfnis an einer verständlichen Darstellung der mit dem Psycho-Sachverständigen verbundenen Probleme und spricht andererseits deutlich für die Qualität des Buches, die sich, das sei schon hier gesagt, nochmals verbessert hat.

II. 1. Das Buch ist in zwei Teile aufgegliedert, die mit den Überschriften „Konsensualverteidigung und Konfliktvermeidungsstrategien“ (Rn. 1 bis 264) und „Konfliktbereite Verteidigung“ (Rn. 265 bis 330) versehen sind. Das ist eine sicher ungewöhnliche Untergliederung, und sie könnte der Vorstellung Vorschub leisten, konsensuale und konfliktbereite Verteidigung seien Gegensätze und die entsprechenden Teile des Buches seien jeweils für einen bestimmten Typus des Verteidigers geschrieben. Das aber wäre falsch, denn Konsens ist nur solange gut, wie die Sache des Mandanten nicht darunter leidet; und: Was ist am Konflikt, der nicht mit unsinnigem, der Sache nur schädlichem Klamauf verwechselt werden darf, so furchtbar schlimm? Was ist denn Strafverfahren anders als ein regelgeleiteter, ritualisierter Konflikt, der in der Sache hart geführt werden kann, darf und gelegentlich

¹ Vgl. schon Mayer, in: FS Mezger (1954) S. 455, 465: „iudex facti“.

² Zur zivilrechtlichen Haftung des Strafverteidigers: Barton, in: Widmaier [Hrsg.], Münchener Anwaltshandbuch Straf-

verteidigung [2006], § 57; K. Schlecht, Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers [2007] mit ausf. Rez. Neuhaus HRRS. 2009, 461.

auch hart geführt werden muss³ Kurzum: Auch der sog. Konsensualverteidiger muss konfliktbereit und -fähig sein. *Tondorf/Tondorf* sehen das gewiss nicht anders (Rn. 18 ff.). Aber wegen der beschriebenen Gefahr einer Etikettierung böte es sich für zukünftige Auflagen vielleicht an, den zweiten Teil mit „Verteidigung im Konfliktfall“ o. ä. zu titulieren.

2. a.) Der erste Teil beginnt mit einer „Einleitung in die Sachverständigen-Thematik“ (A.). *Tondorf/Tondorf* schildern hier zunächst die neuen Ergebnisse der neurobiologischen Forschung (Schlagwort: mangelnde Willensfreiheit des Menschen), die sie ohne Weiteres mit dem strafrechtlichen Schuldbegriff für vereinbar halten. Zu recht bezeichnen sie aber die gegenwärtige Diskussion unter Bezugnahme auf die tiefgründige Kommentierung *Wolfgang Schilds* im NK-StGB als „aufgebläht“ und „Theater“ (Rn. 4).⁴

b.) Naturwissenschaften und empirische Wissenschaften unterscheiden sich grundlegend dadurch, dass es bei den Letztgenannten i. d. R. keine klaren Wenn-dann-Beziehungen gibt, die über jeden Zweifel erhaben wären und über die man nicht kontrovers diskutieren könnte. Gerade bei Fragestellungen aus dem Bereich der forensischen Psycho-Wissenschaften verschärft sich das Problem „Weichheit der diagnostischen Kriterien“ (Rn. 15), durch das jeweilige „Vorverständnis der Gutachter“, d. h. der Zugehörigkeit zu einer (rivalisierenden) „Schule“ (Rn. 17 ff., 320, 354)⁵, die damit (auch) verbundene „Subjektivität der Bewertung“ (Rn. 16) und die Verständigungsschwierigkeiten zwischen Juristen und Psycho-Sachverständigen (Rn. 13).⁶

c.) Naturgemäß breiten Raum nehmen die Ausführungen im zweiten Abschnitt (B.) ein, der sich mit dem Krankheitsbegriff der §§ 20, 21 StGB befasst und die vier sog. biologischen Eingangsmerkmale systematisch aufbereitet. Bei der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung liegt der Schwerpunkt bei den Affekttaten, namentlich bei der Vorsatzfrage (Rn. 29), die von der h. M. fast immer mit leichter Hand bejaht und dabei übersehen wird, dass zumindest bei Affekten, die im Zusammenhang mit Gewaltdelikten stehen, sowohl das intellektuelle als auch das voluntative Vorsatzelement in Wahrheit höchst problematisch sind: Der Affektdurchbruch ist nämlich i. d. R. nicht das Ergebnis einer auch noch so kurzen Willens-

bildung, sondern das Produkt ihres Verfalls. Bei der begrifflich diskriminierenden (schweren anderen seelischen) Abartigkeit werden vor allem die sexuellen Verhaltensabweichungen und Störungen, Süchte (zum Problemfeld des § 64 StGB: Rn. 167) und Persönlichkeitsstörungen i. S. v. Psychopathien und Neurosen behandelt. Beim Thema „Spielsucht“ weisen *Tondorf/Tondorf* darauf hin, dass exzessives Spielverhalten eher als Symptom für andere psychopathologische Auffälligkeiten anzusehen sein dürfte, insbesondere Ausdruck dissozialer, narzisstischer oder Borderline-Persönlichkeitsstörungen (Rn. 41). Hervorzuheben ist, dass auch weniger bekannte Probleme wie das Burn-out-Syndrom (Rn. 50 ff.), was etwa bei der Verteidigung von Rechtsanwälten, Ärzten oder Steuerberatern relevant werden kann, oder Entwurzelungsneurosen (Rn. 53) erörtert werden; ein echter Gewinn!

