

## SCHRIFTLEITUNG

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

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;  
RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. iur.  
Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger  
Mann; RA Dr. iur. Stephan  
Schlegel.

## STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-  
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,  
Univ. Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela  
Demko, LL.M. (Univ. Luzern); Akad. Rat  
Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Univ. Tübingen);  
Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur  
(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr.  
Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig);  
Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlan-  
gen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer,  
LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo  
Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr.  
Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr.  
Markus Rübenstahl, mag. iur. (Fried-  
rich Graf von Westphalen, Köln); Prof.  
Dr. Frank Saliger (Univ. Tübingen);  
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)

## Publikationen

Prof. Dr. *Michael Kubiciel*, Köln – **Zwischen Effektivität und Legitimität – Zum Handlungsspielraum des Gesetzgebers nach der „Deal“-Entscheidung des BVerfG** S. 204

Wiss. Mit. Dr. *Mohamad El-Ghazi*, Prof. Dr. *Ingeborg Zerbes*, Univ. Bremen – **Geschichten von staatlicher Komplizenschaft und evidenten Rechtsbrüchen**  
Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2014 Nr. 163 S. 209

*Ramona Francuski*, LL.B. (Bucerius Law School), Hamburg – **Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)** S. 220

PD RA Dr. *Joachim Kretschmer*, FU Berlin – **Widersprüchliche Tendenz in der Rechtsprechung des BGH zu § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB** S. 231

*Marten Selbmann*, Halle/Nuthetal – **Einordnung des BGH-Urteils vom 20. Oktober 2011 – 4 StR 71/11 = HRRS 2012 Nr. 74 in die Dogmatik zur Geschäftsherrenhaftung** S. 235

## Entscheidungen

EuGH **Verhältnismäßigkeit der Vollstreckungsklausel des Art. 54 SDÜ (Fall Spasic)**

BVerfG **Effektiver vorläufiger Rechtsschutz und Vorwegnahme der Hauptsache in der Strafvollstreckung**

BGHSt **Begriff der jugendpornographischen Schrift**

BGHSt **Konkludente Täuschung über subventionsrechtlich erhebliche Preisbestandteile**

BGHR **Anforderungen an die Prognose der Erfolgsaussicht bei der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt – prognostizierte Therapiedauer**

BGH **Unmittelbares Ansetzen bei wehrlosen Opfern**

BGH **Verhältnis von Betrug durch Überweisung und Computerbetrug durch Abheben**

Die Ausgabe umfasst 78 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](mailto: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](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); 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); Akad. Rat Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Univ. Tübingen); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (Friedrich Graf von Westphalen, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (Univ. Tübingen); 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

15. Jahrgang, Juni 2014, Ausgabe

6

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EuGH/BVerfG

### **484. EuGH C-129/14 PPU – Urteil der Großen Kammer vom 27. Mai 2014 (Fall Zoran Spasic)**

Europäische Grundrechtsdogmatik (Auslegung der GRC; Voraussetzungen der sekundärrechtlichen Einschränkung von Unionsgrundrechten; Bedeutung der Erläuterungen zur Charta der Grundrechte); europäisches *ne bis in idem* (Strafklageverbrauch; Vollstreckungsbedingung des Art. 54 SDÜ; Vollstreckung einer aus zwei selbständigen Hauptstrafen, hier Freiheits- und Geldstrafe, bestehenden Sanktion; Verhältnismäßigkeit); Europäischer Haftbefehl; Betrug. Art. 50 GRC; Art. 52 Abs. 1, Abs. 7 GRC; Art. 54 SDÜ; Art. 4 Abs. 3 EUV; Art. 6 Abs. 1 UA 3 EUV; Art. 267 AEUV; Art. 35 EU; RbEuHb; § 263 StGB

1. Art. 54 des am 19. Juni 1990 in Schengen unterzeichneten und am 26. März 1995 in Kraft getretenen Überein-

kommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, der die Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* von der Bedingung abhängig macht, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion „bereits vollstreckt worden ist“ oder „gerade vollstreckt wird“, ist mit Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vereinbar, der diesen Grundsatz verbürgt. (EuGH)

2. Art. 54 dieses Übereinkommens ist dahin auszulegen, dass die bloße Zahlung der Geldstrafe, die gegen eine Person verhängt wurde, der mit der gleichen Entscheidung eines Gerichts eines anderen Mitgliedstaats eine bislang nicht vollstreckte Freiheitsstrafe auferlegt wurde, nicht den Schluss zulässt, dass die Sanktion im Sinne

dieser Bestimmung bereits vollstreckt worden ist oder gerade vollstreckt wird. (EuGH)

3. Die sog. Vollstreckungsbedingung des Art. 54 SDÜ ist eine nach Art. 52 Abs. 1 GRC zulässige Einschränkung des in Art. 50 GRC unbeschränkt formulierten Unionsgrundrechts, wegen derselben Straftat nicht zweimal strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden; die Vollstreckungsbedingung ist gesetzlich vorgesehen, berührt nicht den Wesensgehalt des Art. 50 GRC und ist verhältnismäßig. (Bearbeiter)

4. Die in Art. 54 SDÜ vorgesehene Vollstreckungsbedingung soll im Sinne des Art. 67 Abs. 3 AEUV im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verhindern, dass in einem Mitgliedstaat der Union rechtskräftig Verurteilte der Strafe entgehen können. Dieses Ziel kann durch die Instrumente gegenseitiger Hilfe allein nicht vollständig verwirklicht werden, weil der verurteilende Mitgliedstaat unionsrechtlich nicht verpflichtet ist, für die tatsächliche Vollstreckung der einem Urteil verhängten Sanktionen zu sorgen. (Bearbeiter)

5. Eine zusätzliche Verfolgung wird in dem durch Art. 54 SDÜ geschaffenen Rahmen nur in den Fällen stattfinden, in denen das derzeit im Unionsrecht vorgesehene System – aus welchem Grund auch immer – nicht ausreicht hat, um auszuschließen, dass Personen, die in der Union rechtskräftig verurteilt wurden, der Strafe entgehen. Im Rahmen der konkreten Anwendung der Vollstreckungsbedingung von Art. 54 SDÜ im Einzelfall kann nicht ausgeschlossen werden, dass die zuständigen nationalen Gerichte auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 3 EUV und der Instrumente des abgeleiteten Unionsrechts im Bereich des Strafrechts miteinander in Kontakt treten und Konsultationen aufnehmen, um zu prüfen, ob der Mitgliedstaat der ersten Verurteilung tatsächlich beabsichtigt, die verhängten Sanktionen zu vollstrecken. (Bearbeiter)

6. Werden durch eine mitgliedstaatliche Entscheidung Freiheits- und Geldstrafe jeweils als Hauptstrafen angeordnet, so gilt diese aus zwei selbständigen Teilen bestehende Sanktion noch nicht im Sinne des Art. 54 SDÜ als „bereits vollstreckt“ oder als „gerade vollstreckt werdend“, wenn allein die Geld-, nicht aber die Freiheitsstrafe vollstreckt worden ist. (Bearbeiter)

### **514. BVerfG 2 BvR 1800/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. April 2014 (LG Braunschweig)**

Arbeitspflicht eines sehbehinderten Strafgefangenen (belastende Wirkung der Zuweisung von Zellenarbeit anstelle von Arbeit in der Gemeinschaft mit anderen Gefangenen; Taschengeldanspruch; Recht auf effektiven Rechtsschutz; wirksame gerichtliche Kontrolle; Vorwegnahme der Hauptsache; zweckentsprechende Auslegung eines Eilantrages).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 17 NJVollzG; § 19 NJVollzG; § 102 NJVollzG

1. Aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ergibt sich für die Fachgerichte die Verpflichtung, auch im Verfahren des vorläufigen Rechts-

schutzes eine in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht wirksame Kontrolle zu gewährleisten.

2. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ist verletzt, wenn ein Gericht die Gewährung von Eilrechtsschutz entscheidungstragend mit der Erwägung ablehnt, die besonderen Voraussetzungen für eine Vorwegnahme der Hauptsache seien nicht erfüllt, obwohl es sich überhaupt nicht um einen Fall der Vorwegnahme der Hauptsache handelt.

3. Um eine Vorwegnahme der Hauptsache handelt es sich nur dann, wenn die vorläufige Entscheidung einer endgültigen gleichkäme, nicht hingegen, wenn es lediglich um die vorübergehende Aussetzung einer Maßnahme geht, die als solche nicht rückgängig gemacht werden könnte. Letzteres ist gerade der typische Gehalt des vorläufigen Rechtsschutzes gegen belastende Maßnahmen.

4. Wird einem Strafgefangenen entgegen seinem erklärten Willen, in Gemeinschaft mit anderen Gefangenen zu arbeiten, unter Verweis auf seine starke Sehbehinderung Arbeit in seiner Zelle zugewiesen, so stellt diese Entscheidung eine ihn belastende Maßnahme dar, die einer Aussetzung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes unterliegen kann, ohne dass es sich dabei um eine Vorwegnahme der Hauptsache handelt. Dies gilt auch dann, wenn der Gefangene in dem Antrag zugleich die Weiterzahlung von Taschengeld begehrt, welches ihm unter Bezugnahme auf die ihm zugewiesene Zellenarbeit verwehrt wird.

5. Der Antrag eines – insbesondere nicht anwaltlich vertretenen – Strafgefangenen ist entsprechend dem Zweck seines Begehrens auszulegen. Wendet sich ein Strafgefangener mit einem Eilrechtsschutzgesuch ersichtlich gegen eine ihn belastende strafvollzugsrechtliche Maßnahme, so ist es dem Gericht verwehrt, den Eilantrag unter Verweis auf eine fehlerhafte Bezeichnung als „Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung“ zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen für eine solche nicht erfüllt wären.

### **513. BVerfG 2 BvR 599/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Mai 2014 (OLG München / LG Augsburg)**

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Unzulässigkeit einer Rechtsbeschwerde mangels ausreichender Begründung; Verfahrensrüge; Darlegungsanforderungen; Befangenheit eines Richters).

§ 90 Abs. 2 BVerfGG; § 28 Abs. 2 StPO; § 118 Abs. 2 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG

Die Verfassungsbeschwerde gegen eine strafvollzugsrechtliche Entscheidung ist wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Subsidiarität unzulässig, wenn die gegen die erstinstanzliche Entscheidung erhobene Rechtsbeschwerde als unzulässig zurückgewiesen worden ist, weil der Beschwerdeführer seine allein erhobene Verfahrensrüge – hier: wegen Befangenheit des erstinstanzlich tätig gewordenen Richters – nicht entsprechend den gesetzlichen Anforderungen begründet hatte.

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### 507. BGH 3 StR 424/13 – Urteil vom 20. März 2014 (LG Hannover)

Versuchsbeginn beim Mord (Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch; Versuchsbeginn trotz längerer Zeitspanne bis zur geplanten Tötung; konkrete Gefährdung des Opfers; Bedeutung des grausamen Handelns).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB

1. Ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch des (grausamen) Mordes kann bereits darin liegen, dass sich der Angeklagte des Opfers in Tötungsabsicht bemächtigt. Das gilt jedenfalls dann, wenn das Opfer nach der maßgeblichen Tätervorstellung über keine Möglichkeiten mehr verfügt, sich weiteren Tathandlungen zu entziehen oder schließlich den geplanten todbringenden Angriff abzuwehren. Unter diesen Umständen kann das zur Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Versuch grundsätzlich auch heranzuziehende Kriterium der zeitlichen Abfolge derart an Gewicht verlieren, dass auch eine vom Angeklagten etwa noch eingeplante längere Zeitspanne bis zur Verwirklichung seiner Tötungsabsicht der Bejahung des Versuchsbeginns nicht entgegensteht.

2. Ein als bloße Vorbereitung eines Tötungsdelikts zu bewertendes Handeln des Täters bedeutet nicht allein deshalb bereits eine teilweise Verwirklichung des Mordtatbestands bedeutet, weil es von Grausamkeit im Sinne des § 211 StGB getragen war. Ein unmittelbares Ansetzen im Sinne des § 22 StGB liegt jedoch nicht erst dann vor, wenn der Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands verwirklicht hat. In den Bereich des Versuchs einbezogen ist vielmehr auch ein für sich gesehen noch nicht tatbestandsmäßiges Handeln, soweit es nach der Vorstellung des Täters der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals räumlich und zeitlich unmittelbar vorgelegt ist oder nach dem Tatplan im ungestörten Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll (st. Rspr.). Diese abstrakten Maßstäbe bedürfen angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhaltsgestaltungen jedoch stets der wertenden Konkretisierung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles (BGH NJW 2002, 1057; NStZ 2011, 517).

3. Ein wesentliches Abgrenzungskriterium ist das aus der Sicht des Täters erreichte Maß konkreter Gefährdung des geschützten Rechtsguts (BGHSt 30, 363, 364; 40, 257, 268 f.). Auch die Dichte des Tatplans kann für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium Bedeutung gewinnen (BGH NJW 2002, 1057). So sind Handlungen, die keinen tatbestandsfremden Zwecken dienen, sondern wegen ihrer notwendigen Zusammenge-

hörigkeit mit der Tathandlung nach dem Plan des Täters als deren Bestandteil erscheinen, weil sie an diese zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden, nicht als der Annahme unmittelbaren Ansetzens entgegenstehende Zwischenakte anzusehen (BGH NJW 1980, 1759).

### 488. BGH 1 StR 735/13 – Beschluss vom 11. März 2014 (LG München I)

Reichweite des fehlgeschlagenen Versuchs und erforderliche Feststellungen bei der Flucht des Opfers.

§ 24 StGB

1. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Dabei kommt es auf die Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (Rücktrittshorizont). Wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs, liegt ein Fehlschlag vor (st. Rspr.), so dass ein Rücktritt vom Versuch nach allen Varianten des § 24 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB ausscheidet.

2. Lässt sich den Urteilsfeststellungen das entsprechende Vorstellungsbild des Angeklagten, das zur revisionsrechtlichen Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch unerlässlich ist, nicht hinreichend entnehmen, hält das Urteil sachlichrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

3. Tritt der noch im Besitz des Tatwerkzeugs befindliche Angeklagte mit Füßen auf den am Boden liegenden Geschädigten ein, hält er den sich Befreienden aber sodann bei seinem erfolgreichen Fluchtversuch weder fest noch setzte er ihm nach, versteht es sich nicht von selbst, dass sich die Befreiung und die Flucht des Geschädigten für den Angeklagten als unbezwingbar darstellten und er davon ausging, dass sein Plan in der konkreten Situation gescheitert war. Dies gilt jedenfalls dann, wenn zu den Kräfteverhältnissen zwischen dem Angeklagten und dem Geschädigten nichts weiter festgestellt ist.

4. Dass der Angeklagte nach der erfolgreichen Flucht des Geschädigten in Richtung einer vom Tatort nur wenig entfernten Polizeidienststelle vom Scheitern seines Tat-

plans ausgegangen sein soll, ersetzt diese, einen zeitlich vorgelagerten Zeitpunkt betreffende Feststellung nicht.

**480. BGH 2 ARs 30/14 2 AR 340/13 – Beschluss vom 1. April 2014 (Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen Ludwigsburg)**

Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Massentötungen ausländischer Hilfstruppen der SS (Amtsträgerstellung der Täter; Tatbegehung als Amtsträger; intertemporales Strafanwendungsrecht).

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 5 Nr. 13 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts vom 6. Mai 1940 (RGBl. I S. 754); § 4 Abs. 3 Nr. 1 RStGB

1. Es besteht kein Anlass, staatlich organisierte Massentötungen, in denen staatliche Anordnungs- und Zwangsgewalt (vgl. BT-Drucks. 7/550 S. 209) in denkbar schärfster Weise zum Ausdruck kommt, aus dem Anwendungsbereich des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB herauszunehmen.

2. Der Senat ist mit der herrschenden Ansicht im Schrifttum nicht der Auffassung, dass § 5 Nr. 13 StGB nur echte oder unechte Amtsdelikte unterfallen. Vom Wortlaut der Vorschrift sind alle Taten umfasst, die der Täter in seiner Eigenschaft als Amtsträger begeht.

**501. BGH 4 StR 341/13 – Beschluss vom 27. März 2014 (LG Hagen)**

Konkurrenzen bei der Teilnahme (Beihilfe zu Einzelhandlungen; Bewertungseinheit beim Haupttäter: Absetzen bei der Hehlerei, Unterscheidung Vollendung und Versuch, natürliche Handlungseinheit); sukzessive Beihilfe; Revisionserstreckung.

§ 259 Abs. 3 StGB; § 27 StGB; § 259 StGB; § 357 StPO

1. Hat ein Teilnehmer nur zu konkurrenzrechtlich unselbstständigen Teilakten einer mehraktigen Haupttat Beihilfe geleistet, kommt es für die Beurteilung seiner Schuld grundsätzlich nur auf die rechtliche Bewertung dieser Einzelhandlungen an. Dies gilt auch dann, wenn diesen Teilakten für die rechtliche Bewertung der in der Person des Haupttäters zu einer Handlung zusammengefassten Aktivitäten keine Bedeutung zukommt.

2. Beteiligt sich ein Teilnehmer erst dann an Absatzhandlungen der Hehlerei, als der Haupttäter nur noch bestrebt war, die Diamanten an die verdeckte Ermittlerin der Polizei zu verkaufen, liegt nur die Teilnahme zu einer versuchten Tat vor, da diese Bemühungen nicht geeignet waren, den rechtswidrigen Vermögenszustand aufrechterhalten oder zu vertiefen. Davor liegende und ggf. vollendete Absatzbemühungen sind für die Beurteilung der Beihilfe in diesem Fall ohne Bedeutung.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**472. BGH 1 StR 485/13 – Urteil vom 11. Februar 2014 (LG Freiburg)**

BGHSt; Anforderungen an ein freisprechendes Urteil; Besitz jugendpornographischer Schriften (Begriff der [jugend-]pornographischen Schrift).

§ 267 Abs. 5 StPO; § 184b Abs. 1 StGB

1. Die Strafbarkeit nach § 184b StGB setzt nicht voraus, dass die Darstellung der sexuellen Handlung einen vergrößernd-reißerischen Charakter aufweist. (BGHSt)

2. „Pornographie“ ist die Vermittlung sexueller Inhalte, die ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes beim Betrachter abzielt und dabei die im Einklang mit allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstandes überschreitet. Nach heutigem Verständnis bestimmt sich die im Einzelfall schwer zu bestimmende Grenze nach der Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung des Einzelnen; pornographisch ist demgemäß die Darstellung entpersönlichter sexueller Verhaltensweisen, die die geschlechtliche Betätigung von personalen und sozialen Sinnbezügen trennt und den Menschen zum bloßen – auswechselbaren – Objekt geschlechtlicher Begierde oder Betätigung macht (vgl. hierzu BGHSt 37, 55). (Bearbeiter)

3. Eine derartig degradierende Wirkung wohnt der Darstellung sexueller Handlungen von, an und vor Kindern in aller Regel inne. Von Fallgestaltungen abgesehen, in denen es der Darstellung am pornographischen Charakter schon deshalb fehlt, weil sie nicht überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielt – z.B. bei der Abbildung der Genitalien hierzu „posierender“ Kinder in medizinischen Lehrbüchern –, sind realitätsbezogene Darstellungen sexueller Handlungen von, an oder vor Kindern daher regelmäßig auch „pornographisch“ i.S.v. § 184b Abs. 1 StGB. Eines darüber hinausgehenden „vergrößernd-reißerischen“ Charakters der Darstellung bedarf es demgegenüber nicht. (Bearbeiter)

4. Nach dem Schutzzweck des § 184b StGB ist der Begriff „pornographisch“ indes auch nicht auf Fälle der Darstellung strafbewehrter sexueller Missbrauchstaten im Sinne der §§ 176 bis 176b StGB beschränkt. (Bearbeiter)

5. Spricht der Tatrichter den Angeklagten aus tatsächlichen Gründen frei, so muss er in den Urteilsgründen zunächst den Anklagevorwurf, hieran anschließend die insoweit getroffenen Feststellungen, dann die wesentlichen Beweisgründe und schließlich seine rechtlichen Erwägungen mitteilen. Der Tatrichter muss also zunächst diejenigen Tatsachen bezeichnen, die er für erwiesen hält,

bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen er die zur Verurteilung notwendigen Feststellungen nicht treffen konnte (vgl. BGH NStZ 2009, 512, 513). Nur hierdurch wird das Revisionsgericht in die Lage versetzt, nachprüfen zu können, ob der Freispruch auf rechtlich bedenkenfreien Erwägungen beruht (vgl. BGH NJW 2013, 1106). (Bearbeiter)

**504. BGH 3 StR 178/13 – Urteil vom 20. Februar 2014 (LG Düsseldorf)**

Einheitliche Tat des Computerbetruges bei in kurzem zeitlichen Abstand getätigten Zugriffen an ein und demselben Geldautomaten (natürliche Handlungseinheit); Betrug durch nicht autorisierte Überweisungen (Vermögensgefährdung der Bank bei drohendem Zugriff des Täters auf das Zielkonto; Vermögensschaden des Inhabers des belasteten Kontos; Verhältnis von Betrug durch Überweisung und Computerbetrug durch Abheben; mitbestrafte Nachtat).

§ 263 StGB; § 263a StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Der Senat hat Zweifel, ob die durch eine nicht autorisierte Überweisung infolge eines möglichen Zugriffs des Täters auf das Zielkonto eintretende Vermögensgefährdung für die Bank gemessen an den Vorgaben aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (grundlegend [für die Untreue] BVerfG HRRS 2010 Nr. 656) bereits einen Schaden im Sinne der Tatbestände des Betrugs bzw. Computerbetrugs darstellt. Einen insoweit relevanten Vermögensschaden erleidet die Bank aber spätestens dann, wenn das Geld vom Täter an einem Geldautomaten vom Empfängerkonto abgehoben wird.

2. Das Vermögen des Inhabers des Überweisungskontos erleidet dagegen durch die nicht autorisierte Überweisung einen Schaden i.S.d. Betrugstatbestandes, obwohl es durch die Fehlbuchung materiell nicht vermindert wird, da der Inhaber seinen Anspruch aus dem Bankguthaben nicht verliert. Dennoch entsteht ihm in Höhe des überwiesenen Betrages ein faktischer, messbarer wirtschaftlicher Nachteil. Der Inhaber des Überweisungskontos trägt nämlich das Risiko, die Fehlbuchung überhaupt zu bemerken, um eine Wiederherstellung seines Kontostandes verlangen zu können. Bis dahin weist sein Konto einen um den abgebuchten Betrag verminderten Kontostand auf, was – wenn auch nur vorübergehend – seine Bonität berührt und ihn jedenfalls faktisch daran hindert, über diesen Betrag zu disponieren.

3. Die mitbestrafte Nachtat ist eine selbständige, den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllende rechtswidrige und schuldhaft Handlung, durch die der Täter den Erfolg der Vortat oder die durch diese erlangte Position

sichert, ausnutzt oder verwertet. Sie bleibt strafflos, wenn die Bewertung des konkreten Sachverhalts ergibt, dass dieser nachfolgenden, an sich strafbaren Handlung wegen ihres inneren – funktionalen – Zusammenhangs mit der (Vor-) Haupttat kein eigener Unwertgehalt zukommt, so dass auch kein Bedürfnis besteht, sie neben der Haupttat selbständig zu bestrafen. Voraussetzung für die Strafflosigkeit der Nachtat ist, dass die Geschädigten der beiden Straftaten identisch sind, die Nachtat kein neues Rechtsgut verletzt und der Schaden qualitativ nicht über das durch die Haupttat verursachte Maß hinaus erweitert wird (BGH NStZ 2008, 396 mwN).

**485. BGH 1 StR 106/14 – Beschluss vom 27. März 2014 (LG Stuttgart)**

Vergewaltigung (Beischlaf; Gewalt); schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes.

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. Gewalt i.S.v. § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt vor, wenn der Täter physische Kraft entfaltet, um den erkannten oder erwarteten Widerstand des Opfers gegen die Vornahme sexueller Handlungen zu überwinden, wobei das Opfer durch die Handlung des Täters körperlich wirkendem Zwang ausgesetzt sein muss (BGH NStZ-RR 2009, 202 f.; StraFo 2013, 479).

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist „Beischlaf“ das Eindringen des männlichen Gliedes in die Scheide; dafür genügt der Kontakt des männlichen Gliedes mit dem Scheidenvorhof (BGHSt 37, 153, 154; 46, 176, 177), ein vollständiges Eindringen des Gliedes in die Scheide ist keine Voraussetzung für die Vollendung des Beischlafs (BGH NStZ 2001, 246).

**477. BGH 2 StR 505/13 – Beschluss vom 26. März 2014 (LG Darmstadt)**

Mord (niedrige Beweggründe: Gesamtwürdigung der Tatumstände; gesonderte Prüfung bei Mittäterschaft).

§ 211 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Auf das äußere „Tatbild“ einer brutalen Tötung allein kommt es für das Vorliegen niederer Beweggründe nicht an, sondern auf eine Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des jeweiligen Täters maßgeblichen Faktoren (vgl. BGHSt 47, 128, 131).

2. Mittäter einer vorsätzlichen Tötung können wegen Totschlags oder Mordes unterschiedlich beurteilt werden (vgl. BGHSt 36, 231, 233). Ein Handeln aus niedrigen Beweggründen ist für jeden Mittäter der vorsätzlichen Tötung gesondert zu prüfen.

## III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

### 510. BGH 5 StR 37/14 – Urteil vom 10. April 2014 (LG Braunschweig)

BGHR; Anforderungen an die Prognose der Erfolgsaussicht bei der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht trotz prognostizierter Therapiedauer von mehr als zwei Jahren).

§ 64 S. 2 StGB

1. Therapiedauer und konkrete Erfolgsaussicht. (BGHR)
2. Jedenfalls bei einem seit frühester Jugend Betäubungsmittel konsumierenden Angeklagten, bei dem eine Vielzahl von Therapieabbrüchen bzw. Rückfällen nach Absolvierung von Therapien zu verzeichnen ist, und der zudem „primär“ eine dissoziale Persönlichkeitsstörung und (nur) „sekundär“ eine Abhängigkeit von Betäubungsmitteln aufweist, besteht bei einer (sachverständig) prognostizierten Therapiedauer von vier bis fünf Jahren i.d.R. keine tragfähige Basis für die erforderliche konkrete Therapieaussicht i.S.d. § 64 S. 2 StGB. (Bearbeiter)
3. Der Senat hält aber – obgleich hier nicht entscheidungserheblich – an seiner Auffassung fest, wonach eine Behandlungsdauer von mehr als zwei Jahren einer konkreten Erfolgsaussicht jedenfalls nicht grundsätzlich entgegensteht (BGH v. 6. Februar 1996 – 5 StR 16/96; a.A. zuletzt etwa BGH HRRS 2014 Nr. 298; BGH HRRS 2012 Nr. 988). (Bearbeiter)

### 521. BGH 3 StR 48/14 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Koblenz)

Regelmäßig keine Teilbarkeit der Schuldfähigkeitsbeurteilung bei mehreren durch eine Handlung verwirklichten BtM-Delikten; keine Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bei prognostizierter Therapiedauer von mehr als zwei Jahren.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 29a BtMG; § 30a BtMG; § 64 S. 2 StGB

1. Der Senat bezweifelt, dass die Schuldfähigkeitsbeurteilung teilbar ist, wenn der Täter durch eine Handlung mehrere Betäubungsmitteldelikte – hier: Anbau von Drogen zum gewinnbringenden Weiterverkauf einerseits und zur Deckung des Eigenbedarfs andererseits – verwirklicht (vgl. bereits BGH HRRS 2011 Nr. 997).
2. Die Voraussetzungen des § 64 Satz 2 StGB liegen nicht vor, wenn die Entzugsbehandlung voraussichtlich nicht innerhalb der in § 67d Abs. 1 Satz 1 StGB für die Maßregel vorgesehenen Höchstfrist von zwei Jahren zum Erfolg führen kann (ebenso zuletzt etwa BGH HRRS 2014 Nr. 298; vgl. aber dagegen die in dieser Ausgabe abgedruckte Entscheidung BGH v. 10. April 2014 – 5 StR 37/14).

### 529. BGH 3 StR 79/14 – Beschluss vom 18. März 2014 (LG Koblenz)

Keine Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bei prognostizierter Therapiedauer von mehr als zwei Jahren.

§ 64 S. 2 StGB

Die Voraussetzungen des § 64 Satz 2 StGB liegen nicht vor, wenn die Entzugsbehandlung voraussichtlich nicht innerhalb der in § 67d Abs. 1 Satz 1 StGB für die Maßregel vorgesehenen Höchstfrist von zwei Jahren zum Erfolg führen kann (ebenso zuletzt etwa BGH HRRS 2014 Nr. 298; vgl. aber dagegen die in dieser Ausgabe abgedruckte Entscheidung BGH v. 10. April 2014 – 5 StR 37/14).

### 508. BGH 3 StR 429/13 – Urteil vom 20. März 2014 (LG Düsseldorf)

Voraussetzungen der Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht (Tatbegriff; innerer und verbindender Bezug zwischen der eigenen und der offenbarten Tat); allgemeine Kronzeugenregelung (kein Zusammenhangserfordernis in der alten Gesetzesfassung).

§ 31 BtMG; § 46b StGB

1. „Die Tat“ im Sinne von § 31 BtMG, zu der Aufklärungshilfe geleistet werden muss, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht nur der dem Angeklagten im einzelnen Strafverfahren vorgeworfene einheitliche geschichtliche Lebensvorgang. Der „eigenständige“ – weil von § 264 StPO losgelöste – Tatbegriff im Sinne von § 31 BtMG umfasst vielmehr auch die Betäubungsmitteltaten anderer Personen, die als rechtlich selbständig zu werten und nicht Gegenstand des anhängigen Verfahrens sind. Denn Zweck der Vorschrift ist gerade auch die Aufklärung strafrechtlich relevanten Verhaltens Dritter jenseits der dem „Kronzeugen“ angelasteten Tat im prozessualen Sinne; es soll ein Anreiz zur Mithilfe bei der Aufklärung und Verfolgung auch anderer gewichtiger Betäubungsmitteldelikte geboten werden, weshalb auch diejenigen die Vergünstigung einer Strafmilderung erhalten sollen, die zur Aufdeckung weiterer Straftaten beitragen.

2. Zwischen der aufgedeckten Tat und den Taten des Angeklagten muss allerdings über den Wortlaut von § 31 BtMG in der zur Tatzeit geltenden Fassung hinausgehend ein Zusammenhang bestehen. Diese Einschränkung soll sicherstellen, dass die Privilegierung des „Kronzeugen“ mit dem Grundsatz schuldangemessenen Strafens (§ 46 StGB) dadurch in einem nachvollziehbaren Einklang steht, dass der Bezug zwischen der offenbarten Tat und der Tat des „Kronzeugen“ geeignet ist, zumindest mittel-

bar das Maß des Vorwurfs zu reduzieren, der dem „Kronzeugen“ für dessen eigene Tat zu machen ist.

3. Ein solcher Zusammenhang, d.h. ein innerer und verbindender Bezug zwischen der eigenen und der offenbarten Tat besteht, wenn der „Kronzeuge“ das tatbestandliche Handeln eines Mittäters aufdeckt, wenn sich die aufgedeckte Tat als Teil einer fortgesetzten Handlung des Mittäters erweist, an der der „Kronzeuge“ jedenfalls in anderen Handlungsabschnitten beteiligt war oder wenn es sich um weitere Geschäfte eines Betäubungsmittellieferanten des „Kronzeugen“ handelt. Er wird auch angenommen für weitere Taten eines Betäubungsmittelkuriers im Auftrag desselben Hintermannes oder für den Fall, dass neben einer Vielzahl von Taten mit geleisteter Aufklärungshilfe bei zwei Taten der erforderliche Aufklärungserfolg nicht eingetreten ist.

4. Die Anwendung der allgemeinen Kronzeugenregelung nach § 46b StGB ist durch die bereichsspezifische Kronzeugenregelung in § 31 BtMG nicht ausgeschlossen. Der Vorrang der Spezialregelung hindert nicht, auf die allgemeine Regelung zurückzugreifen, wenn deren Anwendung für den „Kronzeugen“ im Einzelfall günstiger ist.

**515. BGH 3 StR 11/14 – Beschluss vom 25. März 2014 (LG Hannover)**

Parallele Anordnung von Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und Sicherungsverwahrung (Anforderungen an die Prognose der Erfolgsaussichten einer Therapie; Verkürzung der Therapiedauer durch vorbereitende Sozialtherapien).  
§ 66 StGB; § 64 S. 2 StGB

An die Feststellung der Erfolgsaussicht im Sinne des § 64 Satz 2 StGB dürfen keine überspannten Maßstäbe angelegt werden, wenn neben der Unterbringung in der Entziehungsanstalt auch diejenige in der Sicherungsverwahrung in Frage steht. Sofern nämlich der Hang zur Begehung erheblicher Straftaten (§ 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB) vom Hang des Täters zum übermäßigen Konsum von berauschenden Mitteln im Sinne von § 64 Satz 1 StGB verursacht ist, bietet die erfolgreiche Suchttherapie die einzige Möglichkeit für den Angeklagten, die Vollstreckung der Sicherungsverwahrung zu vermeiden.

**475. BGH 2 StR 405/12 – Beschluss vom 17. April 2014 (LG Köln)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Unfähigkeit zur Unrechtseinsicht: Vorwerfbarkeit); Tateinheit bei Mittäterschaft (uneigentliches Organisationsdelikt).  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 17 Abs. 2 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. § 20 StGB ist anzuwenden, wenn die Fähigkeit des Täters zur Unrechtseinsicht bei der Begehung der Tat aufgrund eines Eingangsmerkmals fehlte. In diesem Fall kommt es auf die Frage der Vorwerfbarkeit eines tatsächlichen Fehlens von Unrechtseinsicht nicht an.

2. Anders ist es, wenn bei der Begehung der Tat die Fähigkeit zur Unrechtseinsicht zwar vorhanden, aber eingeschränkt ist. In diesem Fall kann tatsächliche Einsicht gegeben sein oder nicht; daher ist hier zu differenzieren:

Der Täter, der trotz verminderter Einsichtsfähigkeit tatsächlich Einsicht in das Unrecht der Tat gehabt hat, ist voll schuldfähig. Fehlt ihm dagegen die Einsicht in das Unrecht der Tat, so wird – zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen gegenüber § 17 Satz 2 StGB – § 21 StGB angewendet, wenn ihm das Fehlen der Unrechtseinsicht vorzuwerfen ist (vgl. BGH RuP 2006, 101).

**479. BGH 2 StR 558/13 – Beschluss vom 19. Februar 2014 (LG Köln)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zeitpunkt der früheren Verurteilung: letzte tatrichterliche Sachentscheidung zur Schuld – und Straffrage; Unterbringungsanordnung als solche Entscheidung; Reihenfolge der Vollstreckung).  
§ 55 Abs. 1 StGB; § 67 StGB

1. Für die Anwendbarkeit des § 55 StGB kommt es auf die letzte tatrichterliche Sachentscheidung zur Schuld – oder Straffrage an (vgl. BGHSt 15, 66, 69 f.). Anders hingegen ist es bei der Vollstreckungssituation: für deren Beurteilung ist der Zeitpunkt der früheren tatrichterlichen Verurteilung maßgeblich, da dem Angeklagten der einmal erlangte Rechtsvorteil der nachträglichen Gesamtstrafenbildung durch sein Rechtsmittel nicht genommen werden soll (st. Rspr.).

2. Zwar handelt es sich bei der Frage der Unterbringungsanordnung – isoliert betrachtet – um eine vom eigentlichen Strafausspruch getrennte Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung. Diese betrifft aber wegen der vom Tatgericht in der Folge zu prüfenden Frage, wie die Vollstreckungsreihenfolge geregelt werden soll (§ 67 Abs. 1 und 2 StGB), zwangsläufig den Strafausspruch; dies wird insbesondere in den Fällen deutlich, in denen eine Entscheidung über den Vorwegvollzug nach § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 5 Satz 1 StGB zu treffen ist, bei der es wegen der Orientierung am Halbstrafenzeitpunkt entscheidend auf die Dauer der (Gesamt-)Freiheitsstrafe ankommt. Insoweit, aber auch außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Sollvorschrift ist daher noch eine Entscheidung über den Strafausspruch zu fällen, zu der gegebenenfalls gesonderte Feststellungen (Therapiedauer) getroffen werden müssen. Solange diese Entscheidung noch aussteht, ist über die Straffrage gerade nicht abschließend tatrichterlich entschieden und eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung möglich.

**482. BGH 4 StR 47/14 – Urteil vom 10. April 2014 (LG Frankenthal)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Begehung erheblicher rechtswidriger Taten: schwere Störung des Rechtsfriedens als Folge).  
§ 63 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darf nur angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass der Täter infolge seines Zustands in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 75, 76). Ob eine zu erwartende Straftat zu einer schweren



Störung des Rechtsfriedens führt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.

2. Dabei kann sich – wie in der Regel bei Verbrechen oder Gewalt – und Aggressionsdelikten – eine schwere Störung des Rechtsfriedens bereits allein aus dem Gewicht des Straftatbestandes ergeben, mit dessen Verwirklichung gerechnet werden muss (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 337, 338). In der Rechtsprechung ist aber ebenfalls anerkannt, dass selbst Verbrechen in Ausnahmefällen, etwa wenn sie aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes von der Allgemeinheit als eher harmlos oder als nur belästigend wahrgenommen werden und überdies nur zu geringen Beeinträchtigungen des Tatopfers geführt haben, trotz ihres Deliktcharakters die in § 63 StGB vorausgesetzte Gefährlichkeitsprognose nicht zu begründen vermögen (vgl. BGH, NStZ-RR 2005, 303, 304). Dies gilt auch für zu erwartende Vergehen aus dem Bereich der vorsätzlichen Körperverletzungsdelikte.

**468. BGH 1 StR 126/14 – Beschluss vom 8. April 2014 (LG Stuttgart)**

Stalking (Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot); Festsetzung der Tagessätze einer Geldstrafe (Einbeziehung der Geldstrafe in die Gesamtstrafe; nachträgliche Festsetzung durch Revisionsgericht); versuchte Nötigung.

§ 40 Abs. 4 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 240 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 238 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1. Einer Festsetzung der Tagessätze bedarf es auch dann, wenn die Einzelgeldstrafe gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 StGB in eine Gesamt(freiheits)strafe einbezogen wird (st. Rspr).

2. Zwar kommt bei unterbliebener Festsetzung regelmäßig eine Zurückverweisung zum Zwecke der Nachholung der Bestimmung der Tagessatzhöhe in Betracht (vgl. BGHSt 30, 93, 97). Allerdings kann das Revisionsgericht in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO in geeigneten Fällen auch selbst die Festsetzung vornehmen und etwa die Tagessatzhöhe auf das gesetzliche Mindestmaß festsetzen (vgl. BGH WM 2010, 1957, 1964).

Rechtsprechung

**IV. Strafverfahrensrecht mit GVG**

**473. BGH 1 StR 612/13 – Beschluss vom 9. April 2014 (LG München I)**

Mitteilungspflichten über Erörterungsgespräche zur Möglichkeit einer Verständigung (Umfang; Beruhen des Urteils auf fehlender Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Das Gesetz will durch die Vorschrift des § 243 Abs. 4 Satz 2 erreichen, dass Erörterungen über die Möglichkeit einer Verständigung stets in der Hauptverhandlung zur Sprache kommen und dies auch inhaltlich dokumentiert wird. Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung dürfen kein informelles und unkontrollierbares Verfahren eröffnen (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2013 – 2 StR 410/13 mwN). Die Bestimmung des § 243 Abs. 4 StPO verlangt deshalb, dass in der Hauptverhandlung über den wesentlichen Inhalt erfolgter Erörterungen zu informieren ist. Hierzu gehört auch dann, wenn keine Verständigung zustande gekommen ist, jedenfalls der Verständigungsvorschlag und die zu diesem abgegebenen Erklärungen der übrigen Verfahrensbeteiligten. Die Mitteilungspflicht erstreckt sich auch darauf, welcher Verfahrensbeteiligte jeweils welchen Verständigungsvorschlag gemacht hat.

2. Bei Verstößen gegen die Mitteilungspflichten aus § 243 Abs. 4 StPO ist regelmäßig davon auszugehen, dass das Urteil auf dem Verstoß beruht; lediglich in Ausnahmefällen ist Abweichendes vertretbar. Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 19. März 2013 im

Einzelnen dargelegt hat, hält der Gesetzgeber eine Verständigung nur bei Wahrung der umfassenden Transparenz – und Dokumentationspflichten für zulässig, weshalb das gesetzliche Regelungskonzept eine untrennbare Einheit aus Zulassung und Beschränkung von Verständigungen bei gleichzeitiger Einhegung durch die Mitteilungs-, Belehrungs- und Dokumentationspflichten darstellt (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1066). Die Mitteilung des Inhalts sämtlicher auf eine Verständigung abzielender Gespräche dient dabei nicht nur der notwendigen Information der Öffentlichkeit, sondern auch der des Angeklagten, der bei derartigen Gesprächen außerhalb der Hauptverhandlung in der Regel nicht anwesend ist. Für die Willensbildung im Rahmen einer Verständigung ist für den Angeklagten auch von Bedeutung, dass er durch das Gericht umfassend über sämtliche vor und außerhalb der Hauptverhandlung mit den übrigen Verfahrensbeteiligten geführten Verständigungsgespräche informiert wird.

**506. BGH 3 StR 353/13 – Beschluss vom 20. März 2014 (LG Stralsund)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (unzulässige nachteilige Schlüssen aus der anfänglichen Zeugnisverweigerung der Eltern des Angeklagten); Tatobjekt der Brandstiftung (Begriff des „Wasserfahrzeugs“; Verlust der Eigenschaft als Betriebsstätte); Abgrenzung der beiden Tatvarianten bei der Sachbeschädigung; Mittäterschaft bei paralleler Verwirklichung gleichartiger Taten; Revisionsentscheidung bei fehlendem Strafantrag; Friedensstörung durch Androhung von Straftaten.

§ 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 261 StPO; § 306 StGB; § 303 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 354 StPO; § 206a Abs. 1 StPO; § 126 StGB

1. Die Eltern eines Angeklagten sind zur Aussage nicht verpflichtet, § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Der unbefangene Gebrauch dieses Schweigerechts wäre nicht gewährleistet, wenn der verweigerungsberechtigte Zeuge die Prüfung und Bewertung der Gründe für sein Aussageverhalten befürchten müsste. Deshalb dürfen weder aus der durchgehenden noch aus der nur anfänglichen Zeugnisverweigerung dem Angeklagten nachteilige Schlüsse gezogen werden. Einer Würdigung zugänglich ist allein das nur teilweise Schweigen des Zeugen zur Sache.

2. Bei einem Fischkutter, der ausschließlich als ortsfester Verkaufsstand dient, handelt es sich nicht um ein Wasserfahrzeug im Sinne des § 306 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Dieses Tatbestandsmerkmal ist zwar gesetzlich nicht definiert. Jedoch erschließt sich aus der Regelung des § 1 Abs. 2 StVG zum Kraftfahrzeug, dass das Wesen eines (jeden) Fahrzeugs in seiner generellen Bestimmung und Eignung zur Fortbewegung liegt.

3. Der Begriff der Betriebsstätte im Sinne des § 306 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfordert nicht, dass es sich um einen technischen Betrieb handelt. Eine entsprechende Differenzierung ist weder vom Wortlaut noch der Systematik her zwingend und erwiese sich nach Sinn und Zweck der Vorschrift als willkürlich. Allerdings verliert ein Objekt die Eigenschaft als Betriebsstätte in diesem Sinne, wenn es für einen erheblichen Zeitraum seiner eigentlichen Verwendung entzogen (hier: über zwei Jahre aufgrund von Reparaturarbeiten).

4. Die Täuschung über das Bestehen einer Katalogtat i.S.d. § 126 Abs. 2 StGB kann sich auf eine eigene Tat

desjenigen beziehen, der über das Bestehen täuscht. Voraussetzung ist in diesem Fall lediglich, dass der Täter zugleich vorspiegelt, dass die Tatvollendung nicht mehr von ihm beeinflussbar sei.

**489. BGH 1 StR 82/14 – Beschluss vom 5. Mai 2014 (LG Nürnberg-Fürth)**

Unbegründete Anhörungsrüge; Begründungspflicht für letztinstanzliche Entscheidungen.  
Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

Eine weitere Begründungspflicht für letztinstanzliche, mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbare Entscheidungen besteht nicht. Das gilt auch dann, wenn in der Gegenerklärung die Sachrüge weiter ausgeführt worden ist (BGH NStZ-RR 05, 14; BGH NStZ 03, 103). Auch eine Mitteilung des Gerichts, warum es die nachgeschobene Beanstandung für unbegründet erachtet, ist nicht erforderlich (BGH NStZ 09, 52; NStZ-RR 08, 385; 09, 119).

**481. BGH 4 StR 23/14 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Verden)**

Absehen des Revisionsgerichts von der Aufhebung des Urteils wegen Rechtsfehlern bei der Strafzumessung (Angemessenheit der verhängten Strafe).  
§ 354 Abs. 1a StPO

Ob eine Rechtsfolge als angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1a StPO angesehen werden kann, hat das Revisionsgericht auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, insbesondere aller nach § 46 StGB für die Strafzumessung erheblichen Umstände zu beurteilen.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**512. BGH 1 StR 13/13 – Beschluss vom 25. April 2014 (LG Potsdam)**

BGHSt; konkludente Täuschung über subventionsrechtlich erhebliche Preisbestandteile durch Einreichung eines Subventionsantrags (tatsächlich entstandene Kosten; verdeckte Zahlungsrückflüsse [kickbacks] beim Einsatz von Subunternehmern); Vermögensschaden bei Subventionsbetrug (schadensgleiche Vermögensgefährdung beim Erlass eines Zuwendungsbescheides: Erreichung und Bestimmung des Förderzwecks; Mittelabruf; Beendigung und Verjährung bei sukzessivem Subventionsabruf); Geschäftsverteilung bei Wirtschaftsstrafsachen (Konzentrationsgebot; Bildung mehrerer Wirtschaftsstrafkammern; gesetzlicher Richter); Besorgnis der Befangenheit (Besuchsüberwachung und Postbeschlagnahme bei Verteidiger im Hintergrund; rechtzeitige Ablehnung).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB; § 264 StGB; § 78 StGB; § 78a StGB; § 35 GmbHG; § 43 GmbHG; § 181 BGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 74c Abs. 1 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 1 und Nr. 3 StPO; § 24 StPO; § 25 StPO; § 148 StPO

1. Die Aufteilung der Wirtschaftsstrafsachen eines Landgerichts auf zwei Wirtschaftsstrafkammern (§ 74c Abs. 1 GVG) erfordert nicht zwingend, dass der Geschäftsanfall an Wirtschaftsstrafsachen für jede der beiden Wirtschaftsstrafkammern mehr als 50 Prozent beträgt. (BGHSt)

2. Mit der Einreichung eines Subventionsantrags gibt der Antragsteller zugleich die Erklärung ab, dass die geltend gemachten Kosten tatsächlich entstanden sind und keine verdeckten Zahlungsrückflüsse oder sonstige nicht näher angegebene Provisionen enthalten. (BGHSt)

3. Diese konkludente Täuschung kann sich aus Pflichten ergeben, die dem Antragsteller gesellschaftsrechtlich gegenüber eingesetzten Subunternehmern bei der internen Preisbildung obliegen und deren Verletzung zu schädigenden Zahlungsflüssen zulasten des Subventionsgebers führen. (Bearbeiter)

4. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für das Vorliegen eines Vermögensschadens bei täuschungsbedingter Erlangung von Subventionen darauf an, ob der Subventionszweck erreicht wurde. Bei zweckwidriger Verwendung der Fördermittel entsteht beim Subventionsgeber ein Schaden, der sich daraus ergibt, dass die zweckgebundenen Mittel verringert werden, ohne dass der erstrebte sozialpolitische Zweck erreicht wird. Wird der Subventionszweck jedoch erreicht, führt ein sonstiger Verstoß gegen haushaltsrechtliche Grundsätze nicht ohne weiteres zu einem Vermögensschaden. Allein der Umstand, dass der Antragsteller über die Höhe des angefallenen Aufwandes täuscht, führt nicht zu einem Schaden in Höhe der vollen Subventionssumme. Als Betrugsschaden ist lediglich der Anteil der Fördersumme anzusehen, der von dem Subventionsgeber zu viel geleistet wurde (BGH NStZ 2006, 624). (Bearbeiter)

5. In Fällen, in denen das Gericht über ein Ablehnungsgesuch in fehlerhafter Besetzung entschieden hat und dadurch das Recht auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt worden ist, ist allein deswegen der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO gegeben. Ein solcher Fall liegt bei einem Verstoß gegen eine Zuständigkeitsregelung aber nur dann vor, wenn die Auslegung der Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar ist oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie grundlegend verkannt hat. (Bearbeiter)

6. In welcher Reihenfolge über mehrere Ablehnungsgesuche zu entscheiden ist, die sich gegen verschiedene Richter eines Spruchkörpers richten, ist nicht eindeutig geklärt. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass mehrere nacheinander angebrachte und auf unterschiedliche Gründe gestützte Ablehnungsgesuche nacheinander zu bescheiden sind. Bei der Ablehnung eines erkennenden Richters und der darauffolgenden Ablehnung der übrigen erkennenden Richter für die Entscheidung über das Befangenheitsgesuch neigt der Senat zu der Auffassung, dass folgendes Rangverhältnis zwischen den Ablehnungsgesuchen besteht: Es ist stets vorrangig eine Entscheidung hinsichtlich der nur für die Entscheidung über das zunächst angebrachte Ablehnungsgesuch abgelehnten Richter herbeizuführen. (Bearbeiter)

7. Die Besorgnis der Befangenheit lässt sich nicht schon allein mit einer fehlerhaften Sachbehandlung begründen. Verfahrensverstöße, die auf einem Irrtum oder auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruhen, stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Entscheidungen abwegig sind oder den Anschein der Willkür erwecken (st. Rspr.). (Bearbeiter)

8. Das Öffnen von als Verteidigerpost gekennzeichneten Sendungen ist, auch wenn es nur der Prüfung des Beste-

hens eines Verteidigungsverhältnisses dienen soll, selbst in Fällen des Missbrauchsverdachts unzulässig. (Bearbeiter)

#### **471. BGH 1 StR 336/13 – Beschluss vom 13. Februar 2014 (LG Mannheim)**

Vernehmung eines Auslandszeugens (Erforderlichkeit: Gesamtwürdigung des Tatrichters, Darstellung im Ablehnungsbeschluss); Bedeutungslosigkeit einer Beweistatsache; Bestechung ausländischer Amtsträger im Zusammenhang mit internationalem geschäftlichen Verkehr (autonome Auslegung des Amtsträgerbegriffs i.S.d. Art. 2 § 1 Nr. 2 Buchst. a IntBestG und sonstiger Tatbestandsvoraussetzungen nach dem OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr; Bestimmung der Pflichtwidrigkeit: Recht des entsprechenden ausländischen Staates); Verletzung der Buchführungspflicht (erforderlicher Zusammenhang zwischen tatbestandsmäßigem Verhalten und der objektiven Bedingung der Strafbarkeit); Wertsatzverfall (Unterscheidung der Erlangung „aus“ und „für“ die Tat); Verfall bei Handeln für einen anderen (Erlangung durch den Täter selber).

§ 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 StPO; § 331 Abs. 1 StGB; Art. 2 § 1 Nr. 2 Buchst. a IntBestG; Art. 1 Abs. 4 Buchst. c des OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr; § 283b Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 283 Abs. 6 StGB; § 73 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 73a StGB

1. Der Amtsträgerbegriff gemäß Art. 2 § 1 Nr. 2 Buchst. a IntBestG ist nicht im Sinne der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, sondern autonom auf der Grundlage des OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17. Dezember 1997 (BGBl. 1998 II, 2329) auszulegen (vgl. BGHSt 52, 323, 345 f. Rn. 65 f.).

2. Art. 1 Abs. 4 Buchst. c des OECD-Übereinkommens legt fest, dass die in der Übereinkunft verwendete Formulierung „im Zusammenhang mit der Ausübung von Dienstpflichten eine Handlung vornehmen oder unterlassen“ jede Nutzung der Stellung des Amtsträgers innerhalb oder außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs bedeutet. Für das Vorliegen der Voraussetzungen der Bestechung ausländischer Amtsträger im geschäftlichen Verkehr kommt es daher nicht darauf an, dass der bestochene Amtsträger für die Vornahme der fraglichen Diensthandlung aufgrund der ihnen in ihrem Staat übertragenen Aufgaben konkret zuständig war.

3. Erfolgt die Gewährung von Vorteilen für zukünftige pflichtwidrige Diensthandlungen gegenüber ausländischen Amtsträgern bzw. diesen im Rahmen von Art. 2 § 1 IntBestG gleichgestellten Personen, etwa ausländischen Soldaten, bestimmt sich die Pflichtwidrigkeit nach insoweit allgemeiner Auffassung im Grundsatz nach dem Recht des entsprechenden ausländischen Staates.

4. Um die Pflichtwidrigkeit der zugesagten künftigen Diensthandlung nach diesem Maßstab beurteilen zu können, bedarf es aber regelmäßig keiner bis in die Einzelheiten gehenden Beschreibung der konkreten Pflicht-

tenstellung des betroffenen ausländischen Amtsträgers nach den beamtenrechtlichen oder ähnlichen maßgeblichen Rechtsvorschriften des ausländischen Staates. Es genügt grundsätzlich eine Heranziehung der rechtlichen Rahmenbedingungen des ausländischen Staates, die die Aufgaben des bestochenen Amtsträgers zu Gegenstand haben. Dabei kommt den von dem ausländischen Staat im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Korruption übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen und deren Umsetzungen im nationalen Recht zumindest indizielle Bedeutung für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit der Diensthandlungen der konkret betroffenen Amtsträger zu. Eine Verschleifung der Tatbestandsmerkmale (vgl. BVerfGE 126, 170, 198 mwN) der pflichtwidrigen Diensthandlung einerseits und der Gewährung etc. eines Vorteils andererseits ist damit nicht verbunden. Vielmehr wird die dargestellte Rechtslage in dem betroffenen ausländischen Staat als Grundlage für den Rückschluss auf die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung herangezogen.

5. Gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann die Vernehmung eines Auslandszeugen abgelehnt werden, wenn sie nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Maßgeblich ist damit, ob die Erhebung des Beweises ein Gebot der Aufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO ist (vgl. BGHSt 40, 60, 62). Seiner Beurteilung, ob die Amtsaufklärungspflicht die Vernehmung des Zeugen gebietet, darf und muss der Tatrichter das bisherige Ergebnis der Beweisaufnahme zugrunde legen. Das ansonsten im Beweisanzugsrecht geltende Verbot der Beweisantizipation gilt im Rahmen des Ablehnungsgrundes aus § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO nicht (vgl. BGHSt 40, 60, 62). Diese Auslegung des Ablehnungsgrundes aus § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO steht mit dem Verfassungsrecht in Einklang (vgl. BVerfG NStZ 1997, 94 f.).

6. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das Tatgericht die Beurteilung, ob die Amtsaufklärungspflicht die beantragte Vernehmung von Auslandszeugen gebietet, anhand einer Gesamtwürdigung vorzunehmen. In diese darf der Tatrichter auch die voraussichtliche Unergiebigkeit der Zeugenaussage und Schwierigkeiten der Erreichbarkeit des Zeugen einbeziehen (vgl. BGH NStZ 2002, 653, 654 mwN). Ebenso können Auskunftsverweigerungsrechte aus § 55 StPO in der Gesamtwürdigung Berücksichtigung finden (vgl. BGH NStZ 2014, 51).

7. Im Rahmen der für die anhand der Amtsaufklärungspflicht auf Grund einer Gesamtwürdigung zu treffenden Entscheidung über den Antrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen darf der Tatrichter grundsätzlich sowohl berücksichtigen, dass ein solcher Zeuge kaum zu einer ihn der Gefahr der Strafverfolgung im Inland aussetzenden Aussage bereit sein wird, als auch, dass der zu erwartende Beweiswert einer dennoch erfolgenden Aussage gerade wegen der möglicherweise eigenen Strafverfolgung gering wäre.

8. Um dem Revisionsgericht bei Verfahrensrügen, mit denen die Ablehnung der Vernehmung von Auslandszeugen beanstandet wird, die Überprüfung der entsprechenden Beschlüsse zu ermöglichen, müssen deren Begründungen die Grundlagen der bisherigen Beweisergebnisse

und die darauf beruhende Überzeugungsbildung in einer nachvollziehbaren Weise darlegen.

9. Eine Tatsache ist i.S.v. § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO aus rechtlichen Gründen ohne Bedeutung, wenn sie weder allein noch in Verbindung mit weiteren Tatsachen geeignet ist, unmittelbar ein Tatbestandsmerkmal des dem Angeklagten vorgeworfenen Delikts auszufüllen oder für den Rechtsfolgenausspruch direkt Relevanz zu gewinnen.

10. Bei der Ausgestaltung des Zusammenhangs zwischen tatbestandsmäßigem Verhalten und der objektiven Bedingung der Strafbarkeit ist jedenfalls für § 283b StGB zu bedenken, dass es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, bei dem der Gesetzgeber bereits die Verletzung der dem Straftatbestand zugrunde gelegten kaufmännischen Pflichten als für die geschützten Rechtsgüter generell gefährliche Verhaltensweisen bewertet hat. Das von § 283b StGB erfasste Verhalten ist daher unabhängig von der späteren – durch den Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit ausgedrückten – wirtschaftlichen Krise des pflichtigen Täters rechtswidrig und im Hinblick auf den Schutzzweck der Vorschrift strafwürdig. Unter Berücksichtigung des von § 283b StGB verfolgten Schutzzwecks, nämlich die mit den Buchführungs – und Bilanzierungspflichten angestrebte Selbstinformationsmöglichkeit für den pflichtigen Kaufmann sowie die Dokumentations – und Informationsfunktion für seine Gläubiger strafrechtlich zu gewährleisten, ist der erforderliche Zusammenhang regelmäßig gegeben, wenn beide Elemente vorliegen (vgl. BGH NJW 2009, 3383, 3384).

12. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind „aus der Tat“ alle Vermögenswerte erlangt, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 10, 11). Um Vorteile „für die Tat“ handelt es sich demgegenüber, wenn Vermögenswerte dem Täter oder Teilnehmer für sein rechtswidriges Handeln gewährt werden, die nicht auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruhen, etwa wenn ein Lohn für die Tatbegehung gezahlt wird (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 10, 11).

13. Diese in § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB enthaltene Unterscheidung ist aber auch für den Wertersatzverfall des § 73a StGB von Bedeutung. Dessen Anordnung setzt voraus, dass der Tatbeteiligte etwas i.S.v. § 73 Abs. 1 StGB erlangt hat. Bei dem Verfall greift der Ausschlussgrund des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB lediglich dann ein, wenn der Täter oder Teilnehmer etwas „aus“ der Tat, nicht dagegen, wenn Tatbeteiligte etwas „für“ die Tat erlangt haben (st. Rspr.).

14. Bewirkt der Täter in den Fällen des § 73 Abs. 3 StGB als Organ, Vertreter oder Beauftragter einer juristischen Person einen Vermögenszuwachs bei dem Vertretenen, kann der handelnde Vertreter selbst grundsätzlich lediglich dann etwas aus der Tat erlangt haben, wenn er Verfügungsgewalt über das Erlangte innehat (vgl. BGHSt 52, 227, 256 Rn. 126). Im Hinblick auf die Trennung der Vermögen der Gesellschaft einerseits und des Gesellschafters und/oder Geschäftsführers andererseits genügt dafür die aus dieser Stellung resultierende Zugriffsmög-

lichkeit auf das Gesellschaftsvermögen für die Begründung der erforderlichen Verfügungsgewalt regelmäßig nicht; vielmehr bedarf es tatsächlicher Umstände, aus denen sich ergibt, dass der die begünstigte juristische Person vertretende Täter selbst etwas erlangt hat, was zu einer Änderung seiner Vermögensbilanz geführt hat. Solche Umstände sind in der Rechtsprechung etwa dann angenommen worden, wenn der Täter entweder die juristische Person lediglich als formalen Mantel nutzt, eine Trennung von Gesellschafts- und Privatvermögen tatsächlich mithin gerade nicht vornimmt oder wenn jeder aus der Tat folgende Zufluss an die juristische Person sogleich an den Täter weitergeleitet wird (vgl. BGH NStZ 2014, 89, 93 Rn. 47 mwN).

#### **519. BGH 3 StR 28/14 – Beschluss vom 20. März 2014 (LG Verden)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung des Wertersatzverfalls bei der Bestechung (entgegenstehende Ansprüche von Verletzten; Geschäftsherr als Verletzter bei der Bestechung).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 299 StGB; § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO; § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB; § 681 Satz 2 BGB; § 667 BGB

1. Nimmt ein Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil als Gegenleistung dafür an, dass er einen anderen im Wettbewerb bevorzuge, so ist er dem Geschäftsherrn nach § 687 Abs. 2 Satz 1, § 681 Satz 2, § 667 BGB zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Der Geschäftsherr des Bestochenen ist auch Verletzter der Bestechlichkeit bzw. der Bestechung im geschäftlichen Verkehr, denn die Gewährung von Sondervorteilen für einen bestimmten Wettbewerber lässt regelmäßig eine Willensbeeinflussung zum Nachteil des Geschäftsherrn besorgen.

2. Eine solche Besorgnis besteht auch dann, wenn der Bestochene dem Wettbewerber absprachegemäß das „günstigste Angebot“ ermöglicht, denn damit eröffnet er diesem zugleich einen Rahmen, in dem sich, losgelöst von der tatsächlichen kaufmännischen Kalkulation, ein annehmfähiges Angebot noch bewegen kann. Der Anspruch auf Herausgabe der Schmiergelder dient letztlich der Kompensation für eine solche Beeinträchtigung der Interessen des Geschäftsherrn (BGH aaO); dass der Geschäftsherr durch das Handeln des Bestochenen keine – zum Tatbestand der Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) führende – Vermögensseinbuße erlitten hat, bleibt ohne Belang.

#### **470. BGH 1 StR 336/13 – Beschluss vom 13. Februar 2014 (LG Mannheim)**

Ausschluss des Verfalls wegen einer unbilligen Härte (Voraussetzungen: Verhältnis zu § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB; Beurteilungsprärogative des Tatrichters: revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Ausschluss des Verfalls wegen Nichtmehrvorhandensein des Erlangten im Vermögen des Täters (Voraussetzungen).

#### **§ 73c Abs. 1 Satz 1, Satz 2 StGB**

1. Wegen der Beurteilungsprärogative des Tatrichters ist zwar die Gewichtung der für das Vorliegen einer unbilligen Härte i.S.d. § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB maßgeblichen Umstände der revisionsrechtlichen Kontrolle nicht zugänglich. Allerdings kann mit der Revision die rechtsfehlerhafte Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unbillige Härte“ beanstandet werden. Um dem Revisionsgericht die Überprüfung der Auslegung der Härteklausele zu ermöglichen, bedarf es – soweit nicht auf die Ausführungen zu § 73c StGB überhaupt verzichtet werden kann (vgl. BGHSt 56, 191, 195 f.) – Ausführungen im Urteil, die die revisionsgerichtliche Überprüfung, ob das Tatgericht den Begriff der unbilligen Härte nach § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB richtig angewandt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 340), erlauben.

2. Eine „unbillige Härte“ ist erst dann gegeben, wenn die Anordnung des Verfalls schlechthin ungerecht wäre und das Übermaßverbot verletzen würde. Die Auswirkungen des Verfalls müssen mithin im konkreten Einzelfall außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber mit der Maßnahme angestrebten Zweck stehen (st. Rspr.). Maßgeblich für das Vorliegen einer „unbilligen Härte“ gemäß § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB ist, wie sich die Verfallsanordnung auf das davon betroffene Vermögen auswirken würde (vgl. BGH wistra 2001, 388, 389). Das Nichtvorhandensein des Erlangten bzw. eines Gegenwertes im Vermögen des von der Verfallsanordnung Betroffenen kann nach der inneren Systematik des § 73c Abs. 1 StGB für sich genommen regelmäßig keine unbillige Härte begründen.

3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich zudem aus dem systematischen Verhältnis zwischen der bei „unbilliger Härte“ zwingend zum Abschluss der Verfallsanordnung führenden Regelung in § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB einerseits und der Ermessensvorschrift in § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB andererseits, dass regelmäßig zunächst auf der Grundlage letztgenannter Vorschrift zu prüfen ist, ob von einer Anordnung des Verfalls oder Wertersatzverfalls abgesehen werden kann (vgl. BGH NStZ 2010, 86).

4. Gemäß § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB kann eine Verfallsanordnung unterbleiben, soweit das Erlangte oder dessen Wert zum Zeitpunkt der tatrichterlichen Entscheidung im Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden sind (vgl. BGHSt 33, 37, 39 f.). Es ist deshalb zunächst festzustellen, was der Angeklagte aus der Tat „erlangt“ hat, sodann ist diesem Betrag der Wert seines noch vorhandenen Vermögens gegenüber zu stellen (vgl. BGH NStZ 2010, 86, 87). Wenn hiernach auch ein Gegenwert des Erlangten im Vermögen des Angeklagten nicht mehr vorhanden ist, kann der Tatrichter von einer Verfallsanordnung absehen.

# Zwischen Effektivität und Legitimität: Zum Handlungsspielraum des Gesetzgebers nach der „Deal“-Entscheidung des BVerfG

Von Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln \*

## I. Der Zielkonflikt

Eine Absprache setzt konvergierende Interessen voraus. Ist diese Konvergenz strukturbedingt, entsteht ein Markt, auf dem eine Vielzahl gleichartiger Absprachen getroffen wird. Seit den 1970er Jahren ist in deutschen Kriminalgerichten ein Markt entstanden, auf dem nach Meinung vieler mit nichts Geringerem gehandelt wird als der Gerechtigkeit.<sup>1</sup> Gemeint ist die Praxis verfahrensbeendender Verständigungen zwischen Gerichten und Angeklagten bzw. deren Verteidigern. Die Etablierung von verfahrensbeendenden Absprachen ist kein Ausdruck richterlicher Willkür,<sup>2</sup> sondern Folge veränderter Rahmenbedingungen der Strafrechtspflege: Während das Strafrecht seit den späten 1970er Jahren verstärkt zur Bekämpfung der Wirtschafts – und Betäubungsmittelkriminalität, der organisierten Kriminalität und der Umweltverschmutzung eingesetzt wurde,<sup>3</sup> nahmen die Schulden des Bundes und der Länder zu und damit die Möglichkeiten zum Ausbau der Strafjustiz ab.<sup>4</sup> Infolgedessen mussten Gerichte und Staatsanwaltschaften eine ansteigende Zahl von komplexen Fällen mit gleichbleibenden oder sogar geringeren personellen Ressourcen bewältigen. Der Druck, sowohl mehr als auch kompliziertere Verfahren in einem erträglichen Zeitrahmen bewältigen zu müssen, führte dazu, dass gerade Verfahren der Wirtschafts-

Betäubungsmittel – und Bandenkriminalität nach einer Verständigung zwischen Gericht und Verteidigung beendet wurden.<sup>5</sup> Gestand der Angeklagte die Tat, konnten die Gerichte auf eine zeitaufwändige Beweisaufnahme verzichten und honorierten dies mit der Verhängung einer vergleichsweise milden Strafe.<sup>6</sup>

Die Rahmenbedingungen der Strafrechtspflege haben sich seither nicht verbessert – im Gegenteil: Die Revisionsrechtsprechung hat die Anforderungen an Umfang und Qualität der schriftlichen Urteilsgründe schrittweise, aber deutlich erhöht.<sup>7</sup> Zuletzt hat das BVerfG den Staatsanwaltschaften und Instanzgerichten in Wirtschaftsstrafverfahren noch dadurch einen erheblichen Mehraufwand verschafft, dass es die Anforderungen an die Feststellung einer Schadenshöhe verschärft hat.<sup>8</sup> Schließlich lässt sich nicht leugnen, dass Verteidiger in stärkerem Ausmaß als vor drei oder vier Jahrzehnten die Möglichkeiten einer auf die Schwachpunkte der Justiz zielenden Konfliktverteidigung ausschöpfen, um die direkten und indirekten Kosten eines Verfahrens zu erhöhen.<sup>9</sup> Es kann daher nicht überraschen, dass nach einer repräsentativen Umfrage des Allensbach-Instituts für Demoskopie zwei von drei Richtern und vier von fünf Staatsanwälten der Auffassung sind, sie hätten zu wenig Zeit für die Bearbeitung von Fällen.<sup>10</sup> 77% der Befragten sehen die Staatsanwaltschaften nicht „auf Augenhöhe“ mit spezialisierten Ver-

\* Der Autor ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln und Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung. Der Text ist die aktualisierte Fassung eines Vortrages, den der Verf. am 11.10.2013 bei einer Tagung der Universitäten Köln und Kyoto zum Verfahrensrecht an der Universität zu Köln gehalten hat. S. zu dieser Tagung *Weigend* JZ 2014, 133 f.

<sup>1</sup> *Hettinger* JZ 2011, 292, 301. Ähnlich *Duttge*, in: Festschrift für Böttcher (2007), S. 53, 59. Mit Bezug auf das amerikanische plea-bargaining so bereits *Schumann*, Der Handel mit Gerechtigkeit (1982).

<sup>2</sup> S. aber *Schünemann* ZRP 2009, 104. Ähnlich *Harms*, Festschrift für Nehm (2006), S. 289, 295; *Fischer* NSTZ 2007, 433, 434 f.

<sup>3</sup> Zur seinerzeit ansteigenden Bedeutung des Wirtschaftsstrafrechts *Kubink*, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel (2001), S. 547 f.

<sup>4</sup> Zum Einfluss der öffentlichen „Finanznot“ auf das Entstehen von Absprachen *Gössel*, Festschrift für Böttcher (2009), S. 79 f.

<sup>5</sup> Zum Entstehen der Absprachen gerade in diesen Bereichen *Caspari* DRiZ 2013, 6; *Niemöller/Schlothauer/Wieder*, Gesetz zur Verständigung in Strafsachen – Kommentar (2010), S. 10, 27. Rechtsvergleichend *Weigend*, Absprachen in ausländischen Strafverfahren (1990); zu Absprachen in den USA *Vogler* ZStW 116 (2004), 129 ff.; *Rosenau*, Festschrift für Puppe (2011), S. 1597, 1612 ff.

<sup>6</sup> *Niemöller/Schlothauer/Wieder* (Fn. 5), S. 10, 18 ff.

<sup>7</sup> *Gössel* (Fn. 4), S. 80; *Hettinger* JZ 2011, 295, 293.

<sup>8</sup> BVerfGE 126, 170, 226 ff. = HRRS 2010 Nr. 656; BVerfGE 130, 1, 47 = HRRS 2012 Nr. 27. Krit. dazu *Kubiciel* JZ 2014, 99, 100 f. Zur Auswirkung auf die Verfahrensbeendigung qua Absprache *Kuhlen* JR 2011, 246, 253.

<sup>9</sup> So schon *Nestler*, in: Lüderssen/Nestler/E. Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio Prinzip (1990), S. 159, 162.

<sup>10</sup> Publiziert als *Roland Rechtsreport*, Sonderbericht: das deutsche Rechts – und Justizsystem aus Sicht von Richtern und Staatsanwälten (2014), S. 10.

teidigern in Wirtschaftsstrafsachen.<sup>11</sup> Der Grund ist leicht zu erraten: Die personelle Ausstattung ist nach Meinung von 85% der insgesamt 1.770 interviewten Richter und Staatsanwälte schlecht oder sehr schlecht.<sup>12</sup> Diese Einschätzung lässt sich nicht damit abtun, Richter und Staatsanwälte wähten sich gleichsam habituell am Rande der Belastbarkeit,<sup>13</sup> sondern kann durch objektive Daten untermauert werden. Einem Presseartikel zufolge erreicht lediglich ein Bundesland (Sachsen-Anhalt) die Richtwerte für eine Personalausstattung in der Justiz.<sup>14</sup> Die Strafrechtspflege operiert folglich in einem Zielkonflikt: Sie soll steigenden Erwartungen in Bezug auf Quantität und Qualität ihrer Arbeit mit gleichbleibenden oder sogar abnehmenden Ressourcen genügen.

## II. Handlungsbedarf

Da weder der Gesetzgeber noch das BVerfG diesen Zielkonflikt aufgelöst haben (dazu III.), fragt sich, wie der Druck auf die Instanzgerichte mit rechtsstaatlichen Mitteln abgemildert werden kann. Bislang ist das nach der Entscheidung erwartete „Erdbeben“ zwar ausgeblieben.<sup>15</sup> Geschieht jedoch weiterhin nichts, ist damit zu rechnen, dass nach Ablauf einer Schamfrist die Praxis informeller Verständigungen auflebt, um dem hohen Effektivitätsdruck mit Hilfe von „managerial approaches“<sup>16</sup> abzumildern. 40% der Richter und Staatsanwälte erwarten daher, dass die Verfassungsgerichtsentscheidung (*on the long run*) nichts an der Praxis ändern werde.<sup>17</sup> Eher früher als später stellt sich folglich die Frage, wie der Gesetzgeber mit der vom BVerfG statuierten Beobachtungs- und Abhilfepflicht umgehen soll und wie das Strafverfahren unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze praxistauglicher ausgestaltet werden kann.<sup>18</sup> Nach hiesiger Auffassung ist die Stärkung bestehender und Implementierung neuer hybrid-konsensueller Erledigungsformen unerlässlich. So könnte das Strafbefehlsverfahren ausgebaut und mit einer zusätzlichen Verständigungsphase angereichert werden, um so ein größeres bzw. zusätzliches „Ablassventil“ für den auf Staatsanwaltschaften und Instanzgerichten lastenden Druck zu schaffen. Weder die „Deal“-Entscheidung des BVerfG noch der strafprozessuale Wahrheitsbegriff stehen diesen Schritten im Wege (IV.).

<sup>11</sup> Roland Rechtsreport (Fn. 10), S. 23.

<sup>12</sup> Roland Rechtsreport (Fn. 10), S. 11.

<sup>13</sup> So aber Fischer NSTZ 2007, 433.

<sup>14</sup> Amann/Salden/Traufetter Der Spiegel, Heft 50/2013, 47.

<sup>15</sup> Schünemann, in: Festschrift für Wolter, S. 1107, 1128.

<sup>16</sup> Treffend Hamdan/Jung/Stuckenberg GA 2013, 711, 717.

<sup>17</sup> Roland Rechtsreport (Fn. 10), S. 30.

<sup>18</sup> Die Regierungsparteien haben sich zum Ziel gesetzt, die Regeln über die Verständigung zu evaluieren, s. Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 146.

## III. Die Festschreibung des Zielkonflikts

### 1. Konsequentialistische und deontologische Kritik an § 257c StPO

Die vom BGH „zur Sicherstellung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“<sup>19</sup> tolerierten Absprachen hat der Gesetzgeber im Jahr 2009 formell legalisiert. Er verfolgte dabei das Ziel, die in der Praxis verbreiteten „Deals“ mit den Grundsätzen des Strafprozesses in Übereinstimmung zu bringen.<sup>20</sup> Dieses Ziel hat er nach ganz herrschender Auffassung verfehlt.<sup>21</sup> Eine konsequentialistische Kritiklinie bemängelt, der Gesetzgeber habe die Tatgerichte nicht entlastet, sondern den eingangs skizzierten Zielkonflikt festgeschrieben. Tatsächlich bedeuten die Dokumentations- und Protokollierungspflichten<sup>22</sup> eine erhebliche Mehrarbeit,<sup>23</sup> während der Ermittlungsaufwand durch das grundsätzliche Festhalten am Amtsermittlungsgrundsatz nicht wesentlich abgemildert wird.<sup>24</sup> So gesehen zeigt die in *Altenhains* empirischer Studie offengelegte Umgehung gesetzlicher Vorgaben vor allem die praktische Ungeeignetheit des Verständigungsgesetzes.<sup>25</sup> Ökonomisch betrachtet stellt sich die Etablierung einer gesetzesumgehenden Praxis informeller Absprachen daher als Form funktioneller oder „brauchbarer“ Illegalität dar.<sup>26</sup>

Andere Kritiker blenden die Funktionsbedingungen der Strafrechtspflege aus, sondern sehen tradierte strafverfahrensrechtliche Prinzipien verletzt. Sie monieren insbesondere, dass an die Stelle der vom Richter betriebenen Suche nach der materiellen Wahrheit jene prozedurale Richtigkeitsgewähr trete, die eine zwischen Parteien getroffene Vereinbarung verspreche.<sup>27</sup> Dies käme einer

<sup>19</sup> BGHSt 43, 195, 202; 50, 40, 64 = HRRS 2005 Nr. 310. – Von einer „verfehlten Nachsicht des Bundesgerichtshofs mit den Nöten der Tatgerichte“ spricht hingegen SK-StPO/Paeffgen, Bd. 4, 4. Aufl. (2011), § 202a Rn. 2; schärfer Fischer NSTZ 2007, 433, 434.

<sup>20</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 18. Zu Auswüchsen in der Praxis eindringlich Duttge (Fn. 1), S. 54 ff.

<sup>21</sup> Positivere Bewertung hingegen bei Jahn/M. Müller NJW 2009, 2625, 2631: großer Schritt in die richtige Richtung; ähnlich Kudlich, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages (2010), Bd. 1, Gutachten C: Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens?, S. 62 ff.

<sup>22</sup> S. die Dokumentationspflichten in §§ 160b S. 2; 202a S. 2; 212; 267 Abs. 3 S. 5, Abs. 4 S. 2 StPO; eine Mitteilungspflicht enthält § 243 Abs. 4 StPO, eine Protokollierungspflicht § 273 Abs. 1 S. 2, Abs. 1a StPO.

<sup>23</sup> Niemöller/Schlothauer/Wieder (Fn. 5), S. 28 f. Vgl. auch Meyer NJW 2013, 1850, 1852; Meyer-Goßner, Festschrift für Böttcher, S. 105, 123.

<sup>24</sup> S. § 257c Abs. 1 S. 2 StPO.

<sup>25</sup> *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren (2013). S. ferner Schünemann, in: Festschrift für Wolter, S. 1107, 1119.

<sup>26</sup> Treffend *Altenhain*, in: Jahn/Nack (Hrsg.), Rechtsprechung in Strafsachen zwischen Theorie und Praxis – zwei Seiten einer Medaille? (2013), S. 63, 65; Röhl, in: Festschrift für Heldrich (2005), S. 1161, 1172 f.

<sup>27</sup> Grundlegend zur Richtigkeitsgewähr von zivilrechtlichen Verträgen Schmidt-Rimpler AcP 147 (1941), 130 ff., eine brillante Verteidigung der Privatautonomie gegen ideologische Kritik nationalsozialistischer Rechtswissenschaftler.

„totalen Umstürzung des Verfahrensmodells“ gleich, sei jedenfalls mit den Strukturen des Strafverfahrens – Offizialmaxime, Anklage – und Untersuchungsgrundsatz – und dem „fundamentalen Verfahrensziel der materiellen Wahrheitsfindung“ unvereinbar.<sup>28</sup> Für sich gesehen stellt dies ein schwaches Argument dar. Denn der Gesetzgeber kann die Strukturen eines Gesetzes ändern bzw. fortentwickeln, solange er sich in den Grenzen der Verfassung hält. Dies gilt auch für das Strafverfahrensrecht, das keineswegs sakrosankt, sondern auch für substantielle Änderungen zugänglich ist.<sup>29</sup> Daher unterfüttern die Kritiker ihr Strukturargument straftheoretisch und verfassungsrechtlich. Sie machen geltend, im Strafverfahren müsse – anders als im Zivilprozess – die materielle Wahrheit festgestellt werden,<sup>30</sup> wenn eine schuldangemessene und damit legitime Strafe verhängt werden solle. Absprachen dienen jedoch weder der Ermittlung der Wahrheit noch der Verhängung einer schuldangemessenen Strafe, sie seien im Gegenteil ein Weg, beide Ziele zu umgehen.<sup>31</sup> Diese Umgehung sei prinzipiell unzulässig, so dass sich (konsequentialistische) Kosten-/Nutzen-Überlegungen von vornherein verböten. Daher kann auch das Ziel der Effektivierung der Strafrechtspflege die Gerichte nicht von ihrer Pflicht zur Verhängung einer auf Wahrheit gegründeten und schuldangemessenen Strafe entbinden.

Beide Kritiklinien teilen, so unterschiedlich sie sind, ein und dieselbe Schwäche: Sowohl die konsequentialistische als auch die deontologische Kritik erfassen lediglich einen Ausschnitt einer weitaus komplexeren Problematik. Diese lautet: Wie ist ein Strafverfahren ausgestaltet, dass sowohl der Ressourcenknappheit Rechnung trägt als auch ein hohes Maß an Richtigtsgewähr bietet?

## 2. Die Folgen

Das BVerfG hat diese Frage nicht beantwortet, freilich auch nicht beantworten müssen. Gegenstand der Entscheidung waren lediglich die geltenden Regeln zur Verständigung. Diese erklärt der Zweite Senat trotz aller Kritik für zulässig.<sup>32</sup> Der Gesetzgeber habe aber zu beobachten, ob die Praxis weiterhin von informellen Ab-

sprachen Gebrauch macht; gegebenenfalls müsse er „geeignete“ Gegenmaßnahmen ergreifen.<sup>33</sup>

Das Urteil ist auf breite Ablehnung gestoßen.<sup>34</sup> Die Kritiker der Absprachen in Strafverfahren müssen zähneknirschend zur Kenntnis nehmen, dass konsensuale Verfahrensbeendigungen durch Absprachen grundsätzlich verfassungskonform sind.<sup>35</sup> Die Rechtspraxis muss sich hingegen die „bange Frage“ stellen, wie sie in der Lage sein wird, den hohen Anforderungen des Verständigungsgesetzes zu entsprechen.<sup>36</sup> Aus dem oben beschriebenen Dilemma – steigende Anforderungen an die Gerichte bei unzureichender Ausstattung – weist das BVerfG jedenfalls keinen Ausweg.<sup>37</sup> Es ist daher keineswegs ausgeschlossen, dass die informellen Absprachen in der einen oder anderen Form überleben werden.<sup>38</sup>

Das BVerfG hält dem entgegen, das Recht bestimme die Praxis „und nicht die Praxis das Recht.“<sup>39</sup> Dieser Satz ist in seiner apodiktischen Kürze nicht haltbar.<sup>40</sup> Das Recht kann nicht einseitig, gleichsam „hydraulisch“, auf seine Adressaten einwirken. Sollen und Sein – Recht und soziale Praxis – beeinflussen sich vielmehr wechselseitig.<sup>41</sup> Auch strafprozessuale Normen haben tatsächliche Geltungsvoraussetzungen.<sup>42</sup> Kann eine Regel die mit ihr angestrebte Wirkung aus tatsächlichen Gründen nicht (mehr) erzielen, beginnt die Norm zu erodieren, wie das Beispiel der Verfahrensabsprachen eindrücklich zeigt. Zwar kann versucht werden, diesen Erosionsprozess durch Kontrolle und Zwang aufzuhalten. Doch ist dies mit hohen Folgekosten verbunden. Dies gilt auch für den Vorschlag, das Verbot informeller Verfahrensabsprachen strafrechtlich zu erzwingen.<sup>43</sup> Eine Pönalisierung trägt zweifelsohne dazu bei, die Verständigungsregeln in der Praxis durchzusetzen. Sie führt jedoch zu Normerosionen an anderen Stellen: Unter den Bedingungen knapper Ressourcen ist es schlechterdings unmöglich, dass die Gerichte ohne ressourcenschonende Erledigungsformen

<sup>28</sup> So *Schünemann*, in: Festschrift für Wolter (2013), S. 1107, 1114, 1117; *ders.* ZRP 2009, 104, 105; *ders.* in: *ders.* (Hrsg.) Risse im Fundament Flammen in Gebäck, 2010, S. 93, 102 f. Ferner *Fahl* ZStW 117 (2005), 605 ff.; *Gössel* (Fn. 4), S. 85; *Harms* (Fn. 2), S. 294 f.; *Hettinger* JZ 2011, 292, 301; *SK-StPO/Paefffgen* (Fn. 19), § 202a Rn. 2.

<sup>29</sup> Zur Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers *Jahn* GA 2004, 272, 275.

<sup>30</sup> S. *Tsujimoto* ZIS 2012, 612 mit Verweis auf *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. (2012), Rn. 21; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. (2012), § 1 Rn. 3 ff.

<sup>31</sup> Zu dieser Kritik *Duttge* (Fn. 1), S. 58 ff.; *Lien* GA 2006, 129, 142 f.; *Murmann* ZIS 2009, 526, 532. – Krit. ferner *Duttge/Salditt* ZStW 111 (2003), 539 ff.; *Fezer* NStZ 2012, 177 ff.; *Fischer* NStZ 2007, 433 ff.; *Kempf*, in: Festschrift für E. Müller (2008), S. 246 ff.; *Meyer-Goßner* ZRP 2009, 107 ff.; *Rieß* ZStW 119 (2007), 945, 950 ff.; *Ransiek* ZIS 2009, 122 ff.; *Rönnau*, Absprachen im Strafprozess (1990), S. 73 ff.; *Weßlau*, Festschrift für E. Müller (2008), S. 794 ff.

<sup>32</sup> BVerfG JZ 2013, 676 (Leitsätze 1 u. 2) = HRRS 2013 Nr. 222.

<sup>33</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 688 (Rz. 121) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 134).

<sup>34</sup> So *Meyer-Goßner* StV 2013, Editorial Heft 7 (S. I). S. weiterhin *Meyer* NJW 2013, 1850 ff.; *Niemöller* StV 2013, 420 ff.; *Stuckenberg* ZIS 2013, 212 ff.; *Weigend* StV 2013, 424 ff.

<sup>35</sup> Insofern setzt das Urteil tatsächlich einen „Schlusspunkt unter die Debatte“, so *Niemöller* StV 2013, 420, 424; ähnlich *Kudlich* ZRP 2013, 162. S. auch *Weigend*, in: Festschrift für Maiwald (2010), S. 829: Hoffnung auf ein Verbot sei „illusionär“.

<sup>36</sup> So *Beulke/Stoffer* JZ 2013, 662, 673.

<sup>37</sup> Daher ist das Urteil in der Tat eine vertane Chance, so *Weigend* StV 2013, 424, 427.

<sup>38</sup> Dazu *Tsambikakis* ZHW 2013, 209, 211; *Weigend* StV 2013, 424, 426 (mit Anm. 15). Optimistisch *Kudlich* ZRP 2013, 162, 163; *Mosbacher* NZWiSt 2013, 201, 206. Zweifelnd *Meyer* NJW 2013, 1850, 1852. S. auch *Stuckenberg* ZIS 2013, 212, 219: Frage nach praktischen Folgen sei „völlig offen“.

<sup>39</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 687 (Rz. 119) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 132).

<sup>40</sup> Krit. auch *Jahn*, in: *ders./Nack* (Fn. 26), S. 7.

<sup>41</sup> Näher dazu *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil, 2013, S. 43 ff.

<sup>42</sup> Am Beispiel der Beweisverwertungsregeln *Kubiciel* GA 2013, 226 ff.

<sup>43</sup> *Scheinfeld* ZJS 2013, 296, 301. Dies immerhin erwägend *Stuckenberg* ZIS 2013, 212, 218. Umfassend zur Strafbarkeit informeller Absprachen *Erb* StV 2014, 103 ff.; *Globke* JR 2014, 9, 16 ff.



sämtliche Strafverfahren in einer angemessenen Zeit bewältigen können. Daher wird entweder eine nicht geringe Anzahl von Straftaten nicht mehr verfolgt werden können<sup>44</sup> oder die Länge der Verfahren wird erheblich zunehmen. Im erstgenannten Fall erleiden die Strafnormen einen Geltungsschaden,<sup>45</sup> im zweiten Fall bleibt der Rechtsanspruch der Beschuldigten auf eine Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist unerfüllt.<sup>46</sup>

## IV. Auflösung des Zielkonflikts

### 1. Zielrichtung: Erweiterung hybrid-konsensualen Erledigungsformen

Was ist zu tun? Welcher Weg führt aus dem Zielkonflikt? Die Forderung, es müssten mehr Stellen für Richter und Staatsanwaltschaften geschaffen werden,<sup>47</sup> dürfte auch weiterhin unerhört bleiben. Es ist kaum zu erwarten, dass die Bundesländer ihre – mit dem Greifen der sog. Schuldenbremse kleiner werdenden – finanziellen Spielräume für den Ausbau eines Verwaltungsbereiches nutzen werden, der nur wenig gesellschaftliche Aufmerksamkeit erhält und eine entsprechend geringe „politische Rendite“ verspricht. In einer solchen Situation ist in der Tat rechtspolitische Kreativität gefragt.<sup>48</sup> Denkbar ist es zum einen, Ressourcen durch eine umfassende Erneuerung des Strafverfahrensrechts freizusetzen.<sup>49</sup> Doch ist eine solche „große Lösung“ mittel – und auch langfristig nicht in Sicht.<sup>50</sup> Daher kann die Losung nur lauten: „Wir müssen mehr Konsens wagen.“<sup>51</sup> Der Gesetzgeber wird in Zukunft nicht umhinkommen, neue Formen konsensualer Verfahrensbeendigung in das deutsche Strafverfahren zu integrieren, um Staatsanwaltschaften und Gerichte zu entlasten.<sup>52</sup> Sollten Änderungen der geltenden Abspracheregelungen gegenwärtig rechts – und ver-

fassungspolitisch inopportun erscheinen, müssen andere Wege der Entlastung der Staatsanwaltschaften und Gerichte gefunden werden. Denkbare wäre es beispielsweise, das Strafbefehlsverfahren auszuweiten und zudem vorzuschreiben, dass die Gerichte auf eine Verständigung hinzuwirken haben, wenn der Beschuldigte Einspruch gegen einen Strafbefehl einlegt. Für die Verständigung in diesem Bereich ließe sich auch eine Absenkung der richterlichen Untersuchungs-, Dokumentations – und Protokollierungspflicht rechtfertigen. Denn in einer Strafsache, die mit einem Strafbefehl und also ohne Verhandlung hätte beendet werden können, ist ein Verständigungsverfahren für den Angeklagten vor allem eine zweite Möglichkeit, über den Nutzen eines beschleunigten Verfahrens (§§ 417 ff. StPO) nachzudenken. Zum Schutz des Angeklagten müsste vor allem die sog. Sanktionsschere untersagt und ein (Pflicht-)Verteidiger bestellt werden. Widerspricht der Angeklagte nach einer angemessenen Frist der Verständigung nicht, ist diese Form der Beendigung rechtsstaatlich nicht weniger tragfähig als der Strafbefehl. Rechtsmittel gegen eine bestandskräftig gewordene Verständigung sind folglich entbehrlich, so dass die Protokollierungs – und Dokumentationsanforderungen deutlich reduziert werden könnten.

### 2. Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben

Dass der Gesetzgeber nach der Entscheidung des BVerfG überhaupt noch Spielraum für die Einführung neuer Verständigungsmodelle hat, wird indes von manchen bezweifelt.<sup>53</sup> Doch lassen sich die Zweifel m.E. entkräften. Denn das BVerfG interpretiert in seiner Entscheidung lediglich das Verständigungsgesetz und weist diesbezüglich nach, dass der Gesetzgeber kein konsensuales Verfahrensmodell eingeführt habe.<sup>54</sup> Weil der Gesetzgeber eine abschließende Regelung habe schaffen wollen, sei die Gerichtspraxis der informellen Absprachen unzulässig.<sup>55</sup> Das BVerfG hält also – wie in der Untreuentscheidung – die Gesetzesanwender an, die Entscheidung des Gesetzgebers zu respektieren. Dem Gesetzgeber hat das BVerfG hingegen nicht untersagt, neue konsensuale Erledigungsformen in die Strafverfahrensordnung aufzunehmen. Es hat lediglich ausgeschlossen, die Wahrheitserforschung, Subsumtion und Strafzumessung zur „freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen.“ Das Gericht dürfe nicht im Wege vertragsähnlicher Vereinbarungen über die Pflicht zur Erforschung der Wahrheit verfügen.<sup>56</sup> Das schließt zwar rein konsensuale Erledigungsformen aus, nicht aber die Einführung (weiterer) Hybridmodelle, die konsensuale Elemente mit der richterlichen Untersuchungsmaxime mischen. Anders gewendet: Der Untersuchungsgrundsatz darf nicht gänzlich abgeschafft, die Wahrheit nicht zur „freien Disposition“ der Verfahrensbeteiligten gestellt werden. Diesseits dieser roten Linien aber kann der Ge-

<sup>44</sup> Ott/Schäfer, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 15 (1996), S. 107, 122.

<sup>45</sup> Näher dazu Kubiciel ZStW 118 (2006), 44 ff.

<sup>46</sup> Zu diesem Anspruch Radtke/Hohmann/Ambos/Ziehn, StPO, 2011, § 257c Rn. 2. Vgl. auch Caspari DRiZ 2013, 6.

<sup>47</sup> Caspari DRiZ 2013, 6, 9; Malek StV 2011, 559, 565; Scheinfeld ZJS 2013, 296, 301.

<sup>48</sup> In diesem Sinne auch Erhard StV 2013, 655, 656; Meyer NJW 2013, 1850, 1852 f.; Sturm, in: Jahn/Nack (Fn. 26), S. 49, 52. Jedoch lässt sich bezweifeln, dass durch die von Meyer (a.a.O.) vorgeschlagenen Organisationsverbesserungen innerhalb der Justiz die notwendigen Ressourcen freigesetzt werden, zumal in den letzten Jahren viele Justizverwaltungen Restrukturierungen vorgenommen haben.

<sup>49</sup> Fischer NStZ 2007, 433, 435. – Ein großer, wenn auch nicht primär auf Ressourcenschonung abzielender Wurf ist der Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme) GA 2014, 1 ff.

<sup>50</sup> Erhard StV 2013, 655, 656 f.; Rieß StraFo 2006, 4, 14; Weigend, in: Festschrift für Maiwald (2010), S. 829, 847.

<sup>51</sup> Dass das Festhalten am Amtsaufklärungsgrundsatz kein taugliches Mittel zur Bewältigung der steigenden Anforderungen an die Strafrechtspflege ist, meinen auch Radtke/Hohmann/Ambos/Ziehn, § 257c Rn. 2.

<sup>52</sup> S. dazu Jahn GA 2004, 272 ff.; ders. ZStW 118 (2006), 427 ff.; ders. StV 2011, 497 ff.; Vogel/Matt, in: Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer (2006), S. 391 ff. Krit. Radtke, in: Festschrift für Schreiber (2003), S. 375 ff. S. ferner Theile NStZ 2012, 666 ff.

<sup>53</sup> Beulke/Stoffer JZ 2013, 662, 664; Meyer NJW 2013, 1850, 1853. Zweifelnd auch Kudlich ZRP 2013, 162.

<sup>54</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 679 (Rz. 65) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 78). Vgl. dazu auch Niemöller StV 2013, 420 ff.

<sup>55</sup> BVerfG JZ 2013, 676 (Leitsatz 4) = HRRS 2013 Nr. 222.

<sup>56</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 685 (Rz. 105) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 118).

setzgeber auch nach der Entscheidung des BVerfG seine rechtspolitische Einschätzungsprärogative zur Geltung bringen.<sup>57</sup>

### 3. Konsens und Wahrheit

Wie groß der Gestaltungsspielraum ist, hängt davon ab, wie fest die „Ankerpunkte“ sind,<sup>58</sup> an die das BVerfG die konsensualen Verfahrensmodelle gebunden hat. Gemeint ist vor allem der strafprozessuale Wahrheitsbegriff. Was ist darunter zu verstehen, wenn das BVerfG sagt, „zentrales Anliegen“ des Strafprozesses soll die Ermittlung des wahren Sachverhalts sein, ohne den sich das „materielle Schuldprinzip“ nicht verwirklichen lasse.<sup>59</sup> Verweist dieser Satz auf die Korrespondenztheorie der Wahrheit? Wäre dem so, müsste der Sachverhalt, der einem Urteil oder einer anderen verfahrensbeendenden Entscheidung zugrunde gelegt wird, eine dem strafprozessualen Erkenntnisprozess vorgegebene und feststehende Realität abbilden.<sup>60</sup> Jedoch ist bereits epistemologisch zu bezweifeln, dass ein menschlicher Erkenntnisvorgang hinsichtlich eines in der Vergangenheit liegenden sozialen Geschehens die (eine) Wahrheit zu Tage fördern kann.<sup>61</sup> Zudem schränken die Beweisregeln des Strafverfahrensrechts die Erkenntnismöglichkeiten des Gerichtes erheblich ein.<sup>62</sup> Wahrheitserforschung im Strafrecht ist daher immer eine verfahrens- und regelgeleitete Annäherung an die außerprozessuale Wahrheit oder anders: eine Konstruktion strafprozessualer Wahrheit. Eine einzige Konstruktionsweise der Wahrheit in Form der umfassenden Sachverhaltsaufklärung in einer Hauptverhandlung kennt die *lex lata* nicht. So verzichtet sie bei einer Einstellung nach § 153a StPO auf jede Form des *Tatnachweises* und begnügt sich mit einem hinreichenden *Tatverdacht*.<sup>63</sup> Zwar lässt sich einwenden, die Verhängung einer Auflage sei keine Strafe i.e.S. Doch besteht zwischen beiden Formen der Übelzufügung nur ein dünner straftheoretischer Unterschied.<sup>64</sup> Aus verfassungsrechtlicher Perspektive betrachtet verschwindet der Unterschied sogar völlig, stellen sanktionsähnliche Auflage und Strafe doch rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseingriffe dar. Dies gilt erst recht für den Erlass eines Strafbefehls, für den eine „Wahrheit nach Aktenlage“<sup>65</sup> ausreicht. Zulässig sind

beide Formen alternativer Verfahrensbeendigung, weil die Zustimmung des Beschuldigten von einem weiteren Legitimationsgrund – hinreichender Tatverdacht bzw. überzeugende Aktenlage – ergänzt wird. Insofern handelt es sich bei diesen Verfahrensbeendigungen um hybrid-konsensuale Erledigungsformen.

Die StPO enthält also neben den Regeln über die Verständigung weitere Formen auch-konsensualer Verfahrensbeendigungen.<sup>66</sup> Ferner zeigen die Beispiele, dass das Strafverfahrensrecht nicht nur verschiedene Formen der Konstruktion der prozessualen Wahrheit, sondern vor allem auch unterschiedliche Grade der Annäherung an die *außerprozessuale* Wahrheit kennt.<sup>67</sup> Was diese Formen verbindet ist der strafprozessuale Wahrheitsbegriff.<sup>68</sup> Danach gilt das strafprozessual als wahr, was unter Beachtung der jeweils einschlägigen Strafverfahrensregeln ermittelt worden ist. Dies kann das Resultat einer Beweisaufnahme oder der Akteninhalt sein, mit dem die Staatsanwaltschaft die Verhängung einer Auflage (§ 153a Abs. 1 StPO) begründet oder auf den das Gericht einen Strafbefehl (§ 408 Abs. 2, 3 StPO) stützt, wenn der Beschuldigte dieser Begründung nicht widerspricht.

Auch das BVerfG erkennt an, dass es verschiedene Wege zu einer auf Wahrheit gegründeten Entscheidung gibt. Selbst die wiederholte Anmahnung, die Wahrheit sei „bestmöglich“ zu erforschen,<sup>69</sup> lässt noch anklingen, dass die Wahrheitssuche nicht das einzige Ziel des Verfahrens und erst recht kein Selbstzweck ist. Die strafprozessuale Wahrheit ist vielmehr eine *Voraussetzung* einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege unter anderen.<sup>70</sup> Dabei impliziert die Verwendung des Relationsbegriffs „bestmöglich“ zum einen, dass keine normativen Anforderungen an die Erforschung der Wahrheit gestellt werden können, die *faktisch* nicht realisierbar sind. Weil die strafprozessuale Wahrheitssuche einen dienenden Charakter hat, d.h. eine Entscheidung im Strafverfahren ermöglichen und nicht verhindern soll, muss die Erforschung der Wahrheit Regeln folgen, welche die Kapazitäten der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte berücksichtigen. Doch müssen die Verfahren, die zu einer Entscheidung führen, für die Gesellschaft, deren Recht wiederhergestellt werden soll, anschlussfähig sein. Die Entscheidung soll das Strafverfahren nicht nur irgendwie beenden, sondern den Rechtsfrieden (wieder)herstellen.<sup>71</sup> Daher sind bei der Beendigung von Verfahren *normative* Grundbedingungen für die Akzeptabilität der Entscheidungsgrundlage zu beachten. Die Gesellschaft kann durch eine Entscheidung ihren *Rechtsfrieden* nicht wiederhergestellt sehen, wenn

könne zu einer für den Erlass eines Strafbefehls erforderlichen Überzeugung von der Schuld führen.

<sup>57</sup> Zu dieser *Kudlich* NStZ 2013, 379; *ders.* (Fn. 21), S. 63.

<sup>58</sup> *Hettinger* JZ 2011, 292, 296.

<sup>59</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 678 (Rz. 56) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 69).

<sup>60</sup> Zur Korrespondenztheorie zuletzt *Jung* JZ 2009, 1129, 1130 f.; *Malek* StV 2011, 559, 560; *Volk*, in: Festschrift für Dahs (2005), 495, 496; *Weigend*, in: Festschrift für Rissing-van Saan, 749, 752 f. S. ferner *Krauß*, in: *Jäger* (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozess* (1980), S. 65 ff.; *I. Müller, Leviathan* (1977), 523 ff.

<sup>61</sup> Daran zweifelnd auch *Hassemer* ZStW 121 (2009), 829, 839; *Volk*, in: Festschrift für Salger (1995), S. 411.

<sup>62</sup> *Hassemer* ZStW 121 (2009), 829, 833 f.; *Neumann* ZStW 101 (1989), 52, 60; *Weigend* Harvard Journal of Law and Public Policy 26 (2003), 157, 161 f.

<sup>63</sup> LR/*Beulke*, StPO, Bd. 5, 26. Aufl. (2008), § 153a Rn. 39 f.; KMR/*Plöd*, StPO, Bd. 3, 66. Lieferung (Mai 2013), § 153 Rn. 6.

<sup>64</sup> Vgl. LR/*Beulke* (Fn. 63), § 153a Rn. 2 „sanktionsähnliche“ Übelzufügung.

<sup>65</sup> *Stamp*, Die Wahrheit im Strafverfahren (1998), S. 20 f. KMR/*Metzger*, StPO, Bd. 6, 61. Ergänzungslieferung (Juli 2011), Vor § 407 Rn. 24: Die Bewertung des Akteninhalts

<sup>66</sup> *Meyer-Goßner* StV 2013, Editorial Heft 7 (S. I). Zu „konsensualen Partikeln“ im Strafverfahren *Hassemer*, in: Festschrift für Hamm (2008), S. 171, 185; s. auch *Hamm* StV 2013, 652, 652 f.

<sup>67</sup> Ähnlich *Volk*, in: Festschrift für Salger, S. 411, 418.

<sup>68</sup> *Jahn* GA 2004, 272, 279; *Weßlau* (Fn. 31), S. 14.

<sup>69</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 679 (Rz. 59), 685 (Rz. 102, 104) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 72, 115, 117).

<sup>70</sup> *Jung* JZ 2009, 1129, 1130; *Neumann* ZStW 101 (1989), 52; *Weigend* Harvard Journal of Law and Public Policy 26 (2003), 157, 168.