d.) Der dritte Abschnitt (C.) ist den an Sachverständigengutachten zur Schuldfähigkeit und Prognose notwendig anzulegenden klassischen wie modernen Standards gewidmet (Rn. 67 bis 86, gleichfalls Rn. 212 f., 326). Er ist unbedingte Pflichtlektüre für jeden mit entsprechenden Fragen befassten Verfahrensbeteiligten. Die wirklichen Probleme verursachen jedoch die Gutachten, die zwar äußerlich den Anforderungen entsprechen, in ihren Schlussfolgerungen von den Fakten aber nicht gedeckt sind (dazu auch Rn. 324, 326). Der praktischen Bedeutung entsprechend legen *Tondorf/Tondorf* hier einen Schwerpunkt auf die Mindestanforderungen bei der Schuldfähigkeitsbeurteilung von Beschuldigten mit Persönlichkeitsstörungen oder sexueller Devianz.

e.) Der mit mehr als 100 Randnummern umfangreichste Abschnitt gehört der Kriminalprognose. Das leuchtet ein: Während sich die Sachverständigen früher vor allem im Bereich der Schuldfähigkeitsbegutachtung betätigt haben, hat sich dies zwischenzeitlich geändert. Heute liegt der Schwerpunkt ihres Wirkens auf dem Gebiet der Kriminalprognose. *Günter* und *Babette Tondorf* schildern in ihrer Einleitung trefflich das gesellschaftliche Binnenklima um den Rückfall (Rn. 88) und rufen die Worte von BGH-Präsident *Klaus Tolksdorf* beim Presseempfang des BGH am 04. Februar 2010 in Erinnerung: Er warf dem Gesetzgeber im Zusammenhang mit den diversen Reformen der Sicherungsverwahrung „Kurzatmigkeit und Populismus“ vor⁷ und stellte vornehmlich an die zeitweilig hysterisch agierenden Medien gewandt klar: „Wir leben seit Jahren sehr sicher in Deutschland“. Besonders wichtig sind die dann folgenden Ausführungen der Autoren zu den Fehlerquellen bei der Würdigung der – im einzelnen dargestellten – Prädikatoren der Kriminalprognose (Rn. 115 ff., 172). Sie zu kennen (und zu erkennen) ist nicht nur unverzichtbare Voraussetzung bei der Erfüllung der schon oben angesprochenen Beistandspflicht des Verteidigers, sondern auch der aus Art. 92 GG herzuleitenden Verpflichtung des Richters zur eigenverantwortlichen Beurteilung des Sachverständigenbeweises. Ausführliche Checklisten und Prognosetafeln führen sicher durch das schwierige Terrain (Rn. 133 ff.), wobei *Tondorf/Tondorf*, was besonders verdienstvoll ist, den Besonderheiten von Prognosen bei Maßregeln der Besserung und Sicherung

³ Es ist selbstverständlich, dass höfliche Umgangsformen und ein verbindlicher Ton gewahrt werden. Die wahre Kunst der Verteidigung wird sich sehr häufig gerade darin zeigen, dass der Kampf um die besseren Argumente dem Machtkampf oder sogar dem „totalen Krieg im Gerichtssaal“ überlegen ist. Es gehört zur Aufgabe der Verteidigung, vermeidbare Konflikte auch tatsächlich zu vermeiden.

⁴ Erhellend auch *Lüderssen*, in: FS Puppe (2011), S. 65.

⁵ Zwar wird heute im einschlägigen Schrifttum nur noch selten von einem „Schuldenstreit“ gesprochen. Das ändert aber nichts daran, dass die Beurteilungskonzepte zwischen somatisch (oder: biologisch) und psychodynamisch (oder: psychoanalytisch) ausgerichteten Sachverständigen sehr unterschiedlich sind und i. d. R. zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

⁶ Dazu neuestens: *M. Bernhardt*, Probleme der Verständigung zwischen Richter und psychologischem Gutachter im deutschen Strafverfahren (2011).

⁷ Beispielhaft *Edmund Stoiber* in: FS F. Chr. Schroeder (2008), S. 3: „Zur Renaissance der Sicherungsverwahrung“.

einen eigenen ausführlichen Abschnitt widmen: § 63 StGB (Rn. 166), § 64 StGB (Rn. 167), § 66 StGB (Rn. 176 ff.). Sie können durchaus als „Wegweiser aus dem Vollzug“ (Rn. 170 bis 175) dienen. Zwar hat inzwischen das Bundesverfassungsgericht den sog. Reformen zur Sicherungsverwahrung, die sich in Kurzform zusammenfassen ließen als: „Leichter rein, länger drin, schwerer raus“, durch Urteil vom 4. Mai 2011 in weiten Bereichen den überfälligen Garaus gemacht.⁸ Die Erläuterungen im Buch sind dadurch aber nicht etwa überflüssig geworden. Das Institut der Sicherungsverwahrung wird es weiter geben, und die Notwendigkeit eines mehrdimensionalen Ansatzes bei der Kriminalprognose (Rn. 100 ff.) gilt nach wie vor.

Wenn es im Abschnitt „Kriminalprognose“ etwas zu bemängeln ist, dann allein, dass die grundlegende Arbeit von Hauke Brettel zum praktisch bedeutsamen Thema „Tatverleugnung und Reststrafenaussetzung“⁹ nicht verarbeitet wurde, zumal im Vollzug verbreitet die falsche These gilt, dass derjenige, der die Tatbegehung auch noch nach rechtskräftiger Verurteilung bestreite, sich nicht mit ihr auseinander gesetzt haben könne und deshalb (weiterhin) als gefährlich einzustufen sei.

f.) Im nächsten Abschnitt (H.) wenden sich die Autoren den einzelnen Berufsgruppen zu: Staatsanwälten (Rn. 236 ff.), Richtern (Rn. 248 ff.), Sachverständigen (Rn. 259 ff.) und Verteidigern (Rn. 294 ff.). Tondorf/Tondorf untersuchen, was sie jeweils aus ihrer berufsspezifischen Rolle zur Konfliktvermeidung tun können. Das Buch hat hier einen stark appellativen Charakter. Es will – nicht nur hier, aber hier ganz besonders – anstoßen. Von der Staatsanwaltschaft fordern die Autoren mit überzeugender Begründung insbesondere ein, der Verteidigung vor der Beauftragung eines (Psycho-) Sachverständigen konsequent rechtliches Gehör zu gewähren, ein Begehren, das nicht nur durch die Entscheidung BGH NStZ 1998, 422 Auftrieb erhalten, sondern gerade in der neueren Zeit zahlreiche Verfechter gefunden hat.¹⁰ Vollstre-

ckungsrichter mahnen Tondorf/Tondorf unter Hinweis auf OLG Hamm 1 Ws 479/09¹¹ und BVerfG StV 2009, 708 vorenthaltene Vollzugslockerungen nicht hinzunehmen, sondern die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung selbst anzuordnen (Rn. 256 f.). An Sachverständige richten Sie u. a. die Empfehlung zur Selbstreflexion und zum „richtigen“ (= entspannten) Umgang mit der Verteidigung (Rn. 267 ff., 309). Der Verteidigung schreiben die Autoren ins Stammbuch, sich das „notwendige Basiswissen“ zu verschaffen (Rn. 294), eine berechtigte Forderung, die durch Lektüre des hier besprochenen Buches sicher erfüllt würde: Es bedarf nun einmal qualifizierter Vorbereitung, um einen Sachverständigen, der ein fragwürdiges Gutachten präsentiert, in die Ecke zu drängen. Besonders lehrreich sind die Empfehlungen zum Umgang mit dem präsenten Sachverständigen (Rn. 311 f.). Allerdings scheinen die Ausführungen im zweiten Teil des Buches „Konfliktbereite Verteidigung“ besser aufgehoben. Zumeist stehen Staatsanwaltschaft und Gericht diesen Sachverständigen mit äußerster Skepsis gegenüber, mit unter sogar mit unverhohlener Geringschätzung. Die bekannten Fälle „Ziegert I“¹² und „Ziegert II“¹³ (Rn. 311, 317) legen darüber ein beredtes Zeugnis ab.

III. Im zweiten Teil zeigen Tondorf/Tondorf die typischen Konfliktfelder im Ermittlungsverfahren und der Hauptverhandlung auf. Besonders lesenswert sind die ausführlichen und mit Recht kritischen Ausführungen zur „Ziegert II“-Entscheidung, zum Antrag auf Beiziehung der Arbeitsunterlagen des Sachverständigen (Rn. 335 ff.) bzw. zum Antrag auf Aushändigung eines schriftlichen Gutachtens (Rn. 321, 334, 351)¹⁴ und zu den denkbaren Fragen an den Psycho-Sachverständigen, namentlich: „Wie machen Sie das eigentlich, künftiges kriminelles Verhalten bzw. künftige Ungefährlichkeit des Angeklagten vorauszusagen? Worin besteht das methodische Grundprinzip bei einem Prognosegutachten? Wie lautet die Ausgangshypothese? Sagt Ihnen die sogenannte Null-Hypothese etwas?“ (Rn. 345). In der dritten Auflage neu sind die Hinweise auf das Beweisantragsrecht (Rn. 304 bis 307, 370) und Revisionsrecht (Rn. 312 ff.). In der sicherlich zu erwartenden Neuauflage sollte der

⁸ BVerfG HRRS 201 Nr. 488 mit Anm. Mosbacher HRRS 2011, 229 sowie Anm. Kreuzer/Bartsch StV 2011, 472 und Anm. Eisenberg StV 2011, 480.

⁹ Brettel, Tatverleugnung und Strafrestausssetzung – Ein Beitrag zur Praxis der Kriminalprognose (2007) mit Bspr. Neuhaus HRRS 2008, 465.

¹⁰ Dierlamm, in: FS Egon Müller (2009), S. 117: „Das rechtliche Gehör vor der Auswahl eines Sachverständigen im Ermittlungsverfahren“ und Dippel, a.a.O., S. 125: „Ausgewählte Themen des Beweises durch Sachverständige im Strafverfahren“ geißeln in ihren Beiträgen die gegenwärtig (mindestens) als gesetztesfern zu rügende Praxis in diesem Bereich. Beide sind der zutreffenden Ansicht, dass die Regelung des § 73 Abs. 1 S. 1 StPO, wonach die Auswahl des Sachverständigen durch den Richter zu erfolgen hat, durch § 161 a StPO nicht eingeschränkt worden ist. Dierlamm entwickelt aus dem Verstoß gegen das Recht auf Gewährung rechtlichen Gehörs vor der Auswahl eines Sachverständigen im Ermittlungsverfahren ein grundsätzliches Beweisverwertungsverbot (S. 123); eine Forderung, die durch die fulminante Untersuchung von Gaede und die von ihm zum Beleg ausgewertete Rechtsprechung des EGMR massive Unterstützung erfährt (Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gem. Art. 6 EMRK [2006], S. 658: Die Entscheidung, welcher Sachverständige zu bestellen sei, dürfe nicht ohne vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs getroffen werden.

Andernfalls könne von einer wirksamen Verteidigungsteilnahme nicht gesprochen werden; ausf. dazu auch die Rez. Neuhaus HRRS 2007, 373). Dippel wendet sich engagiert (auch) gegen die falsche Selbstverständlichkeit, mit der die Bestimmungen über die (weitere) Aufklärung des Sachverhalts durch Gutachter toleriert werden (S. 138 f.). Er belässt es aber nicht bei seiner tiefgründigen und überzeugenden Kritik, sondern zeigt konkrete Möglichkeiten auf, wie das Verfahren verbessert werden könnte. Er schließt mit der unbestreitbar richtigen Mahnung, dass die Nichtanwendung des Gesetzes durch diejenigen, die es hüten und bewahren sollen, dem Recht schaden muss (S. 145).

¹¹ Die Entscheidung kann z. B. abgerufen werden über www.burhoff.de. Sie wird positiv besprochen von Krehl, in: FS Rissing-van Saan (2011), S. 301. „Vollzugslockerungen und Reststrafenaussetzung“, dort S. 310 f.

¹² BGSt 43, 171 = StV 1997, 562 mit Anm. Witting StV 1998, 174. Vgl. auch Gatzweiler StraFo 1997, 43.