<sup>71</sup> *Weigend* Harvard Journal of Law and Public Policy 26 (2003), 157, 168 ff.

das zu der Entscheidung führende Verfahren in einer Weise strukturiert ist, in der die Suche nach der Wahrheit keine Rolle mehr spielt.<sup>72</sup> Dies zwingt jedoch nicht zur Durchführung einer Hauptverhandlung. Vielmehr scheint der Gesellschaft für die Fälle kleinerer und mittlerer Kriminalität am wichtigsten zu sein, dass der Staat auf den Verdacht eines Rechtsbruchs überhaupt in einer sinnvollen Weise reagiert.<sup>73</sup> Zu diesen sinnvollen Reaktionen gehören hybride Beendigungsmodelle wie die verfahrensbeendenden Absprachen, die Einstellung unter Auflagen, das Strafbefehlsverfahren oder andere (zukünftige) Formen. Eine Grenze für die Einführung hybrid-konsensualer Modelle lässt sich in Anlehnung an *Gustav Radbruch* formulieren: Eine Ausgestaltung des Verfahrens, die das Ziel der Wahrheitserforschung nicht einmal anstrebt, ist nicht einfach nur unrichtig, sondern verfehlt Zweck und Natur eines Strafverfahrens.<sup>74</sup> Die StPO hat

<sup>72</sup> Weigend *Harvard Journal of Law and Public Policy* 26 (2003), 157, 168 ff.; *ders.*, in: Festschrift für Rissing-van Saan (2010), S. 749, 751 ff.

<sup>73</sup> *Frisch*, in: Festschrift für Jung, S. 189, 203.

<sup>74</sup> Vgl. *Radbruch* SJZ 1946, 105, 107: „[W]o Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird (...), da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“ – Zum Festhalten an der „Zieldefinition“ Wahrheitserforschung auf Grundlage eines prozessualen Wahrheitsverständnisses *Jahn* GA 2004, 272, 284.

diese Grenze – anders als die Praxis informeller Deals – bislang nicht überschritten.

## V. Schluss

Die Kunst des Gesetzgebers besteht nicht darin, Regeln zu entwerfen, die entweder die Wahrheitssuche optimieren oder das Strafverfahren effektiveren. Er hat vielmehr einen Kompromiss anzustreben zwischen einer effizienten Organisation der Verfahren einerseits<sup>75</sup> und dem ernsthaften „Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit“<sup>76</sup> andererseits. Daher stehen schon jetzt unterschiedliche strafprozessuale Wege zu einem „recht verstandenen Rechtsfrieden“<sup>77</sup> zu Verfügung. Der strafprozessuale Wahrheitsbegriff kennt schon heute verschiedene Erscheinungsformen. Es ist notwendig und möglich, ihm weitere Erscheinungsformen, etwa im Umfeld des Strafbefehlsverfahrens, hinzuzufügen.

<sup>75</sup> *Weigend*, in: Festschrift für Maiwald (2010), S. 829, 831, 845 f.

<sup>76</sup> *Weigend* ZStW 113 (2001) 271, 304.

<sup>77</sup> So *Krefß* ZStW 116 (2004) 172, 186; insoweit zustimmend *Duttge* (Fn. 1), 59.

### Aufsätze und Anmerkungen

# Geschichten von staatlicher Komplizenschaft und evidenten Rechtsbrüchen

Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2014 Nr. 163

Von Mohamad El-Ghazi, Ingeborg Zerbes\*

## I. Einführung

Die staatlich veranlasste Tatprovokation wird gemeinhin als geeignetes Mittel zur Aufklärung bestimmter Straftaten kolportiert: Verwirklicht die provozierte Person das von staatlicher Seite in Aussicht genommene Delikt (insbesondere Straftaten aus dem Bereich der Betäubungsmittelkriminalität), kann ihr jedenfalls diese Tat bestens nachgewiesen werden, denn diese Tat begeht sie geradezu vor den Augen und unter der Kontrolle der Behörden. Allerdings ist der Verzicht auf staatliche Tatanreize ebenso geeignet, Straftaten zu verhindern; ist doch die staatliche Förderung des zu diesem Zeitpunkt erst potenziellen Täters i. d. R. notwendige Bedingung für die konkrete Straftat. Anders gewendet: Die konkrete Tat wäre ohne

vorhergehende Provokation des Täters gar nicht begangen worden. Sie wird aufgeklärt, indem sie initiiert wird.

Nicht nur vor dem Hintergrund dieser Paradoxie ist die staatliche Beteiligung an Straftaten längst erkannten rechtsstaatlichen Bedenken ausgesetzt, die sich auch auf der Ebene internationaler Menschenrechtsjudikatur niederschlagen. So sieht insbesondere der EGMR die Fairness des Verfahrens tangiert und dementsprechende Grenzen gesetzt.<sup>1</sup> Auch der BGH erkennt die staatliche

\* Frau Professor Dr. Ingeborg Zerbes ist Inhaberin eines Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Bremen; Dr. Mohamad El-Ghazi ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand an diesem Lehrstuhl.

<sup>1</sup> Beginnend mit EGMR, Urt. v. 09.06.1998, 25829/94 (Teixeira de Castro) = NStZ 1999, 47 = StV 1999, 127 =

Beteiligung an dem tragischen Schauspiel dann als rechtswidrig an, wenn der Staat in seiner Beteiligungsform von einer Komparsen – oder kleinen Nebenrolle zu einer bedeutenden Neben – oder gar Hauptrolle aufsteigt. Das ist ständige Rechtsprechung.<sup>2</sup>

Ein solches Schauspiel (zum Sachverhalt sogleich unten II.1.) mit substantieller staatlicher Besetzung liegt auch dem hier zu besprechenden Urteil (zusammengefasst unten II.2.) des BGH zugrunde.<sup>3</sup> Dieses soll zum Anlass genommen werden, die (rechtsstaatswidrige) Tatprovokation und die Reaktion der nationalen Gerichte auf dieses Phänomen (Stichwort: Strafzumessungslösung; dazu unten III.) auf Vereinbarkeit mit den nationalen verfassungsrechtlichen und den Vorgaben der EMRK zu untersuchen (unten IV.). Insbesondere die jüngeren judiziellen Entwicklungen des europarechtlichen Grundrechtsschutzes<sup>4</sup> werfen die zusätzliche Frage auf, wie sich die mit dem Vertrag von Lissabon verbundene Aufwertung der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh) zum supranationalen Primärrecht auch auf die hier interessierenden Probleme auswirken. Erkennt man die Ergebnisse dieser europäischen Grundrechtsentwicklung an, hätte der 5. Strafsenat dem EuGH im Verfahren nach Art. 267 AEUV – zumindest sinngemäß – die Frage vorlegen müssen, ob die deutsche *Strafzumessungslösung* im Einklang mit den Vorgaben des Art. 47 Abs. 2 GRCh steht (dazu ebenfalls unten IV.).

## II. Sachverhalt und Strafverfahren

### 1. Das Schauspiel und die Verurteilung

Der Angeklagte A geriet im Jahre 2009 in Verdacht, aus einem Berliner Café heraus mit Heroin zu handeln. Das Landeskriminalamt Berlin setzte daraufhin den aus dem kriminellen Milieu stammenden M als Vertrauensperson (VP) ein. Neben einer Auslagenerstattung sollte er ein Honorar sowie eine erfolgsabhängige, an der sichergestellten Menge gemessene Prämie erhalten. Als bald gelang es M, der inzwischen mit einer Legende zum Handeltreiben mit Heroin ausgestattet war, mit A ins Gespräch zu kommen. Er spiegelte A vor, über einen Kontakt zu einem Hafearbeiter (KI) zu verfügen, über den er bereits Heroin an der Zollkontrolle vorbei aus dem Hafengebiet verbringen konnte. Auf das erste Ansinnen des M, gemeinsam mit Heroingeschäften Geld zu verdienen, reagierte A im Februar 2010 ablehnend, weil er mit dem „Dreckszeug Heroin“ nichts zu tun haben wolle. Er ließ hierbei aber erkennen, dass seine Abscheu gegen Haschisch und Kokain nicht so groß sei. A fand die Idee eines Einfuhrschmuggels von Kokain über Bremerhaven „sehr faszinierend und verlockend“. Obwohl er über

keine Kontakte zu Kokainhändlern verfügte, spiegelte er M entsprechende Auslandskontakte vor, um nicht zu unbedarft zu erscheinen. M berichtete daraufhin seiner polizeilichen Führung von einem Gespräch mit A. Er gab dabei wahrheitswidrig an, dass es auf Initiative des A zustande gekommen sei. A sei zudem „insgesamt sehr begierig“ auf den Bremerhavener Kontakt gewesen. Die Abneigung des A gegen Heroin erwähnte M nicht.

Da M aber bis Mai 2010 nichts über Handelstätigkeiten des A erfuhr, wurde er vom VP-Führer beauftragt, nochmals aktiv an A heranzutreten. Infolge der neueren Bemühungen, in denen M dem A die Zuverlässigkeit seines Bremerhavener Kontaktes, die Sicherheit der Methode und die große Gewinnspanne vorhielt, wollte A erst einmal den KI kennenlernen. A verfolgte das in Aussicht genommene Drogengeschäft aber aus eigenem Antrieb nicht weiter, weil er weder über die notwendigen finanziellen Mittel noch über entsprechende Kontakte verfügte. Obwohl sich somit fast neun Monate nach Beginn der Initiative des M keine Anhaltspunkte für eigene Kokaingeschäfte des A ergeben hatten und der Anfangsverdacht bezüglich möglicher Heroingeschäfte sogar entfallen war, wirkte M in der Folge weiter auf A ein. Daraufhin entfaltete A erstmals Bemühungen, Kontakt zu einem Kokain-Lieferanten herzustellen. Dennoch ließ er sich erst nach mehrmaligem Drängen des M auf eine gemeinsame Fahrt nach Bremerhaven ein. Dort lernte er KI kennen, einen als Verdeckter Ermittler tätigen Polizeibeamten, und kam mit diesem – getrieben von M – schnell darüber überein, dass KI beim Schmuggel von Taschen mit Kokain aus Südamerika behilflich sein könne, wofür KI 50.000 EUR für sich selbst verlangte. Obwohl A immer noch über keine Kontakte zu Lieferanten verfügte, kündigte er gegenüber dem KI an, jemanden nach Südamerika zu schicken, um den Transport vorzubereiten.

Trotz dieser Ankündigung wandte sich A erst auf weiteres Drängen des M schließlich an die ihm bekannten Mitangeklagten Sa und So, um mit deren Hilfe Kontakte zu einem Kokain-Lieferanten herzustellen. Erste Bemühungen misslangen jedoch. Von seinem – scheinbaren – Freund M durch entsprechende Redeweisen an der Ehre gepackt und unter Druck gesetzt, entschied sich A dazu, das in Aussicht genommene Geschäft weiterzuverfolgen. Vermittelt über niederländische Kontakte des So gelang es ihm im Verlaufe des Jahres 2011 nunmehr tatsächlich, eine Lieferung von 100 kg Kokain über Bremerhaven zu organisieren. Nach einem weiteren Treffen zwischen A, M und KI, der Beschaffung einer Bunkerwohnung, die in Wahrheit die Ermittlungsbehörden besorgt und mit Mikrofonden ausgestattet hatten, teilte A dem KI schließlich mit, in welchem Container das Kokain nach Deutschland gebracht werden sollte, und übergab ihm eine Anzahlung.

Im August 2011 traf das bestellte Kokain mit einem Schiff in Bremerhaven ein. Einen Tag nach der Ankunft transportierte A gemeinsam mit KI die insgesamt 97 kg Kokain in die Bunkerwohnung, in der M bereits wartete. Den beabsichtigten Weitertransport organisierte A unter Beteiligung der weiteren Mitangeklagten U und V. Nach ihrem Eintreffen an der Bunkerwohnung wurden sie dort von einem polizeilichen Sondereinsatzkommando festgenommen, das die Wohnung observiert hatte; 97,17 kg

EuGRZ 1999, 660; siehe auch *Roxin* JZ 2000, 369; *Sommer* NStZ 1999, 48; umfassend zur Thematik der staatlichen Mitwirkung bei Straftaten z.B. *Zerbes*, *Spitzeln*, *Spähen*, *Spionieren* (2010), S. 216 ff. (zur Rechtsprechung des EGMR insbesondere S. 218 f.).

<sup>2</sup> Vgl. nur BGHSt 32, 345; 45, 321; 47, 44.

<sup>3</sup> Eine Anmerkung zu dieser Entscheidung liefert bereits *Jahn* JuS 2014, 371.

<sup>4</sup> EuGH, C-617/10, Urt. v. 26.02.2013, HRRS 2013 Nr. 335 (Fransson).

Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von fast 87 kg Cocainhydrochlorid konnten sichergestellt werden.

Das Landgericht verurteilte A (ebenso wie die Mitangeklagten Sa, So, U und V) wegen Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und fünf Monaten. Es bejahte zugunsten der Angeklagten A, Sa und So eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation, berücksichtigte diesen Umstand aber lediglich im Rahmen der Strafzumessung. An den Schuldsprüchen hat sich das Landgericht durch den „schweren Makel“<sup>5</sup> im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH nicht gehindert gesehen. Hiergegen richtete sich die Revision der Angeklagten.

## 2. Das Revisionsurteil des 5. Strafsenats

Der BGH teilt die Auffassung des Tatgerichts, die Angeklagten A, Sa und So seien durch M rechtsstaatswidrig zur Tat provoziert worden. Der Einsatz verletze den Grundsatz des fairen Verfahrens aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, wie folgt.

### a) Rechtsstaatswidrige Provokation

Gegen den Angeklagten A habe zwar ein gewisser Anfangsverdacht bestanden, das tatprovokierende Verhalten sei aber bei Abwägung aller Umstände des Falles „unvertretbar übergewichtig“ gewesen.<sup>6</sup> Das Tatgericht habe bei dieser Abwägung zu Recht maßgeblich auf den außergewöhnlich langen Zeitraum, den Umstand, dass A sowohl vonseiten des M als auch des Kl bedrängt worden ist, die Vielfältigkeit und das Ausmaß der Anreizsetzung und den dabei ausgeübten Druck abgestellt, aber auch darauf, dass die Ermittlungsbehörden die konkrete Straftat – die Einfuhr des Kokains – erheblich durch eigenes Tun erleichtert haben. Der Umfang der staatlich initiierten Tat sei letztlich um ein Vielfaches über das Ausmaß des ursprünglichen Anfangsverdacht hinausgegangen, obwohl die übrigen Ermittlungen keine belastenden Momente ergeben hätten. Insbesondere vor dem Hintergrund der vorgenannten Erwägungen teilt auch der 5. Strafsenat den Schluss des Tatgerichts, dass der bislang unbestrafte Angeklagte A die Tat ohne die gewichtigen Maßnahmen der Ermittlungsbehörden und das ihnen zurechenbare Verhalten des M nicht begangen hätte. Dies habe einen Verstoß gegen die Fairness des Verfahrens im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK zur Folge.

### b) Mittelbare rechtsstaatswidrige Provokation von Sa und So

Auch in Bezug auf die Mitangeklagten Sa und So sei von einem Verstoß gegen die Fairnessgarantie auszugehen, obwohl weder die Vertrauensperson M noch der Verdeckte Ermittler Kl in unmittelbarem Kontakt zu diesen beiden Mitangeklagten getreten sind. Zwar fehle es an di-

rekter staatlicher Einflussnahme.<sup>7</sup> Dies allein stehe der Annahme einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation jedoch nicht im Wege, solange die Verstrickung Dritter durch den unmittelbar Provozierten den staatlichen Stellen zuzurechnen ist.<sup>8</sup> Das sei etwa dann der Fall, wenn die provozierte Person die weiteren Beteiligten aufgrund einer Anweisung durch die Vertrauensperson einbezogen hat.<sup>9</sup> Eine ausdrückliche Anweisung habe im vorliegenden Fall zwar keine festgestellt werden können, dennoch hätten die Ermittlungsbehörden stets damit gerechnet, dass A die in Aussicht genommene Tat nicht ohne Beteiligung weiterer Personen, zumindest nicht ohne Helfer, begehen kann. Den staatlichen Stellen sei ferner bewusst gewesen, dass sich die tatanreizenden Momente (sichere Zollumgehung durch Kontaktperson) auch auf Dritte erstrecken würden. Die Angeklagten Sa und So hätten sich letztlich insbesondere aufgrund der ihnen vom Angeklagten A vermittelten, als sicher erscheinende Einfuhrwege für die Beteiligung an der Tat entschieden. Die mittelbare – durch A vermittelte – Einwirkung auf die im Lager des A stehenden Sa und So begründe daher ebenfalls einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.

### c) Die Folgen des Konventionsverstoßes: Strafmilderung

Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des BGH<sup>10</sup> lässt es auch der 5. Strafsenat genügen, den Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK allein auf der Ebene der Strafzumessung zu kompensieren (Strafzumessungslösung).<sup>11</sup> Insbesondere habe die Rechtsstaatswidrigkeit des staatlichen Verhaltens kein Verfahrenshindernis zur Folge. Zur Begründung stützt sich der Senat überwiegend auf die Argumente der bisherigen Leitentscheidungen (vgl. sogleich). Auch im vorliegenden Fall sieht er trotz einer besonders schwerwiegenden Form der rechtsstaatswidrigen Einwirkung auf die Angeklagten keinen Anlass, darüber hinauszugehen.

Im Folgenden verteidigt der Senat die ständige Rechtsprechung nur noch gegen den möglichen Einwand, durch die Kodifizierung einer Regelung (vgl. § 20g Abs. 2 Nr. 4 BKAG<sup>12</sup>) zum „Einsatz von Privatpersonen, deren Zusammenarbeit mit dem Bundeskriminalamt Dritten nicht bekannt ist (Vertrauensperson)“, habe der Bundesgesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er den Einsatz von Vertrauenspersonen im Strafverfahren nicht mehr als zulässig ansehe. In der Tat enthält die Gesetzesbegründung hierfür keine Anhaltspunkte<sup>13</sup>; zumindest in diesem Punkt kann dem 5. Strafsenat zugestimmt werden.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, Rn. 29, zitiert nach juris = HRRS 2014 Nr. 163.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, Rn. 34, zitiert nach juris = HRRS 2014 Nr. 163, unter Verweis auf BGH NStZ 1984, 78, 79 und Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. (2012), Rn. 853.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, Rn. 35, zitiert nach juris = HRRS 2014 Nr. 163.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, Rn. 35, zitiert nach juris = HRRS 2014 Nr. 163, mit Verweis auf BGH NStZ 1994, 335, BGH NStZ 2005, 43 = HRRS 2004 Nr. 827.

<sup>9</sup> Der BGH verweist hier auf BGHSt 45, 321, 334.

<sup>10</sup> Insbesondere den beiden Leitentscheidungen BGHSt 32, 345; 45, 321.

<sup>11</sup> Schon BGH NJW 1986, 75; zustimmend beispielsweise Erb, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2008), § 163 Rn. 73.

<sup>12</sup> Einfügt durch das Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25. Dezember 2008 (BGBl. I S. 3083, 3085) mit Wirkung zum 1. Januar 2009.

<sup>13</sup> vgl. BT-Drucks. 16/10121 S. 16, 25.

### III. Die deutsche Judikatur zur staatlichen Tatprovokation

Der 5. Strafsenat bewegt sich in seinem Urteil argumentativ überwiegend auf bekanntem Terrain. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Grenzen der Zulässigkeit staatlicher Anreizsetzung zu Straftaten (sogleich 1.) als auch hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Überschreitung dieser Vorgaben (unten 2.).

#### 1. Zum ersten Akt: Grenzen staatlicher Tatprovokation

Das repressive deutsche Strafverfahrensrecht enthält keine positive Rechtsgrundlage für den Einsatz von Informanten, Vertrauenspersonen oder gar von Lockspitzeln gegen einen Beschuldigten oder für die Verwendung der dabei gewonnenen Erkenntnisse.<sup>14</sup> Nicht ohne Grund wird daher ihr Einsatz bei der Strafverfolgung schon mit Blick auf den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes<sup>15</sup> (in Verbindung mit der sog. Wesentlichkeitstheorie)<sup>16</sup> grundsätzlich in Frage gestellt.<sup>17</sup> Wer dies anders sieht, muss entweder den Eingriffscharakter eines provozierenden Einsatzes negieren<sup>18</sup> oder aus der allgemeinen *Aufgabenzuweisung* (§§ 161, 163 StPO) die generelle *Befugnis* zu niederschweligen Ermittlungseingriffen ableiten.<sup>19</sup> Die Rechtsprechung bedient sich wohl des letzteren Vehikels, wenn sie den Einsatz von Lockspitzeln im Grundsatz billigt.<sup>20</sup> Sie sieht bei besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität, insbesondere auch im Bereich der Rauschgiftkriminalität, ein Bedürfnis für eine staatliche Mitmischung.<sup>21</sup> Eine Überführung sei nur mittels solcher Personen möglich, die im Auftrag oder mit Wissen und Billigung der Strafverfolgungsbehörden

<sup>14</sup> In Anlage D zur RiStBV, die die Rechtsqualität einer Verwaltungsvorschrift besitzt, finden sich einzelne Bestimmungen zum V-Mann. Die Anlage D ist jedoch nicht durch den Bund in Kraft gesetzt worden.

<sup>15</sup> Allgemein zum Vorbehalt des Gesetzes, vgl. *Herzog/Grzeszick* in: Maunz/Düring, GG, 69. Ergänzungslieferung 2013, Art. 20 Rn. 75 ff.

<sup>16</sup> Dies verlangt eine Regelung durch parlamentsbeschlossenes Gesetz für alle wesentlichen Fragen, die die Allgemeinheit betreffen, vgl. BVerfGE 49, 89, 126 f.; 77, 170, 231; 61, 260, 275; *Nierhaus*, in: FS Stern, 1997, S. 717 ff. sowie *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rdn. 11 a.

<sup>17</sup> Zum V-Mann vgl. *Wohlers*, in: SK-StPO, 4. Aufl. (2011), § 161 Rn. 16; *Duttge* JZ 1996, 563 f. *Hefendehl* StV 2001, 700; *Kintzi* DRiZ 2003, 142; vgl. auch BVerfG NStZ 2000, 489, zu einem extremen Fall des V-Mann-Einsatzes.; zum Einsatz als Lockspitzel vgl. *Fischer/Maul* NStZ 1992, 7, 10; *Dencker* in FS Dünnebieber, 1982, S. 447, 461 ff.; *Franzheim* NJW 1979, 2014; *Mache* StV 1981, 599.

<sup>18</sup> So wohl nur *Steinke* MDR 1980, 465; ausführlich zur Begründung des Eingriffscharakters, vgl. *Weßlau*, Vorfelder-mittlungen: Probleme der Legalisierung "vorbeugender Verbrechensbekämpfung" aus strafprozessrechtlicher Sicht (1989), S. 160 ff.

<sup>19</sup> So wohl die Rechtsprechung vgl. BGH, GA 1975, 333; BGH, NJW 1980, 1761; BGH NStZ 1981, 70; ferner BGH, Urt. v. 26. 2. 1980 – 5 StR 9/80 – und BGH NStZ 1981, 104

<sup>20</sup> Vgl. insbesondere BGHSt 32, 345; 45, 321; 47, 44.

<sup>21</sup> So schon BGH NJW 1980, 1761; BGH NStZ 1994, 335

Dritte zur Begehung strafbarer Handlungen verleiten oder den Entschluss einer bereits geplanten Tat entsprechend steuern.<sup>22</sup>

Derartige Ermittlungsmethoden sind allerdings durch das Rechtsstaatsprinzip und den Fairnessgrundsatz begrenzt.<sup>23</sup>

Diese Grenzen seien nach nunmehr gefestigter BGH-Rechtsprechung überschritten – und der Lockspitzeinsatz mithin rechtsstaats – und konventionswidrig –, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch die von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zuzurechnenden Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt.<sup>24</sup> Erreicht die Intensität der Einwirkung durch den polizeilichen Lockspitzel das Maß einer Tatprovokation, so sei diese nur zulässig, wenn die von staatlicher Seite eingesetzte Person gegen jemanden eingesetzt wird, gegen den schon aufgrund zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte ein Anfangsverdacht entweder wegen der Beteiligung an einer bereits verübten Straftat oder hinsichtlich seiner Bereitschaft hinsichtlich einer zukünftig noch zu begehenden Tat besteht.<sup>25</sup>

Diese zuletzt genannte Bedingung soll aber nur dann gelten, wenn das Verhalten des Lockspitzels auch tatsächlich die Qualität einer Tatprovokation erreicht. Sie gilt als noch nicht erfüllt, „wenn eine Vertrauensperson einen Dritten ohne sonstige Einwirkung lediglich darauf anspricht, ob dieser Betäubungsmittel beschaffen könne“. Ebenso liege keine Provokation vor, „wenn die VP nur die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt“. Im Gegensatz dazu sei der Einsatz einer VP dann unzulässig, weil als Provokateur tätig, „wenn sie über das bloße Mitmachen hinaus in die Richtung auf eine Weckung der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt“<sup>26</sup>

Die Existenz eines Anfangsverdachts alleine macht den Lockspitzeinsatz jedoch nicht rechtmäßig. Denn unter der Bezeichnung *Quantensprungtheorie*<sup>27</sup> wird eine Tatprovokation auch dann als rechtswidrig angesehen, wenn sie „nicht mehr in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zu dem jeweils individuell gegen den Provozierten bestehenden Tatverdacht“ steht.<sup>28</sup> Die Tat, zu der der Beschuldigte provoziert wird, muss sich bezüglich Deliktsart und Schwere noch innerhalb der durch den Verdacht auferlegten Grenzen bewegen. Der bloße Verdacht irgendeines kriminellen Verhaltens rechtfertigt daher nicht die Provokation zu einer diesbezüglich unverhältnismäßigen Straftat,<sup>29</sup> anders ausgedrückt: Die Anlasstat, die Gegenstand des Verdachts ist, muss ge-

<sup>22</sup> So *Erb*, in: LR-StPO (Fn. 11), § 163 Rn. 67.

<sup>23</sup> So schon BGHSt 24, 125, 131; BGH NJW 1980, 464.

<sup>24</sup> BGHSt 47, 44, 47; ebenso der österreichische OGH EvBl 2000/118; OGH JBl 2005, 531 m. zust. Anm. *Pilnacek*.

<sup>25</sup> BGHSt 45, 321, 337.

<sup>26</sup> Sämtliche Zitate aus BGHSt 45, 321, 338.

<sup>27</sup> BGHSt 47, 44, 49.

<sup>28</sup> BGHSt 47, 44, 49.

<sup>29</sup> So *Erb*, in: LR-StPO (Fn. 11), § 163 Rn. 71; *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279, 280.

genüber der zur Überführung in Aussicht genommenen Tat angemessen sein.<sup>30</sup>

Anders als in dem hier besprochenen Fall sollte eine bloße mittelbare Beeinflussung wohl bislang nicht genügen, um als Provokation im genannten Sinne zu gelten.<sup>31</sup> Dass dieser prinzipielle Ausschluss bisher offenkundig nicht mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbar war,<sup>32</sup> muss daher nicht mehr weiter ausgeführt werden.<sup>33</sup> Dennoch vermittelt der 5. Strafsenat – unter Verweis auf eine der Leitentscheidungen<sup>34</sup> – den Eindruck, als sei eine mittelbare Tatprovokation unter bestimmten Bedingungen schon immer den gleichen Regeln wie die der unmittelbaren Beeinflussung zu unterstellen.<sup>35</sup>

## 2. Zum zweiten Akt: Rechtsfolgen der Grenzüberschreitung

Erweist sich das staatliche Vorgehen als mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK unvereinbar, hat das Tatgericht zunächst den Konventionsverstoß in den Urteilsgründen ausdrücklich festzustellen.<sup>36</sup> Nachdem der BGH Anfang der 1980er-Jahre so weit gegangen war, rechtsstaatswidrige Tatprovokationen zum Anlass zu nehmen, ein Verfahrenshindernis, eine Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs oder einen persönlichen Strafausschlussgrund anzunehmen<sup>37</sup>, wurde die spätere Rechtsprechung restriktiver: Sie hat sich zu einer reinen Strafzumessungslösung verfestigt.<sup>38</sup> Bloße Strafmilderung wird dabei als ausreichendes Korrektiv für die Fairnessverletzungen aufgefasst. Diese Lösung ist mit der Behandlung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen vergleichbar: Auch hier soll es genügen, den Betroffenen in Abhängigkeit vom Ausmaß der Konventionsverletzung auf Strafzumessungsebene zu *entschädigen*.<sup>39</sup>

Die Rechtsprechung anerkennt damit die konventionswidrige Tatprovokation als einen wesentlichen – und damit natürlich auch strafbestimmenden –, jedoch schuldunabhängigen Strafmilderungsgrund.<sup>40</sup> Gemessen am Ausmaß der Einwirkung könne dieser zur Verneinung eines besonders schweren Falles trotz Vorliegens eines oder mehrerer Regelbeispiele, zur Annahme eines minder schweren Falles oder gar zur Einstellung des Verfah-

rens nach den §§ 153, 153a StPO führen.<sup>41</sup> Unabhängig von den weiteren Kompensationsmöglichkeiten sei das Maß der Kompensation stets im Urteil gesondert zum Ausdruck zu bringen und genau zu bestimmen.<sup>42</sup> Die bei der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung entwickelte Vollstreckungslösung, nach der die schuldangemessene Strafe zunächst ohne Berücksichtigung der konventionswidrigen Dauer des Verfahrens zu bestimmen ist und erst im Anschluss daran ein Teil dieser Strafe aufgrund der Konventionsverletzung als vollstreckt erklärt wird<sup>43</sup>, hat die Rechtsprechung bislang noch nicht auf die Tatprovokationsfälle übertragen.

Rechtsfolgen, die über Kompensation kraft Strafmilderung hinausgehen, lehnt der BGH in nunmehr ständiger Rechtsprechung ab.<sup>44</sup> Insbesondere sieht er kein Bedürfnis für die Annahme eines Verfahrenshindernisses.<sup>45</sup> Der staatliche Strafanspruch werde auch im Fall einer konventionswidrigen Tatprovokation nicht verwirkt. Weder das Rechtsstaatsprinzip noch Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, wie ihn der EGMR ausgelegt hat, verlangten zwingend die Annahme eines Verfahrenshindernisses.<sup>46</sup> Als Verfahrenshindernisse kämen nur Umstände in Betracht, die nach dem ausdrücklichen oder aus dem Zusammenhang ersichtlichen Willen des Gesetzgebers für das Strafverfahren so schwer wiegen, dass von ihnen die Berechtigung des gesamten Strafverfahrens abhängig gemacht werden muss.<sup>47</sup> Gerade die Weite und Unbestimmtheit des Rechtsstaatsprinzips sowie die in ihm angelegte Gegenläufigkeit führten zu ganz verschiedenen Kompensationen seiner Verletzungen. Zum Beleg verweist der BGH auf andere Verfahrensmaximen, die ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip wurzeln, ohne dass ihre Missachtung zu einem Verfahrenshindernis führen soll. So begründe z.B. eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) – wie sich aus § 338 Nr. 1 StPO ergäbe – nur einen absolut revisiblen Gesetzesverstoß, aber kein Verfahrenshindernis. Vergleichbares gelte für eine Verletzung des durch Art. 103 Abs. 1 GG garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör oder bei Missachtung des Anwesenheitsrechts des Angeklagten (§ 338 Nr. 5 StPO).<sup>48</sup>

Der Annahme eines Verfahrenshindernisses stehe außerdem der Umstand entgegen, dass die Feststellung einer unzulässigen Provokation letztlich von einem Werturteil abhängt, das erst nach Durchführung der Hauptverhandlung getroffen werden könne. Die Konturen der Rechtsfigur des Verfahrenshindernisses drohten verloren zu gehen, wenn man an solche Wertungsergebnisse anknüpfen wollte.<sup>49</sup>

Schließlich verweist der 5. Senat in der hiesigen Entscheidung erneut auf die Wertung des § 136a StPO: Dieser sehe ebenfalls nur ein von der konkreten Ermittlungshandlung betroffenes Beweisverwertungsverbot

<sup>30</sup> Gaede/Buermeyer HRRS 2008, 279, 280.

<sup>31</sup> So deutlich BGH NStZ 2005, 43 = HRRS 2004 Nr. 827, unter Verweis auf BGH StV 1994, 368, 369.

<sup>32</sup> EGMR, Pyrgiotakis vs. Griechenland HRRS 2008 Nr. 500, §§ 18 ff.

<sup>33</sup> Vgl. Gaede/Buermeyer HRRS 2008, 279, 282.

<sup>34</sup> BGHSt 45, 321, 334.

<sup>35</sup> BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, Rn. 35, zitiert nach juris = HRRS 2014 Nr. 163.

<sup>36</sup> Vgl. nur BGHSt 45, 321, 332.

<sup>37</sup> Dies betraf hauptsächlich die Zeit Anfang der 80er Jahre des abgelaufenen Jahrhunderts, vgl. BGH NJW 1981, 1626, BGH StV 1982, 221; BGH NStZ 1981, 70; BGH NStZ 1984, 58 (obiter dictum).

<sup>38</sup> Vgl. BGHSt 33, 356 (Unzulässigkeit der Vorlage des 2. Senats).

<sup>39</sup> Vgl. BVerfG NJW 2006, 677, 680 = HRRS 2005 Nr. 900; vgl. auch Waßmer ZStW 118 (2006), S. 159, 177 ff.; Ambos NStZ 2002, 628 ff.

<sup>40</sup> Vgl. BGHSt 45, 321, 339.

<sup>41</sup> BGHSt 32, 345, 355; 45, 321, 340.

<sup>42</sup> Vgl. BGHSt 45, 321, 336.

<sup>43</sup> Vgl. BGHSt 52, 124 = HRRS 2008 Nr. 154.

<sup>44</sup> Vgl. nur BGHSt 32, 345, 355.

<sup>45</sup> Vgl. BGHSt 32, 345, 355; 45, 321, 333.

<sup>46</sup> Ausführlich BGHSt 32, 345, 350 ff.

<sup>47</sup> So BGHSt 32, 345, 350 ff.

<sup>48</sup> So BGHSt 32, 345, 350 f.

<sup>49</sup> BGHSt 32, 345, 351 f.

vor.<sup>50</sup> Ferner werden die Genugtuungsfunktion des Strafrechts an sich und der Schutz unbeteiligter Dritter herangezogen, die bei Annahme eines Verfahrenshindernisses beeinträchtigt wären.<sup>51</sup>

Interessanter an dem vorliegenden Urteil bleibt aber, dass sich der 5. Strafsenat nicht dazu äußert, inwieweit die Strafzumessungslösung auch den Implikationen einer EMRK-Verletzung (Art. 6 Abs. 1 S. 1) genügt. In seiner Leitentscheidung aus dem Jahre 1999<sup>52</sup> hatte sich der BGH noch mit dieser Frage auseinandergesetzt: Er nahm ausdrücklich Bezug auf das Urteil des EGMR in der Sache Teixeira de Castro gegen Portugal,<sup>53</sup> erkannte, dass dieses Hinweise darauf enthält, dass im konkreten Fall kein Strafverfahren hätte durchgeführt werden dürfen – jedoch verwies er schließlich darauf, dass auch der EGMR die konkrete Ausgestaltung der Garantien der EMRK nach nationalem Recht richte.<sup>54</sup> Dementsprechend sei, so der BGH, auch die Art der Kompensation von Verstößen eine nationale Entscheidung. Ein Verfahrenshindernis käme nach deutschem Recht nur in Betracht, wenn der Tatrichter die Provokation nicht bei der Strafzumessung, durch Absehen von Strafe oder sonst durch Anwendung und Auslegung des Straf- und Strafverfahrensrechts in angemessener Weise Rechnung tragen könne.<sup>55</sup>

Schon damals vertrat der BGH die Ansicht, dass die Rechtsprechung des EGMR die nationalen Gerichte auch nicht dazu zwingt, für alle Beweismittel, die auf der unzulässigen Provokation beruhen, ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen. Zwar erkannte er in der Teixeira-Entscheidung Anhaltspunkte für eine solche Interpretation<sup>56</sup>, diese seien jedoch nicht zwingend.<sup>57</sup> Vielmehr beharrte er letztlich auch in diesem Punkt darauf, dass sich die Verwertung von konventionswidrig gewonnenen Beweisen nach innerstaatlichem Recht richte. Die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes scheidet nach deutschem Verfahrensrecht jedoch aus, weil einem solchen jeweils nur einzelne unzulässige Ermittlungshandlungen, nicht aber die gesamte Beweisaufnahme über die provozierte Tat unterliegen könne.<sup>58</sup> Die Annahme eines Verwertungsverbotes würde im Übrigen zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Bestimmung seiner Reichweite führen. Auch dazu enthält das aktuelle Urteil nichts Neues. Der 5. Strafsenat sieht wohl kein Bedürfnis, diese Argumentation erneut auf den Prüfstand zu stellen.

<sup>50</sup> Kritisch hierzu schon Roxin JZ 2000, 369, 370; Jahn JuS 2014, 371, 372.

<sup>51</sup> Vgl. schon BGHSt 45, 321, 334.

<sup>52</sup> BGHSt 45, 321, 333 ff.

<sup>53</sup> EGMR, Urt. v. 09.06.1998, 25829/94 (Teixeira de Castro) = NStZ 1999, 47 = StV 1999, 127 = EuGRZ 1999, 660.

<sup>54</sup> BGHSt 45, 321, 333, unter Verweis auf EGMR StV 1990, 481, 482; StV 1992, 499, 500; ÖJZ 1996, 715, 716; StV 1997, 617, 619; StV 1999, 127, 128.

<sup>55</sup> BGHSt 45, 321, 334 f.

<sup>56</sup> Der BGH verweist hier auf Kühne, Strafprozessrecht, 5. Aufl. (1999), Rn. 537; vgl. auch Lüderssen, in: FS Peters, 1974, S. 349, 362; Franzheim NJW 1979, 2014; Berz JuS 1982, 416; Fischer/Maul NStZ 1992, 7, 13; Kinzig StV 1999, 292.

<sup>57</sup> BGHSt 45, 321, 335.

<sup>58</sup> So BGHSt 45, 321, 335 unter Verweis auf K. Meyer NStZ 1985, 134 f.; Rieß in: LR-StPO 24. Aufl. (1989), § 163 Rn. 72.

## IV. Bewertung

### 1. Bekannte Argumente: Der Zweck von Scheingeschäften als Grund für Strafbefreiung

Natürlich können die Argumente, die der 5. Senat hier (erneut) gegen die Annahme eines Verfahrenshindernisses vorträgt, niemanden überzeugen, der auch bislang nicht von dieser Position überzeugt war – folglich auch uns nicht: Die Bestrafung eines Täters für dieselbe Tat, die die Strafverfolgungsbehörden selbst gewollt, gefördert, forciert haben, ist *venire contra factum proprium* – Rechtsausübung im Widerspruch zu eigenem Vorverhalten,<sup>59</sup> geradezu auf Arglist beruhend.<sup>60</sup> In den 1980-er Jahren und damit über fünfzehn Jahre vor der Teixeira-Entscheidung des EGMR hat die deutsche Rechtsprechung diesen Gedanken konsequent verfolgt. So wurde tatprovokierendes Verhalten eines behördlich beauftragten Lockspitzels als ein „dem Staat zuzurechnender Rechtsverstoß“ gewertet, der „in das Strafverfahren gegen den Täter hineinwirken“ und in besonders drastischen Fällen ein Strafverfolgungshindernis<sup>61</sup> oder einen Strafbefreiungsgrund<sup>62</sup> bewirken konnte. Eine „erhebliche Einwirkung“ des Lockspitzels auf seine Zielperson – „wiederholte, länger andauernde Überredungsversuche, intensive und hartnäckige Beeinflussung“ – lässt den Tatbeitrag des auf diese Weise provozierten Täters zurücktreten. Es ist der Staat selbst, der den Täter „vom Wege des Rechts abgebracht“ hat, diesen daraufhin zu bestrafen, „um ihn wieder auf den Weg des Rechts zurückzuführen“, ist „widersprüchlich, [...] arglistig“ und daher „innerhalb einer rechtsstaatlichen Ordnung nicht zulässig“. <sup>63</sup> Die schweizerische Rechtsprechung liegt auf der gleichen Linie: Wenn eine strafbare Handlung als „Produkt der verantwortlichen Behörden“ entlarvt wird, kann das darauf bezogene Strafverfahren seine Haupt-

<sup>59</sup> Zerbes (Fn. 1), S. 222. So ausdrücklich im Übrigen auch das Strafgericht Basel-Stadt, StV 1985, 318; befürwortet von P. Albrecht plädoyer 1987, 26; Obergericht Zürich SJZ 1993/4; Joset/Ruckstuhl ZStrR 1993, 367 f.

<sup>60</sup> Zerbes (Fn. 1), S. 216 f.

<sup>61</sup> BGH NJW 1981, 1626 = StV 1981, 599 m. Anm. Macke; mit nahezu wortgleicher Begründung: AG Heidenheim, NJW 1981, 1628 im Fall einer Anstiftung unter Aufbau und Ausnutzung einer scheinbaren Liebesbeziehung; BGH NStZ 1982, 156; BGH, NStZ 1981, 70 bei einer Tatprovokation zu einer Brandstiftung; BGH StV 1981, 276; StV 1981, 163 im Fall einer Provokation zu illegalen Waffengeschäften, ohne Festlegung des Freispruchgrundes auf eine bestimmte dogmatische Kategorie; BVerfG NStZ 1995, 5; NJW 2003, 1577 bei der Einstellung des ersten NPD-Verbotsverfahrens; für ein Verfahrenshindernis auch vor allem Bruns NStZ 1983, 54 ff; Dencker, in: FS Dünnebier, 1982, S. 453; Herzog StV 2003, 411.

<sup>62</sup> BGH, obiter dictum, NStZ 1984, 178 = StV 1984, 58. Für eine materiell-rechtliche Lösung der Frage – der Annahme eines Strafbefreiungsgrundes – auch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, allerdings nur bis zur 26. Aufl. (2009), S. 280 Rz 8; Roxin JZ 2000, 369 f.; I. Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße (2004), S. 224; Seelmann ZStW 1983, 797, 831, 838; Wolter NStZ 1993, 9; Fuchs ÖJZ 2001, 497.

<sup>63</sup> Sämtliche Zitate aus BGH NJW 1981, 1626 = StV 1981, 599 m. Anm. Macke.



zwecke, und zwar „die Bestätigung des Rechtsbewusstseins der Allgemeinheit und die Wiederherstellung des durch die Tat erschütterten Rechtsfriedens [...] nicht mehr erreichen.“<sup>64</sup>

Die Unzulässigkeit der Bestrafung ist nach dieser Judikatur übereinstimmend davon abhängig, dass der Betroffene – weil gedrängt, angetrieben, verführt – auf *unzulässige* Weise zur Tat provoziert wurde. Dass seine Bestrafung im Widerspruch dazu steht, hat allerdings einen weiterführenden Hintergrund: Jede, auch eine unterhalb von Provokation liegende behördlich organisierte Initiative zu einer Straftat dient den behördlichen Aufgaben. Sie dient nämlich der Aufklärung, zumeist auch der Sicherstellung illegaler Ware, etwa von Betäubungsmitteln, die Gegenstand eines Scheingeschäfts waren, und sie soll ganz generell „kriminelle Prozesse in der Szene sichtbar machen“.<sup>65</sup> Diesen Zielen hat sich die Zielperson, wenn auch unwissend, zur Verfügung gestellt.<sup>66</sup> Ihre Tat ist insofern eine „vollständig staatliche Veranstaltung“,<sup>67</sup> sie ist der Gegenstand eines „staatlichen Projekts“,<sup>68</sup> und sie läuft unter behördlicher Kontrolle ab. Sie vermindert also die Gefahr, vor der der verwirklichte Straftatbestand schützen soll, z.B. die Gefahr der Verbreitung von Drogen. So führt sie zu keiner Störung der sozialen Ordnung,<sup>69</sup> im Gegenteil: Sie dient der Allgemeinheit – und damit entfällt der legitime Grund für eine Strafe, selbst für eine gemilderte Strafe.<sup>70</sup> Für die vom BGH gegen ein Verfahrenshindernis vorgebrachte „Genugtuungsfunktion des Strafrechts“<sup>71</sup> ist kein Platz: Es gibt gerade *keinen* Genugtuungsbedarf. Anders zu beurteilen sind freilich Fälle, in denen die Zielstraftat kein Scheingeschäft unter behördlicher Kontrolle ist, sondern tatsächlich eine Gefahr für ein Rechtsgut beinhaltet. Wenn Polizisten beispielsweise zum Schein zu einem Tötungsdelikt anregen, um den potenziellen Täter beim Versuch festzunehmen, dient dies weder der Aufklärung noch der Sicherstellung. Eine solche Tat bleibt eine soziale Störung – der Täter ist für seinen Versuch, die Polizisten für ihre Beteiligung daran strafbar.<sup>72</sup>

Welche dogmatische Kategorie die hier begründete Straflösigkeit für (risikovermindernde) Scheingeschäfte in einem kontinentaleuropäischen Rechtssystem am besten erfasst, muss nicht abschließend erörtert werden. Am überzeugendsten mag es sein, die Lösung im materiellen Recht zu suchen: Die von Staats wegen angezettelte Tat ist rechtswidrig und schuldhaft, aber dem Staat fehlt aufgrund der geschilderten Interessenslage die erforderliche Distanz für eine Verurteilung. Eine solche Konstellation

lässt sich am besten den Strafausschlussgründen zuordnen.<sup>73</sup>

Spektakulärer als diese Überlegungen, weil durch eine jüngere Entwicklung aufgeladen und daher Kern der folgenden Auseinandersetzung, sind die Versäumnisse des 5. Strafsenats mit Blick auf die Entwicklung in der EGMR-Rechtsprechung: Der EGMR ist insofern inzwischen über seine Teixeira de Castro-Entscheidung hinausgegangen (dazu unten 2.). Der 5. Strafsenat ignoriert diesen Punkt dennoch weiterhin vollständig – er setzt sich mit dieser Entwicklung schlicht nicht auseinander, und das ist sein evidentestes Versäumnis.

Es ist auf mehreren ineinandergreifenden Ebenen rechtlich zu bewerten. Erstens verstößt es gegen (nationale) *verfassungsrechtliche* Vorgaben (unten 2.a und 2.c) und führt zweitens und damit zusammenhängend zu *Konventionsbrüchen* (2.b und 2.c). Ausgehend von diesem Ergebnis ist zu überlegen, ob damit drittens auch ein Verstoß gegen die *unionsrechtliche* Fairnessgarantie des Art. 47 GRCh verbunden ist (unten 3. und 4.). Selbst wenn man dies verneint und in der Sache keine Verletzung der Verfahrensfairness (Art. 6 EMRK, Art. 47 GRCh) ableitet: zumindest die Vorlageverpflichtung des letztinstanzlichen nationalen Gerichts (Art. 267 Abs. 2 AEUV) ist unerfüllt geblieben (5.).

## 2. Die Rechtsprechung des EGMR und ihre Wirkung auf nationales Recht

### a) Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die EMRK ist im Range eines einfachen Bundesgesetzes Bestandteil der nationalen Gesetzesordnung. Sie fällt daher unter den Regelungsbereich der Gesetzesbindung aus Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG.<sup>74</sup> Dementsprechend postuliert das BVerfG die Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz *einschließlich* der Berücksichtigung der EMRK und deren Konkretisierung durch den EGMR.<sup>75</sup> Materielle Rechtskraft entfalten die Judikate des EGMR zwar nur gegenüber den an der jeweiligen Rechtssache beteiligten Parteien, Art. 46 EMRK.<sup>76</sup> Sie zeigen jedoch den Entwicklungsstand der Konvention und sind daher bei der Auslegung unverzichtbar.<sup>77</sup> Diese Wirkung entfalten sie generell und damit auch für die nicht am konkreten Verfahren beteiligten Mitgliedstaaten: Den staatlichen Institutionen wird abverlangt, bei der Auslegung des nationalen Rechts die durch den EGMR konkretisierten Vorgaben der EMRK zu berücksichtigen.<sup>78</sup>

<sup>64</sup> BGE 124 IV 34 (1997).

<sup>65</sup> Seelmann ZStW 1983, 797, 830; ebenso BVerfG NStZ 1987, 276.

<sup>66</sup> Zerbes (Fn. 1), S. 224 f., 230.

<sup>67</sup> Herzog StV 2003, 412.

<sup>68</sup> Seelmann ZStW 1983, 797, 830.

<sup>69</sup> Seelmann ZStW 1983, 797, 828.

<sup>70</sup> Zerbes (Fn. 1), S. 225.

<sup>71</sup> BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13 = HRRS 2014 Nr. 163.

<sup>72</sup> Zerbes (Fn. 1), S. 232 ff.; Fuchs ÖJZ 2001, 497 f.; Schünemann StV 1985, 428.

<sup>73</sup> Sämtliche Nachweise dazu in Fn. 62.

<sup>74</sup> Zur Stellung der EMRK in der deutschen Rechtsordnung vgl. Langenfeld, in: Böhmer (Hrsg., 2002), S. 95 ff.; grundlegend BVerfGE 74, 358, 370.

<sup>75</sup> Vgl. BVerfGE 111, 307, 319 = HRRS 2004 Nr. 867.

<sup>76</sup> Grabenwarter/Pabel, EMRK, 5. Aufl. (2012), § 16 Rn. 2.

<sup>77</sup> Vgl. BVerfGE 111, 307, 319 = HRRS 2004 Nr. 867.

<sup>78</sup> Art. 32 Abs. 1 EMRK: „The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34, 46 and 47“; dazu Frowein, in: Frowein/Peukert, EMRK, 3. Aufl.

Hinzu kommt, dass das BVerfG die Wertungen der Konvention bereits bei der Auslegung des Grundgesetzes berücksichtigt, indem es die Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe heranzieht, soweit keine Kollisionen mit anderen Verfassungsgewährleistungen auftreten.<sup>79</sup> Die konventionsfreundliche Auslegung des Verfassungsrechts soll Konflikte zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland und dem nationalen Recht vermeiden.<sup>80</sup>

In Bezug auf das einfache Gesetzesrecht endet die Berücksichtigungspflicht der nationalen staatlichen Stellen nach Meinung des BVerfG erst dort, wo die Umsetzung der Vorgaben aus der EMRK außerhalb des methodisch Vertretbaren liegt.<sup>81</sup> Insbesondere der Wortlaut der Norm und der Wille des Gesetzgebers dürfen einer konventionskonformen Auslegung nicht im Wege stehen.<sup>82</sup> Auch diese Grenzen der Rechtsfindung werden aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet.

Dass die nationalen Stellen ihrer aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Berücksichtigungspflicht überhaupt nachkommen können, setzt ihre Kenntnisnahme der Normen der Konvention und die Judikate des EGMR voraus. Nur so können sie diese in ihren Rechtsfindungsprozess einfließen lassen; nur so können sie gegebenenfalls nachvollziehbar begründen, aus welchen Gründen sie den Vorgaben der Konvention *nicht* gerecht werden können.<sup>83</sup> Auch das Fehlen einer solchen Auseinandersetzung mit der EMRK und der Judikatur des EGMR verletzt das Rechtsstaatsprinzip.<sup>84</sup>

## b) Relevante Entwicklung der EGMR-Rechtsprechung

Ohne hier die gesamte Rechtsprechung des EGMR der letzten Jahre<sup>85</sup> rezipieren zu wollen, dies haben bereits andere geleistet<sup>86</sup>, lässt sich ohne Weiteres konstatieren, dass sie bezüglich der Tatprovokation längst über die Teixeira-Entscheidung hinausgegangen ist. Auch dies

(2009), Art. 32 Rn. 1; *Frowein/Villiger* HRLJ 1988, 23, 40; BVerfGE 128, 326 ff. = HRRS 2011 Nr. 488.

<sup>79</sup> BVerfGE 128, 326. = HRRS 2011 Nr. 488.

<sup>80</sup> BVerfGE 109, 13, 23 f.; 109, 38, 50; 111, 307, 318, 328.

<sup>81</sup> Vgl. BVerfGE 111, 307, 329; *Bernhardt*, in: FS Steinberger, 2002, S. 391, 397.

<sup>82</sup> BVerfGE 111, 307, 325; vgl. auch *Ruffert* EuGRZ 2007, 245, 251.

<sup>83</sup> BVerfGE 111, 307, 323; 74, 358, 370.

<sup>84</sup> Vgl. BVerfGE 111, 307, 323 f.

<sup>85</sup> EGMR, ZE *Sequeira vs. Portugal*, Nr. 73557/01, ECHR 2003-VI; EGMR, *Edwards u. Lewis vs. Großbritannien*, StraFo 2003, 360; EGMR, *Vanyan vs. Russland*, Nr. 53203/99, Urt. v. 15. Dezember 2005; EGMR, *Khudobin vs. Russland*, Nr. 59696/00, Urt. v. 26. Oktober 2006; EGMR, ZE *Eurofinacom vs. Frankreich*, Nr. 58753/00, ECHR 2004-VII; EGMR, *Ramanauskas vs. Litauen*, HRRS 2008 Nr. 200; EGMR, *Pyrgiotakis vs. Griechenland*, HRRS 2008 Nr. 500; EGMR, *Bannikova vs. Russland* Urt. v. 4. 11. 2010, Nr. 18757/06, HRRS 2011 Nr. 331.

<sup>86</sup> Vgl. etwa die Übersichten zur Rechtsprechung des EGMR von *Esser/Gaede/Tsambikakis* NSStZ 2011, 78 ff.; und NSStZ 2011, 140 ff.; NSStZ 2012, 619; *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279 ff; ausführlich zur diesbezüglichen Rechtsprechung *Zerbes* (Fn. 1), S. 218 ff., 235 f.; *Schuska*, Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung, Diss. (2006), S. 24 f.

wurde unlängst dargelegt.<sup>87</sup> Es lässt sich demnach heute nicht mehr leugnen, dass der EGMR bei einer konventionswidrigen Tatprovokation zumindest ein Beweisverwertungsverbot für das anschließende Strafverfahren fordert. Denn wenn es in der Entscheidung *Ramanauskas* gegen Litauen heißt: „Wenngleich der Einsatz von V-Männern hingenommen werden kann, wenn er klar eingegrenzt und abgesichert ist, kann das öffentliche Interesse die Verwendung von Beweisen, die durch polizeiliche Anstiftung gewonnen werden, nicht rechtfertigen. Solche Beweise zuzulassen würde dem Angeklagten von Beginn an und endgültig das Recht auf ein faires Verfahren nehmen“<sup>88</sup>, dann kann der BGH nicht mehr ernsthaft auf seinem veralteten Standpunkt beharren, in der Judikatur der EGMR fänden sich letztlich nur bloße unverbindliche Hinweise auf ein Verwertungsverbot. Diese These ist heute unvertretbar.

## c) Abstrakte und konkrete Verletzung der Berücksichtigungspflicht

Der Hauptvorwurf, den sich der 5. Strafsenat daher gefallen lassen muss, liegt bereits darin, dass er die Entwicklung in der Rechtsprechung des EGMR nicht einbezieht – er befasst sich schlicht nicht mit ihr. Allein damit verstößt er gegen die diesbezügliche Berücksichtigungspflicht (oben 2.a.), die das BVerfG den deutschen Instanzgerichten aufgetragen hat:<sup>89</sup> Trotz einer unübersehbaren Entwicklung der EGMR-Rechtsprechung seit *Teixeira de Castro*, hält es der Senat für unnötig, diese zu rezipieren. Statt dessen hält er an der von der deutschen Judikatur präferierten Strafzumessungslösung fest, ohne sie auf ihre Vereinbarkeit mit dem insbesondere aus der *Ramanauskas*-Entscheidung ableitenden Standard zu prüfen. Allein dies (die mangelnde Auseinandersetzung) bewirkt bereits einen Verstoß gegen die vorgeannten verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Die Entscheidung des 5. Strafsenats steht aber auch materiell im Konflikt mit den durch den EGMR konkretisierten Vorgaben aus Art. 6 Abs. 1 EMRK. Ungeachtet dessen, ob alleine Strafmilderung genügt, um den konventionswidrigen *Einsatz* des Tatprovokateurs zu kompensieren, leidet die Fairness des Verfahrens auch darunter, dass die aus dem unrechtmäßigen Einsatz des Provokateurs gewonnenen Beweismittel zulasten des Angeklagten in der Hauptverhandlung zugelassen werden. Berücksichtigt man, dass auch die Zulassung von (unfair erhobenen) Beweismitteln einen (neuen) Fairnessverstoß zu begründen vermag,<sup>90</sup> dann ist der Standpunkt des

<sup>87</sup> Vgl. *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279 ff.; *Ambos* NSStZ 2002, 628, 632; *Kinzig* StV 1999, 288; ausführlicher *Ambos*, in: *Radtke/Hohmann*, StPO (2011), Art. 6 EMRK Rn. 16 mwN.

<sup>88</sup> EGMR, *Ramanauskas vs. Litauen*, NJW 2009, 3565, 3566, englischer Originaltext: „Furthermore, while the use of undercover agents may be tolerated provided that it is subject to clear restrictions and safeguards, the public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement, as to do so would expose the accused to the risk of being definitively deprived of a fair trial from the outset“, HRRS 2008 Nr. 200, § 54.

<sup>89</sup> Vgl. insbesondere BVerfGE 111, 307 ff.

<sup>90</sup> *Esser*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rn. 259 f.

BGH widerlegt, grundsätzlich läge die Entscheidung darüber, wie der Konventionsverstoß zu beseitigen ist, in den Händen der mitgliedstaatlichen Gerichte. Selbst wenn man an dieser Regel festhielte: Sie ist ohnehin Ausnahmen zugänglich.<sup>91</sup>

Entscheidend für das Verständnis der EGMR-Rechtsprechung ist an dieser Stelle aber Folgendes: Nicht nur der erste Akt, der Einsatz eines Tatprovokateurs im Ermittlungsverfahren, kann gegen Art. 6 EMRK verstoßen, ein eigenständiger Verstoß kann auch im anschließenden Akt der *Verwendung* der durch die Provokation erlangten Beweise in der Hauptverhandlung liegen.<sup>92</sup> Es existieren mithin zwei Anknüpfungspunkte für die Begründung des Fairnessverstoßes: die Beweiserhebung und die – die fehlerhafte Beweiserhebung nicht kompensierende – Beweisverwendung. Eine solche Konstruktion können die deutschen Gerichte schon deshalb nicht als redundant zurückweisen, weil sie zumindest im Grundsatz vergleichbare Konstruktionen statuieren.<sup>93</sup> Die *Verwendung* grundrechtswidrig gewonnener Beweismittel bedarf einer eigenen Rechtfertigung, die sowohl abstrakt als auch bei ihrer Anwendung im Einzelfall mit höher-rangigem Recht vereinbar sein muss.<sup>94</sup> Mangelt es an einer solchen, kommt auch rein nach nationalem Recht betrachtet keine Implementierung der *kontaminierten* Beweismittel in Frage – nicht nur die Gewinnung, sondern auch die Verwendung der Beweise wäre rechtswidrig.

Diese Doppelbetrachtung des EGMR macht deutlich, dass der Ansatz des BGH, es liege allein in der Hand der Vertragsstaaten, den Konventionsverstoß zu beseitigen, nicht überzeugen kann. Die Frage nach dem Umgang mit den konventionswidrig gewonnenen Beweismitteln im Strafverfahren betrifft nicht originär die Rechtsfolgen-, sondern bereits die Rechtsverletzungsebene. Anders formuliert: Die Aufgabe der mitgliedstaatlichen Gerichte beschränkt sich nicht nur darauf, eine durch die Strafverfolgungsbehörden begangene Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu kompensieren. Sie dürfen auch selbst keine Maßnahmen ergreifen, die die Unfairness des Verfahrens (wieder oder erneut) begründen. Die Frage der Verwertbarkeit ist mithin keine solche, die ausschließlich nur den Umgang mit einem vorausgegangen Fairnessverstoß betrifft: Der Umgang mit den Beweismitteln kann selbst die Fairness des Strafverfahrens tangieren – und deren Zulassung mithin gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen.

<sup>91</sup> Vgl. *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279, 284 unter Verweis auf *Gaede*, Fairness als Teilhabe, Diss. (2007), S. 321 ff., 808 ff.

<sup>92</sup> Vgl. insb. EGMR, *Teixeira de Castro vs. Portugal*, NStZ 1999, 47; EGMR, *Vanyan vs. Russland*, Nr. 53203/99, Urt. v. 15. Dezember 2005, §§ 46 ff.; EGMR, *Khudobin vs. Russland*, Nr. 59696/00, Urt. v. 26. Oktober 2006, §§ 128 ff.; ausführlich *Esser*, in: LR-StPO (Fn. 90), Art. 6 EMRK Rn. 259 f. m.w.N.

<sup>93</sup> Vgl. BVerfG NJW 2012, 907, 912 = HRRS 2012 Nr. 27 Rn. 118; BGH NStZ 2013, 242, 243 = HRRS 2013 Nr. 230 Rn. 33.

<sup>94</sup> Vgl. bereits *El-Ghazi/Merold* HRRS 2013, 412, 414.

### 3. Garantie eines fairen Verfahrens aus Art. 47 GRCh

Außer den vorgenannten Mängeln offenbaren sich Rechtsverletzungen auf einer weiteren Ebene, sobald man den Blick auf die in gewisser Weise schleichende Entwicklung des *supranationalen* Grundrechtsbereichs<sup>95</sup> wendet. So wird die Fairness des Strafverfahrens auch nach Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh garantiert: „Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird“. Der Bezugsgegenstand wird – insofern breiter als bei Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK („Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage“) – abstrakt mit dem Begriff der „Sache“ umschrieben.<sup>96</sup> Ungeachtet dessen soll Art. 47 Abs. 2 GRCh weitgehend einen Transfer der Gewährleistungen aus Art. 6 Abs. 1 EMRK auf EU-Ebene bewirken – das ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus den Erläuterungen zur Grundrechtecharta: Auf Art. 6 Abs. 1 EMRK wird ausdrücklich Bezug genommen und er wird inhaltlich vollständig wiedergegeben.<sup>97</sup>

Die Konvergenz mit Art. 6 Abs. 1 EMRK hat für das Verständnis des Art. 47 Abs. 2 GRCh integrale Bedeutung. Sofern nämlich die GRCh Rechte enthält, die jenen der EMRK entsprechen, haben sie stets die gleiche Bedeutung und Tragweite wie nach der EMRK (Art. 52 Abs. 3 GRCh). Diese „Kohärenzklausel“ stellt sicher, dass das Recht aus der GRCh *mindestens* (Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh) das Schutzniveau der EMRK erreicht.<sup>98</sup>

Auch die Rechtsprechung des EGMR erlangt damit eine gewichtige Rolle für einzelne Garantien der GRCh: Es ist die originäre Aufgabe des EGMR, Bedeutung und Tragweite der Konventionsgarantien herauszuarbeiten. Insofern bezieht sich die Inkorporationsanordnung auch auf dessen Rechtsprechung.<sup>99</sup>

Wenn aber Art. 47 Abs. 2 GRCh das faire Verfahren garantiert und diese Gewährleistung (mindestens) einen im Vergleich zu Art. 6 EMRK identischen Schutzstandard aufweist, dann kommt bei einem Verstoß gegen Art. 6 EMRK grundsätzlich auch ein Verstoß gegen die Garantie aus Art. 47 Abs. 2 GRCh in Betracht. Die GRCh hat allerdings außer ihrem räumlichen auch einen beschränkten sachlichen Anwendungsbereich. Er wird in Art. 51 Abs. 1 GRCh definiert: Die GRCh gilt einerseits für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips; für die Mitgliedstaaten gilt sie jedoch *ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der*

<sup>95</sup> Zur Einwirkung unter Berücksichtigung aktueller Entwicklung, vgl. *Rönnau/Wegener* GA 2013, 561, insb. 569 ff.

<sup>96</sup> Vgl. *Breitenmoser*, in: FS Th. Würtenberger, 2013, S. 425, 437; *Jarass*, GRCh, 2. Aufl. (2013), Art. 47 Rn. 1; vgl. auch Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/30.

<sup>97</sup> Vgl. Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/30.

<sup>98</sup> *Gaede*, in: Böse [Hrsg.], Enzyklopädie Europarecht, Bd. 9, 2013, § 3 Rn. 28.

<sup>99</sup> Vgl. *Griller*, in: Duschanek/Griller (2002), S. 158; *Gaede* (Fn. 98), § 3 Rn. 28.

Union. Da im vorliegenden Fall keine EU-Organe oder -Einrichtungen handeln, ist die GRCh unter zwei Bedingungen anwendbar:<sup>100</sup> Es muss erstens Recht der Union vorliegen, das zweitens durch die Mitgliedsstaaten durchgeführt wird. Zum Recht der Union zählen neben dem Primärrecht der Union, wozu auch die im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union garantierten Grundfreiheiten zählen<sup>101</sup>, auch die als Sekundärrecht bezeichneten, in Art. 288 AEUV in Bezug genommenen Rechtsakte.<sup>102</sup>

Der Begriff „durchführen“ ist hingegen derzeit hoch umstritten.<sup>103</sup> Der EuGH hat spätestens mit seiner Entscheidung in der Rechtssache Akerberg Fransson deutlich gemacht, dass er auch nach Inkrafttreten des Art. 51 GRCh von einem extensiven Anwendungsbereich der GRCh ausgeht. Im Ergebnis begreift er diese Vorschrift daher auch nur als Kodifizierung seiner bisherigen Rechtsprechung. Für ein „Durchführen“ reicht es demnach, dass sich eine Fallgestaltung im „Geltungsbereich des Unionsrechts“ bewegt. Dabei betont der EuGH, dass letztlich keine Fallgestaltung denkbar sei, die vom Unionsrecht erfasst wird, ohne dass die GRCh ebenfalls Anwendung fände.<sup>104</sup>

Dieses extensive Verständnis wird von einigen Stimmen in der Literatur begrüßt<sup>105</sup>, von anderer Seite – teilweise heftig – kritisiert und abgelehnt.<sup>106</sup> Einerseits werden Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 51 GRCh für einen im Verhältnis zur früheren Rechtsprechung restriktiveren Anwendungsbereich der GRCh vorgebracht.<sup>107</sup> Zweitens bedeutet im Fall Akerberg Fransson eine derartige Interpretation von Art. 51 GRCh, dass schon die Existenz recht abstrakter Vorgaben auf der Normgeltungsebene des Unionsrechts genügen soll, um den Anwendungsbereich der GRCh zu eröffnen. So bewegt sich ein Mitgliedsstaat, der eine Person wegen einer Steuerhinterziehung verwaltungs – als auch strafrechtlich belangt, nach Auffassung des EuGH schon deshalb im Anwendungsbereich des Unionsrechts, weil das Unionsrecht die Mitgliedsstaaten ganz allgemein dazu verpflichtet, Vorschriften zur Erhebung der Mehrwertsteuer zu erlassen und den (Steuer-)Betrug zu bekämpfen (Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 2, 250 Abs. 1, Art. 273 RL 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006).<sup>108</sup> Eine weitere Verpflichtung zur Bekämpfung von Straftaten, die sich

gegen die finanziellen Interessen der Union richten, folge, so der EuGH, aus Art. 325 AEUV.<sup>109</sup> Der EuGH qualifiziert somit sowohl die steuerrechtliche als auch die strafrechtliche Sanktionierung einschließlich der Verfahren zu ihrer Verhängung als Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedsstaaten i. S. d. Art. 51 GRCh.<sup>110</sup> Folglich sieht er auch den Anwendungsbereich der GRCh als eröffnet an, so dass sowohl die Sanktionierung selbst als auch das Verfahren zu ihrer Verhängung an der GRCh zu messen seien.<sup>111</sup> Dies soll sogar unabhängig davon gelten, ob die nationalen Vorschriften zu dem Zweck erlassen worden sind, den unionsrechtlichen Verpflichtungen zur Steuerbekämpfung gerecht zu werden.<sup>112</sup>

#### 4. Anwendbarkeit der Grundrechtecharta im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität

Unabhängig davon, ob man die charterfreundliche Auslegung des EuGH befürwortet, für den vorliegenden Fall haben die Aussagen des Fransson-Urteils enorme Auswirkungen, die bislang unausgesprochen geblieben sind. Denn auch das nationale Betäubungsmittelstrafrecht ist partiell unionsrechtlich determiniert. Eine solche Determination findet sich im Rahmenbeschluss zum Drogenhandel,<sup>113</sup> der Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen im Bereich des illegalen Handels mit Drogen und Grundstoffen festlegt. So haben die Mitgliedsstaaten nach Art. 2 Abs. 1 des RB vorsätzliche Handlungen wie u. a. das Verkaufen, Liefern, Vermitteln, Versenden, Befördern, Einführen oder Ausführen von Drogen unter Strafe zu stellen,<sup>114</sup> und diese Strafen müssen nach der üblichen Formel „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“ (Art. 4 Abs. 1 des RB).

Der Rahmenbeschluss bezieht sich damit auch auf die Begehungsform der Einfuhr von Betäubungsmitteln: jene Begehungsform, die dem Angeklagten (u.a.) im hier behandelten Fall zu Last gelegt wurde. Wendet man nun die Grundsätze aus dem Fransson-Urteil an, wäre das gesamte gegen A geführte Strafverfahren somit unionsrechtlich determiniert;<sup>115</sup> es wäre ein Fall der Anwendung von Unionsrecht durch Deutschland. Löst das unionsrechtliche Sekundärrecht im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts die Anwendbarkeit der GRCh aus, so wären davon auch alle anderen Taten betroffen, die im selben Verfahren verfolgt und abgeurteilt werden, obwohl sie

<sup>100</sup> Zum Anwendungsbereich vgl. *Oehler NVwZ* 2013, 1433 ff.; *Thym NVwZ* 2013, 889, 893 f.; *Risse HRRS* 2014, 93 ff.

<sup>101</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, Rn. 42.; Rs. C-112/00, Schmidberger, Slg. 2003, S. I-5659, Rn. 57; Rs. C-36/02, Omega, Slg. 2004, S. I-9609, Rn. 35.

<sup>102</sup> Hierzu zählen auch die Akte, die vor der Geltung des Vertrages von Lissabon im Rahmen der 3. Säule (Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) erlassenen Rahmenbeschlüsse.

<sup>103</sup> *Ohler NVwZ* 2013, 1433, 1434 ff.; *Thym NVwZ* 2013, 889 ff.; *Risse HRRS* 2014, 93, 94 ff.; *Eckstein ZIS* 2013, 220, 222 ff.

<sup>104</sup> EuGH, C-617/10, Urt. v. 26.02.2013, HRRS 2013 Nr. 335, § 46 (Fransson).

<sup>105</sup> *Thym NVwZ* 2013, 889 ff.; *Risse HRRS* 2014, 93, 99 f.;

<sup>106</sup> Insb. BVerfG, Urt. v. 24.04.2013, 1 BvR 1215/07 = NJW 2013, 1499 ff.

<sup>107</sup> *Risse HRRS* 2014, 93, 95.

<sup>108</sup> EuGH, C-617/10, Urt. v. 26.02.2013, HRRS 2013 Nr. 335, §§ 50 ff. (Fransson).

<sup>109</sup> EuGH, C-617/10, Urt. v. 26.02.2013, HRRS 2013 Nr. 335, §§ 50 ff. (Fransson).

<sup>110</sup> *Eckstein ZIS* 2013, 220, 222.

<sup>111</sup> EuGH, C-617/10, Urt. v. 26.02.2013, HRRS 2013 Nr. 335 (Fransson).

<sup>112</sup> Zu dieser Interpretation des Urteils, vgl. *Risse HRRS* 2014, 93, 99; *Ohler NVwZ* 2013, 1433, 1434; *Eckstein ZIS* 2013, 220, 222, EuGH, C-106/89, Slg. 1990, I-4135 (Marleasing); EuGH NJW 1994, 921 (Wagner Miret).

<sup>113</sup> Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels vom 25.10.2004 (ABl. L 335 v. 11.11.2004).

<sup>114</sup> Diese Auflistung ist nicht abschließend, vgl. Art. 2 RB 2004/757/JI.

<sup>115</sup> Vgl. *Eckstein ZIS* 2013, 220, 224, mit Anwendungsbeispiel.

keiner unionsrechtlichen Determination unterliegen, sog. Dominotheorie.<sup>116</sup>

Ohne hier die Fransson-Rechtsprechung zu bewerten, bedeutet sie für den vorliegenden Sachverhalt Folgendes: Die Übertragung des durch die EMRK garantierten Mindeststandards auf die Rechte der GRCh (Art. 52 Abs. 3) führt bei einer möglichen Verletzung des Art. 6 EMRK zwingend auch zu einer Verletzung des Art. 47 Abs. 2 GRCh. Und da der EGMR spätestens mit seiner Entscheidung in der Sache Ramanaukas ein Beweisverwertungsverbot verlangt,<sup>117</sup> verlangt auch Art. 47 Abs. 2 GRCh ein solches.

#### 4. Vorlageverpflichtung des letztinstanzlichen Gerichts

Der BGH teilt zwar nicht das oben begründete Ergebnis, dass der EGMR ein Beweisverwertungsverbot als Kompensation des Konventionsverstoß postuliert. Mit Blick vor allem auf die oben rezipierte Kernpassage der Entscheidung Ramanaukas, wäre der 5. Strafsenat als letztinstanzlich nationales Gericht jedoch gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet gewesen, dem EuGH, dem die Auslegung auch über die GRCh obliegt, die zuvor aufgeworfenen Fragen (Anwendung der GRCh, Zulassung der aus dem Einsatz gewonnenen Beweismittel) zur Vorabentscheidung vorzulegen. Die Vorlagepflicht des letztinstanzlichen Gerichts entfällt nur dann, wenn zu der sich stellenden Frage nach der Auslegung oder Gültigkeit des Unionsrechts bereits eine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere aus einer in einem gleich gelagerten Fall ergangenen Vorabentscheidung vorliegt (*acte éclairé*) oder „die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt“ (*acte-claire-Doktrin*).<sup>118</sup> Beides ist in Bezug auf die hier aufgeworfenen Fragen ersichtlich nicht der Fall: Wie mit den aus rechtsstaatswidriger Tatprovokation erlangten Beweisen umzugehen ist, ist alles andere als zweifelsfrei gelöst – die Frage ist hoch umstritten. Die Verletzung der Vorlageverpflichtung aus Art. 267 Abs. 3 AEUV hat auch nationalrechtliche Konsequenzen: Sie tangiert nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG

<sup>116</sup> Dazu Walther Wij 2013, 158, 160; Eckstein ZIS 2013, 220, 224.

<sup>117</sup> Vgl. oben.

<sup>118</sup> Vgl. insbesondere EuGH, U. v. 6. 10. 1982, Slg. 1982, I-3415, 3428, 3430 (C. I. L. F. I. T.); zusammenfassend Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 267 Rn. 32.

das Gebot des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>119</sup>

#### V. Zusammenfassung

Das unwürdige Schauspiel scheint kein Ende zu finden. Der Staat kreiert sich insbesondere im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität seine Täter und versucht, sie anschließend einer angeblich schuldangemessenen Strafe zuzuführen. Die Rechtsprechung beteiligt sich an diesem Drama und unternimmt weiterhin den Versuch, die unzulässige staatliche Beteiligung allein auf der Ebene der Strafzumessung zu berücksichtigen. Diese Strafzumessungslösung ist jedoch heute auf verschiedenen Ebenen unhaltbar.

1. Der EGMR stellt den Konventionsstaaten nicht frei, wie ihre Strafgerichte nach einer die Fairness verletzenden Tatprovokation ein insgesamt faires Verfahren erreichen können, sondern fordert ein Verbot, die durch Provokation erlangten Beweise zu verwerten.

2. Das BVerfG hat den Gerichten eine einigermaßen weit gehende Pflicht zur Berücksichtigung der EMRK einschließlich deren Auslegung durch den EGMR auferlegt.

3. Der durch den EGMR konkretisierte Mindeststandard der EMRK wird in die GRCh insofern integriert, als die dort verankerten Rechte, die auch in der EMRK garantiert werden, zumindest die gleiche Bedeutung und Tragweite wie nach der EMRK erhalten.

4. Das Fransson-Urteil des EuGH führt u. a. dazu, dass die strafrechtliche Verfolgung einer Straftat – hier: die Einfuhr von Betäubungsmitteln –, die (auch) Gegenstand einer unionsrechtlichen Regel ist, in den sachlichen Anwendungsbereich der GRCh fällt (Art. 51).

5. Mit einem Strafverfahren im Anwendungsbereich der GRCh ist die Pflicht des letztinstanzlichen Gerichts verbunden, diesbezügliche Rechtsfragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen (Art. 267 Abs. 3 AEUV) – dies gilt bereits dann, wenn sie nicht zweifelsfrei beantwortet werden können. Der BGH hat daher mit seiner Entscheidung, rechtsstaatswidrige Tatprovokationen nach wie vor bloß strafmildernd zu berücksichtigen, auch seine Vorlagepflicht nicht erfüllt.

Das tragische Schauspiel bekommt somit zwangsweise einen weiteren Akteur: den EuGH. Wie diese Entwicklung zu bewerten ist, ist eine andere Frage.

<sup>119</sup> Bei offenkundiger oder willkürlicher Verletzung, vgl. BVerfGE 73, 339, 366; 75, 223, 234 ff.; 82, 159, 192 ff.; EuGRZ 1988, 113 und 120; EuR 1987, 333; EuR 1988, 190 ff.

# Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)

Von Ramona Francuski, LL.B. (Bucerius Law School), Hamburg\*

## A. Einleitung

Am 21. Februar stimmten die Mitglieder des Bundestages mit nur drei Nein-Stimmen und sieben Enthaltungen für einen Gesetzesentwurf von Union und SPD, dessen Ziel die Verschärfung der Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung ist.<sup>1</sup> Weniger als einen Monat später passierte der Entwurf erfolgreich den Bundesrat.<sup>2</sup> § 108e StGB n.F. wird damit zum 01. September 2014 geltendes Recht und nimmt sich des dringenden Änderungsbedarfs (dazu B.) im Bereich der Strafbarkeit von Korruption in den deutschen Volksvertretungen an. Daher widmet sich dieser Beitrag der Norm in ihrer neuen Fassung (dazu C.) und will die verbleibenden Schwächen aufzeigen (dazu D.). Die abschließende These soll bereits an den Beginn gestellt sein: Die Neufassung des § 108e StGB ist ein Schritt in die richtige Richtung auf dem verschlungenen Pfad im Kampf gegen Korruption. Sie sollte aber im Hinblick auf die Bestechung von Mandatsträgern nicht der letzte Schritt sein.

## B. Änderungsbedarf

Um diese These zu begründen, sollen – zum einen – die Strafbarkeitslücken aufgezeigt werden, welche die Norm in ihrer geltenden Fassung hinterlässt. Zum anderen sind zwingende rechtliche Vorgaben auf internationaler Ebene in die Betrachtung einzubeziehen.

## I. Geschichte und Wortlaut des geltenden § 108e StGB

Die Abgeordnetenbestechung wird geprägt von einer langen Historie der gesetzgeberischen Grabenkämpfe. Um die heutige, sehr restriktive Fassung des § 108e StGB begreifen zu können, muss der Blick kurz auf eben diese Geschichte gelenkt werden. War die Abgeordnetenbestechung im Reichsstrafgesetzbuch<sup>3</sup> noch als Unterfall in die

allgemeine Wahlbestechung eingebettet und auf den Stimmenkauf beschränkt,<sup>4</sup> wurden bereits in der Weimarer Republik Rufe nach einer Ausweitung der Strafbarkeit laut. Keiner der in dieser Zeit vorgelegten Entwürfe trat jedoch in Kraft. Mit dem Dritten Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953<sup>5</sup> wurde die Strafbarkeit zwar auf die Handlungsvarianten des „Anbietens, Versprechens und Gewährns“ bzw. „Forderns, Versprechenlassens und Annehmens“ erweitert, aber zugleich – entgegen der Intention hierauf drängender Stimmen – durch § 109 StGB a.F. noch enger gefasst als zuvor. Dieser beschränkte den Anwendungsbereich der Norm auf „Wahlen zu den Volksvertretungen“ sowie „sonstige Wahlen und Abstimmungen des Volkes im Bund, in den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden“. In den darauffolgenden rund 40 Jahren sollten alle Versuche zur Erweiterung der Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung<sup>6</sup> erfolglos bleiben. Neben der – in leicht veränderter Form – weitergeltenden Bestechung bei Wahlen und Abstimmungen unter Beteiligung des Volkes (heute geregelt in § 108b i.V.m. § 108d StGB) wurde erst am 14. Januar 1994<sup>7</sup> der geltende § 108e StGB als Sonderregelung für die Abgeordnetenbestechung eingeführt.<sup>8</sup>

## II. Auslegung der Norm in ihrer geltenden Fassung nach herrschender Meinung

Die Norm<sup>9</sup> soll die Sachlichkeit des Stimmverhaltens bei Wahlen und Abstimmungen sowie das öffentliche Ver-

\* Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag aus der mündlichen Promotionsprüfung der Autorin vom 27.05.2014 an der Bucerius Law School.

<sup>1</sup> BT-Drucks. 18/476; zum Abstimmungsergebnis BT-Plenarprotokoll 18/18, 1390.

<sup>2</sup> BR-Drucks. 64/14.

<sup>3</sup> Vom 15. Mai 1871, RGBl. 1871, S. 127

<sup>4</sup> § 109 StGB a.F. lautete: „Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft oder verkauft, wird mit Gefängnis von einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.“ Erfasst wurde also bspw. auch der Fall, dass ein reicher Geschäftsmann Wählern Geld zuwendete, damit diese bei der Bürgermeisterwahl für einen bestimmten Kandidaten stimmten (Hartmann, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung [2013], S. 26, der auf den folgenden Seiten diese Norm genauer untersucht).

<sup>5</sup> BGBl. I 1953, S. 735, 740.

<sup>6</sup> Diese beleuchtet ausführlich Hartmann, Reformmodelle (Fn. 4), S. 41 ff.

<sup>7</sup> 28. Strafrechtsänderungsgesetz, BGBl. I 1994, S. 84.

<sup>8</sup> Weiterführend zur Gesetzgebungsgeschichte Möhrenschlager, in: FS Weber (2004), S. 217 ff.

<sup>9</sup> Einen Überblick zur Norm liefert für den wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestages Schenk, Rechtsfragen im Kontext der Abgeordnetenkorruption, S. 7 ff., ab-

trauen hierauf und in die Unabhängigkeit der Mandatsinhaber schützen.<sup>10</sup> Dazu stellt § 108e StGB heute nach herrschender Auslegung nur den Stimmenkauf und -verkauf bei Wahlen und Abstimmungen innerhalb der in der Norm genannten Gremien unter Strafe.<sup>11</sup> Die Beeinflussung von Abgeordneten bei der Beratung und Vorbereitung der Beschlussfassung ist hingegen nicht betroffen.<sup>12</sup> Nicht ganz klar ist, inwieweit neben Wahlen und Abstimmungen im Plenum auch solche in anderen Gremien der jeweiligen Volksvertretung umfasst sind. Die herrschende Auffassung will diejenigen Ausschüsse in den Anwendungsbereich der Norm einbeziehen, in denen ausschließlich Mitglieder der jeweiligen Volksvertretung vertreten sind.<sup>13</sup> Das Stimmverhalten in Fraktionen soll hingegen außen vor bleiben,<sup>14</sup> da sie gerade kein rein parlamentarisches Forum sind, sondern eine „Zwisterstellung zwischen parteipolitischer und gesamtparlamentarischer Willensbildung“<sup>15</sup> einnehmen. Bei Wahlen und Abstimmungen auf Ebene der Gemeinden und Gemeindeverbände greift § 108e StGB nach höchstrichterlich bestätigter<sup>16</sup> herrschender Auffassung nur dann ein, wenn die legislative Tätigkeit ihrer Mitglieder und deren Mitwirkung an der politischen Willensbildung betroffen sind.<sup>17</sup> Soweit kommunale Mandatsträger hingegen konkrete Verwaltungsentscheidungen treffen, werden sie als Amtsträger angesehen und fallen in den Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB.

Stimmenkauf und -verkauf sind dabei nicht i.S.d. § 433 BGB, sondern „im Sinne des allgemeinen Sprachge-

brauchs bildlich“<sup>18</sup> und damit weit zu verstehen. Erforderlich ist die Zuwendung eines materiellen Vorteils, der die Stimme des Abgeordneten „zur Ware erniedrigt“.<sup>19</sup> Damit bleibt die Zuwendung immaterieller Vorteile an Mandatsträger straflos.<sup>20</sup> Ob auch Dritt Vorteile von der Norm erfasst werden, ist umstritten.<sup>21</sup> Einigkeit besteht zumindest dahingehend, dass sozialadäquate und politisch übliche Zuwendungen nicht erfasst sein sollen.<sup>22</sup> Dabei ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln, wo die Grenzen des parlamentarisch Üblichen und damit rechtlich Zulässigen verlaufen.<sup>23</sup> Hier verlässt sogar die restriktive geltende Vorschrift den rechtssicheren und einfach handhabbaren Bereich und begibt sich in die Untiefen von Abwägungsentscheidungen. Klare Abgrenzungskriterien stehen nicht zur Verfügung; vielmehr erfolgt eine Orientierung an den Verhaltensregeln der Geschäftsordnung des Bundestages sowie an § 44a AbgG, der allgemeine Regelungen zur Ausübung des Mandats trifft.<sup>24</sup>

Die gewährten Vorteile müssen sich im Rahmen einer konkreten Unrechtsvereinbarung als Gegenleistung für ein hinreichend bestimmtes Stimmverhalten bei einer Wahl oder Abstimmung darstellen.<sup>25</sup> Die allgemeine Einflussnahme auf Entscheidungen von Abgeordneten – als „Pflege der politischen Landschaft“<sup>26</sup> – soll ebenso wenig strafbar sein wie die nachträgliche Belohnung einer Stimmabgabe, also sog. „Dankeschön-Spenden“.<sup>27</sup> Damit werden insbesondere wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Abgeordneten und Interessengruppen von der Norm nicht erfasst, bei denen lediglich die Vertretung allgemein formulierter politischer Interessen angestrebt wird.<sup>28</sup> Strafflos bleiben insoweit auch die häufig entgeltlichen Tätigkeiten von Abgeordneten als Lobbyisten und etwaige Beratertätigkeiten, selbst wenn die Bezahlung des Abgeordneten unangemessen

rufbar unter <http://netzpolitik.org/wp-upload/Abgeordnetenenkorruption.pdf>, zuletzt abgerufen am 18. Mai 2014.

- <sup>10</sup> Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 108e Rn. 1; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. (2011), § 108e Rn. 1; Müller, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. (2012), § 108e Rn. 1; Trüg, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch Ed. 23 (Stand: 1. Dezember 2012), § 108e Rn. 3 und 3.1; ähnlich Wohlers/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paefffgen (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. (2013), § 108e Rn. 3: Integrität und Funktionsfähigkeit des repräsentativen Parlamentarismus im demokratischen Staat mit Schwerpunkt auf der Sachlichkeit des Abstimmungsverhaltens.
- <sup>11</sup> Anders als bei § 108d StGB geht es nicht um Wahlen zu diesen Volksvertretungen.
- <sup>12</sup> BT-Drucks. 12/5927, S. 6, wo diese Einschränkung mit dem Schutz allein der demokratischen Gleichheit im Hinblick auf parlamentarische Entscheidungen begründet wird; statt vieler Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 12.
- <sup>13</sup> Dazu zählen Ausschüsse und Kommissionen; gemischte Gremien werden hingegen nicht erfasst. So z.B. LG Düsseldorf I 10/04, Urteil v. 14. Oktober 2010 = BeckRS 2010, 25842; Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 13.
- <sup>14</sup> BT-Drucks. 12/5927, S. 6; Eser, in: Schönke/Schröder-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 4; Wohlers/Kargl, in: NK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 4; Trüg, in: BeckOK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 4; Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 13; Barton NJW 1994, 1098, 1100; van Aaken ZaöRV 65 (2005), 407, 425; a.A. Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 61. Aufl. (2014), § 108e Rn. 3.
- <sup>15</sup> Eser, in: Schönke/Schröder-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 4.
- <sup>16</sup> BGHSt 51, 44, 57 f. = HRRS 2006 Nr. 486 Rn. 48; BGH NStZ 2007, 36 f. = HRRS 2006 Nr. 690 Rn. 9.
- <sup>17</sup> Aus der Lit. s. nur Fischer-StGB (Fn. 14), § 108e Rn. 5; Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 14 – jew. m.w.N.

- <sup>18</sup> BT-Drucks. 12/5927, S. 7; Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 16; Trüg, in: BeckOK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 5; Eser, in: Schönke/Schröder-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 8.
- <sup>19</sup> Erneut BT-Drucks. 12/5927, S. 7; instruktiver Sachverhalt bei BGH NStZ-RR 2009, 12 = HRRS 2008 Nr. 295.
- <sup>20</sup> Statt vieler Fischer-StGB (Fn. 14), § 108e Rn. 4.
- <sup>21</sup> Trüg, in: BeckOK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 5.1; Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 17.
- <sup>22</sup> Lackner/Kühl-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 4. Ob sie schon keinen Vorteil im Sinne der Norm darstellen (so etwa Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 18) oder erst im Rahmen der Unrechtsvereinbarung auszunehmen sind (bspw. Trüg, in: BeckOK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 7), wird dabei unterschiedlich beantwortet, soll hier aber keine weitere Berücksichtigung finden.
- <sup>23</sup> Vgl. nur Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 18.
- <sup>24</sup> Ebd., der aus diesem Grund auch an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Norm zweifelt.
- <sup>25</sup> Eser, in: Schönke/Schröder-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 9; Wohlers/Kargl, in: NK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 6; Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 20; Trüg, in: BeckOK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 6; Rudolphi, in: SK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 11.
- <sup>26</sup> BGHSt 51, 44, 61 Rn. 50 = HRRS 2006 Nr. 486 Rn. 56; aus der Lit. nur Eser, in: Schönke/Schröder-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 9 m.w.N.
- <sup>27</sup> Trüg, in: BeckOK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 6; Eser, in: Schönke/Schröder-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 10.
- <sup>28</sup> Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 20; Trüg, in: BeckOK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 6.

hoch und auf unlautere politische Einflussnahme gerichtet sein sollte.<sup>29</sup> Selbst das Ermöglichen von „Testfahrten“ mit teuren Autos sowie die Gewährung von Urlaubsaufenthalten und vergünstigten Krediten ohne konkreten Bezug zu einer Stimmabgabe sind für Abgeordnete – anders als für Amtsträger wie etwa den Bundespräsidenten oder die Minister – strafrechtlich bislang völlig unproblematisch.<sup>30</sup>

### III. Internationale Vorgaben

Vor dem Hintergrund dieser Auslegung stellt sich die in den letzten Jahren häufig diskutierte Anschlussfrage, ob § 108e StGB in seiner geltenden Fassung diejenigen Anforderungen erfüllt, denen sich die Bundesrepublik in verschiedenen völkerrechtlichen Übereinkommen zur Bekämpfung von Korruption verschrieben hat.<sup>31</sup> Hierzu zählen das EU-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung vom 25. Juni 1997,<sup>32</sup> die OECD-Konvention zur Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17. Dezember 1997,<sup>33</sup> das Strafrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption vom 27. Januar 1999<sup>34</sup> und die Konvention der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31. Oktober 2003.<sup>35</sup> Letztere hat Deutschland bereits am 9. Dezember 2003 unterzeichnet;<sup>36</sup> doch erst am 28. Mai 2014 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Vertragsgesetzes zur Ratifizierung des Übereinkommens beschlossen.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> Trüg, in: BeckOK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 6.

<sup>30</sup> Barton NJW 1994, 1099.

<sup>31</sup> Ausführlich dazu Hartmann, Reformmodelle (Fn. 4), S. 99 f. und van Aaken ZaöRV 65 (2005), 405, 423 ff.

<sup>32</sup> Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 Absatz 2 Buchstabe c) des Vertrages über die Europäische Union über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, ABl. C 195 vom 25. Juni 1997, S. 2-11. Dieses bedurfte in Deutschland keiner besonderen Umsetzung: Der Beamtenbegriff war autonom zu bestimmen, eine entsprechende Strafbarkeit für Amtsträger war in den §§ 331 ff. StGB vorgesehen und § 108e StGB erfasste neben den nationalen Volksvertretungen bereits seit 1994 das Europäische Parlament.

<sup>33</sup> Abrufbar unter [http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_ENG.pdf](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf), zuletzt abgerufen am 18. Mai 2014. Zur Umsetzung dieses Übereinkommens hat Deutschland das Internationale Bestechungsgesetz erlassen; entscheidende Strafnorm ist Art. 2 § 2 Abs. 1 Int-BestG.

<sup>34</sup> Abrufbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/173.htm>, zuletzt abgerufen am 18. Mai 2014. Das Europaratsübereinkommen überlässt den unterzeichnenden Staaten letztlich mit der Möglichkeit des Vorbehalts in Art. 37 Abs. 1 die Entscheidung darüber, ob sie die Abgeordnetenbestechung überhaupt unter Strafe stellen wollen.

<sup>35</sup> Abrufbar unter <http://www.un.org/depts/german/uebereinkommen/ar58004-uebgbgl.pdf>, zuletzt abgerufen am 18. Mai 2014.

<sup>36</sup> Stand laut UN vom 2. April 2014, laufend aktualisiert abrufbar unter <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>, zuletzt abgerufen am 18. Mai 2014.

<sup>37</sup> Meldung der Redaktion beck aktuell vom 28. Mai 2014, becklink 1032749.

Allein aus dieser zuletzt genannten UN-Konvention ergibt sich im Hinblick auf § 108e StGB in seiner geltenden Fassung akuter Änderungsbedarf: Sie bezieht in den Begriff des Amtsträgers in Art. 2 lit. a) i) auch Personen ein, die in einem Vertragsstaat ein Amt im Bereich der Gesetzgebung innehaben. In Art. 15 der Konvention werden die Signatarstaaten dann dazu aufgefordert, den Austausch eines so bezeichneten „ungerechtfertigten Vorteils“ und der Vornahme bzw. des Unterlassens einer Diensthandlung durch einen Abgeordneten – auch außerhalb von Wahlen und Abstimmungen – als korruptive Vereinbarung unter Strafe zu stellen. Dies gilt im Hinblick auf die aktive Bestechung nicht nur für nationale, sondern gem. Art. 16 des Übereinkommens auch für ausländische Amtsträger oder einen Amtsträger einer internationalen Organisation. Dieser Forderung wird die geltende Norm im deutschen StGB mit ihrem auf Stimmenkauf und -verkauf beschränkten Anwendungsbereich nicht gerecht.<sup>38</sup> Auch werden immaterielle und Drittverteile bislang nicht erfasst.

### IV. Strafbarkeitslücken und rechtspolitischer Änderungsbedarf

Doch selbst vor diesem eindeutigen völkerrechtlichen Hintergrund gehen die Meinungen zur Zukunft der bisherigen Fassung der Abgeordnetenbestechung im deutschen Recht sehr weit auseinander: Sie bewegen sich von der Forderung nach Streichung der Norm<sup>39</sup> über die Beibehaltung in der aktuellen Fassung<sup>40</sup> bis hin zu deren massiver Erweiterung.<sup>41</sup>

#### 1. Keine hinreichende Strafbarkeit selbst bei weiter Auslegung

Die Stimmen, die den § 108e StGB in seiner geltenden Ausgestaltung als ausreichend erachten, legen ihren Ausführungen eine sehr weite Auslegung der Norm zu Grunde und gehen infolgedessen davon aus, dass sie bereits heute großes „dogmatisches Potential“ aufweise. Unter Betonung des „Unternehmens-Charakters“ der Norm wird die These aufgestellt, dass sie in ihrer Reichweite den §§ 331 ff. StGB „nahezu“ entspreche.<sup>42</sup> Dabei wird allerdings übersehen, dass ein Kausalverhältnis zwischen einer Zuwendung und einer konkreten Stimmabgabe praktisch so gut wie nie gegeben oder zumindest

<sup>38</sup> Ausführlich Hartmann, Reformmodelle (Fn. 4), S. 99 f. und van Aaken, ZaöRV 65 (2005), 405, 423 ff.

<sup>39</sup> So die Forderung von Ransiek StV 1996, 446, 452 f., der für eine Ausweitung der präventiven Kontrolle durch Transparenz plädiert; ähnlich äußert sich auch Barton NJW 1994, 1098, 1101 aufgrund der Unzulänglichkeiten des § 108e StGB in seiner geltenden Fassung, hält einen solchen Schritt aber aufgrund dessen Symbolcharakters für „mißverstehbar“. Dölling NJW-Beil. 1996, 16, 18 hält eine Ausweitung der Norm für nötig, aber „außerstrafrechtliche Maßnahmen“ zur „Gewährleistung der Integrität parlamentarischer Arbeit“ für sinnvoller.

<sup>40</sup> Michalke, in: FS Hamm (2008), S. 459 ff.

<sup>41</sup> So bspw. Epp, Die Abgeordnetenbestechung – § 108e StGB (1997), S. 480 („in Teilen unnötig eng gefasst“); Schaupens-teiner NStZ 1996, 409, 415; v. Arnim NVwZ 2006, 249, 252.

<sup>42</sup> So insbesondere Michalke, in: FS Hamm (2008), S. 459, 473.



nachzuweisen sein wird. Wie bereits aufgezeigt, werden mehrere strafwürdige Fall-Konstellationen<sup>43</sup> gerade nicht erfasst. Insbesondere die bislang nicht in den Tatbestand einbezogene Vorbereitung der Beschlussfassung in den Gremien birgt ein hohes Umgehungspotential. Denn dort werden die Argumente im Hinblick auf parlamentarische Entscheidungen ausgetauscht; die tatsächliche Abstimmung stellt nur den Schlusspunkt des Entscheidungsvorgangs dar. Über diese Vorbereitung können Interessengruppen nach geltendem Recht durch Geldzuwendungen an Abgeordnete enorme Macht im Parlament gewinnen – ohne strafrechtliche Sanktionen fürchten zu müssen.<sup>44</sup> Auch die „politische Klimapflege“ oder das Zuschancen lukrativer Neben- und Beratertätigkeiten an Abgeordnete bewegen sich nicht selten auf einem sehr schmalen Grat zwischen Zulässigkeit und unlauterer politischer Einflussnahme, der jedenfalls zu den Seiten hin durch strafrechtliche Sanktionen begrenzt werden sollte.<sup>45</sup>

Auch die Praxis der Strafverfolgung beweist, wie eng der Anwendungsbereich der geltenden Norm ist: Für das Berichtsjahr 2012 weist das Bundeslagebild „Korruption“ nur 15 polizeilich erfasste Taten nach § 108e StGB auf – und damit die seit Jahren mit Abstand größte Zahl von polizeilich untersuchten Abgeordnetenbestechungen. Demgegenüber werden pro Jahr über 8.000 andere Korruptionsstraftaten registriert.<sup>46</sup> Nach der Einführung des § 108e StGB in seiner geltenden Fassung dauerte es zudem 13 Jahre, bis es 2007 zu einer ersten Verurteilung durch das Landgericht Neuruppin kam.<sup>47</sup> Diese Zahlen sind wohl nicht darauf zurückzuführen, dass Abgeordnete grundsätzlich nicht bestochen würden oder sich nicht bestechen ließen.<sup>48</sup> Vielerorts wird § 108e StGB daher als praktisch bedeutungsloses „symbolisches“<sup>49</sup> Strafrecht, als zahnloser Tiger angesehen. Die Norm erfasse durch den engen Wortlaut „nur ausgesprochen krude, krasse und simple Formen der Bestechung bzw. Bestechlichkeit“;<sup>50</sup> filigranere, aber nicht weniger unlautere Ein-

flussnahmen werden sehenden Auges hingenommen. Selbst der BGH hat in einer Entscheidung vom 9. Mai 2006<sup>51</sup> „gesetzgeberischen Handlungsbedarf“ gesehen und mehr als deutliche Worte für den deutschen Strafgesetzgeber gefunden: In allen anderen Bereichen des öffentlichen und privaten Lebens habe das gewandelte öffentliche Verständnis der besonderen Sozialschädlichkeit von Korruption zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit von korruptivem Verhalten geführt. Am Tatbestand der Abgeordnetenbestechung sei diese Entwicklung allerdings vorbeigegangen, obwohl die aktuelle Fassung nicht ausreiche, um alle strafwürdigen korruptiven Verhaltensweisen im parlamentarischen Betrieb zu erfassen.<sup>52</sup>

## 2. Freies Mandat steht Erweiterung nicht entgegen

Bis zu einem gewissen Grad ist die Zurückhaltung im Bereich der Abgeordnetenbestechung mit dem Grundsatz des freien Mandats aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG zu rechtfertigen. Dieser garantiert dem einzelnen Abgeordneten eine unabhängige Ausübung seiner Mandatstätigkeit nach Maßgabe seines Gewissens<sup>53</sup> – oder in diesem Kontext präziser formuliert: seiner politischen Überzeugung.<sup>54</sup> Im Gegensatz zu einem Amtsträger ist er gerade nicht zu objektiv neutralem Handeln verpflichtet, sondern darf und soll im politischen Gefüge die Interessen von gesellschaftlichen Gruppen vertreten.<sup>55</sup> Dies tut er allerdings – in Abkehr vom imperativen Mandat der vorrevolutionären Epoche und von insbesondere *Rousseaus* basisdemokratischen Vorstellungen – nicht als bloßer Funktionär des Volkes oder irgendwelcher Kollektive, sondern als selbstständig handelnder Volksvertreter.<sup>56</sup> Der Grundsatz des freien Mandats soll die Abgeordneten daher nicht zuletzt vor politischer Korruption schützen. Denn wo Interessenvertretung nicht mehr auf politischer Überzeugung, sondern allein auf Zuwendungen beruht, stellt sie sich in Widerspruch zur Verpflichtung parla-

<sup>43</sup> Hartmann, Reformmodelle (Fn. 4), S. 111 ff. setzt sich mit den Argumenten für die Nichtnormierung der Abgeordnetenbestechung auseinander.

<sup>44</sup> Diesbezüglich klare Kritik z.B. von Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 12; van Aaken ZaöRV 65 (2005), 407, 425 f.

<sup>45</sup> Mit ähnlicher Kritik Schenk, Rechtsfragen (Fn. 9), S. 11.

<sup>46</sup> Zu diesen Zahlen Bundeslagebild „Korruption“ 2012, S. 4 und 6, abrufbar unter [http://www.bka.de/DE/Themen/ABisZ/Deliktsbereiche/Korruption/Lagebilder/lagebilder\\_\\_no.de.html?\\_\\_nnn=true](http://www.bka.de/DE/Themen/ABisZ/Deliktsbereiche/Korruption/Lagebilder/lagebilder__no.de.html?__nnn=true), zuletzt abgerufen am 18. Mai 2014.

<sup>47</sup> LG Neuruppin 13 Kls 365 Js 30366/06 (16/06), Urteil v. 2. April 2007, (unveröffentlicht); dazu aber <http://www.fwg-osterode.de/abfall-abgeordnetenbestechung108estgb.htm>, und „Beeinflusst, nicht bestochen“, Spiegel vom 21. Mai 2007, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-51644676.html>, jeweils zuletzt abgerufen am 18. Mai 2014.

<sup>48</sup> Der Verweis auf Medien und Zivilgesellschaft als Kontrollinstanz vermag ebenso wenig zu überzeugen, da die Sanktionierung strafwürdigen Verhaltens damit an die Bürger überantwortet würde, s. dazu m.w.N. Hoven ZIS 2013, 33, 38, die auch noch weitere Gegenargumente entkräftet.

<sup>49</sup> So bspw. Barton NJW 1994, 1098, 1100. Zur Problematik „symbolischen Strafrechts“ nur Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I (2006), § 2 VI ff. und Hassemer NStZ 1989, 553 ff.

<sup>50</sup> Barton NJW 1994, 1098, 1100, der es dabei für „nahezu ausgeschlossen“ hält, „daß es Abgeordnete oder Lobbyisten gibt, die zugleich so töricht und so dreist sind, daß sie in

einer derart plumpen Art und Weise zur Bestechung schreiben“.

<sup>51</sup> BGHSt 51, 44, 60 Rn. 47 = HRRS 2006 Nr. 486 Rn. 52 – Wuppertaler Korruptionsskandal.

<sup>52</sup> Zust. bspw. Fischer-StGB, § 108e Rn. 1; Feinendegen NJW 2006, 2014, 2015; Wolf NJW 2006, 2735, 2737; ders. ZRP 2007, 44, 46; krit. Niehaus ZIS 2008, 49, 54 ff.