¹³ BGHSt 44, 26 = StV 1999, 463 mit Anm. Lemke NJ 1998, 380, Zieschang StV 1999, 467 und Grabow StV 1999, 465.

¹⁴ Zurückhaltend BGHSt 54, 177; kritisch etwa Deckers/Schöch/Nedopil/Ditmann/Müller/Nowara/Saimenh/Boetticher/Wolf NStZ 2011, 69; NOMOS – Kommentar zum gesamten Strafrecht (2. Auflage 2011) – Neuhaus, § 82 Rn. 3 m. w. Nws.

Hinweis auf BGHSt 55, 5¹⁵ nicht fehlen. Der Leitsatz dieser Entscheidung lautet: „Wenn der Tatrichter einen Beweisantrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigen-gutachtens (§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO), der auf substantiiert dargelegte methodische Mängel des (vorbereitenden) Erstgutachtens gestützt ist, allein mit der Begründung zurückweist, er verfüge selbst über die erforderliche Sachkunde (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO), darf er sich in den Urteilsgründen hierzu nicht dadurch in Widerspruch setzen, dass er seiner Entscheidung das Erstgutachten ohne Erörterung der geltend gemachten Mängel zugrunde legt“.

IV. Günter und Babette Tondorf geben mit ihrem Buch allen am Verfahren beteiligten Juristen das notwendige Gerüst in die Hand, um die zahlreichen, komplizierten und in ihren Auswirkungen höchst bedeutsamen Probleme beim Beweis durch Psycho-Sachverständige wenn nicht gar zu lösen, so doch zu erkennen und gut zu verstehen. Sie bleiben dabei keineswegs an der Oberfläche, sondern

¹⁵ = NJW 2010,1214 mit Anm. Hoffmann/Wendler NJW 2010, 1216; Eisenberg JZ 2010, 474; Trück NStZ 2010, 586.

setzen sich mit den einschlägigen Fragestellungen gründlich auseinander, ohne sich aber im kleinsten Detail zu verlieren. Den nicht seltenen Appellen zum wissenschaftlich kontradiktorischen Diskurs sollte sich kein Verfahrensbeteiligter verweigern,¹⁶ denn eines verbindet nach dem Verständnis des Rezensenten doch alle Berufsgruppen, gleichviel ob Verteidiger, Staatsanwalt, Sachverständiger oder Richter: Das Interesse an einem fairen Verfahren. Mir scheint das Buch trotz seiner Publizierung in der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ jetzt ein Klassiker für das einschlägige Rechtsgebiet insgesamt geworden zu sein, unabhängig von der Profession des jeweiligen Verfahrensbeteiligten. Kurzum: Ein großer Wurf!

Prof. Dr. Ralf Neuhaus, RA und Fachanwalt für Strafrecht, Dortmund/Bielefeld

¹⁶ Ebenso Artkaemper StRR 2011, 183, 184.

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

981. BVerfG 2 BvR 942/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Mai 2011 (Hanseatisches OLG / LG Hamburg)

Staatlicher Strafanspruch; lebenslange Freiheitsstrafe; Reststrafaussetzung zur Bewährung; Menschenwürde; körperliche Unversehrtheit.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 57a StGB

982. BVerfG 2 BvR 1083/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Juni 2011 (Saarländisches OLG / LG Saarbrücken / StA Saarbrücken)

Staatlicher Strafanspruch; Haftunterbrechung; Menschenwürde; körperliche Unversehrtheit.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 455 Abs. 4 StPO

983. BVerfG 2 BvR 1739/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. August 2011 (OLG Karlsruhe / LG Freiburg)

Fesselung während eines Gerichtstermins (Anhörung); Rechtsschutzgarantie (Rechtsschutzbedürfnis; gewichtiger Grundrechtseingriff; effektiver Rechtsschutz).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 StVollzG; § 114 Abs. 2 Satz 2 StVollzG

984. BVerfG 2 BvR 2135/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juni 2011 (OLG Köln / LG Bonn)

Strafaussetzung zur Bewährung (Strafrest; Prognose; Sachverständiger; Gutachten; Entscheidungskompetenz).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 2 GG; § 57 Abs. 1 StGB

985. BVerfG 2 BvR 2413/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Juli 2011 (Schleswig-Holsteinisches OLG / LG Lübeck)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (richterliche Sachaufklärung; Prognoseentscheidung; Tatsachengrundlage, Gefährlichkeit).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67e Abs. 2 StGB

986. BVerfG 2 BvR 507/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. August 2011 (OLG München / LG Augsburg)

StrafAussetzung zur Bewährung (Geldauflage: allgemeine Handlungsfreiheit, Eigentumsfreiheit, Freiheit der Person).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; § 56b StGB, § 56e StGB

987. BGH 3 StR 115/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Hannover)

Betrug (Vermögensschaden; schadensgleiche Vermögensgefährdung; Prozessrisiko beim gutgläubiger Erwerb; Makeltheorie; Urteilsgründe); Untreue; Bestimmtheitsgrundsatz.

§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 267 Abs. 3 StPO; § 266 StGB

988. BGH 3 StR 117/11 – Urteil vom 30. Juni 2011 (LG Osnabrück)

Betrug; lückenhafte Beweiswürdigung (Widerlegung einer Einlassung des Angeklagten); Strafzumessung; Bemessung der Gesamtstrafe; isolierte Geldstrafe.

§ 263 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 53 StGB; § 46 StGB

989. BGH 3 StR 120/11 – Urteil vom 4. August 2011 (LG Stade)

Erschöpfende Würdigung der Beweise; Erörterungsmangel; Mord (Verdeckungsabsicht; leitendes Motiv).

§ 261 StPO; § 211 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

990. BGH 3 StR 129/11 – Beschluss vom 4. Juli 2011 (LG Wuppertal)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bande; eingespieltes Bezugs- und Absatzsystem; Käuferseite; Verkäuferseite; Risikoverteilung); Tateinheit (Zusammentreffen in einem Handlungsteil; Handeltreiben; Fahren ohne Fahrerlaubnis).