<sup>53</sup> Statt vieler Klein, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 69. Erg.-Lfg. (2013), Art. 38 Rn. 195. Das „Gewissen“ ist insoweit der „Inbegriff intellektueller Anstrengungen zur Erfüllung der Aufgabe einer Institution“, Heyen Der Staat 25 (1986), 35 49.

<sup>54</sup> Ausführlich und mit Nachw. erneut Klein, in: Maunz/Dürig-GG (Fn. 53), Art. 38 Rn. 195 sowie Butzer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Ed. 19 (Stand: 1. November 2013), Art. 38 Rn. 94, 96.

<sup>55</sup> Butzer, in: BeckOK-GG (Fn. 54), Art. 38 Rn. 93; aus dem strafrechtlichen Schrifttum jüngst bspw. Hoven ZIS 2013, 33, 37. Das Neutralitätsgebot für Amtsträger ergibt sich z.B. aus § 71 Bundesbeamtengesetz. Mandatsträger sind hingegen bspw. nach § 44a Abs. 2 S. 4 Abgeordnetengesetz berechtigt, finanzielle Zuwendungen von außen in Form von Spenden anzunehmen.

<sup>56</sup> Dazu Klein, in: Maunz/Dürig-GG (Fn. 53), Art. 38 Rn. 189 sowie Butzer, in: BeckOK-GG (Fn. 54), Art. 38 Rn. 92, 94 – jew. m.w.N.

mentarischer Tätigkeit auf das Gemeinwohl und ist nicht mehr Ausdruck freier Mandatsausübung.<sup>57</sup>

Die Einbeziehung solcher Handlungsweisen in den strafbaren Bereich der Abgeordnetenbestechung, bei denen der Mandatsträger nicht lediglich seiner Überzeugung folgt, sondern sich auch oder allein von Zuwendungen leiten lässt, flankiert daher das freie Mandat und sichert seine praktische Durchsetzung strafrechtlich ab. Allein die Angst vor Ermittlungsverfahren „in den eigenen Reihen“ darf einer vor dem Hintergrund des Rechtsguts gebotenen Erweiterung der Strafbarkeit nicht entgegenstehen. Dabei muss dennoch stets der Austausch zwischen Abgeordneten und Interessenvertretern aus der Gesellschaft straffrei möglich sein; denn auf dieser Kommunikation fußt letztlich die Überzeugung des Mandatsträgers, die ihn zum Volksrepräsentanten erhebt.

### 3. Keine Lückenfüllung durch die §§ 331 ff. StGB

Die Strafbarkeitslücken im Bereich der Bestechung und Bestechlichkeit von Abgeordneten können auch nicht mit anderen, bestehenden Mitteln des Korruptionsstrafrechts geschlossen werden. Im Raum steht insoweit eine Instrumentalisierung der Regeln zur Amtsträgerkorruption in den §§ 331 ff. StGB. Aufgrund der bereits angedeuteten Unterschiede im Hinblick auf Position und Funktion von Abgeordneten und Amtsträgern können diese Normen jedoch keine Anwendung auf Abgeordnete finden. Denn diese sind nach höchstrichterlicher,<sup>58</sup> vor dem aufgezeigten verfassungsrechtlicher Hintergrund dogmatisch richtiger Rechtsprechung keine Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b oder c StGB.<sup>59</sup>

Unabhängig von den aus der Schaffung einer gesonderten Strafnorm abgeleiteten systematischen Argumenten,<sup>60</sup> sprechen insbesondere teleologische Erwägungen gegen die Einbeziehung des Abgeordneten in den Amtsträgerbegriff.<sup>61</sup> Denn Amts – und Mandatsausübung unterscheiden sich gravierend. Die Unterschiede betreffen dabei die Art und Weise des Zustandekommens hoheitlicher Entscheidungen. Der Amtsträger ist bei Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung grundsätzlich weisungsgebunden und substituierbar; seine Entscheidung kann an eine andere Person delegiert oder von einer höherrangigen Stelle evoziert werden. Der Mandatsträger

kann hingegen bei seinen Entscheidungen nicht vertreten werden und ist allein seinem Gewissen unterworfen. Mit der Unvertretbarkeit spielen auch gerade Partikularinteressen eine wesentliche Rolle, für die der Abgeordnete als Volksvertreter gewählt wurde und eintreten darf bzw. soll. Obwohl auch Mandatsträger – etwa als kommunale Abgeordnete – Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen können,<sup>62</sup> fehlt es zudem an ihrer Eingliederung in ein Dienst – oder Auftragsverhältnis zur öffentlichen Hand und in entsprechende hierarchische Strukturen. Allein bei Betrauung mit konkreten Verwaltungsaufgaben will der 5. Strafsenat auch kommunale Mandatsträger als Amtsträger einordnen.

### 4. Systembruch durch weiterreichende Strafbarkeit nach Art. 2 § 2 IntBestG

Abschließend lässt ein systematischer Blick auf die Regelung der Strafbarkeit der Bestechung ausländischer Abgeordneter in Art. 2 § 2 IntBestG Zweifel an der aktuellen Fassung des § 108e StGB aufkeimen.<sup>63</sup> Dort wird – wesentlich weitergehend – nicht nur der Kauf der Stimme eines Abgeordneten unter Strafe gestellt, sondern in Umsetzung der OECD-Konvention ein den §§ 331, 332 StGB vergleichbares Verhalten erfasst. Eine Verbindung zu konkretem Stimmverhalten ist nicht erforderlich. Während also nach in Deutschland anwendbarem Strafrecht das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils für eine Handlung oder Unterlassung im Zusammenhang mit dem Mandat an ausländische Abgeordnete unter Strafe steht, ist dieselbe Handlung gegenüber ihren deutschen Kollegen straflos. Eine derartige systematische Inkonsequenz ist dem deutschen (Straf-)Recht grundsätzlich fremd.<sup>64</sup> Überzeugende Gründe für die unterschiedliche Behandlung in – und ausländischer Mandatsträger wurden bislang nicht vorgetragen.

### 5. Zwischenergebnis: Reformbedürfnis

Die Notwendigkeit, § 108e StGB zu reformieren und die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung auszudehnen, sollte damit außer Frage stehen.<sup>65</sup> Fischer nennt den dies-

<sup>57</sup> Hoven ZIS 2013, 33, 37.

<sup>58</sup> Richtungsweisend die Entscheidung des 5. BGH-Strafsenats BGHSt 51, 45 = HRRS 2006 Nr. 486; ebenso zuvor bereits Deiters NStZ 2003, 453, 455 ff.; Dabs/Müssig NStZ 2006, 191 ff.; der Entscheidung des BGH zustimmend auch Feinendegen NJW 2006, 2014, 2015; Stünker, in: FS Meyer (2006), S. 589, 595.

<sup>59</sup> A.A. zuvor noch das LG Köln NStZ-RR 2003, 364; AG Wuppertal 12 Ls 835 Js 79/01, Urteil v. 12. September 2002 (unveröffentlicht); LG Krefeld NJW 1994, 2036. Zum dem vor der Entscheidung des BGH uneinheitlichen Meinungsbild Szesny/Brockhaus NStZ 2007, 624, 625 m. Nachw. in Fn. 8, die die Sonderfrage problematisieren, wie kommunale Mandatsträger zu behandeln sind, die vom öffentlichen Gesellschafter eines (teil-)kommunalen Unternehmens in dessen Aufsichtsrat entsendet oder gewählt werden.

<sup>60</sup> BGHSt 51, 44, 50 f. Rn. 27 = HRRS 2006 Nr. 486 Rn. 27 f.

<sup>61</sup> Zum Folgenden ausführlich BGHSt 51, 44, 51 ff. Rn. 28 ff. = HRRS 2006 Nr. 486 Rn. 29 ff.

<sup>62</sup> So ordnet der BGH die Gemeindevertretung als Organ einer Selbstverwaltungskörperschaft und nicht als Parlament im staatsrechtlichen Sinne ein, BGHSt 51, 44, 52 Rn. 31 = HRRS 2006 Nr. 486 Rn. 34. Trotz eines „gewissen legislatorischen Charakters“ gehöre die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinden zum Bereich der Verwaltung.

<sup>63</sup> In diese Richtung äußern sich sehr deutlich Trüg, in: BeckOK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 14, Möhrenschrager, in: FS Weber (2008), S. 217, 228, Zypries StraFo 2004, 224 und Peek ZStW 120 (2008), 803. Allgemeiner begründet den gesetzgeberischen Handlungsbedarf der 5. Strafsenat des BGH (St 51, 44, 60 Rn. 47 = HRRS 2006 Nr. 486 Rn. 52).

<sup>64</sup> Kritisch diesbezüglich Trüg, in: BeckOK-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 14; Müller, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 8; Möhrenschrager, in: FS Weber (2008), S. 217, 228; Zieschang NJW 1999, 105, 107; Korte wistra 1999, 81, 87; Dölling ZStW 112 (2000), 334, 354; van Aaken ZaöRV 2005, 407, 428 f.; v. Arnim NVwZ 2006, 249, 252; Wolf NJW 2006, 2735, 2737; ders. ZRP 2007, 44, 45; Hoven ZIS 2013, 33, 39.

<sup>65</sup> So auch für den wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestages Schenk, Rechtsfragen, (Fn. 10), Zusammenfassung und Transparency International e.V. Eckpunkte zur An-

bezüglichen jahrelangen „Dornröschenschlaf“ des Gesetzgebers treffend „ein [sic] skandalöse Verweigerung von Rechtmäßigkeit durch diejenigen, die es angeht.“<sup>66</sup>

### C. Analyse des neuen Tatbestandes

An dieser Stelle soll nun der Blick der im September dieses Jahres in Kraft tretenden Neufassung zugewendet werden. § 108e StGB n.F. lautet:

#### Bestechlichkeit und Bestechung von Mandats-trägern

(1) Wer als Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für dieses Mitglied oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass es bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse.

(3) Den in den Absätzen 1 und 2 genannten Mitgliedern gleich stehen Mitglieder

1. einer Volksvertretung einer kommunalen Gebietskörperschaft,
2. eines in unmittelbarer und allgemeiner Wahl gewählten Gremiums einer für ein Teilgebiet eines Landes oder einer kommunalen Gebietskörperschaft gebildeten Verwaltungseinheit,
3. der Bundesversammlung,
4. des Europäischen Parlaments,
5. einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation und
6. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates.

(4) Ein ungerechtfertigter Vorteil liegt insbesondere nicht vor, wenn die Annahme des Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht. Keinen ungerechtfertigten Vorteil stellen dar

1. ein politisches Mandat oder eine politische Funktion sowie
2. eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen zulässige Spende.

passung des § 108e StGB, abrufbar unter [http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Politik/Eckpunktapiert\\_Abgeordnetenbestechung\\_08-03-11.pdf](http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Politik/Eckpunktapiert_Abgeordnetenbestechung_08-03-11.pdf), zuletzt abgerufen am 18. Mai 2014.

<sup>66</sup> Fischer-StGB (Fn. 14), § 108e Rn. 1; Jäckle ZRP 2012, 97 spricht von „Zwei-Klassen-Korruptionsrecht“.

(5) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.

Dabei stellen sich verschiedene Fragen: Welches Verhalten wird künftig unter Strafe stehen? Sind etwaige Besonderheiten des Tatbestandes im Vergleich zu den übrigen Regelungen des deutschen Korruptionsstrafrechts gerechtfertigt? Wird mit der Neuregelung den internationalen Vorgaben nun endlich Genüge getan? Und ist diese Lösung vielleicht nur ein Zwischenschritt zu einer noch umfassenderen Kriminalisierung der Abgeordnetenbestechung?

### I. Rechtsgut laut Gesetzesbegründung

Um all diese Fragen zu beantworten, ist der neue Tatbestand zunächst vor dem Hintergrund des in der Gesetzesbegründung genannten Rechtsguts – des „öffentliche[n] Interesse[s] an der Integrität parlamentarischer Prozesse und der Unabhängigkeit der Mandatsausübung sowie der Sachbezogenheit parlamentarischer Entscheidungen“<sup>67</sup> – auszulegen.

### II. Tatbestandsauslegung im Fahrwasser der Gesetzesbegründung

#### 1. Kreis der Abgeordneten

§ 108e StGB n.F. erfasst als mögliche Vorteilsempfänger nach Abs. 1 bzw. 2 die Mitglieder einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder und – erweitert durch Abs. 3 – zudem die Mitglieder einer Volksvertretung einer kommunalen Gebietskörperschaft, der Bundesversammlung, des Europäischen Parlaments, einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation oder eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates. Nr. 4 und 5 beziehen also auch diejenigen Abgeordneten mit ein, deren Bestechung bislang allein in Art. 2 § 2 IntBestG geregelt ist. Die Regelungen des IntBestG werden durch den Gesetzesentwurf jedoch nicht angetastet, weshalb auf das Verhältnis der Normen zueinander und die resultierenden Friktionen noch zurückzukommen sein wird.

#### 2. Tathandlungen

Tatbestandsmäßig handelt, wer als Mitglied einer der genannten Versammlungen „einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse“ (Abs. 1) bzw. wer „einen ungerechtfertigten Vorteil für [ein solches] Mitglied oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass es bei Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse“

<sup>67</sup> Ebd.

(Abs. 2). Die Tathandlungen müssen also – vergleichbar mit denen der §§ 331 ff. StGB – auf den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung gerichtet sein, die eine Handlung bei Wahrnehmung des Mandats in ein bestimmtes Beziehungsverhältnis (Äquivalenzverhältnis) zu einer Vorteilsgewährung stellt. Dieses Kernstück der Bestechungsdelikte<sup>68</sup> prägt auch den Charakter der Abgeordnetenbestechung und soll künftig wesentlich mehr erfassen als den bloßen Stimmenkauf und -verkauf.

#### a) Ungerechtfertigter Vorteil für sich oder einen Dritten

Unter einem Vorteil ist – ganz in der Tradition der §§ 331 ff., 299 StGB<sup>69</sup> – jede Zuwendung zu verstehen, die den Empfänger materiell oder immateriell in seiner wirtschaftlichen, rechtlichen oder persönlichen Lage objektiv besser stellt und auf die er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat.<sup>70</sup> Als Empfänger kommt nunmehr nicht nur der Angeordnete, sondern auch ein Dritter in Betracht.

Erfasst wird in Anlehnung an die UN-Konvention und das Übereinkommen des Europarats<sup>71</sup> allerdings allein das Andienen bzw. Erbitten eines „ungerechtfertigten“<sup>72</sup> Vorteils. In § 108e Abs. 4 S. 1 StGB n.F. wird insoweit klargestellt, dass ein solcher jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn seine Annahme im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mandatsträgers maßgeblichen Vorschriften steht.<sup>73</sup> Nach § 108e Abs. 4 S. 2 StGB n.F. stellen ein politisches Mandat oder eine politische Funktion (Nr. 1) sowie eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen zulässige Spende (Nr. 2) explizit keinen ungerechtfertigten Vorteil dar. Laut Gesetzesbegründung sollen über dieses Merkmal zudem diejenigen Vorteilsgewährungen straffrei gestellt werden, die „anerkannten parlamentarischen Gepflogenheiten“<sup>74</sup> entsprechen. Auch in diesen Fällen scheidet bereits der Anschein einer unzulässigen Einflussnahme auf die Mandatswahrnehmung aus, sodass der Schutzbereich der Norm nicht tangiert sei.<sup>75</sup>

<sup>68</sup> Kuhlen, in: NK-StGB (Fn. 10), § 331 Rn. 19 m.w.N.

<sup>69</sup> Zum identischen Vorteilsbegriff bei den §§ 331 ff., 299 StGB nur Fischer-StGB (Fn. 14), § 331 Rn. 11 und § 299 Rn. 7 m.w.N.

<sup>70</sup> BT-Drucks. 18/476, S. 7.

<sup>71</sup> Art. 15 und 16 des UN-Übereinkommens sowie Art. 4 und 6 des Europaratsübereinkommens sprechen von „undue advantages“.

<sup>72</sup> Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hatte hingegen in BT-Drucks. 16/6726 die Beschränkung auf „rechtswidrige“, d.h. auf „verwerfliche“ Weise mit der Gegenleistung verknüpfte Vorteile vorgeschlagen.

<sup>73</sup> Dies sind bei den Abgeordneten des Bundestages etwa das AbgG, die Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages aus Anlage 1 der GOBT und die dazu vom Präsidenten des Deutschen Bundestages erlassenen Ausführungsbestimmungen. Die Landtage haben entsprechende Gesetze und Verhaltensregeln erlassen. Damit wird nicht zuletzt an das Europaratsübereinkommen angeknüpft, dessen Erläuternder Bericht in Nr. 38 zu Art. 2 solche Vorteile aus dem Anwendungsbereich ausnimmt, die durch Gesetz oder Verwaltungsvorschrift zugelassen sind.

<sup>74</sup> BT-Drucks. 18/476, S. 6.

<sup>75</sup> Ebd., S. 7.

#### b) Fordern, sich versprechen lassen, annehmen bzw. anbieten, versprechen, gewähren

Hinsichtlich der Tathandlungen des Forderns, sich Versprechenlassens, Annehmens bzw. Anbietens, Versprechens und Gewährens kann ohne Einschränkungen und Besonderheiten auf die Auslegungsgrundsätze der Amtsträger – und Wirtschaftskorruption zurückgegriffen werden.<sup>76</sup> Entscheidend ist hierbei stets der äußere Erklärungswert des Verhaltens; etwaige innere Vorbehalte des Mandatsträgers, sein Verhalten nicht durch den ungerechtfertigten Vorteil leiten zu lassen, sind für die Beurteilung der Strafbarkeit unerheblich.<sup>77</sup>

#### c) Konkrete Handlung bei Wahrnehmung des Mandats

Der Vorteil muss als Gegenleistung für die Vornahme einer konkreten Handlung angenommen oder gewährt werden. Die Unrechtsvereinbarung wird also anders als bei der Amtsträgerkorruption in den §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB nicht gelockert, sondern verlangt einen hinreichenden Bezug zu einer konkret umrissenen, zukünftigen Handlung. Nachträgliche „Dankeschön-Spenden“ werden vom Tatbestand also ebenso wenig erfasst wie die allgemeine politische „Klimapflege“.

Diese Handlung muss „bei der Wahrnehmung des Mandates“ und zwar nicht mehr allein in Form der Stimmabgabe in Wahlen und Abstimmungen erfolgen,<sup>78</sup> wodurch der Anwendungsbereich der Norm erheblich ausgedehnt wird. Dies ist bereits verfassungsrechtlich angezeigt, erstreckt sich doch auch die Freiheit des Mandats i.S.d. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auf jegliche parlamentarische Arbeit – unabhängig von ihrer Ausübung im Plenum oder in Untergliederungen des Parlaments, also auch in den Fraktionen.<sup>79</sup> Nach wie vor werden vom Tatbestand solche Verhaltensweisen nicht erfasst, die der Mandatsträger als Mitglied eines parteiinternen Gremiums oder im Rahmen einer Nebentätigkeit vollzieht.<sup>80</sup> Bei kommunalen Mandatsträgern ist im Lichte der bereits vorgestellten BGH-Rechtsprechung an dieser Stelle zu prüfen, ob sie als Mandatsträger gehandelt oder konkrete, ihnen übertragene Verwaltungsaufgaben ausgeführt haben und daher als Amtsträger i.S.d. §§ 331 ff. StGB tätig wurden.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> Zur Auslegung im übrigen Korruptionsstrafrecht statt vieler Fischer-StGB (Fn. 14), § 331 Rn. 17 ff., § 333 Rn. 3 ff. und § 299 Rn. 17 m.w.N.

<sup>77</sup> BT-Drucks. 18/476, S. 8.

<sup>78</sup> Ein sehr ähnlicher Vorschlag findet sich bei Stünker, in: FS Meyer (2006), S. 589, 597 f., der den Stimmenkauf/-verkauf als qualifizierte Form der Abgeordnetenbestechung mit höherem Strafraum in einem eigenständigen Tatbestand erfassen will.

<sup>79</sup> Vgl. zur Auslegung des § 1083 StGB n.F. insofern BT-Drucks. 18/476, S. 8.

<sup>80</sup> BT-Drucks. 18/476, S. 8.

<sup>81</sup> Ebd.

**d) Handlung im Auftrag oder auf Weisung**

Die Formulierung „im Auftrag oder auf Weisung“<sup>82</sup> ist Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG entlehnt. In der verfassungsrechtlichen Literatur besteht Einigkeit über die Tautologie dieser Wortwahl; sie diene allein der Verdeutlichung und Verstärkung der inhaltlichen Aussage.<sup>83</sup> Die Regelung beraubt jeden Versuch der Fremdbestimmung seiner rechtlichen Wirkung; dem Mandatsträger erteilte oder angesonnene Aufträge und Weisungen sind gem. § 134 BGB nichtig, wenn in ihnen allein der Versuch liegt, den Abgeordneten zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten.<sup>84</sup> Die Begriffe des Auftrags und der Weisung sind hiernach umfassend zu verstehen und zielen nicht nur auf Verträge und Abreden, mit denen die Meinung des Abgeordneten vorgeformt werden soll, sondern auch auf faktische Versuche, seine Entscheidungen zu binden.<sup>85</sup> Demnach sind die Begriffe auch in der neu gefassten Strafnorm weit auszulegen: Die anvisierte Handlung des Abgeordneten muss lediglich Folge einer Einflussnahme von außen sein. Auf einen etwaigen Rechtsbindungswillen des Bestechenden kommt es dabei nicht an. Entscheidend ist vielmehr, ob der Mandatsträger sich bereit erklärt oder sich aus dem Blickwinkel des Vorteilsgebers bereiterklären soll, sich dessen Interesse zu unterwerfen.<sup>86</sup> Eine inhaltliche Einschränkung ergibt sich aus dieser Wendung damit nicht.

**e) Als Gegenleistung**

Das Befolgen eines Vorschlags, der mit der Überzeugung des Abgeordneten übereinstimmt, ist diesem verfassungsrechtlich gerade nicht verwehrt. In § 108e StGB n.F. muss sich diese Wertung im Kausalitätserfordernis niederschlagen: Die als Gegenleistung vorgesehene Handlung des Abgeordneten muss kausal mit dem angedienten, versprochenen oder gewährten Vorteil verbunden sein. Das heißt, dass der Abgeordnete ohne den Vorteil eine andere Handlung vorgenommen hätte, die in Frage stehende Mandatswahrnehmung also gerade nicht seinem Gewissen entspricht. Auch die Gesetzesbegründung fordert insofern, dass „der Mandatsträger sich durch den Vorteil zu seiner Handlung bestimmen lässt und seine innere Überzeugung den Interessen des Vorteilsgebers unterordnet“.<sup>87</sup> Letztlich komme es darauf an, dass der Mandatsträger sein Mandat kommerzialisiere, sich „kaufen“ lasse.<sup>88</sup> Dieser Nachweis wird in der Regel schwer zu erbringen sein, womit eine erhebliche Einschränkung der

neugewonnenen Weite im Rahmen der Unrechtsvereinbarung einhergeht.

**III. Bewertung des § 108e StGB n.F. vor dem Hintergrund der UN-Konvention und der §§ 331 ff., 299 StGB**

Erfreulich ist bei diesem ersten Blick auf den neuen Tatbestand der Abgeordnetenbestechung, dass künftig neben dem gezielten Stimmenkauf und -verkauf auch alle anderen Handlungen in Wahrnehmung des Mandats erfasst werden sollen. Außerdem bezieht die neue Norm die Mandatsträger aus dem IntBestG ein und schafft somit – zumindest im StGB – einen gebotenen Gleichlauf der Strafbarkeit in – und ausländischer Mandatsträger. Um jedoch eine präzisere und kritische Einschätzung des neuen Gesetzesprojekts zu liefern, müssen die soeben aufgezeigten Tatbestandsmerkmale einer von der Gesetzesbegründung unabhängigen Analyse unterworfen und in den Kontext der Amtsträger – und Wirtschaftskorruption sowie der UN-Konvention eingebettet werden.

**1. Analyse der Besonderheiten des § 108e StGB n.F.**

**a) „Ungerechtfertigter“ Vorteil**

Als Besonderheit im geltenden Korruptionsstrafrecht sticht dabei zunächst die Beschränkung des § 108e StGB n.F. auf „ungerechtfertigte“ Vorteile ins Auge. Ziel dieser Restriktion ist es, Straffreiheit für das in Abs. 4 angeführte, gesetzlich oder durch Verwaltungsvorschriften erlaubte Verhalten eines Mandatsträgers zu garantieren<sup>89</sup> sowie die Annahme von Vorteilen zu ermöglichen, die parlamentarischen Gepflogenheiten entsprechen.

Derartige erlaubte, d.h. sozialadäquate Vorteile werden in den §§ 331 ff. und 299 StGB nach gefestigter Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum ebenfalls aus dem Tatbestand ausgenommen.<sup>90</sup> Bei der Bestimmung der Sozialadäquanz treten naturgemäß Unschärfen und dementsprechend Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung auf. Für Mandatsträger würden sich die aus einem uneingeschränkten Vorteilsbegriff entstehenden Probleme zudem verschärfen:<sup>91</sup> Dieser könnte – abhängig von der weiteren Auslegung des Tatbestandes – verfassungsrechtlich zuläs-

<sup>82</sup> Mit diesem Vorschlag auch bereits *Stünker*, in: FS Meyer (2006), S. 589, 597, 602 und der Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion in BT-Drucks. 17/8613. Die Einbeziehung eines Handelns „zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden oder eines Dritten“ schlug die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in BT-Drucks. 16/6726 und ähnlich in BT-Drucks. 17/5933 vor.

<sup>83</sup> *Klein*, in: Maunz/Dürig-GG (Fn. 53), Art. 38 Rn. 194 und *Butzer*, in: BeckOK-GG (Fn. 54), Art. 38 Rn. 94, 98 mit umfassenden Nachw.

<sup>84</sup> Statt vieler *Klein*, in: Maunz/Dürig-GG (Fn. 53), Art. 38 Rn. 194.

<sup>85</sup> *Butzer*, in: BeckOK-GG (Fn. 54), Art. 38 Rn. 98.

<sup>86</sup> BT-Drucks. 18/476, S. 8.

<sup>87</sup> Ebd., S. 5.

<sup>88</sup> Ebd., S. 7.

<sup>89</sup> Eingehender untersucht *Hartmann*, Reformmodelle (Fn. 4), S. 171 ff. die Möglichkeit, die Abgeordnetenbestechung als Blanketttatbestand unter Rekurs auf die geltenden Verhaltensregeln der jeweiligen Volksvertretung auszugestalten, lehnt dies allerdings aus Bestimmtheitsgründen ab.

<sup>90</sup> Dabei besteht Streit über die konkrete dogmatische Verankerung dieser Ausnahme: dazu exemplarisch BGHSt 33, 336, 339; *Dannecker*, in: NK-StGB (Fn. 10), § 299 Rn. 39 – jew. unter Ablehnung des Vorteils; *Kuhlen*, in: NK-StGB (Fn. 10), § 331 Rn. 63, 98 f.; *Krick*, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 299 Rn. 29 – jew. unter Verneinung der Unrechtsvereinbarung.

<sup>91</sup> Auch dazu mit umfassenden Nachw. *Hartmann*, Reformmodelle (Fn. 4), S. 140 ff., der auch auf die schwierige Abgrenzung zwischen Direkt – und Parteispenden hinweist und auch letztere bei einem uneingeschränkten Vorteilsbegriff als von der Strafbarkeit bedroht sieht.

sige Direktspenden<sup>92</sup> an Abgeordnete als korruptives Verhalten erfassen; damit würde die Unabhängigkeit des Parlamentariers von seiner Partei erheblich eingeschränkt und parteilose Mandatsträger würden benachteiligt. Auch die Bezahlung für eine nach § 44a Abs. 1 S. 2 AbgG gesetzlich zulässige Berufsausübung neben der Mandatstätigkeit würde zunächst als Vorteil von der Norm erfasst. Erneut trüfe den Rechtsanwender die Aufgabe, erlaubte Vorteile aus dem Tatbestand auszuschneiden, ohne dafür einen Anhaltspunkt im Wortlaut der Strafnorm zu finden.

Vor diesem Hintergrund ist der Versuch einer Präzisierung durch den „ungerechtfertigten“ Vorteil und dessen Definition in § 108e Abs. 4 StGB n.F. lobenswert.<sup>93</sup> Auch die Beibehaltung eines naturalistischen Vorteilsbegriffs, der erst in einem zweiten Schritt durch wertende Betrachtung normativ aufgeladen wird, vermag zu überzeugen. Ob damit jedoch eine tatsächliche Konkretisierung erfolgt ist, welche die rechtssichere Handhabung des Tatbestandes der Abgeordnetenbestechung ermöglicht, kann bezweifelt werden.<sup>94</sup> Zwar ist die ausdrückliche Ausnahme von politischen Mandaten und Funktionen sowie gesetzlich zulässigen Spenden ein Schritt in die richtige Richtung. Insbesondere die Grenzen der laut Gesetzesbegründung ebenfalls einzubeziehenden „parlamentarischen Gepflogenheiten“ bleiben allerdings unklar<sup>95</sup> und es ist zu bedauern, dass der Gesetzgeber sich insoweit – und im Hinblick auf sozialadäquate Zuwendungen<sup>96</sup> – nicht zu einer ausdrücklichen Aufnahme in die Definition des Abs. 4 durchringen konnte.<sup>97</sup>

### b) Konkrete Handlung statt allgemeiner Mandatsausübung

Begrüßenswert ist ebenfalls, dass nicht mehr allein der Stimmenkauf und -verkauf, sondern – begrifflich präzise – jede Handlung „bei der Wahrnehmung des Mandats“

tatbestandlich erfasst wird.<sup>98</sup> Damit ist die gesamte Mandatstätigkeit in die Strafnorm einbezogen, darüber hinausgehende Tätigkeiten, die in bloßem Zusammenhang mit dem Mandat ausgeübt werden,<sup>99</sup> hingegen nicht.

Jedoch beschränkt sich der Gesetzesentwurf auf eine konkrete Unrechtsvereinbarung und fordert den Tausch des Vorteils gegen eine bestimmte Handlung; die allgemeine Mandatsausübung im Interesse des Vorteilsgewährenden reicht als Gegenleistung nicht aus. Insoweit ist bedauerlich, dass eine strafrechtliche Erfassung auch dann nicht möglich ist, wenn für die vermeintliche Nebentätigkeit ein horrendes Gehalt ohne adäquate Gegenleistung an den Mandatsträger gezahlt wird und dies in der Erwartung geschieht, er werde seine Mandatsausübung im Allgemeinen – ohne Blick auf ein konkretes Verhalten – in Zukunft an den Interessen des Vorteilsgewähers orientieren.<sup>100</sup> Obwohl der Zusammenhang zwischen der jeweiligen Wahrnehmung des Mandats und dem zugewendeten Gehalt praktische Beweisprobleme nach sich zieht,<sup>101</sup> wäre eine Erweiterung des Tatbestandes auf eine derartige generelle Beeinflussung der parlamentarischen Tätigkeit – sprich: die Lockerung der Unrechtsvereinbarung in Anlehnung an die §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB durch die Anknüpfung an einen Vorteil „für die Mandatsausübung“ – doch wünschenswert.<sup>102</sup> Die grundgesetzlich verankerte alleinige Bindung des Parlamentariers an sein Gewissen wird strafrechtlich nur dann hinreichend abgesichert, wenn die Beeinflussung auch der allgemeinen Ausrichtung der Mandatstätigkeit unter Strafe gestellt wird. Denn im Gegensatz zu wirtschaftlichen Vorgängen i.S.d. § 299 StGB, die vom Austausch von Vorteilen leben, soll der Mandatsträger diese gerade nicht bei seiner parlamentarischen Tätigkeit berücksichtigen.

Mit der Öffnung des Tatbestandes des § 108e StGB für die gesamte Mandatsausübung würde, bei Orientierung an der Auslegung im Amtsträgerkorruptionsstrafrecht, jedoch auch die nachträgliche Gewährung von „Dankeschön-Spenden“ erfasst.<sup>103</sup> Vorteile dürfen aber im parlamentarischen Kontext nur dann strafrechtlich relevant werden, wenn sie Einfluss auf die weitere Mandatsausübung des Abgeordneten zeitigen können; denn nur in diesem Fall stellen sie Zuwendungen dar, die für die

<sup>92</sup> Diese steht selbst bei Kritikern von Direktspenden nicht in Frage, s. dazu nur v. Arnim DÖV 2007, 897, 906.

<sup>93</sup> Ähnlich Hartmann, Reformmodelle (Fn. 4), S. 147 („ungerechtfertigte, unbillige Vorteile“); Stünker, in: FS Meyer (2006), S. 589, 604 („unbillige“ Vorteile); Möhrenschrager, in: FS Weber (2004), S. 217, 232.

<sup>94</sup> Ähnliche Zweifel an der Rechtssicherheit bei Verwendung der Begriffe des „rechtswidrigen“ Vorteils, der „verwerflichen“ Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung und der „parlamentarischen Gepflogenheiten“ in den verschiedenen Gesetzesentwürfen äußert Hoven ZIS 2013, 33, 43.

<sup>95</sup> Bei der Bestechung ausländischer Mandatsträger stellt sich darüber hinaus die Frage, ob parlamentarische Gepflogenheiten und Sozialadäquanz landesspezifisch oder anhand deutscher Maßstäbe auszulegen sind.

<sup>96</sup> Die Aufnahme eines entsprechend einschränkenden, allgemeinen Merkmals in den Tatbestand hält Hartmann, Reformmodelle (Fn. 4), S. 160 aufgrund dessen zwingender Unbestimmtheit für „nicht vollständig überzeugen[d]“.

<sup>97</sup> Der Vorschlag von Hoven ZIS 2013, 33, 43, eine den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB nachempfundene Genehmigungsmöglichkeit durch die Bundestagsverwaltung einzuführen, überzeugt hingegen vor dem Hintergrund des freien Mandats und der fehlenden Eingliederung in eine hierarchische Behördenstruktur nicht.

<sup>98</sup> So auch Stünker, in: FS Meyer (2006), S. 589, 602. Kritisch äußert sich diesbezüglich bspw. Epp, Abgeordnetenbestechung (Fn. 41), S. 280 ff.

<sup>99</sup> Eine solche Formulierung hatte die Fraktion DIE LINKE in BT-Drucks. 16/8979 und 17/1412 gefordert. Eine entsprechende Änderung („im Zusammenhang mit der Dienstausbübung“) wurde auch vor der Lockerung der Unrechtsvereinbarung in den §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB diskutiert (s. BR-Drucks. 298/95, Art. 1 und BT-Drucks. 13/3353, S. 5 ff.), aber von der Bundesregierung als zu weitgreifend abgelehnt (BT-Drucks. 13/6424, S. 13).

<sup>100</sup> Vgl. auch Schenk, Rechtsfragen (Fn. 9), S. 32: „übermäßig dotierte Nebentätigkeit“ als „korumpierende Gegenleistung im Sinne des § 108e StGB“.

<sup>101</sup> S. auch Hartmann, Reformmodelle (Fn. 4), S. 152 f.

<sup>102</sup> So bspw. Schenk, Rechtsfragen (Fn. 9), S. 12; a.A. Hartmann, Reformmodelle (Fn. 4), S. 157; Stünker, in: FS Meyer (2006), S. 589, 600 f.

<sup>103</sup> S. zur entsprechenden Auslegung bei den §§ 331 ff. nur Heine, in: Schönke/Schröder-StGB (Fn. 10), § 331 Rn. 7 m.w.N.

Ausrichtung der parlamentarischen Tätigkeit entgegen der eigenen Überzeugung in Aussicht gestellt oder gewährt werden können. Insofern sollte die Norm auch im Falle einer Erweiterung auf die Beeinflussung künftiger Mandatsausübung beschränkt bleiben.<sup>104</sup>

### c) Handlung im Auftrag oder auf Weisung

Mit der tatbestandlichen Beschränkung auf ein Handeln des Abgeordneten „im Auftrag oder auf Weisung“ des Vorteilsgebers sollen diejenigen Konstellationen aus dem Bereich der Strafbarkeit enthoben werden, in denen dem Mandatsträger Vorteile für eine seinem Gewissen und seiner inneren Überzeugung entsprechende Mandatsausübung zugewandt werden.<sup>105</sup> Diese Fälle könnten jedoch – wie sogleich aufgezeigt wird – ebenso über das Erfordernis der Kausalität zwischen Vorteil und Mandatsausübung gelöst werden.<sup>106</sup> Der gewählten Einschränkung bedarf es dazu nicht; der Ausdehnung des strafrechtlichen Schutzes ist sie eher abträglich.

### d) Kausalitätserfordernis – „als Gegenleistung“

Vielfach werden Bedenken hinsichtlich einer Lockerung der Unrechtsvereinbarung bei der Abgeordnetenkorruption geäußert. So zweifelt etwa *Hartmann* daran, ob mit einer gelockerten Unrechtsvereinbarung „stark genug zur Geltung käme, dass der Mandatsträger interessenorientiert entscheiden und zur Unterstützung seiner politischen Arbeit oder seiner Partei auch gewisse Vorteile [...] annehmen darf, solange er seine Aufgaben vorfunde einer freien Gewissensentscheidung wahrnimmt“.<sup>107</sup> Diesen Bedenken kann mit der Ernstnahme des sich im Merkmal der „Gegenleistung“ widerspiegelnden Kausalitätserfordernisses begegnet werden. Denn gerade die Abweichung von einer durch das freie Mandat verbürgten Entscheidung nach Maßgabe des Gewissens lässt die Tätigkeit des Abgeordneten zur Gegenleistung für den Vorteil werden. Das für die Annahme einer Korruptionsstrafbarkeit unabdingbare „*do ut des*“ besteht nämlich dann nicht, wenn der Mandatsträger auch ohne die Zuwendung aufgrund seiner inneren Überzeugung sein Mandat auf dieselbe

Weise ausgeübt hätte.<sup>108</sup> Der Nachweis, dass gerade der Vorteil den Abgeordneten zu seiner Entscheidung bewogen hat und dass diese nicht von seinem Gewissen getragen wird, wird zwar nur überaus schwer zu erbringen sein – jedoch ähneln die Schwierigkeiten hier den Beweisschwierigkeiten hinsichtlich einer konkret in Aussicht gestellten Handlung. Auf diese Weise kann die gesamte Mandatsausübung als potentielle Gegenleistung für einen ungerechtfertigten Vorteil in den Tatbestand einbezogen werden, ohne dabei die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundsatzes des freien Mandats zu übergehen. Zur einfacheren Bestimmung des Austauschverhältnisses liegt es nahe, sich der in Sachen „EnBW“<sup>109</sup> vom BGH entwickelten Kriterien zu bedienen; insbesondere Transparenz<sup>110</sup> kann, wenngleich allein als Indiz, zur Orientierung dienen.<sup>111</sup> Ein solcher Ansatz sollte vor dem Hintergrund des Rechtsguts der Abgeordnetenbestechung – und gegebenenfalls mit entsprechenden Anpassungen – weiterverfolgt werden.

### e) Zusammenspiel mit Art. 2 § 2 IntBestG

§ 108e Abs. 3 Nr. 4 und 5 StGB n.F. beziehen auch diejenigen Abgeordneten in den neu gefassten Tatbestand ein, deren Bestechung zusätzlich in Art. 2 § 2 IntBestG geregelt ist. Dies erkennen die Entwurfsverfasser und begründen die nunmehr doppelte Erfassung ausländischer Abgeordneter und der Mitgliedern einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation mit den Vorgaben des OECD-Übereinkommens und den „Besonderheiten der Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr“, auf den der Anwendungsbereich der Norm im IntBestG beschränkt ist.<sup>112</sup>

Dies vermag nicht recht zu überzeugen.<sup>113</sup> So weicht zum einen die UN-Konvention in ihren Vorgaben lediglich an einer Stelle von § 108e StGB n.F. ab: Beim Vorteilsgeber wird die Absicht vorausgesetzt, „im internationalen Geschäftsverkehr einen Auftrag oder einen sonstigen unbilligen Vorteil zu erlangen oder zu behalten“. Diese schränkt den Anwendungsbereich der eingeforderten Maßnahmen jedoch ein; § 108e StGB n.F. erfasst auch darüber hinausgehende Fälle ohne entsprechende Absichten. Zum anderen – und allein hier können Zweifel an der Umsetzung der Vorgaben aufkommen – erfasst die OECD-Konvention, auf der das IntBestG beruht, als Gegenleistung für den Vorteil jede Handlung oder Unterlassung des Mandatsträgers „in Zusammenhang mit der

<sup>104</sup> Ähnlich wohl *Stünker*, in: FS Meyer (2006), S. 589, 601, der nicht ganz präzise von „nachträglichem Belohnen“ spricht, ein solches aber nur dann annehmen will, „wenn der Vorteil vor der Handlung in Wahrnehmung des Mandats versprochen, angeboten oder gefordert und erst nach der Vornahme der Handlung gewährt oder angenommen wird“; a.A. jüngst *Hellmann* Ad Legendum 2014, 16, 18; *van Aaken* ZaöRV 65 (2005), 407, 427; *Schnell* ZRP 2011, 4, 7; *Transparency International e.V.* Eckpunkte zur Anpassung des § 108e StGB, abrufbar unter [http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Politik/Eckpunktepapier\\_Abgeordnetenbestechung\\_08-03-11.pdf](http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Politik/Eckpunktepapier_Abgeordnetenbestechung_08-03-11.pdf), zuletzt abgerufen am 18. Mai 2014.

<sup>105</sup> Dazu ebenfalls *Stünker*, in: FS Meyer (2006), S. 597, 602, die Begründung des Gesetzesentwurfs der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 16/6727, S. 4 sowie *Hartmann*, Reformmodelle (Fn. 4), S. 161.

<sup>106</sup> *Hartmann*, Reformmodelle (Fn. 4), S. 163 sieht die Schwäche dieser Formulierung hingegen darin, dass sie lediglich Sachverhalte erfasse, „bei denen der Impuls für den Bestechungsvorgang vom Vorteilsgeber ausgeht“; die Gesetzesbegründung zum aktuellen Entwurf sieht dies explizit anders (BT-Drucks. 18/476, S. 8).

<sup>107</sup> *Hartmann*, Reformmodelle (Fn. 4), S. 153.

<sup>108</sup> Die Fraktion DIE LINKE sah in BT-Drucks. 17/1412 die Begrenzung auf solche Vereinbarungen vor, die der aus dem Mandat folgenden Stellung widersprechen. Zielt eine Vereinbarung auf eine nicht dem Gewissen des Mandatsträgers entsprechende Entscheidung ab, so widerspricht sie auch seiner Stellung.

<sup>109</sup> BGHSt 53, 6 = HRRS 2008 Nr. 896.

<sup>110</sup> Ähnlich im Ansatz *van Aaken* ZaöRV 65 (2005), 407, 430 ff.

<sup>111</sup> Zu solchen einem prozeduralen Ansatz zur Bestimmung der Grenzen des Erlaubten im Wirtschaftsstrafrecht *Francuski*, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 5 D. (im Erscheinen).

<sup>112</sup> BT-Drucks. 18/476, S. 6.

<sup>113</sup> Eine Harmonisierung der Vorschriften fordern etwa *Müller*, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 108e Rn. 8; *Möhrenschlager*, in: FS Weber (2004), S. 217, 228; *Zieschang* NJW 1999, 105, 107; *Wolf* NJW 2006, 2735, 2737.

Ausübung“ seines Mandats. Dieser weit gefasste Wortlaut könnte auf den ersten Blick die Einbeziehung von Tätigkeiten auch außerhalb des Mandats erfordern. Laut Art. 1 Abs. 4 lit. c des OECD-Übereinkommens soll damit „jede Nutzung der Stellung [...] innerhalb oder außerhalb eines ihm übertragenen Zuständigkeitsbereichs“ erfasst werden. Mit dieser weiten Formulierung wird lediglich klargestellt, dass das Ausnutzen der formellen (Abgeordneten-)Stellung vollumfänglich in den strafbaren Bereich einzubeziehen ist. Es soll für eine Strafbarkeit nicht etwa auf die Einhaltung von Kompetenzregeln ankommen. Dies kann mit der hier vorgeschlagenen Erfassung der Mandatsausübung im Allgemeinen ohne weiteres erreicht werden, sodass eine Streichung des Art. 2 § 2 IntBestG angezeigt erscheint.

### 2. Umsetzung der internationalen Vorgaben

Aktueller Änderungsbedarf ergab sich im Hinblick auf die von Deutschland unterzeichneten internationalen Übereinkommen allein aus der UN-Konvention. Dabei mussten insbesondere immaterielle und Dritt Vorteile bei der Regelung der Abgeordnetenbestechung erfasst werden; diesen Forderungen ist der deutsche Gesetzgeber mit § 108e StGB n.F. nachgekommen. In Hinblick auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in Ausübung der Dienstpflichten ist dies ebenfalls anzunehmen, obwohl der deutsche Wortlaut, der ein Tätigwerden „im Auftrag oder auf Weisung“ fordert, zunächst eine Einschränkung im Vergleich zu den Vorgaben des Übereinkommens nahelegt. Wie aufgezeigt, soll damit lediglich die Freiheit des Mandats unterstrichen werden; von der Norm erfasst wird jegliche Form der Einflussnahme von außen, mit der der Mandatsträger zu einer von seinen eigenen Überzeugungen abweichenden Handlung veranlasst werden soll. Den Anforderungen der UN-Konvention hält § 108e StGB n.F. damit stand.

## D. Zusammenfassung: Ergänzende Änderungsvorschläge

Der Gesetzgeber befindet sich also mit der Neufassung des § 108e StGB auf dem richtigen Weg: Er behält die

Sonderregelung für die Abgeordnetenbestechung bei<sup>114</sup> und erweitert den Bereich der Strafbarkeit. Nach eingehender Analyse des neuen Tatbestands sollen – in einem letzten Schritt – die Ergebnisse zusammengefasst und dabei einige Änderungsvorschläge in die Diskussion eingebracht werden:

- § 108e StGB n.F. sollte nicht lediglich die Vornahme oder das Unterlassen bestimmter Handlungen bei der Wahrnehmung des Mandats, sondern die Mandatsausübung im Allgemeinen erfassen. Um die grundgesetzlich garantierte Freiheit des Mandats zu gewährleisten reicht es dabei aus, den Tatbestand auf die künftige Mandatsausübung zu beschränken („als Gegenleistung für die künftige Mandatsausübung“) und das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen Vorteil und Mandatsausübung ernst zu nehmen.
- Vorteile, die parlamentarischen Gepflogenheiten entsprechen oder allgemein sozialadäquat sind, sollten in Abs. 4 ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden.
- Die Einschränkung „im Auftrag oder auf Weisung“ sollte – ebenso wie Art. 2 § 2 IntBestG – gestrichen werden.

<sup>114</sup> Eine vollständige Neukonzeption orientiert an Art. 357 Abs. 1 des italienischen Codice Penale („pubblico ufficiale“), Art. 84 Abs. 1 des niederländischen Wetboek von Strafrecht („ambtenare“), § 201 (a) (1) des U.S.-Code („public official“) sowie der OECD-Konvention, die alleamt Abgeordnete in den Amtsträgerbegriff einbeziehen, kommt in Deutschland aus den bereits angeführten Gründen nicht in Betracht. Eine Ausdehnung der §§ 331 ff. StGB auf Abgeordnete und damit die Gleichsetzung von Amtsträger – und Abgeordnetenkorruption, wie sie beispielsweise im französischen Recht erfolgt ist (Art. 432-11 ff. bzw. 433-1 Nouveau Code Pénal), ist vor diesem Hintergrund ebenfalls nicht empfehlenswert. Ein rechtsvergleichender Überblick findet sich bei *Schenk*, Rechtsfragen (Fn. 9), S. 23 ff.; *Möhrenschlager*, in: FS Weber (2006pp4), S. 217, 223 ff.; *van Aaken ZaöRV* 65 (2005), 407, 413 ff.



# Widersprüchliche Tendenz in der Rechtsprechung des BGH zu § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Von Privatdozent und Rechtsanwalt Dr. Joachim Kretschmer, FU Berlin

Die PKS 2012 weist 21.571 Fälle der Brandstiftung auf. Die Mehrzahl der Fälle, und zwar 9.908, sind Fälle des § 306 StGB, während die schwere Brandstiftung nach § 306a StGB 2.879 Fälle aufweist. Jede Widersprüchlichkeit in der Rechtsanwendung durch die Strafrechtspflege bewirkt Unsicherheit und mindert das Vertrauen der Gesellschaft in die Rechtsordnung. Ein Beispiel für solche Widersprüchlichkeit zeigt der BGH im Brandstiftungsunrecht in der Anwendung des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB.

## I. Widersprüchliches Verständnis in § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB bei gemischt genutzten Gebäuden

*„Das Inbrandsetzen eines Gebäudes ist nur dann vollendet, wenn Teile des Gebäudes, die für dessen Gebrauch bestimmend sind, so vom Feuer erfasst sind, dass ein Fortbrennen aus eigener Kraft möglich ist. ... Das Landgericht ist zwar zu Recht davon ausgegangen, dass der Tatbestand des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB bei einem gemischt genutzten Gebäude auch dadurch erfüllt werden kann, dass nur der nicht zu Wohnzwecken dienende Teil in Brand gesetzt wird, wenn dieser zu einem einheitlichen Gebäude gehört, das auch bewohnte Räume enthält. ... Zur näheren baulichen Beschaffenheit, insbesondere der Verbindung beider Baukörper und einer etwaigen Brandmauer, die unter Umständen das Übergreifen eines Feuers vom Anbau auf das bewohnte benachbarte Gebäude unmöglich gemacht hätte, ist den Urteilsgründen jedoch nichts zu entnehmen. Die Rechtsprechung hat angenommen, dass bei Anbauten ein einheitliches Gebäude etwa bei einem gemeinsamen Treppenhaus, einem gemeinsamen Flur oder ineinander übergehenden Räumen (mit Verbindungstüren und Maueröffnungen) angenommen werden kann.“*

Es ging in diesem Fall um das Inbrandsetzen einer Gaststätte, die sich in einem Anbau an einem Gebäudekomplex mit mehreren Wohnungen befand. Das Dach des Anbaus war die Terrasse des benachbarten Gebäudes und die Räumlichkeiten des Anbaus reichten in das benachbarte Gebäude hinein. Der BGH<sup>1</sup> lehnte ein vollendetes Inbrandsetzen ab, weil die mit der Wand verdübelte Spanplatte, die allein vom Feuer ergriffen war, kein für den Gebrauch des Gebäudes bestimmendes Teil war. Die Spanplatte entsprach eher einem Einrichtungsgegenstand.

<sup>1</sup> BGH BeckRS 2001, 30224485.

*„Aus dem auf das Wohnen bezogenen Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB folgt, dass die Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens eines Wohngebäudes bei einer Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils als Wohnung genutzten Gebäude erst dann verwirklicht ist, wenn (zumindest) ein zum selbständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Allein der Umstand, dass das Feuer auf zu Wohnzwecken genutzte Teile des Gebäudes hätte übergreifen können, vermag die Annahme einer vollendeten schweren Brandstiftung gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht zu begründen.“*

Es ging in diesem Fall um das teilweise Zerstören durch Brandlegung eines Sonnenstudios, das sich mit anderen Geschäftslokalen im Erdgeschoss eines Gebäudes befand, in dessen Obergeschoss sich fünf Wohnungen befanden. Das Feuer, das Gebäudeteile nicht erfasste – daher kein vollendetes Inbrandsetzen –, führte dazu, dass Einrichtungen des Sonnenstudios verrußt und verkohlt und teilweise durch die Hitze einwirkung zerstört waren. Das Sonnenstudio war bis zu dessen Instandsetzung nicht nutzbar. Hätte sich aus der Brandlegung ein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwartender Vollbrand entwickelt, wäre mit einem Übergreifen des Feuers auf das Obergeschoss und einer Gefährdung der Bewohner zu rechnen gewesen. Der BGH<sup>2</sup> betont deutlich, dass der Umstand, dass das Feuer auf zu Wohnzwecken genutzte Teile des Gebäudes hätte übergreifen können, nichts am fehlenden Eintritt des in § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB tatbestandlich vorausgesetzten Erfolgs ändert. Bei einem gemischt genutzten Gebäude erfordert nach Ansicht des BGH die Teilerstörung, das sich diese auf eine zum Wohnen bestimmte abgeschlossene Untereinheit bezieht.