§ 29a BtMG; § 30a BtMG; 21 StVG; § 52 StGB;

991. BGH 3 StR 164/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Oldenburg)

Zuständigkeit des Landgerichts; Verweisung durch das Schöffengericht; Übernahmebeschluss (konkludenter; stillschweigender).

§ 225a StPO; § 270 StPO

992. BGH 3 StR 175/11 – Urteil vom 4. August 2011 (LG Aurich)

Sicherungsverwahrung (Hang; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung).

§ 66 StGB

993. BGH 3 StR 188/11 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Hannover)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung); Bindungswirkung nicht aufgehobener Feststellungen für den neuen Tatrichter.

§ 55 StGB; § 353 StPO

994. BGH 3 StR 44/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Hannover)

Frist zur Stellung von Beweisanträgen; Verschleppungsabsicht; Rügeobliegenheit.

§ 238 StPO; § 246 StPO; § 244 StPO

995. BGH 3 StR 193/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Hildesheim)

Tateinheit (einheitlicher Tatentschluss; enger und situativer Zusammenhang); Tatmehrheit;

§ 52 StGB; § 53 StGB

996. BGH 3 StR 197/11 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Osnabrück)

Betrug (gewerbsmäßig; Bande); Serienstraftaten (Tateinheit; Tatmehrheit; Mittäter).

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

997. BGH 3 StR 199/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Schuldunfähigkeit; erheblich verminderte Schuldfähigkeit; eigenständige Beurteilung bei verschiedenartigen Straftaten; einheitliche Beurteilung (einheitliche Handlung).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 29a BtMG

998. BGH 3 StR 208/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Krefeld)

Sicherungsverwahrung (Doppelbestrafungsverbot; Hang; Gesamtwürdigung; Phasen straflosen Verhaltens; obligatorische Ausübung eingeräumten Ermessens); Verhältnismäßigkeit (schwere Straftaten; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern).

§ 66 StGB; Art. 103 Abs. 3 GG; § 176a Abs. 2 StGB

999. BGH 3 StR 209/11 – Urteil vom 18. August 2011 (LG Neuruppin)

Sicherungsverfahren (Urteilsgründe); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit; weniger bedeutende Straftaten).

§ 414 StPO; § 267 StPO; § 62 StGB; § 63 StGB

1000. BGH 3 StR 211/11 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Aufklärungshilfe; erweiterter Verfall (kein Erfordernis unbilliger Härte).

§ 31 BtMG; § 73c StGB

1001. BGH 3 StR 221/11 – Beschluss vom 11. August 2011 (LG Bückeburg)

Sicherungsverwahrung; strenge Verhältnismäßigkeit (schwere Straftat; sexueller Missbrauch eines Kindes); sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person.

§ 66 StGB; § 176a StGB; § 179 StGB

1002. BGH 3 StR 235/11 – Beschluss vom 4. August 2011 (LG Hannover)

Sicherungsverwahrung (regelmäßig keine Anordnung gegen sehr jungen Angeklagten); strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung (Gefährlichkeitselemente; Erheblichkeit weiterer Straftaten; Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer Straftaten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Ursachenbündel; Kausalität).

§ 66 StGB; Art. 2 Abs. 2 GG; § 250 StGB; § 249 StGB; § 64 StGB

1003. BGH 3 StR 236/11 – Beschluss vom 4. August 2011 (LG Krefeld)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Anordnung).
§ 64 StGB

1004. BGH 3 StR 237/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Hannover)

Ablehnung eines Beweisantrages (Zeugenbeweis; innere Tatsache; äußere Tatsache; Konnexität).
§ 244 StPO

1005. BGH 3 StR 251/11 – Beschluss vom 18. August 2011 (LG Düsseldorf)

Raub (Abgrenzung von der räuberischen Erpressung; äußeres Erscheinungsbild); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Prüfung).
§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 64 StGB

1006. BGH 3 StR 261/11 – Beschluss vom 16. August 2011 (LG Aurich)

Urteilsgründe (keine Dokumentation der Beweisaufnahme).
§ 267 Abs. 3 StPO

1007. BGH 5 StR 144/11 – Beschluss vom 6. Juli 2011 (LG Braunschweig)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; Vollstreckungsstand).
§ 55 StGB; § 460 StPO

1008. BGH 5 StR 172/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Zwickau)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Anordnung; Hang).
§ 64 StGB

1009. BGH 5 StR 192/11 – Urteil vom 7. Juli 2011 (LG Cottbus)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Strafmilderung; selbst verschuldete Trunkenheit); Sicherungsverwahrung (Verhältnismäßigkeit; psychiatrische Prognoseinstrumente; statistisches Rückfallrisiko; schwerste Gewalt- oder Sexualstraftaten; baldige Resozialisierungsbemühungen; Erörterungspflicht); Versuch (Strafrahmenverschiebung; Vollendungsnähe).
§ 66 StGB; § 21 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1010. BGH 5 StR 210/11 – Beschluss vom 18. Juli 2011 (LG Cottbus)

Beweisantrag (unterlassene Bescheidung); Beweisermittlungsantrag.
§ 244 StPO

1011. BGH 5 StR 214/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Berlin)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

1012. BGH 5 StR 216/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Dresden)

Anrechnung von Bewährungsauflagen auf die Freiheitsstrafe.
§ 58 StGB; § 56f StGB

1013. BGH 5 StR 220/11 – Beschluss vom 6. Juli 2011 (LG Kiel)

Strafzumessung; Gesamtstrafenbildung.
§ 46 StGB; § 54 StGB.