In diesen beiden Entscheidungen des BGH werden die Probleme und Rechtsfragen und deren widersprüchliche Lösung anschaulich. Der BGH legt das Inbrandsetzen eines gemischt genutzten Gebäudes anders aus als das teilweise Zerstören durch Brandlegung. Bei einem gemischt genutzten Gebäude genügt es dem BGH für eine vollendete schwere Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn der gewerblich genutzte Gebäudeteil in Brand gesetzt ist und ein Übergreifen des Feuers auf den Wohnteil nicht ausgeschlossen ist. Entscheidend ist die abstrakte Gefahrenkomponente. Dagegen genügt es dem BGH für das teilweise Zerstören durch Brandlegung als Tatbestandsvariante nicht, wenn sich die Teilerstörung

<sup>2</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 667 = NStZ 2012, 214.

nur auf den gewerblich genutzten Gebäudeteil bezieht und ein Übergreifen des Feuers auf den Wohnteil nicht ausgeschlossen ist. In dieser Tatbestandsvariante verlangt der BGH für die Vollendung des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, dass zumindest ein zum selbständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Entscheidend ist die Schädigungskomponente. Der Unterschied wird deutlich, wenn man im „Sonnenstudio-Fall“ annimmt, dass das Feuer im Sonnenstudio tragende Wände und die Decke erfasst hätte. Dann wären bestimmende Teile des Gebäudes selbständig vom Feuer ergriffen und ein Übergreifen auf den Wohnteil wäre nicht ausgeschlossen. Der BGH würde jetzt eine Tatvollendung des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB bejahen, weil bei gemischt genutzten Gebäuden das Inbrandsetzen des gewerblich genutzten Teils genügt, wenn eine Ausdehnung des Feuers auf den Wohnteil nicht ausgeschlossen ist. Überzeugt diese unterschiedliche Auslegung? Was sind die Gründe?

## II. Begründung des BGH

Im „Sonnenstudio-Fall“ begründet der BGH<sup>3</sup> seine Auslegung mit dem Schutzobjekt des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Schutzobjekt des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB sei jede Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen diene. Geschützt sei die Wohnstätte des Menschen als der örtliche Mittelpunkt menschlichen Lebens. Daher verlangt der BGH die teilweise Zerstörung durch Brandlegung eines Wohnteils. Bei der Tatbestandsvariante des Inbrandsetzens verlangt er gerade nicht, dass der Wohnteil in Brand gesetzt ist. In beiden Sachverhaltsvarianten war ein Umstand gleich: Es war nicht auszuschließen, dass sich das Feuer, wenn es sich zu einem Vollbrand entwickelte, vom Gewerbeteil auf den Wohnteil ausbreitet. Der entscheidende Umstand für die Rechtsprechung ist nun, ob es wenigstens zu einem Inbrandsetzen des Gewerbeteils kommt: Vollendung des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, oder ob sich ein selbständiger Brand nicht entwickelt und der Gewerbeteil durch Brandlegung teilweise zerstört wird: keine Vollendung des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, sondern nur Versuch. Aber: Die Gefahr, die sich für den Wohnteil ergibt, ist doch die gleiche, oder?

„Nein“, sagt der BGH<sup>4</sup> in einem anderen Fall: In einem im Erdgeschoss eines Gebäudes betriebenen Imbisslokal wurde an mehreren Stellen Feuer gelegt. Der Brand zerstörte das Inventar fast vollständig, wurde aber von der Feuerwehr gelöscht, bevor das Feuer Gebäudeteile so erfasste, dass sie selbständig weiter brennen konnten. Brandschäden, Rußablagerungen und Löschwasser machten die Räume des Lokals unbenutzbar. Wäre das Feuer später entdeckt worden, hätte es sich durch den Abluftschacht der Dunsthaube auf das gesamte Gebäude und auch auf die im zweiten Obergeschoss gelegenen Wohnungen ausbreiten können. Der BGH fragt in diesem „Imbiss-Fall“ zutreffend vorrangig nach der Tatbestandsvariante des Inbrandsetzens. Das ist in der Rechtspraxis und in der Prüfung jedem zu empfehlen. Der BGH: „*Alldings genügt es für ein vollendetes Inbrandsetzen nach § 306a*

<sup>3</sup> Ebenso BGH HRRS 2012 Nr. 147 = NStZ-RR 2012, 309.

<sup>4</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 156 = ZIS 2010, 445.

*Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude nur solche Gebäudeteile selbständig brennen, die für die gewerbliche Nutzung wesentlich sind, aber nicht auszuschließen ist, dass das Feuer auf Gebäudeteile übergreift, die für das Wohnen wesentlich sind. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB stellt als abstraktes Gefährdungsdelikt ein Handeln unter Strafe, das typischerweise das Leben von Personen gefährdet, die sich in einem Gebäude aufhalten; eine solche Gefahr besteht bereits dann, wenn „das Gebäude“ brennt und der Brand sich ausweiten kann.“* Oder: Ein gemischt genutztes Gebäude brennt, wenn bereits der gewerbliche Teil brennt. Nach dem BGH ist das aber anders, wenn es durch die Brandlegung allein zu einer ganzen oder teilweisen Zerstörung dieser Räume kommt. Das führt auch dann nicht zu einer vollendeten schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, „wenn die Gefahr bestand, dass das Feuer auf den Wohnzwecken dienenden Teil des Gebäudes übergreift. Eine (teilweise) Zerstörung kann auf vielfältigen durch die Brandstiftung ausgelösten Umständen beruhen, etwa wie hier auf einer Rußentwicklung oder auf die Einwirkung von Löschwasser. Sie ist deshalb, wenn sie die gewerblichen Räume betrifft, nicht typischerweise mit einer Gefährdung der Personen verbunden, die sich in dem zu Wohnzwecken genutzten Gebäudeteil aufhalten. Auf diesen Gebäudeteil bezogen liegt der Sachverhalt nicht anders als bei einer Brandlegung, deren Erfolg ausgeblieben ist.“ Oder: Ein gemischt genutztes Gebäude ist durch Brandlegung im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB erst dann teilweise zerstört, wenn zumindest ein Wohnteil teilweise zerstört ist.

Stellen wir uns die Situation vor: Der Täter gießt Benzin in einem Imbiss-Lokal aus und lässt den mitgebrachten 5-Literkannister zurück. Er zündet mehrere Brandherde an. Das Inventar verbrennt, es entwickeln sich Ruß, Qualm und Gase. Glutnester entstehen. Die Brandgefahr ist unberechenbar. Zum Glück kommt die Feuerwehr rechtzeitig, bevor sich ein Vollbrand im Imbiss entwickelt, der sich auf das Obergeschoss mit den Wohnungen ausbreiten konnte. Und das soll nicht gefährlich sein für die Bewohner? Oftmals ist es nur ein Zufall, ob sich ein Vollbrand entwickelt oder alles gut geht. Wenn der BGH sagt, dass eine abstrakte Gefahr im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB entsteht, wenn „das Gebäude“ brennt und der Brand sich ausweiten kann, muss man dann nicht folgerichtig auch sagen, dass eine solche abstrakte Gefahr besteht, wenn „das Gebäude“ teilweise durch Brandlegung zerstört ist und der Brand sich entwickeln und ausweiten kann?

## III. Widerlegung des BGH

§ 306a Abs. 1 StGB ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt.<sup>5</sup> Es bedarf daher für die Anwendung der Norm keiner konkreten Gefahr. „Du sollst nicht brandstiften“, ist der Normbefehl, egal wie brandgefährlich das im Einzelfall ist. Die Weite des Normbefehls, die im Charakter des abstrakten Gefährdungsdelikts angelegt ist, wird durch die enge Auswahl der Tatobjekte beschränkt. Und damit ist § 306a Abs. 1 StGB das Grunddelikt der Brandstif-

<sup>5</sup> So BGH HRRS 2011 Nr. 354 = StraFo 2011, 194; BeckOK/Norouzi, StGB (Stand: 22.7.2013), § 306a Rn 4; Koranyi JA 2014, 241, 247; MüKo-StGB/Radtke, StGB, 2. Aufl. (2014), § 306a Rn 3; Piel StV 2012, 502; Rengier Strafrecht BT II, 14. Aufl. (2013), § 40 Rn 2.

tungsdelikte.<sup>6</sup> Die Qualifikationen der §§ 306b und 306c StGB knüpfen an den Grundtatbestand des § 306a StGB an. Dagegen handelt es sich bei § 306 StGB meines Erachtens um eine qualifizierte<sup>7</sup> – gegenüber §§ 303, 305 StGB – Sachbeschädigung, da die Norm im Gegensatz zu den typischen Brandstiftungsdelikten ein fremdes Tatobjekt erfordert. Der typischen Brandgefahr ist die Eigentumslage an sich egal. Wer dagegen in § 306 StGB auch das erhebliche Gefahrenmoment betont, sieht das anders.<sup>8</sup> Der BGH<sup>9</sup> versteht § 306 StGB als Grundtatbestand. Der Streit zeigt sich im Konkurrenzverhältnis: Tateinheit zwischen § 306 und § 306a Abs. 1 StGB oder verdrängt § 306a Abs. 1 StGB den § 306 StGB? Mein Ergebnis ist klar: Tateinheit.<sup>10</sup>

Diese Rechtsnatur führt zu einer frühen Vollendung der Tathandlung des Inbrandsetzens. Ein Gebäude ist in Brand gesetzt, wenn zumindest Teile des Gebäudes, die für dessen bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentlich sind, so vom Feuer erfasst werden, dass das Feuer aus eigener Kraft fortbrennen kann.<sup>11</sup> Als Beispiele mögen die Flurtreppe, eine Wohnungstür, der Zimmerfußboden oder ein Fensterrahmen gelten, ebenso die Zimmerwand, nicht aber die Tapete.<sup>12</sup> Bei gemischt genutzten Gebäuden ist die Tathandlung des Inbrandsetzens bereits vollendet, wenn ein Gebäudeteil in Brand gesetzt ist, der nicht zur Wohnung von Menschen dient, sofern sich das Feuer auf Grund der baulichen Beschaffenheit jedoch in den Wohnteil ausbreiten kann.<sup>13</sup> Es genügt ein teilweises Inbrandsetzen. Und das, obwohl der Wortlaut der Norm das so nicht sagt. Der Grund für diese weite Auslegung ist die Rechtsnatur des § 306a Abs. 1 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt. Daher gibt es im Brandstiftungsunrecht auch die tätige Reue (§ 306e StGB).

Die Tatbestandsvariante der Brandlegung ist schwieriger zu bestimmen. Diese Variante wurde 1998 mit dem 6. StrRG in die Brandstiftungsdelikte eingefügt. Grund war, dass bei gefährlichen Brandstiftungen infolge der zunehmenden Verwendung von feuerbeständigen Baustoffen und Bauteilen wesentliche Gebäudeteile gar nicht mehr in Brand geraten. Die vom Feuer ausgehende Ruß-, Gas-, Rauchentwicklung und die Hitze können aber ver-

gleichbare Schadensfolgen und Gefahren für die Menschen haben. Ebenso kann der vom Täter verwendete Brennstoff explodieren. Daher gilt als Brandlegung jede Handlung, die auf das Verursachen eines Brandes gerichtet ist.<sup>14</sup> Der Wortlaut der Norm ist deutlich, wenn er eine Zerstörung „ganz oder teilweise“ genügen lässt. Und in den obigen Fällen des Sonnenstudios und des Imbisslokals sind die gewerblichen Gebäudeteile bei dem gemischt genutzten Gebäude als Tatobjekt des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB teilweise zerstört, da der bestimmungsgemäße Gebrauch für einige Dauer nicht möglich ist. Wenn man auch einheitliche Gebäude, die teilweise zu Wohnzwecken und teilweise zu Gewerbezwecken genutzt werden, unter das Tatobjekt des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB subsumiert und so macht es die Rechtsprechung, ist es vom Wortlaut der Norm ohne weiteres eine teilweise Zerstörung des gemischt genutzten Gebäudes als einheitliches Gebäude, wenn allein der Gewerbeteil teilweise zerstört ist.<sup>15</sup> Wenn der BGH<sup>16</sup> im „Sonnenstudio-Fall“ eine teilweise Zerstörung eines Wohn- und Geschäftsgebäudes dagegen nur bejahen will, „wenn (zumindest) ein zum selbständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist“, ist das inkonsequent, wenn man ein gemischt genutztes Wohn- und Geschäftsgebäude als Ganzes als ein Gebäude, das der Wohnung von Menschen dient, unter § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB subsumiert. Geschützt ist das Gesamtgebäude in seiner wohnlichen und gewerblichen Benutzung.<sup>17</sup>

Und die abstrakte Gefahr, die § 306a Abs. 1 StGB, bekämpfen will, ist doch auch gegeben. Das sieht eigentlich auch der BGH.<sup>18</sup> Selbst wenn die Gefahr bestehe, dass das Feuer auf den Wohnzwecken dienenden Teil des Gebäudes übergreife, führe das nicht zu einer vollendeten schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn allein der gewerbliche Gebäudeteil durch die Brandlegung zerstört sei. Aber diese abstrakte Gefahr für den Wohnteil will § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB doch gerade bekämpfen. Die Gefahrenkomponente ist entscheidend. Durch die Tatbestandsvariante der Brandlegung sollen die Fälle erfasst werden, in denen die zerstörende oder gefährdende Wirkung des Tatmittels eingetreten ist, ohne dass es zum Brand des jeweiligen Tatobjekts kam.<sup>19</sup> Typisch sind demnach Verpuffungen des verwendeten Brandbeschleunigers sowie Rußablagerungen und Schäden durch das Löschwasser. Diese Umstände sind durch die gesetzgeberische Entscheidung, das Inbrandsetzen und das Zerstören durch Brandlegung als gleichwertige Tatbestandsvarianten zu erfassen, als abstrakt gefährlich für Leib und Leben von Menschen angesehen.<sup>20</sup> Es kann das Feuer sein, das abstrakt gefährlich für die Bewohner ist, diese abstrakte Gefahr kann sich auch durch Ruß- und Rauchentwicklung, Verpuffungen oder Explosionen ergeben. Es wird darauf hingewiesen, dass es typischer-

<sup>6</sup> So Fischer, StGB 61. Aufl. (2014), § 306 Rn 1 und § 306a Rn 1; Sch./Sch./Heine/Bosch, StGB, 29. Aufl. (2014), § 306a Rn 1.

<sup>7</sup> So auch Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. (2011), § 306 Rn 1; Piel StV 2012, 502.

<sup>8</sup> So AnwK-StGB/Börner, StGB (2011), § 306 Rn 1; Kraatz JuS 2012, 691; zur Gemeingefährlichkeit des § 306 StGB siehe Kleszczewski HRRS 2013, 465.

<sup>9</sup> BGH NJW 2001, 765; zustimmend Hagemeyer/Radtke NStZ 2008, 198, 207.

<sup>10</sup> So auch Sch./Sch./Heine/Bosch (Fn. 6), § 306 Rn 24; für Verdrängung: BGH NJW 2001, 765; AnwK-StGB/Börner (Fn. 8), § 306 Rn 53; Kleszczewski HRRS 2013, 465, 472.

<sup>11</sup> Siehe BGH HRRS 2012 Nr. 147 = NStZ-RR 2012, 309; BGH HRRS 2009 Nr. 688 = NStZ 2010, 151; BGH NStZ 1981, 220; Jahn JuS 2007, 484; Rengier (Fn. 5), § 40 Rn 7; Satzger JK 2/2013 StGB § 306a/18.

<sup>12</sup> Siehe BGH NStZ 1981, 220.

<sup>13</sup> So BGH HRRS 2012 Nr. 147 = NStZ-RR 2012, 309; BGH HRRS 2007 Nr. 111 = StV 2007, 299; Fischer (Fn. 6), § 306a Rn 5a; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 7), § 306a Rn 2; Rengier (Fn. 5), § 40 Rn 25; Satzger JK 2/2013 StGB § 306a/18.

<sup>14</sup> Siehe Rengier (Fn. 5) § 40 Rn 15; SSW/Wolters, StGB (2009), § 306 Rn 15.

<sup>15</sup> So Bachmann/Goeck ZIS 2010, 445.

<sup>16</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 667 = NStZ 2012, 214; ebenso BGH HRRS 2012 Nr. 147 = NStZ-RR 2012, 309.

<sup>17</sup> So Piel StV 2012, 502, 508.

<sup>18</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 156 = ZIS 2010, 445.

<sup>19</sup> Siehe Bachmann/Goeck ZIS 2010, 445; Piel StV 2012, 502, 506.

<sup>20</sup> So Bachmann/Goeck ZIS 2010, 445.

weise die durch Schwelbrand entstehenden Gase Kohlenmonoxid und Kohlendioxid sind, die zu Personenschäden führen.<sup>21</sup> Die Gefahren für die Bewohner von Wohnungen im Obergeschoss sind die gleichen, ob nun in einem reinen Wohngebäude die Wohnung im Erdgeschoss in Brand gesetzt wird oder durch Brandlegung teilweise zerstört wird oder ob es sich im Erdgeschoss um ein Sonnenstudio oder Imbisslokal handelt.

Eine einheitliche Auslegung innerhalb der beiden Tatbestandsvarianten in § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist geboten. Demnach gilt für eine vollendete schwere Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB: Ein wohnlich und gewerblich gemischt genutztes Gebäude ist bereits in Brand gesetzt, wenn für die bestimmungsgemäße Nutzung wesentliche Gebäudeteile des Gewerbetils selbständig vom Feuer erfasst sind, und ein teilweises Zerstören durch Brandlegung liegt vor, wenn sich das teilweise Zerstören auf den Gewerbeteil bei einem gemischt genutzten Gebäude bezieht, und in beiden Varianten ein Übergreifen der durch das Inbrandsetzen oder durch die Brandlegung geschaffenen Gefahr auf den Wohnteil nicht ausgeschlossen ist. Das führt im „Sonnenstudio-Fall“ und im „Imbiss-Fall“ entgegen dem BGH zur Bejahung des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB.<sup>22</sup> Einen Ausweg aus dem erheblichen Strafrahmen kann im Einzelfall § 306a Abs. 3 StGB bieten.

#### IV. Restriktive Auslegung in § 306a StGB

Anerkannt ist die restriktive Auslegung abstrakter Gefährungsdelikte, die die Strafbarkeit in ein frühes Vorfeld verlagern. Diese Restriktion setzt teilweise bereits bei der Tathandlung mit Blick auf gemischt genutzte Gebäude an. In § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB muss der zur Wohnung dienende Teil selbst betroffen sein.<sup>23</sup> Das Feuer muss den Wohnbereich ergriffen haben. Ansonsten kommt lediglich ein Versuch in Betracht. Das überzeugt nicht. Diese sehr massive Einschränkung widerspricht dem Charakter des § 306a Abs. 1 StGB als abstraktes Gefährungsdelikt. Wenn der Wohnteil vom Feuer erfasst ist oder wenn es dort durch die Brandlegung zur Explosion kommt oder sich gefährlicher Rauch entwickelt, besteht bereits eine Nähe zur konkreten Gefahr. Zugegebenermaßen gelangt auch diese restriktive Auslegung zu einem einheitlichen Verständnis beider Tatbestandsvarianten. Ein solch enges Verständnis erfreut in seiner beschuldigtenfreundlichen Tendenz die Strafverteidigung. Sie ist aber nicht das Verständnis der Rechtsprechung.

Im Hinblick auf die hohe Strafdrohung des § 306a StGB verlangt der BGH<sup>24</sup> für ein „teilweises Zerstören“ eine

Auswirkung „von einigem Gewicht“. Das sei nur dann der Fall, wenn das Tatobjekt für eine nicht unbeträchtliche Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar gemacht werde, ferner wenn ein für die ganze Sache nötiger Teil unbrauchbar werde oder wenn einzelne Bestandteile einer Sache, die für den selbständigen Gebrauch bestimmt und eingerichtet seien, vollständig vernichtet würden. Erforderlich ist stets ein Blick auf das spezifische Tatobjekt des § 306a Abs. 1 und § 306a Abs. 2 StGB. Für echte Wohngebäude nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ergibt sich daraus, dass zumindest eine Wohneinheit für eine beträchtliche Zeit nicht mehr benutzbar ist. Bloße Verschmutzungen durch den Rauch genügen eher nicht für ein teilweises Zerstören; erforderlich ist eine nachhaltige Verrußung, die umfangreiche Renovierungsarbeiten in den Wohnräumen erforderlich macht.<sup>25</sup> Bei einer Brandlegung in einem Mehrfamilienhaus setzt das Tatbestandsmerkmal des teilweisen Zerstörens voraus, dass zumindest eine Wohnung für eine beträchtliche Zeit zu Wohnzwecken nicht mehr benutzbar ist, die Unbenutzbarkeit eines einzelnen Zimmers genügt nicht – die Täter hatten Feuerwerkskörper in ein Kinderzimmer geworfen, das durch den Brand erheblich beschädigt wurde.<sup>26</sup> Wer macht denn so was? Die Entscheidung ist Teil einer vielfältigen Einzelfallkasuistik. So ist nach dem BGH<sup>27</sup> auch eine nur für Stunden unterbrochene Stromversorgung eines Mehrfamilienhauses für eine teilweise Zerstörung durch Brandlegung nicht ausreichend. Für ein Gebäude nach § 306a Abs. 2 i.V.m. § 306 StGB – auf die Fremdheit kommt es bei dem Verweis auf die Tatobjekte bekanntlich<sup>28</sup> nicht an –, das zugleich ein Wohngebäude nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist, müssen zur Vollendung daher nicht unbedingt Wohnräume von der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen sein. Es genügt demnach auch, wenn ein anderer funktionaler Gebäudeteil für nicht unerhebliche Zeit nicht bestimmungsgemäß gebraucht werden kann.<sup>29</sup> Aber im Unterschied zu § 306a Abs. 1 StGB ist § 306a Abs. 2 StGB ein konkretes Gefährungsdelikt. Daher muss die konkrete Gefahr einer Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen als typische Folge der Brandlegung wie Rauch – und Rußentwicklung hinzukommen.

Daneben bleibt es bei der teleologischen Reduktion der Norm aus BGHSt 26, 121.<sup>30</sup> Der BGH zeigt Sympathie mit der Ansicht, dass § 306a Abs. 1 Nr. 1 – damals noch § 306 Nr. 2 – StGB in Fällen nicht anwendbar ist, in denen eine Gefährdung von Menschenleben nach der tatsächlichen Lage absolut ausgeschlossen ist. Der Täter müsse sich durch absolut zuverlässige lückenlose Maßnahmen vergewissert haben, dass die verbotene Gefähr-

<sup>21</sup> Siehe *Piel StV* 2012, 502, 506.

<sup>22</sup> So auch *Piel StV* 2012, 502, 508; kritisch zum BGH auch *BeckOK-StGB/Norouzi* (Fn. 5), § 306a Rn 13 ff.

<sup>23</sup> So *AnwK-StGB/Börner* (Fn. 8), § 306a Rn 20; *Koranyi JA* 2014, 241, 247; *Hagemeyer/Radtke* NStZ 2008, 198, 200; *MüKo-StGB/Radtke* (Fn. 5), § 306a Rn 37; *Sch./Sch./Heine/Bosch* (Fn. 6), § 306a Rn 11; *SSW/Wolters* (Fn. 14), § 306a Rn 17.

<sup>24</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 354 = *StraFo* 2011, 194; ebenso BGH HRRS 2012 Nr. 161 = NStZ 2012, 215; BGH HRRS 2012 Nr. 147 = NStZ-RR 2012, 309; zustimmend *Bach-*

*mann/Goeck* ZIS 2010, 445; *Jahn JuS* 2007, 484; *Piel StV* 2012, 502, 508; *Rengier* (Fn. 5), § 40 Rn 14; *Satzger JK* 2/2013 StGB § 306a/18.

<sup>25</sup> So BGH HRRS 2012 Nr. 147 = NStZ-RR 2012, 309.

<sup>26</sup> So BGH HRRS 2009 Nr. 688 = NStZ 2010, 151.

<sup>27</sup> BGH HRRS 2007 Nr. 111 = NStZ 2007, 270; dazu *Hagemeyer/Radtke* NStZ 2008, 198, 200.

<sup>28</sup> Siehe BGH NStZ-RR 2000, 209; *SSW/Wolters* (Fn. 14), § 306a Rn 27.

<sup>29</sup> Siehe BGH HRRS 2012 Nr. 147 = NStZ-RR 2012, 309.

<sup>30</sup> Siehe auch *Koranyi JA* 2014, 241, 247; *Piel StV* 2012, 502, 503; eher ablehnend *Rengier* (Fn. 5), § 40 Rn 29 ff.; insgesamt zum Problem *MüKo-StGB/Radtke* (Fn. 5), § 306a Rn 39 ff.

dung mit Sicherheit nicht eintreten könne: „Das ist aber nur bei kleinen, insbesondere bei einräumigen Hütten oder Häuschen möglich, bei denen auf einen Blick übersehbar ist, dass sich Menschen dort nicht aufhalten können.“ Das hat der BGH in den konkreten Einzelfällen aber stets abgelehnt. Kennen Sie einen einschlägigen Fall?

## V. Fazit

Es war das Ziel des 6. StrRG, Strafvorschriften zu ändern, zu ergänzen und neu zu fassen, um den Strafschutz zu

verbessern und die Rechtsanwendung zu erleichtern.<sup>31</sup> Dass das gelungen ist, kann man bezweifeln. Aber es ist der BGH selbst, der innerhalb des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB in seinen widersprüchlichen Anforderungen an das Inbrandsetzen und das teilweise Zerstören durch Brandlegung bei gemischt genutzten Gebäuden zur Unsicherheit in der Rechtsanwendung beiträgt. Das muss und darf nicht sein.

<sup>31</sup> BT Drs. 13/8587, S. 1.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Einordnung des BGH-Urteils vom 20. Oktober 2011 – 4 StR 71/11 = HRRS 2012 Nr. 74 in die Dogmatik zur Geschäftsherrenhaftung

Von Marten Selbmann, Halle/Nuthetal\*

## A. Einleitung

Wer es unterlässt, einen tatbestandlichen Erfolg des Strafgesetzbuches abzuwenden, verwirklicht die Strafbarkeitsvoraussetzungen dieses Gesetzes gemäß § 13 Abs. 1 StGB nur dann, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat. Dieses Erfordernis einer Einstandspflicht ist alles, was der Gesetzgeber dem Rechtsanwender zur Verfügung stellt, dem die Aufgabe zufällt das begehungsgleiche Unterlassen zu prüfen. Im Laufe ihrer Geschichte haben Rechtsprechung und Lehre stetig neue Einstandspflichten entwickelt. Dieser Prozess, der seinen Anfang zu Beginn des 19. Jahrhunderts nahm,<sup>1</sup> wird mit dem steten Wandel von Verantwortungsbegründung und Verantwortungsverteilung unserer immer komplexer werdenden Welt keinen absehbaren Abschluss finden. Die bisher geschaffenen Garantenstellungen weisen bereits eine erstaunliche Formenvielfalt auf.<sup>2</sup> Hiervon erfreuen sich jedoch nur wenige einer einheitlichen Akzeptanz. Der wohl einzige gemeinsame dogmatische Angelpunkt

ist, dass sie alle Rechtspflichten begründen.<sup>3</sup> Darüber hinaus besteht jedoch kein erkennbarer Konsens. So nimmt es nicht wunder, dass auch die Geschäftsherrenhaftung, die als Modell einer Garantenstellung für Geschäftsführer entwickelt wurde, stark umstritten ist. Ihre verfassungsrechtliche Berechtigung wird angezweifelt, ihr dogmatischer Ursprung uneinheitlich beurteilt und ihre Grenzen werden nach ganz unterschiedlichen Methoden abgesteckt. Der erste Teil dieses Aufsatzes (I) soll die unterschiedlichen Strömungen der Geschäftsherrenhaftung systematisieren und mittels einer eigenen Beurteilung auf ein dogmatisches Fundament stellen.

Durch das Urteil des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 20. 10. 2011 wurde die Geschäftsherrenhaftung nicht nur zum ersten Mal ausdrücklich höchstrichterlich anerkannt, sondern auch weiterentwickelt. Die Geschehnisse des sogenannten Bauhof-Falls zu beleuchten sowie die hierzu vom BGH geschaffenen Kriterien kritisch zu würdigen und auf ihre innere Konsistenz bei der Anwendung zu überprüfen, ist Gegenstand des zweiten Teils dieses Aufsatzes (B). Im dritten Teil (C) wird der Verfasser schließlich überprüfen, ob die Verantwortungsträger des Bauhofs eine Garantenstellung innehatten, wobei ein besonderes Augenmerk auf die arbeitsrechtlichen Grundlagen und die allgemeine Dogmatik der Garantenstellungen gelegt werden soll.

\* Mein Dank gilt Professor Dr. Christian Schröder und Dr. Marcus Bergmann, die zur Verfassung dieses Aufsatzes angeregt und mich mit zahlreichen Hinweisen unterstützt haben.

<sup>1</sup> Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, (1996), S. 5; Roxin, Strafrecht AT, Bd. II (2003), § 32, Rn. 3.

<sup>2</sup> Schönemann, in: Festschrift für Amelung (2009), S. 303 spricht pointiert von einem „dogmatischen Chaos“.

<sup>3</sup> So schon Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantieprinzip (1972), S. 209; Ransiek JuS 2010, 490 491; Hombrecht JA 2012, 535, 536.

## B. Die Dogmatik der Geschäftsherrenhaftung

Die Geschäftsherrenhaftung ist das strafrechtliche Einstehenmüssen des Geschäftsherrn zur Abwendung von tatbestandlichen Erfolgen im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB, die durch Angehörige seines Unternehmens verwirklicht werden.<sup>4</sup> Diese Handlungspflicht resultiert aus der umfassenden Verantwortung der Geschäftsführung für ihren Herrschaftsbereich.<sup>5</sup> Durch Delegation kann diese Pflichtenstellung auf Verantwortungsträger innerhalb der Unternehmenshierarchie übergehen.<sup>6</sup> Daher handelt es sich nicht nur um die Haftung der Geschäftsführung, sondern auch von anderen Leitungspersonen.<sup>7</sup>

### I. Begründungsansätze

Im Hinblick auf die dogmatische Begründung der Geschäftsherrenhaftung besteht keine Einigkeit. Eine Ansicht stützt sie auf das Direktionsrecht des Geschäftsherrn,<sup>8</sup> während eine andere Auffassung den Betrieb als Gefahrenherd ansieht und eine Pflicht der Geschäftsführung zur Überwachung herausstellt.<sup>9</sup> Schließlich wird für bestimmte Berufsgruppen auch eine Garantenstellung kraft tatsächlicher Übernahme anerkannt.<sup>10</sup>

#### 1. Kontroll – und Weisungsbefugnis

Dieser Ansatz hat seinen Ursprung in der materiellen Rechtspflichtenlehre *Schünemanns*, welche Garantenstellungen mit der Herrschaft über den Grund des Erfolgs erklärt.<sup>11</sup> Der Geschäftsherr kann durch Weisungen (§ 106 GewO) Straftaten Untergebener verhindern.

<sup>4</sup> So schon RGSt 58, 130, 132 f.; OLG Karlsruhe, GA 1971, 281, 283; Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 13 Rn. 53; Kühl, StfA 2012, 7. Aufl. (2012), § 18 Rn. 118a.  
<sup>5</sup> BGHSt 37, 106, 114. Die „Top – Down“ Betrachtung wurde durch diese Entscheidung kultiviert, siehe Rotsch ZiS 2010, 614, 616; Dous, Strafrechtliche Verantwortlichkeit in Unternehmen (2009), S. 40.; Verantwortung kann sich auf verschiedene Ressorts verteilen. Mittelsdorf ZiS 2011, 123, 126; Hombrecher JA 2012, 535, 537 f.  
<sup>6</sup> Große Vorholt, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2007), Teil 1, Kap. A. Rn. 35; Mosbacher/Dierlamm NSTZ 2010, 268 269; Fischer, StGB, 61. Aufl. (2014), § 13 Rn. 67, 68.  
<sup>7</sup> Schünemann, in: 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft (2000), Bd. IV, 621, 634; Wessing/Dann, in: Volk, Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung von Wirtschafts – und Steuerstrafsachen, 2. Aufl. (2014), § 4 Rn. 41; Fischer (Fn. 6), § 13 Rn. 67, 68.  
<sup>8</sup> Schünemann wistra 1982, 41, 44; Rengier, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2013), § 50 Rn. 68.  
<sup>9</sup> Schlüchter, in: Festschrift für Salger (1995), S. 139, 158; Gimbernat Ordeig, in: Festschrift für Roxin (2001), S. 651, 656 ff.; Wohlers/Gaede, in: Nomos Kommentar, StGB, Bd. I, 4. Aufl. (2013), § 13 Rn. 53.  
<sup>10</sup> Insbesondere in Bezug auf Compliance Beauftragte zustimmend Ransiek AG 2010, 147, 149.  
<sup>11</sup> Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte (1971), S. 328; ders., Unternehmenskriminalität und Strafrecht (1979), S. 41 ff, 101 ff.; ders. in: Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen (1994), S. 137, 141 f.; ders., in: 50 Jahre BGH IV (Fn. 7), 621, 636 f.; Zustimmend. Ransiek JuS 2010, 678, 679 ff.; Schneider/Gottschaldt ZiS 2010, 573, 574; Ablehnend Mittels-

Handelt er nicht, so unterlässt er die Abwendung des Erfolgs.<sup>12</sup> Er herrscht somit durch sein Unterlassen über den Grund des Erfolgs.<sup>13</sup> Seine Pflicht zum Handeln folgt dabei aus seiner mit den Machtbefugnissen einhergehenden Verantwortung sowie der Hilflosigkeit des Opfers die Gefahr eigenständig abzuwenden.<sup>14</sup> Die Herrschaftsmacht beruht zudem auf dem Informations – und Wissensvorsprung der Geschäftsführung.<sup>15</sup> Die Lehre der Herrschaft über den Erfolgsgrund schlägt eine Brücke zu der für Begehungsdelikte entwickelten Tatherrschaftslehre *Roxins*,<sup>16</sup> indem sie die Herrschaftsbeziehung zu den Rechtsgütern des Opfers mit der Tatherrschaft der Begehungsdelikte gleichsetzt.<sup>17</sup> Ein weiteres Element zur Begründung dieser Herrschaftsmacht ist die Kontrolle des Arbeitgebers über gefährliche Betriebsmittel.<sup>18</sup>

#### 2. Betrieb als Gefahrenquelle

Demgegenüber betrachten manche den gesamten Betrieb als eine Gefahrenquelle und stützen die Geschäftsherrenhaftung auf die Überwachungspflichten des Inhabers.<sup>19</sup> Dieser Ansatz geht im Ursprung auf *Jakobs* und seine Lehre zur Organisationsherrschaft über einen eigens geschaffenen Gefahrenherd zurück.<sup>20</sup> Die Überwachungspflicht wird zum Teil auch darauf gestützt, dass andere die Gefahrensphäre des Betriebes achten müssen und zumeist auch nicht aktiv auf diese einwirken können.<sup>21</sup> Der Geschäftsherr muss im Gegenzug die Verkehrssicherheit des Betriebs gewährleisten.<sup>22</sup> Ferner hat

dorf ZiS 2011, 123, 125; Dannecker NZWiSt 2012, 411, 413; Fischer (Fn. 6), § 13 Rn. 70.  
<sup>12</sup> Schünemann ZstW 1984, 287, 318; Morozinis, Dogmatik der Organisationsdelikte (2010), S. 482.  
<sup>13</sup> Schünemann ZstW 1984, 287, 318; Zustimmend Roxin AT II (Fn. 1), § 32, Rn. 19 f., 137; Morozinis, a.a.O. (Fn. 12), S. 460, 470; Dagegen Knauer, in: Festschrift für Roxin (2012), S. 465, 475; Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 989; Langkeit, in: Festschrift für Otto (2007), S. 649, 652.  
<sup>14</sup> Schünemann, in: FS Amelung (Fn. 2), S. 303, 314; Schall, in: Festschrift für Rudolphi (2004), S. 268, 270; Ransiek JuS 2010, 678, 679 ff.  
<sup>15</sup> Schünemann wistra 1982, 41, 44; Rönnau/Schneider ZIP 2010, 53, 56.  
<sup>16</sup> Zu ihren Wandlungen und Varianten siehe Roxin, Täter-schaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. (2006), S. 655 – 637.  
<sup>17</sup> Schünemann wistra 1982, S. 41, 44; Morozinis, a.a.O. (Fn. 12), S. 463, 467; v. Coelln, Das »rechtliche Einstehenmüssen« beim unechten Unterlassungsdelikt (2008), S. 115 f.  
<sup>18</sup> Schünemann, Unternehmenskriminalität (Fn. 11), S. 89 f.; ders. wistra 1982, 41, 44.  
<sup>19</sup> So Gimbernat Ordeig, in: FS Roxin (Fn. 9), S. 651, 656, 661 ff., der von einem „präexistenten“ Gefahrenherd ausgeht, indem er den Zeitpunkt der Betrachtung vorverlagert.; Fischer (Fn. 6), § 13 Rn. 70; Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 990; Mittelsdorf ZiS 2011, 123, 126; Kritisch Merz, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts – und Steuerstrafrecht (2011), Kap. 10, § 13 Rn. 39; Grieger, Corporate Crime und Compliance (2010), S. 93.  
<sup>20</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 2. Auflage (1991), 28. Abschn. Rn. 14, 29. Abschn. Rn. 29 f.; Zustimmend Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung (1997), S. 146; Stree/Bosch, in: Schöne/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 13 Rn. 53; Ähnlich Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 4. Aufl. (2014), § 5 Rn. 296.  
<sup>21</sup> Schall, in: FS Rudolphi (Fn. 14), S. 268, 272.  
<sup>22</sup> Auf die aus dem Zivilrecht bekannten Verkehrssicherungspflichten rekurren Knauer, in: FS Roxin (Fn. 13), S. 465, 475; Schall, in: FS Rudolphi (Fn. 14), S. 268, 272; Otto,

die Umwelt keinen Einblick in betriebliche Fertigungsprozesse und erwartet daher auch, von den Produkten des Unternehmens nicht geschädigt zu werden.<sup>23</sup> Der Begriff „Gefahrenquelle“ umfasst sowohl Schadenspotenziale die von Personen, als auch solche, die von Sachen ausgehen.<sup>24</sup> Zumal auch eine gefährliche Sache nur im Falle der unsachgemäßen oder missbräuchlichen Handhabung durch den Menschen für die Geschäftsherrenhaftung von Relevanz ist.<sup>25</sup>

### 3. Garantenstellung kraft tatsächlicher Übernahme

Eine Garantenstellung zur Abwehr von aus dem Unternehmen begangenen Straftaten kann auch aus der tatsächlichen Übernahme dieser Pflicht erwachsen.<sup>26</sup> Diese Sichtweise vertritt der 5. Strafsenat des BGH in seinem Urteil zum Fall Berliner Stadtreinigung, bezüglich Compliance Beauftragter, in einem Obiter Dictum.<sup>27</sup> Bekannt ist diese Begründung bereits bezüglich der Beauftragten für Immissions – (§ 53 BImSchG) und Gewässerschutz (§ 21a WHG).<sup>28</sup> Allerdings war nicht eindeutig ersichtlich, ob der BGH bereits eine Garantenstellung der Geschäftsleitung voraussetzte, welche mit der tatsächlichen Übernahme der Tätigkeit auf den Compliance Officer überging.<sup>29</sup> Möglich ist auch, dass der BGH eine primäre Garantenstellung für Compliance Beauftragte aus tatsächlicher Übernahme annahm,<sup>30</sup> die somit kein Derivat der Geschäftsherrenverantwortung darstellt. Die nähere Konturierung der Handlungspflichten ergibt sich aus dem Dienstvertrag und, soweit vorhanden, gesetzlichen Vorschriften.<sup>31</sup>

Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. (2004), § 9 Rn. 93, 86; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2013), § 36 Rn. 63; *Rönnau/Schneider* ZIP 2010, 53, 54.

<sup>23</sup> *Knauer*, in: FS Roxin (Fn. 13), S. 465, 474; *Heinrich*, Strafrecht AT, 3. Aufl. (2012), § 27 Rn. 968.

<sup>24</sup> *Fischer* (Fn. 6), § 13 Rn. 70; *Ransiek* AG 2010, 147, 150; *Kuhn* wistra 2012, 297, 298; Gegen die Einbeziehung von Personengefahren *Gimbernat Ordeig*, in: FS Roxin (Fn. 9), S. 651, 661 f.; *Tiedemann* (Fn. 20), § 5 Rn. 296.

<sup>25</sup> *Roxin*, AT II (Fn. 1), § 32, Rn. 137; *Knauer*, in: FS Roxin (Fn. 13), S. 465, 475; *Mittelsdorf* ZfS 2011, 123, 126; *Ransiek* AG 2010, 147, 150 f.; *Kuhn* wistra 2012, 297, 298.

<sup>26</sup> Überblick zum Problemkreis bei *Wessing/Dann*, in: Volk, MAH (Fn. 7), § 4 Rn. 45; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Auflage (2011); § 6 Rn. 58, 59; *Hombrecher* JA 2012, 535, 536 f.

<sup>27</sup> BGHSt 54, 44 Rn. 27 = HRRS 2009 Nr. 718; Zustimmend *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2013), § 15 Rn. 952, 952a; *Ransiek* AG 2010, 147, 149, 152 f.; *Thiel v. Herrff* BB 2009, 1985; Kritisch; *Kempf/Lüderssen/Volk*, Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt? (2011), S. 150 ff.; *Rotsch* ZJS 2009, 712, 718; *Wolf* BB 2011, 1353, 1358 f.; *Schneider/Gottschaldt* ZfS 2010, 573, 574; Ablehnend *Campes/Nave/Vogel* BB 2009, 2546, 2548; *Rübenstahl* NZG 2009, 1341, 1343 f.

<sup>28</sup> Umfassend *Böse* NSTz 2003, 636, 638 ff.; *Schall*, in: FS Otto (Fn. 13), S. 287, 291 – 294.

<sup>29</sup> *Kühl* (Fn. 4), § 18 Rn. 118b, 118e; *Dann/Mengel* NJW 2010, 3265, 3267; *Spring* GA 2010, 222; *Hombrecher* JA 2012, 535, 537; *Dannecker* NZWiSt 2012, 411, 413.

<sup>30</sup> *Knauer*, in: FS Roxin (Fn. 13), S. 465, 471 f.; *Mosbacher/Dierlamm* NSTz 2010, 268.

<sup>31</sup> Wegen des Fehlens entsprechender Regeln für den Compliance Officer kritisch *Wolf* BB 2011, 1353, 1358.

### 4. Die grundsätzlich ablehnende Ansicht

Ein Teil der Literatur steht der Geschäftsherrenhaftung grundsätzlich ablehnend gegenüber.<sup>32</sup> Eine Ausnahme solle nur gelten, wenn Mitarbeiter Straftaten mittels einer betriebsspezifischen Gefahrenquelle begehen und dabei im vermeintlichen Interesse des Betriebs handeln. Demnach nimmt diese Ansicht eine Handlungspflicht etwa im Falle der Verwirklichung von § 324 StGB durch die Ableitung von Chemieabfällen in Gewässer oder Körperverletzungen durch die geflissentliche Überdosierung schmerzstillender Betäubungsmittel an.

Zur Begründung werden die verfassungsrechtliche Freiheit des Menschen, autonom zu handeln, und die damit einhergehende Eigenverantwortung angeführt.<sup>33</sup> Zwar muss der Begehungstäter regelmäßig die Verantwortung für sein Handeln übernehmen und ist daher zumeist als Haupttäter einzustufen, was aber einer Strafbarkeit des Unterlassenden als Nebentäter oder Helfer nicht entgegensteht.<sup>34</sup>

Auch aus gesetzlichen Wertungen werden Argumente gegen die Geschäftsherrenhaftung abgeleitet.<sup>35</sup> So erlegen manche Gesetze Leitungspersonen ausdrücklich eine Haftung für Untergebene auf. Beispiele hierfür finden sich in §§ 357 Abs. 1 StGB, 41 Abs. 1 WStG, 108 Abs. 1 S. 1 SeemG.<sup>36</sup> Diese Vorschriften normieren eigenständige abgeschlossene Hierarchiesysteme deren Funktionsfähigkeit in besonderem öffentlichem Interesse steht.<sup>37</sup> Daher kann aus dem Fehlen einer solchen Vorschrift für die Geschäftsführung von Unternehmen nicht generell geschlossen werden, dass keine Verantwortung des Geschäftsherrn für aus dem Betrieb heraus begangene Straftaten besteht.<sup>38</sup> Ebenso wenig steht die Ausgestaltung der Geschäftsherrenhaftung als Ordnungswidrigkeit durch § 130 OWiG der Anerkennung einer Geschäftsherrenhaftung entgegen,<sup>39</sup> denn diese Norm hat mit dem

<sup>32</sup> *Rudolphi/Stein*, in: Systematischer Kommentar, StGB, 8. Aufl. (2013), § 13 Rn. 35a; *Spring* GA 2009, 222, 227.

<sup>33</sup> *Renzikowski*, a.a.O. (Fn.20), S. 145 f.; *Rudolphi/Stein*, in: SK-StGB (Fn. 32.), § 13 Rn. 35a; *Weigend*, in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. I, 12. Aufl. (2007), § 13 Rn. 56; *Kempf/Lüderssen/Volk*, a.a.O. (Rn. 27), S. 151; *Spring* GA 2009, 222, 227.

<sup>34</sup> *Köhler*, in *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts – und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. (2007), Kap.7 Rn. 108; *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz, Strafbarkeitsrisiko oder Strafbarkeitslücke? (2006), S. 220; *Bottke*, Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata (1994), S. 34.

<sup>35</sup> *Hsü*, Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten? (1986), S. 105; *Jeschek*, in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. I, 11. Aufl. (2003), § 13 Rn. 45.

<sup>36</sup> *Frister*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2013), 4. Teil, Kap. 22, Rn. 29; *Wittig* (Fn. 26), § 6 Rn. 57, 58.

<sup>37</sup> Ausführlich *Beulke*, in: Festschrift für Geppert (2010), S. 23, 30 f.; *Jäger* JA 2012, 392, 394.

<sup>38</sup> *Schlüchter*, in: FS Salger (Fn. 9), S. 139, 158; *Dannecker/Dannecker* JZ 2010, S. 989; *Wohlers/Gaede*, in: NK-StGB I (Fn. 9), § 13 Rn. 53; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2011), § 13 Rn. 47.

<sup>39</sup> So aber *Rudolphi/Stein*, in: SK-StGB (Fn. 32), § 13 Rn. 35a; *Stoffers* NJW 2009, 3176.

Verzicht des Schuldnachweises für den Inhaber ein breiteres Anwendungsfeld.<sup>40</sup>

Gegen die Auffassung des Betriebes als Gefahrenquelle wird schließlich der Gefahrschaffungsgedanke der objektiven Zurechnung herangezogen. Das Innehaben eines Unternehmens sei „sozialadäquat“ und daher grundsätzlich keine über das erlaubte Risiko hinausgehende Gefahr.<sup>41</sup>

## 5. Stellungnahme

### a) Zum Einwand des erlaubten Risikos

Der restriktiven Ansicht ist zuzugestehen, dass das Führen eines Unternehmens grundsätzlich ein erlaubtes Risiko darstellt und daher zur Herstellung des Zurechnungszusammenhangs nicht ausreicht. Die Geschäftsherrenhaftung begründet eine Rechtspflicht des Geschäftsführers auf Grund seiner Gesamtverantwortung für das Unternehmen. Wegen dieser Gesamtverantwortung muss er für Gefahrenquellen des Unternehmens Sorge tragen, da er aufgrund seiner Position in der Lage ist, sie einzudämmen. Aus diesem Grunde rechnet man ihm die Verantwortung für die Straftaten seiner Untergebenen zu und begründet so sein Unterlassungsunrecht.<sup>42</sup> Die Geschäftsherrenhaftung stellt demnach auch ein Zurechnungsmodell dar.<sup>43</sup> Indem die ablehnende Ansicht die Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr anzweifelt, erfasst sie damit also einen richtigen dogmatischen Anknüpfungspunkt. Zweifelhaft ist, ob eine solche Gefahrschaffung durch das Betreiben eines Unternehmens generell abgelehnt werden kann. Insbesondere Großunternehmen haben eine weit verzweigte hierarchische Organisationsstruktur. Deliktisches Verhalten kann auf allen Ebenen und in vielfältigen Erscheinungsformen auftreten. Damit besteht im Hinblick auf das Gefahrenpotenzial ein mehr als gradueller Unterschied zu anderen erlaubten Risiken wie etwa dem Innehaben einer Privatwohnung.<sup>44</sup> Spätestens dann, wenn die Geschäftsleitung eine Rechtsgutsverletzung feststellt oder bei gebotener Vorsicht hätte feststellen müssen, hat sich das allgemeine Gefahrenpotential zu einer ganz bestimmten Gefahr verdichtet.<sup>45</sup> Bleibt sie untätig, verstößt sie gegen das Gebot den gefährlichen Zustand abzuwenden.

<sup>40</sup> Roxin, AT II (Fn. 1), § 32 Rn. 140; Ransiek AG 2010, 147, 149; Dann/Mengel NJW 2010, 3265, 3267; Rönnau/Schneider ZIP 2010, 53, 56; Wagner ZJS 2012, 704, 709.

<sup>41</sup> So Langkeit in: FS Otto (Fn. 13), S. 649, 653; Wolf BB 2011, 1353, 1359.

<sup>42</sup> In diesem Sinne Schlösser NZWiSt 2012, 281, 283; ders. GA 2007, 161, 171 f.; Kritisch Dous, a.a.O. (Fn. 5), S. 44 f.

<sup>43</sup> Schünemann, in: Umweltschutz (Fn. 11), S. 137, 141; ders. wistra 1982, 41, 42; Mansdörfer/Trüg StV 2012, 432, 436; Schlösser GA 2007, 161, 171 f.

<sup>44</sup> Eine Garantenstellung in diesem Falle bejahte BGHSt 27, 10, 12 f.; Ablehnend Freund, in: Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl. (2011), § 13 Rn. 143 f.; Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2. Aufl. (2011), 7. Kap. Rn. 778; Zum erhöhten Gefahrenpotenzial eines Unternehmens siehe Wohlers/Gaede, in: NK-StGB I (Fn. 9), § 13 Rn. 53.

<sup>45</sup> Entgegen Dannecker NZWiSt 2012, 411, 414 gilt dies auch für personale Gefahren.; Ebenso Schünemann, wistra 1982, 41, 45; Kuhn wistra 2012, 297, 298; Wohlers/Gaede, in: NK-StGB I (Fn. 9), § 13 Rn. 53.

Damit trifft sie der Vorwurf der Aufrechterhaltung eines rechtlich missbilligten Zustandes, welcher den Zurechnungszusammenhang zur Tat herstellt.

Die Argumentation, durch das Betreiben eines Unternehmens werde generell keine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen, überzeugt daher nicht.

### b) Zum Einwand eigenverantwortlichen Handelns

Der Grundsatz der Eigenverantwortung ist ein verfassungsrechtlich verbürgtes Prinzip, welches vorsieht, dass niemand dazu angehalten ist Handlungen anderer vollverantwortlicher Personen zu überwachen.<sup>46</sup> Ihm ist die Wertung zu entnehmen, dass der Begehungstätter als Hauptverantwortlicher grundsätzlich das Gros der Verantwortung für seine Taten tragen muss.<sup>47</sup> Gerade einer unterschiedlichen Gewichtung von deliktischer Verantwortung trägt das Strafrecht mit seinem ausdifferenzierten Beteiligungssystem Rechnung. Die Eigenverantwortung ist daher als wichtige verfassungsrechtliche Weichenstellung auf dem unsicheren Terrain der Geschäftsherrenhaftung zu berücksichtigen.<sup>48</sup>

### c) Zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung

Sowohl die Herrschaft über den Erfolgsgrund als auch die Überwachung des Betriebes als Gefahrenquelle sind Erklärungsansätze, welche den Rechtsgedanken der Haftung für Verrichtungsgehilfen auf § 13 Abs. 1 StGB übertragen und so strafrechtsdogmatisch auskleiden. Zur Begründung des rechtlichen Einstehenmüssens gemäß § 13 Abs. 1 StGB bedarf es jedoch einer konkreten Rechtspflicht,<sup>49</sup> ganz gleich ob zum Schutze vor oder zur Abwendung von Gefahren.<sup>50</sup>

Eine solche Rechtspflicht kann sich nur aus dem materiellen Recht<sup>51</sup> oder der faktischen Übernahme einer Tätigkeit als Substrat des Vertrages,<sup>52</sup> bestenfalls mit einer näheren vertraglichen Ausgestaltung der Pflichten, erge-

<sup>46</sup> Beulke, in: FS Geppert (Fn. 37), S. 23, 28 f.; Kölbl JuS 2006, 309, 312; Ransiek AG 2010, 147, 150.

<sup>47</sup> Mittelsdorf ZIS 2011, 123, 125; Schall, in: FS Rudolphi (Fn. 14), S. 267, 270.

<sup>48</sup> Mittelsdorf ZIS 2011, 123, 125.

<sup>49</sup> BVerfGE 96, 68, 98; Renzikowski, a.a.O. (Fn. 20), S. 146; Seebode, in: Festschrift für Spindel (1992), S. 317, 328; Heinrich (Fn. 23), § 27 Rn. 928.

<sup>50</sup> Die „Funktionenlehre“, welche Garantenstellungen anhand ihrer Rechtsnatur kategorisiert, vermag nämlich nicht ihren Ursprung zu erklären. Siehe dazu Pawlik, Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre (2012), S. 177; Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten (1986), S. 134; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Auflage (2003), § 15 Rn. 50; Krey/Esser, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2012), § 36 Rn. 1128; Ingelfinger NSTZ 2004, 409, 410; Bosch JA 2008, 471, 473; Perdomo-Torres, Garantenpflichten aus Vertraulichkeit (2006), S. 35 f.

<sup>51</sup> Beschränkung auf perpetuierte Rechtspflichten Seebode, in: FS Spindel (Fn. 49), S. 317, 340; ders. JZ 2004, 305 f.; Mitsch (Fn. 50), § 15 Rn. 50, 52.

<sup>52</sup> Auf die zivilrechtliche Wirksamkeit eines Vertrages allein kann es nicht ankommen. Ausführlich v. Coelln, a.a.O. (Fn. 17), S. 39, 91; Kühl (Fn. 4), § 18 Rn. 71.



ben.<sup>53</sup> Nur unter diesen Voraussetzungen weist das Handlungserfordernis die hinreichende Festigkeit auf, um die tatbestandliche Voraussetzung der Erfolgsabwendungspflicht zu erfüllen und ihr damit die verfassungsrechtlich notwendige Bestimmtheit zu verleihen.<sup>54</sup> Für die Haftung des Geschäftsherrn sind daher die ihr zu Grunde liegenden außerstrafrechtlichen Grundsätze, insbesondere der strukturell ähnliche § 831 Abs. 1 BGB<sup>55</sup> und der Grundsatz der Allzuständigkeit, maßgeblich.<sup>56</sup> Übernimmt ein Betriebsangehöriger faktisch eine Leitungsposition, hat er eine Teilzuständigkeit über einen Betriebsbereich, in dem er mittels seiner Weisungsmacht betriebsbezogene Straftaten abwenden muss.

## II. Die Reichweite der Geschäftsherrenhaftung

### 1. Der Betriebsbezug

Der Betriebsbezug ist das wesentliche Merkmal zur Begrenzung der Geschäftsherrenhaftung. Die nähere Ausfüllung dieses Begriffs ist wegen seiner Unbestimmtheit und des Anliegens der Wahrung einer angemessenen Haftungsreichweite außerordentlich schwierig.<sup>57</sup> Im Folgenden werden die hierzu vertretenen Ansichten aus Rechtsprechung und Schrifttum dargelegt.

#### a) Ausnutzung der Wirkungsmöglichkeiten des Betriebs

Eine Ansicht bejaht den Betriebsbezug, wenn sich der Täter bei Deliktsverwirklichung die Wirkungsmöglichkeiten des Betriebs zu Nutze macht.<sup>58</sup> Unproblematisch erfasst ist zunächst die Tatbegehung mittels einer betriebsspezifischen Gefahrenquelle.<sup>59</sup> Ferner nutzt der Täter die Wirkungsmöglichkeiten des Betriebs aus, wenn er auf betriebliche Infrastruktur zurückgreift.<sup>60</sup> Beispielhaft genannt seien hier Berater von Telekommunikati-

onsunternehmen, die sich Zugang zu aufgezeichneten Telefongesprächen verschaffen, um diese gegen ein Entgelt an Privatunternehmen zu übermitteln (§ 202a StGB). Auch eine Nähe zu Rechtsgütern des Opfers begründet den Betriebsbezug. Nicht umfasst sind Delikte, die sich zufällig im Betrieb ereignen, bei denen also weder die Beschaffenheit des Betriebes noch die berufsbedingte Nähe zum Opfer ausgenutzt werden und sich damit nur zufällig im Betrieb ereignen.<sup>61</sup>

#### b) Keine nur bei Gelegenheit der Verrichtung begangenen Straftaten

Nach Ansicht des BGH muss der Täter die Tat in Ausführung der Verrichtung und nicht bloß „bei Gelegenheit“ dazu begehen.<sup>62</sup> Zur näheren Konkretisierung führt der BGH aus, dass die Tat in einem spezifischen, inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Verrichtung stehen muss.<sup>63</sup> Entscheidend sei, dass sich die Gefahr der Deliktsbegehung aus der Tätigkeit des konkreten Betriebs ergeben muss und sich nicht ebenso in jedem anderen Betrieb niederschlagen kann.<sup>64</sup>

#### c) Bestimmung nach § 130 OWiG

Ein anderer Ansatz knüpft an diejenigen Pflichten an, welche den Inhaber gemäß § 130 I OWiG treffen.<sup>65</sup> Bezüglich der Inhaberpflichten bestehen jedoch ebenfalls erhebliche Bedenken bezüglich der gesetzlichen Bestimmtheit.<sup>66</sup>

Zur Präzisierung wird daher eine Beschränkung auf diejenigen Delikte vorgeschlagen, die der Branche wesenseigen sind.<sup>67</sup> Hiervon erfasst wäre beispielsweise der Kapitalanlagebetrug in Investmentbanken oder auch der Abrechnungsbetrug in Krankenhäusern.

#### d) Stellungnahme

Nur solche Taten als betriebsbezogen zu werten, die „in Ausführung“ und nicht nur „bei Gelegenheit“ der Verrichtung begangen werden, hat einen wesentlichen Vorzug. Die Konkretisierung erfolgt unter Auslegung eines Tatbestandsmerkmals, welches auf § 831 Abs. 1 BGB und damit einem der Geschäftsherrenhaftung verwandten Rechtsgedanken beruht. Währenddessen orientieren sich alle anderen Ansätze ausschließlich am Wortlaut der Betriebsbezogenheit selbst, die in § 13 Abs. 1 StGB nicht tatbestandlich vertypt ist,<sup>68</sup> sondern lediglich aus dem

<sup>53</sup> Jescheck, in: LK<sup>11</sup> I (Fn. 35), § 13 Rn. 26, 45; ders./Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. (1996), S. 623; Kühl (Fn. 4), § 18 Rn. 68; Kritisch Wohlers/Gaede, in: NK-StGB I (Fn. 9), § 13 Rn. 31; Ablehnend Roxin, AT II (Fn. 1), § 32 Rn. 11 – 13.

<sup>54</sup> Lilie JZ 91, 541 ff.; Bergmann, Strafbarkeit vertragswidrigen Unterlassens, Zur Rechtspflicht nach § 13 Abs. 1 StGB unter besonderer Berücksichtigung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte (2012), S. 121; Freilich hat das BVerfG noch andere Garantenstellungen aufgrund einer „lange geübten Rechtspraxis“ legitimiert. BVerfGE 96, 68, 79 ff.; BVerfG, JZ 2004, 303, 304; Kritisch Weigend, in: LK I (Fn. 33), § 13 Rn. 19; Ablehnend Seebode JZ 2004, 305, 306.

<sup>55</sup> Auf dem Umstand, dass der Terminus „Geschäftsherrenhaftung“ aus dieser Vorschrift rührt verweisen Spring, Die Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung (2009), S. 5; Bergmann, Strafbarkeit vertragswidrigen Unterlassens (Fn. 54), S. 112.

<sup>56</sup> Rotsch, in: FS Roxin (Fn. 13), S. 485, 493; Jescheck, in: LK<sup>11</sup> I (Fn. 35), § 13 Rn. 45.

<sup>57</sup> Schramm JZ 2012, 969, 971; Schünemann wistra 1982, 41, 43.

<sup>58</sup> Schall, in: FS Rudolphi (Fn. 14), S. 268, 282; Kuhn wistra 2012, 297, 298.

<sup>59</sup> Tsambiakakis/Kretschmer, in: Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis (2011), Kap. 14 Rn. 35.

<sup>60</sup> Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 981, 990; Schall, in: FS Rudolphi (Fn. 14), S. 268, 282.

<sup>61</sup> Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 990; Schall, in: FS Rudolphi (Fn. 14), S. 268, 282.

<sup>62</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 13, 18 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 14, 19; Siehe unten B. III. 2. a).

<sup>63</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 13 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 14.

<sup>64</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 13, 15 = HRRS 2012 Nr. 74, Rn. 14, 16; Zustimmend Fischer (Fn. 6), § 13 Rn. 68; Wagner ZJS 2012, 704, 709; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 43. Aufl. (2013); § 16 Rn. 724.

<sup>65</sup> Roxin, AT II (Fn. I), § 32 Rn. 142; Ablehnend Beulke, in: FS Geppert (Fn. 37), S. 23, 29.

<sup>66</sup> Schall, in: FS Rudolphi (Fn. 14), S. 268, 280.

<sup>67</sup> Achenbach, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. (2012) Kap. 3 Teil I Rn. 53, 54.

<sup>68</sup> Kudlich HRRS 2012, 177, 178.

Interesse heraus geschaffen wurde, die durch richterliche Rechtsfortbildung entstandene Geschäftsherrenhaftung einzugrenzen.<sup>69</sup> Die zivilrechtliche Judikatur prüft diesbezüglich, ob „ein innerer Zusammenhang“<sup>70</sup> zwischen der Schädigung des Gehilfen und seiner Tätigkeit besteht. Dies ist der Fall, wenn diese nach der Wertung des Einzelfalls noch dem Pflichtenkreis des Geschäftsherrn zuzuordnen ist.<sup>71</sup> Die strafrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen erlauben jedoch nicht, dass die Strafbarkeit auf Grund der Wertung des Einzelfalls bestimmt wird. Dies wäre insbesondere für die Geschäftsherrenhaftung, die im Wortlaut von § 13 Abs. 1 StGB nur mittelbar über die Erfolgsabwendungspflicht verankert ist, heikel. Auch die strenge grammatikalische Auslegung zeigt, dass sich der Rückgriff auf den „inneren Zusammenhang“ ohne weitere spezifizierende Modifikationen, nicht zur Konkretisierung der Geschäftsherrenhaftung eignet.<sup>72</sup> Die Ansicht, die voraussetzt, dass die Begehung der Tat die Nutzung von Ressourcen oder gar Gelegenheiten mit einschließt, führt zu einer unüberschaubaren Ausweitung der Strafbarkeit. Setzt der Täter ein betrügerisches Schreiben an seine Versicherung mit einem Computer des Betriebs auf, nutzt er bereits ein betriebliches Mittel. Die Nähe zu Rechtsgütern anderer stellt eine zwingende Prämisse der meisten Berufe und auch der meisten Straftaten dar, sodass auch diese Voraussetzung regelmäßig erfüllt sein wird. Der gegenüber jedermann erweiterte Vorwurf an die Untätigkeit des Geschäftsführers würde damit schon in der bloßen Anstellung anderer aufgehen. Gegen eine solch umfassende Auffassung des Betriebsbezugs spricht dessen Zweck, die Strafbarkeit des Geschäftsherrn vernunftgemäß zu begrenzen. Der Sanktionsgrund der Pflichtverletzung aus § 130 Abs. 1 OWiG liegt hingegen in einer Vernachlässigung der betrieblichen Aufgaben des Inhabers.

## 2. Die Geschäftsherrenhaftung als Folge mangelhafter Betriebsorganisation

Wegen der strafbegründenden Wirkung der Geschäftsherrenhaftung bedarf es einer Pflichtverletzung des Geschäftsherrn, welche ein gegenüber jedermann erweitertes Einstehenmüssen von diesem begründet. Auch wenn die Inhaberpflichten des § 130 I OWiG nicht klar umgrenzt sind, stellt die Ausgestaltung der Geschäftsherrenhaftung als Organisationsverschulden einen gangbaren Weg dar.

Der Geschäftsherr hat die Möglichkeit, die ihm zur Verfügung stehenden arbeitsrechtlichen Instrumentarien zur Eindämmung von Straftaten einzusetzen. Dieser Umstand ist es, der ihn von außenstehenden Personen unterscheidet und daher auch seine Handlungspflicht be-

gründet. Spiegelbildlich muss sich in den deliktischen Handlungen der Täter zur Herstellung des Betriebsbezugs eine Gefahr realisieren, die aus Mängeln der Organisation des Betriebes rührt. Zur Abgrenzung ist daher entscheidend, ob ex-ante betrachtet ein solcher Organisationsmangel des Geschäftsherrn oder der Leitungsperson den Erfolg ermöglicht hat. Dieser Prüfungspunkt weist eine strukturelle Ähnlichkeit zur Quasi-Kausalität auf. Nach dem hier entwickelten Konzept ist jedoch nur zu prüfen, ob der Schaden durch eine ordnungsgemäße Erfüllung der betrieblichen Organisationspflichten vor der deliktischen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre. Demgegenüber wird zur Erfüllung der Quasi-Kausalität jedwedes Nichtstun im Moment der Tatbegehung als ursächlich für den Erfolg erachtet. Der das unechte Unterlassungsdelikt begründende Kausalitätsnachweis ist damit wesentlich weiter, was der strafbarkeitseinschränkenden Funktion der Betriebsbezogenheit geschuldet ist.

Das Anwendungsfeld der Geschäftsherrenhaftung ist a priori auf Fälle begrenzt, bezüglich derer die Geschäftsführung Kenntnis hatte.<sup>73</sup>

Sieht der Geschäftsführer eines Klempnerbetriebes, wie sein Angestellter einen Gegenstand in der Wohnung eines Kunden stiehlt, so ist dies noch nicht unmittelbar auf einen Mangel seiner Betriebsführung zurückzuführen und er macht sich nicht gemäß §§ 242 Abs. 1, 13 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB strafbar.

Bei der Erstbegehung der Straftat ist nur zu prüfen, ob diese aufgrund der organisatorischen Beschaffenheit des Betriebes ermöglicht wurde, ohne in diese Betrachtung das unmittelbare Einschreiten durch die Betriebsführung mit einzubeziehen.

Das Arbeitsrecht eröffnet dem Geschäftsherrn nun eine Reihe von Instrumenten um der erneuten Begehung von Straftaten dieses Arbeitnehmers vorzubeugen, bis hin zur außerordentlichen Kündigung. Ferner kann er Kontrollen vornehmen oder anderweitige Vorkehrungen treffen, die ihm als Organisationsherrn des Betriebs zur Verfügung stehen. Leitungspersonen müssen entweder nach Maßgabe ihrer Befugnisse selbst auf den Täter einwirken oder das deliktische Verhalten der nächsthöheren Ebene melden. Tragen sich die Straftaten erneut zu, so kann sich der betreffende Geschäftsherr oder Vorgesetzte mit dem Verweis auf die arbeitsrechtliche Maßnahme exkulpiert. Diese Exkulpationsmöglichkeit weist eine strukturelle Nähe zu jener von § 831 Abs. 1 S. 2 BGB, dem zivilrechtlichen Pendant zur Geschäftsherrenhaftung sowie dem Überwachungserfordernis aus § 130 Abs. 1 OWiG auf.

Unternimmt der Geschäftsherr trotz der ihm zur Verfügung stehenden arbeitsrechtlichen Mittel keinerlei Schritte, und setzt der Täter zum wiederholten Male zur Straftat an, so ist dies dem Geschäftsherrn als Organisa-

<sup>69</sup> Bülte NZWiSt 2012, 176.

<sup>70</sup> BGHZ 11, 153, 155.; Staudinger, in: Handkommentar, BGB, 7. Aufl. (2012), § 831 Rn. 9.

<sup>71</sup> Katzenmeier, in: Nomos Kommentar, BGB, 2. Aufl. (2012), § 831 Rn. 28 f.; Die Konkretisierung scheint vorrangig einer ausgefeilten Kasuistik zu entstammen. Siehe dazu die Beispiele bei Schaub, in: Prüttig/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl. (2012), § 831 Rn.10 f.; Schiemann, in: Erman, BGB, Bd. II, 13. Aufl. (2011), § 831, Rn. 7; Sprau, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. (2014), § 831 Rn. 9.

<sup>72</sup> Siehe unten B. III. 2. b) „Kritik“.

<sup>73</sup> Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Unterlassung ist nur bei offensichtlichen Anzeichen für eine Begehung von Straftaten denkbar. Problemaufriss hinsichtlich der fahrlässigen Unterlassung der Aufsicht durch den Geschäftsherrn bei Schünemann, in: Gedächtnisschrift für Meurer (2002), S. 37, 53.

tionsmangel anzulasten. In der deliktischen Handlung realisiert sich eine Gefahr, welche zumindest auch auf die vorherige Untätigkeit des Geschäftsherrn zurückzuführen ist und dadurch einen Bezug zu dessen betrieblicher Verantwortung aufweist. Nunmehr nimmt er das Geschehen als Garant wahr und nur noch ein unmittelbares Einschreiten kann ihn vor der Unterlassungsstrafbarkeit bewahren.

Dass die Passivität nach Beobachtung einer Straftat für das beobachtende Mitglied der Geschäftsführung oder der Leitungsebene strafbar sein kann, wird sich diesem in der Laiensphäre erschließen. Der Ansatz wirft damit keine gegenüber der gegenwärtigen Situation qualifizierten verfassungsrechtlichen Bedenken auf.

Welche Maßnahme der Arbeitgeber ergreift steht grundsätzlich in seinem Ermessen. Dieses kann sich jedoch je nach Schwere der Straftat reduzieren und bei Verbrechen gar auf die außerordentliche Kündigung verdichten.

## C. Einordnung des BGH Urteils vom 20. Oktober 2011 – 4 StR 71/11

### I. Der konkret entscheidungsrelevante Sachverhalt

Nach dem konkret entscheidungsrelevanten Sachverhalt verübten S., K. und B. regelmäßig Tötlichkeiten auf D., wozu sie auch Gerätschaften des Bauhofs einsetzten.<sup>74</sup> M., der Vorarbeiter der Kolonne, welcher nicht Vorgesetzter des D. war und dessen Strafbarkeit es zu untersuchen galt, war zwar anwesend, beteiligte sich jedoch nicht aktiv an den Misshandlungen.<sup>75</sup> Eine psychische Beihilfe konnte ihm nicht nachgewiesen werden.<sup>76</sup> Seine Mitangeklagten begingen mitunter folgende Straftaten:

Sie zwangen D. in eine Friedhofskapelle, wo K. und B. ihn fixierten und zunächst S. und nach einem Positionstausch auch K. ihm Hiebe mit einem Knüppel auf den Thorax versetzten, wodurch dieser eine Rippenfraktur erlitt.<sup>77</sup> Die Kapelle konnte D. wegen der lähmenden Schmerzen für mehrere Stunden nicht verlassen.<sup>78</sup>

In einem weiteren Zwischenfall forderten S. und K. ihn auf, sich einen Schaden an einem Fahrzeug anzusehen und schlugen seinen Kopf, nachdem er sich heruntergebeugt hatte, auf die Motorhaube.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> BGH NStZ 2012, 142 Rn. 3 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 4.

<sup>75</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 7 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 8.

<sup>76</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143, Rn. 7 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 8.

<sup>77</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 4 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 5.

<sup>78</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 4 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 5.

<sup>79</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 5 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 6.

In dem dritten geschilderten Fall versetzten ihm S. und K. erneut Schläge, weil er sich für eine berufliche Fortbildung anmeldete.<sup>80</sup>

## II. Die Hintergründe

Die Geschehnisse des Bauhof-Falles erstreckten sich von August 2006 – Juli 2008. Eine Reportage der ZEIT<sup>81</sup> hilft dabei, die Hintergründe der Taten auf dem Bauhof Hilchenbach zu verstehen. Eine nähere Betrachtung des Sachverhalts führt zu Fragestellungen, welche für die rechtliche Bewertung des Falles eine Rolle spielen. D. geriet seit Beginn seiner Tätigkeit auf dem Hilchenbacher Bauhof regelmäßig in den Fokus der Angeklagten.<sup>82</sup> Die Gründe hierfür waren eine Fehlstellung seiner Augen sowie ein sog. „hirnorganisches Psychosyndrom“<sup>83</sup>, welches er infolge eines Autounfalls erlitt.<sup>84</sup> Dadurch wirkt sein Verhalten nach außen hin laut und überschwänglich.<sup>85</sup> Die Aufgaben, die er erhielt, waren weitestgehend sinnlos und demütigend. So sollte er Pflanzen in den gefrorenen Boden eingraben oder bei starkem Schneefall Laub zusammenfegen.<sup>86</sup> Körperliche Misshandlungen fanden zunächst nur vereinzelt statt und nahmen dann sukzessive sowohl quantitativ als auch qualitativ zu.<sup>87</sup> Neben der vom BGH erwähnten Vorkommnisse strangulierten die Täter D. auch mit dem Zweig eines Weißdornstrauchs, ketteten ihn an ein Nutzfahrzeug, mit dem sie ihn über den Boden schliften und leiteten Auspuffgase in Mund und Nase.<sup>88</sup> Außerdem hielten sie ihm eine Kettensäge an den Hals und drohten ihm zu töten, falls er sich an Dritte wenden sollte.<sup>89</sup> Der Hauptakteur bei allen Taten war S., der auf dem Bauhof für seine Gewaltbereitschaft bekannt war.<sup>90</sup> M., der Kolonnenführer, war nach Aussage des Opfers anwesend, lächelte und gab Anregungen zur Ausführung der Taten.<sup>91</sup> D. bat seinen Vorgesetzten J. mehrfach um Hilfe, wurde jedoch stets forsch zurückgewiesen.<sup>92</sup> Nach den Aussagen des Opfers und des Bauhofpersonals ergibt sich das Gesamtbild eines desorganisierten Betriebes, in dem sich fast jeder S. unterordnete und in dem die Leitungsebene zu verängstigt

<sup>80</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143, Rn. 13, 15 = HRRS 2012 Nr. 74, Ls. 2 S. 2, Rn. 14, 16.

<sup>81</sup> Rückert DIE ZEIT ONLINE vom 22.07.2010 Nr. 30, abrufbar im Internet unter: <http://www.zeit.de/2010/30/DOS-Sadisten> (Stand: 07.03.2014).

<sup>82</sup> Rückert DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Fn. 81), 1.

<sup>83</sup> Rückert DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Fn. 81), 1.

<sup>84</sup> Rückert DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Fn. 81), 1, 2.

<sup>85</sup> Rückert DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Fn. 81), 1.

<sup>86</sup> Rückert DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Fn. 81), 1, 2.

<sup>87</sup> Das AG Siegen 420 Cs 22, Urteil v. 23. Juli 2012, 1, 4 – 11 schildert insgesamt 16 von S., K. und B. auf D. verübte Gewalttaten. Diese sind überwiegend als gefährliche Körperverletzungen mit beachtlichem Verletzungspotential einzustufen.

<sup>88</sup> Rückert DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Fn. 81), 1, 3; AG Siegen 420 Cs 22, Urteil v. 23. Juli 2012, 1, 9 f.

<sup>89</sup> Rückert, DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Fn. 81), 1, 3.

<sup>90</sup> Rückert, DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Fn. 81), 1, 5.

<sup>91</sup> Rückert, DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Fn. 81), 1; Kunz, WAZ vom 15.07.2012, abrufbar im Internet unter <http://www.derwesten.de/region/sauer-und-siegerland/an-leiden-des-mobbing-opfers-am-bauhof-hilchenbach-ergoetzt-id6871857.html> (Stand: 07.03.2014).

<sup>92</sup> AG Siegen 420 Cs 22, Urteil v. 23. Juli 2012, 1, 11 f.; Rückert, DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Rn. 81), 1, 3.

und desinteressiert war, um etwas zu unternehmen.<sup>93</sup> Im Auftrag des Gerichts prüfte ein Aussagepsychiater der Berliner Charité, inwieweit die Angaben von *D.* glaubwürdig waren und kam zu dem Schluss, dass Lügen generell nicht in das Krankheitsbild des *D.* passen würde und insbesondere ein ausgefeiltes Lügengebilde weder seiner Persönlichkeit noch seinem Intellekt entspräche.<sup>94</sup>

### III. Rechtliche Einordnung und Bewertung der Entscheidung des 4. Strafsenats

#### 1. Begründungsansatz

Der BGH konstatierte, dass sich eine Garantenstellung weder aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers noch aus der Herrschaft über den Betrieb als Gefahrenherd ergebe, soweit es am Betriebsbezug fehle.<sup>95</sup> Damit verzichtete er auf eine nähere dogmatische Herleitung der Geschäftsherrenhaftung. Die Erwähnung beider Begründungsansätze deutet jedoch darauf hin, dass er sie im Falle des Vorliegens des Betriebsbezugs auch kumulativ für möglich hält.

#### 2. Der Betriebsbezug

##### a) „Innerer Zusammenhang“ und „Gelegenheit der Verrichtung“

Die Funktion des Betriebsbezugs als entscheidendes Regulativ der Handlungspflichten des Geschäftsherrn wird in dem Urteil mehrfach ausdrücklich hervorgehoben.<sup>96</sup> Für die Bestimmung des Betriebsbezuges verwendet der BGH Kriterien, die der langjährigen Auslegungspraxis von § 831 I BGB entlehnt sind.<sup>97</sup> So soll dieser nur dann bestehen, wenn ein „innerer Zusammenhang“<sup>98</sup> zwischen der deliktischen Handlung und der betrieblichen Aufgabe des Täters vorliege. Auszuklammern seien jedenfalls Straftaten, die dieser nur „bei Gelegenheit der Verrichtung“ begehe.<sup>99</sup>

##### b) Kritik

Diese Konkretisierungsversuche sind zwar geeignet Delikte auszuschließen, die keinerlei Verbindung mehr zur betrieblichen Tätigkeit aufweisen, verhelfen aber unterhalb dieser Schwelle nicht zu weiterer Klarheit.<sup>100</sup> Die Begehung unmittelbar in Ausführung der Verrichtung ist

zunächst nur bei Fahrlässigkeitsdelikten zu bejahen, die der Täter durch die unsachgemäße Verrichtung von Betriebsaufgaben begeht. Auf einem Bauhof ist dies etwa im Falle von Körperverletzungen durch die unzureichende Beseitigung von Unfallgefahren denkbar.

Für die Begehung von Vorsatzdelikten wird der Täter, soweit strafbare Handlungen nicht zu seinem Pflichtenkreis zählen, seine betriebliche Tätigkeit immer unterbrechen müssen. Aufgrund welches Umstandes er so dann die Schwelle zur Gelegenheit der Verrichtung überschreitet, bleibt konkretisierungsbedürftig.<sup>101</sup> Zudem stellt sich die Frage, was den inneren Zusammenhang kennzeichnet und wann lediglich ein äußerer Zusammenhang zur Tätigkeit gegeben ist. Sicher ausschließen lassen sich damit nur Straftaten, welche keinen erkennbaren Zusammenhang zur betrieblichen Tätigkeit aufweisen. Die ersten beiden Definitionsversuche des BGH zur Betriebsbezogenheit konkretisieren dieses Merkmal demnach nur scheinbar.<sup>102</sup>

##### c) Die konkrete Betriebsgefahr

Der BGH versucht jedoch, das Gelegenheitskriterium zu präzisieren. Erforderlich ist danach, dass sich in der strafbaren Handlung eine konkrete Betriebsgefahr verwirklicht. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Straftat nicht auch in jedem anderen Betrieb begangen werden kann.<sup>103</sup> Sicher ausschließen lassen sich damit zunächst nur Wirtschaftsdelikte, die in jedem größeren Betrieb auftreten können.<sup>104</sup>

##### aa) Die gesteigerte Sachgefahr

Der BGH hat vorliegend den Betriebsbezug der Übergriffe auf *D.* abgelehnt, obschon diese auch mittels Gerätschaften des Bauhofs begangen wurden. Damit ist davon auszugehen, dass Betriebsgeräte, die zur Begehung von Körperverletzungen verwendet werden, eine erhöhte Gefährlichkeit aufweisen müssen. Auf einem Bauhof haftet eine solche sacheigene Gefährlichkeit etwa schweren Bau- und Räumfahrzeugen an.

##### bb) Kritik zum Erfordernis der gesteigerten Sachgefahr

Die Voraussetzung einer Straftat, die nicht in jedem anderen Betrieb auftreten kann, zieht der Geschäftsherrenhaftung sehr enge Grenzen. Indem der BGH für Betriebsgegenstände eine erhöhte Gefährlichkeit der betreffenden Sache fordert, knüpft er konsequent an das von ihm geschaffene Erfordernis der Betriebsspezifität an. Tatsächlich finden sich in jedem Betrieb Gegenstände, die man als Schlagwerkzeug verwenden kann, und es kann im Ergebnis nicht darauf ankommen, ob der Täter eine Körperverletzung mit einem zu den Betriebsgeräten gehörenden Rechen oder einem auf dem Betriebsgelände herumliegenden Ast begeht. Indem er die Gefahreneigenschaft in den Fokus rückt, schafft er außerdem eine Paral-

<sup>93</sup> Rückert, DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Rn. 81), 1, 3.

<sup>94</sup> Rückert, DIE ZEIT ONLINE 2010/30 (Rn. 81), 1, 4.

<sup>95</sup> BGH NStZ 2012, 142 143 Rn. 14 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn.15.

<sup>96</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 13, 14 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 14, 15.

<sup>97</sup> Wagner ZJS 2012, 704, 708.

<sup>98</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 13 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 14.

<sup>99</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 13 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 14.

<sup>100</sup> Roxin JR 2012, 305, 307 bemängelt einem Mangel an Präzision; Ebenso Wessing/Dann, in: Volk, MAH (Fn. 7), § 4 Rn. 46; Steinbeck, Überwachungspflicht und Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft (1992), S. 106 bezeichnet das Kriterium des „inneren Zusammenhang[s]“ als „inhaltsleer“.

<sup>101</sup> Otto, in: Festschrift für Schroeder (2006), S. 339, 342.

<sup>102</sup> Ähnlich Zimmermann WJ 2013, 94, 97.

<sup>103</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 13, 15 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 14, 16; Kritisch Bülte NZWiSt 2012, 176, 179.

<sup>104</sup> Kritisch Grütznert BB 2012, 151, 152.

lele zur Dogmatik der objektiven Zurechnung, womit sich ein innerer Zusammenhang zwischen der Verantwortung des Geschäftsherrn und der Straftat über den Gefahrschaffungsgedanken überzeugend begründen lässt.

### cc) Die gesteigerte Personalgefahr

In Bezug auf die gesteigerte Personalgefahr stellt der BGH heraus, dass die Angriffsmuster der Täter einige Besonderheiten aufweisen. Im Ergebnis stimmt er mit dem Generalbundesanwalt darin überein, dass es sich bei den Taten um Mobbing handelt.<sup>105</sup> Im Gegensatz zum GBA, der hieraus einen Betriebsbezug ableitet, lehnt der BGH dies ab.<sup>106</sup> Mobbing könne in jedem Betrieb mit mehreren Mitarbeitern auftreten und sei daher nicht Ausfluss einer besonderen Gefahr, die nur dem Personal des Bauhofs anhaftet.<sup>107</sup> Insbesondere könne die gehäufte Tatbegehung, das „iterative Moment“<sup>108</sup>, nichts daran ändern.

#### (1) Stellungnahme zur Einordnung der Taten als Mobbing

Die Einordnung der Taten als Mobbing ist aus verschiedenen Gründen höchst fragwürdig. Die Arbeitsgerichte definieren den Begriff als „fortgesetzte, systematisch durchgeführte, aufeinander aufbauende oder ineinander übergreifende, der Anfeindung, Schikane oder Diskriminierung dienende Verhaltensweisen am Arbeitsplatz gegenüber einzelnen Mitarbeitern zur Erreichung von Zielen, [...] die jedenfalls in ihrer Gesamtheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht, die Ehre oder die Gesundheit des Mobbingopfers verletzen“<sup>109</sup>. Kennzeichnend ist danach, dass Taten, die einzeln betrachtet eine eher geringe Intensität und Rechtsrelevanz aufweisen, in der Summe zu einer erheblichen Beeinträchtigung des psychischen und somatischen Wohlbefindens des Opfers führen.<sup>110</sup>

Dieses Grundschema ist auch nach den Mobbinganalysen anderer Disziplinen wie den Arbeitswissenschaften<sup>111</sup> oder der Sozialpsychologie<sup>112</sup> für das Mobbing konstitutiv. Strafbare Verhaltensweisen sind vorrangig Beleidigungen und Nötigungen und in Ausnahmefällen auch Körperverletzungen.<sup>113</sup> Die meisten Handlungen überschreiten die Schwelle zur Straftat jedoch nicht, sind also nach strafrechtlicher Wertung neutral.

Die Handlungen der Täter im Bauhof-Fall waren zu Beginn vorrangig durch Beleidigungen und Nötigungen geprägt, sodass zu diesem Zeitpunkt unter Berücksichtigung des eher rauen Arbeitsklimas eines Bauhofs die Annahme von Mobbing noch vertretbar erscheint. Im weiteren Verlauf kam es jedoch zu einer zunehmenden Enthemmtheit und immer schwereren körperlichen Attacken.<sup>114</sup> Die Schläge auf Schädel und Thorax waren geeignet, konkret lebensgefährliche traumatische Verletzungen wie Epiduralhämatome<sup>115</sup> oder Lungenverletzungen<sup>116</sup> herbeizuführen. Demnach handelte es sich um Misshandlungen, die für sich genommen bereits eine große Verletzungsintensität und erhebliche Rechtsrelevanz aufwiesen.

#### (2) Zwischenfazit

Die Taten waren damit keine bloßen Mobbinghandlungen, sondern gingen in ihrer Schwere weit darüber hinaus.

#### (3) Kritik zum Erfordernis der gesteigerten Personalgefahr

Der BGH fordert für in der Person des Täters gründende Gefahren dieselbe Überschreitung einer betriebsspezifischen Erheblichkeitsschwelle wie für Sachgefahren. Die Vorgehensweise ist methodisch konsistent. Im Zuge der Einordnung des Geschehens unter den Oberbegriff des Mobbings lehnt der 4. Strafsenat den Betriebsbezug des Phänomens aber ganz allgemein auf Grundlage seiner strengen Anforderungen ab und verliert die Umstände des konkreten Falles aus den Augen. Die in ihrem Verlauf stetig intensiver werdenden Gewalttaten ließen sich nicht mehr unter den Begriff des Mobbings subsumieren. Das von nazistischem Denken geprägte Betriebsumfeld und die desorganisierte Betriebsführung bildeten die Voraussetzungen für die Begehung der Misshandlungen, welche niemals Konsequenzen nach sich zogen. Derartig unstrukturierte und rechtsgelöste Verhältnisse sind nicht ohne Weiteres in jedem anderen Betrieb denkbar. Vielmehr realisierte sich eine Gefahr des konkreten Betriebes. Die Taten erfüllten damit die vom BGH gesetzten Voraussetzungen an die Betriebsbezogenheit.

#### dd) Exkurs: Rechtsrelevanz des Mobbings nach dem BGH

Der BGH erkennt für Mobbinghandlungen unter bestimmten Umständen den Betriebsbezug an. Die Fassung der Straftaten von S., K. und B. unter diesen Oberbegriff haben sich zwar im konkreten Fall als verfehlt herausgestellt. Dennoch sollen die vom BGH benannten Kriterien der Vollständigkeit halber gewürdigt werden. Mobbing ist nach Auffassung des BGH dann betriebsbezogen, wenn es sich auf einen Auftrag der Betriebsführung zurückfüh-

<sup>105</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143, Rn. 16 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 17.

<sup>106</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143, Rn. 16 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 15.

<sup>107</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 16 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 15.

<sup>108</sup> BGH NStZ 2012, 142, 143 Rn. 17 = HRRS 2012 Nr. 74 Rn. 18.

<sup>109</sup> BAG NZA 1997, 781; LAG Thüringen NZA-RR, 577, 579 f.

<sup>110</sup> BAGE 122, 304; *Benecke* RdA 2008, 357, 358 f.; *dies.*, NZA-RR, 2003, 225, 228; *Bieszk/Sadtler* NJW 2007, 3382, 3386; *Schramm*, JZ 2012, 969, 970.

<sup>111</sup> *Spamer*, Mobbing am Arbeitsplatz: Ansprüche des betroffenen Arbeitnehmers gegenüber Arbeitskollegen und Arbeitgeber (2000), S. 13 f.

<sup>112</sup> Siehe *Brinkmann*, Mobbing, Bullying, Bossing, 2. Aufl. (2002), S. 54 f.; 58 f., 25 f.

<sup>113</sup> *Brinkmann*, a.a.O. (Fn. 112), S. 51.

<sup>114</sup> Siehe oben B. II „Die Hintergründe“ sowie Fn. 85.

<sup>115</sup> Diese Form der Hirnblutung entsteht häufig durch Gewaltwirkung auf den Schädel, siehe *Landeghem*, in: *Wallesch/Unterberg/Dietz*, Neurotraumatologie (2005), Kap. 3, S. 21.

<sup>116</sup> Penetrationsverletzungen der Lunge sind oftmals die Folge von Rippenfrakturen (auch „Pneumothorax“), siehe *Campbell*, Präklinische Traumatologie, 7. Aufl. (2012), Kap. 6, S. 125 ff.

ren lässt oder Machtbefugnisse zur Tatbegehung ausgenutzt werden.<sup>117</sup>

### (1) Der Auftrag der Betriebsführung

Soweit der Geschäftsherr einen Auftrag zur Begehung von Straftaten gegen einen Mitarbeiter erteilt, verstößt er gegen das Verbot zur Anstiftung von Straftaten und nicht gegen das Gebot diese zu verhindern.<sup>118</sup> Wenn dieser Auftrag nicht die für die Anstiftung notwendige Bestimmtheit aufweist, so wird er regelmäßig ein gefahrbe gründendes Vorverhalten im Sinne der dogmatisch fragwürdigen,<sup>119</sup> aber höchstrichterlich anerkannten Ingerenz darstellen.<sup>120</sup> *Mühe*, welche den Auftrag der Betriebsführung in ihrer Dissertation zur Feststellung des Betriebsbezugs von Mobbinghandlungen erdachte,<sup>121</sup> hält dieses Kriterium selbst nur für anwendbar, wenn der unvorsätzlich handelnde Arbeitgeber mit einer wertneutralen Aussage den Entschluss zur Mobbinghandlung weckt, dies erkennt und billigt, weil eine eventuelle Selbstkündigung des Betroffenen wegen der ersparten Abfindungskosten in seinem Sinne ist.<sup>122</sup> In der Arbeitswirklichkeit handelt es sich dabei wohl um einen außerordentlichen Sonderfall, womit dieses Kriterium im Ergebnis ein nur unbedeutendes Anwendungsfeld hat.

### (2) Die Ausnutzung arbeitstechnischer Machtbefugnisse

Der BGH erkennt den Betriebsbezug auch dann an, wenn das Mobbing unter Ausnutzung arbeitstechnischer Machtbefugnisse begangen wird.<sup>123</sup> Über solche Machtbefugnisse verfügen nur Personen, die selbst Führungsverantwortung innehaben. Demnach trifft den Geschäftsherrn oder den Leiter dann eine Erfolgsabwendungspflicht, wenn eine ihm hierarchisch nachgestellte Person mit Weisungsrecht die strafbaren Mobbinghandlungen vornimmt. Dies drängt den Schluss auf, dass der Geschäftsherr, wenn er schon verpflichtet ist, diejenigen Straftaten zu verhindern welche Leitungspersonen begehen, doch erst Recht einschreiten müsste, wenn die Straftaten von Mitarbeitern der untersten Hierarchiestufe verübt werden. Zumal die Weisungsgewalt diesen gegenüber die größte Potenz aufweist. Betrachtet man die

vertikal abgeleitete Herrschaftsmacht nicht nur als Begründungsmerkmal für die Abwendung, sondern auch für die Begehung von Straftaten für Unternehmen als konstitutiv, so stellt dies ein gutes Argument für dieses Kriterium dar, welches den oben herausgestellten Erst-Recht-Schluss jedoch nicht zu entkräften vermag.

### (3) Zwischenfazit

Die vom BGH angeführten Kriterien scheinen ihrer Urheberin *Mühe*, die diese lediglich als Sonderfälle konstruierte, entfremdet.<sup>124</sup> Diese sieht wegen der Wehrlosigkeit des Opfers, der fehlenden Waffengleichheit zu hierarchisch Höhergestellten, der mit dem Arbeitsplatzverlust einhergehenden Existenznot und der Bindung an das räumlich begrenzte Arbeitsumfeld den Betriebsbezug des Mobblings als gegeben an.<sup>125</sup> Tatsächlich ist Mobbing ein für Betriebe typisches Verhalten. Soweit der Arbeitgeber erkennt, dass ein Arbeitnehmer vermehrt Opfer von Übergriffen wird, und diese die Schwelle zur Strafbarkeit überschreiten, so kann dies Ergebnis einer mangelhaften Betriebsorganisation sein, was nach der hier vertretenen Ansicht den Betriebsbezug herstellt.<sup>126</sup>

## D. Eigene Würdigung der Handlungspflichten der Beteiligten

Im Folgenden wird untersucht, inwieweit die Leitungs- und Führungsebene des Bauhofes Handlungspflichten im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB trafen.

## I. Zusammenfassung des hier vertretenen Konzepts zum Betriebsbezug

Der hier entwickelte Ansatz betrachtet den Betriebsbezug arbeitsrechtsakzessorisch, indem er eine Korrelation zwischen der Straftat und einer Vernachlässigung der Organisationspflichten des Geschäftsherrn voraussetzt. Zunächst muss die deliktische Handlung jedenfalls unter Ausnutzung der Wirkungsmöglichkeiten des Betriebs begangen worden sein. Ansonsten weist sie keinen Zusammenhang mit dem Pflichtenkreis des Geschäftsherrn auf. Ereignet sich eine Straftat in der Herrschaftssphäre des Geschäftsherrn, so muss er angemessene Maßnahmen ergreifen, um einer erneuten Deliktsbegehung durch den betreffenden Mitarbeiter entgegenzuwirken. Sollte dieser Mitarbeiter erneut eine Straftat im Betrieb begehen, kann sich der Geschäftsherr mit einem Verweis auf diese Maßnahmen exkulpieren. Blieb er untätig, stellt dies einen Mangel seiner Arbeitgeberpflichten dar und die Straftat ist betriebsbezogen. In diesem Falle kann ihn nur noch ein unmittelbares Einschreiten vor der Unterlassungsstrafbarkeit bewahren. Die Überwachung gefährlicher Betriebsmittel (Gefahrgüter, schwere Maschinen) stellt stets eine ureigene Aufgabe der Geschäftsführung dar. Begeht ein Mitarbeiter eine Straftat mittels einer solchen Sache, ist diese daher stets als betriebsbezogen zu qualifizieren.

<sup>117</sup> Beide Kriterien entlehnte der BGH von *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz (Fn. 34), S. 239 ff.

<sup>118</sup> Ebenso *Wagner* ZJS 2012, 704, 708; *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz (Fn. 34), S. 240; Denkbar ist auch eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. Diese Rechtsfigur wurde begründet von *Roxin* GA 1963, 193 ff. für „organisatorische Machtapparate“; Ablehnend in Bezug auf Unternehmen *Rotsch* NStZ 2005, 13-16; *Kritsch* auch *Dous*, a.a.O. (Fn. 5), S. 174.; *Mittelsdorf* ZiS 2011, 123, 125.

<sup>119</sup> Kritisch wegen ihrer Weite *Seelmann*, in Alternativkommentar, StGB (1990), § 13 Rn. 33; Wegen ihres gewohnheitsrechtlichen Charakters und des zu Grunde liegenden fehlerhaften Kausalitätsverständnisses *Bergmann*, Strafbarkeit vertragswidrigen Unterlassens (Fn. 54), S. 242 ff., 245 f., 238 ff.; *Seebode*, in FS Spindel (Fn. 49), S. 317 342 f.; *ders.* JZ 2004, 305, 306.

<sup>120</sup> Ebenso *Jäger* JA 2012, 392, 394.; Die Ingerenz an Stelle der Geschäftsherrenhaftung befürworten *Beulke*, in: FS Geppert (Fn. 37), S. 23, 39 f.; *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung (Fn. 55), S. 252 f., 259 f.

<sup>121</sup> *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz (Fn. 34), S. 239.

<sup>122</sup> *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz (Fn. 34), S. 240.

<sup>123</sup> *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz (Fn. 34), S. 239.

<sup>124</sup> *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz (Fn. 34), S. 239 – 240.

<sup>125</sup> *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz (Fn. 34), S. 241 – 244.

<sup>126</sup> Siehe oben A., II. 2. „Die Geschäftsherrenhaftung als Folge mangelhafter Betriebsorganisation“.

Sämtliche Erklärungsmodelle der Geschäftsherrenhaftung orientieren sich an der mit den Kompetenzen des Geschäftsherrn einhergehenden Herrschaftsmacht und der daraus resultierenden Verpflichtung Gefahren einzudämmen. Diese Erwägungen nicht nur allgemein zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung anzustellen, sondern sie auch zur Bestimmung ihrer Reichweite heranzuziehen, ist daher konsequent. Das Ziel dieser Vorgehensweise ist dabei nicht Arbeitnehmer in einem ähnlichen Maße zu überwachen wie Kinder, Strafgefangene oder Patienten der geschlossenen Station einer psychiatrischen Klinik.<sup>127</sup> Vielmehr geht es darum die Umwelt und die Arbeitnehmer ausschließlich mittels der Instrumente vor Betriebsgefahren zu schützen, die das Arbeitsrecht dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt. Daher steht dieser Vorgehensweise auch der Grundsatz der Eigenverantwortung nicht entgegen.

Der Bauhof-Fall ist ein anschauliches Beispiel dafür, dass auf der Betriebsbeschaffenheit fußende Gefahren nicht zwingend maschinell oder chemisch sein müssen, sondern auch originär personell sein können. Denn *D.* war aufgrund seiner untergeordneten Position, der Zuweisung zur „Rödeltruppe“ und des völlig desorganisierten und behindertenfeindlichen Betriebsklimas den Angriffen dieser Tätergruppe besonders ausgeliefert.

## II. Die Geschäftsherrenhaftung

Die Betriebsbezogenheit ist nach alledem in Abhängigkeit einer Pflichtverletzung des Geschäftsherrn oder der Leitungsperson zu betrachten. *M.* als Vorarbeiter traf damit nach der ersten Tatbegehung die Pflicht, gegen die Taten von *S.*, *K.* und *B.* nach Maßgabe seiner Leitungsbefugnisse einzuschreiten. Hiervon machte er jedoch keinen Gebrauch. Als weitere Voraussetzung ist jedoch erforderlich, dass die Erfüllung der arbeitsrechtlichen Pflichten den tatbestandlichen Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abwenden würde. Da auch *J.*, der Leiter des Bauhofs, die Hilfesuche des *D.* stets zurückwies, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Meldung den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte. Eine von der Geschäftsleitung abgeleitete Garantenstellung aufgrund der Geschäftsherrenhaftung ist damit abzulehnen. Demgegenüber hätte *J.*, nachdem *D.* sich ihm gegenüber offenbarte, gegen *S.*, *K.* und *B.* im Rahmen seiner Organisationspflichten vorgehen müssen. Indem er hierauf verzichtete und weiterhin untätig blieb, traf ihn somit eine Garantenstellung im Sinne der Geschäftsherrenhaftung.

## III. Arbeitsrechtliche Pflichten

In Betracht kommt auch eine Beschützergarantenstellung des *M.* kraft übernommener arbeitsrechtlicher Pflichten. Die für die Strafbarkeit aus einem Unterlassungsdelikt notwendige Prämisse ist jedoch, dass außerstrafrechtliche Pflichten im Allgemeinen und arbeitsrechtliche Schutzpflichten im Besonderen eine Garantenstellung gemäß § 13 Abs. 1 StGB begründen können.

<sup>127</sup> Auf die für diese Personengruppe statuierten Aufsichtspflichten rekurriert *Beulke*, in: FS Geppert (Fn. 37), S. 23, 32.

## 1. Eignung außerstrafrechtlicher Normen zur Begründung einer Garantenstellung

In der die Garantenstellungen betreffenden Literatur wird teilweise angenommen, dass das Strafrecht ein in sich geschlossener Bereich sei und sich daher die Einstandspflicht des § 13 Abs. 1 StGB allein aus strafrechtlichen Wertungen speisen müsse.<sup>128</sup> Ungeeignet zur Begründung strafrechtlicher Garantenstellungen sind jedenfalls strafrechtliche Verbotsnormen, denn deren Normappell verlangt eine tatbestandliche Handlung zu unterlassen, und nicht eine die Tatbestandsverwirklichung aktiv verhindernde Handlung vorzunehmen.<sup>129</sup> Die Begründung einer Rechtspflicht aus dem zu Grunde liegenden Tatbestand müsste sich zudem – unverkennbar zirkelschlüssig – aus sich selbst heraus begründen.<sup>130</sup> Wären damit lediglich strafrechtliche Gebotsnormen in Bezug genommen, etwa § 323c StGB, so würde damit die darin postulierte Pflicht zur Hilfeleistung extrahiert und in § 13 I StGB implementiert.<sup>131</sup>

Dies widerspricht jedoch dem Sinn der jeweiligen Unterlassungsdelikte. Dieser liegt für § 13 Abs. 1 StGB darin, das Unrecht der Begehungsdelikte auf den Bereich des Unterlassens zu übertragen, soweit eine besondere Rechtspflicht besteht.<sup>132</sup> Demgegenüber statuiert § 323c StGB lediglich eine allgemeine Hilfspflicht ohne qualifizierte Anforderungen an die Person des Helfenden.<sup>133</sup>

Die Lebenswirklichkeit wird von einer Vielzahl von Rechtsmaterien durchwirkt. Der Versuch, das Strafrecht von zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Wertungen zu isolieren, würde unausweichlich zu gesetzlichen Widersprüchen führen.<sup>134</sup> Die Rechtsordnung ist daher vielmehr als systematisches Ganzes zu betrachten, was dazu führt, dass die Rechtsgebiete miteinander korrespondieren und sich ergänzen.<sup>135</sup> Die Grundlage einer

<sup>128</sup> *Dous*, a.a.O. (Fn. 5), S. 192 ff.; *Gallas*, Studien zum Unterlassungsdelikt (1990), S. 94. f.; *Pariona*, in: Festschrift für Roxin (2011), S. 853 (859 ff.).

<sup>129</sup> *Nitze*, Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (1989), S. 21, 88; *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik (2010), S. 97 f.; *Güntge*, Begehen durch Unterlassen (1995), S. 22 ff., insbesondere S. 27 f.

<sup>130</sup> *Herzberg*, Unterlassung im Strafrecht (Fn. 3), S. 214.

<sup>131</sup> Dagegen BGHSt 3, 65, 66 f.; *Heuchemer*, in: v. Heinschel-Heinegg, StGB (2010), § 13 Rn. 66; *Tag*, in: Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. (2013), § 13 Rn. 16; *Hoffmann-Holland* (Fn. 44), 7. Kap. Rn. 743.