1014. BGH 5 StR 229/11 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Braunschweig)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefahrenprognose; Urteilsgründe).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1015. BGH 5 StR 230/11 – Beschluss vom 6. Juli 2011 (LG Bremen)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Versagung; eigene Sachkunde des Tatrichters; Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen).
§ 21 StGB; § 244 StPO

1016. BGH 5 StR 234/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Kiel)

Einziehung (Bestimmung des Werts des Einziehungsgegenstands; bestimmender Strafzumessungsgrund; Urteilsgründe).
§ 74 StGB; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1017. BGH 5 StR 237/11 – Beschluss vom 16. August 2011 (LG Lübeck)

Strafzumessung bei Mittätern (individuelle Schuld; gebotene Differenzierung; Urteilsgründe).
§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 25 Abs. 2 StGB

1018. BGH 5 StR 241/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Berlin)

Strafzumessung; Berücksichtigung tilgungsreifer Vorstrafen.
§ 46 StGB; § 51 BZRG

1019. BGH 5 StR 246/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Dresden)

Totschlag; erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Gesamtwürdigung aller Umstände; Mitteilung eines Sachverständigengutachtens in den Urteilsgründen).
§ 21 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 212 StGB

1020. BGH 5 StR 251/11 – Beschluss vom 19. Juli 2011 (LG Lübeck)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit).
§ 29a BtMG; § 30 BtMG.

1021. BGH 5 StR 255/11 – Beschluss vom 17. August 2011 (LG Berlin)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Alkoholintoxikation; Ausfallerscheinungen; grobmotorische Fähigkeiten); Zweifelsatz; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht; Ausländer; Kommunikationsfähigkeit).
§ 21 StGB; § 261 StPO; § 64 StGB

1022. BGH 5 StR 261/11 – Beschluss vom 17. August 2011 (LG Hamburg)

Schuldunfähigkeit; erheblich verminderte Schuldfähigkeit.
§ 20 StGB; § 21 StGB

1023. BGH 5 StR 263/11 – Beschluss vom 17. August 2011 (LG Hamburg)

Öffentlichkeit des Verfahrens (Ausschließung bei der neuerlichen Vernehmung eines Zeugen; Entlassung eines Zeugen); Beweiswürdigung; Wahrunterstellung; Strafzumessung (Aufklärungshilfe).

§ 338 Nr. 6 StPO; § 171b GVG; § 174 Abs. 1 GVG; § 261 StPO; § 244 StPO; § 46b StGB

1024. BGH 5 StR 284/11 – Beschluss vom 18. August 2011 (LG Hamburg)

Unbegründete Revision; Kosten des Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 473 StPO

1025. BGH 5 StR 286/11 – Beschluss vom 18. August 2011 (LG Bremen)

Besorgnis der Befangenheit (rechtfehlerhafte amärztliche Untersuchung eines Verteidigers; dienstliche Erklärung; Entschuldigung des Richters).

§ 24 StPO; § 26 StPO

1026. BGH 5 StR 294/11 – Beschluss vom 17. August 2011 (LG Braunschweig)

Unzulässige Revision (Rechtsmittelverzicht).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 302 Abs. 1 StPO

1027. BGH 5 StR 296/11 – Beschluss vom 18. August 2011 (LG Flensburg)

Beweiswürdigung.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1028. BGH 5 StR 300/11 – Beschluss vom 16. August 2011 (LG Berlin)

Strafzumessung (Spezialprävention; Stabilisierung der Lebensumstände); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.

§ 46 StGB; § 55 StGB

1029. BGH 5 StR 301/11 – Beschluss vom 17. August 2011 (LG Berlin)

Härteausgleich (revisionsgerichtliche Prüfung; Vollstreckungslösung; Strafabschlag).

§ 51 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

1030. BGH 5 StR 304/11 – Beschluss vom 16. August 2011 (LG Berlin)

Kostenentscheidung (Reduzierung der Strafe; Kostenteilung).

§ 473 Abs. 4 StPO

1031. BGH 5 StR 322/11 – Beschluss vom 17. August 2011 (LG Lübeck)

Härteausgleich (unterbliebene Gesamtstrafenbildung); Vollstreckungslösung.

§ 51 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

1032. BGH 5 ARs 6/11 – Beschluss vom 27. Januar 2011

Löschung von eintragungspflichtigen Vorverurteilungen aus dem Bundeszentralregister; keine „Nichtzulassungsbeschwerde“ gegen Beschlüsse des Oberlandesgerichts nach § 23 EGGVG.

§ 23 EGGVG; § 49 BZRG; § 63 BZRG

1033. BGH 1 StR 114/11 – Urteil vom 10. August 2011 (LG Konstanz)

Rechtsfehlerhaft begründeter Freispruch (Beweiswürdigung beim Vorwurf der sexuellen Nötigung).

§ 177 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1034. BGH 1 StR 141/11 – Beschluss vom 10. August 2011 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1035. BGH 1 StR 147/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Nürnberg-Fürth)

Strafzumessung beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Wirkstoffmenge: Rechenfehler, Schätzung).

§ 29a BtMG; § 46 StGB; § 261 StPO

1036. BGH 1 StR 153/11 – Beschluss vom 23. August 2011 (LG Ravensburg)

BGHSt; Recht auf Beschwerde; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Individualbeschwerde; mangelnde Belehrung über das Konsultationsrecht (Recht auf Verteidigerbeistand; Täuschung: gebotene ordnungsgemäße Protokollierung der Beschuldigtenbelehrung); Beteiligung an einer Schlägerei.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 34 EMRK; § 46 StGB; § 51 StGB; § 136 StPO; § 136a StPO; § 137 StPO; § 163a StPO; § 231 StGB

1037. BGH 1 StR 194/11 – Urteil vom 9. August 2011 (LG Stuttgart)

Beweiswürdigung beim Tötungsvorsatz (gefährliche Gewalthandlungen gegen eine andere als die zur Tötung auserwählte Person; unmittelbares Ansetzen hinsichtlich der auserwählten Person: Erörterungsmangel, Kognitionspflicht); Umgrenzungsfunktion der Anklage (Tat im prozessualen Sinne).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 261 StPO; § 15 StGB; § 200 StPO; § 264 StPO

1038. BGH 1 StR 276/11 – Beschluss vom 24. August 2011 (LG Stuttgart)

Verfahrenseinstellung durch das Revisionsgericht nach Todesfall.