<sup>132</sup> Ganz ähnlich *Bergmann*, Strafbarkeit vertragswidrigen Unterlassens (Fn. 54), S. 140; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Fn. 53), S. 620; *Gropp*, Strafrecht AT, 3. Aufl. (2005), § 11, Teil B, Rn. 8, 11; *Kühl* JuS 2007, 497, 498 f.; Eine Entsprechung von Begehen und Unterlassen lehnt ab *Nitze*, Bedeutung der Entsprechungsklausel (Fn. 128), S. 89 f., 111, 188 f.

<sup>133</sup> *Heinrich* (Fn. 23), § 27 Rn. 918; *Freund*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (2009), § 6 Rn. 10; *Ransiek* JuS 2010, 490, 493; *ders.* JuS 2010, 585, 587; *Wessels/Beulke/Satzger* (Rn. 64), § 16 Rn. 717.

<sup>134</sup> Etwa im Umweltstrafrecht, welches verwaltungsakzessorisch ausgestaltet ist *Felix*, Einheit der Rechtsordnung: Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer Argumentationsfigur (1998), S. 23 f.; *Heine* NJW 1990, 2425, 2427; Kritisch *Schall* NJW 1990, 1263, 1265.

<sup>135</sup> *Felix*, Einheit der Rechtsordnung (Fn. 133), S. 23 ff.; *Bergmann*, Strafbarkeit vertragswidrigen Unterlassens (Fn. 54)

Rechtspflicht im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB kann damit nur in einer außerstrafrechtlichen Norm liegen.<sup>136</sup>

## 2. Anforderungen an außerstrafrechtliche Normen

Mit der Anerkennung außerstrafrechtlicher Vorschriften zur Begründung einer Garantenstellung ist aber noch keine Erkenntnis darüber gewonnen, welche Voraussetzungen diese Rechtspflichten aufweisen müssen. Ließe man jedweden Rechtsgedanken zur Begründung einer Garantenstellung genügen, würden sich wahrscheinlich in sämtlichen denkbaren Fällen Garantenpflichten konstruieren lassen.<sup>137</sup> Die Voraussetzungen der Erfolgsabwendungspflicht des unechten Unterlassungsdeliktens wären selbst für versierte Rechtsanwender nicht mehr vorhersehbar. Um einer solchen, zweifellos verfassungswidrigen Ausweitung der Strafbarkeit entgegenzuwirken,<sup>138</sup> bedarf es genauer Kriterien, mit deren Hilfe sich die Eignung eines Gesetzes zur Begründung einer Garantenstellung bestimmen lässt.<sup>139</sup>

## 3. Funktionenlehre und Schutzzweck der Norm

Der Sinn der Funktionenlehre liegt in der Systematisierung und Kategorisierung möglicher Garantenstellungen anhand ihrer Rechtsnatur.<sup>140</sup> Bezüglich der Gefahren, die es abzuwehren oder einzudämmen gilt, sind die daraus abgeleiteten Garantenpflichten absolut zu verstehen.<sup>141</sup> Sie überdehnen daher regelmäßig die Grenzen der ihnen zu Grunde liegenden außerstrafrechtlichen Pflichten. Daher ist durch Auslegung der zivilrechtlichen Norm zu ermitteln, ob diese nach ihrem Schutzzweck und ihrer Schutzintensität auch zur Abwendung der konkreten Gefahr für das betreffende Rechtsgut verpflichtet und so

S. 221, S. 227 spricht von einer „Akzessorietät des Strafrechts“; *Schünemann*, Grund und Grenzen (Fn. 11), S. 221 – 226 erläutert, dass der Ursprung der meisten Garantenstellungen zumindest in außerstrafrechtlichen Regelungen liegt („Sekundarität“), sieht jedoch ein Erfordernis diese mit strafrechtlichen Wertungen zu unterfüttern.; *Herzberg*, Unterlassung im Strafrecht (Fn. 3), S. 216, erkennt außerstrafrechtlichen Wertungen zumindest indiziellen Charakter zu.; Unter Bezugnahme auf die Eigenständigkeit des Strafrechts ablehnend *Dous*, a.a.O. (Fn. 5), S. 194.

<sup>136</sup> *Mitsch* (Fn. 50), § 15 Rn. 52; *Puppe*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (2011), § 29 Rn. 2; Ablehnend *Grünwald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht? (2001), S. 131 f., 136 ff.

<sup>137</sup> *Coelln*, a.a.O. (Fn.17), S. 90.

<sup>138</sup> *Seebode*, in: FS Spendel (Fn. 49), S. 317, 340.

<sup>139</sup> BGHSt 3, 65, 67; *Haas*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 4), § 13 Rn. 53; *Tag*, in: HK-GS (Fn. 130), § 13 Rn. 16; *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz (Fn. 34), S. 228; *Warneke* NStZ 2010, 212, 213.

<sup>140</sup> *Schünemann*, in: 50 Jahre BGH, Bd. IV, 621 (635 f.); *Perdomo-Torres*, a.a.O. (Fn. 50), S. 33; *Tag*, in: HK-GS (Fn. 130), § 13 Rn. 16; *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 13 Rn. 16; *ders.* HRRS 2012, 177, 178; *Freund* (Fn. 132), § 6 Rn. 23.

<sup>141</sup> *Jasch* NStZ 2005, 8; Eingehend zu diesem Problem *Bergmann*, Strafbarkeit vertragswidrigen Unterlassens (Fn. 54), S. 201; Kritisch auch *Seelmann*, in: AK-StGB (Fn. 119), § 13 Rn. 33.

eine Garantenstellung begründen kann.<sup>142</sup> Die Erkenntnis, ob eine außerstrafrechtliche Pflicht auch eine Handlungspflicht im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB ist, ergibt sich nach alledem aus folgenden Kriterien. Zunächst ist unter Anwendung der Funktionenlehre zu ermitteln, ob die Norm dem Personenkreis, dem der Täter angehört eine Schutz – oder eine Aufsichtspflicht auferlegt. Diese Einteilung begründet noch keine Garantenpflicht per se, sondern verhilft zur Erkenntnis darüber, ob sich die Rechtspflicht dem Kreis möglicher Garantenstellungen zuweisen lässt. In einem weiteren Schritt ist zu ermitteln, ob die Norm nach ihrem Schutzzweck und unter Berücksichtigung ihrer Schutzintensität ein Einschreiten gegen die konkret in Rede stehende Gefahr gegenüber der geschädigten Person oder Sache erfasst.<sup>143</sup> Ist dem so, und der Verpflichtete blieb untätig, so unterließ er es, einen Erfolg abzuwenden, obgleich er rechtlich dafür einzustehen hatte, dass dieser Erfolg nicht eintritt. Der Voraussetzungen des Wortlauts von § 13 Abs. 1 StGB sind dann stets erfüllt.

## 4. Zwischenfazit

Das Strafrecht öffnet sich gegenüber außerstrafrechtlichen Normen und weist Instrumentarien auf, mit denen sich diese in das Konzept der Garantenstellung einordnen lassen. Im Folgenden wird überprüft, inwieweit sich die arbeitsrechtlichen Arbeitgeberpflichten in dieses Schema einfügen.

### a) Schutzpflichten des Arbeitgebers

Schutzpflichten des Arbeitgebers ergeben sich aus dem Dienstvertrag. Sie umfassen gemäß §§ 611, 241 Abs. 2 BGB die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Arbeitnehmers. Darüber hinaus erlegt ihm das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz weitere Pflichten zur Abwendung von Benachteiligungen und Belästigungen auf. Ob diese Vorschriften Misshandlungen der vorliegenden Art erfassen, bedarf der eingehenden Analyse.

### aa) Einteilung nach der Funktionenlehre

Ihrer Funktion nach haben die Schutzpflichten den Rechtscharakter einer Beschützergarantenstellung.<sup>144</sup> Dies ist allerdings nicht so offensichtlich, wie man auf den ersten Blick vermuten mag. Die Schutzpflichten können nämlich auch die Überwachung betriebseigener Gefahrenquellen mit umfassen, damit diese den Arbeitnehmer nicht schädigen. Diese Überwachungspflicht ergibt sich demnach aber nicht unmittelbar aus der arbeitsvertraglichen Schutzpflicht, sondern ist lediglich ein aus ihr folgender Rechtsreflex.

<sup>142</sup> So *Bergmann*, Strafbarkeit vertragswidrigen Unterlassens (Fn. 54), S. 195 ff.; *Seebode*, in: FS Spendel (Fn. 49), S. 317, 345.

<sup>143</sup> *Bergmann*, Strafbarkeit vertragswidrigen Unterlassens (Fn. 54), S. 198 ff.; *Seebode*, in: FS Spendel (Fn. 49), S. 317, 345.

<sup>144</sup> *Kuhn* wistra 2012, 297, 298; *Wolmerath*, Mobbing, Rechts-handbuch für die Praxis, 3. Aufl. (2007), 2. Kap. Rn. 208 f.



## bb) Schutzzweckzusammenhang

Die Schutzpflichten des Arbeitgebers haben den Zweck die Individualrechtsgüter des Arbeitnehmers vor Schäden zu bewahren. Dieser Pflichtenkreis umfasst alle Gefahren, die der Arbeitnehmer dadurch erleidet, dass er im Betrieb tätig wird, also auch Straftaten von Mitarbeitern, die diese aufgrund einer mangelhaften Betriebsorganisation begehen können.<sup>145</sup> Damit soll ein angemessenes Kräfteverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie den Mitarbeitern untereinander gewahrt werden. Die Schutzpflichten des Arbeitgebers umfassen folglich auch die konkret in Rede stehenden Gefahren.

Ein Teil der Literatur spricht arbeitsrechtlichen Schutzpflichten die notwendige Schutzintensität zur Begründung einer strafrechtlichen Garantenstellung ab. *Mühe* tut dies unter dem Gesichtspunkt gegenseitigen Vertrauens.<sup>146</sup> Dem Arbeitnehmer käme es vorrangig darauf an, seine Stellung im Betrieb zu halten und so seine Existenz zu sichern, während andere Rechtsgüter für ihn lediglich von hintergründigem Interesse seien.<sup>147</sup> Diese Wertung erscheint realitätsfern. Die meisten Arbeitnehmer wird es wohl tangieren, ob sie durch ihre Arbeit auch individuell geschädigt werden.<sup>148</sup> Eine Garantenstellung käme, so *Mühe*, lediglich dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Schutzpflicht übernimmt und der Arbeitnehmer auch auf ihre Einhaltung vertraut.<sup>149</sup>

Gegen das Kriterium des Vertrauens bestehen im konkreten Kontext schwerwiegende dogmatische Bedenken. Würden die arbeitsvertraglichen Schutzpflichten nur dann Wirkung entfalten, wenn der Arbeitnehmer darauf vertraut, so könnte sich der Arbeitgeber von vornherein dadurch exkulpieren, dass er der Entstehung von Vertrauen entgegenwirkt oder bereits entstandenes Vertrauen erschüttert. Der zivilrechtliche Pflichtenkreis würde nach der Transition in das Strafrecht durch die problematische Vertrauenslehre teleologisch reduziert. Auch bedarf es keines gesonderten Übernahmeakts des Arbeitgebers, denn die Übernahme der unabdingbaren Schutzpflichten erfolgt bereits mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages.<sup>150</sup> Der Arbeitgeber hat somit jedenfalls die Pflicht gegenüber dem Arbeitnehmer, Maßnahmen gegen schwere körperliche Misshandlungen anderer Mitarbeiter zu ergreifen. Diese unterfallen damit dem Schutzzweck der Norm.

## cc) Die Pflichtendelegation

Die Verpflichtung muss auch auf den Vorarbeiter *M.* übergegangen sein. Dieser hatte eine Leitungsfunktion

<sup>145</sup> *Wolmerath*, *Mobbing im Betrieb*, 2. Aufl. (2004), § 13 Rn. 113; *Schade*, *Arbeitsrecht* (2010), Rn. 258 f.

<sup>146</sup> *Mühe*, *Mobbing am Arbeitsplatz* (Fn. 34), S. 230 f.; Eine aus der Fürsorge des Arbeitgebers rührende Garantenstellung bejaht hingegen *Wolmerath*, *Mobbing im Betrieb* (Fn. 144), Rn. 113; *Gallas*, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, S. 90, führt sie auf die arbeitsrechtlichen Schutzpflichten zurück.

<sup>147</sup> Kritisch auch *Roxin* JR 2012, 305, 308.

<sup>148</sup> *Mühe*, *Mobbing am Arbeitsplatz* (Fn. 34), S. 230 f.

<sup>149</sup> *Mühe*, *Mobbing am Arbeitsplatz* (Fn. 34), S. 230 f.

<sup>150</sup> *Boemke*, in *HK-Arbeitsrecht*, 3. Aufl. (2013), § 611 Rn. 401; *Krause*, *Arbeitsrecht* (2011), § 12 Rn. 1.

inne, war aber nicht der Vorgesetzte des *D.* Die Stadt Hilchenbach übertrug ihre Weisungsmacht nicht auf ihn und demnach auch nicht ihre Schutzpflichten gegenüber *D.* Indem er und seine Mitangeklagten *D.* regelmäßig aufsuchten und ihm auch Aufgaben auftrugen, könnte *M.* diese Pflicht jedoch tatsächlich übernommen haben.

## dd) Die tatsächliche Übernahme

Die zivilrechtlichen Regeln zur Wirksamkeit von Verträgen lassen sich nur bedingt in das Strafrecht überführen.<sup>151</sup> Wenn eine Kinderfrau während eines Badeausflugs untätig bleibt, obgleich einer ihrer Schützlinge zu ertrinken droht, macht sie sich des Totschlags durch Unterlassen strafbar.<sup>152</sup> Daran ändert sich auch dann nichts, wenn sie ihren Arbeitsvertrag mit Erfolg anfigt und dieser dadurch ex tunc unwirksam wird.

Erscheint die Kinderfrau entgegen einer vertraglichen Vereinbarung nicht und die Eltern lassen die Kinder dennoch allein am See zurück, können sie sich, wenn ein Kind ertrinkt, nicht mit dem Verweis darauf exkulpieren, dass für die Überwachung wegen des Vertrages mit der Kinderfrau gesorgt war.<sup>153</sup> An diesem Beispiel zeigt sich, dass eine Übertragung des Vertragsrechts auf das Garantenerfordernis des § 13 Abs. 1 StGB von Friktionen mit den Wertungen des Strafrechts führt.<sup>154</sup> Aus diesem Grunde sind Vertragsvereinbarungen, die zur Begründung einer Garantenstellung in Betracht kommen, auf das Substrat der faktischen Übernahme einer Tätigkeit zu reduzieren.<sup>155</sup> Im vorliegenden Falle erscheint dies jedoch aus mehreren Gründen zweifelhaft. Zunächst ist nicht genau erwiesen, von welchen Mitgliedern der Tätergruppe die Weisungen an *D.* erteilt wurden. Da nur eine tatsächliche Ausübung der Weisungsmacht des Vorgesetzten auch die einverständliche Übernahme der Tätigkeit und die damit einhergehende Schutzpflicht begründen kann, ist dies problematisch. Darüber hinaus dienen die von der Tätergruppe übertragenen Aufgaben ausschließlich dem Zweck, *D.* zu demütigen. Ein Zusammenhang mit dem arbeitsrechtlichen Austauschverhältnis von Leistungen, aus dem auch die Schutzpflichten des Arbeitgebers resultieren, bestand nicht.

<sup>151</sup> *Haas*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 4), § 13 Rn. 101.

<sup>152</sup> Für die Eltern lässt sich in diesem Zusammenhang das im obigen Kontext gerügte Kriterium des gegenseitigen Vertrauens zur negativen Abgrenzung der Garantenstellung fruchtbar machen. Hat das Verhalten der Kinderfrau nie Zweifel an ihrer Zuverlässigkeit aufgeworfen, können die abwesenden Eltern grundsätzlich darauf vertrauen, dass sie die Kinder ordnungsgemäß überwacht.

<sup>153</sup> Ähnlich *Schünemann*, FS *Amelung* (Rn. 2), S. 303, 306; *Pariona*, in: FS *Roxin* (Rn. 127), S. 853, 861.

<sup>154</sup> *Puppe* (Fn. 135), § 29 Rn. 3; Dem Vertrag spricht *Seelmann*, in: *AK-StGB* (Fn. 119), § 13 Rn. 33 daher gleich jede Legitimationswirkung zur Begründung einer Garantenstellung ab.

<sup>155</sup> *Kühl* HRRS 2008, 359, 360; *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 130), § 13 Rn. 46; *Stree*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 20), § 13 Rn. 28; *Hoffmann-Holland* (Fn. 44), Kap. 7 Rn. 781.

## ee) Zwischenfazit

Eine Garantenstellung für *M.* ergab sich somit nicht aus den arbeitsrechtlichen Schutzpflichten. Allerdings traf die Arbeitgeberin des *M.*, die Stadt Hilchenbach, diese Schutzpflichten, welche sie mit der Übertragung der Weisungsmacht auf *J.*, den direkten Vorgesetzten des *D.* delegiert hat.<sup>156</sup> Seine Untätigkeit führt damit zu einer Strafbarkeit nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 4, 13 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB.<sup>157</sup>

## b) Das Benachteiligungsverbot des AGG

Der Pflichtenkreis des Arbeitgebers wird durch das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz erweitert. Gemäß § 12 Abs. 3 AGG muss der Arbeitgeber Benachteiligungen nach § 7 Abs. 1 AGG unterbinden, die von Beschäftigten ausgehen.

Hierfür verleiht ihm § 12 Abs. 3 AGG ein umfassendes Instrumentarium von Möglichkeiten, das bis zur außerordentlichen Kündigung reicht.<sup>158</sup> In § 7 Abs. 1 AGG findet sich ein Verweis auf § 1 AGG, welcher die Gründe für Benachteiligungen aufzählt, gegen die sich das Gesetz richtet und zu denen in der 6. Variante auch die Behinderung eines Menschen gehört. Nach § 3 Abs. 3 AGG ist eine Benachteiligung auch eine Belästigung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit dem Grund aus § 1 AGG in Zusammenhang stehen bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen und Erniedrigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Der Arbeitgeber hat damit gemäß §§ 12 Abs. 3, 7 I, 3 Abs. 3 AGG eine umfassende Pflicht zur Abwendung von würdeverletzenden Handlungen durch seine Beschäftigten.<sup>159</sup> Die Angriffe von *S.*, *K.* und *B.* waren schwerwiegende Verletzungen der Menschenwürde im oben genannten Sinne und schufen ein von Demütigungen und Erniedrigungen geprägtes Umfeld für *D.* Dessen Behinderung war ein maßgeblicher Grund für die schweren Misshandlungen. Durch eine Abmahnung oder Kündigung hätten sie wirksam unterbunden werden können. Der Schutzzweck von § 12 Abs. 1, 3 AGG und § 3 Abs. 3 AGG umfasst daher unzweifelhaft auch Rechtsgutsverletzungen der konkreten Misshandlungen.

<sup>156</sup> So auch AG Siegen 420 Cs 22, Urteil v. 23. Juli 2012, 1, 15.  
<sup>157</sup> Das AG Siegen 420 Cs 22, Urteil v. 23. Juli 2012 verurteilte *S.* demgegenüber wegen §§ 229 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB, obwohl es die Aussage von *D.*, er habe seinem Vorgesetzten immer wieder von den Misshandlungen berichtet, als glaubwürdig erachtete. Die Annahme, dass der Angeklagte, dem das gewalttätige Naturell von *S.* bekannt war, die Körperverletzungen billigend in Kauf nahm, erscheint jedoch naheliegender.

<sup>158</sup> Nicolai, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – AGG in der anwaltlichen Praxis (2006), § 2 Rn. 22; Nollert-Borasio/Perreng, 3. Aufl. (2011), § 12 Rn. 8.

<sup>159</sup> Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. (2014), AGG, § 12 Rn. 3; v. Roetteken, in: v. Roetteken, AGG (2014), § 12 Rn. 54; Linck, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Aufl. (2013), § 36 Rn. 73.

## aa) Einteilung nach der Funktionenlehre

Das AGG enthält in § 12 Abs. 3 eine Pflicht zur Aufsicht über Beschäftigte um andere Beschäftigte vor von diesen ausgehenden Belästigungen zu schützen. Das Gesetz statuiert damit unmittelbar Aufsichts- und Schutzpflichten. Eine eindeutige Zuordnung anhand der Rechtsnatur ist nicht möglich. Der Umstand, dass sich die Topoi Überwachung und Schutz nicht immer klar differenzieren lassen, stellt eine Schwäche der Funktionenlehre dar.<sup>160</sup> Da § 12 Abs. 3 AGG beide Funktionen inhärent sind, kommt eine Garantenstellung zur Aufsicht des *M.* zur Abwendung würdeverletzender Misshandlungen durch *S.*, *K.* und *B.* in Betracht.

## bb) Schutzzweckzusammenhang

Das primäre Schutzgut von § 12 Abs. 3, § 7 Abs. 1 und § 3 Abs. 3 AGG ist die Menschenwürde, die vor verletzenden Eingriffen von Mitarbeitern geschützt werden soll.<sup>161</sup> Der Begriff der Belästigung umfasst sämtliche Handlungen, die geeignet sind ein von Erniedrigungen geprägtes Umfeld für das Opfer zu schaffen.<sup>162</sup> Auch Körperverletzungen werden hiervon erfasst.<sup>163</sup> Damit schützen die Normen zwar nicht final, aber doch mittelbar vor körperlichen Misshandlungen, soweit diese auch einen würdeverletzenden Eingriff darstellen.<sup>164</sup> Die von *S.*, *K.*, und *B.* vorgenommenen Übergriffe auf *D.* waren sowohl schwere körperliche Misshandlungen als auch massive Würdeverletzungen. Damit besteht ein Schutzzweckzusammenhang zwischen ihren Taten und der Pflicht zur Verhinderung von Belästigungen nach dem AGG.

## cc) Die Pflichtendelegation

Der Wortlaut von § 12 Abs. 1 AGG adressiert ausschließlich den Arbeitgeber. Hierunter fallen nach § 6 Abs. 2 AGG natürliche und juristische Personen und Personengesellschaften, die Arbeitnehmer gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG beschäftigen. Mitglieder der unteren Leitungsebene sind selbst Arbeitnehmer, sodass die Pflicht aus § 12 Abs. 1 AGG nicht an diese delegiert werden kann. Aus dieser Systematik ergibt sich damit, dass § 12 Abs. 1 AGG eine nicht delegierbare Arbeitgebervorschrift

<sup>160</sup> Bergmann, Strafbarkeit vertragswidrigen Unterlassens (Fn. 54), S. 202; Freund (Fn. 132), § 6 Rn. 23.

<sup>161</sup> Adomeit/Mohr, AGG, 2. Auflage (2012), § 3 Rn. 211; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 4. Aufl. (2013), § 3 Rn. 138.

<sup>162</sup> Fuchs, in: Bamberger/Roth, BGB, Bd. II, 3. Aufl. (2012), § 3 AGG Rn. 10; Flohr/Ring, Das neue Gleichbehandlungsgesetz (2006), § 3 AGG, Rn. 116.

<sup>163</sup> Richardi/Fischinger, in: Staudinger, BGB, Buch II, Dienstvertragsrecht 1, 2. Aufl. (2011) § 611 Rn. 99; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Auflage (2011), § 3 Rn. 41; Flohr/Ring, Gleichbehandlungsgesetz (Rn. 162), § 3 AGG Rn. 115.

<sup>164</sup> Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 282; Fuchs, in: Bamberger/Roth (Fn. 161), § 3 AGG Rn. 10; Boemke/Danko, AGG im Arbeitsrecht (2007), § 3 Rn. 21, 24; Steinkühler, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2007), Rn. 59, 61; Schrader/Schubert, in: HK-AGG, 3. Aufl. (2013), § 3 AGG Rn. 66a, 67.

darstellt.<sup>165</sup> Arbeitgeber war hier die Stadt H. Diese ist als Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Das deutsche Strafrecht ist jedoch nur auf natürliche Personen anwendbar. Da § 12 Abs. 1 AGG keine Norm des besonderen Teils des StGB mit speziellen strafbegründenden Merkmalen ist, ist auch eine Zurechnung gemäß § 14 Abs. 1 StGB ausgeschlossen.

#### dd) Zwischenfazit

Damit trafen weder den Vorarbeiter *M.* noch *J.* den Vorgesetzten des *D.* eine Garantenstellung aus den Vorschriften des AGG. Sie begründen allerdings einen Anspruch auf Schadensersatz des *D.* gegenüber der Stadt Hilchenbach.

### IV. Ergebnis

Im Ergebnis trifft *M.* keine Garantenstellung zur Verhinderung der von *S.*, *K.* und *B.* begangenen Straftaten, was auf die prognostisch geringe Wirksamkeit der ihm zur Verfügung stehenden Maßnahmen zurückzuführen ist. *S.* den Vorgesetzten des *M.* trifft die von seinem Arbeitgeber delegierte Aufsichtsgarantenstellung über *S.*, *K.* und *B.*, sowie eine Beschützergarantenstellung zur Abwendung von Schäden der Rechtsgüter von *D.*

### E. Schlussbemerkung und Ausblick

Eine Garantenstellung des *M.* entfällt aus dem Grunde, dass der ihm in der Hierarchie übergeordnete Geschäftsführer des Bauhofs zum Einschreiten ebenfalls nicht bereit war. Auch eine konsequente Auslegung der konkreten Betriebsgefahr des BGH wäre aus diesem Grunde an der Quasi-Kausalität gescheitert, welche nach dem Ansatz des Verfassers in modifizierter Form auch ein Bestandteil der Betriebsbezogenheit ist.<sup>166</sup> Dass diese kollektive Desorganisation und Missachtung eines ande-

<sup>165</sup> Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht (2012), S. 178; Krause (Fn. 149), § 4 Rn.25.

<sup>166</sup> Siehe oben A., II., 2. „Die Geschäftsherrenhaftung als Folge mangelhafter Betriebsorganisation“.

ren Menschen die Garantenstellung für den stets anwesenden Vorarbeiter entfallen lassen soll, widerstrebt zwar dem Gerechtigkeitsempfinden, ist aber wegen des in § 13 Abs. 1 StGB normierten unechten Kausalitätsnachweises hinzunehmen. Allerdings erscheint die Möglichkeit, dass *M.* die Täter zwar stets begleitete, aber zu deren Taten niemals anregte oder diese befürwortete, lebensfern. Das LG Siegen hätte daher die Vorwürfe des *D.*, deren Glaubwürdigkeit durch die gutachterlichen Ausführungen des Psychiaters untermauert wurde, als Beweis ausreichen lassen und eine Strafbarkeit des *M.* wegen zumindest psychischer Beihilfe anerkennen sollen. Dies hätte den Umweg über das unwegsame Gelände des begehungsgleichen Unterlassungsdelikts entbehrlich werden lassen. Dass der BGH in der Zukunft eine derart enge Auslegung des Betriebsbezugs vertritt, deren konsequente Handhabung das gesamte Wirtschaftsstrafrecht aus dem Anwendungsbereich der Geschäftsherrenhaftung ausschließt, ist wenig wahrscheinlich. Vielmehr werden spätere Entscheidungen das Kriterium der Betriebsbezogenheit fallbezogen weiter ausgestalten. Damit sind durchaus Widersprüche mit der Entscheidung des 4. Strafsenats zu erwarten. Zum Abschluss sei noch eine Anmerkung zum Geschehen auf dem Hilchenbacher Bauhof erlaubt, die keinen Zusammenhang mit der rechtlichen Bewertung des Falles aufweist.

Die Urheber der Gewalttaten sind Familienväter und in die örtlichen Vereinsstrukturen der Stadt integriert. Der Umstand, dass vermeintlich normale Menschen zu derartigen Grausamkeiten in der Lage sind, erinnert an das dunkelste Kapitel unserer Geschichte. Die Geschehnisse sollten ein Mahnmal für diese erschreckende Seite der menschlichen Natur sein. Das Opfer *D.* befand sich in einer ihm nahezu ausweglos erscheinenden Situation, denn ein Hilfesuch an seine Umwelt barg die Gefahr, dass die Täter ihre Todesdrohung in die Tat umsetzen. Dass er den Mut gefunden hat, sich dennoch zu offenbaren und nicht an den über zwei Jahre anhaltenden Misshandlungen zerbrochen ist, verdient den allerhöchsten Respekt. Ihm ist zu wünschen, dass er das Erlebte so gut wie möglich verwindet.

#### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# 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.

#### **468. BGH 1 StR 126/14 – Beschluss vom 8. April 2014 (LG Stuttgart)**

Stalking (Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot); Festsetzung der Tagessätze einer Geldstrafe (Einbeziehung der Geldstrafe in die Gesamtstrafe; nachträgliche Festsetzung durch Revisionsgericht); versuchte Nötigung. § 40 Abs. 4 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 240 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 238 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

#### **469. BGH 1 StR 24/14 – Beschluss vom 27. März 2014 (LG Traunstein)**

Protokollierungspflicht (keine Pflicht zur gesonderten Protokollierung einer späteren Einlassung des Angeklagten über persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse; Rekonstruktionsverbot). § 273 Abs. 1 StPO

#### **470. BGH 1 StR 336/13 – Beschluss vom 13. Februar 2014 (LG Mannheim)**

Ausschluss des Verfalls wegen einer unbilligen Härte (Voraussetzungen: Verhältnis zu § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB; Beurteilungsprerogative des Tatrichters: revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Ausschluss des Verfalls wegen Nichtmehrvorhandensein des Erlangten im Vermögen des Täters (Voraussetzungen). § 73c Abs. 1 Satz 1, Satz 2 StGB

#### **471. BGH 1 StR 336/13 – Beschluss vom 13. Februar 2014 (LG Mannheim)**

Vernehmung eines Auslandszeugens (Erforderlichkeit: Gesamtwürdigung des Tatrichters, Darstellung im Abhehnungsbeschluss); Bedeutungslosigkeit einer Beweis-

tatsache; Bestechung ausländischer Amtsträger im Zusammenhang mit internationalem geschäftlichen Verkehr (autonome Auslegung des Amtsträgerbegriffs i.S.d. Art. 2 § 1 Nr. 2 Buchst. a IntBestG und sonstiger Tatbestandsvoraussetzungen nach dem OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr; Bestimmung der Pflichtwidrigkeit: Recht des entsprechenden ausländischen Staates); Verletzung der Buchführungspflicht (erforderlicher Zusammenhang zwischen tatbestandsmäßigem Verhalten und der objektiven Bedingung der Strafbarkeit); Wertersatzverfall (Unterscheidung der Erlangung „aus“ und „für“ die Tat); Verfall bei Handeln für einen anderen (Erlangung durch den Täter selber). § 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 StPO; § 331 Abs. 1 StGB; Art. 2 § 1 Nr. 2 Buchst. a IntBestG; Art. 1 Abs. 4 Buchst. c des OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr; § 283b Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 283 Abs. 6 StGB; § 73 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 73a StGB

#### **472. BGH 1 StR 485/13 – Urteil vom 11. Februar 2014 (LG Freiburg)**

BGHSt; Anforderungen an ein freisprechendes Urteil; Besitz jugendpornographischer Schriften (Begriff der [jugend-]pornographischen Schrift). § 267 Abs. 5 StPO; § 184b Abs. 1 StGB

#### **473. BGH 1 StR 612/13 – Beschluss vom 9. April 2014 (LG München I)**

Mitteilungspflichten über Erörterungsgespräche zur Möglichkeit einer Verständigung (Umfang; Beruhen des Urteils auf fehlender Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

**474. BGH 2 StR 349/13 – Urteil vom 2. April 2014 (LG Bonn)**

Verhängung einer Jugendstrafe.  
§ 17 Abs. 2 JGG

**475. BGH 2 StR 405/12 – Beschluss vom 17. April 2014 (LG Köln)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Unfähigkeit zur Unrechtseinsicht: Vorwerfbarkeit); Tateinheit bei Mittäterschaft (uneigentliches Organisationsdelikt).  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 17 Abs. 2 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**476. BGH 2 StR 458/13 – Urteil vom 19. März 2014 (LG Limburg)**

Alkoholbedingt verminderte Schuldfähigkeit.  
§ 21 StGB

**477. BGH 2 StR 505/13 – Beschluss vom 26. März 2014 (LG Darmstadt)**

Mord (niedrige Beweggründe: Gesamtwürdigung der Tatumstände; gesonderte Prüfung bei Mittäterschaft).  
§ 211 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**478. BGH 2 StR 554/13 – Urteil vom 2. April 2014 (LG Limburg)**

Anforderungen an ein freisprechendes Urteil.  
§ 267 Abs. 5 StPO

**479. BGH 2 StR 558/13 – Beschluss vom 19. Februar 2014 (LG Köln)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zeitpunkt der früheren Verurteilung; letzte tatrichterlicher Sachentscheidung zur Schuld – und Straffrage; Unterbringungsanordnung als solche Entscheidung; Reihenfolge der Vollstreckung).  
§ 55 Abs. 1 StGB; § 67 StGB

**480. BGH 2 ARs 30/14 2 AR 340/13 – Beschluss vom 1. April 2014 (Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen Ludwigsburg)**

Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Massentötungen ausländischer Hilfstruppen der SS (Amtsträgerstellung der Täter; Tatbegehung als Amtsträger; intertemporales Strafanwendungsrecht).  
§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 5 Nr. 13 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts vom 6. Mai 1940 (RGBl. I S. 754); § 4 Abs. 3 Nr. 1 RStGB

**481. BGH 4 StR 23/14 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Verden)**

Absehen des Revisionsgerichts von der Aufhebung des Urteils wegen Rechtsfehlern bei der Strafzumessung (Angemessenheit der verhängten Strafe).  
§ 354 Abs. 1a StPO

**482. BGH 4 StR 47/14 – Urteil vom 10. April 2014 (LG Frankenthal)**

Anordnung der Unterbringung im einem psychiatrischen Krankenhaus (Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Begehung erheblicher rechtswidriger Taten: schwere Störung des Rechtsfriedens als Folge).

§ 63 StGB

**483. BGH 4 StR 535/13 – Urteil vom 24. April 2014 (LG Halle)**

Parteiverrat.  
§ 356 StGB

**484. EuGH C-129/14 PPU – Urteil der Großen Kammer vom 27. Mai 2014 (Fall Zoran Spasic)**

Europäische Grundrechtsdogmatik (Auslegung der GRC; Voraussetzungen der sekundärrechtlichen Einschränkung von Unionsgrundrechten; Bedeutung der Erläuterungen zur Charta der Grundrechte); europäisches ne bis in idem (Strafklageverbrauch; Vollstreckungsbedingung des Art. 54 SDÜ; Vollstreckung einer aus zwei selbständigen Hauptstrafen, hier Freiheits – und Geldstrafe, bestehenden Sanktion; Verhältnismäßigkeit); Europäischer Haftbefehl; Betrug.  
Art. 50 GRC; Art. 52 Abs. 1, Abs. 7 GRC; Art. 54 SDÜ; Art. 4 Abs. 3 EUV; Art. 6 Abs. 1 UA 3 EUV; Art. 267 AEUV; Art. 35 EU; RbEuHb; § 263 StGB

**485. BGH 1 StR 106/14 – Beschluss vom 27. März 2014 (LG Stuttgart)**

Vergewaltigung (Beischlaf; Gewalt); schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes.  
§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB

**486. BGH 1 StR 4/14 – Beschluss vom 11. März 2014 (LG München II)**

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung /Zäsur).  
§ 54 StGB

**487. BGH 1 StR 589/13 – Beschluss vom 29. Januar 2014 (LG Augsburg)**

Unzulässige Strafschärfung infolge des Verteidigungsverhaltens (Strafzumessung).  
§ 46 StGB

**488. BGH 1 StR 735/13 – Beschluss vom 11. März 2014 (LG München I)**

Reichweite des fehlgeschlagenen Versuchs und erforderliche Feststellungen bei der Flucht des Opfers.  
§ 24 StGB

**489. BGH 1 StR 82/14 – Beschluss vom 5. Mai 2014 (LG Nürnberg-Fürth)**

Unbegründete Anhörungsrüge; Begründungspflicht für letztinstanzliche Entscheidungen.  
Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

**490. BGH 2 StR 160/12 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Frankfurt a. M.)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**491. BGH 2 StR 67/14 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Darmstadt)**

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

**492. BGH 2 StR 316/13 – Urteil vom 2. April 2014 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**493. BGH 2 StR 367/13 – Urteil vom 5. März 2014 (LG Aachen)**

Tatsächlich fehlende oder eingeschränkte Einsichtsfähigkeit.

§ 20 StGB; § 21 StGB

**494. BGH 2 StR 391/13 – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)**

Unstatthafte Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

**495. BGH 2 StR 652/13 – Beschluss vom 3. April 2014 (LG Darmstadt)**

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung).

§ 400 Abs. 1 StPO

**496. BGH 2 ARs 365/13 (2 AR 247/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)**

Unzulässige Gegenvorstellung; kein Akteneinsichtsrecht hinsichtlich des Senatshefts.

Vor § 1 StPO; § 147 Abs. 5 und 7 StPO

**497. BGH 4 StR 110/14 – Beschluss vom 22. April 2014 (LG Halle)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**498. BGH 4 StR 20/14 – Beschluss vom 27. März 2014 (LG Paderborn)**

Täterschaftliches Handelstreiben (Abgrenzung von der Beihilfe).

§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**499. BGH 4 StR 44/14 – Beschluss vom 23. April 2014 (LG Paderborn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**500. BGH 4 StR 113/14 – Beschluss vom 24. April 2014 (LG Konstanz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**501. BGH 4 StR 341/13 – Beschluss vom 27. März 2014 (LG Hagen)**

Konkurrenzen bei der Teilnahme (Beihilfe zu Einzelhandlungen; Bewertungseinheit beim Haupttäter: Absetzen bei der Hehlerei, Unterscheidung Vollendung und Versuch, natürliche Handlungseinheit); sukzessive Beihilfe; Revisionserstreckung.

§ 259 Abs. 3 StGB; § 27 StGB; § 259 StGB; § 357 StPO

**502. BGH 4 StR 479/13 – Beschluss vom 24. April 2014 (LG Bochum)**

Unbegründete Anhörungsrüge; unzulässiges Ablehnungsgesuch.

§ 356a StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO

**503. BGH 4 StR 570/13 – Beschluss vom 23. April 2014 (LG Bielefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**504. BGH 3 StR 178/13 – Urteil vom 20. Februar 2014 (LG Düsseldorf)**

Einheitliche Tat des Computerbetruges bei in kurzem zeitlichen Abstand getätigten Zugriffen an ein und demselben Geldautomaten (natürliche Handlungseinheit); Betrug durch nicht autorisierte Überweisungen (Vermögensgefährdung der Bank bei drohendem Zugriff des Täters auf das Zielkonto; Vermögensschaden des Inhabers des belasteten Kontos; Verhältnis von Betrug durch Überweisung und Computerbetrug durch Abheben; mitbestrafte Nachtat).

§ 263 StGB; § 263a StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**505. BGH 3 StR 304/13 – Urteil vom 20. März 2014 (LG Hildesheim)**

Unzulängliche Würdigung einer geständigen Einlassung (fehlende Erörterung entgegenstehender Beweisanzeichen; Stimmigkeit; Vereinbarkeit der Einlassung mit sonstigen Ermittlungsergebnissen); Unwirksamkeit der Rechtsmittelbeschränkung bei anderenfalls drohenden Widersprüchen.

§ 261 StPO; § 344 StPO

**506. BGH 3 StR 353/13 – Beschluss vom 20. März 2014 (LG Stralsund)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (unzulässige nachteilige Schlüssen aus der anfänglichen Zeugnisverweigerung der Eltern des Angeklagten); Tatobjekt der Brandstiftung (Begriff des „Wasserfahrzeugs“; Verlust der Eigenschaft als Betriebsstätte); Abgrenzung der beiden Tatvarianten bei der Sachbeschädigung; Mittäterschaft bei paralleler Verwirklichung gleichartiger Taten; Revisionsentscheidung bei fehlendem Strafantrag; Friedensstörung durch Androhung von Straftaten.

§ 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 261 StPO; § 306 StGB; § 303 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 354 StPO; § 206a Abs. 1 StPO; § 126 StGB

**507. BGH 3 StR 424/13 – Urteil vom 20. März 2014 (LG Hannover)**

Versuchsbeginn beim Mord (Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch; Versuchsbeginn trotz längerer Zeitspanne bis zur geplanten Tötung; konkrete Gefährdung des Opfers; Bedeutung des grausamen Handelns).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB

**508. BGH 3 StR 429/13 – Urteil vom 20. März 2014 (LG Düsseldorf)**

Voraussetzungen der Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht (Tatbegriff; innerer und verbindender Bezug zwischen der eigenen und der offenbarten Tat); allgemeine Kronzeugenregelung (kein Zusammenhangserfordernis in der alten Gesetzesfassung).

§ 31 BtMG; § 46b StGB

**509. BGH 5 StR 123/14 – Beschluss vom 24. April 2014 (LG Berlin)**

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Handelstreiben mit bzw. der Einfuhr von Betäubungsmitteln (Anwendbarkeit der allgemeinen Abgrenzungskriterien; tatrichterliche Würdigung; zulässiger Rückschluss auf

eigenes Tatinteresse trotz Fehlens einer konkret benannten finanziellen Beteiligung).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 25 StGB

**510. BGH 5 StR 37/14 – Urteil vom 10. April 2014 (LG Braunschweig)**

BGHR; Anforderungen an die Prognose der Erfolgsaussicht bei der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht trotz prognostizierter Therapiedauer von mehr als zwei Jahren).

§ 64 S. 2 StGB

**511. BGH 5 StR 65/14 – Beschluss vom 9. April 2014 (LG Berlin)**

Unzureichende Würdigung zur subjektiven Tatseite bei der räuberischen Erpressung (Irrtum über das Bestehen von Forderungen, deren Durchsetzung mit Gewalt verhindert wird); lebensgefährdende Behandlung durch Schusswaffe mit Gummigeschossen.

§ 255 StGB; § 16 Abs. 1 S. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

**512. BGH 1 StR 13/13 – Beschluss vom 25. April 2014 (LG Potsdam)**

BGHSt; konkludente Täuschung über subventionsrechtlich erhebliche Preisbestandteile durch Einreichung eines Subventionsantrags (tatsächlich entstandene Kosten; verdeckte Zahlungsrückflüsse [kick-backs] beim Einsatz von Subunternehmern); Vermögensschaden bei Subventionsbetrug (schadensgleiche Vermögensgefährdung beim Erlass eines Zuwendungsbescheides; Erreichung und Bestimmung des Förderzwecks; Mittelabruf; Beendigung und Verjährung bei sukzessivem Subventionsabruf); Geschäftsverteilung bei Wirtschaftsstrafsachen (Konzentrationsgebot; Bildung mehrerer Wirtschaftsstrafkammern; gesetzlicher Richter); Besorgnis der Befangenheit (Besuchsüberwachung und Postbeschlagnahme bei Verteidiger im Hintergrund; rechtzeitige Ablehnung).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB; § 264 StGB; § 78 StGB; § 78a StGB; § 35 GmbHG; § 43 GmbHG; § 181 BGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 74c Abs. 1 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 1 und Nr. 3 StPO; § 24 StPO; § 25 StPO; § 148 StPO

**513. BVerfG 2 BvR 599/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Mai 2014 (OLG München / LG Augsburg)**

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Unzulässigkeit einer Rechtsbeschwerde mangels ausreichender Begründung; Verfahrensrüge; Darlegungsanforderungen; Befangenheit eines Richters).

§ 90 Abs. 2 BVerfGG; § 28 Abs. 2 StPO; § 118 Abs. 2 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG

**514. BVerfG 2 BvR 1800/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. April 2014 (LG Braunschweig)**

Arbeitspflicht eines sehbehinderten Strafgefangenen (belastende Wirkung der Zuweisung von Zellenarbeit anstelle von Arbeit in der Gemeinschaft mit anderen Gefangenen; Taschengeldanspruch; Recht auf effektiven Rechtsschutz; wirksame gerichtliche Kontrolle; Vorweg-

nahme der Hauptsache; zweckentsprechende Auslegung eines Eilantrages).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 17 NJVollzG; § 19 NJVollzG; § 102 NJVollzG

**515. BGH 3 StR 11/14 – Beschluss vom 25. März 2014 (LG Hannover)**

Parallele Anordnung von Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und Sicherungsverwahrung (Anforderungen an die Prognose der Erfolgsaussichten einer Therapie; Verkürzung der Therapiedauer durch vorbereitende Sozialtherapien).

§ 66 StGB; § 64 S. 2 StGB

**516. BGH 3 StR 1/14 – Beschluss vom 18. März 2014 (LG Trier)**

Subjektiver Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen (Erfordernis der Absicht, sich oder den Schutzbefohlenen sexuell zu erregen; keine Anstiftung bei fehlender tatbestandsmäßiger Absicht des Haupttäters).

§ 174 Abs. 2 StGB; § 26 StGB

**517. BGH 3 StR 20/14 – Beschluss vom 20. März 2014 (LG Düsseldorf)**

Unzureichende, da rudimentäre und formelhafte Begründung der Anspruchshöhe beim Adhäsionsausspruch.

§ 404 StPO

**518. BGH 3 StR 2/14 – Beschluss vom 25. März 2014 (LG Wuppertal)**

Unzureichende Erörterung der Voraussetzungen des erweiterten Verfalls; Erkenntnis auf Verfall von Wertersatz in der Revisionsinstanz.

§ 73d StGB; § 73a StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**519. BGH 3 StR 28/14 – Beschluss vom 20. März 2014 (LG Verden)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung des Wertersatzverfalls bei der Bestechung (entgegenstehende Ansprüche von Verletzten; Geschäftsherr als Verletzter bei der Bestechung).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 299 StGB; § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO; § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB; § 681 Satz 2 BGB; § 667 BGB

**520. BGH 3 StR 33/14 – Beschluss vom 27. März 2014 (LG Rostock)**

Unzureichende Erörterung der Antragsberechtigung hinsichtlich des Adhäsionsverfahrens (keine ausreichenden Feststellungen zur Erbenstellung des Sohnes des Geschädigten als Antragssteller).

§ 403 StPO; § 404 StPO

**521. BGH 3 StR 48/14 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Koblenz)**

Regelmäßig keine Teilbarkeit der Schuldfähigkeitsbeurteilung bei mehreren durch eine Handlung verwirklichten BtM-Delikten; keine Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bei prognostizierter Therapiedauer von mehr als zwei Jahren.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 29a BtMG; § 30a BtMG; § 64 S. 2 StGB

**522. BGH 3 StR 61/14 – Beschluss vom 17. April 2014 (LG Kleve)**

Kein Teilfreispruch beim Wegfall tatmehrheitlich angeklagter Delikte durch die Annahme von Bewertungseinheiten.

§ 260 StPO

**523. BGH 3 StR 103/14 – Beschluss vom 27. März 2014 (LG Kleve)**

Rechtsfehlerhafte Verurteilung wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung (kein hinreichender Beleg des Finalzusammenhangs; unterbliebene Erörterung eines möglichen Rücktritts).

§ § 255 StGB; § 253 StGB; § 249 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB

**524. BGH 3 StR 104/14 – Beschluss vom 14. Mai 2014 (LG Mainz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**525. BGH 3 StR 123/14 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Mönchengladbach)**

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (fehlende Mitteilung des Standes der Vollstreckung einer Geldstrafe; keine Angaben zum Tatzeitpunkt bzgl. einer Vorverurteilung).

§ 55 StGB

**526. BGH 3 StR 131/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Bückeburg)**

Anordnung von Führungsaufsicht (fehlender richterlicher Hinweis auf eine mögliche Führungsaufsicht; Anforderungen an die Gefahrprognose bei nicht vorbestraftem Angeklagten).

§ 68 StGB; § 265 StPO

**527. BGH 3 StR 300/13 – Beschluss vom 25. März 2014 (LG Verden)**

Auswechslung des Ablehnungsgrundes durch das Revisionsgericht bei Hilfsbeweisansträgen.

§ 244 StPO

**528. BGH 3 StR 69/14 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Kleve)**

Rechtsfehlerhafter Adhäsionsausspruch (Verzinsung ab Rechtshängigkeit des Adhäsionsantrags; Vorbehalt des Anspruchsübergangs auf Sozialversicherungsträger oder andere Versicherer).

§ 404 StPO; § 116 SGB X; § 86 VVG

**529. BGH 3 StR 79/14 – Beschluss vom 18. März 2014 (LG Koblenz)**

Keine Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bei prognostizierter Therapiedauer von mehr als zwei Jahren.

§ 64 S. 2 StGB

**530. BGH 3 StR 85/14 – Beschluss vom 25. März 2014 (LG Trier)**

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung unter Einbeziehung eines nur als Entwurf vorliegenden Strafbefehls; Einziehungsentscheidung (keine ausreichende Bestimmung der einzuziehenden Gegenstände).

§ 55 StGB; § 74 StGB

**531. BGH 3 StR 355/13 – Beschluss vom 17. April 2014 (LG Hannover)**

Unverhältnismäßigkeit der Anordnung von Sicherungsverwahrung bei Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe (Übergangsrecht; Altfälle; Weitergeltungsanordnung; strikte Verhältnismäßigkeit).

§ 66 StGB; § 316e EGStGB; § 316f EGStGB

**532. BGH 3 StR 365/13 – Beschluss vom 23. Januar 2014 (LG Oldenburg)**

Unzureichende Prüfung des Schadensmerkmals beim Betrug (fehlende Erörterung von Werthaltigkeit und Realisierbarkeit vorhandener Sicherheiten).

§ 263 StGB

**533. BGH 5 StR 107/14 – Beschluss vom 8. April 2014 (LG Itzehoe)**

Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH zum europäischen Arzneimittelbegriff (Anwendung auf gesundheits-schädigend wirkende Stoffe ohne therapeutischen Nutzen).

§ 2 AMG; RL 2001/83/EG; RL 2004/27/EG

**534. BGH 5 StR 107/14 – Beschluss vom 8. April 2014 (LG Itzehoe)**

Vorlage zur Vorabentscheidung durch EuGH (Antrag auf Eilvorabentscheidungsverfahren wegen Untersuchungshaft des betroffenen Angeklagten).

Art. 267 AEUV; Art. 107 Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften

**535. BGH 5 StR 116/14 – Beschluss vom 24. April 2014 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**536. BGH 5 StR 127/14 – Beschluss vom 9. April 2014 (LG Saarbrücken)**

Urteilsaufhebung aufgrund der unterlassenen Prüfung einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung.

§ 55 StGB

**537. BGH 5 StR 129/14 – Beschluss vom 22. April 2014 (LG Bremen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**538. BGH 5 StR 65/14 – Beschluss vom 9. April 2014 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

**539. BGH 5 StR 143/14 – Beschluss vom 23. April 2014 (LG Görlitz)**

Unzutreffende Annahme einer strafschärfend berücksichtigten geplanten und vorbereiteten Vorgehensweise bei der Tötung eines Neugeborenen durch die Mutter.

§ 212 StGB; § 261 StPO

**540. BGH 5 StR 146/14 – Beschluss vom 22. April 2014 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO



**541. BGH 5 StR 166/14 – Beschluss vom 23. April 2014 (LG Bremen)**

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

**542. BGH 5 StR 171/14 – Beschluss vom 24. April 2014 (LG Berlin)**

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

**543. BGH 5 StR 551/11 – Beschluss vom 24. April 2014**

Festsetzung des Höchstbetrages der Pauschgebühr für Wahlverteidiger wegen des besonderen Umfangs des Revisionsverfahrens und des außergewöhnlichen Schwierigkeitsgrades.

§ 42 RVG; § 60 RVG; VV-RVG 4130

**544. BGH StB 22/13 – Beschluss vom 10. April 2014 (OLG Hamburg)**

„Hypothetische Schlüssigkeitsprüfung“ im Wiederaufnahmeverfahren.  
§ 359 StPO

**545. BGH StB 4/14 – Beschluss vom 10. April 2014 (OLG Hamburg)**

Keine Aussetzung des Strafrests zur Bewährung nach Verbüßung von zwei Dritteln der Haftstrafe (Prognose der Legalbewährung bei schwersten Delikten; Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit; „Terrorhelfer“; Mitwirkung an Vorbereitung der Attentate vom 11. September 2001).

§ 57 StGB