§ 206a StPO

1039. BGH 1 StR 295/11 – Beschluss vom 11. August 2011 (LG Coburg)

BGHR; Unmöglichkeit der Beitragsentrichtung bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen beim betrugsähnlichen Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Drückerkolonne; Arbeitgeberbegriff; Berechnungsdarstellung; Erfolgsdelikt; Kausalität und funktionaler Zusammenhang).

§ 266a Abs. 2 StGB; § 13 StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 370 AO

1040. BGH 1 StR 297/11 – Beschluss vom 26. Juli 2011 (LG Bayreuth)

Unzulässig erhobene Verfahrensrüge beim Antrag auf Offenlegung der Identität einer Vertrauensperson (erforderliche förmliche Sperrerklärung).

§ 96 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1041. BGH 1 StR 327/11 – Beschluss vom 26. August 2011 (LG Deggendorf)

Unmittelbarkeitsgrundsatz bei Zeugenaussage (Verwertung von Bild-Ton-Aufnahmen von Zeugenvernehmungen, die allein auf Grund einer Verfügung des Vorsitzenden, aber ohne Gerichtsbeschluss entstanden sind); Konfrontationsrecht.

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 250 StGB; § 255a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 StPO; § 58a Abs. 1 StPO; § 168e StPO

1042. BGH 1 StR 388/11 – Beschluss vom 7. September 2011 (LG München I)

Prozessvoraussetzung des wirksamen Eröffnungsbeschlusses (fehlerhafte Gerichtsbesetzung).

§ 203 StPO; § 76 Abs. 2 GVG

1043. BGH 1 StR 423/09 – Beschluss vom 2. September 2009 (LG Augsburg)

Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls zur Verlesung einer Entscheidung (Protokollberichtigung; dienstliche Stellungnahmen; Beruhen).

§ 274 StPO; § 337 StPO

1044. BGH 1 StR 633/10 – Beschluss vom 23. August 2011 (LG Augsburg)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

1045. BGH 2 StR 140/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Erfurt)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Symptomtat; Testosteron); Strafzumessung (Erörterungsmangel zur erheblich verminderten Schuldfähigkeit: Suchterkrankung; Strafraumenverschiebung bei der Beihilfe).

§ 64 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB; § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB

1046. BGH 2 StR 75/11 – Beschluss vom 18. August 2011 (BGH)

Offensichtliches Schreibversehen.

§ 267 StPO

1047. BGH 2 StR 81/11 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1048. BGH 2 StR 91/11 – Beschluss vom 11. August 2011 (LG Gera)

Versuch der gewerbsmäßigen und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Vorbereitung; unmittelbares Ansetzen; Verabredung zum Verbrechen); Vorbereitung der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Konkurrenzen).

§ 30 Abs. 2, 3. Var. StGB; § 152a Abs. 1 StGB; § 152b Abs. 1 und 2 StGB; § 22 StGB; § 152a Abs. 5 StGB; § 152b Abs. 5 StGB; § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 52 StGB

1049. BGH 2 StR 140/11 – Urteil vom 15. Juni 2011 (LG Erfurt)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Symptomtat; Testosteron); Strafzumessung (Erörterungsmangel zur erheblich verminderten Schuldfähigkeit: Suchterkrankung; Strafraumenverschie-

bung bei der Beihilfe); rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.

§ 64 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB; § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 66 StGB

1050. BGH 2 StR 141/11 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Erfurt)

Gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug; Erörterungsmangel zur Kronzeugenregelung (vertyppter Straf-milderungsgrund; Wechsel im Aussageverhalten; spätere Geständnisse der Mitangeklagten; Bedeutung für den minder schweren Fall).

§ 263 Abs. 5 StGB; § 46b StGB

1051. BGH 2 StR 157/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Aachen)

Bandenmäßiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (erforderliche Feststellungen zum Wirkstoffgehalt bei Amphetaminen; Bedeutung für die Strafzumessung).

§ 30a BtMG; § 29a BtMG; § 46 StGB

1052. BGH 2 StR 167/11 – Urteil vom 3. August 2011 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhaft begründeter Freispruch (Beweiswürdigung beim Vorwurf eines Tötungsdelikts).

§ 212 StGB; § 261 StPO

1053. BGH 2 StR 179/11 – Beschluss vom 13. Juli 2011 (LG Bonn)

Anrechnung der in Malaysia erlittenen Freiheitsentziehung im Verhältnis eins zu eins.

§ 51 Abs. 4 Satz 1 StGB

1054. BGH 2 StR 184/11 – Urteil vom 7. Juli 2011 (LG Mainz)

Grenzen der Sicherungsverwahrung (verfassungskonforme Änderung; drohende Taten aus dem Umfeld der Hell's Angels).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 EMRK

1055. BGH 2 StR 190/11 – Urteil vom 3. August 2011 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhaft abgelehnte Sicherungsverwahrung (verfassungskonforme Anwendung; Hang).

§ 66 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

1056. BGH 2 StR 203/11 – Beschluss vom 10. August 2011 (LG Frankfurt am Main)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit des Angeklagten beim Totschlag (Erörterungsmangel zur Auswirkung auf die Unrechtseinsicht).

§ 212 StGB; § 21 StGB

1057. BGH 2 StR 211/11 – Urteil vom 10. August 2011 (LG Bad Kreuznach)

Rechtsfehlerfreie Ablehnung der nachträglichen Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (neue Tatsache).

§ 66b Abs. 1 StGB

1058. BGH 2 StR 228/11 – Beschluss vom 3. August 2011 (LG Aachen)

Verabredung eines Verbrechens des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; versuchtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anbauen von Betäubungsmitteln).

§ 30 Abs. 2 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtmG; § 29 Abs. 1, Abs. 2 BtMG

1059. BGH 2 StR 242/11 – Beschluss vom 31. August 2011 (LG Aachen)

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

1060. BGH 2 StR 268/11 – Beschluss vom 24. August 2011 (LG Wiesbaden)

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

1061. BGH 2 StR 272/11 – Beschluss vom 10. August 2011 (LG Köln)

Konkurrenzen bei der Brandstiftung (natürliche Handlungseinheit).
§ 306 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1062. BGH 2 StR 284/11 – Beschluss vom 18. August 2011 (LG Frankfurt am Main)

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

1063. BGH 2 StR 293/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Meiningen)

Fehlerhafte Strafzumessung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs von Kindern.
§ 176 StGB; § 46 StGB

1064. BGH 2 StR 304/11 – Beschluss vom 17. August 2011 (LG Darmstadt)

Fehlende Feststellungen für eine Einziehung.
§ 74 StGB

1065. BGH 2 StR 317/11 – Beschluss vom 3. August 2011 (LG Hanau)

Erörterungsmangel hinsichtlich der unterbliebenen Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Symptomtat).
§ 64 StGB

1066. BGH 2 StR 320/11 – Beschluss vom 31. August 2011 (LG Bonn)

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

1067. BGH 2 StR 341/11 – Beschluss vom 31. August 2011 (LG Frankfurt am Main)

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

1068. BGH 2 StR 377/11 – Beschluss vom 15. September 2011 (LG Bonn)

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

1069. BGH 4 StR 191/11 – Urteil vom 11. August 2011 (LG Bielefeld)

Rechtsfehlerhafter Freispruch (Beweiswürdigung: Lückenhaftigkeit, mangelnde Gesamtwürdigung der einzelnen Indizien; schwerer Raub).

§ 261 StPO; § 249 StGB; § 250 StGB

1070. BGH 4 StR 237/11 – Beschluss vom 9. August 2011 (BGH)

Unzulässige Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

1071. BGH 4 StR 267/11 – Urteil vom 11. August 2011 (LG Dortmund)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose bei Diebstahlstaten: besonders schwere Fälle); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 63 StGB; § 64 StGB; § 242 StGB; § 243 StGB

1072. BGH 4 StR 94/11 – Beschluss vom 9. August 2011 (LG Dortmund)

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

1073. BGH 4 StR 279/11 – Beschluss vom 11. August 2011 (LG Essen)

Aufhebung einer verfassungswidrigen Sicherungsverwahrung.
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 66 StGB

1074. BGH 4 StR 303/11 – Beschluss vom 27. Juli 2011 (LG Bielefeld)

Rechtsfehlerhaft gebildete Gesamtfreiheitsstrafe; Europäischer Haftbefehl (Verfolgungshindernis der Spezialität; Ausnahme bei ausbleibender Freiheitsstrafe; Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung).

§ 55 StGB; Art. 14 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens; § 83h IRG; Art. 27 RbEuHb

1075. BGH 4 StR 308/11 – Beschluss vom 23. August 2011 (LG Rostock)

Strafschärfende Berücksichtigung der subsidiären einfachen vorsätzlichen Körperverletzung gegenüber dem Tateinheitlich verwirklichten Tötungsdelikt.

§ 212 StGB; § 223 StGB; § 46 StGB

1076. BGH 4 StR 319/11 – Beschluss vom 9. August 2011 (LG Essen)

Strafschärfende Berücksichtigung der subsidiären Unterschlagung gegenüber dem Tateinheitlich verwirklichten Betrug (Beihilfe).

§ 263 StGB; § 246 StGB; § 46 StGB; § 27 StGB

1077. BGH 4 StR 338/11 – Beschluss vom 10. August 2011 (LG Bielefeld)

Schwerer sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person (Begriff der Widerstandsunfähigkeit); sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses.

§ 179 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 5 Nr. 1 StGB; § 174c StGB

1078. BGH 4 StR 345/11 – Beschluss vom 10. August 2011 (LG Dortmund)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (mangelnder The-

rapiewille); regelmäßig keine Aufhebung der Schuldfähigkeit bei Betäubungsmittelabhängigkeit.

§ 64 StGB; § 21 StGB; § 20 StGB; § 29 BtMG; § 29a BtMG

1079. BGH 4 StR 367/11 – Beschluss vom 9. August 2011 (LG München I)

Versuchte Nötigung (Erörterungsmangel hinsichtlich eines freiwilligen Rücktritts bei Tataufgabe auf die Bitte des Opfers).

§ 240 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB

1080. BGH 4 StR 368/11 – Beschluss vom 24. August 2011 (LG Saarbrücken)

Betrug (individueller Schadenseinschlag bei Immobiliengeschäften).

§ 263 StGB

1081. EGMR Nr. 28274/08 (5. Kammer) – Urteil vom 21. Juli 2011 (Heinisch v. Deutschland)

Meinungsfreiheit bei der Strafanzeige des eigenen Arbeitgebers (whistleblowing; Verhältnismäßigkeit; üble Nachrede; Abrechnungsbetrug; Schutz der Ehre und des Rufes des Arbeitgebers).

Art. 10 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 5 GG; § 170 Abs. 2 StPO; § 186 StGB; § 193 StGB; § 263 StGB

1082. BGH 4 StR 369/11 – Beschluss vom 10. August 2011 (LG Köln)

Normativethisches Stufenverhältnis und Wahlfeststellung bei Täterschaft oder Teilnahme an einer Verkehrsunfallflucht; Erörterungsmangel hinsichtlich der unterbliebenen Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 142 StGB; § 1 StGB; § 64 StGB

1083. BGH 4 StR 373/11 – Beschluss vom 23. August 2011 (LG Saarbrücken)

Tenorierung: nachzuholender Teilfreispruch bei Anklage in Tatmehrheit.

§ 267 StPO

1084. BGH 4 StR 375/11 – Beschluss vom 23. August 2011 (LG Paderborn)

Erörterungsmangel bei der Einziehung (Ermessen).

§ 74 StGB

1085. BGH 4 StR 387/11 – Beschluss vom 25. August 2011 (LG Paderborn)

Exhibitionistische Handlung bei Vorzeigen des Gliedes vor einem Kind.

§ 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB