

Publikationen

- Wiss. Ass. **Stephan Schlegel**, Univ. Zürich – „**Beschlagnahme**“ von E-Mail-Verkehr beim Provider
Zugl. Bespr. zu BVerfG HRRS 2007 Nr. 125 S. 44
- RA **Jürgen Detlef W. Klengel**, RA **Markus Rübenstahl**, Mag. iur., Frankfurt a.M. – **Zum „strafrechtlichen“ Wettbewerbsbegriff des § 299 StGB und zum Vermögensnachteil des Geschäftsherren bei der Vereinbarung von Provisionen bzw. „Kick-backs“** Zugl. Bespr. Zu BGH HRRS 2006 Nr. 767 – „Allianz Arena München“ S. 52
- Wiss. Ass. Dr. **Michael Kubiciel**, Univ. Regensburg – **Wetten und Betrug – Zur konkludenten Täuschung** Anmerkungen zu BGH HRRS Nr. 2007 Nr. 1 („Hoyzer“-Fall) S. 68
- Von RA Dr. phil. **Rico Kauerhof** D.E.A. (Paris-Sorbonne), Leipzig – **Ein Anti-Doping-Gesetz als Garant für den sauberen Sport!** S. 71

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen und eine Buchanzeige von Duncker & Humblot.

Entscheidungen

- | | | |
|--------|--|--|
| BGer | Verwertungsverbot bei anonymen Zeugen und mangelnder Konfrontation | |
| BVerfG | Gesetzlicher Richter im Adhäsionsverfahren | |
| BVerfG | Verstoß gg. das Schuldprinzip durch staatlich gesetzte Tatzäsur bei Kindesentziehung | |
| BVerfG | Zugriff auf private Emails des Beschuldigten beim Emailprovider | |
| BGH | Unterrichtung eines vorübergehend entfernten Angeklagten durch Mitverfolgung per Videoübertragung (BGHSt) | |
| BGH | Folgen des Widerrufs einer Rechtshilfebewilligung (BGHSt) | SCHRIFTLEITUNG
Karsten Gaede |
| BGH | Ausschlussfrist bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (BGHSt) | c/o RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net |
| BGH | Revisibilität der Fristenregelung des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO für die Urteilsverkündung | REDAKTION
Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede,
Stephan Schlegel (Webmaster) |
| BGH | Gewalt gegen ein schreiendes Kleinkind | Als ständige Mitarbeiter wirken mit: |
| BGH | Online-Durchsuchung unzulässig (BGHSt) | Prof. Dr. <i>Daniela Demko</i> , LL.M., (Univ. Luzern); <i>Antje du Bois-Pedain</i> , M.Jur. (Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. <i>Diethelm Kleszczewski</i> (Univ. Leipzig); Prof. Dr. <i>Hans Kudlich</i> (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg i.Br. Dr. <i>Frank Meyer</i> , LL.M. (Yale); <i>Tilo Mühlbauer</i> (Dresden); RA <i>Markus Rübenstahl</i> , mag. iur. (White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. <i>Frank Saliger</i> (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. <i>Christoph Sowada</i> (Univ. Rostock); RA <i>Klaus-Ulrich Ventzke</i> (Hamburg) und Prof. Dr. <i>Wolfgang Wohlers</i> (Univ. Zürich). |

Diese Ausgabe umfasst 129 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. *Daniela Demko*, LL.M., (Univ. Luzern); *Antje du Bois-Pedain*, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. Max-Planck-Institut Freiburg i.Br. Dr. *Frank Meyer*, LL.M. (Yale); *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. *Frank Saliger* (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

8. Jahrg., Februar 2007, Ausgabe **2**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

123. BGer 1P.61/2006 - Urteil vom 25. April 2006 (KG St. Gallen)

Recht auf ein faires Verfahren (Konfrontationsrecht: Verwertungsverbot bei anonymen Zeugen: Zusicherung der Anonymität außerhalb von Fällen der organisierten Kriminalität; Verhältnismäßigkeit und ausschlaggebende bzw. wesentliche Bedeutung der Aussage; Verwertungsverbot und Beweiswertverbot; Gesamtbetrachtung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

1. Nach Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK hat der Beschuldigte ein Recht darauf, den Belastungszeugen zu befragen. Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte den Belastungszeugen wenigstens einmal während des Verfahrens in direkter Konfrontation befragen konnte. Um sein Fragerecht wirksam ausüben zu können, muss der Beschuldigte in die Lage versetzt werden, die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen zu prüfen und den Beweiswert seiner Aussagen zu hinterfragen. Ersteres kann der Beschuldigte nur, wenn er die Identität des Zeugen kennt; diese ist ihm daher grundsätzlich offen zu legen.

2. Dies schließt allerdings nicht aus, die Identität des

Zeugen ausnahmsweise geheim zuhalten und von einer direkten Konfrontation des Zeugen mit dem Beschuldigten abzusehen, wenn dies zur Wahrung schutzwürdiger Interessen erforderlich ist. Als solche anerkannt sind namentlich die Gewährleistung der persönlichen Sicherheit des Zeugen und, im Falle von verdeckten Ermittlern, die Wahrung ihrer beruflichen Integrität, um ihnen die Fortführung ihrer Tätigkeit im Dienst der Polizei zu ermöglichen. Lässt das Gericht zu, dass ein Zeuge anonym bleibt und bei seiner Befragung sichergestellt wird, dass er weder optisch noch an seiner Stimme erkannt werden kann (indirekte Konfrontation), muss es die dadurch bewirkte Einschränkung der Verteidigungsrechte möglichst kompensieren. Es hat sich namentlich davon zu überzeugen, dass die Identität des Zeugen feststeht und ausgeschlossen werden kann, dass ein anderer an seiner Stelle Zeugnis ablegt.

3. Nach der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes ist die Zulassung anonymer Belastungszeugen mit der Folge, dass dadurch das Recht des Beschuldigten beschnitten wird, ihm in direkter Konfrontation Fragen zu stellen, ausgeschlossen, wenn dem streitigen Zeugnis eine ausschlaggebende Bedeutung zukommt, es mithin den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt

(soweit kein Verfahren wegen Kindesmissbrauchs betroffen ist).

4. Zu einem Einzelfall, in dem die Verwertung der Aussage eines anonymen Zeugen auf Grund einer ungenügenden Kompensation (hier: keine Gelegenheit zur indirekten Konfrontation durch den Verteidiger oder den Angeklagten) unabhängig von einem ausschlaggebenden Beweiswert dieser Aussage zu einer Konventionsverletzung führte.

127. BVerfG 2 BvR 958/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Dezember 2006 (LG Heidelberg/AG Heidelberg)

Adhäsionsverfahren; Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Befangenheit; Richterablehnung); verfassungskonforme Auslegung.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 403 StPO; § 404 Abs. 2 StPO; § 22 ff StPO

1. Der materielle Gewährleistungsgehalt des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber durch Vorschriften über die Richterablehnung oder -ausschließung Sorge zu tragen, dass der Rechtsuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet (vgl. BVerfGE 10, 200, 213 f.; 89, 28, 36).

2. Der Kläger im Adhäsionsverfahren ist als Rechtsuchender im Sinne der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anzusehen, dem die Ablehnung des gesetzlichen Richters offen steht, wenn dieser nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet.

3. Die Rechtsfolgenverweisung des § 404 Abs. 2 StPO ist in verfassungskonformer Auslegung so zu verstehen, dass sie sich auf die Begründung eines Ablehnungsrechts des Adhäsionsklägers mit Eingang seines Antrags bei Gericht erstreckt. Über ein Ablehnungsgesuch des Adhäsionsklägers ist dann nach den für den Strafprozess geltenden Vorschriften der §§ 22 ff. StPO zu entscheiden.

132. BVerfG 2 BvR 1895/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Dezember 2006 (OLG Frankfurt am Main/LG Darmstadt)

Keine Strafe ohne Schuld („ne bis in idem“); Kindesentziehung (Dauerdelikt; Zäsurwirkung einer Verurteilung; neuerlicher Tatentschluss; fortgesetzte Unterlassung einer Zustimmungserklärung zur Ausreise eines Kindes aus Algerien); Zweck des Strafrechts (Schuldausgleich; kein Mittel zur Erzwingung unvertretbarer Handlungen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 13 StGB

1. Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe. Der Grundsatz „Keine Strafe ohne Schuld“ hat Verfassungsrang; er findet seine Grundlage im Gebot der Achtung der Menschenwürde sowie in Art. 2 Abs. 1 GG und im Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 9, 167, 169; 95, 96, 140; stRspr).

2. Die Strafe ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, dass sie - wenn nicht ausschließlich, so doch auch - auf gerechte Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Die Strafe antwortet auf ein rechtswidriges sozialetisches Fehlverhalten.

3. Es stellt einen offensichtlichen Verstoß gegen das Schuldprinzip dar, wenn der Staat durch einen bloßen, nicht näher begründeten Verweis auf die dogmatische Figur der „Zäsurwirkung“ einer vorausgegangenen Verurteilung selbst die Voraussetzungen für die Verurteilung wegen einer vermeintlich neuen Tat schafft.

4. Im Falle eines auch nach einer Verurteilung fortgesetzten strafbaren Unterlassens bedarf es näherer Feststellungen dahingehend, dass der Täter einen neuen, von der ersten Verurteilung qualitativ verschiedenen Tatentschluss gefasst hat.

5. Ungehorsam ist einem rechtsstaatlichen Strafrecht als Strafgrund fremd und könnte allenfalls - begriffen als beharrliche Verletzung von Rechtspositionen anderer oder der Allgemeinheit - bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden.

130. BVerfG 2 BvR 1349/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Juni 2006 (OLG München)

Informationelle Selbstbestimmung (unzulässige Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht zur Entbindung eines Arztes von der Schweigepflicht; Normenklarheit); Verfassungsmäßigkeit einer nach Erledigterklärung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus eingetretene Führungsaufsicht (Unanwendbarkeit des Rückwirkungsverbotes; kein Vertrauensschutz).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 7 EMRK; § 68 b Abs. 2 StGB; § 67 d Abs. 6 Satz 2 StGB; § 145a StGB

1. Das Grundgesetz gewährt dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist (vgl. BVerfGE 6, 32, 41; 32, 373, 378 f.). Angaben eines Arztes über Anamnese, Diagnose und therapeutische Maßnahmen betreffen zwar nicht die unantastbare Intimsphäre, wohl aber den privaten Bereich des Patienten. Damit nehmen sie teil an dem Schutz, den das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG dem Einzelnen vor dem Zugriff der öffentlichen Gewalt gewährt.

2. Derzeit besteht keine hinreichende gesetzliche Grundlage i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG, welche die Weisung zur Entbindung eines behandelnden Arztes von der Schweigepflicht im Rahmen einer nach Erledigterklärung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus eingetretene Führungsaufsicht ermöglicht.

3. Das absolute Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG umfasst nur Maßnahmen mit Strafcharakter, hingegen nicht die Maßregeln der Besserung und Sicherung

(vgl. BVerfGE 109, 133, 167), zu denen auch die Führungsaufsicht gehört (§ 61 Nr. 4 StGB).

131. BVerfG 2 BvR 1392/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juni 2006 (OLG Koblenz/LG Koblenz)

Auferlegung von Gutachterkosten bei gerichtlichen Entscheidungen über die Fortdauer des Maßregelvollzugs (Resozialisierungsgebot; Veranlasserprinzip und Verschuldensprinzip).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 464a Abs. 1 Satz 2 StPO; § 454 Abs. 2 StPO; § 463 Abs. 3 StPO, § 67d StGB

1. Ordnet das Gericht im Vorfeld einer Entscheidung über die Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung gemäß §§ 57, 57 a StGB, § 454 Abs. 2 StPO ein Sachverständigengutachten für die Gefährlichkeitsprognose an, so ist es jedenfalls von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, die Kosten des Gutachtens zu den Vollstreckungskosten im Sinne von § 464 a Abs. 1 Satz 2 StPO zu rechnen.

2. Die Auferlegung von Auslagen kann in Widerstreit mit dem aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten Anspruch auf Resozialisierung (vgl. BVerfGE 35, 202, 235 f.; 36, 174, 188) geraten, wenn weder das vorhandene Vermögen des Verurteilten noch seine derzeitigen oder - sich etwa bei bevorstehender Entlassung konkret abzeichnenden - zukünftigen Einkünfte eine - auch nicht ratenweise - Befriedigung der Verbindlichkeit in absehbarer Zeit erwarten lassen und hierdurch die Wiedereingliederung in die Gesellschaft erschwert wird.

128. BVerfG 2 BvR 26/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Januar 2007 (BGH/OLG Düsseldorf)

Kein Zeugnisverweigerungsrecht für Gefängnisseelsorger (Ausschluss bei nicht seelsorgerischen Gesprächen; Beichtgeheimnis; Kernbereich privater Lebensgestaltung); Religionsfreiheit (Überzeugungen; innere Not); Berufsfreiheit (Abwägung des Strafverfolgungsinteresses mit Beeinträchtigungen der Berufsausübung durch Zeugenaussage); Freiheit der Person (Beugehaft; Verhältnismäßigkeit; Begründungsanforderungen); Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 4 Abs. 1 und 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO; § 70 StPO

1. Geistliche i.S.d. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO sind jedenfalls auch Seelsorger, die keine Kleriker sind, wenn diese nach den durch das kirchliche Dienstrecht vorgesehenen Voraussetzungen hauptamtlich beauftragt sind.

2. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Rechtsprechung das Zeugnisverweigerungsrecht des Geistlichen bezüglich Tatsachen welche ihm in seiner Eigenschaft als Seelsorger anvertraut oder bekannt geworden sind, verneint, wenn es sich bei den Tatsachen um nichtseelsorgerische (hier die Recherche nach Versicherungsadressen) handelt.

3. Ungeachtet seiner prozessualen Funktion als Beweismittel darf der - grundsätzlich der Aussage- und Wahrheitspflicht unterstehende - Zeuge nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens gemacht werden und müssen seine Persönlichkeitsrechte angemessene Berücksichtigung finden (vgl. BVerfGE 38, 105, 113 f.). Die Rücksichtnahme auf die Subjektstellung des Zeugen und seine Grundrechte begründet allerdings keinen generellen Anspruch des Zeugen, vor Konflikten und Beeinträchtigungen bewahrt zu werden, die aus seiner Zeugnispflicht herrühren können. Diese müssen vielmehr in einem der Bedeutung des beeinträchtigten Grundrechts angemessenen Verhältnis zu dem mit der Zeugnispflicht verfolgten Ziel stehen.

4. Im Einzelfall und unter strengen Voraussetzungen können sich Beweisverbote - denen die Zeugnisverweigerungsrechte zugerechnet werden können - unmittelbar aus der Verfassung ergeben. Ein Verzicht auf das Beweismittel kann unter anderem geboten sein, wenn durch seine Herbeiziehung der Kernbereich privater Lebensgestaltung verletzt wird. Zu diesem Kernbereich zählt unter anderem das seelsorgerische Gespräch mit einem Geistlichen.

124. BVerfG 2 BvR 237/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. April 2006 (LG Hamburg/AG Hamburg)

Anspruch auf Löschung von bei Dritten beschlagnahmten Datenträgern (informationelle Selbstbestimmung; Rechtsweg; Begriff des Betroffenen); Erschöpfung des Rechtsweges; Durchsuchung (keine eigene und unmittelbare Betroffenheit); Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 489 Abs. 2 StPO; § 23 EGGVG; § 24 EGGVG; § 94 StPO; § 102 StPO

1. Geht es dem Betroffenen - dies kann nach dem Dateninhalt auch ein anderer als der Beschuldigte oder der letzte Gewahrsamsinhaber sein - nach Herausgabe der Beweismittel darum, den Zugriff der Ermittlungsbehörden auf die von ihnen gespiegelten Datenbestände zu unterbinden, steht ihm gemäß § 489 Abs. 2 StPO ein Anspruch auf Datenlöschung zur Seite. Kommt die Staatsanwaltschaft einem auf Datenlöschung gerichteten Antrag nicht nach, so ist hiergegen der Rechtsweg zum Oberlandesgericht gemäß §§ 23 ff. EGGVG eröffnet

2. Werden Einwände gegen Maßnahmen in einem Ermittlungsverfahren erhoben, das sich gegen einen anderen richtet, und der Ausspruch eines Beweisverwertungsverbotes begehrt, bedarf es besonderer Darlegungen, ob und inwiefern eine strafrechtlich nachteilige Verwertung der Beweismittel zu Lasten der Drittbetroffenen zu befürchten steht.

125. BVerfG 2 BvR 902/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Braunschweig/AG Braunschweig)

„Beschlagnahme“ von E-Mail in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (Fernmeldegeheimnis; informationelle Selbstbestimmung; Abschluss des Übertragungs-

vorganges); einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde; redaktioneller Hinweis.

§ 32 BVerfGG; Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 94 StPO; § 98 StPO; § 100a StPO

1. Zu einer erfolgreichen einstweiligen Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde gegen die Beschlagnahme von E-Mail-Verkehr beim Provider.

2. Die Frage, ob in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) eingegriffen wird, wenn die Ermittlungsbehörden die auf dem Server eines Kommunikationsunternehmens oder Serviceproviders gespeicherten E-Mails eines Kommunikationsteilnehmers kopieren und die so erlangten Daten auswerten ist verfassungsrechtlich noch nicht abschließend geklärt.

126. BVerfG 2 BvR 2557/06 – Beschluss vom 10. Januar 2007 (BGH/OLG Hamburg)

Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Begründungsgebot: Auseinandersetzung mit der Rechtslage nach einfachem Recht, der Verfassungsrechtsprechung und der angegriffenen Entscheidung, Substantiierungserfordernis); Fall Motassadeq (Schuldpruchänderung durch den Bundesgerichtshof; Zwischenrechtsbehelf); Nichtannahmebeschluss.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 238 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

1. Die den §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG entspringende Pflicht, die Verfassungsbeschwerde zu begründen, verlangt von einem Beschwerdeführer auch, sich mit der Rechtslage nach einfachem Recht (vgl. BVerfGE 101, 331, 346) und mit vom Bundesverfassungsgericht ausgebildeten verfassungsrechtlichen Maßstäben (vgl. BVerfGE 99, 84, 87) auseinanderzusetzen. Erforderlich ist insoweit eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der Fachgerichte und des Bundesverfassungsgerichts zu der aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Problematik.

2. Ordnungsgemäß begründet ist eine Verfassungsbeschwerde nur dann, wenn sie sich umfassend mit den angegriffenen Entscheidungen und deren konkreten Begründungen auseinandersetzt. Aus diesem Gebot einer umfassenden Würdigung der angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen folgt für den Beschwerdeführer zugleich das Verbot, diejenigen fachgerichtlichen Erwägungen bei der verfassungsrechtlichen Wertung außer Betracht zu lassen, die der behaupteten Grundrechtsverletzung entgegenstehen könnten.

3. Die Änderung des Schuldspruches durch vom Bundesgerichtshof im Fall Motassadeq begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

4. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Rechtsprechung der Revisionsgerichte zu § 238 Abs. 2 StPO als

Zulässigkeitsvoraussetzung für Verfahrensrügen als verfassungskonform an.

133. BVerfG 2 BvR 2226/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Dezember 2006 (LG Mainz/AG Bingen am Rhein)

Gebot der Schuldangemessenheit der Strafe (Jugendstrafe; gefährliche Körperverletzung); Willkürverbot (Schwere der Schuld); Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 223 StGB; § 224 StGB; § 17 Abs. 2 JGG

1. Nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip darf die Strafe die Schuld des Täters nicht übersteigen. Sie muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen (vgl. BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 285 ff.; 50, 5, 12). Die Strafzumessung ist Sache der Tatgerichte und der Prüfung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich entzogen, es sei denn, die Strafzumessung entferne sich so weit von dem Gedanken des gerechten Schuldausgleichs, dass sie sich als objektiv willkürlich erweist. Diese Grundsätze gelten auch für die Verhängung von Jugendstrafe.

2. Ein Verstoß gegen das Willkürverbot kann neben einem Verstoß gegen das Gebot schuldangemessenen Strafens in Betracht kommen, soweit Gesichtspunkte der Strafzumessung in Rede stehen, die nicht das Verhältnis der Höhe der Strafe zum Maß des Verschuldens betreffen.

129. BVerfG 2 BvR 803/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Dezember 2006 (OLG Oldenburg)

Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Erledigung; fortbestehendes Rechtsschutzinteresse); Anspruch auf ein faires Verfahren (sachwidrige Behandlung eines Antrages auf gerichtliche Entscheidung als Dienstaufsichtsbeschwerde); Hausverbot in einer Justizvollzugsanstalt.

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 119 Abs. 6 StPO; § 23 EGGVG

Mit der Verpflichtung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und den Anforderungen eines fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG) ist es unvereinbar, wenn Gerichte dem Betroffenen eine Entscheidung zur Sache wegen Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzbegehrens versagen, nachdem sie selbst durch verfahrensfehlerhafte Behandlung des zugrundeliegenden Antrags verhindert haben, dass eine gerichtliche Entscheidung vor Erledigung zustande kam. Dies gilt auch dann, wenn es bei sachgerechter Verfahrensgestaltung vor Eintritt der Erledigung möglicherweise nicht zu einer Entscheidung in der Hauptsache, sondern lediglich zu einer rechtzeitigen Entscheidung über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gekommen wäre.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

187. BGH 3 StR 392/06 - Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Lüneburg)

„Unechtes Unternehmensdelikt“ (Vorverlagerung der Vollendung; Erfolgsvorsatz des Teilnehmers; agent provocateur); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

§ 15 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB; § 29 BtMG

1. Der Vorsatz des Anstifters oder Gehilfen muss sich in jedem Fall auf eine vollendete Haupttat erstrecken. Wenn die Haupttat objektiv nicht über das Versuchsstadium hinausgelangt, genügt für die Annahme einer strafbaren Beteiligung an dieser versuchten Tat dementsprechend nicht, dass der Teilnehmer lediglich den Vorsatz hatte, dass es durch seine Anstiftungs- oder Unterstützungshandlung zu dem tatsächlich begangenen Versuch kommen wird. Vielmehr kommt eine strafbare Teilnahme erst in Betracht, wenn er eine vollendete Tat angestrebt hat oder - zumindest mit bedingtem Vorsatz - von einer Vollendung ausgegangen ist.

2. Die Natur des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln als eines unechten Unterlassungsdelikts bedingt, dass als vollendetes Handeltreiben auch solche Handlungen bestraft werden, bei denen es sich qualitativ um einen Versuch des Delikts handelt. Diese nicht zuletzt kriminalpolitisch bedingte Vorverlagerung der Vollendungsstrafbarkeit kann aber nicht zum Maßstab der inneren Tatseite des Teilnehmers gemacht werden. Vielmehr kann derjenige, der sich durch Anstiftungs- oder Gehilfenhandlungen vorsätzlich an Handlungen eines anderen beteiligt, die sich für den Täter formell als vollendetes Handeltreiben darstellen, ihrer Qualität nach aber Versuchshandlungen sind, nur dann wegen Teilnahme bestraft werden, wenn er sich - jedenfalls mit bedingtem Vorsatz - vorstellt, dass es zu einem Betäubungsmittelumsatz auch tatsächlich kommt.

141. BGH 2 StR 340/06 - Urteil vom 18. Oktober 2006 (LG Aachen)

Bedingter Tötungsvorsatz (Darlegung; Urteilsgründe; Beweiswürdigung; Hemmschwelle; gefährliche Gewalt-handlung; Erkennen; Vertrauen; affektive Einzelhandlung); Rücktritt vom Versuch.

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 24 Abs. 1 StGB

1. Bei gefährlichen Gewalthandlungen liegt es zwar nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit, das Opfer könne zu Tode kommen, rechnet und einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt, wenn er gleichwohl sein ge-

fährliches Handeln fortsetzt. Deshalb ist grundsätzlich ein Schluss von der objektiven Gefährlichkeit der Handlungen des Täters –der äußeren Tatseite – auf den bedingten Tötungsvorsatz – also die innere Tatseite – möglich.

2. Angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung ist aber immer auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten. Insbesondere bei einer spontanen, unüberlegten, in affektiver Erregung ausgeführten Einzelhandlung kann aus dem Wissen von einem möglichen Erfolgseintritt nicht allein ohne Berücksichtigung der sich aus der Persönlichkeit des Täters und der Tat ergebenden Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das selbständig neben dem Wissenselement stehende Willenselement des Vorsatzes gegeben ist. Danach ist es im Einzelfall denkbar, dass der Täter zwar alle Umstände kennt, die sein Vorgehen zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, dass er sich aber - etwa infolge einer psychischen Beeinträchtigung - gleichwohl nicht bewusst ist, dass sein Tun zum Tod des Opfers führen kann oder dass er ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der Tod werde nicht eintreten.

3. In der Regel wird das Vertrauen auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges dann zu verneinen sein, wenn der vorgestellte Ablauf eines Geschehens einem tödlichen Ausgang so nahe ist, dass nur noch ein glücklicher Zufall diesen verhindern kann. Wird das Opfer in einer Weise verletzt, die offensichtlich mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit - etwa einem Stich in das Herz vergleichbar - zum Tode führt, so liegt (zumindest) bedingter Tötungsvorsatz auf der Hand, ohne dass es dafür besonderer Anforderungen an die Darlegung der inneren Tatseite in den Urteilsgründen bedarf.

193. BGH 3 StR 436/06 - Urteil vom 21. Dezember 2006 (LG Hildesheim)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (nicht pathologische Persönlichkeitsstörung; andere schwere seelische Abartigkeit); verminderte Schuldfähigkeit (Rechtsfrage; normative Gesichtspunkte; Anforderungen der Rechtsordnung; Schwere des Delikts).

§ 63 StGB; § 21 StGB

1. Persönlichkeitsstörungen, die bei Straftätern häufig vorliegen, können sich noch innerhalb der Bandbreite menschlichen Verhaltens bewegen und Ursache für strafbares Tun sein, ohne dass das Eingangsmerkmal einer

schweren anderen seelischen Abartigkeit für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB erfüllt ist.

2. Bei einer nicht pathologisch bedingten Persönlichkeitsstörung liegt eine andere schwere seelische Abartigkeit nur dann vor, wenn sie in ihrem Gewicht einer krankhaften seelischen Störung gleichkommt und Symptome aufweist, die in ihrer Gesamtheit das Leben des Täters vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen stören, belasten oder einengen. Zur Feststellung dessen bedarf es einer Gesamtschau auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung der Persönlichkeit des Angeklagten und deren Entwicklung, der Tatvorgeschichte, dem unmittelbaren Anlass und der Ausführung der Tat sowie des Verhaltens nach der Tat.

3. Ob die Steuerungsfähigkeit eines Angeklagten im Sinne des § 21 StGB erheblich vermindert war, ist eine Rechtsfrage, die der Tatrichter ohne Bindung an die Meinung des Sachverständigen in eigener Verantwortung zu beantworten hat. Bei der Prüfung fließen normative Gesichtspunkte mit ein, wobei entscheidend die Anforderungen sind, die die Rechtsordnung an jedermann stellt. Diese sind umso höher, je schwerwiegender das in Rede stehende Delikt ist. Daher ist die Prüfung nicht generell, sondern in Bezug auf jede einzelne Tat vorzunehmen.

137. BGH 2 StR 301/06 - Urteil vom 29. November 2006 (LG Köln)

Beihilfe zur Untreue (Feststellung der Haupttat; Gehilfenvorsatz); Geldwäsche; Begünstigung.
§ 27 StGB; § 266 StGB; § 257 StGB; § 261 StGB

Der Gehilfenvorsatz muss sich zwar nicht auf die Ausführung einer in allen Einzelheiten, wohl aber in ihren wesentlichen Merkmalen und Grundzügen konkretisierten Tat richten (vgl. BGHSt 42, 135, 137 ff.; BGH NJW 1982, 2453, 2454).

103. BGH 4 StR 537/06 – Beschluss vom 19. Dezember 2006 (LG Hagen)

Freiwilligkeit des Rücktritts (Aufgeben der Tat; Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch nach der maßgeblichen Vorstellung des Angeklagten; sog. Rücktrittshorizont; fehlgeschlagener Versuch; mangelnde Feststellungen und Zweifelsgrundsatz).
§ 24 Abs. 1 StGB

Für das freiwillige Aufgeben der Tat gilt der Zweifelsgrundsatz (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 199; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Freiwilligkeit 26). Allerdings kann die Aufgabe der Tat unfreiwillig sein, wenn sich der Täter nach Tatbeginn mit einer ihm, verglichen mit der Tatplanung, derart ungünstigen Risikoerhöhung konfrontiert sieht, so dass er das mit der Tat verbundene Wagnis nunmehr als unvertretbar hoch einschätzt (vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Freiwilligkeit 16).

79. BGH 1 StR 583/06 – Urteil vom 19. Dezember 2006 (LG Landshut)

Keine Verletzung der Öffentlichkeit durch teilweise Aufrechterhaltung der Öffentlichkeit (Recht auf Nichtöffentlichkeit); verminderte Schuldfähigkeit bei Sexualdelikten im hohen Alter; redaktioneller Hinweis.
§ 338 Nr. 6 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 176 StGB; § 21 StGB; § 336 Satz 2 StPO

1. Eine nähere Erörterung der Schuldfähigkeit ist zwar nicht bei jedem Täter geboten, der jenseits einer bestimmten Altersgrenze erstmals Sexualstraftaten begeht. Sie kann aber dann angezeigt sein, wenn weitere Besonderheiten bestehen, die auf eine für die Beurteilung der Schuldfähigkeit relevante Möglichkeit altersbedingter Enthemmung hinweisen. Solche Besonderheiten ergeben sich nicht allein aus einer festgestellten Impotenz.

2. § 338 Nr. 6 StPO ist nur einschlägig, wenn die Öffentlichkeit in ungesetzlicher Weise beschränkt worden ist, also nicht, wenn unter Nichtanwendung oder Verletzung der Vorschriften über den möglichen Ausschluss der Öffentlichkeit öffentlich verhandelt worden ist (st. Rspr., vgl. schon BGHSt 10, 202, 206 f.).

91. BGH 4 StR 421/06 – Urteil vom 14. Dezember 2006 (LG Essen)

Bandenmitgliedschaft (Feststellungen) und Täterschaft und Teilnahme bei Bandendelikten (tatbezogene Prüfung); Strafzumessung (Revisibilität).
§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 46 StGB

1. Die Frage, ob die Beteiligung an einer Bandentat Mitäterschaft oder Beihilfe ist, beurteilt sich auch beim bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach den allgemeinen Grundsätzen über die Abgrenzung zwischen diesen Beteiligungsformen (BGH NStZ 2002, 375, 377). Wesentliche Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob ein Tatbeteiligter beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln Mittäter oder nur Gehilfe ist, sind insbesondere der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Tatbeteiligten abhängen (st. Rspr., vgl. nur BGH NStZ 1999, 451, 452; 2000, 482).

2. Betäubungsmittel vertreibt i.S.d § 6 Nr. 5 StGB, wer allein oder durch seine Mitwirkung ihren in der Regel entgeltlichen Absatz an andere fördert. Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts aus § 6 Nr. 5 StGB gilt auch für im Ausland begangene Beihilfehandlungen zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, sofern sich diese auf den unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln beziehen. „Tat“ im Sinne der §§ 3 ff. StGB ist auch die Teilnahme.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

174. BGH 3 StR 246/06 - Urteil vom 31. August 2006 (LG Oldenburg)

Erpresserischer Menschenraub (Versuch; Vollendung; Zwei-Personen-Verhältnis; stabilisierte Bemächtigungssituation; Nötigungsmittel; Bemächtigungsmittel).
§ 239a StGB

1. Der Tatbestand des § 239a Abs. 1 StGB ist im Zwei-Personen-Verhältnis, insbesondere für Fälle des Sichbemächtigen, einschränkend auszulegen. Der Täter muss durch die Anwendung von Gewalt oder durch Drohungen gegen das Opfer eine stabile Bemächtigungslage schaffen und beabsichtigen, diese Lage für sein weiteres Vorgehen auszunutzen. Dabei muss dieser Lage mit Blick auf die erstrebte Erpressung eine eigenständige Bedeutung zukommen.

2. Mit der eigenständigen Bedeutung der Bemächtigungslage ist - insbesondere in Abgrenzung zu den Raubdelikten - lediglich gemeint, dass sich über die in jeder mit Gewalt verbundenen Nötigungshandlung liegende Beherrschungssituation hinaus eine weitergehende Drucksituation auf das Opfer gerade auch aus der stabilen Bemächtigungslage ergeben muss. Der erforderliche funktionale Zusammenhang liegt daher nicht vor, wenn sich der Täter des Opfers durch Nötigungsmittel bemächtigt, die zugleich unmittelbar der beabsichtigten Erpressung dienen, wenn also Bemächtigungs- und Nötigungsmittel zusammenfallen.

3. Der Vollendung des erpresserischen Menschenraubes steht nicht entgegen, dass die Erpressung im Versuchsstadium steckengeblieben ist. Anders als bei der 1. Alt. des § 239a Abs. 1 StGB genügt für § 239a Abs. 1 2. Alt. zwar nicht die bloße Erpressungsabsicht. Erforderlich, aber auch ausreichend ist jedoch, dass der Täter tatsächlich in erpresserischer Richtung tätig wird und zumindest in das Versuchsstadium der Erpressung eintritt.

185. BGH 3 StR 366/06 - Urteil vom 23. November 2006 (LG Itzehoe)

Erpresserischer Menschenraub (Bemächtigungslage; Unausweichlichkeit).
§ 239a StGB

Eine stabilisierte Bemächtigungslage im Sinne von § 239a StGB setzt keine so umfassende Sicherung voraus, dass eine Schutz- oder Fluchtmöglichkeit ausgeschlossen ist. Auch in der Begleitung eines Opfers durch einen physisch überlegenen Bewacher, der entschlossen ist, etwaige Fluchtversuche zu unterbinden, kann daher eine solche Bemächtigung liegen.

89. BGH 4 StR 419/06 – Urteil vom 14. Dezember 2006 (LG Saarbrücken)

Totschlag (Schütteln eines Kleinkindes; Vorsatz); Mord (Prüfung niedriger Beweggründe bei Teilmotiv, Ruhe vor einem schreienden Kleinkind zu haben; Aggressions-

durchbruch bei nervlicher Überforderung; Handeln zur Verdeckung einer Straftat).
§ 211 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB

1. War der Täter in der Tatsituation nervlich überfordert und kam es deshalb und nicht aus einer auf tiefster Stufe stehenden, verwerflichen Gesinnung heraus zu einem Aggressionsdurchbruch und zu einer tödlichen Gewaltanwendung gegen ein schreiendes Kleinkind, kann der Täter niedrige Beweggründe verneinen (vgl. hierzu BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 1, 31).

2. Hat der Täter das Tatopfer mit (bedingtem) Tötungsvorsatz misshandelt und unterlässt er es anschließend, zur Verdeckung dieses Geschehens Maßnahmen zur Rettung des zunächst überlebenden Opfers einzuleiten, so ist eine Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes durch Unterlassen schon deshalb nicht gegeben, weil es an einer für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht „anderen“ Straftat fehlt. Dies gilt selbst dann, wenn zwischen dem Handlungs- und Unterlassensteil eine zeitliche Zäsur liegt.

150. BGH 2 StR 434/06 - Beschluss vom 1. Dezember 2006 (LG Erfurt)

Sexueller Missbrauch eines Kindes (Vornahme einer nicht mit Manipulationen am Körper verbundenen sexuellen Handlung); Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger (Dritter).
§ 176 Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 180 Abs. 3 StGB

1. Das Bestimmen eines Kindes zur Vornahme einer nicht mit Manipulationen an seinem Körper verbundenen sexuellen Handlung wird vom Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern gem. § 176 Abs. 3 Nr. 2 StGB in der Fassung des 6. Strafrechtsreformgesetzes nicht erfasst.

2. Erfasst werden nach dem Wortlaut des sexuellen Missbrauchs von Kindern gem. § 176 Abs. 3 Nr. 2 StGB in der Fassung des 6. Strafrechtsreformgesetzes nur sexuelle Handlungen, die ein Kind an - also nicht lediglich mit - seinem Körper vornimmt. Nur wer mit Berührungen verbundene Manipulationen am eigenen Körper vornimmt, nimmt eine Handlung an sich selbst vor.

3. Der Täter ist nicht „Dritter“ im Sinne des Tatbestands der Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger gem. § 180 Abs. 3 StGB in der Fassung des 6. Strafrechtsreformgesetzes.

111. BGH 5 StR 401/06 – Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Berlin)

Vollendung bei der schweren Brandstiftung (ein zur Wohnung von Menschen dienendes Gebäude: Kellerraum; Inbrandsetzen; durch die Brandlegung ganz oder teilweise zerstört; Versuch: Eignung, das Feuer mitzuteilen).
§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 21 StGB; § 22 StGB

1. Ein Kellerraum in einem Wohnhaus ist in der Tatbestandsalternative „in Brand setzen“ mögliches Tatobjekt des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn das Feuer wesentliche Gebäudeteile erfasst hat oder es sich auf Gebäudeteile ausweiten kann, die für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes, also das Wohnen, wesentlich sind (BGHSt 48, 14, 21; vgl. auch BGH NJW 1999, 299 zu § 306 Nr. 2 StGB a. F.). Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn die in dem Kellerraum befindlichen Gegenstände ausbrennen.

2. Bei in einem Keller verlaufenden Versorgungsleitungen handelt es sich nicht um für den bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentliche Gebäudeteile.

3. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass die Tatbestandsalternative „ein Gebäude durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstören“ sich an dem primären Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB – Wohnen als „Mittelpunkt menschlichen Lebens“ – ausrichtet und daher bei einer Brandlegung in einem Mehrfamilienhaus erst erfüllt ist, wenn eine zum Wohnen bestimmte „Untereinheit“ dadurch für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Dies setzt voraus, dass wegen der Brandlegungsfolgen die Wohnung für eine beträchtliche Zeit – und nicht für 11 Stunden oder einen Tag – nicht mehr benutzbar ist (BGHSt 48, 14, 20).

144. BGH 2 StR 382/06 - Beschluss vom 22. November 2006 (LG Bonn)

Beleidigung durch sexuelle Handlung (Kundgabe der Missachtung); Körperverletzung durch nicht einverständlichen Geschlechtsverkehr (üble, unangemessene Behandlung; erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens); Vergewaltigung (Feststellungen für eine Gewaltanwendung).

§ 185 StGB; § 223 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

1. Die Vornahme einer sexuellen Handlung erfüllt den Tatbestand der Beleidigung nur dann, wenn der Täter durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, der Betroffene weise einen seine Ehre mindernden Mangel auf. Eine solche Kundgabe ist in der sexuellen Handlung allein regelmäßig nicht zu sehen und erfüllt deshalb auch nicht den Tatbestand des § 185 StGB.

2. Auch ein Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung erfüllt nur dann den Tatbestand der Beleidigung, wenn nach den gesamten Umständen in dem Verhalten des Täters zugleich eine – von ihm gewollte – herabsetzende Bewertung des Opfers zu sehen ist.

3. Ein nicht einverständlicher Geschlechtsverkehr kann zwar eine üble, unangemessene Behandlung des Opfers im Sinne der Misshandlungsalternative der Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB darstellen. Die setzt jedoch eine mehr als nur unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens voraus.

159. BGH 2 StR 470/06 - Beschluss vom 7. Dezember 2006 (LG Köln)

Urteilsgründe (Weitschweifigkeit; Revisionsfestigkeit); Misshandlung von Schutzbefohlenen (rohe, gefühllose, das Leiden des Tatopfers missachtende Gesinnung); gefährliche Körperverletzung.

§ 223 StGB; § 224 StGB; § 225 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1. Bei einer konkret gefährlichen Verwendung ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch der „beschuhte Fuß“ – genauer: der Schuh am Fuß des Täters („befußter Schuh“) – ein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

2. Es ist Aufgabe des Richters, in den schriftlichen Urteilsgründen Wesentliches von Unwesentlichem zu unterscheiden und die Begründungen seiner Entscheidungen so zu fassen, dass der Leser die wesentlichen, die Entscheidung tragenden tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen ohne aufwändige eigene Bemühungen erkennen kann. Die Urteilsgründe dienen weder der Darstellung eines bis in verästelte Einzelheiten aufzuarbeitenden Gesamtgeschehens noch der Nacherzählung des Ablaufs der Ermittlungen oder des Gangs der Hauptverhandlung; sie sollen weder allgemeine Stimmungsbilder zeichnen noch das Revisionsgericht im Detail darüber unterrichten, welche Ergebnisse sämtliche im Hauptverhandlungsprotokoll verzeichneten Beweiserhebungen gehabt haben.

3. Die sogenannte „Revisionsicherheit“ von Strafurteilen ist kein Selbstzweck, sondern ergibt sich aus ihrer Freiheit von Rechtsfehlern. Eine unnötige breite Darlegung von Nebensächlichkeiten, gedanklichen Zwischenschritten und Randgeschehen ist gerade nicht geeignet, Fehler zu vermeiden, welche den Bestand des Urteils gefährden; sie kann vielmehr den Blick für das Wesentliche verstellen und damit Rechtsfehler befördern.

146. BGH 2 StR 388/06 - Beschluss vom 17. November 2006 (LG Wiesbaden)

Betrug (Vermögensverlust großen Ausmaßes; besonders schwerer Fall); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 263 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1. Das Regelbeispiel des „Vermögensverlustes großen Ausmaßes“ beim Betrug in einem besonders schweren Fall ist nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen. Ein Vermögensverlust ist danach jedenfalls dann nicht von „großem Ausmaß“, wenn er den Wert von 50.000 Euro nicht erreicht.

2. Ein Vermögensverlust großen Ausmaßes liegt bei einer bloßen Vermögensgefährdung nicht vor. Ist es nicht zu einem endgültigen Schaden gekommen, so kann lediglich im Hinblick auf die übrigen Umstände der Tat die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles in Betracht kommen.

155. BGH 2 StR 447/06 - Beschluss vom 15. November 2006 (LG Bad Kreuznach)

Sexuelle Nötigung; Freiheitsberaubung; Konkurrenzen.
§ 177 StGB; § 239 StGB

Bildet die Freiheitsberaubung nur das tatbestandsmäßige Mittel zur Begehung eines anderen Delikts und geht die Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit nicht über das hinaus, was zur bloßen Tatbestandsverwirklichung notwendig ist, so kommt § 239 StGB als das allgemeine Delikt nicht zur Anwendung.

84. BGH 4 StR 341/06 – Beschluss vom 17. Oktober 2006 (LG Landau)

Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (Anwendbarkeit bei Kindern).

§ 176 StGB; § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. § 182 StGB ist auch anwendbar, wenn das Tatopfer noch nicht 14 Jahre alt ist (vgl. BGHSt 42, 27, 29; 42, 51, 55; BGH NSTZ 2000, 644). Daher kann ein Täter, der sich über das Alter des kindlichen Tatopfers irrt, nach § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB, der andernfalls im Wege der Gesetzeskonkurrenz von § 176 StGB verdrängt wird (vgl. BGHSt 42, 27), bestraft werden, sofern die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen (vgl. BGHSt 42, 27, 29 und 51, 55).

2. Das Gesetz geht nur bei § 176 StGB davon aus, dass

ein Kind objektiv zur hinreichenden Selbstbestimmung nie in der Lage ist. Bei § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB bedarf es jedoch bei der Anwendbarkeit auf Kinder der konkreten Feststellung der mangelnden Fähigkeit zur Selbstbestimmung. Allein auf das kindliche Alter des Opfers darf insbesondere dann nicht abgestellt werden, wenn der Täter bezüglich des Alters unvorsätzlich handelt.

145. BGH 2 StR 384/06 - Urteil vom 8. November 2006 (LG Frankfurt)

Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse (Blanko-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen); Betrug; Feststellung des Schuldumfanges bei Serientaten (Schätzung).

§ 278 StGB; § 263 StGB

Nach § 278 StGB macht sich ein Arzt strafbar, der ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseren Wissens ausstellt. Hierunter fällt auch die Ausstellung eines solchen Zeugnisses ohne Untersuchung. Denn die Vorschrift soll die Beweiskraft ärztlicher Zeugnisse für Behörden und Versicherungsgesellschaften sichern; ein Zeugnis, das ein Arzt ohne Untersuchung ausstellt, ist als Beweismittel ebenso wertlos wie ein Zeugnis, das nach Untersuchung den hierbei festgestellten Gesundheitszustand unrichtig darstellt.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

175. BGH 3 StR 269/06 - Urteil vom 14. Dezember 2006 (LG Duisburg)

Vorbehaltene Sicherungsverwahrung (Ausschlussfrist); sinnvolle Vollzugsplanung; Rechtssicherheit (Rechtsstaatsprinzip); Recht auf Freiheit und Sicherheit.

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

1. § 66a Abs. 2 Satz 1 StGB ist keine bloße Ordnungsvorschrift. Die Einhaltung der Frist stellt vielmehr eine grundsätzlich verbindliche materiellrechtliche Voraussetzung für die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung dar. (BGHSt)

2. Diese Zeitgrenze gilt nur für das erste tatrichterliche Urteil im Nachverfahren, aber nicht für nachfolgende Entscheidungen im Rahmen oder als Folge eines Rechtsmittelverfahrens. (Bearbeiter)

184. BGH 3 StR 360/06 - Urteil vom 9. November 2006 (LG Hannover)

Sicherungsverwahrung (nachträgliche; vorbehaltene); Hang zu erheblichen Straftaten; Prognoseentscheidung; neue Tatsache; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB; § 66 StGB; § 66a StGB; § 66b StGB; § 72 StGB

1. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung ist solchen Fällen vorbehalten, in denen erstmalig nach der Verurtei-

lung und vor Ende des Strafvollzugs „neue Tatsachen“ erkennbar werden, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten hinweisen. Tatsachen sind nur dann neu, wenn sie das Ausgangsgericht auch bei pflichtgemäßer Wahrnehmung seiner Aufklärungspflicht nicht hätte erkennen können.

2. Eine „neue Tatsache“ liegt nicht vor, wenn sich die Gefährlichkeit des Betroffenen ausschließlich als Folge einer zum Zeitpunkt der Verurteilung bereits bekannten, aber ex post betrachtet unbewältigten Suchtproblematik darstellt. In einem solchen Fall muss bereits das über die Anlasstat befindende Gericht, dem die Suchtproblematik bekannt ist, geeignete Maßnahmen zum Schutz der Allgemeinheit ergreifen, etwa neben der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt die Sicherungsverwahrung vorbehalten (§ 66a StGB) oder sogar anordnen (§§ 66, 72 Abs. 2 StGB).

3. Das Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung im Hinblick auf die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt setzt ein hohes Maß an prognostischer Sicherheit voraus, dass mit der Unterbringung die vom Angeklagten ausgehende Gefahr beseitigt werden kann. Wird die Erwartung des Gerichts durch in der Suchterkrankung begründete und damit dem Gericht grundsätzlich erkennbare Umstände enttäuscht, so kann das Instrument der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht als Korrektiv der unrichtigen Prognose herangezogen werden.

139. BGH 2 StR 324/06 - Beschluss vom 29. September 2006 (LG Koblenz)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache; Erheblichkeit; isolierter Vorfall; Zeitablauf; Gefährlichkeitsprognose).

§ 66b StGB

1. Bei der Prüfung, ob die nachträgliche Sicherungsverwahrung anzuordnen ist, muss für die Frage der Erheblichkeit einer neuen Tatsache im Einzelfall auch berücksichtigt werden, dass das Gewicht einer neuen Tatsache im Laufe der Zeit abnimmt, wenn es sich um ein einmaliges Fehlverhalten während des Vollzugs handelt. Jedenfalls im Rahmen einer elf Jahre nach einem einzelnen Vorfall zu treffenden Entscheidung ist dieser allein regelmäßig nicht mehr als erhebliche neue Tatsache anzusehen.

2. Es ist rechtsfehlerhaft, bereits eine fehlende „positive Prognose“ als ausreichende Grundlage für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung anzusehen. Denn es reicht verfassungsrechtlich gerade nicht aus, eine hohe Wahrscheinlichkeit erheblicher Straftaten im Sinne des § 66b StGB bereits dann anzunehmen, wenn überwiegende Umstände allein auf eine künftige Delinquenz des Betroffenen hindeuten. Erforderlich ist vielmehr die Feststellung einer gegenwärtigen erheblichen Gefährlichkeit des Betroffenen für die Allgemeinheit (BVerfG, Beschluss vom 23. August 2006 - 2 BvR 226/06).

161. BGH 2 StR 497/06 - Beschluss vom 6. Dezember 2006 (LG Aachen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Symptomtat; Hang; Erörterungsmangel); Unerlässlichkeit kurzer Freiheitsstrafen.

§ 64 StGB; § 47 StGB; § 35 BtMG; § 36 BtMG

1. Die „Unerlässlichkeit“ kurzer Freiheitsstrafen im Sinne von § 47 Abs. 1 StGB bezieht sich nicht auf die Abgrenzung zu längeren Freiheitsstrafen, sondern zu Geldstrafen.

2. Die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist zwingend, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Davon darf auch nicht im Hinblick auf eine mögliche Maßnahme nach §§ 35, 36 BtMG abgesehen werden.

73. BGH 1 StR 530/06 – Urteil vom 10. Januar 2007 (LG Bamberg)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Sicherungsverwahrung (Gefahr für die Allgemeinheit: Erfassung von Einzelpersonen, Familienangehörigen; Gefährlichkeitsprognose bei festgestelltem Hang).

§ 66 StGB

Eine Gefahr für die Allgemeinheit besteht nicht nur, wenn eine unbestimmte Vielzahl noch nicht näher individualisierter Personen betroffen ist. Für eine Gefährlichkeit i. S. des § 66 StGB genügt es, wenn vom Täter

erhebliche rechtswidrige Taten nur gegen eine Einzelperson oder einen begrenzten Personenkreis – wie z. B. Familienangehörige – zu erwarten sind.

120. BGH 5 StR 542/06 – Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung (Sozialprognose: Geldstrafe als einzige Vorstrafen, Nachtatverhalten, vollzogene Untersuchungshaft, allgemeine Elemente der Lebensführung, mangelnder fester Wohnsitz und mangelnde Arbeitsstelle).

§ 56 StGB

Es ist bedenklich, wenn Elemente der Lebensführung, die in keinem erkennbaren Zusammenhang zur Tat stehen, in die Sozialprognose nach § 56 StGB einbezogen werden. Jedenfalls ist ihre Heranziehung für eine negative Prognose regelmäßig nicht ausreichend. Ein mangelnder fester Wohnsitz oder mangelnde sichere Arbeitsstelle bilden lediglich keine Grundlage für eine positive Prognose.

90. BGH 4 StR 421/06 – Beschluss vom 13. Dezember 2006 (LG Essen)

Rücktritt von einer Verbrechenverabredung; Verfall von Wertersatz (fehlerhafte Schätzung; faktische Verfügungsgewalt über das Erlangte bei organisierter Kriminalität).

§ 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73 a Satz 1 StGB; § 73 b StGB

Erlangt ist ein Vermögensvorteil dann, wenn der Tatbeteiligte die faktische Verfügungsgewalt über den Gegenstand erworben hat (vgl. BGH NSTZ 2003, S. 198 f.). Allein daraus, dass der Angeklagte als Teil einer in ganz Europa tätigen Organisation von Rauschgifthändlern für den Transport der Drogen innerhalb Europas inklusive deren Zwischenlagerung und Verteilung allein zuständig war, folgt nicht, dass der Angeklagte selbst und nicht lediglich ein anderer Teil dieser Organisation die erzielten Erlöse erhalten hat. Eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Mittäterschaft gemäß § 25 Abs. 2 StGB mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung käme nur dann in Betracht, wenn sich die Beteiligten darüber einig waren, dass dem Angeklagten zumindest Mitverfügungsgewalt über die jeweiligen Erlöse habe zukommen sollen (vgl. BVerfG StV 2004, 409, 411; BGH NSTZ 2003, 198 f.) und er diese auch hatte.

98. BGH 4 StR 484/06 – Beschluss vom 5. Dezember 2006 (LG Essen)

Gebotene nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung der ersten Vorverurteilung; Zeitpunkt beim Strafbefehl).

§ 460 StPO; § 55 StGB

Bei einer Verurteilung durch Strafbefehl ist eine Straftat nur dann im Sinne des § 55 Abs. 1 StGB vor der früheren Verurteilung begangen worden, wenn sie in die Zeit vor Unterzeichnung des Strafbefehls durch den Richter fällt (vgl. BGHSt 33, 230, 232).

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

197. BGH StB 18/06 – Beschluss vom 31. Januar 2007 (Ermittlungsrichter des BGH)

BGHSt; online-Durchsuchung (Unzulässigkeit mangels Eingriffsermächtigung; kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis); Durchsuchung beim Beschuldigten (Offenheit; Verbot der heimlichen Durchführung; Hinzuziehungspflichten als wesentliche Förmlichkeit); informationelle Selbstbestimmung (Gesetzesvorbehalt; Anforderungen an eine Eingriffsermächtigung; keine Kombination von Eingriffsermächtigungen zur Schaffung nicht vorgesehener technischer Ermittlungsmaßnahmen; Normenklarheit); Beschwerde.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 8 EMRK; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO; § 106 Abs. 1 StPO; § 94 StPO; § 98 StPO

1. Die „verdeckte Online-Durchsuchung“ ist mangels einer Ermächtigungsgrundlage unzulässig. Sie kann insbesondere nicht auf § 102 StPO gestützt werden. Diese Vorschrift gestattet nicht eine auf heimliche Ausführung angelegte Durchsuchung. (BGHSt)

2. Das Bild der Strafprozessordnung von einer rechtmäßigen Durchsuchung ist dadurch geprägt, dass Ermittlungsbeamte am Ort der Durchsuchung körperlich anwesend sind und die Ermittlungen offen legen. (Bearbeiter)

3. Die Hinzuziehungspflichten des § 106 Abs. 1 S. 2 StPO und § 105 Abs. 2 StPO sind nach ihrem Wortlaut sowie nach ihrem Sinn und Zweck, den von einer Durchsuchung Betroffenen zu schützen, als wesentliche Förmlichkeiten zwingendes Recht und nicht lediglich Vorschriften, die zur beliebigen Disposition der Ermittlungsorgane stehen. Von ihrer Beachtung hängt die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung ab. (Bearbeiter)

4. Den Ermittlungsbehörden ist es unabhängig davon, wonach gesucht wird, verboten, eine richterliche Durchsuchungsanordnung bewusst heimlich durchzuführen, um auf diese Weise dem Tatverdächtigen keine Hinweise auf die gegen ihn geführten Ermittlungen zu geben und den Erfolg weiterer Ermittlungen nicht zu gefährden. Dementsprechend versteht es sich, dass ein Richter keine Durchsuchung anordnen darf, die - wie die verdeckte Online-Durchsuchung - von vornherein darauf abzielt, bei ihrem Vollzug die gesetzlichen Schutzvorschriften des § 105 Abs. 2 und des § 106 Abs. 1 StPO außer Kraft zu setzen. (Bearbeiter)

5. Jede heimliche Durchsuchung ist im Vergleich zu der in §§ 102 ff. StPO geregelten offenen Durchsuchung wegen ihrer erhöhten Eingriffsintensität eine Zwangsmaßnahme mit einem neuen, eigenständigen Charakter. Die Generalklausel des § 161 StPO erlaubt nur Zwangsmaßnahmen, die von einer speziellen Eingriffsermächtigung der Strafprozessordnung nicht erfasst werden und lediglich geringfügig in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen. (Bearbeiter)

6. Die Online-Durchsuchung des Computers des Beschuldigten kann mangels Überwachung eines Kommunikationsvorganges mit einem Dritten nicht auf § 100 a StPO gestützt werden (Abgrenzung zum heimlichen Zugriff auf eine passwortgeschützte Mailbox, BGH - Ermittlungsrichter NJW 1997, 1934 ff.). (Bearbeiter)

7. Es ist unzulässig, einzelne Elemente von Eingriffsermächtigungen zu kombinieren, um eine Grundlage für eine neue technisch mögliche Ermittlungsmaßnahme zu schaffen. Dies widerspricht dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes für Eingriffe in Grundrechte (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie dem Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen. (Bearbeiter)

8. Unmöglich im Sinne der § 105 Abs. 2 Satz 1 StPO und § 106 Abs. 1 Satz 2 StPO ist die Beiziehung von Zeugen nur dann, wenn die durch Tatsachen begründete naheliegende Möglichkeit besteht, dass durch die Suche nach bereiten Zeugen der Erfolg der Durchsuchung vereitelt wird. Sie darf nicht aus ermittlungstaktischen Erwägungen unterbleiben, um den Tatverdächtigen über die Durchsuchung sowie die gegen ihn geführten Ermittlungen in Unkenntnis zu halten. (Bearbeiter)

107. BGH 5 StR 305/06 – Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Augsburg)

BGHSt; etwaige Folgen eines Widerrufs der Bewilligung von Rechtshilfe, wenn diese bereits abschließend verwertet wurde (Teilrechtskraft; Bindungswirkung und Selbstbindung; Rechtskraftdurchbrechung; Fall Schreiber); völkerrechtliche Verwertungsverbote oder Verfahrenshindernisse bei der Rechtshilfe (Täuschung; Spezialitätsgrundsatz); Untreue (Strafzumessung bei Nachteileilstragung durch einen Dritten); Steuerhinterziehung; Abgabebetrag nach schweizerischem Recht.

§ 72 IRG; § 206a StPO; § 353 StPO; § 359 Nr. 5 StPO; § 46 StGB; § 266 StGB; § 370 AO; § 358 StPO

1. Zum Widerruf der Bewilligung von Rechtshilfen durch Überstellung von Unterlagen, wenn diese bereits abschließend verwertet wurden. (BGHSt)

2. Betrifft der Widerruf Verwertungen, hinsichtlich derer bereits (Teil-)Rechtskraft eingetreten ist, erwächst aus ihm kein Verfahrenshindernis, das ungeachtet der bereits eingetretenen Rechtskraft der Schuldsprüche zu beachten wäre. Auch eine Gleichbehandlung mit einem Verfahrenshindernis ist nicht geboten. (Bearbeiter)

3. Ein Spezialitätsvorbehalt kann zwar auch eine Einschränkung der Verfolgbarkeit einzelner Taten insgesamt begründen. Dies gilt aber jedenfalls dann nicht, wenn er sich lediglich auf die Verwertung beschlagnahmter Unterlagen bezieht. (Bearbeiter)

4. Das nachträglich ausgesprochene Verwertungsverbot ist eine sogenannte Rechtstatsache (BGHSt 39, 75, 79 f.), die selbst bei einer unterstellten analogen Anwendbarkeit des § 359 Nr. 5 StPO zur Rechtskraftdurchbrechung keine neue Tatsache begründet. (Bearbeiter)

5. Es bleibt offen, ob in Fällen mit internationaler Berührung dann ausnahmsweise eine Durchbrechung der Teilrechtskraft und der aus § 353 Abs. 2 StPO folgenden Bindungswirkung in Betracht kommt, wenn anderweitig die Einhaltung völkerrechtlicher Vereinbarungen nicht gewährleistet ist. (Bearbeiter)

6. Ob ein Anfechtungsgrund nach Art. 48 oder 49 Wiener VRK besteht, haben die Justizorgane des ersuchenden Staates eigenverantwortlich zu prüfen. Wenn das Rechtshilfverfahren abgeschlossen ist, ergibt sich keine dem Spezialitätsvorbehalt entsprechende Bindung an die Entscheidung des ersuchten Staates. (Bearbeiter)

7. Bei einer Verurteilung wegen Untreue muss in der Strafzumessung berücksichtigt werden, wenn der durch Aufwendungen für Schmiergeldzahlungen entstandene Vermögensnachteil tatsächlich von einem Dritten und nicht von demjenigen getragen wurde, gegenüber der Angeklagte in einem Vermögensbetreuungsverhältnis stand. (Bearbeiter)

70. BGH 1 StR 268/06 – Beschluss vom 19. Dezember 2006 (LG Offenburg)

BGHSt; Unterrichtung eines vorübergehend entfernten Angeklagten durch Mitverfolgung per Videoübertragung (Vergewisserung über etwaige technische Störungen); Ausschluss der Öffentlichkeit (erforderliche Beschlussbegründung).

§ 247 Satz 4 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 171b GVG; § 174 Abs. 1 Satz 3 GVG; § 336 Satz 2 StPO

1. Die gemäß § 247 Satz 4 StPO gebotene Unterrichtung eines vorübergehend entfernten Angeklagten kann auch so erfolgen, dass er das Geschehen im Sitzungssaal mittels Videoübertragung mitverfolgen kann. Der Vorsitzende muss sich dann jedoch vergewissern, dass die Videoübertragung nicht durch technische Störungen beeinträchtigt wurde. Wie er sich diese Gewissheit verschafft, bestimmt der Vorsitzende. (BGHSt)

2. Eine Befragung des Angeklagten durch den Vorsitzenden, ob es Störungen gab, wird regelmäßig zweckmäßig sein. Auch ist es zweckmäßig, dass ein Justizangehöriger in Gegenwart des Angeklagten die Videoübertragung verfolgt. Ebenso kann sich empfehlen, insoweit vergleichbar dem Fall des § 247a Satz 4 StPO, den übertragenen Vorgang zugleich aufzuzeichnen. (Bearbeiter)

3. In Fällen, in denen etwa Pläne, Skizzen oder auch Lichtbilder als Vernehmungshelfe verwendet werden, wird auf die Wahrung der Rechte des Angeklagten in besonderer Weise Bedacht zu nehmen sein. Es versteht sich nicht von selbst, dass derartige Unterlagen ohne weiteres von der Videoübertragung erfasst werden und sich dementsprechend die hierzu gemachten Aussagen

des Zeugen allein durch die Videoübertragung in vollem Umfang erschließen. In derartigen Fällen wird es sich empfehlen, den Angeklagten so zu unterrichten, wie dies ohne Videoübertragung zu geschehen hat. (Bearbeiter)

4. Unanfechtbar und damit revisionsgerichtlicher Überprüfung entzogen sind gemäß § 33 Satz 2 GVG sämtliche im Rahmen von § 171b GVG inhaltlich zu treffenden Entscheidungen. Dies gilt auch für die einer solchen Entscheidung notwendig vorausgehende Prognose, ob eine Erörterung der in § 171b GVG genannten Umstände in dem Verfahrensabschnitt, für den die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden soll, zu erwarten ist. (Bearbeiter)

94. BGH 4 StR 452/06 – Beschluss vom 30. November 2006 (LG Münster)

BGHR; Revisibilität der Fristenregelung des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO für die Urteilsverkündung (Ordnungsvorschrift).

§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 StPO

1. Die besondere Fristenregelung des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO für die Urteilsverkündung ist - unbeschadet der Verlängerung der regulären Unterbrechungsfrist für die Hauptverhandlung (§ 229 Abs. 1 StPO) durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl I 2198) - zwingendes Recht und ihre Verletzung deshalb revisibel (gegen BGH HRRS 2006 Nr. 986). (BGHR)

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann nur in Ausnahmefällen ein Beruhen des Urteils auf dem Verstoß gegen § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO ausgeschlossen werden (BGH aaO; BGHR StPO § 268 Abs. 3 Verkündung 1 und 2). (Bearbeiter)

186. BGH 3 StR 374/06 - Beschluss vom 26. Oktober 2006 (LG Kleve)

Aufklärungspflicht; Zurückweisung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen (antizipatorische Beweiswürdigung; Bedeutung des Auslandszeugen); fehlerhafte Begründung für die Ablehnung eines Beweisantrags (Heilung in den Urteilsgründen; Beruhen). § 244 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

1. Gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, abgelehnt werden, wenn dessen Anhörung nach pflichtgemäßer Beurteilung des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Maßstab ist hierbei die Aufklärungspflicht des Gerichts (§ 244 Abs. 2 StPO). Bei deren Prüfung hat der Tatrichter namentlich die Bedeutung und den Beweiswert der Aussage des benannten Zeugen vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses zu würdigen; in diesem Rahmen ist er von dem Verbot der Beweisantizipation befreit.

2. Kommt der Tatrichter unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse mit rechtsfehlerfreier Begründung zu dem

Ergebnis, dass der Zeuge die Beweisbehauptung nicht werde bestätigen können oder dass ein Einfluss der Aussage auf seine - des Tatrichters - Überzeugungsbildung auch dann sicher ausgeschlossen sei, wenn der Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, so ist die Ablehnung des Beweisantrags in aller Regel nicht zu beanstanden.

3. Ob die Aufklärungspflicht gebietet, einem Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen nachzukommen, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Allgemein gilt, dass eher von der Vernehmung des Auslandszeugen abgesehen werden kann, wenn nach der bisherigen Beweisaufnahme von einem gesicherten Beweisergebnis auf breiter Beweisgrundlage auszugehen ist oder wenn die Sachaufklärung nur am Rande betroffen ist. Dagegen wird die Vernehmung um so eher notwendig sein, je ungesicherter das bisherige Beweisergebnis erscheint, insbesondere dann, wenn der Auslandszeuge Vorgänge bekunden soll, die für den Schuldvorwurf von zentraler Bedeutung sind.

4. Lehnt das Gericht einen Beweisantrag mit fehlerhafter Begründung ab, so sind ergänzende Ausführungen in den Urteilsgründen nicht geeignet, diesen Rechtsfehler zu heilen, denn alle Verfahrensbeteiligten müssen sich für ihr weiteres Prozessverhalten grundsätzlich auf die ihnen mitgeteilten Ablehnungsgründe verlassen können. Sie dürfen daher in den Urteilsgründen im Allgemeinen nicht mit einer ergänzten oder völlig neuen Begründung der Ablehnung des Beweisantrages überrascht werden. Nachgeschobene Ausführungen im Urteil können daher allenfalls für die Prüfung des Revisionsgerichts Relevanz gewinnen, ob das Urteil auf der rechtsfehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags beruht.

140. BGH 2 StR 339/06 - Beschluss vom 25. Oktober 2006 (LG Köln)

Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer (Unterrichtung bei mehrfacher Befragung eines Zeugen; Fragerecht; konkrete und wirksame Verteidigung).
Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 247 StPO

1. Die durch § 247 StPO ermöglichte Verhandlung ohne den Angeklagten und seine dadurch behinderte Verteidigung sind, soweit unvermeidbar, hinzunehmen mit der Maßgabe, dass eine Unterrichtung über das in seiner Abwesenheit Geschehene stattfindet, bevor weitere Verfahrenshandlungen erfolgen. Damit soll er weitgehend so gestellt werden, wie er ohne Zwangsentfernung gestanden hätte.

2. Wird die Vernehmung eines Zeugen nicht endgültig abgeschlossen, sondern lediglich zum Zwecke anderer Beweiserhebungen unterbrochen, so ist der Angeklagte jeweils unmittelbar nach Abschluss einer Vernehmungseinheit zu unterrichten, denn maßgebend ist nicht der Abschluss der Zeugenvernehmung insgesamt, sondern die Wiederzulassung des Angeklagten.

97. BGH 4 StR 472/06 – Beschluss vom 14. Dezember 2006 (LG Halle)

Überhöhte Gesamtstrafenbildung (Summe der beiden Einzelstrafen); revisionsrichterliche Strafzumessung (angemessene Rechtsfolge; keine Anwendung auf zwingende Vorschriften).

§ 54 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

Die Frage der Angemessenheit einer Rechtsfolge im Sinne des § 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO stellt sich grundsätzlich nur dort, wo Rechtsfehler die tatrichterliche Bewertung von Strafzumessungstatsachen berühren. Um einen solchen Fall tatrichterlicher Bewertung handelt es sich indes nicht, wenn die Rechtsfolge gegen zwingendes Recht wie zum Beispiel § 54 Abs. 2 Satz 1 StGB verstößt.

154. BGH 2 StR 444/06 - Beschluss vom 20. Dezember 2006 (LG Darmstadt)

Aufklärungspflicht; Ablehnung eines Beweisantrags (Begründungsanforderungen; Bedeutungslosigkeit); Beruhen.
§ 244 StPO; § 337 StPO

1. Die Begründung der Ablehnung eines Beweisantrags soll den Antragsteller in die Lage versetzen, sich auf die Prozesssituation einzurichten und gegebenenfalls neue Anträge stellen zu können. Dies erfordert, dass ihm die Ablehnungsgründe in der Hauptverhandlung mitgeteilt werden, so dass er darauf noch reagieren kann.

2. Wird ein Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsachen abgelehnt, so muss der entsprechende Beschluss die Erwägungen anführen, aus denen der Tatrichter ihnen keine Bedeutung beimisst. Wird die Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Umständen gefolgert, so müssen die Tatsachen angegeben werden, aus denen sich ergibt, warum die unter Beweis gestellte Tatsache, selbst wenn sie erwiesen wäre, die Entscheidung des Gerichts nicht beeinflussen könnte. Die erforderliche Begründung entspricht grundsätzlich derjenigen bei der Würdigung von durch Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen.

3. Ist ein Beweisantrag mit unzulänglicher Begründung wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsachen abgelehnt worden, so kann ein Beruhen des Urteils darauf nur dann ausgeschlossen werden, wenn die Gründe der Bedeutungslosigkeit der Beweisbehauptung auf der Hand lagen, so dass der Antragsteller im Bilde war und in seiner Prozessführung nicht beeinträchtigt wurde.

134. BGH 2 StR 104/06 - Urteil vom 25. Oktober 2006 (LG Limburg)

Gesetzlicher Richter; Besetzungsrüge (Darlegung; Präklusion); Geschäftsverteilungsplan (Präsidiumsbeschluss; unzulässige Einzelzuweisung).
§ 338 Abs. 1 Nr. 1b StPO; § 222b Abs. 1 Satz 2 StPO; § 21e Abs. 3 GVG

1. Die Anforderungen an die Begründung des Besetzungseinwands gem. § 222b StPO entsprechen weitgehend den Rügevoraussetzungen des § 344 Abs. 2 Satz 2

StPO. Fehlt die erforderliche umfassende Begründung, insbesondere ein hinreichend substantiierter Tatsachenvortrag, so ist der Besetzungseinwand nicht in der vorgeschriebenen Form geltend gemacht und damit nicht zulässig erhoben worden. Auch müssen alle Beanstandungen gleichzeitig geltend gemacht werden; ein Nachschieben von Gründen ist nicht statthaft.

2. Diese Grundsätze gelten auch bei evidenten Besetzungsmängeln, die allen Verfahrensbeteiligten ohne weiteres erkennbar oder sogar bekannt sind.

136. BGH 2 StR 198/06 - Urteil vom 30. August 2006 (LG Frankfurt)

Bedingter Tötungsvorsatz (Totschlag; Wissenselement; Wollenselement); Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung; überspannte Anforderungen; absolute Gewissheit); Zweifelssatz (in dubio pro reo; Beweisregel; Rechtsfragen); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

1. Eine absolute, das Gegenteil denknötwendig ausschließende und von niemandem anzweifelbare Gewissheit ist zur Überzeugung von der Schuld des Täters nicht erforderlich. Vielmehr genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht zulässt.

2. Das Wissenselement des bedingten Vorsatzes ist nicht erst dann gegeben, wenn der Täter „zwangsläufig“ mit dem Eintritt des Erfolges rechnet. Vielmehr handelt er bereits dann mit bedingtem Vorsatz, wenn er den Erfolgseintritt als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt.

3. Bei dem Zweifelssatz „in dubio pro reo“ handelt sich nicht um eine Beweisregel, die den Tatrichter dazu zwingen würde, von mehreren möglichen Schlussfolgerungen stets die für den Angeklagten günstigste zu wählen. Erst dann, wenn nach Abschluss der Beweiswürdigung noch Zweifel bestehen, die der Tatrichter nicht zu überwinden vermag, hat er zugunsten des Angeklagten zu entscheiden.

4. Der Zweifelssatz „in dubio pro reo“ findet keine Anwendung auf Rechtsfragen, sondern allein auf Zweifel im Tatsächlichen.

148. BGH 2 StR 404/06 - Beschluss vom 29. November 2006 (LG Darmstadt)

Aufklärungspflicht (Beweisantrag auf die Vernehmung eines Auslandszeugen; Recht auf Ladung von Entlastungszeugen); Einschleusen von Ausländern.

§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; § 244 Abs. 5 S. 2 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1. In einer Verfahrenssituation, in der Aussage gegen Aussage steht, drängt die Aufklärungspflicht auch zur Vernehmung eines Auslandszeugen oder doch zumindest

zur Klärung der Frage, ob der Zeuge existent ist und ob von ihm ein Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung zu erwarten ist, zumal wenn dies ohne größeren Zeit- und Arbeitsaufwand möglich ist, etwa durch Einschaltung deutscher Auslandsvertretungen.

2. Für den kausalen oder finalen Zusammenhang zwischen der Förderung des illegalen Verhaltens eines Ausländers und dem Erhalten oder Sich-Versprechen-Lassen des Vermögensvorteils beim Einschleusen von Ausländern reicht es aus, dass die Einschleusung des Ausländers als Mittel zur Erlangung des Vermögensvorteils dienen soll.

71. BGH 1 StR 326/06 – Urteil vom 19. Dezember 2006 (LG München)

Aufklärungspflicht (Aufklärungsrüge; Verletzung durch zu weitgehende Zuerkennung eines Auskunftsverweigerungsrechts); Beweiswürdigung (lückenhafte; Zweifelssatz als Entscheidungsregel; überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 55 StPO; Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 152 Abs. 2 StPO

1. Das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO kann grundsätzlich nur in dem Umfang greifen, in welchem die Befragung sich auf Vorgänge richtet, die im Verhältnis zu den abgeurteilten Geschehen andere Taten im verfahrensrechtlichen Sinn des § 264 Abs. 1 StPO darstellen würden. Dabei genügt es, wenn der Zeuge über Vorgänge Auskunft geben müsste, die den Verdacht gegen ihn mittelbar begründen, sei es auch nur als Teilstück in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude (BGH NJW 1999, 1413, 1414; BGHR StPO § 55 Abs. 1 Verfolgung 1). Besteht die konkrete Gefahr, dass er durch eine wahrheitsgemäße Aussage zugleich potentielle Beweismittel gegen sich selbst wegen noch verfolgbarer eigener Delikte liefern müsste, so ist ihm die Erteilung solcher Auskünfte nicht zumutbar (BVerfG NJW 2002, 1411, 1412).

2. Ein Auskunftsverweigerungsrecht folgt nicht aus pauschalen Bekundungen anderer Zeugen, der betroffene Zeuge „sei groß im Rauschgiftgeschäft tätig gewesen“. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Zeuge als Rauschgiftlieferant aufgrund seiner eigenen Angaben zuvor bereits bekannt ist.

117. BGH 5 StR 472/06 – Beschluss vom 14. Dezember 2006 (LG Hamburg)

Besorgnis der Befangenheit bei Verletzung des Fragerechts, des Konfrontationsrechts der Verteidigung (Pflicht zur vorbeugenden Verlängerung der Sitzungszeiten bei der Vernehmung von Auslandszeugen; etwaiger Rügeverlust durch spätere Verfahrensabsprache).

§ 24 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 337 StPO

108. BGH 5 StR 315/06 – Beschluss vom 13. Dezember 2006 (LG Mühlhausen)

Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrens-

verzögerung von Amts wegen (Erörterungsmangel; Kompensation bei der Strafzumessung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 344 Abs. 2 StPO; § 46 StGB

Zwar muss ein Revisionsführer, der das Vorliegen einer Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK verletzenden Verfahrensverzögerung geltend machen will, grundsätzlich eine Verfahrensrüge erheben. Ergeben sich indes bereits aus den Urteilsgründen die Voraussetzungen einer solchen Verzögerung, hat das Revisionsgericht auf die Sachrüge hin einzugreifen. Das Gleiche gilt, wenn sich bei der auf die Sachrüge veranlassenden Prüfung, namentlich anhand der Urteilsgründe, ausreichende Anhaltspunkte ergeben, die das Tatgericht zur Prüfung einer solchen Verfahrensverzögerung drängen mussten, so dass ein sachlichrechtlich zu beanstandender Erörterungsmangel vorliegt (BGHSt 49, 342).

163. BGH 2 StR 520/06 - Beschluss vom 13. Dezember 2006 (LG Frankfurt)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Kompensation bei Einzelstrafen und Gesamtstrafe).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 54 StGB

Die Verpflichtung des Tatrichters, im Falle einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung das Maß der gebotenen Kompensation durch Vergleich der an sich wirkten und der tatsächlich verhängten Strafe ausdrücklich und konkret zu bestimmen, gilt nicht nur für die Gesamtstrafe, sondern daneben auch für alle Einzelstrafen.

96. BGH 4 StR 468/06 - Beschluss vom 5. Dezember 2006 (LG Hagen)

Verspätete Urteilsabsetzung (irrtümliche Fristberechnung; rechtfertigende Gründe).

§ 275 Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

Ein Irrtum bei der Fristberechnung stellt keinen die Fristüberschreitung rechtfertigenden Umstand dar (BGH StV 1984, 143). Auch eine nur kurze Fristüberschreitung führt zwingend zur Urteilsaufhebung (BGH StV 1998, 477; BGH Beschluss vom 12. Oktober 2004 - 5 StR 394/04 [= StraFo 2005, 76]).

74. BGH 1 StR 534/06 – Beschluss vom 28. Dezember 2006 (LG Nürnberg)

Strafklageverbrauch – europäisches ne bis in idem (Schengener Durchführungsübereinkommen: deutscher Vorbehalt, Freispruch; gebotene Verfahrenseinstellung bei Verfahrenshindernis).

Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 54 SDÜ; § 206a StPO

Nach Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) darf derjenige, der durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall der Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaates nicht mehr voll-

streckt werden kann. Auch ein rechtskräftiger Freispruch bewirkt Strafklageverbrauch nach Artikel 54 SDÜ.

189. BGH 3 StR 427/06 - Urteil vom 21. Dezember 2006 (LG Kleve)

Überzeugungsbildung (Einlassung des Angeklagten; Beweiswürdigung; Zweifelssatz); Beihilfe (keine Kausalität des Gehilfenbeitrags; Strafzumessung).

§ 261 StPO; § 27 StGB; § 46 StGB

1. Die Feststellung von Tatsachen verlangt keine absolute, von niemandem anzweifelbare Gewissheit. Es genügt vielmehr, dass ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit besteht, demgegenüber vernünftiger Zweifel nicht laut werden kann.

2. Der Tatrichter hat sich auch bei entlastenden Angaben eines Angeklagten eine Überzeugung von deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit aufgrund des gesamten Ergebnisses der Beweisaufnahme zu bilden. Wenn es für das Gegenteil der Einlassung eine Fülle gewichtiger Beweisanzeichen gibt, ist er nicht gehindert, sich davon zu überzeugen, selbst wenn die Widerlegung der entlastenden Angaben nicht zwingend ist und auch ein anderer Schluss möglich wäre.

3. Als Hilfeleistung im Sinne des § 27 StGB ist jede Handlung anzusehen, welche die Herbeiführung des Taterfolgs objektiv fördert. Ob der Haupttäter die Tat unschwer auch völlig alleine und damit ohne Mitwirkung des mutmaßlichen Gehilfen hätte vornehmen können, kommt es somit für die Annahme einer Beihilfehandlung nicht an.

86. BGH 4 StR 404/06 – Beschluss vom 28. November 2006 (LG Essen)

Tenorierung bei der Einziehung von Gegenständen.

§ 74 StGB; § 267 StPO

Ist die Einziehung von Gegenständen anzuordnen, sind die einzuziehenden Gegenstände in der Urteilsformel oder, sofern es sich um eine Vielzahl von Gegenständen handelt, jedenfalls in einer Anlage hierzu (vgl. BGHSt 9, 88, 90) so konkret zu bezeichnen, dass für die Beteiligten und die Vollstreckungsbehörde Klarheit über den Umfang der Einziehung geschaffen ist (st. Rspr.).

69. BGH 1 StR 161/01 – Beschluss vom 18. Dezember 2006 (LG Bayreuth)

Keine zwingende Behandlung von ständig wiederholten Unmutsäußerungen eines Verurteilten als Rechtsmittel (Besonderheit bei Belehrung und Anfrage zu einem bestimmten Rechtsmittel; querulatorische Rechtsmittel; Kostenfolge).

Art. 19 IV GG; Vor § 296 StPO; § 333 StPO

Bei wiederholten und inhaltlich identischen Schreiben eines Verurteilten, die Worte wie „Widerspruch“ oder „Einspruch“ verwenden, kann es sich um bloße Unmutsäußerungen handeln. Es ist nicht geboten, in arbeits- und kostenaufwändigen förmlichen Verfahren derartige Schreiben eines Verurteilten stets erneut als Rechtsmittel

auszulegen und zu bescheiden, wenn wegen ihrer offensichtlichen Unzulässigkeit bzw. Unstatthaftigkeit von vorneherein zwingend feststeht, dass sie nie zu irgend einem rechtlichen Erfolg des Antragstellers führen können.

Besonderheiten gelten dann, zunächst seitens der Justiz ausdrücklich angefragt worden ist, ob der Verurteilte mit einem solchen Schreiben Revision einlegen wollte und er später eine Rechtsmittelbelehrung erhielt.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

„Beschlagnahme“ von E-Mail-Verkehr beim Provider

Zugleich Besprechung zu BVerfG HRRS 2007 Nr. 125 = (BVerfG 2 BvR 902/06 = Beschluss vom 29. Juni 2006)

Von Wiss. Ass. **Stephan Schlegel**, Universität Zürich*

A. Einleitung

Die elektronische Kommunikation über E-Mail hat in den vergangenen Jahren einen immer größeren Stellenwert erlangt. Als einfache, schnelle, aber gleichzeitig recht zuverlässige Art des Informationsaustausches ist sie aus dem modernen Leben nicht mehr wegzudenken. Mit der Zunahme dieser Art der Kommunikation ist aber auch das Interesse der Strafverfolger gewachsen, auf die per E-Mail ausgetauschten Informationen zurückzugreifen. Der Grund hierfür ist, dass anders als bei einer mündlichen Echtzeit-Kommunikation, z.B. via Telefon, beim E-Mail-Verkehr dauerhafte Datenspuren entstehen, welche sowohl die näheren Umstände der Kommunikation aber vor allem auch die Inhalte umfassen und die oftmals lange Zeit beim Beschuldigten, aber auch bei Dritten bestehen bleiben können.

Inzwischen stehen den Nutzern teilweise gigabytegroße E-Mail-Postfächer mit Platz für hunderttausende E-Mails zur Verfügung. Absehbar ist, dass sich diese Entwicklung mit dem technischen Fortschritt und der Marktlage im E-Mail-Provider-Geschäft noch weiter verstärken wird. Es ist daher zu erwarten, dass in Zukunft bei den E-Mail-Providern erhebliche Datenmengen anfallen werden, die weit in die Vergangenheit des Nutzers zurückreichen. Diese Datenspuren können bei intensiver Nut-

zung des Mediums E-Mail in nie dagewesener Weise Einblicke in die Persönlichkeit eröffnen. Dies mag jeder Leser anhand seines persönlichen E-Mail-Postfaches selbst überprüfen: Nicht nur persönliche Präferenzen (Einkaufsverhalten, soziale Beziehungen) auch Verhaltensweisen in der Umwelt lassen sich aus einem lang vorgehaltenen E-Mail-Verkehr ermitteln. Man denke aber auch an Begleitumstände wie Zugriffe auf das E-Mail-Postfach auf der Arbeit oder am Urlaubsort oder an online bestellte Bahn- und Flugtickets.

B. Die Entscheidung des BVerfG im Verfahren 2 BvR 902/06

Umstritten ist auf Grundlage welcher Vorschriften sich ein strafprozessualer Zugriff auf E-Mail-Daten vollziehen kann. Dazu ist zum einen danach zu differenzieren bei *wem* der Zugriff erfolgen soll: beim Beschuldigten selbst, d.h. auf seine Kommunikationsgeräte (z.B. Computer), oder bei einem Dritten, regelmäßig der E-Mail-Provider, und zum anderen, *wie* der Zugriff erfolgen soll, d.h. über technische Überwachungseinrichtungen, welche die Telekommunikationsanbieter vorhalten müssen, § 110 TKG, oder im Wege des offenen Herausgabeverlangens bzw. der Beschlagnahme, §§ 94 ff. StPO.

Zwar nennt § 100a StPO E-Mail nicht ausdrücklich, indessen ist anerkannt, dass der Begriff der Telekommunikation in § 100a StPO in technischer Hinsicht entwicklungs offen ist und deswegen auch die E-Mail-Kommunikation erfasst¹. Während der Zugriff unter Nutzung der Überwachungseinrichtungen² bei den Telekommunikationsanbietern als Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG und damit auf Grundlage von § 100a StPO bisher nicht umstritten sein dürfte³ und mit der Entscheidung des Zweiten Senats des BVerfG vom 2. März 2006 – 2 BvR 2099/04⁴ auch die Frage des Zugriffes beim Be-

¹ Meyer-Göbner⁴⁹, § 100a Rn. 2; KK/STPO-Nack⁵, § 100a Rn. 6.

² Vgl. die ausführliche Beschreibung der technischen Hintergründe und Erfahrungen der Provider bei Ermert, c't 1/2006, 44.

³ Vgl. KK/STPO-Nack⁵, § 100a Rn. 7; Meyer-Göbner⁴⁹, § 100a Rn. 2.

⁴ BVerfG NJW 2006, 976 ff. = HRRS 2006 Nr. 235.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Zürich. Für eine kritische Durchsicht, die für diesen Beitrag auch inhaltlich sehr wertvoll gewesen ist, dankt der Verfasser ganz herzlich Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Zürich und Herrn Dr. Karsten Gaede, Hamburg.

schuldigten, nämlich unter Anwendung der §§ 102, 94, 98 StPO geklärt sein sollte, ist eine weitere Konstellation umstritten. Nämlich die Frage, ob auch ein Zugriff beim E-Mail-Provider im Wege einer Anordnung nach den §§ 94, 98 StPO erfolgen kann.

Letztere Sachlage war Gegenstand einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG vom 29. Juni 2006. Die Dritte Kammer des Zweiten Senats wies die Staatsanwaltschaft in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren an, sämtliche beim Provider des Beschwerdeführers erstellte Datenträger mit dem E-Mail-Verkehr und daraus erstellte Schriftstücke in Verwahrung beim zuständigen Amtsgericht zu geben⁵.

I. Sachverhalt

Die Entscheidung erging im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung in einem Ermittlungsverfahren welches sich *nicht* gegen den Beschwerdeführer richtete. Bei ihm wurde die Durchsuchung seiner Wohnung angeordnet, um Unterlagen und Datenträger aufzufinden, die Aufschluss über zwei Unternehmen und deren Zahlungen von Konten geben könnten, für die der Beschwerdeführer verfügungsberechtigt war. Das AG setzte der Anordnung hinzu: „Ferner wird gem. §§ 100 g, 100 h StPO die Auswertung von gegebenenfalls zu beschlagnahmenden Datenträgern gestattet, insbesondere von Textdateien und e-mail-Verkehr.“ Bei der Durchsuchung wies der Beschwerdeführer die Polizeibeamten zunächst darauf hin, dass er empfangene und versandte E-Mails bei seinem Provider gespeichert habe, und stellte auch eine Internetverbindung zu diesem Provider her. Dann verwahrte er sich aber gegen einen Zugriff der durchsuchenden Beamten auf die dort gespeicherten E-Mails, weil der Durchsuchungsbeschluss dies nicht zulasse. Das AG ordnete daraufhin durch fernmündlichen Beschluss die Beschlagnahme des E-Mail-Accounts des Beschwerdeführer bei dem Provider-Unternehmen an. Das sei nach den § 94 und § 98 StPO gerechtfertigt, weil die auf dem E-Mail-Konto des Beschwerdeführers gespeicherten Daten als Beweismittel von Bedeutung seien. Am selben Tag wurden ungefähr 2.500 E-Mails, die der Beschwerdeführer seit Jahresbeginn 2004 bis zum Tage der Durchsuchung im März 2006 bei dem Provider gespeichert hatte, auf einen Datenträger kopiert und dieser den Ermittlungsbehörden übergeben. Fachgerichtliche Rechtsmittel des Beschwerdeführers hatten keinen Erfolg. Zur Anwendung der Beschlagnahmenvorschriften führte das zuständige LG Braunschweig im Beschwerdeverfahren aus:

„Vorliegend besteht die Besonderheit, dass die E-Mails bestimmungsgemäß nicht auf dem Endgerät des Betroffenen, sondern ihm auf einem Speicherplatz beim Provider zur Verfügung gestellt werden. Nach Ansicht der Kammer ist die Situation des Teilnehmers bei endgültiger Speicherung auf einem auswärtigen Speicherplatz bei seinem Provider aber ohne weiteres

vergleichbar mit der Speicherung auf einem beim Teilnehmer selbst bereitgestellten Endgerät⁶.“

II. Begründung des BVerfG für die einstweilige Anordnung

Nach Ansicht der Dritten Kammer des Zweiten Senats wird zu entscheiden sein, wie die Maßstäbe, die der Zweite Senat des BVerfG mit seinem Urteil vom 2. März 2006 – 2 BvR 2099/04⁷ zur Abgrenzung des Schutzbereichs des Art. 10 GG beim Zugriff auf die Inhalte und Verkehrsdaten der Telekommunikation aufgestellt hat, auf Fallkonstellationen wie die zu beurteilende anzuwenden sind. Wenn der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG betroffen wäre, werde eingehend zu erörtern sein, welche Anforderungen von Verfassungs wegen an die gesetzliche Eingriffsgrundlage (Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG) zu stellen sind, um einerseits dem sich aus dem Fernmeldegeheimnis ergebenden besonderen Schutzbedürfnis Rechnung zu tragen und andererseits wirksame Ermittlungsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden zu ermöglichen. Dabei könnte es unter anderem auch um die Frage gehen, ob die allgemeinen strafprozessualen Regelungen über die Durchsuchung und Beschlagnahme (§ 94, § 98 StPO) in der hier zu entscheidenden Fallgestaltung (Speicherung von Daten nach Abschluss der Kommunikation beim Serviceprovider oder Kommunikationsunternehmen) eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG bilden. Der Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens hat die Kammer daher als offen angesehen und im Rahmen der Abwägung bei der Anordnung nach § 32 BVerfGG ein Überwiegen der Interessen des Beschwerdeführers angenommen, welche die Anordnung rechtfertigen.

C. Rechtliche Würdigung der E-Mail-„Beschlagnahme“

Die Begründung der Kammer zeigt den Bereich, in denen sich die Frage des strafprozessualen Zugriffes auf den E-Mail-Verkehr bewegt. Dies sind auf der verfassungsrechtlichen Seite die Schutzbereiche von Art. 10 GG auf der einen und der informationellen Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG auf der anderen. Bezogen auf die StPO liegt das Spannungsfeld damit zwischen den §§ 100a, 100g, 100h StPO und den §§ 94 ff. StPO.

Die veröffentlichte Rechtsprechung zu dieser Frage ist bisher bemerkenswert spärlich: Während der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofes vor nunmehr fast zehn Jahren eine parallele Anwendung der Vorschriften der § 100a und 103 StPO im Fall der „Durchsuchung“ einer Mailbox angenommen hatte⁸, haben das LG Hanau⁹

⁶ LG Braunschweig, B. v. 12.04.2006, 6 Qs 88/06 Rn. 12 (juris).

⁷ BVerfG NJW 2006, 976 ff. = HRRS 2006 Nr. 235.

⁸ BGH (Ermittlungsrichter), NSTz 1997, 247.

⁹ LG Hanau, NJW 1999, 3647.

⁵ Vgl. BVerfG 2 BvR 902/06 = HRRS 2007 Nr. 125.

und das LG Mannheim¹⁰ allein § 100a StPO für einschlägig gehalten. Das LG Ravensburg hingegen hat wiederum allein die §§ 94, 98 StPO im Rahmen einer analogen Anwendung für einschlägig angesehen¹¹. Für die Praxis ist die Bestimmung der entsprechenden Eingriffsgrundlage erheblich. Während eine Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO d.h. mit Zugriff auf die Telekommunikationsinhalte eine der in § 100a S. 1 Nr. 1 – 5 genannten Katalogstraftaten erfordert, besteht bei einer Beschlagnahme und Durchsuchung eine solche Schranke nicht.

I. Technische Hintergründe

Die Übermittlung einer E-Mail über das Internet vom Absender zum Provider des Empfängers erfolgt heute zumeist über ein spezielles Netzwerkübertragungsprotokoll, das sog. SMTP¹²-Protokoll. Regelmäßig sind dabei mindestens vier Systeme involviert. Dies sind zum einen die Endgeräte von Sender und Empfänger und zwischengeschaltet jeweils ein Sendesystem des Providers des Absenders der E-Mail und ein Empfangssystem des Providers des Empfängers. Zwischen den zwei Providersystemen können noch beliebige weitere Systeme im Internet zwischengeschaltet sein, welche die E-Mail ggf. nach kurzer Zwischenspeicherung an das Empfangssystem weitervermitteln. Ist die E-Mail auf dem Empfangssystem des Providers des Empfängers eingegangen, wird diese im Postfach¹³ des Kunden für den Abruf bereitgehalten.

Auch dieser Abruf vom Server seines Providers auf sein Endgerät des Empfängers z.B. dessen Computer, erfolgt regelmäßig über das Internet. Dabei können beim Einsatz eines E-Mail-Programms zwei unterschiedliche Techniken zum Einsatz kommen. Während bei einem Abruf aus dem Postfach über das ältere POP3¹⁴-Protokoll die E-Mail nach einem erfolgreichen Empfang auf dem Endgerät vom System des Providers häufig gelöscht wird, findet beim moderneren IMAP¹⁵ ein *dauerhaftes* Herunterladen und Speichern auf dem System des Empfängers oft nicht mehr statt. Vielmehr werden hier die E-Mails nur zur Ansicht und Bearbeitung *vorübergehend* auf das Endgerät des Empfängers geladen, verbleiben aber auch nach Änderungen auf dem Empfangssystem des Providers im *Postfach des Empfängers* und können dort zeitlich unbegrenzt gespeichert werden. Die Möglichkeit Ordnerstrukturen einzurichten erleichtert die Verwaltung großer E-Mail-Bestände. Im Fall sog. Webmaildienste wie GMX, Google Mail oder Hotmail erfolgt der Zugriff auf das Postfach in vergleichbarer Weise wie bei IMAP. Der Unterschied ist hier, dass das E-Mail-Programm

durch eine „Internetseiten“-Oberfläche ersetzt wird und damit das eigentliche E-Mail-Programm beim Provider selbst läuft¹⁶.

Deutlich wird damit zweierlei: Zum einen, dass zwischen *allen* an der Übertragung vom Endgerät des Absenders zum Endgerät des Empfängers beteiligten Systemen ein technischer Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen erfolgt und diese Übertragung durch technischer Einrichtungen geschieht, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können (Telekommunikationsanlagen) – mithin Telekommunikation i.S.d. Telekommunikationsgesetzes stattfindet, § 3 Nr. 22 TKG¹⁷. Zum anderen, dass es Konstellationen gibt, in denen die E-Mails auch nach einer Kenntnisnahme des Empfängers dauerhaft bei Dritten gelagert werden können.

II. Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses in Art. 10 Abs. 1 GG

1. Nach der Rechtsprechung des BVerfG schützt Art. 10 GG die private Fernkommunikation. Das Grundrecht gewährleistet die Vertraulichkeit der individuellen Kommunikation, wenn diese wegen der räumlichen Distanz zwischen den Beteiligten auf eine Übermittlung durch andere angewiesen ist und deshalb in besonderer Weise einen Zugriff Dritter - einschließlich staatlicher Stellen - ermöglicht.¹⁸ Es ist entwicklungs offen gegenüber dem technischen Fortschritt¹⁹ und unabhängig von der Übertragungstechnik²⁰.

Die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes endet nicht in jedem Fall am Endgerät der Telekommunikationsanlage. Eine Gefährdung der durch Art. 10 GG geschützten Vertraulichkeit der Telekommunikation kann auch durch einen Zugriff am Endgerät erfolgen²¹. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses endet nach der neuen Senatsrechtsprechung des BVerfG zum Fall der Heidelberger Richterin *Bargatzky* aber dann, wenn die Nachricht bei dem Empfänger angekommen und der Übertra-

¹⁶ Denkbar sind auch Fälle, in denen lediglich die E-Mail-Software „Internetseiten“-basiert läuft, aber der Zugriff auf E-Mail-Postfächer bei einem anderen Anbieter erfolgt. Insofern ist die Darstellung in der Beschwerdeentscheidung des LG Braunschweig, B. v. 12.04.2006, 6 Qs 88/06, diffus.

¹⁷ Während der Bundesgerichtshof diesen Telekommunikationsbegriff auch auf das Strafprozessrecht übertragen will (vgl. BGH NStZ 2003, 668) wird eine solche Übertragung teilweise für unzulässig angesehen (vgl. *Fezer*, NStZ 2003, 625 ff.; *Weßlau*, StV 2003, 483, 484). Der Streit kann an dieser Stelle dahinstehen, weil sich bei der Versendung einer E-Mail zwischen Personen regelmässig auch um einen *gewollten* Kommunikationsvorgang handelt.

¹⁸ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 976, 978 = HRRS 2006 Nr. 235; Mangoldt/Klein/Starck-*Gusy*, Art. 10 Rn. 19.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 46, 120, 144.

²⁰ Vgl. BVerfGE 106, 28, 36 = HRRS 2004 Nr. 345.

²¹ Vgl. BVerfGE 106, 28, 37 = HRRS 2004 Nr. 345.

¹⁰ LG Mannheim, StV 2002, 242 m. Anm. *Jäger*.

¹¹ LG Ravensburg, NStZ 2003, 325.

¹² Simple Mail Transfer Protocol, technische Grundlagen geregelt im Standard RFC 821 und RFC 2821.

¹³ Regelmässig ist dies eine einzelne Datei, oder eine Ordnerstruktur, in welcher die E-Mails abgelegt werden.

¹⁴ Post Office Protocol Version 3, technische Grundlagen geregelt im Standard RFC 1939.

¹⁵ Internet Message Access Protocol, technische Grundlagen geregelt im Standard RFC 3501.

gungsvorgang beendet ist²². Die spezifischen Gefahren der räumlich distanzierten Kommunikation bestehen im Herrschaftsbereich des Empfängers, der eigene Schutzvorkehrungen gegen den ungewollten Datenzugriff treffen kann, nicht²³. Daher sind auf einer SIM-Karte eines Mobiltelefons gespeicherte SMS-Nachrichten und Informationen über Verbindungsvorgänge nicht durch Art. 10 GG geschützt²⁴. Vielmehr unterfallen die nach Abschluss des Übertragungsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Verkehrsdaten dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung²⁵.

2. Der Begriff der Beendigung des Übertragungsvorganges ist nur scheinbar klar. Der Senat stellt darauf ab, dass während für den Kommunikationsteilnehmer keine technischen Möglichkeiten vorhanden sind, das Entstehen und die Speicherung von Verkehrsdaten durch den Nachrichtenmittler zu verhindern oder auch nur zu beeinflussen, sich die Einflussmöglichkeiten ändern, wenn die Daten sich in der eigenen Sphäre des Teilnehmers befinden.²⁶ Dabei soll es nicht entscheidend darauf ankommen, ob der Nutzer die Löschung der in seiner Sphäre gespeicherten Verkehrsdaten in jedem Fall sicher bewirken kann. Maßgeblich sei vielmehr, die Vergleichbarkeit mit den sonst in seiner Privatsphäre gespeicherten Daten gegeben.²⁷

III. Die Speicherung beim Empfangsprovider als Beendigung des Übertragungsvorganges?

Für den Fall der Speicherung der E-Mail auf dem Empfangsserver des Providers wird aus der dargelegten Rechtsprechung des BVerfG zur Beendigung des Übertragungsvorganges abgeleitet, dass damit der Schutz des Fernmeldegeheimnisses enden soll. Denn wenn die E-Mail den Empfänger „endgültig“ in einer Mailbox auf dem Server „bereitgestellt“ worden sei, habe sie ihr bestimmungsgemäßes Ziel erreicht. Der Empfänger sei in der Lage, die E-Mail zu lesen, zu speichern oder zu löschen bzw. den unbefugten Zugriff Dritter durch ein Passwort zu verhindern. Die gespeicherten E-Mails seien nicht mehr Teil des Kommunikationsvorganges sondern Teil seiner eigenen Risikosphäre²⁸. Zur Untermauerung dieser Ansicht wird darauf verwiesen, dass ein zusätzlicher Abruf weder für die Beendigung des Übertragungs-

vorganges noch für die Beherrschbarkeit der Daten erforderlich sei²⁹.

1. Das Vier-Phasen-Modell der E-Mail-Kommunikation

Diese Argumentation bewegt sich auf der Linie eines Teils der Rechtsprechung und Literatur vor der Senats-Entscheidung des BVerfG im Fall *Bargatzky* (s.o. II 1.). So wollte das LG Ravensburg im Rahmen einer Analogie zur klassischen Briefpost drei Phasen der E-Mail-Übermittlung unterscheiden. Nämlich eine Phase vom Absender zum Provider, eine Phase der Lagerung der E-Mail beim Provider und eine dritte Phase des Abrufes durch den Empfänger. Da in der zweiten Phase das Bereithalten der E-Mail für den Abruf dem Zustand eines, in einem Briefverteilzentrum lagernden Briefes entspricht, wäre hier § 100a StPO als Eingriffsgrundlage nicht anzuwenden³⁰. Indes trivialisiert dieses Modell, auf das sich auch weitere Autoren³¹ berufen, die technischen Grundlagen³². Denn es beantwortet nicht die Frage, wieso von einer *Beendigung des Übertragungsvorganges* zu sprechen ist, wenn *vor* einer Kenntnisnahme durch den Empfänger *zwingend* noch ein Telekommunikationsvorgang stattfinden muss, nämlich der Abruf der E-Mail vom Server des Empfangsproviders durch den Empfänger (s.o.). Zwar mag es nicht darauf ankommen, ob der Empfänger einer via Telekommunikation übermittelten Nachricht auch Kenntnis davon hat, dass sie in seinen Einflussbereich gelangt ist. Eine SMS auf dem Mobiltelefon oder eine Nachricht auf dem heimischen Anrufbeantworter kann indessen *ohne weiteren* Telekommunikationsvorgang vom Empfänger beherrscht werden. Damit unterscheidet sich der Fall einer beim Provider lagernden E-Mail von einer z.B. auf den heimischen Computer abgerufenen und insofern der der Senats-Entscheidung des BVerfG zugrundeliegende Sachverhalt vom hier diskutierten. Zutreffenderweise müssen vielmehr vier Phasen unterschieden werden: Absendung (1. Phase), Speicherung beim Provider (2. Phase), Abruf durch den Empfänger (3. Phase) und Speicherung beim Empfänger (4. Phase)³³.

Im Zusammenhang mit der Auslegung des Begriffes der Beendigung des Übertragungsvorganges führt der Zweite Senat aus, dass die Nachricht *mit Zugang bei dem Empfänger nicht mehr den erleichterten Zugriffsmöglichkeiten Dritter* – auch des Staates – ausgesetzt ist, die sich aus der fehlenden Beherrschbarkeit und Überwachungsmöglichkeit des Übertragungsvorganges durch die Kommunikationsteilnehmer ergeben. Die gespeicherten Inhalte und Verkehrsdaten unterscheiden sich dann nicht mehr

²² So auch Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 10 Rn. 24; Welp, NStZ 1994, 295; Hauschild, NStZ 2005, 339; Bär, MMR 2005, 523, 524; Günther, NStZ 2005, 485, 489.

²³ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 976, 978 = HRRS 2006 Nr. 235.

²⁴ BGH HRRS 2006 Nr. 532; a.A. BVerfG NJW 2005, 1637 = HRRS 2005 Nr. 212.

²⁵ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 976 ff. = HRRS 2006 Nr. 235.

²⁶ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 976, 978 = HRRS 2006 Nr. 235; Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 10 Rn. 19.

²⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 976, 978 = HRRS 2006 Nr. 235; Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 10 Rn. 19.

²⁸ So LG Braunschweig B. v. 12.04.2006, 6 Qs 88/06 Rn. 12 (juris); Geis/Geis, MMR 2006, X, XI; Löffelmann, Anwbl. 2006, 599 f.

²⁹ Geis/Geis, MMR 2006, X, XI.

³⁰ LG Ravensburg, NStZ 2003, 325.

³¹ Wohl grundlegend: Palm/Roy, NJW 1996, 1791; s.a. KK/STPO-Nack³, § 100a Rn. 7; Meyer-Göbner⁴⁹, § 100a Rn. 2; Marberth-Kubicki, StraFo 2002, 277, 280; Geis/Geis, MMR 2006, X, XI.

³² Ähnlich kritisch Sankol, MMR 2006, XXIX zu Geis/Geis, MMR 2006, X f.

³³ So auch zutreffend Jahn, JuS 2006, 491, 493; Spatscheck/Schmidt, PStR, 2005, 288.

von Dateien, die der Nutzer selbst angelegt hat³⁴. Der spezielle Schutz des Fernmeldegeheimnisses durch Art. 10 GG schaffe einen Ausgleich für den technisch bedingten Verlust an Beherrschbarkeit der Privatsphäre, der durch die *Nutzung von Anlagen Dritter* zwangsläufig entsteht, und errichte eine besondere Hürde gegen den vergleichsweise wenig aufwendigen Zugriff auf Kommunikationsdaten, den die Nutzung der Fernmeldetechnik ermöglicht.³⁵

Vor diesem Hintergrund werden die Unterschiede zwischen der 2. Phase und der 4. Phase deutlich: Nutzer von E-Mail sind in den meisten Fällen darauf angewiesen, einen Dritten, nämlich den Provider, zu Hilfe zu nehmen um ihre Kommunikation abzuwickeln. Nur dieser ist regelmäßig in der Lage, die Anlagen zu betreiben, die für die Nutzung des E-Mail-Dienstes erforderlich sind, nämlich Systeme vorzuhalten, welche E-Mail für den Nutzer jederzeit in Empfang nehmen können. Das Telekommunikationsgesetz erfasst solche Systeme als Nachrichtenübermittlungssysteme mit Zwischenspeicherung, § 107 TKG. Während der Nutzer auf sein in seiner Privatsphäre befindliches Endgerät abgerufenen E-Mails unter besonderem, ggf. durch Art. 13 GG flankierten, Schutz gegenüber Dritten, bearbeiten, weiterleiten und ggf. löschen kann, hat er keinen Einfluss darauf, ob nicht auf Seiten des Providers gleichwohl ein Zugriff erfolgt oder ob dieser die empfangenen E-Mails z.B. im Rahmen eines Backups dauerhaft speichert. Der Verweis auf eine mögliche Passwortsicherung verfängt hier nicht³⁶. Denn aus technischen Gründen hilft diese bei heutigen E-Mail-Systemen meist nur gegen Außenstehende. Den Angestellten des Providers steht das Postfach regelmäßig offen³⁷. Dass diese Gefahren auch der europäische³⁸ und deutsche Normgeber gesehen hat, zeigt der ausführliche Anforderungskatalog des § 107 TKG mit seinen Vorschriften zur Zugriffssicherung und eingeschränkt zulässigen Verarbeitung der gespeicherten Informationen. Vertrauen zum Provider als Dritten und ein technisch bedingter Verlust an Beherrschbarkeit der Privatsphäre bei einem Kommunikationsvorgang kennzeichnen somit auch die 4. Phase. Beides sind Aspekte, welche Hintergrund der Bestimmung des Art. 10 GG sind. Geht man somit vom Zweck des Fernmeldegeheimnisses, als Schutz vor der Einwirkung von mit einer Nachrichtenübermittlung beauftragter Dritter, aus, dann kann eine Nachrichtenübermittlung erst dann abgeschlossen sein, wenn die zur Übermittlung verwendete dritte Person *endgültig nicht mehr involviert* ist. Es kann es grundsätzlich nicht darauf ankommen, wie lange der Übermittlungsvorgang dauert oder ob die Information vom Nach-

richtenmittler „zwischengelagert“ wird³⁹. Dieser Ansicht folgt wohl auch ein Teil der Rechtsprechung⁴⁰ und Literatur⁴¹, wenn sie von einer Untrennbarkeit des Übermittlungsvorganges ausgehen.

Würde man beim Provider lagernde E-Mails vom Schutz des Fernmeldegeheimnisses i.S.d. Art. 10 GG ausnehmen, muss dies auch zur Folge haben, dass die einfachrechtlichen Schutzbestimmungen des § 88 TKG, welche den Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber umsetzt, für den Schutz des Fernmeldegeheimnisses auch zwischen Privaten zu sorgen⁴², nicht mehr anwendbar wäre. Dass die Eingriffsbefugnisse des Strafprozessrechtes autonom auszulegen sind⁴³ steht dem an dieser Stelle nicht entgegen. Es kann nur einen einheitlichen verfassungsrechtlichen Begriff des Fernmeldegeheimnisses geben: Der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG kann nicht mit Blick auf möglicherweise unzureichende Eingriffsgesetze i.S. des Art. 10 Abs. 2 GG je nach Rechtsgebiet zur gleichen Frage einmal einschränkend und einmal weit ausgelegt werden.

2. Untauglichkeit der Differenzierung zwischen „abgerufenen“ und „zwischengelagerten“ Nachrichten

Sieht man mit obiger Begründung beim Provider lagernde, aber schon abgerufene E-Mails als vom Fernmeldegeheimnis i.S.d. Art. 10 Abs. 1 GG als erfasst an, drängt sich die Frage auf, ob damit nicht die Grenzen des Schutzbereiches an Schärfe verlieren. So stellt sich die Frage, was E-Mail-Daten von beliebigen anderen Daten unterscheidet, welche bei einem Dritten gelagert werden⁴⁴. Ist dieser Dritte kein Telekommunikationsanbieter, sondern bewahrt er beispielsweise Backup-Datenträger des Beschuldigten auf, würde sich die Frage des Schutzbereiches von Art. 10 Abs. 1 GG nicht stellen. Gerade im Hinblick auf längere „Lagerzeiten“ von E-Mails auf den Providerservern führt diese Form der Dateiablage gegenüber der auf heimischen Geräten zu einer faktischen Privilegierung auf Grund der höheren Eingriffsschranken des einfachgesetzlichen § 100a StPO. Diesem Problem versuchen einige Autoren zu begegnen, indem sie zwischen abgerufenen und nicht abgerufenen E-Mails differenzieren⁴⁵. Sie wollen auf den Zweck der Zwischenspeicherung abstellen, d.h. ob die Zwischenspeicherung noch dem Zweck der Informationsverschaffung dient, oder nur

³⁴ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 976, 978 = HRRS 2006 Nr. 235; Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 10 Rn. 19.

³⁵ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 976, 978 = HRRS 2006 Nr. 235; Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 10 Rn. 19.

³⁶ So aber LG Braunschweig B. v. 12.04.2006, 6 Qs 88/06 Rn. 12 (juris); Geis/Geis, in MMR 2006, X, XI.

³⁷ Vgl. hierzu den arbeitsgerichtlichen Fall bei ArbG Aachen, MMR 2006, 702.

³⁸ Vgl. Erw. Nr. 22 in 2002/58/EG.

³⁹ So Kleszczewski, BerlKommTKG, § 88 Rn. 13; s.a. Kühne, Strafprozessrecht⁷, Rn. 520.4 mit einem veralteten Verweis auf § 14 TDSV.

⁴⁰ LG Hanau, NJW 1999, 3647 m. zust. Anm. Dübbbers, StV 2000, 354.

⁴¹ Meyer-Gofßner⁴⁹, § 100a Rn. 2; Jäger, StV 2002, 244; Marberth-Kubicki, StraFo 2002, 277, 280; Michalke, StraFo 2005, 91, 92; Park, Hdb. Durchsuchung und Beschlagnahme, S. 224.

⁴² Kleszczewski, BerlKommTKG, § 88 Rn. 9 m.w.N.; Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Art. 10 Rn. 61.

⁴³ So Jahn, JuS 2006, 491, 493 m. Verw. auf LR-Lüderssen/Jahn Einl. M Rn. 35.

⁴⁴ So bieten z.B. auch einige Provider inzwischen „virtuelle Festplatten“ im Internet an.

⁴⁵ So Kudlich, JA 2000, 227, 232 f.

noch der von Art. 10 Abs. 1 GG nicht mehr geschützten Nachrichtenkonservierung in einem externen Speicher⁴⁶. In dieselbe Richtung scheint auch die der hier besprochenen Verfassungsbeschwerde zugrunde liegenden Entscheidung zu gehen, bei der scheinbar die Nutzung eines Webmaildienstes als Fall der abgerufenen E-Mail angesehen wird (s.o. B. I.)⁴⁷.

Diese Ansicht ist indes problematisch, klärt sie doch nicht befriedigend die Frage, wer im Falle eines beabsichtigten Zugriffs durch die Strafvollzugsbehörden, die Trennung zwischen abgerufenen und nicht abgerufenen E-Mails vornehmen soll. Lässt der Provider den staatlichen Zugriff d.h. eine Durchsuchung seines Systems zu, so eröffnet er damit jedenfalls auch den Zugang zu den Verkehrsdaten *nicht abgerufener* E-Mail. Diese Daten unterliegen aber als nähere Umstände der Telekommunikation dem Fernmeldegeheimnis⁴⁸. Trennt der Provider und gibt die *bereits abgerufenen* E-Mails an die Ermittlungsbehörden heraus, gilt nichts anderes. Denn mit diesen E-Mails würden auch die in den Kopfdaten enthaltenen Verkehrsdaten vom Provider übermittelt.

Die dargestellte Problematik der Trennung macht deutlich, dass ohne einen Zugriff Dritter (Staat oder in dessen Auftrag der Provider) auf Umstände, die zumindest als Verkehrsdaten dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, eine Trennung in abgerufene und nicht abgerufene E-Mail nicht möglich ist. Damit taugt das Kriterium des vorherigen E-Mailabrufes nicht. Denn zwingende Folge des Zugriffs auf die bereits abgerufenen E-Mails ist immer auch eine Verarbeitung von Informationen die dem Fernmeldegeheimnis unterfallen. Damit liegt aber auch ein Eingriff in dieses vor.

3. Zusammenfassung

Festzuhalten bleibt daher zunächst, dass E-Mails unabhängig davon, ob sie bereits abgerufen worden sind oder nicht, jedenfalls solange sie sich beim E-Mail-Provider als Dritten befinden, dem Fernmeldegeheimnis i.S.d. Art. 10 Abs. 1 GG unterliegen.

IV. Die Anwendung der Vorschriften über die Beschlagnahme, §§ 94 ff. StPO

Dieses Ergebnis ist freilich noch keine Antwort auf die Frage, ob sich der Zugriff auf die beim Provider lagernden, dem Fernmeldegeheimnis unterliegenden E-Mail allein in den Bahnen der §§ 100a, 100b StPO d.h. den Vorschriften zur Telekommunikationsüberwachung vollziehen kann, oder ob auch andere Vorschriften der StPO, wie z.B. die §§ 94 ff., eine geeignete Grundlage darstellen. Dabei müssen diese Vorschriften für den genannten Fall vor den verfassungsrechtlichen Anforderungen für ein Eingriffsgesetz i.S.d. § 10 Abs. 2 GG bestehen: Diesbezüglich kann es zunächst nicht darum gehen, den

Zugriff auf E-Mail beim Provider völlig zu unterbinden. Denn das Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung ist ein wichtiges staatliches Anliegen und Verfassungsauftrag⁴⁹. Zu beachten ist aber auch, dass die aus der Zwischenspeicherung beim E-Mail-Provider resultierende besonderen Gefahr für die Privatsphäre des Einzelnen darin besteht, dass sich dort ein Zugriff Dritter – auch des Staates – vom Betroffenen unbemerkt vollzieht. Zwar gibt es keinen Grundsatz offener Ermittlung⁵⁰, die Heimlichkeit staatlichen Vorgehens ist aber regelmäßig in besonderer Weise grundrechtsrelevant, denn sie trifft den Betroffenen in einer Situation vermeintlicher Vertraulichkeit⁵¹. Der Mangel an Beherrschbarkeit für den Betroffenen gebietet es daher, dass ein Eingriff nur auf Grund bereichsspezifisch abgestimmter Ermächtigungsgrundlagen erfolgt⁵². Beschränkungen der Art. 10 bzw. Art. 2 Abs. 1 GG bedürfen daher einer gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprechen⁵³.

1. Die §§ 94, 95 StPO

Die direkte Anwendung von § 94 StPO den Zugriff für beim Provider lagernde E-Mails ist nicht ohne Schwierigkeiten möglich. So ist diese Vorschrift auf die Beschlagnahme eines verkörperten Gegenstands ausgerichtet. Zwar sind nach der heutigen, verfassungsrechtlich nicht beanstandeten⁵⁴, Rechtsprechung Daten auf einem Datenträger grundsätzlich auch beschlagnahmefähig⁵⁵. Auch soll über den Begriff der „Sicherstellung in anderer Weise“ sogar eine nichtkörperliche Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörden erfasst⁵⁶ sein. Anders als beim Zugriff auf ein normales Computersystem, z.B. beim Beschuldigten, stehen beim Provider indes erhebliche praktische Probleme der Realisierung einer solchen Beschlagnahme entgegen.

a) Eine heimlicher Online-Zugriff auf den E-Mail-Server gestützt auf die Durchsuchungsvorschriften der §§ 102 ff StPO unter Umgehung des Providers scheidet aus. Diskutiert wurde diese Möglichkeit zunächst an Beispiel der inzwischen mit der Verbreitung des Internets technisch überholten⁵⁷ Mailboxen. Der Ermittlungsrichter des Bun-

⁴⁹ Vgl. NJW 2006, 976, 980 = HRRS 2006 Nr. 235 m.w.N.

⁵⁰ BGHSt (GS), 42, 139, 150.

⁵¹ BVerfG NJW 2003, 1787, 1791.

⁵² S.a. zu diesem Argument *Sankol*, MMR 2006, XXIX. Vgl. auch EGMR, *Kopp v. Schweiz*, Rep. 1998-II, §§ 63 ff. und EGMR, *Doerga v. Niederlande*, HRRS 2004 Nr. 751, §§ 45 ff. und das Schweizerische Bundesgericht BGE 126 I 50, 66.

⁵³ BVerfG 100, 313, 359f.; BVerfG, NJW 2005, 1917, 1919 = HRRS 2005 Nr. 549.

⁵⁴ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 976, 980 = HRRS 2006 Nr. 235.

⁵⁵ Vgl. BVerfG NStZ-RR 2003, 176; LG Trier NJW 2004, 869; LR-Schäfer § 94 Rn. 14; KK/STPO-Nack⁵, § 94 Rn. 3 f; Meyer-Gofner⁴⁹, § 94 Rn. 4.

⁵⁶ Vgl. Meyer-Gofner⁴⁹, § 94 Rn. 16a.

⁵⁷ Die Vernetzung erfolge hier mit anderen Mailbox-Systemen über temporäre Wählverbindungen (Modem/ISDN).

⁴⁶ So Jäger, StV 2002, 243, 244.

⁴⁷ LG Braunschweig B. v. 12.04.2006, 6 Qs 88/06 Rn. 12 (juris).

⁴⁸ Dazu BVerfGE 85, 386, 396; BVerfGE 110, 33, 53; BVerfG, NJW 2005, 2603, 2604 = HRRS 2005 Nr. 718.

desgerichtshofs hat in der sog. „Mailboxentscheidung“⁵⁸ jedenfalls eine Anwendung der §§ 102 ff StPO für den Fall verneint, dass unter Umgehung des Providers auf *elektronischem Wege* (online) auf das Postfach zugegriffen wird⁵⁹. Nicht anders liegt der Fall, in dem im Rahmen eines Auskunftersuchens nach § 113 Abs. 1 S. 2 TKG zunächst Zugriffsdaten vom Provider erfragt werden, um dann von diesem nicht kontrollierbar, online auf das System zuzugreifen.

Teilweise wurde gegenüber dem an dieser Stelle stattfindenden heimlichen Vorgehen der Ermittlungsbehörden eingewandt, dass Offenheit kein Wesensmerkmal der Durchsuchung ist und eine Durchsuchung von Sachen daher nicht zwingend offen stattzufinden habe⁶⁰. Dem steht indes entgegen, dass z.B. nach dem eindeutigen § 106 Abs. 1 StPO der Inhaber der zu durchsuchenden Gegenstände bzw. sein Vertreter oder ein erwachsener Angehöriger, Hausgenosse oder Nachbar hinzuzuziehen ist. Zu durchsuchender körperlicher Gegenstand ist hier aber das E-Mail-System des Providers und nicht das rein elektronische Postfach des Kunden. Eine Gefährdung des Ermittlungszweckes durch eine Bekanntgabe, vgl. § 33 Abs. 4 StPO, drängt sich beim Provider als Dritten jedenfalls nicht auf. Die Vorschrift des § 106 Abs. 1 ist ebenso wie die Regelung des § 105 Abs. 2 StPO keine bloße Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung irrelevant ist. Sie ist, wie nunmehr der 3. Senat in seinem Beschluss zur Online-Durchsuchung von Beschuldigten-Computern entschieden hat, wesentliche Förmlichkeit, deren Nichteinhaltung zur Rechtswidrigkeit der Durchsuchung führt⁶¹. Darüber hinaus hat die Durchsuchung bei einem heimlichen Vorgehen eine neue Eingriffsintensität und erlangt damit einen neuen, eigenständigen Charakter⁶². Dementsprechend können die §§ 102, 103 ff. StPO auch keine Grundlage für eine „verdeckte Online-Durchsuchung“ des E-Mail-Systems des Providers sein.

b) Denkbar wäre auch eine Mitnahme⁶³ des gesamten Rechnersystems oder des dazugehörigen Datenspeichers zum Zwecke ihrer Durchsuchung im Rahmen einer offenen Durchsuchung der Provider-Räume. An diesen Sachen könnte dann eine Durchsuchung nach Beweismitteln, gestützt auf § 110 StPO (der Begriff der „Durchsicht von Papieren“ soll auch Computersysteme erfassen⁶⁴), vorgenommen und aufgefundene verfahrensrelevante Nachrichten beschlagnahmt werden. Da hierdurch der gesamte Betrieb eines E-Mail-Providers ggf. mit hunderttausenden Kunden gestört werden würde, dürfte sich hier

vor allem die Frage der Verhältnismäßigkeit⁶⁵ stellen. Darüber hinaus würde bei einer Durchsuchung des Computersystems des Providers nach verfahrensrelevanten Informationen immer auch der E-Mail-Verkehr einer Vielzahl anderer Personen erfasst sein, die nicht am Strafverfahren beteiligt sind. Weder § 94 noch die Durchsuchungsvorschrift des § 110 StPO sehen hier entsprechende bereichsspezifische Sicherungen – Stichwort Zufallsfunde – gegen eine Kenntnisnahme durch Strafverfolgungsbehörden vor.

c) Zum anderen wäre aber auch an eine Vorselektierung der E-Mails durch den Provider zu denken. So sieht § 95 StPO eine Vorlegungs- und Auslieferungspflicht Dritter für der Beschlagnahme unterliegende Beweismittel vor. Problematisch ist hierbei, dass auf einem Server lagernde E-Mails gerade nicht verkörpert sind und daher im Grundsatz ohne zusätzliche Verkörperung weder vorgelegt noch ausgeliefert werden können. Umgehbar wäre dieses Problem, indem der Begriff der *Auslieferung* erweiternd z.B. auf eine elektronische Herausgabe ausgelegt wird.

Indessen würden mit einer solchen Auslieferung regelmäßig auch Verkehrsdaten herausgegeben werden, welche in den Kopfdaten der E-Mails enthalten sind. Für einen solchen Fall sind aber die bereichsspezifischen Vorschriften der §§ 100g, 100h StPO geschaffen worden, welche die Auskunftserteilung durch Telekommunikationsanbieter über Telekommunikationsverbindungsdaten⁶⁶ des Beschuldigten, oder von Personen, welche vom Beschuldigten herrührende Mitteilungen in Empfang nehmen, regeln. Hierzu ist es nicht recht einleuchtend, dass dann, wenn *allein* diese Informationen vom verpflichteten Anbieter erhoben werden würden, die Schranke der §§ 100g, 100h StPO gelten würde, wenn diese Informationen mit den erheblich sensibleren Inhaltsdaten unter dem Etikett „empfangene E-Mail“ verbunden sind, aber nicht mehr. Die auf Art. 10 Abs. 2 GG beruhende Begrenzungsfunktion der §§ 100g und 100h StPO verbietet es den Ermittlungsbehörden aber gerade, die dort geregelten materiellen und verfahrensmäßigen Schranken durch die Wahl einer anderen Zwangsmaßnahme zu umgehen, die solchen Schranken nicht unterliegt⁶⁷. Bei § 95 StPO fehlt aber die Eingriffsvoraussetzung der „Straftat von erheblicher Bedeutung“, welche § 100g StPO gerade vorsieht.

2. Die Anwendung der Vorschriften über die Postbeschlagnahme nach § 99 StPO

Teilweise wurde daher vorgeschlagen die Vorschrift über die Postbeschlagnahme, § 99 StPO analog⁶⁸ anzuwenden, bzw. sollen E-Mail „ohne Zweifel“⁶⁹ unter Postsendun-

⁵⁸ BGH (Ermittlungsrichter), NStZ 1997, S. 247, 248 mit krit. Anm. *Bär*, CR 1996, S. 490 sowie *Palm/Roy*, NJW 1997, S. 1904 f

⁵⁹ Es war ein Zettel mit Passwörtern von Benutzerkonten aufgefunden worden.

⁶⁰ Vgl. *Hofmann*, NStZ 2005, 121, 123.

⁶¹ BGH StB 18/06 = HRRS 2007 Nr. 197.

⁶² BGH StB 18/06 = HRRS 2007 Nr. 197.

⁶³ Diese ist noch keine Beschlagnahme, vgl. BGH NStZ 2003, 670; *Meyer-Gößner*⁴⁹, § 110 Rn. 6.

⁶⁴ Nach der Rechtsprechung erfasst der Begriff der Schrift i.S.d. § 110 StPO auch elektronische Datenspeicher, vgl. BGH, NStZ 2003, 670.

⁶⁵ Vgl. hierzu *KK/STPO-Nack*⁵, § 94 Rn. 4 zur Sicherstellung von EDV-Daten.

⁶⁶ § 100g Abs. 3 StPO nennt hier Kennungen, zeitliche Angaben und in Anspruch genommene Dienste.

⁶⁷ BVerfG NJW 2005, 1637, 1640 = HRRS 2005 Nr. 212.

⁶⁸ LG Ravensburg, NStZ 2003, 325.

⁶⁹ *Bär*, MMR 2000, 176, 177.

gen zu subsumieren sein⁷⁰. Folge wäre, dass der Provider als in dieser Vorschrift genannter Telekommunikationsanbieter zur Abtrennung und Herausgabe der gewünschten Daten verpflichtet wäre. Anders als im Falle eines Vorgehens nach den §§ 94, 110 StPO wäre damit zumindest sichergestellt, dass durch einen durch das Fernmeldegeheimnis Verpflichteten, vgl. § 88 TKG, an die Ermittlungsbehörden nur die vorab als verfahrensrelevant bezeichneten Informationen weitergeleitet werden würden. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Verbindungsdaten könnte bereits in der Anordnung nach § 100 StPO durch Vorgaben zur Beschränkung des Beweismaterials auf den tatsächlich erforderlichen Umfang Rechnung getragen werden.

Indes erwähnt § 99 StPO lediglich Briefe und Telegramme d.h. verkörperte Nachrichten⁷¹. An einer Verkörperung wie bei einem Brief fehlt es indes bei E-Mails. Diese liegen regelmäßig nur in einer nicht unmittelbar wahrnehmbaren elektronischen Form vor. Die Besonderheiten elektronischer Datenverarbeitung bestehen gerade darin, dass Informationen beliebig be- und verarbeitet z.B. kopiert, verändert mit anderen Daten verknüpft werden können⁷², ohne dass Spuren zurückbleiben. Eine Briefbeschlagnahme wird dem Beschuldigten eher offenbar – staatliches Agieren ist hier nur begrenzt im Verborgenen möglich. Vor allem erfasst die Postbeschlagnahme nicht Sendungen, welche dem Empfänger in der Vergangenheit bereits zur Kenntnis gelangt sind. Dieser Eingriff ist faktisch in die Zukunft gerichtet, während er beim Zugriff auf beim Provider lagernde E-Mails aus den eingangs genannten Gründen weit in die Vergangenheit reichen kann. Schon mit Blick auf die größere Eingriffstiefe ist hier eine Differenzierung geboten. Auch eine Analogie zum Begriff des Telegramms ist nicht möglich. Zwar fällt letztere, am Aussterben begriffene Form der Kommunikation auch unter den Begriff der Telekommunikation und die dabei anfallenden Informationen unter das Fernmeldegeheimnis⁷³, jedoch entspricht weder der Umfang eines einzelnen Telegramms⁷⁴, noch die Häufigkeit der Kommunikation⁷⁵ mit diesem Mittel, dem typischer E-Mail-Kommunikation. Die Eingriffstiefe in das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Fernmeldegeheimnis ist daher schon aus praktischen Gründen eine andere, womit es an einem für eine Analogie erforderlichen vergleichbaren Lebenssachverhalt mangelt.

Letztlich ist aber eine analoge Heranziehung von strafprozessualen Eingriffsermächtigungen auf andere Lebenssachverhalte ohnehin ebenso unzulässig, wie die Kombination⁷⁶ einzelner Elemente von Eingriffsermächtigungen um eine Grundlage für eine neue technisch mögliche Ermittlungsmaßnahme zu schaffen. Beides widerspricht dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes für

Eingriffe in Grundrechte (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie dem Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen.

Darüber hinaus stellt Art. 10 Abs. 2 GG selbst *besondere* Anforderungen an die Bestimmtheit von Eingriffsvoraussetzungen. Der betroffene Bürger muss sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können, es muss sicher gestellt sein, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können⁷⁷. Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden⁷⁸.

Der *Gesetzgeber* hat dies für den Bereich des Briefes und des Telegramms in der Spezialvorschrift⁷⁹ des § 99 StPO einerseits und für den restlichen Bereich der Telekommunikation in den §§ 100a bzw. 100g, 100h StPO, mit ihren jeweiligen Eingriffsvoraussetzungen, unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, *abschließend* getan. Eine willkürliche Herausnahme einer bestimmten Art von Telekommunikation im Wege einer *richterlichen* Analogie zu den in § 99 StPO genannten beiden Kommunikationsformen, überschreitet die durch das Grundgesetz gesetzten Grenzen und ist daher unzulässig.

3. Zwischenergebnis

Damit erfüllt keine der Beschlagnahme- und Durchsuchungsvorschriften die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein hinreichend bestimmtes Gesetz i.S.d. Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG. Sie können damit nicht taugliche Grundlage für einen Zugriff auf beim Provider lagernde, bereits abgerufene E-Mails sein.

D. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich damit konstatieren, dass die in den E-Mail-Systemen der Provider lagernden E-Mails unabhängig von ihrem Abrufstatus dem Fernmeldegeheimnis i.S.d. Art. 10 GG unterliegen und damit eine Abfrage im Rahmen eines strafprozessualen Ermittlungsverfahrens sich derzeit nur im Rahmen der §§ 100a f. StPO vollziehen kann. Die §§ 94 ff., 102 ff. StPO sind nicht anwendbar. Hier ist der Gesetzgeber aufgerufen, die Telekommunikationsüberwachung nach der StPO einem schlüssigen Gesamtkonzept zuzuführen, das auch den Zugriff auf E-Mails überzeugend und verhältnismäßig regelt, damit die nun wiederholt wahrgenommenen Unstimmigkeiten bei der Anwendung der Eingriffsvorschriften der StPO weder die strafrechtlichen Ermittlungen unmöglich machen, noch die verfassungsrechtlichen Anforderungen verfehlen.

⁷⁰ So auch *Kemper*, NSStZ 2005, 538, 543.

⁷¹ LR-*Schäfer*, § 99 Rn. 25; KK/STPO-*Nack*⁵, § 99 Rn. 7.

⁷² BVerfGE 65, 1, 42.

⁷³ Vgl. *Kleszczewski*, BerlKommTKG § 106 Rn 2.

⁷⁴ Die Zeichenzahl ist regelmäßig stark begrenzt.

⁷⁵ Schon aus Kostengründen.

⁷⁶ Zur unzulässigen Kombination vgl. zutreffend BGH StB 18/06 = HRRS 2007 Nr. 197.

⁷⁷ BVerfGE 110, 33, 52 ff.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 100, 313, 359 f., 372; 110, 33, 53; BVerfG, NJW 2005, 2603, 2607 = HRRS 2005 Nr. 718.

⁷⁹ Vgl. LR-*Schäfer*, § 100a Rn. 46.

Zum „strafrechtlichen“ Wettbewerbsbegriff des § 299 StGB und zum Vermögensnachteil des Geschäftsherren bei der Vereinbarung von Provisionen bzw. „Kick-backs“

Zugleich Besprechung materiellrechtlicher Fragen des Urteils des BGH vom 9.8.2006 (1 StR 50/06, BGH NJW 2006, 3290 = HRRS 2006 Nr. 767) und des zugrunde liegenden Urteils des Landgerichts München I vom 23.5.2005 (4 KLS 571 Js 50602/03) – „Allianz Arena München“.

Von Rechtsanwalt **Jürgen Detlef W. Klengel** und Rechtsanwalt **Markus Rübenstahl**, Mag. iur., Frankfurt am Main*

Die Autoren zeigen, dass die Rechtsprechung insgesamt zur strafrechtlichen Behandlung so genannter „Kick-Backs“ gerade bezüglich Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 1 StGB) als auch Untreue in der Variante des Treubruchs (§ 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB) kritisch zu hinterfragen ist. Dies gilt besonders für die besprochene Entscheidung des Landgerichts München I und des Bundesgerichtshofs bezüglich der Auftragsvergabe für den Stadionneubau Allianz Arena. Diesbezüglich bestehen durchgreifende Zweifel, ob das angenommene Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB, eine untreuerelevante Pflichtverletzung und der geforderte Vermögensnachteil tatsächlich gegeben sind.

A. Sachverhalt

Gegenstand des Strafverfahrens waren Zahlungen des österreichischen Baukonzerns Alpine Mayreder GmbH (Alpine) an den Angeklagten Karl-Heinz Wildmoser jr. (W) und den Mitangeklagten Stefan D. (D.) im Zusammenhang mit dem Bau des Stadions „Allianz-Arena“ in München. Die Vereine FC Bayern München (FC) und TSV München von 1860 (TSV) strebten den Bau eines neuen Stadions in München an. Am 19.7.2001 wurde die europäische Ausschreibung des Bauprojekts im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens bekannt gegeben, wobei Planung und Bau gemeinsam ausgeschrieben wurden. Am 12.12.2001 gründeten die Vereine als Bauherren die Allianz Arena München Stadion GmbH (im Nachfolgenden: Stadion GmbH). Der Angeklagte W. war seit der Gründung der Stadion GmbH bis zum März 2004 gleichrangiger Mitgeschäftsführer derselben. Zu seinem Aufgabenbereich gehörte es nach den Feststellungen des Landgerichts unter anderem, im Vergabeverfahren darauf hinzuwirken, dass der Stadionneubau allen qualitativen Anforderungen entsprach und dass dabei ein möglichst günstiger Preis erzielt wurde. Darüber hinaus war der Ange-

klagte vom 28.12.2001 bis März 2004 auch Geschäftsführer der TSV München 1860 Geschäftsführungs GmbH. Diese war Komplementärin der vereinseigenen KG aA, welche wiederum ihrerseits Mitgesellschafterin der Stadion GmbH war. Der Angeklagte W. erhielt für beide Positionen als Geschäftsführer jeweils eine Vergütung von jährlich 200.000 Euro. Der Angeklagte W. gehörte - für den TSV und dessen Gesellschaften, s.o. - einem Lenkungsausschuss an, der sich mit organisatorischen Fragen befasste. Darüber hinaus war er Mitglied eines Obergutachtergremiums, das auf der Basis der eingereichten Beiträge eine Empfehlung abgeben sollte. Die endgültige Vergabeentscheidung behielten sich die beiden Vereine vor.

Bei einem auf Initiative des Mitangeklagten D. zustande gekommenen Gespräch der beiden Angeklagten mit Mitarbeitern der Firma Alpine Bau Deutschland GmbH – dem deutschen Tochterunternehmen der Alpine Bau – am 06.07.2001 riet der Angeklagte W. den Mitarbeitern der Alpine, die Alpine Bau Deutschland GmbH solle sich gemeinsam mit dem renommierten Architekturbüro H. & d. M. für die Ausschreibung des Stadions bewerben. Der Mitarbeiter kündigte an, den Tipp dem in Salzburg residierenden Konzernchef A senior der Alpine Bau weiterzugeben. Nach Übersendung der Ausschreibungsbedingungen am 26.07.2001 durch W. beteiligte sich die Alpine Bau Deutschland GmbH tatsächlich aufgrund der Anregung der Angeklagten wie vorgeschlagen mit den Architekten H. & d. M. an der Ausschreibung. Im Herbst 2001 ging der Angeklagte W. deshalb zutreffend¹ davon aus, dass der Mitangeklagte D. für den bereits erbrachten Nachweis der Bewertungsmöglichkeit eine Maklerprovision von der Alpine Bau Deutschland GmbH beanspruchen könnte. Diese sollte zwischen den beiden Angeklagten geteilt werden und zur Begleichung von Außenstände des D. bei W. dienen.

Ende November 2001 wurde auf Empfehlung des das Obergutachtergremiums, dem der Angeklagte angehörte, das Verfahren, in das bis dahin 8 Bieter eingebunden waren, nur noch mit zwei Bietern fortgesetzt. Neben der Bietergemeinschaft der Alpine Bau Deutschland GmbH handelte es sich dabei um eine Bietergemeinschaft der Firma M. B. GmbH (B.) mit einem Architekturbüro. In den maßgeblichen Gremien gab es eine eindeutige Präferenz für den architektonisch gelungener erscheinenden Entwurf der Bietergemeinschaft der Alpine. Man nahm den Feststellungen zufolge dennoch beide Entwürfe in das weitere Verhandlungsverfahren, um zu erreichen, dass sich beide Bewerber im Hinblick auf die aus ihrer subjektiven Sicht offene Konkurrenzsituation um eine technische, gestalterische und wirtschaftliche Optimierung ihres Angebots bemühen würden und im Hinblick auf den von der Konkurrenzlage ausgehenden Kostendruck auf eine Senkung des jeweils eigenen Angebotspreis bedacht sein würden. Beide Bieter glaubten bis zur

¹ Urteil des Landgerichts München I vom 13.5.2005 – 4 KLS 571 Js 50602/03, anonymisierte Fassung, S. 9: „Der Angeklagte D. war sich bewusst, dass ihm - im Zuschlagsfall - rechtlich dem Grunde nach einen Nachweismaklerlohnanspruch für den Bewerbungstipp zustand, freilich nicht gegen die vom anderweitig verfolgten A. senior geleitete Alpine Mayreder Salzburg, sondern gegen die zahlungsunwillige Alpine Bau Deutschland GmbH. Der Angeklagte D. fühlte sich nicht in der Lage, einen etwaigen Zivilprozess gegen diese finanziell durchzustehen, und bewertete seine Verhandlungsposition als schlecht.“

* Die Autoren sind Rechtsanwälte der Sozietät White & Case LLP. Die dargestellten Rechtsansichten stellen ihre privaten Auffassungen dar. Sie danken Herrn Rechtsreferendar Michael Fink für seine hervorragende Vorarbeit.

Zuschlagsentscheidung, sich gegen den jeweils anderen durchsetzen zu müssen. In Anbetracht dessen senkte auch die Alpina Bau Deutschland GmbH im Laufe des Vergabeverfahrens ihren Angebotspreis.

Die Versuche der Angeklagten, für den Hinweis des D. auf das Ausschreibungsverfahren eine Provision geltend zu machen, schlugen – nach den Feststellungen des Landgerichts – fehl. Bei einem Treffen am 19.12.2001 mit dem Konzernchef der Alpine, A. senior, in Salzburg erklärte dieser dem Mitangeklagten D., dass statt der von den Angeklagten vorgeschlagenen Provision in Höhe von 1,5 % des Auftragswerts allenfalls eine Vergütung von 0,75 % der Auftragssumme in Frage komme. Diese machte A. senior aber von (zusätzlichen) Einsparungsmöglichkeiten abhängig, für deren Ermöglichung der Mitangeklagte D. ihm über den Angeklagten W. Information beschaffen sollte. So sollte der Angeklagte W. sich im Gegenzug für eine Vergabe an die Alpine Bau Deutschland GmbH einsetzen und auch für Nachtragsaufträge und –forderungen ein Ansprechpartner sein, sowie weiterhin geheime Informationen über das Angebot des Mitbieters liefern, damit Alpine aufgrund dessen Kenntnis zur kostenmindernden Änderung des eigenen Angebots in der Lage sein würde. A. senior wusste – anders als W. – nicht, dass das Angebot der Alpine bereits preisgünstiger als das des Mitbewerbers war.

Am 09.01.2002 trafen sich die Angeklagten erneut mit A. senior. Bei diesem Treffen vermittelte der Angeklagte W. dem A. senior den Eindruck, dass wegen einer miserablen Projektpräsentation der Bietergemeinschaft vom Vortag eine Vergabe des Auftrags an die Alpine Bau Deutschland GmbH unwahrscheinlich sei. Nachdem die Angeklagten erneut die Provisionszahlung zur Sprache brachten, wiederholte A. senior seine ablehnende Haltung dagegen. Er machte jedoch deutlich, dass er bereit sei, erhebliche Summen aufzuwenden, wenn sich der Angeklagte für eine Vergabe des Projekts an die Alpine Bau GmbH einsetze und ihm gegenüber als Ansprechpartner fungiere. A. senior kam es dabei hauptsächlich auf die Behandlung von Nachtragsforderungen und die Vergabe von Zusatzaufträgen an.

Bei einem weiteren Zusammentreffen am 15.01.2002 erweckte der Angeklagte W. gegenüber A. senior den Eindruck, dass er erheblichen Einfluss darauf habe, ob der Auftrag an den Alpine-Konzern vergeben werde. Bei diesem Gespräch merkte der Angeklagte W., dass dem A. senior viel daran lag, den Auftrag für die Konzerntochter zu bekommen und dass A. senior ihm bezüglich der Vergabe und auch in Bezug auf die Prüfung und Vergabe von Nachtragsaufträgen erheblichen Einfluss zumaß. Er ließ ihn bewusst in diesem Glauben. Bei einem neuen Treffen am 17.01.2002 sicherte der A. senior dem Angeklagten W. mündlich die Zahlung von 5,5 Millionen DM zu für den Fall, dass die Bietergemeinschaft der Alpine Bau GmbH den Zuschlag erhält. Nach den Feststellungen des Landgerichts war den beiden Angeklagten zu diesem Zeitpunkt klar, dass jedenfalls die österreichische Konzernmutter ihnen unter keinem Gesichtspunkt eine Nachweisprovision schuldet und dass der Konzernchef A. sen. auch nicht daran interessiert war, dem Mitangeklagten D. auf dessen – tatsächlich bestehenden – Anspruch gegen die Tochter Alpine Bau Deutschland GmbH etwas zu bezahlen, sondern sich vielmehr den Einfluss und die nötigen Informationen von dem Angeklagten erkaufen wollte.

Bei dem Folgetreffen am 28.01.2002 teilte der Angeklagte W. dem A. senior Einsparpotenziale des Mitbieters mit, damit dieser die Informationen der Deutschen Konzerntochter weitergeben konnte; besprochen wurden die sich hieraus ergebenden weiteren Einsparmöglichkeiten der Alpine Bau Deutschland GmbH. A. senior wiederholte daraufhin die Zusicherung, 5,5 Mio. DM zahlen zu wollen und erwähnte sinngemäß, bei Berücksichtigung des Angebotspreises erscheine die Summe verkraftbar. Der Angeklagte D. zog daraus die Schlussfolgerung, die 5,5 Mio. DM seien in das Angebot der Konzerntochter eingerechnet. In dieser Auffassung bestärkte ihn eine telefonische Mitteilung des Konzernchefs A. senior vom 30.01.2002. Dieser wies D. darauf hin, dass er hinsichtlich des Angebots wie folgt rechne: Angebotspreis von circa 532 Millionen DM zuzüglich 4 Millionen DM für die Zuwege zum Stadion plus 6 Millionen DM Erschließungskosten zzgl. 5,5 Millionen DM „Vergütung“ sowie optional weitere 13,5 Millionen DM für das untergehängte Dach. D. verstand dies dahingehend, dass diese Zahlen auch der Kalkulation des Angebots der Alpine Bau Deutschland GmbH zu Grunde lagen.

Am 31.01.2002 gaben die beiden verbliebenen Bieter – die Alpine Bau Deutschland GmbH auf der oben genannten Zahlengrundlage – ihr Letztangebot ab. Am 08.02.2002 entschieden die Kapitalgesellschaften der beiden Fußballvereine, den Auftrag an die Alpine Bau Deutschland GmbH zu vergeben, die – von Anfang an – stets das niedrigere Gebot abgegeben hatte. Dem war ein dahingehendes einstimmiges Votum des Obergutachtergremiums vorangegangen. Der Vertrag zwischen der Stadion GmbH und der Alpine Bau Deutschland GmbH wurde am 25.02.2002 geschlossen; die Auftragssumme betrug insgesamt netto 285.917.206,69 €.

Der Alpine Bau Konzern zahlte in der Folge aufgrund der Vereinbarung an den Mitangeklagten D. insgesamt 2.812.094,82 € (= 5.499.979,41 DM), was in etwa 1 % der Auftragssumme ausmachte. Der Mitangeklagte D. leitete davon insgesamt 2.587.779,50 € an den Angeklagten weiter. Es wurde – den Feststellungen zufolge – vereinbart, die Gelder in drei Tranchen aufgrund von Scheinrechnungen und lediglich pro forma geschlossener Vereinbarungen zu zahlen. Der Angeklagte W. wollte nämlich mit Zahlungen im Zusammenhang mit dem Bauauftrag für das Stadion nicht in Verbindung gebracht werden.

B. Rechtliche Würdigung

I. Zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr, § 299 Abs. 1 StGB

1. Auffassung des 1. Strafsenats des BGH und des Landgerichts München I

Nach Auffassung des BGH², der den eingehenderen Rechtsausführungen des Landgerichts³ ausdrücklich folgt, hat sich der Angeklagte W. der Bestechlichkeit im

² BGH NJW 2006, 3290 (3298 f.) = HRRS 2006 Nr. 767.

³ LG München I, Urt. vom 13.5.2005 – 4 KLS 571 Js 50602/03; eine anonymisierte, auszugsweise Kopie lag den Autoren vor; die Zitierweise in diesem Beitrag richtet sich nach den Seitenzahlenangaben dieser auszugsweisen Urteilkopie.

geschäftlichen Verkehr in einem besonders schweren Fall (§§ 299 Abs. 1, 300 StGB) schuldig gemacht:

a) Beauftragter

Als Geschäftsführer der Stadion GmbH und der Komplementär-GmbH der TSV KG aA sei W. zur Tatzeit im Januar 2002 deren Beauftragter gewesen⁴, da er befugtermaßen für deren Geschäftsbetrieb tätig war, ohne Angestellter gewesen zu sein. Der Angeklagte W. habe sich bei seinen Absprachen bezüglich der Vergabe des Auftrags an die Alpine Deutschland GmbH auch im geschäftlichen Verkehr betätigt, da es sich um einen Gegenstand der Ausschreibung um gewerbliche Leistungen gehandelt habe.

b) Vorteil

Ein Vorteil des W. im Sinne des § 299 StGB – das heißt eine Verbesserung der Lage, auf die der Empfänger keinen Anspruch hat⁵ – bestand nach Auffassung des BGH darin, dass die Alpine seiner Firmengruppe WHI über den Mitangeklagten D. rund 2,58 Mio € zuwendete. Hierauf habe weder er noch die WHI einen Anspruch gehabt, da der Betrag nicht auf eine Provisionsforderung des Mitangeklagten D. (und von diesem gegenüber W. auf ausstehende Verbindlichkeiten) gezahlt worden sei, sondern als „Schmiergeld“. Dies ergibt sich für das Landgericht zwanglos daraus, dass nach seinen tatsächlichen Feststellungen zwar möglicherweise ein Provisionsanspruch des Angeklagten D. gegenüber der Alpine Deutschland Bau GmbH bestanden habe, nicht jedoch gegenüber der österreichischen Muttergesellschaft Alpine, die die Zahlungen durch ihren Mitgeschäftsführer A. senior zusagte und erbrachte; auch seien die indirekt an W. überwiesenen Beträge nicht zu Gunsten der deutschen Tochtergesellschaft auf deren Verbindlichkeit gegenüber D. gezahlt worden⁶.

c) Unrechtsvereinbarung

Der Vorteil sei als Bestandteil einer Unrechtsvereinbarung im Sinne des § 299 StGB versprochen und gewährt worden. Die Zahlung sei nach der Vorstellung von A. senior und dem Angeklagten aufgrund der konkludent gezeigten Bereitschaft des Angeklagten veranlasst worden, (1) sich für eine Vergabe an die A. Deutschland GmbH einzusetzen, (2) für Nachtragsaufträge und Nachtragsforderungen ein wohlwollender Ansprechpartner zu sein sowie (3) geheime Informationen über das Angebot der anderen Bietergemeinschaft zu liefern⁷.

aa) Bevorzugung

Diese in Aussicht gestellten Handlungen waren nach Auffassung des Landgerichts – jede für sich genomme-

nen – Bevorzugungen der A. Deutschland GmbH im Vergabeverfahren. Eine Bevorzugung sei zu verstehen als eine sachfremde Entscheidung zwischen zumindest zwei Bewerbern unter Benachteiligung eines Konkurrenten bei bestehendem Wettbewerb. Gerade auch die Mitteilung von Insiderinformationen und die Begünstigung nach Auftragsvergabe sei tauglicher Gegenstand einer Bevorzugung im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB. Zwar müsse sich die Bevorzugung grundsätzlich auf den Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen beziehen, damit seien aber wiederum alle wirtschaftlichen Vorgänge von der Bestellung über die Abwicklung der Lieferung (Abnahme, Prüfung und Beanstandung) bis zur völligen Bezahlung zu verstehen⁸. Auf das tatsächliche, objektive Eintreten der vereinbarten Bevorzugung eines Taterfolges komme es nicht an, es genüge, wenn die zu diesem Zwecke vorzunehmenden (vereinbarten oder in Aussicht gestellten) Handlungen nach der Vorstellung der Täter geeignet sind, die eigene Bevorzugung oder die eines Dritten im Wettbewerb zu veranlassen⁹.

bb) Unlauterkeit der Bevorzugung

Die in Aussicht gestellte Bevorzugung der Alpine Bau Deutschland GmbH sei auch unlauter im Sinne des Gesetzes gewesen, da sich der Angeklagte pflichtwidriger Weise bereit gezeigt hatte, der Alpine geheim zu halten die Informationen über das Gebot des Mitbewerbers - zu bestehenden Einsparpotenzialen - zu liefern zumal er in der Absicht gehandelt habe, die Alpine Bau GmbH in Deutschland zu entsprechenden Einsparungen bei ihrem Gebot zu veranlassen, aus denen das Schmiergeld an ihn finanziert werden sollte; es handele sich somit um einen klassischen Fall einer Bestechung im geschäftlichen Verkehr¹⁰. Auch hinsichtlich der Nachtragsaufträge und der Vergabeentscheidung habe sich der Angeklagte aus sachwidrigen Erwägungen - nämlich um des persönlichen wirtschaftlichen Vorteils willen - bereiterklärt, die Alpine zu begünstigen¹¹.

cc) Wettbewerbsbezogenheit der Bevorzugung

Die Bevorzugung sei auch auf einen Wettbewerb bezogen gewesen und damit „im Wettbewerb“ i. S. d. § 299 StGB erfolgt. Das Landgericht habe rechtsfehlerfrei festgestellt, dass es bis zum Zuschlag am 8.2.2002 einen echten Wettbewerb gab¹². Das Landgericht hielt explizit fest, hinsichtlich der versprochenen Beeinflussung der Vergabeentscheidung und hinsichtlich der in Aussicht gestellten Insiderinformationen gelte dies selbst dann, wenn die Bauherren sich bereits vor der offiziellen Ver-

⁸ LG München I, a. a. O., S. 60 unter Berufung auf BGHSt 10, 269 (270); 10, 358 (360).

⁹ BGH NJW 2006, 3290 (3298) = HRRS 2006 Nr. 767 unter Berufung auf BGHSt 49, 214 (228) = NJW 2004, 3129; BGH NJW 2003, 2996 (2997); BGHSt 10, 358 (367) = NJW 1957, 1604.

¹⁰ RGSt 66, 16f.; BGHSt 2, 396, 401, sowie Tiedemann ZStW. 86 (1974), 1027 (1028).

¹¹ Landgericht München I, a. a. O., S. 62; BGH NJW 2006, 3290 (3298) = HRRS 2006 Nr. 767.

¹² BGH NJW 2006, 3290 (3298) = HRRS 2006 Nr. 767.

⁴ BGH NJW 2006, 3290 (3298) = HRRS 2006 Nr. 767.

⁵ BGH wistra 2001, 260; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 299 Rn 7.

⁶ LG München I a.a.O. S. 11, 60.

⁷ BGH NJW 2006, 3290 (3298) = HRRS 2006 Nr. 767.

gabe, etwa schon im November 2001 insgeheim darauf festgelegt hätten, auf keinen Fall den Stadion-Entwurf des Mitbewerbers zu bauen, denn die Vereine hätten das Vergabeverfahren bewusst fortgesetzt, um den Konkurrenzdruck aufrecht zu erhalten und auszunutzen. Damit habe sowohl objektiv, als auch in der Vorstellung der Beteiligten Wettbewerb im Sinne des Tatbestands bestanden¹³. Im übrigen sei eine rechtsverbindliche Entscheidung, den Auftrag allenfalls an die Bietergemeinschaft der Alpine zu vergeben, nicht getroffen worden; es habe stets die faktische und rechtliche Möglichkeit bestanden, auf den Mitbewerber auszuweichen. Die Veranstalter der Ausschreibung (einschließlich des Angeklagten) wollten nicht nur die Ausschreibung selbst aufrechterhalten und das Verfahren rein äußerlich fortsetzen, sondern bezweckten gerade die typische Wettbewerbswirkung, auf die die Ausschreibung angelegt war, nämlich dass die Bieter sich weiterhin als Konkurrenten verhalten und gegenseitig unterbieten sollten. Darin liege die Aufrechterhaltung eines echten Wettbewerbsverhaltens in seinem vollen sozialen und wirtschaftlichen Sinne. Auch A senior und die Verantwortlichen der Alpine Bau Deutschland GmbH seien durchgehend von der Vorstellung durchdrungen gewesen, sich gegen den Konkurrenten erst noch durchsetzen zu müssen. Dies habe der Angeklagte, der sich diese Situation den Feststellungen zufolge zu Nutzen machen wollte, gewusst.

Hinsichtlich etwaiger *Nachtragsarbeiten* habe objektiv Wettbewerb bestanden, weil es sich nicht von selbst verstand, dass seitens der Bauherrin Leistungen, welche vom Generalunternehmervertrag nicht umfasst waren und Zusatzforderungen auslösen konnten, bei der Auftragnehmerin, das heißt bei der Alpine - für den Fall, dass diese den Auftrag erhalten würde - in Auftrag geben würden. Der Generalunternehmervertrag sah lediglich ein Recht, nicht aber eine Pflicht der Bauherrin, Änderungs- und Zusatzaufträge an den Auftragnehmer zu vergeben, vor. Dass zum Tatzeitpunkt nicht festgestanden habe, welche Anbieter in Betracht gezogen werden würden, sei tatbestandlich irrelevant. Mitbewerber seien alle Anbieter gleicher Marktleistungen, da es festgestanden habe, dass die Bauherrin bei der Vergabe von Nachtragsleistungen eine Auswahl zwischen Anbietern würde treffen müssen, die zum fraglichen Zeitpunkt auf einem Markt miteinander konkurrieren würden¹⁴.

d) Subjektiver Tatbestand

W. handelte nach Auffassung des Landgerichts auch *vorsätzlich* hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale, insbesondere hinsichtlich der Bevorzugung im Wettbewerb: Der Einwand, der Angeklagte habe die Alpine Bau Deutschland GmbH gar nicht weiter bevorzugen können, weil er im Glauben gewesen sei, dass der Stadionsentwurf des Mitbewerbers ohnehin niemals gebaut würde, sei unerheblich, da der Vorsatz nicht den Willen zur

späteren Bevorzugung enthalten müsse, insbesondere nicht die Absicht, dem schlechteren Bieter gegenüber dem besseren Konkurrenten den Vorzug zu geben. Der Vorsatz müsse sich lediglich auf den Abschluss einer die Bevorzugung enthaltenden Unrechtsvereinbarung beziehen, weshalb ein innerer Vorbehalt gegen die tatsächliche Durchführung der Bevorzugung (oder die Vorstellung von deren Unmöglichkeit) ohne Belang sei. Dies ergebe sich u. a. daraus, dass die Bevorzugung in § 299 Abs. 1 StGB im Konjunktiv stehe; anders als bei § 299 Abs. 2 StGB („zum Zwecke des Wettbewerbs“) enthält der Wortlaut des Abs. 1 zudem keine Beschreibung einer Bevorzugungsabsicht im Sinne eines selbstständigen subjektiven Tatbestandsmerkmals. Da der Bevorzugungserfolg nicht von objektiven Tatbestand umfasst sei, müsse sich der Vorsatz der passiven Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 1 StGB) hierauf nicht beziehen. Das Interesse der Allgemeinheit am fairen Wettbewerb sei auch dann beeinträchtigt, wenn der Schmiergeldempfänger sich an die Unrechtsvereinbarung nicht halten wolle (oder nicht könne). Insofern bestehe eine Parallele zu den Bestechlichkeitsvorschriften der §§ 331, 332 StGB, deren Schutzgut - die Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung - anerkanntermaßen auch das Vertrauen der Bürger in die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung umfasse. Das Allgemeingut des laueren Wettbewerbs als Schutzgut des § 299 StGB lebe im selben Maße vom Vertrauen der Marktteilnehmer und der Allgemeinheit. Dieses sei bereits gefährdet, wenn der Eindruck entstehe, dass auch eine sachlich vertretbare Vergabeentscheidung oder eine, zu der es keine vernünftige Alternative gab, nur gegen Zahlungen an Beauftragte des Ausschreibungsveranstalters zu haben sei.¹⁵

2. Rechtliche Kritik

Betrachtet man den geringen Umfang der Ausführungen des Revisionsurteils im Hinblick auf die erhobene Sachrüge, so liegt der Schluss nahe, dass die Rechtslage aus Sicht des Bundesgerichtshofs keine größeren Unklarheiten oder Schwierigkeiten aufweist. Dem aber ist nicht so. Es existieren mehrere Punkte in der Argumentation des Landgerichts München I und des diese bestätigenden Bundesgerichtshofs zu § 299 Abs. 1 StGB, hinsichtlich welcher Kritik angezeigt ist. Diese Kritikpunkte betreffen das Erfordernis einer Bevorzugung im Wettbewerb. Hierbei ist zwischen den Anknüpfungspunkten Insiderinformationen und Vergabeentscheidung einerseits und Nachtragsaufträgen andererseits zu unterscheiden. Von wesentlicher Bedeutung ist in beiden Fällen das Verständnis von Wettbewerb im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB. Auch diesbezüglich ist gerade dem Bundesgerichtshof Kritik vorzuhalten.

a) Bevorzugung im Wettbewerb – (Fehlende) Ausführungen des BGH

¹³ LG München I, a.a.O., Seite 64.

¹⁴ LG München I, a.a.O., Seite 65 unter Berufung auf Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 299 Rn 15; Schönke/Schröder/Heine, StGB, 26. Auflage, § 299 Rn 23.

¹⁵ LG München I, a.a.O., Seite 65 ff.

Der Bundesgerichtshof¹⁶ führt, insoweit ist sein Verständnis des Begriffs der Bevorzugung im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB noch unangreifbar, aus, dass eine Bevorzugung die sachfremde Entscheidung zwischen mindestens zwei Bewerbern, also Wettbewerb und Benachteiligung eines Konkurrenten voraussetze. Sodann führt er aus, dass es hierbei genüge, wenn die zum Zwecke des Wettbewerbs vorgenommenen Handlungen nach der Vorstellung des Täters geeignet sind, seine eigene Bevorzugung oder die eines Dritten im Wettbewerb zu veranlassen¹⁷, wobei er auf drei eigene Entscheidungen¹⁸ verweist. Abgesehen davon, dass es in all diesen Entscheidungen um den umgekehrten Fall der aktiven Bestechung, also um § 299 Abs. 2 StGB ging und der vom Bundesgerichtshof zitierte Satz im Hinblick auf § 299 Abs. 1 StGB, da nicht passend, keine einschlägigen Erkenntnisse bringt, wird nicht ausdrücklich ausgesprochen, wie und aus welcher Sicht die Voraussetzung des Wettbewerbes bei § 299 Abs. 1 StGB zu verstehen ist. Ausführungen dazu, dass nicht nur eine Bevorzugung, sondern die geforderte Bevorzugung im Wettbewerb gegeben ist, sucht man im Revisionsurteil vergebens. Deutlich macht der 1. Strafsenat lediglich, dass er von der Erfüllung des Tatbestandes des § 299 Abs. 1 StGB ausgeht. Insofern ist dem Bundesgerichtshof vorzuwerfen, sich mit der ausweislich der ausführlichen Behandlung im landgerichtlichen Urteil¹⁹ überaus problematischen und auch entscheidungserheblichen Voraussetzung eines Wettbewerbs im vorliegenden Fall nicht hinreichend auseinandergesetzt zu haben.

Zweifelhaft ist damit, ob sich der Bundesgerichtshof der landgerichtlichen Argumentation vollumfänglich anschloss. Das Landgericht²⁰ jedenfalls war der Ansicht, dass es auf die Vorstellungen der Beteiligten vom Bestehen eines Wettbewerbes ankommt und hob auf die Vorstellungen von A. senior, den Verantwortlichen der Alpine Bau Deutschland GmbH und W. ab. Zwar haben gerade die Verantwortlichen der Alpine Bau Deutschland GmbH und W. gemeinsam gehandelt, dennoch ging es im hier interessierenden Verfahren neben dem Mitangeklagten D. einzig um W. Bereits deshalb muss es als unzutreffend abgelehnt werden, die Strafbarkeit des W. (auch) mit dem Vorstellungsbild eines Dritten, hier der Alpine-Verantwortlichen, zu begründen. Zudem hinge die Strafbarkeit des W, jedenfalls soweit dieser von einem Wettbewerb ausgegangen sein sollte, bei Zugrundelegung einer anderen Sichtweise davon ab, ob die Verantwortlichen der Alpine Bau Deutschland GmbH das Spiel des W. und der Bauherren, welche nach Aussage des W²¹ nach außen nur vorgaben, dass noch keine Entscheidung gefallen sei, durchschauten. Das aber kann bei Anlegung der rechtsstaatlichen Grundsätze, vor allem

aber des speziellen²² strafrechtsbezogenen Bestimmtheitsgrundsatzes, nicht überzeugen. Nach Art. 103 Abs. 2 GG darf eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit ausreichend bestimmt war. Dieser Grundsatz erstreckt sich auch auf die Anwendung des Gesetzes. An der maßgebenden Sicht des vom Strafrecht möglicherweise betroffenen Bürgers ansetzend²³, ist zu beachten, dass die Anwendung der Strafnorm vorhersehbar sein muss. Das aber ist nicht der Fall, wenn die eigene Strafbarkeit vom Kenntnisstand beziehungsweise gar nur von den Vorstellungen eines Dritten abhängig ist. Auch aus dem herrschenden dogmatischen Verständnis des § 299 StGB lässt sich auf die alleinige Maßgeblichkeit der Tätervorstellung schließen. Es ist zu recht ganz herrschende Meinung, dass diese Norm ein abstraktes Gefährdungsdelikt beinhaltet²⁴ und infolge dessen in materieller Hinsicht Versuchshandlungen als vollendete Straftaten behandelt²⁵. Einem Versuch ist es aber gerade immanent, dass eine auf die Vorstellungen des Täters abhebende subjektive Prüfung erfolgt. Nichts anders kann, wenn auch in abgewandelter Form, hier gelten.

Schließlich ist folgendes anzumerken. Die Vorschrift des § 299 StGB wurde durch Art 1 Nr. 3 KorrBekG ins StGB aufgenommen und entspricht weitgehend § 12 UWG a. F.²⁶. Da inhaltlich nur sehr wenig geändert wurde, ist das UWG bei der Auslegung zu berücksichtigen²⁷. Dies gilt insbesondere für den Wettbewerbsbegriff. Die Bevorzugung muss im Wettbewerb des Vorteilsgewährenden mit Konkurrenten erfolgen²⁸. Dieses Merkmal aber ist seit jeher – zumindest im Rahmen des § 299 Abs. 1 StGB – stark versubjektiviert²⁹. Auch deshalb ist letztlich auf die Vorstellung des Täters der passiven Bestechung im Geschäftlichen Verkehr abzustellen³⁰, hier also auf den W.

Somit ist festzuhalten, dass es für die Frage, ob ein Wettbewerbsverhältnis in Bezug auf den insofern maßgeblichen Zeitpunkt³¹ vorgelegen hat, entgegen den Auffassungen des Landgerichts München I und des Bundesgerichtshofs einzig auf die Sicht des Täters ankommt³², hier also die Sicht des W. Zutreffend wird, übrigens auch

¹⁶ BGH NJW 2006, 3297 (3298) = HRRS 2006 Nr. 767.

¹⁷ BGH NJW 2006, 3297 (3298) = HRRS 2006 Nr. 767.

¹⁸ BGH NJW 1957, 1604; BGH NJW 2003, 2996 und BGH NJW 2004, 3129.

¹⁹ LG München I, a.a.O., S. 64 f.

²⁰ LG München I, a.a.O., S. 64 f.

²¹ LG München I, a.a.O., S. 23.

²² MünchKommGG/Schulze-Fielitz, Art. 103 II RN 33; Sachs/Degenhart, Art. 103 Rn 49.

²³ BVerfGE 92, 1 (23); MünchKommGG/Schulze-Fielitz, Art. 103 II RN 39; Sachs/Degenhart, Art. 103 Rn 70.

²⁴ LK/Tiedemann, StGB, 11. Auflage, § 299 Rn 9; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 299 Rn. 2.

²⁵ RGSt 37, 172; BGHSt 10, 358 (367); LK/Tiedemann, a.a.O., § 299 Rn 9; Otto, Großkommentar UWG, § 12 RN 20; NK/Dannecker, StGB, 2. Auflage, § 299 Rn 49; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 12 UWG Rn. 17; Krack NStZ 2001, 505 (507).

²⁶ NK/Dannecker, a.a.O., § 299 Rn 48; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 299 Rn 1; ausführlich LK/Tiedemann, a.a.O., § 299 Rn 1 ff zur Geschichte des § 12 UWG.

²⁷ NK/Dannecker, a.a.O., § 299 Rn 1 m.w.N.

²⁸ Momsen, in: Beck'scher Online-Kommentar, StGB, Stand: 01.08.2006, § 299 Rn 15.

²⁹ Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 299 Rn 15; Momsen, a.a.O., § 299 Rn. 15.

³⁰ Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 299 Rn 15.

³¹ Dazu gleich.

³² Ebenso Schönke/Schröder/Heine, StGB, 27. Auflage, § 299 Rn 23; wohl auch LK/Tiedemann, a.a.O., § 299 Rn 35.

vom Bundesgerichtshof, festgehalten, dass bei Vornahme der Tathandlung im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB die Vorstellung des Täters auf das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses gerichtet sein muss.³³

b) Wettbewerbssituation bei innerer Vorentscheidung des ausschreibenden Bauherrn

An das so verstandene Wettbewerbserfordernis anknüpfend stellt sich nun die Frage, ob mit dem Landgericht München I³⁴ und dem Bundesgerichtshof eine Wettbewerbssituation im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB hinsichtlich der Mitteilung von Insiderinformationen und der Vergabefrage auch dann angenommen werden kann, wenn entgegen den Feststellungen zu unterstellen wäre, dass die ausschreibenden Bauherren sich bereits in November 2001 darauf festgelegt hatten, entweder den Entwurf der Alpine Bau Deutschland GmbH umzusetzen oder von einem Neubau abzusehen, also keinesfalls dem Mitbewerber B. den Zuschlag zu erteilen. Entscheidend wäre nach dem soeben gefundenen Ergebnis also, ob W. in Bezug auf den maßgeblichen Zeitpunkt vom Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses ausging oder nicht, obwohl sich die Bauherren bereits vor der offiziellen Vergabe insgeheim auf einen Bewerber geeinigt hatten und dies gegenüber der Alpine dennoch bewusst verheimlichten, um den Eindruck eines bestehenden Wettbewerbes nach außen zu wahren.³⁵ Dies ist deshalb zu verneinen.

Der hier relevante § 299 Abs. 1 StGB setzt nicht nur eine irgendwie geartete Benachteiligung voraus, sondern darüber hinaus das Bestehen eines Wettbewerbs. Ohne das Vorliegen einer wettbewerbsgeprägten Beziehung zwischen mindestens zwei Personen oder Unternehmen kann es schon begrifflich keinen unlauteren Wettbewerb geben³⁶. § 299 StGB scheidet deshalb aus, wenn eine Bevorzugung aufgrund des Fehlens einer Konkurrenzsituation nicht möglich ist³⁷. Die Beurteilung, ob eine solche Konkurrenzsituation gegeben ist, bestimmt sich entsprechend dem bereits Ausgeführten nach der Sicht und dem Kenntnisstand des konkreten Tatverdächtigen, hier also des W.

Bisher nicht angesprochen wurde die Frage, zu welchem Zeitpunkt nach Tätersicht ein Wettbewerbsverhältnis vorzulegen hat. Dies ist umstritten. Einer am Verständnis des UWG und so auch an der Vorgängervorschrift des § 12 UWG a.F. anknüpfenden Ansicht zufolge sei es im Interesse des Verbraucherschutzes nach dem UWG zumindest bedenkenswert, diese Grundsätze zu übertragen und auch bei § 299 StGB das Bestehen eines rein abstrakten Wettbewerbsverhältnisses und so auch einer rein abstrakten Wettbewerbsgefährdung ausreichen zu las-

sen³⁸. Zu recht aber wird die letztgenannte Ansicht mehrheitlich abgelehnt. Denn der Verzicht auf ein konkretes Wettbewerbsverhältnis wäre de facto die Aufgabe des Wettbewerbserfordernisses insgesamt. Geschäftlicher Verkehr wäre ansonsten gleichbedeutend mit Wettbewerb³⁹. Eine tatbestandsbezogene Eingrenzungsfunktion, welche dem Wettbewerbserfordernis im Rahmen des § 299 StGB zukommt, wäre dann nicht mehr vorhanden, was dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers widerspräche. Überdies kann über den Sinn und Zweck der Norm auch deren Wortlaut nur so verstanden werden, dass ein nur denkbares, abstraktes Wettbewerbsverhältnis nicht ausreicht⁴⁰.

Nach der herrschenden Meinung kommt deshalb eine Strafbarkeit erst dann in Betracht, wenn zukünftiger Wettbewerb verhindert werden soll. Abzustellen sei danach auf den zukünftigen Zeitpunkt der Bevorzugung beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen.⁴¹ Gefordert wird damit letztlich ein zukünftiges, aber konkretes beziehungsweise konkretisierbares Wettbewerbsverhältnis. Dieser Ansicht folgen grundsätzlich auch das Landgericht München I und der Bundesgerichtshof. In der Literatur wird demgegenüber eine noch restriktivere Ansicht vertreten, nach welcher die intendierte Bevorzugung im Wettbewerb des Vorteilsghewährenden regelmäßig das Vorliegen einer Wettbewerbslage schon im Zeitpunkt der Tathandlung voraussetzt⁴².

Wird hier konsequent auf die Sichtweise des W. abgestellt, so muss zumindest in Bezug auf die Mitteilungen der Insiderinformationen als auch die Mitwirkung an der Vergabeentscheidung nach jeder der beiden vorgenannten Ansichten ein Wettbewerb im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB verneint werden, wenn man zu Grunde legen würde, dass sich die Entscheidungsträger mit dem W. hinsichtlich der Vergabe des Auftrages für den Stadionneubau bereits im November 2001, jedenfalls aber vor den Flughafengesprächen im Januar 2002 intern darauf geeinigt hatten, den Neubau allenfalls durch die Alpine Bau Deutschland GmbH vornehmen zu lassen. Das bedeutet, dass es zum Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung zwar auf dem Papier zwei Bewerber um den Zuschlag gegeben hat, faktisch und vor allem aus Sicht des W. und der Entscheidungsträger die Entscheidung aber längst gefallen war.

Hebt man mit der Literaturmeinung auf den Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung ab – dies war nach den festgestellten Tatsachen frühestens der 15. Januar 2002, da W. erst zu diesem Zeitpunkt realisierte, dass Provisionszah-

³³ BGH GRUR 1968, 587 (589); LK/Tiedemann, a.a.O., § 299 Rn 33; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 299 Rn. 15.; NK/Dannecker, a.a.O., § 299 Rn 49.

³⁴ LG München I, a.a.O. S. 22 f.

³⁵ LG München I, a.a.O. S. 64.

³⁶ Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl. UWG, Rn. 219.

³⁷ Momsen, a.a.O., § 299 Rn. 15; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 299 Rn 15.

³⁸ Momsen, a.a.O., § 299 Rn. 15.

³⁹ Hefermehl, in: Kummer-Festgabe, S. 345 (357); LK/Tiedemann, a.a.O., § 299 Rn 34.

⁴⁰ LK/Tiedemann, a.a.O., § 299 Rn 34.

⁴¹ Schönke/Schröder/Heine, StGB, 27. Auflage (2006), § 299 Rn 23; LK/Tiedemann, a.a.O., § 299 Rn 1; Otto, a.a.O., § 12 RN 24.

⁴² Rosenthal/Leffmann, UWG, § 12 Rn 33; tendenziell auch Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage (2007), § 299 Rn. 15: „...in der Regel wird dies eine Wettbewerbslage schon im Zeitpunkt der Tathandlung voraussetzen“.

lungen nicht beziehungsweise nicht ohne zusätzliche Gegenleistung fließen würden – so war nach dieser Sachverhaltsalternative die Entscheidung zu Lasten von B. bereits gefallen. Aus der maßgebenden Sicht des W. fehlt es an der für eine Strafbarkeit nach § 299 StGB entscheidenden Konkurrenzsituation. Die Alpine Bau Deutschland GmbH hatte zu diesem Zeitpunkt keinen echten Konkurrenten mehr. Nichts anderes ergibt sich nach der herrschenden Meinung. Statt auf den vorgestellten Wettbewerb bei der Unrechtsvereinbarung abzustellen, sind die Momente der Insiderinformationsmitteilungen und des Einsatzes im Rahmen der Vergabeentscheidung maßgebend. Aber auch diesbezüglich ging W. von keinem Wettbewerb aus, da es nach dessen Vorstellung auch auf den gesamten Weg hin zur offiziellen Vergabeentscheidung an einem weiteren „echten“ Konkurrenten mangelte. In jedem Falle also lag aus der Sicht des W. keine echte Konkurrenzsituation mehr vor.

Die bloß faktische Möglichkeit, dennoch den Zuschlag an B. zu erteilen, auf welche das Landgericht⁴³ abstellt, ist unseres Erachtens unbeachtlich, da sie an dem subjektiv zu verstehenden Fehlen eines Wettbewerbes aus Sicht des W. nichts zu ändern vermag. Das Landgericht versucht mit dieser Aussage, das Verständnis der Voraussetzung der Bevorzugung im Wettbewerb, welches nicht ohne Grund versubjektiviert ist⁴⁴, wieder zu (re-)objektivieren. Es kommt aber gerade nicht auf einen objektiv betrachteten und faktisch bestehenden Wettbewerb an, sondern auf die diesbezügliche Sicht des Täters *des § 299 Abs. 1 StGB*. Danach war es also – entgegen der Auffassung von Landgericht und BGH – durchaus entscheidend, ob eine Vergabe des Projektes an B. bis zu den Gesprächen im Januar noch ernsthaft diskutiert und als reale Option behandelt wurde, oder ob, wie W. sagte, B. faktisch bereits im November ausgeschieden war. Nur in letzterem Falle hätte W. Vorteile für eine Bevorzugung im Wettbewerb angenommen.

Das Landgericht rückt demgegenüber von der gebotenen, auf den Täter des § 299 Abs. 1 StGB bezogenen Sichtweise ab: Es stellt einerseits auf die unmaßgeblichen Vorstellungen der Verantwortlichen der Alpine⁴⁵ – den angeblichen Tätern der aktiven Bestechung (§ 299 Abs. 2 StGB) – ab und andererseits darauf, dass die Bauherren die (gegebenenfalls) getroffene Entscheidung nicht äußerlich erklärten oder öffentlich betätigten, und sich deshalb objektiv und subjektiv in einer Wettbewerbssituation sahen.⁴⁶ Gegen diese Sichtweise ist der notwendige subjektive täterbezogene Maßstab anzuführen. Denn einerseits stellt das Landgericht zur Begründung des Vorliegens von Wettbewerb auf subjektive Vorstellungen Dritter ab und andererseits auf das objektive Faktum der Geheimhaltung. Beide Aspekte spielen für das Vorstellungsbild des Täters, also des W., aber dann keine Rolle, wenn dieser zur Tatzeit tatsächlich von einer abgeschlossenen Meinungsbildung der Entscheidungsgremien gegen B. und zugunsten von Alpine ausging. Bei Annahme

nur eines „echten“ Bewerbers im Januar 2002, nämlich der Alpine Bau Deutschland GmbH, geht es daher zumindest in Bezug auf die Unrechtsvereinbarung in Gestalt der Mitteilung von Insiderinformationen und des Einsetzens des W. im Rahmen der anstehenden Vergabeentscheidung zu weit, den Angeklagten W. für strafbar zu erklären, wenn dieser sich Geldvorteile versprechen lässt.

c) Bevorzugung im Wettbewerb bei Zusage von Begünstigung bezüglich Nachtragsaufträgen

Auch wenn die vorstehende Argumentation nur auf die Mitteilung von Insiderinformationen und die Beeinflussung der Vergabeentscheidung Bezug nimmt, stellt sich eine ähnliche Frage in Bezug auf die Nachtragsaufträge als angebliche Bevorzugung im Wettbewerb. Hinsichtlich der Zusage wohlwollender Behandlung der Alpine bei der Vergabe von etwaigen Nachtragsaufträgen und der Begleichung von etwaigen Nachtragsforderungen ist zu bezweifeln, ob deren Vereinbarung eine Bevorzugung im Wettbewerb darstellen kann, da offenkundig zum entscheidenden Zeitpunkt der Absprache – im Vorfeld der Vergabe des Generalunternehmervertrages – diesbezüglich ein Vergabeverfahren noch nicht anstand oder begonnen hatte, ja nicht einmal sicher oder auch nur nahe liegend war, dass es derartige (rechtlich selbständige) Nachtragsaufträge *jemals* geben würde.

Wie oben dargestellt, bedarf es zur Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses des Bestehens einer Konkurrenzsituation⁴⁷, was sich allerdings vorliegend nach dem subjektiven Vorstellungsbild des W. als Täter zum Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung beurteilt. Die oben aufgeführten und nicht näher betrachteten Ansichten führen hier auf den ersten Blick zu unterschiedlichen Ergebnissen. Wird das Erfordernis des Bestehens eines Wettbewerbsverhältnisses auf den Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung bezogen⁴⁸, so gelangt man analog dem Gesagten zu dem Ergebnis, dass aus Sicht des W. mangels aktueller Konkurrenzsituation kein Wettbewerb bestand, da Nachtragsaufträge aktuell nicht zu vergeben waren. Wer aber auf den Zeitpunkt der zukünftigen Bevorzugung abstellt⁴⁹, muss hier den völlig ungewissen Zeitpunkt der Entscheidung über etwaige Nachtragsaufträge in den Blick nehmen. Diesbezüglich waren nicht ausschließbar eine Vielzahl von Bauunternehmern potentielle Konkurrenten der Alpine. Die Entscheidung über die Vergabe der Nachtragsaufträge aber stand nicht nur noch aus, sondern es war zum Zeitpunkt der Vereinbarung überhaupt nicht absehbar, ob es überhaupt zu den rechtlich gegenüber der Vergabe des Auftrages für den Stadionbau (und dessen Abwicklung) selbständigen Nachtragsaufträgen kommen würde. Die Vereinbarung ging auch nicht etwa dahin, dass für eine Erteilung von Nachtragsaufträgen gesorgt werden solle. Knüpft man an diese rein hypothetische Möglichkeit einer späteren Konkurrenzsituation an, könnte ein Wettbewerb immer dann bejaht werden, wenn für die Zukunft nicht völlig auszuschließen

⁴³ LG München I, a.a.O. S. 23.

⁴⁴ Siehe die Nachweise unter Fn 29.

⁴⁵ LG München I, a.a.O. S. 64.

⁴⁶ LG München I, a.a.O. S. 23, 64.

⁴⁷ Siehe die Nachweise unter Fn 36.

⁴⁸ Siehe die Nachweise unter Fn 41.

⁴⁹ Siehe die Nachweise unter Fn 40.

ist, dass es hinsichtlich einer vielleicht zu vergebenden Tätigkeit irgendwelche Mitbewerber geben könnte. Entgegen den Urteilen des Landgerichts München I und des Bundesgerichtshofs ist fraglich und im Ergebnis nicht der Fall, dass angesichts der in dieser Konstellation bestehenden Unsicherheitsfaktoren ein hinreichend konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 299 StGB bejaht werden kann. Zunächst erscheint ein Rückblick und eine Bewertung der bisherigen Rechtsprechung des BGH zum Konkretisierungserfordernis des Wettbewerbsverhältnisses angebracht:

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bundesgerichtshof die Anforderungen an das erforderliche konkrete Wettbewerbsverhältnis mehr und mehr absenkt. Diese Richtung scheint die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besonders deutlich seit der Entscheidung des 2. Strafsenats zur Deutschen Bahn AG⁵⁰ einzuschlagen: Der 2. Strafsenat hatte dort gegen das Vorliegen einer Wettbewerbslage keine Bedenken, obwohl die insoweit von dem Vorteilsempfänger erwartete Hilfe sich auf die rein bahninterne Zulassung für spätere selbständige Vergabeverfahren – das so genannte Präqualifikationsverfahren – bzgl. der Produkte des Unternehmens des Vorteilsgebers bezog und das Zulassungsverfahren – mangels weiterer Teilnehmer – für sich gesehen nicht durch eine Wettbewerbssituation gekennzeichnet ist⁵¹. Die Zulassung sei aber unabdingbare Voraussetzung für die Bewerbung um einen Auftrag der Deutschen Bahn AG; ihr Zweck sei es gerade, den potentiellen Anbieterkreis einzugrenzen. Unmittelbare Folge der Zulassung sei daher die Verbesserung der Wettbewerbssituation des Anbieters der zugelassenen Produkte und zwar nicht nur gegenüber anderen Konkurrenten, die sich um die Zulassung bemühen, sondern auch gegenüber den Konkurrenten, die bereits eine Zulassung für ihre Produkte innehaben, deren Wettbewerbssituation sich durch das Hinzutreten eines weiteren Konkurrenten mit zugelassenen Produkten verschlechtere⁵². Zwar führe die Zulassung der Produkte nicht schon ohne weiteres zu einer Bevorzugung bei der Auftragsvergabe selbst. Dass aber bereits in der Aufnahme in den Kreis der möglichen Auftragnehmer eine Bevorzugung im Wettbewerb im Hinblick auf das Vergabeverfahren zu sehen sei, zeige aber etwa der denkbare Fall, dass der Auftrag gerade demjenigen erteilt wird, der die Zulassung mit unlauteren Mitteln erlangt hat. Dass damit andere Konkurrenten benachteiligt würden, liege „auf der Hand“. Die Frage, ob eine Bevorzugung im Wettbewerb i. S. des § 299 Abs. 2 StGB darin gesehen werden kann, dass Hilfe bei der Erlangung für die dem Vergabeverfahren vorgeschaltete Zulassung vereinbart wird, könne daher trotz der organisatorischen Selbstständigkeit des bahninternen Zulassungsverfahrens nicht losgelöst von den Auswirkungen für das künftige Vergabeverfahren behandelt werden und sei im Hinblick auf die „Verflechtung“ zwischen dem Zulassungs- und Vergabeverfahren zu bejahen⁵³. Der Schutzzweck des

Gesetzes, der darin zu sehen sei, dass nicht nur der redliche Wettbewerb geschützt, sondern „im öffentlichen Interesse den Auswüchsen im Wettbewerb überhaupt gesteuert werden soll“⁵⁴, gebiete eine „weite Auslegung“ des Wettbewerbsbegriffs. Diese in ständiger Rechtsprechung vertretene Auslegung habe sich durch die Novellierung der Vorschrift und Verlagerung in das StGB, die ausschließlich auf redaktionellen Gründen beruhe⁵⁵, nicht geändert und entspreche der zivilrechtlichen Rechtsprechung⁵⁶.

Wohl im Anschluss an dieses weiterreichende Verständnis des Wettbewerbsbegriffs hat vorliegend der 1. Strafsenat – ohne nähere Begründung – die Urteilsbegründung des Landgericht München I akzeptiert, wonach unabhängig davon, dass völlig unklar war, ob es jemals zu in der Zukunft liegenden Nachtragsaufträgen – mit diesen vorhergehenden eigenständigen Vergabeverfahren – kommen würde, die Annahme von Vorteilen für die Einnahme einer wohlwollenden Einstellung zu diesen zukünftigen hypothetischen Vergabeverfahren als Annahme von Vorteilen für die Bevorzugung im Wettbewerb angesehen⁵⁷. Mit überzeugenden Argumenten wird, wie oben bereits angedeutet, in der Literatur vertreten, dass die intendierte Bevorzugung im Wettbewerb des Vorteilsgebers regelmäßig das Vorliegen einer Wettbewerbssituation schon im Zeitpunkt der Tathandlung voraussetzt⁵⁸. Zumindest aber bedarf es, wenn auf die zukünftige Situation abgestellt wird, eines hinreichend konkret fassbaren Wettbewerbsverhältnis. Diese Sichtweise entsprach der wohl herrschenden Meinung.

Soweit der Vertreter der Generalbundesanwaltschaft zu dem erstinstanzlichen Urteil, das dem Urteil des BGH vom 16.7.2004 zu Grunde lag, anscheinend verfassungsrechtliche Bedenken gegen die faktische „Vorverlagerung der Strafbarkeit“ erhoben hat⁵⁹, ist dem nachdrücklich zuzustimmen⁶⁰. Wie der erkennende Senat selbst erkannt hatte, ging es bei der vereinbarten Bevorzugung ausschließlich um eine Begünstigung im Rahmen des Präqualifikationsverfahrens, in dem per definitionem kein Wettbewerb mehrerer Bewerber, etwa um eine begrenzte Anzahl von Zulassungen, besteht, sondern die angestrebte Zulassung der Produkte lediglich eine Bescheinigung über ihre technische und wirtschaftliche Verwendbarkeit beinhaltet, die für die Teilnahme am Vergabeverfahren durch das ausschreibende Unternehmen vorausgesetzt wird, und den Erfolg oder Misserfolg des Zulassungsverfahrens anderer Produzenten nicht beeinträchtigen kann.

⁵⁰ Urteil vom 16. 7. 2004 - 2 StR 486/03, in: NJW 2004, 3129 ff. = NSStZ 2004, 677 ff.

⁵¹ BGH NJW 2004, 3129 (3133).

⁵² BGH a.a.O.

⁵³ BGH a.a.O.

⁵⁴ BGH a.a.O.; vgl. auch BGHSt 10, 358 (367) = NJW 1957, 1604, zu § 12 UWG a.F.

⁵⁵ BGH a.a.O., vgl. auch BGHSt 46, 310 (316 f.) = NJW 2001, 2102 m.w. Nachw.

⁵⁶ BGH a.a.O. unter Verweis auf BGH, GRUR 1955, 342 = NJW 1955, 546 L; GRUR 1984, 823; NJW 1993, 1991 = WRP 1993, 396 (397).

⁵⁷ LG München I, a.a.O. S. 60.

⁵⁸ Vgl. Tröndle/Fischer § 299 Rn. 15.

⁵⁹ Vgl. BGH NJW 2004, 3133.

⁶⁰ Vgl. im Einzelnen zur Problematik Krehl, StV 2005, 325 (327 f.).

Die Entscheidung erscheint zunächst unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Artikel 103 Abs. 2 GG angreifbar⁶¹, da nach dem eindeutigen Wortlaut des § 299 StGB nur die Bevorzugung „*beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen*“ erfasst ist, was stets als das gesamte wirtschaftliche, auf die Erlangung der Ware beziehungsweise gewerblichen Leistungen gerichtete *Geschäft* verstanden wurde, das *von der Bestellung* über die Abwicklung der Lieferung bis zur Bezahlung reichen soll⁶². Bei dem völlig abstrakten Präqualifikationsverfahren, das lediglich zur allgemeinen Zulassung von Produkten unter technischen und ökonomischen Gesichtspunkten für alle zukünftigen Ausschreibungen eines Unternehmens führt, ohne dass eine Zuordnung zu einer bestimmten Ausschreibung oder auch nur zu einer bestimmbar Anzahl von Verfahren möglich wäre oder eine Teilnahme damit einher ginge, kann schlicht nicht von dem nach dem Wortlaut erforderlichen Zusammenhang („*beim*“) zu einem Bezugsgeschäft gesprochen werden. Dies überschreitet die verfassungsrechtlich gewährleistete Interpretationsgrenze der möglichen Bedeutung des Wortlauts der Norm⁶³, zumal dem Wort „*beim*“ auch zu entnehmen ist, dass es eines nicht nur *sachlichen*, sondern *zeitlich* sehr engen Zusammenhangs der Bevorzugung im Wettbewerb zum Bezugsgeschäft im obigen Sinne bedarf⁶⁴, wenn nicht sogar (eher) der Gleichzeitigkeit, d. h. zumindest erst mit Beginn des eigentlichen Vergabeverfahrens. Gleichzeitigkeit zum Bezugsgeschäft ist bei einer Bevorzugung im Präqualifikationsverfahren ausgeschlossen, auch ein enger zeitlicher Zusammenhang zum späteren Ausschreibungsverfahren wird zumeist nicht bestehen. Vor dem Hintergrund der spezifischen verfassungsrechtlichen Interpretationsgrenzen bezüglich des *Strafgesetzes* des § 299 StGB in Gestalt von Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB kann insbesondere auch das Argument des BGH kein entscheidendes Gewicht erlangen, die den Wortlaut ebenfalls überdehnende *zivilrechtliche* Rechtsprechung zur Auslegung des Wettbewerbsbegriffs des UWG – die diesen Schranken naturgemäß nicht unterliegt – sei gleichlautend⁶⁵.

Gegenüber dem Unternehmens- und Personenkreis mit Zulassung wird ein aufgrund der Zuwendung eines Vorteils Zugelassener entgegen dem BGH auch nicht im Sinne des § 299 StGB *im Wettbewerb bevorzugt*. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut und der anerkannten Definition des Begriffs. Bevorzugung ist eine (ins Auge gefasste) *Besserstellung* des Täters gegenüber (potentiell) konkurrierenden Dritten⁶⁶. Zunächst ist evident, dass zugelassene Anbieter *im* Präqualifikationsverfahren selbst dann nicht (mehr) *konkurrieren* würden, wenn dort überhaupt eine Wechselwirkung zwischen den dieses durchlaufenden Unternehmen bzw. ihren Produkten denkbar wäre. Die bereits Zugelassenen jedenfalls haben dieses

Stadium endgültig durchlaufen und hinsichtlich der von der Zulassung umfassten Produkte eine gesicherte und durch Dritte unentziehbare Rechtsposition, nämlich das Recht, an Vergabeverfahren des Ausschreibenden (hier der Deutschen Bahn AG) teilzunehmen. Die unberechtigte Erreichung der Zulassung durch Dritte führt auch keinesfalls zu deren *Bevorzugung* im Sinne einer Besserstellung gegenüber den Zugelassenen, sondern allenfalls zu einer *Gleichstellung*. Der vom Gesetzgeber verwandte Ausdruck der Bevorzugung ist seiner Wortbedeutung nach ein relationaler Begriff, der voraussetzt, dass jemand einer weiteren Personen vorgezogen wird. Das Präqualifikationsverfahren entbehrt ein solches Beziehungsverhältnis von vornherein. Hinsichtlich des inhaltlich unabhängigen Vergabeverfahrens führt die zusätzliche Zulassung weiterer Teilnehmer schon tatsächlich nicht zu deren Bevorzugung *in* diesem Verfahren. Sie haben sich lediglich die Teilnahme gesichert; das Erreichen der Startlinie ist keine messbare Besserstellung im Wettlauf zwischen Start und Ziel, es wirkt sich hierauf lediglich dergestalt aus, dass der Teilnehmer im Gegensatz zum Nichtteilnehmer gewinnen kann.

Zweck des Präqualifikationsverfahrens ist außerdem nicht die Eingrenzung des potentiellen oder bereits zugelassenen Anbieterkreises, sondern die Aussonderung von vornherein – gewissermaßen abstrakt und unabhängig von der Höhe des Gebots – ungeeigneter Produkte⁶⁷. Schon aus normativen Gründen kann daher in dem die Zugelassenen möglicherweise stärker belastenden oder benachteiligenden, durch die Vorteilsgewährung herbeigeführten intensiveren Wettbewerb im Vergabeverfahren jedenfalls keine *unlautere* Benachteiligung⁶⁸ dieser potentiellen Lieferanten gesehen werden. Eine Bevorzugung gegenüber den zugelassenen Mitbewerbern hinsichtlich des Präqualifikationsverfahrens kommt – unabhängig und von der Berechtigung der Präqualifikation des Vorteilsgebers – schon deshalb nicht in Betracht, weil deren Rechtsstellung insofern bereits gesichert ist und eine *künftige* Privilegierung⁶⁹ eines zu Unrecht Zugelassenen sich nur auf das Vergabeverfahren beziehen könnte.

Insbesondere ist aber darauf hinzuweisen, dass das Merkmal des Wettbewerbs bei § 299 StGB eine Begrenzung des äußerst weit gefassten Tatbestandsmerkmals des geschäftlichen Verkehrs bewirken muss, um einen eigenständigen Anwendungsbereich zu gewinnen. Ein Sachverhalt des Wirtschaftslebens wie das Präqualifikationsverfahren ist Teil des geschäftlichen Verkehrs, nicht jedoch des Wettbewerbs im Wortsinne. Soweit der erkennende Senat argumentiert, da die Zulassung Voraussetzung für die Teilnahme am Vergabeverfahren sei, könne das Präqualifikationsverfahren nicht sinnvoll vom wettbewerblich strukturierten Vergabeverfahren getrennt werden, ist dem zu widersprechen. Letztlich wird damit auf die potentielle wettbewerbliche Relevanz irgendeiner Handlung in nicht absehbarer Zukunft abgestellt; die

⁶¹ Zutreffend und im Einzelnen Krehl StV 2005, 325 (328).

⁶² BGHSt 10, 269 (270); Schönke/Schröder/Heine, StGB, 27. Auflage, § 299 Rn 22; LK/Tiedemann, a.a.O., § 299 Rn 29.

⁶³ Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 1 Rn. 11,12; vgl. auch BVerfGE 71, 114; 73, 235.

⁶⁴ So wohl auch Krehl, a.a.O., S. 328.

⁶⁵ Vgl. Krehl, a.a.O., S. 328.

⁶⁶ NK/Dannecker, a.a.O., § 299 Rn 43.

⁶⁷ Vergleiche auch Krehl, a.a.O., S. 328.

⁶⁸ BGHSt 10, 269, 270 (271).

⁶⁹ RGSt 66, 81 (84); BGH NJW 1968, 1572 f.; vgl. Münch-KommStGB/Diemer/Krick, § 299 Rn. 16 m.w.N.

Beeinflussung jeder durch Vorteile erlangten Position müsste dann eine Bevorzugung im Wettbewerb darstellen können. Grundsätzlich kann jedoch jede Handlung des geschäftlichen Verkehrs auch außerhalb eines bestehenden Wettbewerbs Einfluss auf dessen zukünftige Gestaltung zu Gunsten oder zu Lasten eines späteren Wettbewerbers erlangen. Die beabsichtigte begrenzende Wirkung des Tatbestandsmerkmals der Bevorzugung *im Wettbewerb* entfielen bei konsequenter Anwendung der Grundsätze der Entscheidung des 2. Strafsenats. Die Annahme von Vorteilen von Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen würde faktisch stets Anlass geben, wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr zu ermitteln, da sich ein subjektiver Zusammenhang zu einem künftigen Wettbewerbsverhältnis – auch in entfernter Zukunft – und einem hypothetischen – auch äußerst unwahrscheinlichen – Wettbewerbsverhältnis des Vorteilsgebers, für die eine zeitlich auf die Vorteilsgewährung folgende Handlung des Vorteilsnehmers vorteilhaft sein könnte, praktisch nicht ausschließen lassen wird.

Diese Bedenken sind in abgeschwächter Form auch auf die hier besprochenen Urteile zu erstrecken. Es gilt der erkennbaren Tendenz, die Anforderungen an das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses immer weiter zu senken, entgegenzuwirken; es scheint vielmehr eine eher restriktive Auslegung des § 299 StGB geboten⁷⁰. Bereits oben wurde dargelegt, dass der abstrakten Sichtweise des Wettbewerbs nicht gefolgt werden kann, wäre sie doch gleichbedeutend mit der Abkehr vom Wortlaut des § 299 StGB sowie dem Sinn und Zweck des Wettbewerbsanfordernisses. In der Tat ist deshalb ein konkretisiertes zukünftiges Wettbewerbsverhältnis erforderlich, jedenfalls dann wenn man nicht der Ansicht folgt, nach der Wettbewerb bereits bei der Unrechtsvereinbarung zu fordern ist. Es gilt jedenfalls einer schleichenden Ausweitung der Anforderungen an die notwendige Konkretetheit des zukünftigen Wettbewerbes entgegenzuwirken.

Die Tendenz, die der Bundesgerichtshof in Fortführung der behandelten Entscheidung zur Deutschen Bahn-AG⁷¹ mit der Entscheidung im Falle Allianz-Arena⁷² eingeschlagen hat, lässt dies unseres Erachtens außer Acht. Es ist unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung erneut darauf hinzuweisen, dass bei der Vornahme der Tathandlung im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB die Vorstellung des Täters auf das künftige Wettbewerbsverhältnis, nämlich auf das künftige Vorhandensein von Mitbewerbern, gerichtet sein muss.⁷³ Daran aber fehlt es, wenn nicht einmal absehbar ist, *ob* es infolge mangelnden Angebotes auch keine entsprechende Nachfrage geben wird oder dies zum Zeitpunkt der Absprache zumindest nicht fern liegend erscheint. Hier wusste niemand, auch und erst recht nicht W, ob es zukünftig überhaupt zur Vergabe von Nachtragsaufträgen kommen würde. Es

stand ausweislich der landgerichtlichen Feststellungen im einzig maßgebenden Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung⁷⁴ noch nicht einmal fest, ob das Stadion überhaupt errichtet werden würde.⁷⁵ Genau diese Situation aber ist nichts anderes als ein lediglich abstrakt denkbares zukünftiges Wettbewerbsverhältnis. Würde der Alpine Bau Deutschland GmbH der Auftrag zum Stadionbau erteilt, könnten – evtl. erst nach Jahren – eventuell Nachtragsaufträge zu verteilen sein, wobei entsprechende Konkurrenten – die unter erschwerten Umständen bieten müssten, da sie nicht über das durch die Abwicklung des Hauptauftrages erworbene Know-how verfügten – bei einem eventuell vorzunehmenden Vergabeverfahren hinzutreten könnten. Derartig viele Unwägbarkeiten sprechen entgegen dem Landgericht und dem Bundesgerichtshof entscheidend dagegen, den erforderlichen Konkretisierungsgrad anzunehmen. Hinzu kommt, dass es bezüglich dem Verständnis vom Begriff des nach der herrschenden Meinung genügenden zukünftigen Wettbewerbs zu recht anerkannt wird, dass der Wettbewerb in bestimmter *naher Zukunft* aufgenommen wird⁷⁶. Wie dargelegt aber fehlt es hier soweit erkennbar gerade an der erforderlichen zeitlichen Nähebeziehung. Es war völlig unklar wann es gegebenenfalls zu einer der Vergabe von Nachtragsaufträgen kommen würde.

Letztendlich kommen die beiden obig aufgeführten Ansichten also auch hinsichtlich der Nachtragsaufträge nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen. Mangels gegenwärtiger und hinreichend konkreter zukünftiger Konkurrenzsituation fehlte es unseres Erachtens am Erfordernis einer Bevorzugung im Wettbewerb.

II. Zur Untreue, § 266 Abs. 1 StGB

1. Auffassung des 1. Strafsenats und des Landgerichts

Der BGH sowie das Landgericht gelangten zu der Auffassung, der Angeklagte W. habe den Tatbestand der Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) verwirklicht. Er habe gegenüber der Stadion GmbH als deren Mitgeschäftsführer seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt und dadurch einen Vermögensnachteil *in Höhe des gezahlten Schmiergeldes* verursacht. Zu seinem Pflichtenkreis als Geschäftsführer der Stadion GmbH habe gehört, im Vergabeverfahren darauf hinzuwirken, dass der Stadionneubau den qualitativen Anforderungen entsprach und dass dabei ein möglichst günstiger Preis erzielt wurde. Durch den Abschluss und die (teilweise) Erfüllung der oben beschriebenen Unrechtsvereinbarung mit dem Alpine-Konzern durch die Weitergabe von Informationen über Einsparpotenziale bei den Wettbewerber der Alpine (am 28.1.2002) trug der Angeklagte nach Auffassung des BGH treupflichtwidrig dazu bei, dass bei der Vergabe von der Stadion GmbH ein höherer Preis als erforderlich

⁷⁰ Zu § 12 UWG Otto, a.a.O., § 12 RN 22.

⁷¹ BGH NJW 2004, 3129 ff. = NStZ 2004, 677 ff.

⁷² BGH NJW 2006, 3290 ff. = HRRS 2006 Nr. 767.

⁷³ Siehe die Nachweise bei Fn 34.

⁷⁴ Schöнке/Schröder/Heine, StGB, 27. Auflage, § 299 Rn 31; NK/Dannecker, a.a.O., § 299 Rn 58

⁷⁵ LG München I, a.a.O. S. 23.

⁷⁶ MünchKommStGB/Diemer/Krick, § 299 Rn. 18; wohl auch Lackner/Kühl, StGB, 25. Auflage, § 299 RN 5.

akzeptiert wurde, damit aus den bei der Alpine Bau Deutschland GmbH erzielten Einsparungen das Schmiergeld an ihn und den Mitangeklagten gezahlt werden konnte. Die (angeblich) „erzielbaren Minderkosten“ seien deshalb aus Sicht des BGH zu Unrecht nicht der berechtigten Stadion GmbH zu Gute gekommen, die nach Erteilung des Zuschlags einen „höheren Werklohn“ zu zahlen hatte⁷⁷.

Das Landgericht – dem sich der BGH anschloss – führte in größerer Ausführlichkeit aus, dass es sich vorliegend um Kick-Back-Zahlungen handele, die letztlich vom Geschäftsherrn (der Stadion GmbH) getragen worden seien und als solche einen Vermögensnachteil des Geschäftsherrn darstellten⁷⁸. Dies folgert das Gericht aus der Feststellung, dass die Geschäftsführung des Mutterunternehmens Alpine in Österreich zur Erlangung des Auftrags für ihre deutsche Tochtergesellschaft willens und in der Lage gewesen wäre, der Konzerntochter den Betrag von circa 5,5 Millionen DM zur Erlangung des Zuschlags durch Verbilligung des Angebotes zur Verfügung zu stellen, wenn diese nicht das Bestechungsgeld in gleicher Höhe aufzubringen gehabt hätte, da bei der Alpine nicht bekannt war, dass das sowohl erste Gebot als auch das zweite Gebot der Alpine Bau Deutschland GmbH niedrigere Kosten veranschlagte als das der Mitbieter. Die Angeklagten hätten nach den Feststellungen aufgrund ihrer Interessenlage und des Kenntnisstandes der Alpine erkannt, dass die Stadion GmbH mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit um den Betrag von rund 5,5 Millionen DM beziehungsweise 2,8 Millionen € verbilligt hätte abschließen können, wenn dieser Betrag nicht an die Angeklagten geflossen wäre. Die Berücksichtigung der Schmiergelds als kalkulatorischem Bestandteil des Angebotsendpreises sei auch dem Angeklagten W. klar gewesen. Ihm sei bewusst gewesen, dass hierin eine „*Verbilligungsaussicht*“ der Stadion GmbH lag und W. „*bei pflichtgemäßem Verhalten*“ den Abschluss des Generalunternehmervertrages zu einer Auftragssumme von um rund 2,8 Millionen € niedriger als die vereinbarten 285.917.204,69 € hätte bewirken können⁷⁹. Statt Kick-Backs für sich und den Mitangeklagten heraus zu verhandeln, hätte W. dem A senior „*eine betragsgleiche Vergünstigung an die deutsche Tochter*“ nahe legen sollen, „*damit diese ihr Angebot nochmals verbillige*“. Da dieses Ansinnen gegenüber A nach Auffassung der Kammer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Erfolg gehabt hätte, habe zu diesem Zeitpunkt - wohl während der Gespräche, als erstmals eine Zahlungsbereitschaft des A erkennbar wurde - eine auf (weitere) Verbilligung des Gebots gerichtete Anwartschaft der Stadion GmbH bestanden, die der Angeklagte sogleich zunichte gemacht hätte. Durch den Abschluss des Vertrages in unverminderter Höhe (auf der Basis des unverminderten letzten Angebots) sei der Stadion GmbH diese sichere Verbilligungsmöglichkeit entgangen, mithin die entsprechende Vermögensmehrung bei der Stadi-

on GmbH ausgeblieben, was einen Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB darstelle⁸⁰.

2. Rechtliche Kritik

Auch die Begründung des Bundesgerichtshofs zur Bestätigung der landgerichtlichen Verurteilung des W. wegen Untreue ist auffällig knapp. Auch hinsichtlich des § 266 StGB kann jedoch von einer unproblematischen Konstellation und einer ohne größere Schwierigkeiten zu bejahenden Strafbarkeit wegen Untreue nicht die Rede sein. Gerade weil Landgericht und Bundesgerichtshof die so genannte „Kick-Back“-Rechtsprechung bemühen, darf an der Richtigkeit der Argumentationen in mehrerlei Hinsicht gezweifelt werden. Insbesondere sind in dieser Hinsicht die Tatbestandsmerkmale Pflichtverletzung und Vermögensnachteil problembehaftet.

a) „Kick-Back“ und Untreue

Von einem „Kick-Back“ im strafrechtlich- und untreurelevanten Sinne wird gesprochen, wenn dem Vertreter einer vertragsschließenden Partei vom Geschäftspartner in Zusammenhang mit dem Vertragsschluss oder der Vertragsdurchführung wirtschaftliche Vorteile gewährt werden, die aus Leistungen bewirkt werden, die die vertretene Gesellschaft an den Partner erbracht hat.⁸¹ Genau so wie anzuerkennen ist, dass bestimmte „Kick-Back“-Konstellationen strafrechtlich relevant sind, muss eingesehen werden, dass heutzutage in vielen Branchen eine Auftragserrlangung und beziehungsweise oder deren reibungslose Durchführung ohne die Verteilung von Provisionen kaum möglich ist.⁸² Die strafrechtliche, insbesondere die untreuenspezifische Relevanz des lange bekannten Phänomens ist – insbesondere noch nicht abschließend geklärt.

Ohne dass hier schon auf die Tatbestandsmerkmale der Pflichtverletzung und des Vermögensnachteils als Voraussetzung einer Strafbarkeit wegen Untreue eingegangen werden muss, sind unter Zugrundelegung der obigen Definition von „Kick-Backs“ Zweifel angebracht, ob es hier überhaupt um eine solche Konstellation geht. Denn es muss als ein Wesensmerkmal der strafrechtlich relevanten „Kick-Backs“ erscheinen, dass die den „Kick-Back“ ausmachende Leistung in Gestalt von Provisionen beziehungsweise Schmiergeldern von dem potentiellen Geschäftspartner geleistet wird. Diese Situation bestünde, wenn die Summe in Höhe von 5,5 Mio. DM von der Alpine Bau Deutschland GmbH gekommen wäre. Das aber ist nicht der Fall. Vielmehr stammten die Summen wirtschaftlich betrachtet schlussendlich aus dem Vermögen der Muttergesellschaft, auch wenn die drei Teilzahlungen auf die Konzernunternehmen verteilt wurden. Damit ist eine klassische „Kick-Back“-Konstellation im

⁷⁷ BGH NJW 2006, 3297 = HRRS 2006 Nr. 767 unter Berufung auf BGHSt 47, 295 (298 f.) = NJW 2002, 2801.

⁷⁸ LG München I, a.a.O. S. 69; vgl. BGH wistra 2005, 58 (62 f).

⁷⁹ LG München I a.a.O. S. 18 f.

⁸⁰ LG München I a.a.O. S. 68.

⁸¹ LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 125; Münch-KommStGB/Dierlamm, § 266 Rn 231; NK/Kindhäuser, a.a.O., § 266 Rn 114; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 266 Rn 38a; Bernsmann StV 2005, 576 (576); Busl DSStZ 2006, 617 (618); Schünemann NSStZ 2006, 196 (200).

⁸² Bernsmann StV 2005, 576 (576).

üblicherweise verwandten Sinne von vornherein nicht gegeben und damit die Einschlägigkeit der diesbezüglichen Untreue-Rechtsprechung zweifelhaft. Eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik seitens des Bundesgerichtshofs wäre wünschenswert gewesen.

b) Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht

Wesentliches Merkmal und Strafbarkeitsvoraussetzung des Treubruchtatbestandes der Untreue ist das Vorliegen einer relevanten Pflichtverletzung. Der Bundesgerichtshof hat mehrfach herausgearbeitet, dass die bloße Nichtabführung von Schmiergeldern an den Geschäftsherrn als solche noch nicht den Tatbestand der Untreue erfüllt, weil die zivilrechtliche Herausgabeverpflichtung nach §§ 681 S. 2, 687 II, 667 BGB keine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB begründet⁸³. Hieran also konnten die Gerichte mithin strafrechtlich nicht anknüpfen. Dennoch gelangten das Landgericht München I und der Bundesgerichtshof zur Annahme einer relevanten Pflichtverletzung. Die diesbezüglichen Ausführungen vermögen in verschiedener Hinsicht nicht zu überzeugen.

aa) Pflichtverletzung bei gefordertem illegalen Vorverhalten

Eine dem potentiellen Täter vorzuwerfende treuwidrige Handlung setzt voraus, dass das erwartete Alternativverhalten die Grenze zur Illegalität nicht überschreitet. Das bedeutet, dass eine Strafbarkeit nicht in Betracht kommt, wenn es von vornherein an einer dem Geschäftsführer zur Verfügung stehenden Möglichkeit legaler Preisreduzierung mangelt. Eine Treuepflicht, die von einem Geschäftsführer verlangte, dass er zu Gunsten seines Geschäftsherrn verbotene, wettbewerbswidrige oder andere unlauter benachteiligende Geschäfte oder Handlungen vornehme, kann und darf es nicht geben.⁸⁴ Auch der Bundesgerichtshof hat dies mehrfach anerkannt; die Nichtrealisierung eines günstigeren Geschäfts, das im Widerspruch zur Rechtsordnung steht, stelle keine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB dar⁸⁵. In den vorliegenden Entscheidungen aber lassen sich gute Gründe finden, die dafür sprechen, dass der Bundesgerichtshof und auch das Landgericht gerade diese Grenze des pflichtwidrigen Verhaltens zu Unrecht vernachlässigt haben.

Die Geschehnisse um den Angeklagten W. müssen dem Gesagten entsprechend damit dahingehend beleuchtet werden, ob das von den Gerichten geforderte angeblich pflichtgemäße Handeln als illegal im weitesten Sinne einzuordnen ist. Die Alpina Bau Deutschland GmbH

präsentierte ihr Projekt am 8.1.2002 im Rahmen des Vergabeverfahrens. Um den Auftrag für die Tochterfirma zu erhalten, war A. senior – den Feststellungen zufolge allerdings nur gegen entsprechende Gegenleistungen des W. in Gestalt der Weitergabe von Insiderinformationen, der Einflussnahme auf die Vergabeentscheidung sowie dem Wohlwollen bezüglich der Vergabe von Nachtragsaufträgen – bereit, dem W. den Betrag in Höhe der Schulden des Mitangeklagten D. zukommen zu lassen. Auf die Frage, wie hoch die Schuldensumme sei, antwortete W. wahrheitswidrig mit 5,5 Mio. DM. Tatsächlich beliefen sich die Schulden des D. auf ca. 800.000 DM.⁸⁶ Aus diesem Vorgehen schlussfolgern das Landgericht München I und der Bundesgerichtshof, dass W. auf eine Angebotspreisminderung in Höhe von 5,5 Mio. DM hätte hinwirken müssen, bejahen also eine diesbezügliche Verpflichtung des W. Diese Überlegung ist in zweifacher Hinsicht Kritik ausgesetzt. Stellt man sich entgegen den Entscheidungen von Landgerichts und Bundesgerichtshof die Fragen, wie es zu der Summe der 5,5 Mio. DM und zur Bereitschaft einer entsprechenden Zahlung bei A. senior gekommen ist, wird deutlich, dass eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit vorliegend ausscheiden muss. Die Gerichte scheinen aus den Augen zu verlieren, was sie tatsächlich fordern, nämlich ein sittenwidriges, zumindest aber unlauteres Vorgehen des W.

Zunächst muss bedacht werden, dass A. senior ursprünglich in keiner Weise bereit war, irgendwelche Provisionen beziehungsweise „Schmiergelder“ an den D. zu zahlen.⁸⁷ Dies ist gleichbedeutend mit der Aussage, dass er auch zu einer weiteren Angebotspreissenkung, vor allem in Millionenhöhe, wegen des D. (ursprünglich) nicht bereit war. Deshalb kann die Forderung der Gerichte nur dahingehend interpretiert werden, dass es an W. war, auf eine Zahlungsbereitschaft des A. senior hinzuwirken, was er ja – wenn auch unter anderem Vorzeichen – tat, und diese dann zugunsten der Stadion GmbH zu nutzen. Letzteres ist den Gerichten zufolge der entscheidende Punkt für die angenommene Pflichtverletzung.

Entscheidend ist deshalb, ob das geforderte Hinwirken auf eine Preissenkung die Grenzen zur Illegalität überschreitet. Insofern ist folgendes zu bedenken: Erst auf die Bereitschaft des W. hin, Insiderinformationen weiterzugeben und die maßgebenden Entscheidungen zu beeinflussen, war A. senior zur Leistung einer „Provision“ endgültig bereit. Erst ab diesem Zeitpunkt wollte W. finanzielle Zugeständnisse in ausreichend konkretisierender Form ausmachen. Diesen Zeitpunkt hält anscheinend auch das Landgericht für maßgebend.⁸⁸ Die von W. auf die Andeutungen des A. senior hin zugesagten Gegenleistungen aber sind allesamt mindestens als unlauter zu qualifizieren, nach dem Landgericht München I und dem Bundesgerichtshof sogar als nach § 299 Abs. 1 StGB strafbar. Dabei ist zu beachten, dass Vollendung im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB bereits in dem Moment

⁸³ Vgl. BGHSt 47, 295 (298); BGH NJW 2001, 2102 f.; BGH wistra 1995, 61 (62); BGH wistra 2005, 58 (63) LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 125; Münch-KommStGB/Dierlamm, § 266 Rn. 231.

⁸⁴ Bernsmann StV 2005, 576 (578).

⁸⁵ BGHSt 20, 143 (146); BGH NJW 1988, 2483 (2485); BGH wistra 2001, 304 (305).

⁸⁶ LG München I a.a.O. S. 11.

⁸⁷ LG München I a.a.O. S. 10.

⁸⁸ LG München I a.a.O. S. 68

einsetzt, in dem es zur Unrechtsvereinbarung kommt⁸⁹, hier also dem Bereiterklärens des W. zur Vornahme der von A. senior gewünschten Handlungen. Dies liegt zeitlich vor dem Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit nach § 266 Abs. 1 StGB, nämlich dem, als W. endgültig Zahlung an sich begehrte. Zudem basiert die Summe von 5,5 Mio. DM auf einer bewussten Täuschung des A. senior durch W., also einem ebenfalls illegalen Vorgehen.

Wenn das Landgericht, bestätigt durch den Bundesgerichtshof, dem W. vorwirft, er habe nicht versucht eine „*betragsgleiche Vergünstigung an die deutsche Tochter*“⁹⁰ zu bewirken, wird vollends sichtbar, dass die Pflichtverletzung nicht in den Verhandlungen mit A. senior gesehen wird, sondern in der diese abschließenden Vereinbarung. Gleiches gilt für den Bundesgerichtshof, wenn er ausdrücklich auf die „*Erfüllung der Vereinbarung mit dem A-Konzern*“⁹¹ abstellt⁹². Die Strafbarkeit nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB wird also erst an diese Vereinbarung angeknüpft. Da es zu dieser aber nur durch das konkrete illegale, nach den Gerichten sogar wohl bereits nach § 299 Abs. 1 StGB strafbare Verhalten des W. kam, setzt die Strafbarkeit wegen Untreue dieses Verhalten letztlich ebenfalls voraus. Pflichtgemäß hätte W. nämlich den Gerichten zufolge schon dann gehandelt, wenn er statt Zahlung an sich zu vereinbaren eine Preisminderung bewirkt hätte. Damit aber knüpfen die Gerichte hinsichtlich der angeblich pflichtwidrig vernachlässigten Vermögensmehrungsaussicht unzulässigerweise an das illegale Vorverhalten an.

Da das (hypothetische) pflichtgemäße Alternativverhalten im Sinne des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB, auf welches die Gerichte abstellen, so an illegale Verhaltensweisen im Vorfeld der Entstehung der anknüpft, muss unter Beachtung des oben genannten Maßstabes anerkannt werden, dass es vorliegend an einer untreuerelevanten Pflichtverletzung mangelt.⁹³

bb) Einwirkung auf die Muttergesellschaft als pflichtgemäßes Alternativverhalten

Das Landgericht und der Bundesgerichtshof fordern von W. wegen seiner Stellung als Mitgeschäftsführer der Stadion GmbH, dass dieser gegenüber dem A. senior, denn nur dieser war zur Leistung der 5,5 Mio. DM bereit, auf eine Angebotspreissenkung hinwirken sollte. An einem solchen Verständnis der Ausgestaltung der Treuepflicht aus § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB ist problematisch, dass sie gesellschaftsrechtlichen Trennlinien zuwiderläuft. Zwar waren die Alpine Mayreder Bau GmbH Salzburg und auch deren damaliger Mitgeschäftsführer mit der Alpine Bau Deutschland GmbH rechtlich über ein Konzerngeflecht – die Alpine Mayreder Bau GmbH Salzburg

hielt das Stammkapital der Alpine Bau Deutschland GmbH – verbunden, jedoch liegen gesellschaftsrechtlich verschiedene Rechtspersönlichkeiten vor. Es ist zu bedauern, dass der Bundesgerichtshof die Gelegenheit nicht genutzt hat, um zu dieser rechtlich bedeutsamen Frage Stellung zu beziehen. Denn es ist fraglich, ob vom treueverpflichteten Geschäftsführer einer GmbH verlangt werden kann, eine Preissenkung nicht nur beim potentiellen Vertragsgegner und damit Vergütungsgläubiger zu initiieren, sondern auch bei einflussreichen Konzernstellen, wie zum Beispiel der Muttergesellschaft und deren Geschäftsführer. Soweit man dies bejahen möchte, muss beachtet werden, dass die Untreuerelevanz etwaigen Untätigbleibens sehr weit, wenn nicht gar zu weit ausgedehnt wird. Denn je größer die jeweilige Konzernstruktur ist und je weiter unten der Geschäftspartner in dieser Struktur angesiedelt ist, desto mehr Stellen existieren, die zu einer preislichen Unterstützung der Konzerntochter bereit sein könnten.

Konkret ist hier maßgebend, ob dem W. tatsächlich die Pflicht auferlegt werden kann, eine Angebotspreissenkung der Alpine Bau Deutschland GmbH über die Alpine Mayreder Bau GmbH Salzburg und deren Mitgeschäftsführer A. senior anzustrengen. Unklar ist, aus welcher Rechtsgrundlage sich eine so weitgehende Verpflichtung ergeben soll. Eine konkrete Antwort hierauf jedenfalls hat der Bundesgerichtshof nicht gegeben.

cc) Unterlassen als Strafbarkeitsgrund

Schließlich ist im Hinblick gerade auch auf die von der Rechtsprechung regelmäßig angenommene Strafbarkeit bei „Kick-Back“-Konstellationen nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB kritisch anzumerken, dass hier eine Anknüpfung der Strafbarkeit an aktives Tun zweifelhaft ist. Dies liegt schon in der Natur des Treuebruchtatbestandes im Rahmen der Untreue begründet. Denn Unterlassungen können erstens zu einer Strafbarkeit nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB führen⁹⁴ und sind zweitens eine Domäne dieses Tatbestandes.⁹⁵

Daher ist die Frage zu stellen, ob es bei „Kick-Backs“ – jedenfalls in der vorliegenden Konstellation – nicht vielmehr um ein pflichtwidriges Unterlassen im Sinne des § 13 StGB geht. In diese Richtung deutet auch der konkrete Vorwurf der Gerichte an W. So verlangen das Landgericht München I und der Bundesgerichtshof ein Nahelegen⁹⁶ beziehungsweise Hinwirken⁹⁷ auf die Senkung des Angebotspreises. Dennoch setzten sie sich mit der Abgrenzung von strafbarem aktiven Tun und Unterlassen nicht auseinander. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit als nach der Rechtsprechung relevantes Abgrenzungskri-

⁸⁹ Schönke/Schröder/Heine, StGB, 27. Auflage, § 299 Rn 13; LK/Tiedemann, a.a.O., § 299 Rn 43.

⁹⁰ LG München I a.a.O. S. 68.

⁹¹ BGH NJW 2006, 3290 (3297) = HRRS 2006 Nr. 767.

⁹² Ausdrücklich an die Vereinbarung bei „Kick-Backs“ anknüpfend LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 125.

⁹³ Eine Strafbarkeitslücke bei derartigen Konstellationen attestiert Bernsmann StV 2005, 576 (577).

⁹⁴ BGHSt 5, 61 (64, 66); NK/Kindhäuser, a.a.O., § 266 Rn 60; LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 91; Münch-KommStGB/Dierlamm, § 266 Rn. 161.

⁹⁵ LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 91.

⁹⁶ LG München I a.a.O. S. 68.

⁹⁷ BGH NJW 2006, 3290 (3297) = HRRS 2006 Nr. 767.

terium⁹⁸ ist hier keinesfalls so eindeutig auf das aktive Tun des W. zu legen, dass eine Auseinandersetzung mit dieser Thematik unterbleiben durfte.

Folgt man diesen Zweifeln und geht von einer Unterlassensstrafbarkeit unter Anwendung des § 13 StGB bei Vorliegen einer entsprechenden Garantenstellung aus, so muss auch die Frage nach der Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens gestellt werden. Wie aus § 34 StGB und §§ 228, 904 StGB deutlich wird, sind Zumutbarkeitserwägungen im deutschen Strafrecht grundsätzlich anerkannt. Da eine Pflicht zur Sicherung fremder Rechtsgüter nicht verlangt werden kann, wenn der damit verbundene Einsatz unverhältnismäßig wäre⁹⁹, bildet die Unzumutbarkeit des über § 13 StGB geforderten normgemäßen Verhaltens eine allgemein anerkannte Grenze gerade der Unterlassensstrafbarkeit¹⁰⁰. Unter anderem ist unzumutbar auch die Vornahme verbotener Handlungen.¹⁰¹ Wie oben gezeigt, knüpft das von den Gerichten verlangte Verhalten des W. an mehrere unlautere und nach der Ansicht des Landgerichts München I und des Bundesgerichtshofs sogar nach § 299 Abs. 1 StGB strafbare Handlungen an. Derartige Handlungen aber sind dem W. bei genauere Betrachtung nicht zumutbar. Wenn also auf § 13 StGB und eine Untreuebegehung durch Unterlassen abgestellt wird, müsste man so zu dem Ergebnis gelangen, dass eine Strafbarkeit nicht besteht, ob wegen einer Einschränkung des Tatbestandes¹⁰² oder dem Ausschluss der Schuld¹⁰³ spielt im Ergebnis keine Rolle.

c) Vermögensnachteil

Des Weiteren hängt die Strafbarkeit nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB, wenn es um die so genannten „Kick-Backs“ geht, auch und gerade von der Auslegung und dem Verständnis des erforderlichen Vermögensnachteils ab. Ganz allgemein ist als Vermögensnachteil eine durch die ungetreue Handlung verursachte, nicht kompensierte Vermögensminderung anzusehen.¹⁰⁴

aa) Aufgabe des Erfordernisses eines Vermögensnachteils

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat in der Regel, so auch in der vorliegend besprochenen Entschei-

⁹⁸ BGHSt 6, 59; BGH NStZ 1999, 607 ff.; BGH NStZ 2005, 446; BGH NStZ-RR 2006, 265; zur Kritik vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 13 Rn 2a.

⁹⁹ NK/Wohlers, a.a.O., § 13 Rn 17; Lackner/Kühl, StGB, 25. Auflage, § 266 RN 5.

¹⁰⁰ BGHSt 3, 203 (206); 11, 135 (138); BGH NStZ 1984, 164; NK/Wohlers, a.a.O., § 13 Rn 17; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 13 Rn 15; Lackner/Kühl, StGB, 25. Auflage, § 266 RN 5.

¹⁰¹ NK/Wohlers, a.a.O., § 13 Rn 17.

¹⁰² Z.B. NK/Wohlers, a.a.O., § 13 Rn 17.

¹⁰³ Z.B. BGHSt 2, 204; OLG Karlsruhe MDR 1975, 771; Lackner/Kühl, StGB, 25. Auflage, § 13 RN 5.

¹⁰⁴ LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 136; Lackner/Kühl, StGB, 25. Auflage, § 266 RN 17; NK/Kindhäuser, a.a.O., § 266 Rn 96; MünchKommStGB/Dierlamm, § 266 Rn. 178

dung¹⁰⁵, einen Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB hinsichtlich und in Höhe der Provisions- oder Schmiergeldzahlungen in so genannten „Kick-Back“-Konstellationen mit einem gewissen Automatismus angenommen¹⁰⁶. Begründet wird dies damit, dass der Vorteilsnehmer den Treugeber nicht in den Stand versetzt, mit dem Vorteilsgeber günstigere Preise auszuhandeln, obwohl er diese Möglichkeit erkennt. Es wird insofern davon ausgegangen, dass zumindest der Betrag, den der Vertragspartner für „Schmiergelder“ aufwendet, dem Geschäftsherrn des Empfängers hätte gewährt werden können und müssen, weshalb dem Geschäftsherrn dadurch ein Nachteil im Sinne des § 266 StGB zumindest in Höhe der bezahlten Schmiergelder entstanden sei¹⁰⁷. Letztlich wird damit die Rechtsprechung, dass eine treupflichtige Person in bestimmten Fällen – bei einer hinreichend sicheren Anwartschaft – auch für eine Vermögensmehrung sorgen müsse¹⁰⁸, durch die – praktisch nur selten widerlegbare – tatsächliche Vermutung ergänzt, dass Provisionszahlungen mit „Kick-Back“-Charakter durch eine Zahlungsbestimmung des Empfängers stets auch an diesen gezahlt werden würden; der für den „Kick-Back“ aufgewandte Betrag würde bei sachgerechtem Verhalten als Preisnachlass einbezogen und käme so dem Geschäftsherrn des Empfängers zugute¹⁰⁹. Woher der Bundesgerichtshof die rechtliche Grundlage dieser – faktisch beweislasterkehrenden – Vermutung nimmt, bleibt unklar. Die (unterschiedlichen) Branchenüblichkeit wird bei dieser pauschalisierenden Betrachtung außer Acht gelassen¹¹⁰. Abgesehen davon erscheint uns die höchstrichterlich postulierte Vermutung mit dem Zweifelsatz, einem fundamentalem Grundsatz deutschen Strafrechts¹¹¹, schwerlich vereinbar¹¹². Damit wird de facto auf die Ermittlung eines tatsächlichen Vermögensnachteils verzichtet und der anerkanntermaßen ohnehin weite Anwendungsbereich der Untreue praktisch ein weiteres mal ausgeweitet.

Den Prinzipien der Rechtsklarheit und Bestimmtheit ist dadurch nicht gedient¹¹³. Vielmehr wird der Tatbestand der Untreue, wie in der jüngsten Vergangenheit mehrere Strafverfahren eindrucksvoll belegten, zu einem gummiartigen und konturenlosen Auffangtatbestand für als unseriös empfundene Geschäftspraktiken. Derzeit jedenfalls sucht man daher nach einigermaßen fest umrissenen Grenzen der Untreuestrafbarkeit vergebens. Abgesehen von dieser allgemein zu formulierenden Kritik sind auch die Entscheidungen des Landgerichts München I und des Bundesgerichtshofs bezüglich der Annahme eines kon-

¹⁰⁵ BGH NJW 2006, 3290 (3297) = HRRS 2006 Nr. 767.

¹⁰⁶ BGHSt 47, 83 (89); BGH NJW 2005, 300 (305 f.); Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 266 Rn 59a.

¹⁰⁷ BGHSt 47, 83 (89); BGHSt 47, 295 (298 f.); BGH wistra 2005, 58 (62) unter Hinweis auf Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Auflage (2004), S. 304.

¹⁰⁸ BGH NJW 1983, 1807.

¹⁰⁹ BGH NJW 2005, 300 (305).

¹¹⁰ Bernsmann StV 2005, 576 (577).

¹¹¹ Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 1 Rn 20 ff.

¹¹² MünchKommStGB/Dierlamm, § 266 Rn. 232; Rönnau FS-Kohlmann, S. 239 (260 ff.); Bernsmann StV 2005, 576 (577).

¹¹³ Bernsmann StV 2005, 576 (577).

kreten Vermögensnachteils in Höhe von 5,5 Mio. DM unzutreffend.

bb) Preis unterhalb des Marktpreises

Die Gerichte wählen in den hier besprochenen Entscheidungen die mittlerweile in Rechtsprechung¹¹⁴ und Literatur¹¹⁵ weit verbreitete Konstruktion der Annahme einer Vermögensverringerung infolge der Zerstörung einer bestehenden vermögensrelevanten Anwartschaft, hier der Anwartschaft auf Abschluss eines ohne weiteres möglichen Vertragsabschluss zu günstigeren Konditionen. Abgesehen davon, dass auch dieser Ansatz nicht frei jeder Kritik ist¹¹⁶, vernachlässigen das Landgericht München I und der Bundesgerichtshof vorliegend einen wesentlichen Punkt. Eine strafrechtlich relevante Anwartschaft setzt, ähnlich dem zivilrechtlichen Verständnis, eine gewisse Konkretetheit der bestehenden Tatsachengrundlage voraus. Insofern wird völlig zutreffend angemerkt, dass eine Anwartschaft nur angenommen werden kann, wenn der Treupflichtige in Verhandlungen mit einem dritten Partner dessen Bereitschaft herausgefunden hat, statt mit dem zunächst genannten Betrag x auch mit einem Betrag x minus y als Entgelt des Geschäftsherrn zufrieden zu sein¹¹⁷.

Diese Anforderungen sind in zweifacher Hinsicht nicht erfüllt. Zum einen trat W gar nicht mit dem potentiellen Geschäftspartner der Stadion GmbH in Verbindung, sondern führte Gespräche mit A. senior als Mitgeschäftsführer des Mutterunternehmens. Da aber nur die Alpine Bau Deutschland GmbH die Höhe des erwarteten Entgeltes gegenüber der Stadion GmbH kundtun konnte, müsste auch *diese bzw. deren Geschäftsführer* – nicht nur Alpine – gegenüber W. die Bereitschaft gezeigt haben, durch Senkung des Angebots auf einen Teil des Entgeltes zu verzichten; etwaige Einflussmöglichkeiten aus der bestehenden Konzernstruktur spielen hier keine Rolle. Bezüglich des deutschen Tochterunternehmens aber lässt sich den Feststellungen des Landgerichts keine derartigen Kenntnisse des W. entnehmen; auch wurde diese Frage in den Urteilen überhaupt nicht angesprochen. Weiter ist wie geschildert Voraussetzung des Nachteils, dass W. herausgefunden haben muss, dass statt einer Schmiergeldzahlung auch eine Angebotspreissenkung durchgeführt werden kann. Da es bei den Gesprächen zwischen A. senior und W. aber zu keinem Zeitpunkt um ein derartiges Vorgehen ging, kann von einem Herausfinden oder gar bestehender Kenntnis seitens des W. keine Rede sein. Auch wenn im nachhinein diverse Zeugen angeben, dass eine Preissenkung infolge konzerninterner Vermögensumschichtungen und Vergünstigungen üblich und sehr

wahrscheinlich gewesen sei¹¹⁸, ändert dies doch nichts an der mangelnden Kenntnis des W.

Zumindest in tatsächlicher und beweisrechtlicher Hinsicht erscheint auch zweifelhaft, ob die Vermutungen, auf deren Grundlage das Landgericht die Verbilligungsmöglichkeit aufgrund konzerninterner Strukturen feststellt, als ausreichend angesehen werden können, wobei dies natürlich der revisionsrichterlichen Kontrolle nur sehr eingeschränkt unterlag.

Weiter ist unseres Erachtens zu beachten, dass dann, wenn die Konzessionsbereitschaft des Vertragspartners nicht bis zum letzten ausgelotet wird – genau diese Situation liegt sowohl in Bezug auf die Alpine Bau Deutschland GmbH als auch den A. senior vor – dies nur dann den Untreuetatbestand erfüllen kann, wenn der vereinbarte Preis tatsächlich über dem Marktpreis liegt.¹¹⁹ Ob dies vorliegend der Fall gewesen ist oder nicht, blieb hier ungeklärt; ohne derartige Feststellungen erscheint die Verurteilung des W. wegen Untreue zumindest zweifelhaft.

cc) Ausgleich eines Nachteils durch herbeigeführte Verbilligung des Angebots - Gesamtsaldierung

Der Angeklagte W. hatte – unstrittig – durch seine Einflussnahme auf die Alpine Bau Deutschland GmbH und die Alpine insgesamt seit November 2001 bis Ende Januar 2002 dazu beigetragen, dass erstere der Stadion GmbH zum einen das günstigste Angebot gemacht hat und dieses Angebot sich im Laufe des Verfahrens deutlich verbessert hat. Insgesamt wurde durch W. eine Verbilligung des Alpine-Angebotes um ca. 10 Mio. EUR erreicht.¹²⁰ Der Angeklagte W. hat entgegen der Auffassung des Landgerichts deshalb gerade dafür gesorgt, dass der Stadion GmbH geringere Kosten entstanden sind, als ursprünglich zu erwarten waren. Demnach ist die hier vorliegende Provisionszahlung wirtschaftlich nicht von dem Geschäftsherrn des Nehmers, also der Alpine Bau Deutschland GmbH, getragen worden, wenn eine Saldierung der Einsparungseffekte mit der Provisionszahlung zulässig ist. Dann fehlte es an einem Vermögensnachteil:

Ob ein Vermögensnachteil eingetreten ist, wird dem Prinzip der Gesamtsaldierung folgend durch einen Vergleich der Vermögenslage vor und infolge der ungetreuen Handlung ermittelt¹²¹. An einem Nachteil fehlt es deshalb, wenn sich wertmindernde und werterhöhende Faktoren gegenseitig aufheben, die Saldierung also zu

¹¹⁴ RGSt 71, 333 (334); BGH NJW 1983, 1807; BGH wistra 1984, 109; BGH wistra 1985, 62; BGH NStZ 2006, 210 (213); OLG Bremen NStZ 1989, 229.

¹¹⁵ LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 135; Rönau FS-Kohlmann, S. 239 (239 ff.); Schünemann NStZ 2006, 196 (200).

¹¹⁶ NK/Kindhäuser, a.a.O., § 266 Rn 114.

¹¹⁷ LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 135.

¹¹⁸ LG München I, a.a.O., Seite 50 ff.

¹¹⁹ BGH NJW 1983, 1807 (1808 ff.); LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 135.

¹²⁰ LG München I, a.a.O., Seite 68.

¹²¹ BGHSt 16, 220 (221); BGH NJW 1975, 1243 (1235); LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 136; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 266 Rn 59; Lackner/Kühl, StGB, 25. Auflage, § 266 Rn 17; NK/Kindhäuser, a.a.O., § 266 Rn 106; MünchKommStGB/Dierlamm, § 266 Rn. 178.

keinem negativen Ergebnis führt¹²². Zwar führt das Landgericht München I zutreffend aus, dass eine entsprechende Saldierung der Vor- und Nachteile in Anlehnung an die Risikoverringerungslehre voraussetzt, dass die in die Gesamtsaldierung einzustellenden Vor- und Nachteile miteinander verknüpft sein müssen¹²³, jedoch verkennt es dann das Vorliegen eben dieser Voraussetzung. Das „Drücken“ des Vergabepreises durch W. und das Aushandeln der Provision beziehungsweise des Schmiergeldes stehen durchaus in einem handlungsbezogenen, einheitlichen Zusammenhang. Denn es war ein Bestandteil des Aushandelns im genannten Sinne, dass der Angeklagte W. der Alpina Bau Deutschland GmbH Insiderinformationen über das Vergabeverfahren beschaffen sollte und dies in der Folgezeit auch tat. Gerade diese Insiderinformationen, die vor allem dazu dienten, zu sehen, wo nicht zuletzt in Bezug auf den Mitbewerber B. weitere Einsparungen der Alpine möglich waren, führten zu einem deutlichen Absenken des durch die Alpina Bau Deutschland GmbH von der Stadion GmbH verlangten Preises. Da dieser Zusammenhang mehr ist als nur ein mittelbarer Reflex, ist hier eine Gesamtsaldierung angebracht. Führt man diese durch, so fehlt es an der notwendigen Vermögensverringerung und so an einem Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

dd) Höhe des Vermögensnachteils und Nachtragsaufträge

Sowohl das Landgericht als auch der Bundesgerichtshof gehen von einer Schadenshöhe von 5,5 Mio. DM aus¹²⁴. Dem liegt augenscheinlich die Annahme zugrunde, dass anstelle der Zahlung dieser Summe an die Angeklagten D. und W. eine Senkung des Angebotspreises um einen Betrag *in gleicher Höhe* möglich gewesen wäre. Das Landgericht geht dabei anscheinend davon aus, dass ein Hinwirken des W. auf eine Angebotsverbilligung in entsprechender Höhe – ohne die Vereinbarung irgendwelcher Bevorzugungshandlungen – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Erfolg gehabt hätte.¹²⁵ So einleuchtend dies auf den ersten Blick auch erscheinen mag, so unrichtig ist diese Behauptung bei näherer Betrachtung.

Es darf nämlich nicht außer acht gelassen werden, wofür A. senior und damit der Alpina-Konzern den Betrag von 5,5 Mio. DM zu zahlen bereit waren und gezahlt haben. Sinn des Ganzen war es erstens Insiderinformationen über das Vergabeverfahren, also über den Mitbewerber und weitere Einsparmöglichkeiten zu erhalten, zweitens einen Fürsprecher im Rahmen der Vergabe des Stadionbauauftrages zu haben und drittens einen Fürsprecher auch für etwaig anstehende Nachtragsaufträge im Rück-

halt zu haben. Gerade der dritte Punkt ist hier von Relevanz. Der Betrag von 5,5 Mio. DM war also das Äquivalent für alle drei genannten Gegenleistungen kombiniert. An dieser Stelle nun übersehen sowohl Landgericht als auch Bundesgerichtshof, dass eine Senkung des Angebotspreises durch die Alpina Bau Deutschland GmbH nur zwei der drei mit der Schmiergeldzahlung verfolgten Zwecke abdeckt. Mit der Minderung verbunden wäre die Vergabe des Bauauftrages, womit die Weitergabe von Insiderinformationen und die Einflussnahme auf die Vergabeentscheidung überflüssig geworden wären. Was die Preissenkung – die zur Auftragserlangung führen kann – aber in keiner Weise legal zu beeinflussen vermag, ist die Vergabe hypothetischer Nachtragsaufträge. Das Landgericht stellte selbst fest, dass es dem A. senior vor allem um die Behandlung von Nachtragsforderungen und die Vergabe von Zusatzaufträgen ging¹²⁶.

Aus diesem Grund erscheinen die den Feststellungen zugrunde liegenden Beweiswürdigungsüberlegungen, dass bei rechtmäßigem Alternativverhalten eine Angebotsminderung um 5,5 Mio. DM wahrscheinlich gewesen ist, unzutreffend. Erst recht konnte nicht von einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden. Im Gegenteil spricht alles dafür, dass eine Minderung des Preises nur in der Höhe stattgefunden hätte, wie der Teilbetrag von 5,5 Mio. DM Insiderinformationen und Vergabeeinflussnahme umfasst. Infolge dessen ist davon auszugehen, dass der Vermögensnachteil auch bei Zugrundelegung der Rechtsansichten von Landgericht und Bundesgerichtshof nur in Höhe eines deutlich geringeren Betrages als 5,5 Mio. DM bestehen kann. Die Höhe des Vermögensnachteils hätte von beträchtlicher Relevanz für die auch und gerade an der Schadenshöhe orientierte Strafzumessung werden müssen.¹²⁷

Wenn man die Wahrscheinlichkeit oder Sicherheit der Angebotsenkung um volle 5,5 Mio. DM bei Verzicht des W. auf die Provision als eine rein tatsächliche Feststellung ansieht, unterläge diese u. E. hier der Revision auf die Sachrüge, da die zugrunde liegende Beweiswürdigung insoweit *rechtsfehlerhaft* ist: Dies ist nämlich der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich ist¹²⁸ oder wenn sie lückenhaft in dem Sinne ist, dass aus dem Urteil ersichtliche Umstände ungewürdigt bleiben, die Schlüsse zugunsten der Angeklagten zulassen¹²⁹, insbesondere wenn der Tatrichter eine nahe liegende Möglichkeit des Tathergangs außer Betracht lässt¹³⁰, wie hier die – nahe liegende – Möglichkeit, dass Alpine bei pflichtgemäßem Verhalten des W. das Angebot jedenfalls nicht in der vollen Höhe des „Schmiergeldes“ abgesenkt hätte, da A. durch dieses eben gerade mehr als nur den Zuschlag erlangen wollte.

¹²² BGH NStZ-RR 2006, 175 (175 f.); LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 137; MünchKommStGB/Dierlamm, § 266 Rn. 178; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 266 Rn 59.

¹²³ LG München I, a.a.O., Seite 68 f.; LK/Schünemann, StGB, 11. Auflage, § 266 Rn 125; Lackner/Kühl, StGB, 25. Auflage, § 266 Rn 17b.

¹²⁴ LG München I a.a.O. S. 49, 68; BGH NJW 2006, 3290 (3297) = HRRS 2006 Nr. 767.

¹²⁵ LG München I a.a.O. S. 49, 68.

¹²⁶ LG München I a.a.O. S. 10.

¹²⁷ BGH StV 1993, 520; BGH wistra 1995, 186; BGH wistra 1999, 297; BGH NStZ-RR 2003, 72; NK/Streng, a.a.O., § 46 Rn 57; MünchKommStGB/Franke, § 46 Rn. 38; LK/Gibbohm, a.a.O., § 46 Rn 142 ff.; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Auflage, § 46 Rn 34.

¹²⁸ BGHSt 3, 213, 215; 14, 162, 164; 15, 1, 3; stdg. Rspr.

¹²⁹ BGH 14, 162, 164; 25, 25, 285.

¹³⁰ BGHSt 18, 204, 207; 25, 365, 367.

C. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist nach Auffassung der Autoren festzuhalten:

- Das Wettbewerbsverhältnis im Sinne der § 299 Abs. 1 StGB bestimmt sich allein nach den Vorstellungen des Täters, das heißt des Vorteilsempfängers.
- Erforderlich für dessen subjektives Bestehen ist zumindest, dass der Empfänger (Angestellte/Beauftragte) sich für die nahe oder zumindest überschaubare Zukunft eine hinreichend konkretisierte, tatsächlich und objektiv bestehende Konkurrenzsituation zwischen zwei oder mehreren Bewerbern vorstellt.
- Ein solches Wettbewerbsverhältnis besteht aus Sicht des Empfängers nicht, wenn dieser davon ausgeht, dass ein nach außen aufrechterhaltener Wettbewerb tatsächlich bereits entschieden ist.
- Ein Wettbewerbsverhältnis besteht auch nicht, wenn hinsichtlich der konkret durch den Vorteil angestrebten Entscheidung keine Mitbewerber konkurrieren (etwa: Präqualifikationsverfahren).
- Die Rechtsprechung des BGH zur regelmäßigen Verwirklichung des Untreuetatbestandes (§ 266 StGB) beim „Kick-Back“ sollte nicht unbesehen Anwendung finden, wenn Vorteilsgeber und durch die Bevorzugungshandlung Begünstigter nicht identisch, sondern nur durch Konzernstrukturen verbunden sind.
- Die pauschalierende Betrachtungsweise der Rspr., wonach in tatsächlicher Hinsicht zu vermuten sei, dass der Vermögensnachteil i. S. d. § 266 StGB regelmäßig zumindest dem „Kick-Back“ gleich komme, ist aus rechtsstaatlichen Erwägungen abzulehnen.

Wetten und Betrug – Zur konkludenten Täuschung

Anmerkungen zur Entscheidung BGH 5 StR 181/06 v. 15. Dezember 2006, HRRS Nr. 2007 Nr. 1 – „Hoyzer“-Fall.

Von Dr. **Michael Kubiciel**, Universität Regensburg

Im Dezember hat der BGH den Schlusspunkt unter die Aufarbeitung des größten Fußballskandals der letzten drei Jahrzehnte gesetzt. Der BGH hat bestätigt, dass sich diejenigen wegen Betruges strafbar machen, die mittels bestochener Schiedsrichter und Fußballspieler ihr Wettisiko minimieren.¹ Das ohnehin schon große Interesse der Öffentlichkeit an diesem Fall war noch dadurch gesteigert worden, dass die Generalbundesanwaltschaft auf Freispruch der Angeklagten plädiert hatte. Wie die Verteidigung war die Generalbundesanwaltschaft der Auf-

– Die Nichtrealisierung eines günstigeren Geschäfts (eines sicher zu erwartenden Vorteils) kann den Untreuevorwurf dann nicht begründen, wenn dies pflichtwidrige oder gar strafbare Handlungen des Treupflichtigen erfordert hätte.

– Häufig - so hier - liegt darin der Vorwurf eines unechten Unterlassens (§ 13 StGB), für das die Maßstäbe der Zumutbarkeit des rechtmäßigen Alternativverhaltens Anwendung finden, die eine pflichtwidrige oder gar strafbare Handlung nicht fordern.

– Nach den Grundsätzen der Gesamtsaldierung scheidet bei Provisionszahlungen wegen der untrennbaren Sachzusammenhangs von Vorteil und Schaden ein Vermögensnachteil aus, wenn der Empfänger selbst durch seine zeitlich, dem Sinnzusammenhang nach und inhaltlich von der Geltendmachung von Provisionsansprüchen nicht trennbare Einwirkung eine gleich hohe oder höhere Preissenkung zu Gunsten seines Geschäftsherrn bewirkt.

– Wird ein einheitlicher Vorteil im Hinblick auf mehrere erstrebte Bevorzugungshandlungen gewährt, deren erwünschte Resultate der Geber ganz oder zum Teil durch das rechtmäßigen Alternativverhalten des Empfängers von vornherein nicht erlangen kann, kann ein Vermögensnachteil des Geschäftsherrn des Empfängers allenfalls anteilig bestehen, da in diesen Fällen regelmäßig nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Vorteil in voller Höhe zur Senkung des Angebots statt zur Bestechung verwandt worden wäre.

fassung, dass von einer konkludenten Täuschung bei der Abgabe einer Wette, die sich auf ein noch zu manipulierendes Fußballspiel bezieht, keine Rede sein könne. Als judizielle Grundlage dieser Rechtsauffassung wurde der vom BGH entschiedene „Spätwetten“-Fall herangezogen, in welchem ein Wettender den Ausgang eines Pferderennens öffentlichen Informationsquellen entnommen hatte, bevor er seinen Wettschein abgab. Der BGH hatte damals die Annahme, der Wettende erkläre konkludent nicht über solches Sonderwissen zu verfügen, als „willkürliche Konstruktion“ zurückgewiesen.² Im „Hoyzer“-Fall setzt sich der 5. Senat von dieser Rechtsprechung ab. Vielmehr entnimmt er dem Angebot auf Abschluss eines Sportwettenvertrages die konkludente Erklärung, der in Bezug genommene Vertragsgegenstand werde nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert. Damit schließt er sich einem anderen höchstrichterlichen Urteil an, in welchem der BGH demjenigen eine konkludente Täuschung attestierte, der einen Wettschein abgab, nachdem er die Jockeys des wettgegenständlichen Rennens bestochen hatte.³

² BGHSt 16, 120, 121, mit dem Argument, die Unkenntnis vom Ausgang sei selbstverständlich und werde daher nicht in jedem Wettvertrag zugesichert. Anders noch RGSt 62, 415, 416.

³ BGHSt 29, 165, 168; präzisierend *Klimke* JZ 1980, 581 f.

¹ BGH 5 StR 181/06 v. 15. Dezember 2006, HRRS 2007, 3; siehe, insbesondere zur Frage des Vermögensschadens *Gaede* HRRS 2007, 16 ff.

Nicht nur phänomenologisch liegt es nahe, den „Hoyzer“-Fall dem „Jockey“-Fall zuzuordnen. Vielmehr weist der Fall der Berliner Wettbande auch das entscheidende Element auf, welches den „Jockey“-Fall vom „Spätwetter“-Fall trennt: Der Wettende hatte mit seinen Manipulationsabreden das Informationsungleichgewicht selbst herbeigeführt, während sich der Spätwetter aus allgemein zugänglichen Quellen informiert, also lediglich die mangelnde Aufmerksamkeit des Wettanbieters ausgenutzt hatte. Dieser Unterschied wird im „Hoyzer“-Fall vom BGH ausdrücklich erwähnt.⁴ Bedauerlicherweise verdunkelt die vom BGH bemühte Terminologie dieses der Sache nach entscheidende Kriterium.

I. Der BGH beginnt seine Begründung auf dogmatisch sicherem Terrain, wenn er betont, in Rechtsprechung und Literatur sei die Möglichkeit einer Täuschung durch konkludentes Verhalten allgemein anerkannt. Ein Erklärungswert ließe sich nämlich nicht nur dem entnehmen, was ausdrücklich erklärt werde, sondern auch aus den „Gesamtumständen der konkreten Situation“ ableiten. Relevant sei insofern der dem Erklärenden bekannte Empfängerhorizont, der von den „ersichtlichen Erwartungen der Beteiligten“ bestimmt werde.

Anders als dies gelegentlich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anklingt,⁵ erfasst der Begriff der „ersichtlichen Erwartungen“ nicht nur tatsächlich feststellbare Vorstellungen. Vielmehr hebt der BGH die Bewertung auf ein normatives Niveau, indem er betont, tatsächliche Erwartungen würden ganz wesentlich durch die „Anschauungen der jeweiligen Verkehrskreise“ geprägt.⁶ Indessen stellt dies nur klar, dass nicht (ausschließlich) konkrete, sondern (auch) generelle Erwartungen zur Auslegung des Täuschungsbegriffes herangezogen werden sollen. Damit steht der BGH freilich vor dem Dilemma, dass im massenhaften Geschäfts- und Rechtsverkehr allgemein Redlichkeit erwartet werden muss, da dieser anderenfalls gar nicht bewältigt werden könnte.⁷ Der BGH betont zwar, dass die allgemeine Erwartung von Redlichkeit nicht strafrechtlich geschützt werde.⁸ Doch wird damit der ausfüllungsbedürftige Begriff „Verkehrsanschauung“ noch nicht hinreichend konkretisiert. Für den Komplex des Wettbetruges lässt sich jedenfalls ohne weiteres eine dahingehende Verkehrserwartung behaupten, der Wettende habe vom Ausgang des Rennens keine Kenntnis. Enttäusche der Wettende diese Erwartung, mache er sich des Betruges strafbar. Ganz in diesem Sinne geht denn auch eine Vielzahl von Stimmen

in der Literatur davon aus, der „Spätwetter“-Fall sei vom BGH falsch entschieden worden.⁹ Die „Hoyzer“-Entscheidung hält indessen an der einst eingeschlagenen Rechtsprechungslinie fest: Ausdrücklich wird betont, das Wissensplus sei dort allgemein zugänglichen Informationsquellen entsprungen. Dieser entscheidende Unterschied zum „Jockey“- und „Hoyzer“-Fall findet freilich, wie gesehen, in den vom BGH herangezogenen Prämissen keinen Halt. Darin spiegelt sich ein Grundproblem: Bei den Verkehrserwartungen handelt es sich um eine Leerformel, die ohne weitere – normativierende – Zwischenschritte nicht zwischen relevanten und irrelevanten Verkehrserwartungen zu unterscheiden vermag.¹⁰

Auf der Suche nach einem zusätzlichen Referenzpunkt geht der BGH, im Einklang mit prominenten Vertretern der Lehre,¹¹ noch einen normativierenden Schritt weiter: Auch die in dem spezifischen Kommunikationszusammenhang einschlägigen rechtlichen Normen prägen die tatsächlichen Erwartungen der Verkehrskreise. Daher sei für die Auslegung „rechtsgeschäftlich bedeutsamen Verhaltens“ auch der „rechtliche Rahmen“ und die „typische Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Partnern“ bedeutsam.¹² In jüngerer Vergangenheit hatte der BGH des Öfteren bei der Auslegung des Täuschungsmerkmals auf den außerstrafrechtlichen Regelungsrahmen Bezug genommen.¹³ Auch im Fall der Sportwette scheint der BGH die Spezifika des Vertragstyps genauer in den Blick nehmen zu wollen. Bei einer Sportwette, einer Unterform des wesentlich vom Zufall bestimmten Glücksspiels, sei Gegenstand des Vertrages das „in der Zukunft stattfindende und von den Sportwetteteilnehmern nicht beeinflussbare Sportrisiko“. In der Tat wird bei einem Glücksspiel vertraglicher Inhalt, dass beide Parteien das Entstehen eines Auszahlungsanspruches aus der Gewinnquote vom Ausgang des Spieles abhängig machen, der in weitem Maße vom Zufall abhängt.¹⁴ Da Vertragspartner aber einander nicht vollständige Information schulden,¹⁵ und der BGH klargestellt hat, dass die allgemeine Erwartung von Redlichkeit nicht mittels § 263 StGB geschützt werde, müssen Wettvertragspartner nicht für jede Minimierung des Zufalls haften.¹⁶ Auch die erwähnten einschlä-

⁹ Bockelmann NJW 1961, 1934, 1935; Mittebach JR 1961, 506, 507; Ordemann MDR 1962, 623, 624, der indes den Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum verneint; Otto GK Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., S. 234; Wersdörfer JZ 1962, 451.

¹⁰ Vgl. Hassemer JuS 1980, 684, 685.

¹¹ LK-Tiedemann § 263 Rn. 30; S/S-Cramer/Perron § 263 Rn. 14/15; MüKo-Hefendehl § 263 Rn. 88.

¹² In diese Richtung bereits LK-Lackner StGB, 10. Auflage, § 263 Rn. 29. Dem BGH insoweit zust. auch Gaede HRRS 2007, 16 f.

¹³ BGHSt 47, 83, 87; siehe auch BGHSt 46, 196, 199; BGHR § 263 Abs. 1 Täuschung 22.

¹⁴ Bamberger/Roth-Janoschek BGB, 2003, § 762 Rn. 20; Erman-Terlau BGB, Bd. 1, 11. Aufl., § 762 Rn. 2; Prütting/Wegen/Weinreich-Brödermann, BGB, 2006, § 762 Rn. 12.

¹⁵ Kindhäuserer ZStW 103 (1991), 398, 403; deutlich weiter: Pérez Manzano Bausteine des Europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid Symposium für Klaus Tiedemann, S. 217 f.

¹⁶ Diesen Umstand vernachlässigen diejenigen, welche die Betrugsstrafbarkeit im Fall der Spätwette wegen des Fehlens

⁴ Siehe neben der „Hoyzer“-Entscheidung auch BGHSt 29, 165, 167.

⁵ RGSt 65, 106, 107; BGHSt 3, 69, 71; vgl. auch BGH NJW 1995, 539, 540.

⁶ So auch BGHSt 47, 1, 3; BGHR § 263 Abs. 1 Täuschung 22; ebenso die hL MüKo-Hefendehl StGB, Bd. 4, 2006; § 263 Rn. 88; S/S-Cramer/Perron StGB, 27. Aufl., § 263 Rn. 14/15; Lackner/Kühl StGB, 25. Aufl., § 263 Rn. 7; Tröndle/Fischer StGB, § 263 Rn. 12; LK-Tiedemann StGB, 11. Aufl., § 263 Rn. 22.

⁷ Diese Gefahr sieht auch Weber in: Pfister, Rechtsprobleme der Sportwette, 1989, S. 39, 57.

⁸ Siehe auch BayObLG NJW 1994, 1078, 1079; Schild ZfWG 2006, 213, 215. AA: Bockelmann NJW 1961, 1934, 1935.

gigen Entscheidungen des BGH zum Komplex Wettbetrug verdeutlichen, dass in der Sache zwischen relevanten und irrelevanten Minimierungen des Wettzufalls unterschieden wird.¹⁷ Wer öffentlich zugängliches Sonderwissen einsetzt, darf das Wissensdefizit des Wettanbieters ausnutzen, wer das Spiel manipuliert hat nicht. Diese Abgrenzung lässt sich indessen nicht aus der zivilrechtlichen Pflichtenverteilung nachzeichnen. Zudem darf man die Leistungskraft des Zivilrechts nicht überschätzen: In der Praxis wird das Bestehen nebenvertraglicher Aufklärungspflichten nämlich je im Einzelfall anhand einer vagen, ebenfalls an der Verkehrsanschauung¹⁸ orientierten Formel bestimmt.¹⁹ Die Literatur begnügt sich mit dem Zusammenstellen von Entscheidungstopoi²⁰ und dem Hinweis, es seien „Einzelfallentscheidungen“ zu treffen.²¹ Metakriterien, die bei der Bestimmung von Aufklärungspflicht helfen sollen, liegen jedenfalls im Dunkel.²² Es kann daher nicht überraschen, dass die Frage, ob und wann Sonderwissen des Wettenden eine Aufklärungspflicht nach sich zieht, im Zivilrecht ebenso umstritten ist wie im Strafrecht.²³ Bezeichnenderweise verweisen manche zivilrechtlichen Kommentatoren zur Begründung, wann und weshalb ein Wettender Sonderwissen offenbaren müsse, auf die einschlägigen Entscheidungen der Strafsenate des BGH.²⁴ So dreht man sich im Kreis.

Der BGH entscheidet den Fall der Berliner Wettbetrüger denn auch nicht mittels der typischen Pflichten- und Risikoverteilung des Wettvertrages. Vielmehr abstrahiert er von dessen Spezifika und formuliert eine weit reichende Regel: Die Erwartung, der Vertragspartner habe keine

der vertragstypischen Unsicherheit generell bejahen, siehe S/S-Cramer/Perron § 263 Rn. 16e; MK-Hefendehl § 263 Rn. 113; Lackner/Kühl § 263 Rn. 9; LK-Tiedemann § 263 Rn. 31; Valerius SpuRt 2005, 90, 92; anders aber Gaede HRRS 2007, 16, 17.

¹⁷ Vgl. auch SK-Hoyer § 263 Rn. 43.

¹⁸ BGH NJW 1991, 1223, 1224; NJW 1992, 1222; NJW 1996, 1339, 1340 jeweils mwN.

¹⁹ Siehe nur BGH NJW 2001, 2021; NJW 2003, 1811, 1812, wonach aufklärungspflichtig alle Umstände seien, die für den Vertragsschluss erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben verlangt werden können.

²⁰ G. Roth in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2a, 4. Aufl., § 241 Rn. 131 ff.; Staudinger-Olzen, 2005, § 241 Rn. 446 ff.

²¹ G. Roth (Fn. 20), § 241 Rn. 124.

²² Siehe G. Roth (Fn. 20) § 241 Rn. 124; Staudinger-Olzen, § 241 Rn. 446, die auf den Gedanken der Fairness hinweisen. Der Fairnessbegriff kann indessen sowohl durch den Gedanken der Eigenverantwortlichkeit als auch den der Waffengleichheit ausgefüllt werden. Wenn gar beide nebeneinander genannt werden (Olzen, aaO), werden systematisch abgesicherte und fallübergreifend gültige Aussagen kaum mehr möglich.

²³ Brödermann (Fn. 14), § 762 Rn. 24; Seibert in: RGRK, Band 2, 4. Teil, 12. Auflage, § 762 Rn. 10; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 2, 1896, S. 646; schwächer Habersack in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 5, 4. Aufl., 2004, § 762 Rn. 30. AA: Engel in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., § 762 Rn. 27.

²⁴ Habersack in: Münchener Kommentar zum BGB, § 762 Rn. 20, insbes. Fn. 78; Seibert in: RGRK, § 762 Rn. 10.

vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstandes vorgenommen, sei unverzichtbare Grundlage jeden Geschäftsverkehrs. Bei einem Wettvertrag erkläre demzufolge jeder der Beteiligten konkludent, „dass das wettgegenständliche Risiko nicht durch eine von ihm veranlasste, dem Vertragspartner unbekannt Manipulation des Sportereignisses zu seinen Gunsten verändert wird.“ Mit dem Abstellen auf die generelle Erwartung von Manipulationsfreiheit fällt der BGH indessen wieder hinter die Erkenntnis zurück, dass es eines Zwischenschritts bedarf, um relevante von irrelevanten Erwartungen zu trennen. Anders gewendet: Weshalb die Manipulation des Wettgegenstandes relevant, allgemein zugängliches Wissen über den Ausgang eines Pferderennens aber irrelevant ist, zeichnet weder generelle Verkehrserwartungen noch spezifische zivilrechtliche Pflichten nach. Damit hat es der BGH versäumt, ein tragfähiges Kriterium zu benennen, das – in den Worten des BGH – die zulässige Annahme einer konkludenten Täuschung von einer willkürlichen Konstruktion trennt. Angesichts des Umstandes, dass das Wesen der konkludenten Täuschung Normativität ist,²⁵ stellt dies mehr als eine bloß lässliche Sünde dar.

II. Die Entscheidungsbegründung ist umso bedauerlicher, als die Verwendung der gängigen Terminologie den Umstand verdeckt, dass der BGH nicht nur im Ergebnis richtig entschieden hat. Vielmehr hat der BGH der Sache nach die einschlägigen Fälle auch anhand eines Kriteriums abgegrenzt, welches verallgemeinerbar ist, jedenfalls aber die Wettbetrugsentscheidungen konsistent zu erklären vermag: das Kriterium der Zuständigkeit für Informationsdefizite. Statt also auf die Leerformel der Verkehrserwartungen zu rekurrieren, hätte der BGH auch ausdrücklich danach fragen können, ob die kognitive Unterlegenheit des Opfers dem Täter zugerechnet werden kann.²⁶ Dies ist der Fall, wenn dem Erklärenden seine kognitive Überlegenheit nicht zusteht,²⁷ er mithin ein Recht des Opfers auf Aufklärung verletzt.²⁸ Eine Folgenverantwortung für eine defizitäre Informationsausstattung des Geschäftspartners entsteht insbesondere dann, wenn der Täter sich selbstwidersprüchlich verhält,²⁹ indem er insgeheim die identitätsbestimmenden Minimalbedingungen einer Interaktion nicht gelten lässt.³⁰ Auf die Wettfälle übertragen: Wettende müssen die typische Unsicherheit respektieren.³¹ Mit Manipulationsabsprachen wird in diese Unsicherheit eingegriffen, so dass der Täter die Folgenverantwortung für das Wissensdefizit des Wettanbieters trägt. In dem Bruch einer – durch die Manipulation begründeten – Aufklärungspflicht bei der

²⁵ Treffend Walter Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999, S. 47.

²⁶ Pawlik StV 2003, 297.

²⁷ Kindhäuser ZStW 103 (1991), 398, 402; Pawlik Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 104.

²⁸ Pawlik (Fn. 27), S. 107; Kindhäuser ZStW 103 (1991), 398, 402; ders. Festschrift f. Bemann, S. 339, 354.

²⁹ Pawlik (Fn. 27), S. 162; ähnlich NK-Kindhäuser StGB, Bd. 2, 2. Aufl., § 263 Rn. 110; Kindhäuser/Nikolaus JuS 2006, 193, 195.

³⁰ Pawlik (Fn. 27), S. 168 f.

³¹ Kindhäuser ZStW 103 (1991), 398, 403; Pawlik (Fn. 27), S. 148.

Abgabe des Wettscheines liegt dann eine konkludente Täuschung.³² Mit diesem zurechnungsorientierten Ansatz lassen sich auch andere Fälle von Wissensvorsprüngen konsistenter erklären als mit der Formel der Verkehrserwartungen: Hat der Wettende nur zufällig Kenntnis von fremden Manipulationsabsichten, so haben andere die vertragstypische Ungewissheit verletzt. Diese anderen trifft die Zuständigkeit für die Abwendung vermögensschädigender Dispositionen durch den Wettanbieter. Mit seinem zufälligen Mehrwissen bewegt sich der Wettende zwar außerhalb der identitätswesentlichen Merkmale einer Wette, er kann den Wettanbieter aber darauf verweisen, dass eine primäre Zuständigkeit zur Aufklärung andernorts begründet ist.³³ Auch die zutreffende Entscheidung des „Spätwetten“-Falles findet mit einem normativ-zuständigkeitsorientierten Ansatz eine zwanglose Begründung. Die Zuständigkeit des Erklärenden für das Wissensdefizit setzt voraus, dass der Erklärungsempfänger aus seiner grundsätzlich ihm zugewiesenen Verantwortung entlassen werden kann, sich selbst das notwendige Orientierungswissen zu verschaffen.³⁴ Im Fall der „Spätwette“ hat der Wettanbieter selbst dafür Sorge zu tragen, dass er nur Wetten für Spiele annimmt, deren Ergebnis nicht allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden kann. Die Annahme kurzfristiger Wetten ist mithin, in gängiger Terminologie eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung.³⁵ Verwirklicht sich die Gefahr, kann der Vermögensschaden nicht dem aufmerksamen Wettenden zugerechnet werden.³⁶ Ebenso wenig begründet Insiderwissen – etwa ein belauschtes Gespräch des

³² Eine Notwendigkeit, bereits in solchen Manipulationen die tatbestandliche Täuschungshandlung zu sehen, wie dies *Weber* (Fn. 7, S. 39, 59) vorschlägt, besteht daher nicht.

³³ Offengelassen von BGHSt 29, 165, 168.

³⁴ *Pawlik* (Fn. 27), S. 168 f.

³⁵ In diese Richtung auch *Vogel* Gedächtnisschrift f. Keller, S. 313, 323 f.

³⁶ AA: NK-*Kindhäuser* § 263 Rn. 133.

Ein Anti-Doping-Gesetz als Garant für den sauberen Sport! Anmerkungen zu Pro und Contra der strafrechtlichen Verfolgung von „Dopingsündern“.

Von RA Dr. phil. **Rico Kauerhof** D.E.A. (Paris-Sorbonne), Leipzig.

Die Diskussion um die Notwendigkeit eines Antidopinggesetzes – welches die rechtliche Grundlage für die strafrechtliche Verfolgung von Dopingsündern und deren Helfern bieten soll – hat vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen mit prominenter Beteiligung rasant an Fahrt gewonnen.¹ Zuletzt haben in der *Sport und Recht*²

¹ In der Zeitschrift für Sport und Recht war dieses Thema in praktisch jeder Ausgabe im Jahr 2006 präsent: Juana Schmidt, *Doping im Spiegel des schweizerischen Strafrechts – Perspek-*

*Trainers – eine Aufklärungspflicht.*³⁷ Das „Durchsickern“ solcher Informationen ist das typische Geschäftsrisiko eines Wettanbieters, der seine Wettquoten an das Spiel und das Verhalten Dritter knüpft.

Schließlich entschärft diese normativierende Auslegung auch den Streit über die Abgrenzung von konkludenter Täuschung und Täuschung durch Unterlassen.³⁸ Kern dieses Streites ist der Einwand, mit der Annahme einer konkludenten Täuschung werde systemwidrig die Straffreiheit umgangen, die daraus resultiere, dass eine Täuschung durch Unterlassen mangels Garantenstellung aus Ingerenz nicht strafbar sei.³⁹ Der hier vorgestellte Vorschlag stellt nicht auf eine Ingerenzpflicht ab. Vielmehr verletzt der Täter eine Aufklärungspflicht, die sich aus seinem tätigen Eingriff in die vertragstypische Unsicherheit speist. Dann freilich spielt es dogmatisch keine entscheidende Rolle mehr, ob man die Verletzung dieser Aufklärungspflicht in dem Unterlassen der Aufklärung oder in der konkludenten Erklärung erblickt, der zufolge die vertragstypische Unsicherheit respektiert worden sei.

Der BGH hat mithin in der Sache richtig entschieden. Dass er es versäumt hat, die seiner Rechtsprechungslinie zugrunde liegende Erwägung deutlich auszusprechen, ist bedauerlich: Nicht nur Sportfunktionäre, auch Strafrechtler freuen sich über eindeutige Botschaften.

³⁷ Im Ergebnis wie hier *Kutzner* JZ 2006, 712, 716; *Weber* in: *Pfister*, *Rechtsprobleme der Sportwette*, 1989, S. 39, 54 f.; AA: *Valerius* *SpuRt* 2005, 90, 92.

³⁸ *Pawlik* *Festschr. f. Lampe*, S. 689, 694 ff.; siehe auch *S/S-Cramer/Perron* § 263 Rn. 14/15.

³⁹ So *Schild* *ZfWG* 2006, 213, 216 f.; *Schlösser* *NStZ* 2006, 425, 426 f.; vorsichtiger *Fasten/Oppermann* *JA* 2006, 69, 71.

Herr Direktor am Amtsgericht, Dr. Clemens Prokop und Herr Rechtsanwalt Dr. Christian Krähe in zwei kurzen Exposees die Argumente zum Pro und Contra eines derartigen Gesetzes zusammengefasst. Die dortigen Thesen spiegeln die geläufigen Argumente wieder und eigenen sich glänzend zu einer ergänzenden Stellungnahme im doppelten Sinne.

Einmal bleibt auf der „Pro-Seite“ unberücksichtigt, dass bereits zahlreiche Regelungen des Kernstrafrechts die

tiven für einen Anti-Doping-Tatbestand, Teil 1 *SpuRt* 2006, S. 19 ff, Teil 2 *SpuRt* 2006 S. 63 ff.; *Grischka Petri*, *Das Instrument der Schutzsperre und seine Legitimität*, *SpuRt* 2006 S. 105 ff.; *Übereinkommen gegen Doping – Aktuelle Verbotsliste* 2006, *SpuRt* 2006 S. 153 ff.; *Clemens Prokop*, *Anti-Doping-Gesetz – Pro und Contra*, Pro: *Argumente für ein Anti-Doping-Gesetz*, *SpuRt* 2006 S. 192 ff.; *Christian Krähe*, *Contra: Argumente gegen ein Anti-Doping-Gesetz*, *SpuRt* 2006 S. 194; *Udo Steiner*, *Staatsziel Anti-Doping-Staat?*, *SpuRt* 2006 S. 244.

² *SpuRt* 2006, 192 (s. Fn. 1)

Dopingproblematik berühren³. Die Möglichkeit der konsequenteren Ausschöpfung dieser Institute beim Vorgehen gegen Dopingsünder muss zunächst qualitativ beleuchtet werden, bevor die Diskussion über die quantitative Ausweitung strafrechtlicher Normen⁴ angefasst wird. Andererseits bleibt sowohl in den Ausführungen zum Pro aber auch zum Contra unbeachtet, dass das Phänomen des Leistungssports⁵ einen besonderen sozialen Raum einnimmt, der nicht vollständig vom staatlichen Strafrecht überformt werden darf, ohne den sozialen Eigenwert zu verlieren.

I. Doping als strafwürdiges Unrecht?

Zuzugeben ist den Verfechtern eines Anti-Doping-Gesetzes⁶ zunächst, dass die scheinbar⁷ erhöhte Anzahl von Dopingfällen ein Ärgernis darstellt, welchem entschieden entgegen getreten werden muss. Fraglich ist jedoch, ob dieses Entgegengetreten mittels eines strafrechtlichen Sanktionsanspruches erfolgen kann.

1. Es gilt zunächst der Grundsatz, dass die strafrechtliche Verfolgung des Dopingtäters kein Selbstzweck sein darf. Vielmehr ist eine solche Vorgehensweise unter strafrechtsdogmatischen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nur geboten, wenn „Dopingsünder“ auch tatsächlich strafwürdiges Unrecht verwirklichen.

a) Zunächst ist festzuhalten, dass unter formalen Gesichtspunkten der Verstoß gegen den Weltantidopingcode⁸ der WADA⁹ (oder einer vergleichbaren Organisati-

³ Dies sind in erster Linie die §§ 6a, 95 Arzneimittelgesetz, §§ 3, 29 Betäubungsmittelgesetz, § 3 Nr. 1b Tierschutzgesetz, § 263 StGB sowie die §§ 223 ff. StGB.

⁴ Vgl. hierzu den Gesetzesentwurf der Bayerischen Staatsregierung (Bundesrat Drucksache 658/06), der in § 4 Abs. 1 Nr. 4 die umstrittene „Besitzstrafbarkeit“ normiert und in § 5 sogar den Versuch unternimmt, einen Tatbestand des „Sportbetrugs“ zu formulieren.

⁵ Nur in diesem Bereich erlangt die Dopingproblematik überhaupt gesellschaftliche und wohl auch juristische Relevanz.

⁶ Das Anti-Doping-Gesetz soll hier lediglich unter der Möglichkeit der Eröffnung strafrechtlicher Verfolgung beleuchtet werden. Im bayrischen Entwurf sind freilich andere (sinnvolle) Regelungen der Bekämpfung des Dopings im Sport (wie § 2 Aufklärung der Bevölkerung oder § 3 Berichtspflichten) ebenso vorgesehen, wie der aktuelle Entwurf der Bundesregierung explizit auf die Ratifizierung des Internationalen Übereinkommens gegen Doping im Sport vom 19. Oktober 2005 gerichtet ist, welches vor allem „verbandsrechtliche Maßnahmen“ normiert (zu finden ist der Gesetzesentwurf auf der Homepage des Ministeriums www.bmi.bund.de unter dem Unterpunkt „Gesetze und Verordnungen“). Diese (weiteren) Regelungsinhalte bleiben hier außer Betracht.

⁷ Nicht selten wird vorgebracht, dass die Zahl der Dopingfälle gar nicht erhöht sei, sondern die Aufklärungsrate wegen der effektiveren Verfolgung der Dopingsünder durch die Verbände stark gestiegen sei. Vor diesem Hintergrund erscheint das geplante Anti-Doping Gesetz kaum geeignet, weitere Verbesserungen zu bringen. Da es vor allem für weiter zurückliegende Jahre keine verlässlichen Vergleichsstatistiken gibt, wird dieser Frage letztlich unbeantwortet bleiben müssen.

⁸ www.wada-ama.org/rtecontent/document/Code_deutsch.pdf

⁹ World Anti Doping Agency.

on¹⁰) grundsätzlich keine Verwirklichung materialen Unrechts darstellt. Der Code ist unbestritten keine Rechtsnorm, erst Recht keine Strafnorm, ebenso wenig wie §§ 6 i.V.m. 8 Nr. 3 der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB. Eine Bestrafung des Sportlers über die in der Verbandssatzung festgeschriebenen Sanktionen¹¹ hinaus ist ausgeschlossen.

b) Für die Verhängung einer staatlichen Strafe bedarf es einer staatlichen Rechtsgrundlage. Die Bestimmung des materiellen Gehalts strafwürdigen Unrechts obliegt dem Gesetzgeber. Jedoch ist er bei der Beurteilung nicht vollkommen frei, sondern an die Werteordnung der Verfassung gebunden. Hierbei spielt nun die in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Autonomie der Person eine entscheidende Rolle. Ausfluss dieses Grundsatzes ist, dass unter anderem die Selbsttötung nicht als strafbares Unrecht normiert wurde. Gleiches gilt für Selbstverletzungen, Verstümmelungen u.a. Dieser Grundsatz dürfte als allgemein anerkannt gelten und insofern wäre ein Anti-Doping-Gesetz, welches den Dopingsünder unter Körperverletzungsgesichtspunkten unter Strafe stellt, weder mit der Verfassung noch mit dem die Verfassung verkörpernden Wertesystem und erst Recht nicht mit strafrechtlichen Grundsätzen vereinbar. Ebenso dürften im Umfeld des Dopenden operierende Helfer einer Körperverletzungsstrafbarkeit entgehen; dies zumindest solange die Einwilligung des Dopenden wirksam erteilt wurde und nicht die Grenzen des § 228 StGB überschreitet¹².

c) Konsequenterweise stellen Verfechter des Anti-Doping Gesetzes - unabhängig von den gesundheitsgefährdenden Risiken des Dopings - auf betrugsrelevante Aspekte ab. So soll sich der Dopende des Betruges zum Nachteil der Zuschauer, des Sportveranstalters, des Sponsors oder aber der Mitkonkurrenten schuldig machen¹³. Dieser betrugsrelevante Aspekt ist auch derjenige, der in der öffentlichen Diskussion zu dieser Problematik als wesentlich und strafwürdig heraus gestellt wird. Insofern könnte man argumentieren, dass ein Anti-Doping Gesetz dann sinnvoll wäre, wenn hierdurch der „dauerhafte Betrugszustand“ aufgelöst bzw. eingedämmt werden würde.

2. So nachvollziehbar diese Intention auch ist, offen bleibt dennoch, wie ein solcher „Dopingbetrug“ auf Tatbestandsebene formuliert werden müsste und inwiefern er sich von § 263 StGB unterscheiden würde. Hier scheint zumindest fraglich, ob ein spezieller „Dopingbe-

¹⁰ Z.B. der Anti-Doping-Konvention des Europarates von 1989 (zu finden auf der Homepage des Europarates: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=135&CM=1&DF=2/13/2007&CL=GER>) oder das unter Fn. 6 bereits erwähnte Abkommen vom 19.10.2005 (dies zumindest solange es noch nicht ratifiziert ist).

¹¹ Bei einem Verstoß gegen §§ 6 i.V.m. 8 Nr. 3 der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB eine Sperre von 6 Monaten bis zu 2 Jahren, im Wiederholungsfall eine lebenslange Sperre.

¹² Das Problem der möglichen Einwilligung des Dopenden bleibt hier im Folgenden unberücksichtigt.

¹³ Vgl. zu dieser Problematik ausführlich Schild, Sportstrafrecht, 2002, S. 158 ff.

trugstatbestand“ weitreichendere Fälle erfassen würde, als dies durch § 263 StGB ohnehin bereits geschieht. Die Formulierung¹⁴ im bayrischen Entwurf bietet diesbezüglich wenig Anhaltspunkte, da sie in ihrer Konturlosigkeit sowohl hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „Dopingmittel“ als auch bezüglich der „Absicht einen Vermögensvorteil zu erlangen“ mit dem Bestimmtheitsgebot¹⁵ in Konflikt gerät. Auch die Formulierung des Ausnahmetatbestandes in § 5 Abs. 1 S. 2 (Satz 1 gilt nicht, wenn die Dopingmittel aus der bestimmungsgemäßen Einnahme eines für einen konkreten Krankheitsfall verschriebenen Arzneimittels herrühren.) lässt den eigentlichen Kern des Problems unberührt, nämlich die Frage danach, wann ein „Heilzweck“ vorliegt und wann nicht¹⁶.

Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass sich ein Antidopinggesetz nur von Basis des Betruges aus sinnvoll entwickeln lässt.

II. Einzelargumente

Vor dem Hintergrund des unter Ziff. I. dargestellten Grundsatzes können die Argumente Pro und Contra eines Antidopinggesetzes nicht überzeugen. Am wenigsten überzeugen hierbei die Argumente gegen ein Antidopinggesetz. Sie gehen am Kern der Problematik vorbei und können die Verfechter eines Antidopinggesetzes nicht wirklich beeindrucken. Jedoch stehen auch die Argumente der Letzteren auf tönernen Füßen.

1. Contra-Argumente

a) Dass der Beschuldigte (Dopingsünder) im Rahmen eines Strafverfahrens das Recht zur Aussageverweigerung

¹⁴ Der Wortlaut des bayrischen Entwurfes lautet:

§ 5 Sportbetrug

(1) Wer seines Vermögensvorteils wegen an einem sportlichen Wettkampf teilnimmt und dabei Dopingmittel (§ 1 Abs. 2) im Körper hat, wird mit Geldstrafe oder mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft. Satz 1 gilt nicht, wenn die Dopingmittel aus der bestimmungsgemäßen Einnahme eines für einen konkreten Krankheitsfall verschriebenen Arzneimittels herrühren.

(2) Ebenso wird bestraft, wer seines Vermögensvorteils wegen nach Anwendung einer Methode des Blutdoping (§ 1 Abs. 3) an einem sportlichen Wettkampf teilnimmt.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. sich die Tat auf einen Vermögensvorteil großen Ausmaßes bezieht oder

2. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach §§ 4 oder 5 zusammengeschlossen hat.

¹⁵ Art. 103 Abs. 2 GG wird für die strafrechtliche Verfolgung solange ein Problem bleiben, wie die Definition des Dopings verbandsrechtlichen Vorschriften unterliegt und hierzu auf Listen verweist, die zudem Stoffe enthalten, die im alltäglichen Gebrauch breiter Bevölkerungsschichten sind (z.B. Alkohol und Koffein).

¹⁶ Vgl. hierzu nur die überdurchschnittliche Häufung von Asthmaerkrankungen bei Radsportlern, die die Verschreibung gewisser Mittel, die eigentlich auf der Dopingliste stehen, letztlich wieder erlaubt.

fung habe und deshalb der staatliche Verfolgungsanspruch schwerer durchzusetzen sei, als derjenige der Verbände, ist kein taugliches Argument. Dem Beschuldigten steht zwar im Strafverfahren gemäß § 136 StPO grundsätzlich ein Aussageverweigerungsrecht zu. Es ist aber nicht ersichtlich, warum der „Beschuldigte“ im verbandsinternen Verfahren zu einer Aussage gezwungen werden könnte. Insofern bestehen keine relevanten Unterschiede. Unabhängig vom Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten ist im Übrigen klar, dass – wenn der Beschuldigte tatsächlich aussagt – er dies selten (weder bei verbandsinternen noch bei strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen) zu seinen Ungunsten tun wird. Überspitzt könnte man formulieren: Ob staatliche Verfolgung oder verbandsinterne Ermittlungen, belogen werden die Ermittler in jedem Fall! Der entscheidende Unterschied ist, dass im verbandsinternen Verfahren nach „strict liability“ Grundsätzen entschieden wird und damit ein positiver Test¹⁷ grundsätzlich für eine Sperre ausreicht, während im Strafverfahren der Grundsatz in dubio pro reo gilt und mithin für eine Verurteilung allein die positive Probe nicht genügen dürfte¹⁸.

b) Die oben beschriebene mögliche Diskrepanz zwischen den nach „strict liability“ Grundsätzen entschiedenen sportrechtlichen Verfahren und einem Strafverfahren, in welchem der Grundsatz in dubio pro reo gilt, wird ebenfalls als Argument gegen ein Anti-Doping-Gesetz vorgebracht. Derartige Diskrepanzen sind jedoch den erhöhten Anforderungen zur Verwirklichung des staatlichen Verfolgungsanspruches geschuldet und im Übrigen der Rechtsordnung nicht fremd. So ist es durchaus möglich, dass nach zivilrechtlichen Grundsätzen als unlauter zu beurteilendes Verhalten nicht mit Strafe bedroht ist.

Auch ist eine Überschneidung der Sanktionen kaum denkbar. Während die verbandsrechtlichen Maßnahmen letztlich auf eine Sperre hinaus laufen, gehen strafrechtliche Sanktionen – nach Feststellung, nicht nur des Tatbestandes, sondern auch der Rechtswidrigkeit und der Schuld – auf die Verwirkung einer Strafe. Ohne auf die unterschiedlichen Strafbegriffe eingehen zu können, ist doch klar, dass sich beide strukturell unterscheiden und „nebeneinander laufen“ können.

c) Das Argument der Verzerrung des (internationalen) sportlichen Wettkampfes ist ebenfalls untauglich, um gegen die Einführung eines Anti-Doping Gesetzes vorgebracht werden zu können. Hiergegen spricht schlicht und einfach der Grundsatz, dass es keine Gleichheit im Unrecht geben darf. Inwiefern also Athleten, die in anderen Ländern ungestört dopen können, im Sportbetrieb sich hierdurch Vorteile erarbeiten würden, ist für die Beurteilung der Notwendigkeit eines Anti-Doping Gesetzes irrelevant.

d) Schließlich wird vorgebracht, dass Sportveranstaltungen, die mit staatlichen Ermittlungsmaßnahmen überzogen werden, eine „Horrorvision“ verkörpern. Dem ist

¹⁷ Positiv in der A- und B-Probe.

¹⁸ Es muss der Nachweis des subjektiven Tatbestandes, der Rechtswidrigkeit und der Schuld hinzutreten.

zuzustimmen. Ohne den materiellen Hintergrund dieser Aussage zu erkennen, ist damit von den Gegnern des Antidopinggesetzes der argumentative Kernpunkt angesprochen¹⁹, den auch die Befürworter eines solches Gesetzes nicht entkräften können. Auf deren Argumente wird zunächst eingegangen, bevor unter Ziff. III. abschließend Stellung genommen wird.

2. Pro-Argumente

a) Zunächst wird von den Verfechtern eines Antidopinggesetzes unreflektiert unterstellt, dass die Einnahme von Dopingmitteln materielles Unrecht darstellt, dem es mit staatlichen Mitteln entgegenzutreten gilt. Worin der Unrechtsgehalt liegen soll, wird nicht einmal ansatzweise erörtert. Man hat den Eindruck, als würden zivilrechtliche Erwägungen mit sozialen und gesellschaftlichen Aspekten vermennt und in ein Antidopinggesetz gegossen, ohne dass die Voraussetzungen für die Schaffung einer Strafnorm reflektiert wurden wären. Hierbei drängt sich der Eindruck auf, dass das Strafrecht als moralisches Reglementierungsinstrument „missbraucht“ und sein grundlegendes „ultima ratio“ Prinzip²⁰ ad absurdum geführt wird. Dies ist ein juristisch untragbarer Zustand, der allein durch folgendes gerechtfertigt werden soll: die effektive Bekämpfung des Dopings.

b) Hiermit ist auch schon das entscheidende und wohl einzige Argument für ein Anti-Doping Gesetz vorgetragen. Dieses soll die wirksamere Verfolgung und Bestrafung von Dopingsündern und ihren Helfern mittels staatlicher Verfolgungsorgane erlauben.

Zuzugeben ist dieser Argumentation, dass verbandsinterne Befugnisse zur Verfolgung von „Dopingdelikten“ niemals so weit reichen können wie staatliche Verfolgungsinstrumente. In erster Annäherung scheint es also, als habe man das Wundermittel der effektiven Dopingbekämpfung gefunden.

Jedoch, und hier ist die entscheidende Schwachstelle, bedürfen staatliche Verfolgungsmaßnahmen auch staatlicher Ermächtigungsgrundlagen. Aus diesem Grunde ist die Problematik auch hier wieder auf die Formulierung eines (oder mehrerer) möglichen „Anti-Doping-Straftatbestandes“ zurück geworfen. Der bayrische Entwurf nähert sich diesem Problem gleichsam von drei Seiten: einmal von der Seite des Handels (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 bis 3)²¹, weiterhin von der Seite der Formulierung der Besitzstrafbarkeit (§ 4 Abs. 1 Nr. 4)²² und schließlich unter betrugsrelevanten (§ 5) Gesichtspunkten. Ob eine Ausdehnung der Strafbarkeit gegenüber der derzeitigen

¹⁹ Hierzu unten unter III.

²⁰ Das Strafrecht soll schließlich nur die äußeren Grenzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens abstecken, aber nicht reglementierend innerhalb dieser Grenzen eingreifen.

²¹ Womit professionelle Vertriebsstrukturen und das Umfeld des Sportlers abgedeckt werden sollen. Hier drängt sich dann die Frage auf, inwiefern diese neuen Normen sich von §§ 6a, 95 Arzneimittelgesetz und §§ 3, 29 Betäubungsmittelgesetz unterscheiden.

²² Welche (auch) auf den dopenden Sportler selbst abzielt.

Rechtslage²³ jedoch wünschenswert ist, diese Frage scheinen sich im derzeit betriebenen Aktionismus nur wenige zu stellen.

III. Soziale Eigenwelt des Sports

In der aktuellen Diskussion um ein Anti-Dopinggesetz wird die soziale Eigenwelt des (Leistungs)Sports kaum beachtet. Diese droht zerstört zu werden, wenn der – dieser Sphäre fremde – Strafverfolgungsanspruch des Staates permanent eindringen würde. Das bedeutet nicht, dass staatlich gesteuerte Regeln aus der Welt des Sports völlig herauszuhalten sind. Im Gegenteil, die Sportwelt ist kein rechtsfreier Raum. Jedoch sind die Eigenheiten dieser besonderen sozialen Sphäre – die nicht ohne weiteres mit der Bürgerlichen Gesellschaft²⁴ gleichzusetzen ist – bei der Sanktionierung von Verstößen gegen spezielle Regeln dieses eigenständigen Bereichs zu beachten.

1. Damit ist ein wichtiger Punkt angesprochen, nämlich die vorrangige „Strafrelevanz“ des Dopings in der Sportwelt. Nicht selten wird in der Argumentation vergessen, dass leistungssteigernde Mittel in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Verzerrung des sportlichen Wettbewerbes einen Sanktionsbedarf auslösen. Verdeutlicht wird dies daran, dass eben solche leistungssteigernde Mittel außerhalb dieses speziellen Bereichs einen vergleichbaren (Straf)Mechanismus nicht in Gang setzen. Ein gesellschaftlicher Bedarf zum Eingreifen besteht hier erst dann, wenn über die individuelle (und eigenverantwortliche) Gefährdung des Einzelnen hinaus die Volksgesundheit in den Blick rückt. Deshalb lag und liegt das Hauptaugenmerk der staatlichen Verfolgungsaktivitäten nicht auf der Einnahme (verbotener) leistungssteigernder Substanzen²⁵, sondern auf dem Handel und damit auf deren massenhaften Verbreitung.

2. Vor diesem Hintergrund ist zunächst der materielle Gehalt des Dopingvorwurfes zu isolieren. Dieser lässt sich anhand der Grundvoraussetzung der Eigenwelt des Sports bestimmen. Gleichsam „Verfassung“ und Grundlage dieser Welt ist die Belohnung (Sieg) nach Verdienst.

²³ Diese Ausdehnung würde sich wohl vor allem durch die Normierung der umstrittenen Besitzstrafbarkeit realisieren. Derzeit wird (insbesondere auch das BMI unter Federführung von Herrn Innenminister Schäuble) zu einer Beschränkung der Besitzstrafbarkeit auf „erhebliche Mengen“ tendiert. Vgl. Interview mit Innenminister Schäuble in der SZ am 10.02.2007, zu finden unter: http://www.bmi.bund.de/cln_012/nn_122688/Internet/Content/Nachrichten/Medienspiegel/2007/02/BM_SZ_Doping.html (Stand 13.02.2007)

²⁴ Bürgerliche Gesellschaft als Gesamtheit der Personen, die unter dem staatlichen Schutz ihre Besonderen Zwecke verfolgen und in diesem Sinne die formelle Allgemeinheit zum Prinzip erheben. Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Werke 7, hrsg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Frankfurt/Main 1986 (nachfolgend GrPhR), § 182.

²⁵ Außerhalb des Sportbereichs bezieht sich diese Verfolgung hauptsächlich auf die „klassischen Drogen“.

Die damit zusammenhängende Anerkennung lässt sich nur erreichen, indem man sich bestimmte Fähigkeiten antrainiert, wobei die Mischung aus Talent, Training und Glück letztlich den Erfolg ausmacht. Dieses sensible Gleichgewicht wird durch die Einnahme verbotener²⁶ leistungssteigernder Mittel²⁷ gestört. Der Dopende verschafft sich einen unerlaubten Vorteil, der die Grundlagen des sportlichen Wettkampfes zerstört.

3. Diese Zerstörung kann nur durch die Aufhebung der Zerstörung aufgehoben werden.²⁸ Diese Aufhebung erfolgt mittels „zweitem Zwang“, der – solange er sich in institutionalisierten Bahnen²⁹ bewegt – die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes³⁰ bewirkt. Hierbei ist eine interne Aufhebung der Zerstörung Grundlage für die Aufrechterhaltung der Eigenwelt des Sports. Folglich müssen Dopingvergehen auch intern (außerhalb der staatlichen Sphäre) geahndet und sanktioniert werden.

Wird durch Handlungen des Dopenden gleichzeitig Unrecht³¹ verwirkt, so steht der staatliche Sanktionsanspruch selbstverständlich neben dem verbandsinternen System. Eines darf jedoch nicht passieren: die interne Aufrechterhaltung und permanente Wiederherstellung der Grundlagen des sportlich-fairen Wettkampfes darf nicht auf den Staat – also auf ein externes und darüber hinaus noch auf einer anderen logischen Ebene wirkendes – System übertragen werden. Hierdurch würde die Eigenwelt des Sports zerstört und von der übergeordneten Sphäre erdrückt werden. Gleiches würde gelten, wenn aus „sportweltinternen“ Überlegungen heraus Verstöße gegen interne Regelungen per Gesetz auf eine

²⁶ Hervorzuheben ist erneut die lediglich verbandsinterne Bezogenheit der Verbotenheit der Mittel auf der Dopingliste.

²⁷ Unbeachtet muss hier die schwierige Abgrenzung zwischen legaler Leistungssteigerung und verbotener Beeinflussung bleiben. Aufgrund der Unlösbarkeit auf materialer Ebene ist wohl nur eine formale Abgrenzung anhand der Dopingliste möglich.

²⁸ Vgl. § 93 GrPhR

²⁹ Verlässt er diese, dann schlägt die „Widervergeltung“ (§ 101 GrPhR) um in „Rache“ (§ 102 GrPhR), welche selbst eine (Rechts)Verletzung (Unrecht) darstellt.

³⁰ Vgl. § 99 GrPhR

³¹ Im eigentlichen Sinne des Begriffs, nämlich die Verletzung einer materiellen Strafrechtsnorm.

externe Ebene gehoben werden würden. Folglich ist ein staatliches Antidopinggesetz, dass die Aufrechterhaltung der Chancengleichheit im sportlichen Wettkampf als Intention in sich trägt eben für diese Intention kontraproduktiv und eine „Horrorvision“.

Jedoch ist ein Antidopinggesetz nicht völlig absurd, solange es sich auf den tatsächlichen staatlich zu sanktionierenden Unrechtsgehalt der Einnahme von Dopingmitteln beschränkt. Dies wäre – wie herausgearbeitet – die Sanktionierung von Vorteilen, die sich der Dopende – mittels des Dopings – außerhalb der Sportwelt verschafft. Nicht „dreckige Siege“ sind staatlich zu sanktionieren³², sondern „dreckiges Geld“ zu konfiszieren.

Vor diesem Hintergrund müsste sich das geplante Anti-Doping-Gesetz damit auseinandersetzen, wie der von außen in die Sportwelt eindringende Anreiz zum Dopen vermindert wird. Ein Ansatzpunkt dürfte sein, dem Dopenden Vorteile, die er mittels unerlaubter Mittel im Sport außerhalb des Sports erlangt hat, wieder zu entziehen. Insofern ist (war) mit § 7 des bayrischen Entwurfes, der den erweiterten Verfall (§ 73d StGB) und die Einziehung (§ 74 StGB) normierte, ein interessanter Ansatz auf dem Tisch des Gesetzgebers. Dass er sich (derzeit) nicht durchsetzen konnte, findet in der komplexen Problematik des Dopings, insbesondere in der Schwierigkeit der trennscharfen Definition des „strafwürdigen Dopingverhaltens“, seine Ursache.

Letztlich verbleibt es jedoch dabei, dass die soziale Welt des Sportes und die damit verbundenen spezifischen Probleme nicht deckungsgleich sind mit dem unter philosophischen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten betrachteten strafwürdigen Unrecht im engeren Sinne. Diskrepanzen sind hier ebenso hinzunehmen wie unterschiedliche Ergebnisse bei verbandsrechtlichen und strafrechtlichen Maßnahmen. Diese elementaren Unterschiede sind bei zukünftigen Bestrebungen, die Einnahme von Dopingmitteln einzudämmen, nicht nur zu beachten, sondern zur gesetzgeberischen Grundlage zu machen.

³² Sondern verbandsintern.

Prozessdokumentation

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

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Backes, Otto / Lindemann, Michael: Staatlich organisierte Anonymität als Ermittlungsmethode bei Korruption. C.F. Müller Wissenschaft, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, Heidelberg 2006. IX, 116 Seiten, Kartoniert, ISBN 3-8114-5222-3, EUR 28,00.

I. Wirtschaftsstraftaten, insbesondere die Korruptionsdelikte, sind dadurch gekennzeichnet, dass wenigstens unmittelbar oft kein Opfer erkennbar ist. Daher hängt es häufig nur vom Zufall ab, ob die Strafverfolgungsbehörden überhaupt Kenntnis von entsprechenden Sachverhalten erlangen, denn Mitarbeiter in Unternehmen, scheuen aus Angst vor Repressalien, insbesondere dem Verlust des Arbeitsplatzes, i.d.R. davor zurück, eine Anzeige zu erstatten. Um dem Phänomen der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln Herr zu werden, sehen die Strafverfolgungsbehörden teilweise die Lösung dieses Problems in der Etablierung anonymer Anzeigesysteme. In der vorliegenden Untersuchung stellen *Backes* und *Lindemann* die Ergebnisse ihres Forschungsprojektes vor, das sich mit einer solchen Methode, dem anonymen Meldeverfahren „Business Keeper Monitoring System“ (im Folgenden BKMS), zur Annahme von Meldungen über Vorfälle im Bereich der Wirtschaftskriminalität und Korruption über das Internet auseinandersetzt. Im Oktober 2003 wurde dieses Projekt vom LKA Niedersachsen eingeführt. Das LKA Niedersachsen ist allerdings nicht das einzige Bundesland, das sich für das BKMS interessierte. Im Februar 2004 wurde eine Bund-Länder-Gruppe gegründet, die das System auf seine Tauglichkeit für die Polizeiarbeit prüfte (S. 10 f.). Eine künftige Einführung des BKMS in anderen Bundesländern oder auch auf Bundesebene ist daher nicht auszuschließen.

Die Untersuchung von *Backes/Lindemann* zeigt deutlich, dass anonyme Anzeigesysteme sowohl im Hinblick auf ihre Effektivität, als auch ihre Vereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen, insbesondere aufgrund des z.T. fragwürdigen Umgangs mit offenkundig haltlosen Vorwürfen durch die Strafverfolgungsbehörden, mehr als bedenklich sind.

II. *Backes/Lindemann* gehen zunächst auf die Herkunft und Funktionsweise des BKMS und dessen Nutzung durch das LKA Niedersachsen (S. 8 ff.) ein und stellen anschließend, nach einer kurzen Erklärung dazu, worin die Besonderheiten bei einer Evaluation der Datenmaterialien lag (S. 16 ff.), die Ergebnisse ihrer Untersuchung dar (S. 18 ff.).

1. Das BKMS verdankt seinem Namen dem Unternehmen, das es entwickelt hat, nämlich der Business Keeper AG aus Potsdam, die mit ihrem Programm zunächst vor allem Wirtschaftsunternehmen ansprechen wollte (S. 8). *Backes/Lindemann* erklären, dass das Unternehmen für das BKMS wirbt, indem es auf die verschärften zivil-

und strafrechtlichen Haftungsnormen für Unternehmen hinweist, was durch den im Jahre 2002 in den USA erlassenen *Sarbanes-Oxley Act* (abrufbar unter: <http://fl1.findlaw.com/news.findlaw.com/hdocs/docs/gwbush/sarbanesoxley072302.pdf>), der die an den US-Börsen notierten Unternehmen seit April 2003 zwingt bestimmte Corporate Governance-Regeln einzuhalten, untermauert werde. Hiernach sei nämlich die Errichtung eines dem BKMS entsprechenden Hinweisgebersystems vorgesehen, um so genannte „whistle blower“ zu schützen. Die absolute Anonymität der Hinweisgeber werde dadurch gewahrt, dass der Datenverkehr über einen von der Business Keeper AG gestellten Server abgewickelt werde, der sowohl die Übertragung von Verbindungsdaten an das Kundenunternehmen als auch die Business Keeper AG selbst verhindere (S. 9).

Beim LKA Niedersachsen wurden die seit dem 1.10.2003 über das BKMS eingegangenen Hinweise über die Zentralstelle Korruption, bearbeitet und anschließend nach teilweise eigenen Ermittlungen an die zuständige Polizeibehörde oder Staatsanwaltschaft weitergeleitet. Die Kunden der Business Keeper AG, wie auch das LKA Niedersachsen, können zwischen zwei Zugangsmöglichkeiten zum BKMS wählen, indem sie entweder einen eigenen Zugang zum BKMS auf ihrer Homepage einrichten oder in dem sie über die Homepage der Business Keeper AG (<http://www.business-keeper.com/>) gehen (S. 13). Das LKA Niedersachsen hat einen eigenen Zugang zum BKMS auf seiner Homepage eingerichtet (<http://www.lka.niedersachsen.de/>), über den der Hinweisgeber seine Meldung machen kann.

2. Von den insgesamt 553 BKMS-Meldungen in der Zeit von Okt. 2003 bis Dez. 2004 standen schließlich 410 *Backes/Lindemann* zur Auswertung zur Verfügung. 143 Hinweise sind aus unterschiedlichen Gründen, etwa weil wegen fortlaufender Ermittlungen eine Akteneinsicht verweigert wurde oder bei Abschluss des Forschungsprojektes auf Nachforschungen hin noch kein Ergebnis eingegangen war, nicht in die Untersuchung mit aufgenommen worden (vgl. Tabelle 1, S. 19). *Backes/Lindemann* nahmen nicht nur in die protokollierten Hinweismeldungen Einsicht, sondern stellten für die aus den Hinweisen resultierenden Ermittlungs- und Vorermittlungsakten nach § 476 StPO Akteneinsichtersuchen. Das Material wurde sodann in quantitativer und qualitativer Hinsicht untersucht (S. 16 f.).

a) Bei der *quantitativen* Evaluation der Hinweise, stellten *Backes/Lindemann* fest, dass nur gut die Hälfte, nämlich 208, der ausgewerteten Meldungen überhaupt Eingang in die Ermittlungstätigkeit von Staatsanwaltschaft und Polizei fanden, während 202 Meldungen aussortiert und abgelegt wurden (S. 21). Die Gründe hierfür liegen z.B. darin, dass es sich zu großem Teil nicht um ernst gemeinte Anzeigen handelte, einige Meldungen nur das Ziel hatten das System einmal „auszuprobieren“ und es gerade zu Beginn der Untersuchung teilweise zu „Protest-

meldungen“ über das Projekt selbst kam (S. 21 f.). Viele Meldungen ließen konkrete Hinweise auf strafrechtlich relevante Sachverhalte vermissen oder es handelte sich um Meldungen, in denen die Hinweisgeber eher reine Unmutsäußerungen tätigten, weil etwa persönliche Interessen nicht zur Geltung kamen oder sie sich im eigenen beruflichen Umfeld übergangen fühlten. Gerade die zu unbestimmten Meldungen wurden abgelegt, wenn sich der Hinweisgeber nach ein- oder zweimaliger Aufforderung zur Konkretisierung nicht erneut beim LKA gemeldet hat (S. 22).

Bei den Staatsanwaltschaften landeten insgesamt 166 Vorgänge, wobei in etwa einem Drittel aller Verfahren so genannte Js-Aktenzeichen vergeben wurden, also Ermittlungsverfahren, bei denen der oder die Beschuldigten bekannt sind. Neben 131 Js-Verfahren, kam es zu 8 Ujs-Akten, also Verfahren gegeben Unbekannt, und 22 AR-Akten, so genannten „Vorermittlungsverfahren“ bei denen zunächst einmal geprüft wird, ob sich die Einleitung eines formellen Ermittlungsverfahrens überhaupt lohnt (vgl. S. 27).

Bemerkenswert ist, dass nach den Untersuchungsergebnissen von *Backes/Lindemann* 85% aller Fälle aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nach § 170 II StPO eingestellt werden mussten oder durch einfaches Weglegen nicht weiterbearbeitet wurden (S. 30). In nur 4,9% aller Fälle kam es zu einer Einstellung aus Opportunitätsgründen nach § 153 f. StPO. Die Staatsanwaltschaft erhob bei den verbleibenden 6 Fällen nur ein einziges Mal Anklage und beantragte in 5 weiteren Fällen den Erlass eines Strafbefehls, wobei das Gericht in 2 der 6 Fälle auch hier eine Opportunitätseinstellung vornahm. Ergebnis der Untersuchung von *Backes/Lindemann* ist daher der Erlass von drei Strafbefehlen und einer Verurteilung, was auf alle Beschuldigten bezogen einem Anteil von etwa 2% entspricht (S. 33). Im Hinblick auf eine verschärfte und effektive Strafverfolgung zeigt sich zumindest quantitativ kein durchschlagender Erfolg des BKMS.

b) Die *qualitative* Aufgliederung der Forschungsergebnisse (S. 34 ff.) ist zugleich der umfangreichste Teil der Untersuchung von *Backes/Lindemann*. Im Rahmen der Korruptionsdelikte, bei denen *Backes/Lindemann* sich auf die §§ 331-334 und § 299 StGB beschränken, wurde festgestellt, dass die Anzahl der Hinweise mit maximal 50 von 232 sehr gering ausfiel. In keinem der auf diesen Hinweisen beruhenden Verfahren kam es zu einer Verurteilung oder auch nur Einstellung aus Opportunitätsgründen nach § 153 f. StPO. In 18 Fällen erfolgte eine Einstellung nach § 170 II StPO oder es wurden bei den so genannten AR-Vorgängen erst gar keine Ermittlungsverfahren eingeleitet (S. 34 f.).

Um sowohl die Art der Hinweise als auch den Umgang der Strafverfolgungsbehörden mit diesen zu veranschaulichen, schildern *Backes/Lindemann* im Folgenden die Sachverhalte und Verfahrensabläufe (S. 35 ff.). Der Umgang der LKA-Beamten bzw. Polizeibehörden mit manchen Meldungen wirkt hierbei zum Teil mehr als be-

fremdlich. Exemplarisch sei an dieser Stelle nur ein Fall erwähnt, bei dem ein Beamter des LKA einen Hinweisgeber ausdrücklich aufforderte auch solche Informationen mitzuteilen, bei denen es sich um bloßes „Flurgerede“ handle (vgl. Fall 49, S. 42).

In 8 Verfahren wurde eine so genannte Finanzermittlung durchgeführt, also ein Auskunftsersuchen an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) nach § 24c KWG gestellt (S. 70 ff.; vgl. auch ausführlich zu dieser Ermittlungsmethode *Backes*, StV 2006, 712, 715). Abgesehen davon, dass das Vorgehen des Staatsanwaltschaft nur in etwa der Hälfte der Fälle erforderlich gewesen sei, weil sich etwa bereits zuvor herausgestellt hatte, dass kein Anfangsverdacht bestand (S. 74), ist vor allem strittig, ob die Staatsanwaltschaft befugt ist bei Banken die Herausgabe von Kontenübersichten und –bewegungen nach § 95 I StPO zu verlangen, oder ob dies die unzulässige Umgehung einer richterlichen Überprüfung der Erforderlichkeit solcher Maßnahmen darstellt (S. 75 ff.). *Backes/Lindemann* beklagen zu Recht die Reformbedürftigkeit der Regelung, die vor dem Hintergrund des uneinheitlichen Umgangs im Zusammenhang mit BKMS-Fällen besonders deutlich wird (S. 78).

Backes/Lindemann untersuchten aber auch die Konsequenzen, die die BKMS-Meldungen für die Verdächtigen mit sich brachten (S. 78 ff.). Allgemein kann die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens unabhängig von seinem Ausgang negative Folgen für den Beschuldigten mit sich bringen. Erwähnt sei hier allein die Tatsache, dass bereits mit Anlegen einer Js-Akte diese im Staatsanwaltschaftlichen Verfahrensregister gespeichert und auch trotz Einstellung nach § 170 II StPO (!) erst dann gelöscht wird, wenn ohnehin der Zeitpunkt der Verjährung erreicht wäre; bei Erwachsenen aber frühestens nach 10 Jahren gem. § 489 IV Nr.1 StPO. Noch schwerer wiegen für den Verdächtigen aber wohl die Nachteile, die ihm aufgrund von Ermittlungen in seinem persönlichen Umfeld erwachsen können. Ermittlungen am Arbeitsplatz, sei es in Form von Durchsuchungen oder Vernehmungen von Arbeitskollegen können für den Betroffenen bis zum Verlust des Arbeitsplatzes führen. Aber auch Ermittlungen bei Ministerien oder sonstigen Aufsichtsbehörden können sich insbesondere für das gesamte Unternehmen, bei dem der Verdächtige beschäftigt ist, negativ auswirken. So kam es z.B. in einem der von *Backes/Lindemann* untersuchten Fälle bei dem der Geschäftsführer eines Unternehmens beschuldigt wurde auf betrügerische Weise Fördergelder erhalten zu haben dazu, dass das Ministerium zwar bisherige Förderungen verneinte, aber einen vom Unternehmen zu diesem Zeitpunkt gestellten Förderantrag bis zum Ausgang des Ermittlungsverfahrens darauf hin nicht bearbeitete (S. 86 f.).

Erschreckend ist der teilweise fast freundschaftlich anmutende Ton, den die LKA-Beamten den Hinweisgebern gegenüber anschlagen (S. 92 ff.). So finden sich Formulierungen wie z.B. „(...), ich habe mich wirklich sehr über ihre Antwort gefreut.“ (S. 93 Fall 3) oder „(...) ich wünsche Ihnen und Ihrer Familie alles Gute für das Jahr 2004; vor allen Dingen Gesundheit.“ (S. 94 Fall 92) oder

auch nach der Rückkehr eines LKA-Beamten aus dem Urlaub „Hallo vielen Dank noch mal für die Post. Ich hoffe, es geht Ihnen gesundheitlich wieder gut.“ (S. 95 Fall 83). Gegen einen höflichen Umgangsstil ist selbstverständlich nichts einzuwenden, doch lassen diese Formulierungen den sachlich distanzierten Umgang, der für eine solche Korrespondenz angemessen wäre deutlich vermissen. Vielmehr scheinen sich die Beamten einer besonders freundlichen Ausdrucksweise bemüht zu haben, um die Hinweisgeber zum „Plaudern“ anzuregen.

III. In ihrer Auswertung der Untersuchungsergebnisse (S. 97 ff.) kommen *Backes/Lindemann* zunächst zu dem Ergebnis, dass die Staatsanwaltschaften zum Teil sehr uneinheitlich mit den Hinweisen umgingen. Während teilweise sorgfältig geprüft worden sei, ob ein Anfangsverdacht gegeben und damit die Anlegung einer Js-Akte erforderlich sei oder bloß die Einleitung eines AR-Verfahrens, sei die Handhabung anderer Staatsanwaltschaften diesbezüglich willkürlich (S. 98). Zum Teil seien AR-Verfahren unnötiger Weise förmlich nach § 170 II StPO eingestellt worden, während ein Js-Verfahren einfach weggelegt worden sei, obwohl es hier einer förmlichen Einstellung bedurft hätte (S. 99). Aufgrund dieser Feststellung schlagen *Backes/Lindemann* eine restriktive Handhabung bezüglich der Einleitung von JS-Verfahren vor. Sinnvoller erscheint es den Autoren zunächst nur eine AR-Akte anzulegen, um durch diese Vorermittlungen zu untersuchen, ob sich ein weiteres Vorgehen überhaupt lohnt (S. 99). Zudem weisen *Backes/Lindemann* auf den Konflikt des BKMS-Systems mit der Strafnorm der falschen Verdächtigung nach § 164 StGB hin (S. 102 f.). Auch wenn der Form halber den Hinweisgebern gegenüber der Hinweis erfolgt sei, dass sie keine Angaben wider besseren Wissens machen dürften, dürfe nicht vergessen werden, dass das BKMS von der Anonymität der Hinweisgeber lebe und damit faktisch die Anwendung von § 164 StGB ausgeschlossen sei (vgl. hierzu auch *Backes*, StV 2006, 712, 716).

Besonders bedenklich ist der Umstand, dass *Backes/Lindemann* feststellen mussten, dass grundrechtsintensive Zwangsmaßnahmen teilweise allein mit dem Ziel durchgeführt worden seien, erst hierdurch einen Anfangsverdacht zu erhalten, obwohl das Bestehen eines entsprechenden Verdachtgrades Voraussetzung zur Durchführung solcher Maßnahmen ist (S. 103 f.).

IV. Die Untersuchung von *Backes/Lindemann* macht deutlich, warum bei anonymen Anzeigesystemen wie dem in Niedersachsen eingeführten BKMS äußerste Zurückhaltung geboten ist. Hält man sich vor Augen, dass es bei insgesamt 166 den Staatsanwaltschaften vorgelegten Vorgängen nur in einem einzigen Verfahren zu einer Anklage kam und in einem weiteren Verfahren ein Strafbefehl erlassen wurde, besteht kein Zweifel daran, dass das BKMS zur effizienteren Strafverfolgung von Wirtschaftsstraftaten ungeeignet ist. Aufgrund der Anzahl der dargestellten Sachverhalte und der Tatsache, dass allein zwei Fälle wegen fortdauernder Ermittlungen nicht abschließend bewertet wurden (S. 59), sowie der sorgfältigen Auswertung des Materials handelt es sich

auch um repräsentative Ergebnisse und keine bloßen Zufallserkenntnisse.

Die negativen Folgen des BKMS sind sowohl für die größtenteils zu Unrecht Verdächtigten als auch für die Allgemeinheit aufgrund der nicht zu unterschätzenden Kosten für die meist unnötige Ermittlungstätigkeit von Polizei und Staatsanwaltschaft weit reichend. Bedenklich erscheint zudem der Umgang der LKA-Beamten mit den Meldungen, aber auch die Verfahrensweise mancher Staatsanwaltschaften, die nach den Ergebnissen der Untersuchung oft vorschnell reagieren, wenn es um die Frage geht, ob die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens notwendig ist. Da ein solches Verfahren einschneidende Konsequenzen für den Beschuldigten nach sich ziehen kann, ist eine sorgfältige Prüfung des Anfangsverdachts i.S.v. § 152 II StPO unerlässlich. Insgesamt spricht nach der Untersuchung vieles gegen und so gut wie nichts für die Einführung des BKMS. Mit der Einführung des BKMS hat das LKA Niedersachsen keine effiziente Methode zur Aufdeckung wirtschaftsstrafrechtlicher Sachverhalte, sondern vielmehr eine Plattform für Denunzianten geschaffen. Es bleibt nach allem zu hoffen, dass die Untersuchung von *Backes/Lindemann* dazu beiträgt das BKMS nicht auch in anderen Bundesländern oder sogar auf Bundesebene zu etablieren.

Akad. Rätin **Silke Noltensmeier**, Universität Erlangen-Nürnberg

[Buchanzeige – Verlag Duncker & Humblot]

Karsten Gaede: Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK. Ein Beitrag zur Dogmatik des fairen Verfahrens in europäischen Strafverfahren und zur wirksamkeitsverpflichteten Konventionsauslegung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Verteidigerbeistand. Erschienen im Januar 2007 bei Duncker & Humblot in der Reihe *Strafrechtliche Abhandlungen, N.F. – Band 185*; 992 Seiten in gebundener Ausgabe, 114,-€; ISBN 978-3-428-12272-1; Berlin 2007.

“The Court recalls that the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but **rights that are practical and effective**; this is particularly so of the rights of the defence in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial, from which they derive”

Für dieses Zitat zum **Menschenrecht auf konkret und wirksame Strafverteidigung** vgl. The European Court of Human Rights, Case of Artico vs. Italy, Series A Nr. 37, § 33 (13/05/1980).

Das Recht auf ein faires Strafverfahren darf keine beliebige Option, sondern muss in der Prozessrealität praktisch wirksam sein. Ausgehend von dieser These des EGMR arbeitet Karsten Gaede in seiner Dissertation den bis in das Jahr 2005 hinein entstandenen Rechtsprechungskorpus zu Art. 6 EMRK auf. Die mit dem Jahrespreis der Universität Zürich 2006 ausgezeichnete Abhandlung zeigt auf, zu welchen Maßstäben und Verteidigungschancen die Judikatur des EGMR heute führt, wenn man die These von konkreten und wirksamen Verteidigungsrechten ernst nimmt. Diese Maßstäbe sind nicht nur für das europäische Strafverfahrensrecht etwa der EU existentiell, sondern sie haben ein Niveau erreicht, das zum Beispiel auch Deutschland zunehmend herausfordert (vgl. beispielhaft jüngst EGMR Jalloh v. Deutschland, HRRS 2006 Nr. 562 gegenüber BVerfG StV 2000, 1 f.). Die vorliegenden Potentiale für eine wirksame Strafverteidigung könnten vor allem für Rechtsanwälte von Interesse sein. (Deutsche) Gerichte und Staatsanwaltschaften sind gleichermaßen verpflichtet, diejenigen Anforderungen zu beachten, die zur unmittelbar anwendbaren (E)MRK bereits anerkannt sind oder die sich zukünftig aus der erklärtermaßen evolutiven Rechtsprechung des EGMR ergeben können.

Für die praktische Einbeziehung der EMRK im deutschen Strafverfahren wird dem Rechtsanwender in den ersten beiden Kapiteln über gut 100 Seiten zunächst die Auslegungsmethodik des EGMR und der gebotene Umgang mit den vermeintlich nur einzelfallbezogenen Entscheidungen des EGMR nicht nur zu Art. 6 EMRK näher gebracht. Dass die EMRK nicht vorschnell *nur* als Mindeststandards abzutun ist, der – wenn überhaupt – nur nach einer konkreten Fallentscheidung des EGMR heranzuziehen ist, wird hier unterstrichen. Im dritten und zentralen Kapitel der Arbeit wird der Rechtsprechungs- und Meinungsstand zum Recht auf konkrete und wirksame Strafverteidigung bzw. auf ein faires Strafverfahren auf rund 200 Seiten dargestellt. Es folgt ein prozessdogmatisches Kapitel, das zum einen das *Gesamtrecht* auf Verfahrensfairness konkretisiert und systematisiert. Zum anderen wird in diesem Kapitel die wichtige *Gesamtbetrachtung* des fairen Verfahrens durch den EGMR dargestellt und analysiert. Auch der Frage, wie unterschiedliche Prozesssysteme bzw. Entscheidungen zu fremden Rechtsordnungen zu beurteilen sind, widmet sich dieses Kapitel. Schließlich wird im Kapitel fünf der für die Verfahrensfairness ganz zentrale Verteidigerbeistand auf rund 100 Seiten behandelt, wobei die Unabhängigkeit des Verteidigers und die Pflichtverteidigung im Zentrum des Interesses stehen.

In den Kapiteln sechs bis neun wird themenbezogen der geschilderte Rechtsprechungsstand zum Recht auf konkrete und wirksame Strafverteidigung anhand des systematisierenden Teilhabeansatzes vertieft und ergänzt. Es wird so weiter darüber informiert, welche Rechtsansprüche sich aus der Rechtsprechung des EGMR ableiten lassen, wenn man diese ernst nimmt und vor allem den Anspruch *des EGMR* aufgreift, den Art. 6 EMRK widerspruchslos zu entfalten. In allen Kapiteln wird besonderer Wert darauf gelegt, dem Rechtsanwender umfangreiche

Quellen und Belege insbesondere zur Rechtsprechung zu erschließen. Dies soll zum einen die Darlegungen der Arbeit überprüfbar machen, zum anderen aber auch den Zugang zu weiteren Detailstandards und zu weiteren Lösungsansätzen eröffnen, um damit gerade die Auswirkungen einzelner Sachverhaltsdetails besser abschätzen zu können. In der gesamten Abhandlung werden gerade auch die Entscheidungen berücksichtigt, die im deutschsprachigen Raum bislang nicht publiziert worden sind. Ausschlaggebende Passagen einzelner Entscheidungen insbesondere des EGMR werden zum Teil im Zitat wieder gegeben. Der Zugang zu den im Einzelnen behandelten Problemstellungen des nationalen Strafverfahrens wird ergänzend durch ein umfangreiches Sachwortverzeichnis erschlossen.

Die Abhandlung berücksichtigt systematisch die deutsche, englische, österreichische und schweizerische Judikatur sowie das für die Entwicklung einer europäischen Fairnessdogmatik in Deutschland, in England und in der Schweiz verfügbare strafrechtliche und rechtsphilosophische Schrifttum. Sie ist bestrebt, die Analyse des europäischen Rechts nicht nur aus einer deutschen Perspektive vorzunehmen. Besonders kommt etwa die im Vergleich zur deutschen Judikatur konventionsfreundlichere Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zur Geltung. Auch die allgemein wesentlich routiniertere Wahrnehmung und Einbeziehung des Konventionsrechts in der Schweiz und in England fand Eingang in die Abhandlung, die in Deutschland, England und der Schweiz erarbeitet wurde.

Als Ergebnis der Untersuchung stellt sich das Recht auf ein faires Verfahren einschließlich seiner Teilrechte im Anschluss an den EGMR als *Gesamtrecht auf Teilhabe durch Verteidigung* dar. Nach Ansicht des Autors weist dieses Gesamtrecht sowohl für einzelne nationale Strafverfahren als auch in einem möglichen europäischen Strafverfahren beträchtliche Entwicklungspotentiale auf. Die Arbeit zeigt die existierenden Schutzbereiche des Rechts auf. Sie hinterfragt, ob und wann diese Schutzbereiche in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EGMR tatsächlich *auf einer gesetzlichen Grundlage* Einschränkungen erfahren dürfen. Inhaltliche Schwerpunkte der Arbeit bilden die Gesamtbetrachtung des Art. 6 EMRK, die freie Verteidigung, die Waffengleichheit, Verwertungsverbote nach Konventionsverletzungen und das Konfrontationsrecht. Bezogen auf das zentral behandelte Recht auf Verteidigerbeistand wird – auch unter Rückgriff auf den U.S. Supreme Court – eine neue Sichtweise der Unabhängigkeit des Verteidigers begründet. Es wird veranschaulicht, dass eine vermehrte Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren gerade bei Untersuchungshaft unabweisbar ist und dass der Angeklagte verstärkt vor Verteidigerfehlern bewahrt werden muss. Insbesondere Tendenzen in Deutschland, sich über offensichtliche formelle Fehler von Verteidigern etwa bei Verfahrensrügen gleichsam zu freuen oder diese routiniert hinzunehmen, anstatt diese – wie zum Teil in Europa bereits praktiziert – als offensichtlichen Ausfall einer konkreten und wirksamen Verteidigung zu bewerten, werden nach Auffassung des Autors langfristig nicht zu halten sein. Eben-

so wird die Frage behandelt, ob und wann der Staat einem Angeklagten zur Rechtsverweh rung einen Verzicht (seines Verteidigers) oder eine (durch seinen Verteidiger ausgelöste) Verwirkung vorhalten kann, was etwa bei Absprachen und der Widerspruchslösung praktiziert wird. Auch damit werden Themen aufgegriffen, die in Deutschland noch immer in selbstbewusster Grundrechtsorientiertheit erörtert werden, ohne vorhandene oder anknüpfungsfähige Konventionsansätze ernsthaft einzubeziehen.

Vgl. auch das Inhaltsverzeichnis der Abhandlung (via http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/ueber/diss_gaede.pdf).

Lothar Kuhlen: Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, C.F. Müller, Heidelberg 2006, 112 Seiten, ISBN 3-8114-5232-0, € 34.00.

Der Mannheimer Strafrechtler Lothar Kuhlen hat mit einer Untersuchung über die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen eine Studie vorgelegt, von der man prognostizieren darf, dass ihr in der juristischen Fachwelt eine hohe Aufmerksamkeit zuteil werden wird. Das Buch belegt, dass auch juristische Monographien nicht notwendigerweise umfangreich sein müssen, um inhaltlich gewichtig zu sein. Auf wenig mehr als hundert Seiten behandelt Kuhlen eine beachtliche Menge kritischer und diskussionswürdiger Fragen im Umfeld des methodischen Instituts der verfassungskonformen Auslegung, wobei er ganz selbstbewusst eine Grenzlinie zieht zwischen solchen Fragen, die für ihn im Mittelpunkt des Interesses stehen und solchen, die er um der Konsequenz und Übersichtlichkeit der Darstellung willen allenfalls andeutet, aber nicht weiter thematisiert. Das sind insbesondere Fragen, die eine von der Rechtspraxis abgehobene, rein theoretische Erörterung semantischer Probleme erheischen. Wenn Kuhlen solche Fragen zurückstellt, so zumindest teilweise auch deswegen, weil er sich gegenüber der reinen Theorie skeptisch zeigt.

Damit steht er nicht allein. Die goldenen Jahre der Rechtstheorie sind Vergangenheit, vorbei die Zeit, in der man die Anwendungsenthobenheit einer Metadisziplin selbstbewusst gerade auch in der Bereitschaft zur Rezeption außerjuristischer Literatur zu erkennen gab. Man mag dies bedauern und die weitgehende Unterwerfung auch der Rechtstheorie und Rechtsmethodologie unter den Imperativ der Praxiskompatibilität schmerzlich empfinden, es entspricht jedenfalls jener Rechtswirklichkeit, deren Verkennung Kuhlen einigen Autoren kritisch ins Stammbuch schreibt. Dabei ist nicht zu übersehen, dass seine Untersuchung zu einer jüngeren Entwicklung gehört, die zumindest die Vermutung erlaubt, dass wir, vielleicht unter anderen, „pragmatischeren“ Vorzeichen, so etwas wie eine Renaissance der juristischen Methodenlehre zu erwarten haben. Schon seit einiger Zeit stößt man vermehrt auf Veröffentlichungen, die sich gerade dem klassischen Kernbereich der Rechtsmethodologie,

nämlich der *Auslegungslehre* zuwenden. Die Frage der richterlichen Gesetzesbindung wird in einer Weise kontrovers diskutiert, als lägen zu diesem Problem nicht schon ganze Regale an Literatur vor. Insbesondere an der Frage der Wortlautgrenze haben sich in letzter Zeit eine ganze Reihe scharfsinniger Diskussionen entzündet, und die im Prozess der europäischen Rechtsintegration erfolgenden Auseinandersetzungen mit Methodenlehren, die etwa die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung nicht oder jedenfalls nicht in jener uns vertrauten Weise anerkennen, macht die längere Zeit abstinenten Jurisprudenz wieder auf den Wert der juristischen Grundlagenforschung aufmerksam.

I. Zu dieser leistet Kuhlen mit seiner Untersuchung über die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen einen (nicht nur für die Strafrechtsrechtswissenschaft) wichtigen Beitrag. Wie der Autor zahlreich belegen kann, haben sich Argumente, die zwischen verschiedenen möglichen Auslegungsvarianten im Hinblick auf die Konformität mit dem Verfassungsrecht unterscheiden bzw. anhand dieser Unterscheidung Deutungsvarianten auswählen oder verwerfen, mittlerweile zu einem Topos verdichtet, der die Annahme eines etablierten methodischen Instituts der juristischen Auslegungslehre begründet (vgl. S. 39). Kuhlen bezeichnet seinen Ansatz als „induktiv“ (S. 101); die kritische Rekonstruktion der verfassungskonformen Auslegung möchte er in enger Anbindung an die verfassungs- und fachgerichtliche Argumentationspraxis vornehmen und deren – womöglich implizite – Kriterien bei der Konkretisierung des fraglichen Instituts sichtbar machen.

Er beginnt gleichwohl nicht kasuistisch, sondern mit einer Reihe von ersten, das Problemfeld strukturierenden Definitionen. In Anknüpfung an die insbesondere durch die *Alexy*-Schule prominent gewordene Unterscheidung zwischen *Regeln* und *Prinzipien* entnimmt er dem Erfordernis der Verfassungsgemäßheit juristischer Norminterpretationen einen zweifachen methodischen Sinn. Zum einen deutet er es als zwingende Anordnung, dass verfassungswidrige zugunsten verfassungsgemäßer Normverständnisse zu verwerfen sind (= *verfassungskonforme Auslegung*), zum anderen als – mehr oder weniger erfüllbares – Gebot, bei der juristischen Auslegung unter anderem auch die Vorgaben der Verfassung zu berücksichtigen (= *verfassungsorientierte Auslegung*), vgl. S. 1 ff. Dass die Grenzen zwischen verfassungskonformer und verfassungsorientierter Auslegung in der Praxis der juristischen Argumentation fließend sind (S. 3), muss kaum hervorgehoben werden und ändert nichts am idealtypischen Sinn der Unterscheidung. Ihre Leistungsfähigkeit erweist sich schon in der Vorzeichnung einer Antwort auf die institutionell-methodische Frage nach einer unterschiedlichen Bedeutung verfassungsrechtlicher Argumentationstopoi für das BVerfG einerseits und die Fachgerichtsbarkeit andererseits. Ersichtlich ist der Entscheidungsmodus zwingender Verwerfung charakteristisches Merkmal verfassungsrichterlicher Jurisdiktion, während die Fachgerichte gut daran tun, sich hier eher zurückhaltend zu verhalten (was sie, nach Kuhlens Analyse, im Großen und Ganzen auch tun, vgl. S. 41).

Unklar bleibt Kuhlens Argument, dass »die Anwendung des Gesetzes auf einzelne Fälle [...] auf die allgemeine Auslegung des Gesetzes nicht zurückwirkt« (S. 7). Hier hätte man gerne mehr erfahren, denn interessant ist diese geradezu ins Zentrum der juristischen Methodenlehre zielende These allemal. Vorherrschend ist nämlich eher die Ansicht, dass der semantische Gehalt von Rechtsregeln nicht unabhängig von kasuistischen Konkretionen festgestellt werden kann. Demgegenüber ist der Gedanke einer *semantischen Autonomie* des Rechts seit den ersten etwas kruden Konzeptionen der Begriffsjurisprudenz immer Gegenstand harscher Kritik gewesen, und es wäre zu überlegen, wie er – möglicherweise auf einem höheren Niveau der bedeutungstheoretischen Reflexion – wieder eingeholt werden könnte. Dass solche Fragen viel Theorie erfordern, sollte jedenfalls nicht von vornherein gegen sie verwendet werden, auch wenn man eher geneigt ist, die alten, ewigen Probleme der Methodenlehre tiefer zu hängen.

Was die vielfach geäußerte Skepsis gegenüber dem Bedeutungszuwachs verfassungsrechtlicher Argumente in der strafrechtlichen Judikatur anbetrifft, ist deren Grund für Kühlen leicht ersichtlich. Wie exemplarisch am besonders oft in bezug genommenen Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) zu sehen ist, sind die Vorgaben der Verfassung ihrerseits sehr unbestimmt. Dass man das Argument der Verfassungskonformität hinzuzieht, löst eben nicht das Problem der Norminterpretation. Das Gebot verfassungskonformer Auslegung ist, wie Kühlen schreibt, »einfach zu befolgen, wenn *feststeht*, welche verfassungsgemäßen und verfassungswidrigen Auslegungen eines bestimmten Gesetzes möglich sind« (S. 10). Aber wie kommt man zu dieser Feststellung? Das ist unverändert das traditionelle Problem der juristischen Auslegung und eine, mit Kuhlens Worten, »komplexe und nicht immer konsensfähig lösbare Aufgabe« (S. 10). Am Ende solcher Überlegungen droht immer die Blankettauskunft der Wertungsjurisprudenz als Weisheit letzter Schluss. M.a.W. auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben bedürfen, bevor sie als Maßstab einer Überprüfung einfachgesetzlicher Auslegungsvarianten dienen können, ihrerseits einer Auslegung, »die vielfach von Wertungen des Rechtsanwenders abhängt« (S. 11). Dass gerade verfassungsrechtlich orientierte Rechtsinterpretation nicht selten verkappte Rechtspolitik ist, ist ein hinlänglich bekanntes und hinreichend problematisiertes Phänomen.

Im Zusammenhang mit dem Problem der Unbestimmtheit der verfassungsrechtlichen Vorgaben nennt Kühlen als zweiten „neuralgischen Punkt“ (S. 13) die Schwierigkeit zu bestimmen, wo Verfassungsrecht noch als Auslegungshilfe fungiert oder bereits als Legitimationsquelle gerichtlicher Normsetzung (S. 11). In dieser Frage tendiert Kühlen zu einer pragmatischen, die Realität der Rechtspraxis zur Kenntnis nehmenden Auffassung. Im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung sieht er – trotz der Problematik der Gewaltenteilung und des Erfordernisses von *judicial self-restraint* (S. 14) – keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine verfassungskonforme *Rechtsfortbildung* (vgl. S. 13 o.), wie sie im

strafrechtlichen Begründungskontext häufig unter dem Titel der teleologischen Reduktion begegnet. Kühlen hält wenig von der Dramatisierung der Gefahr einer sich verselbständigenden Auslegung und vertraut offenkundig auf die funktionierende Selbstkontrolle der Justizpraxis (vgl. S. 15).

II. Dem entspricht es, wenn er die Konkretionen der verfassungskonformen und verfassungsorientierten Auslegung von Strafgesetzen in einer Übersicht über einschlägige Entscheidungen des BVerfG und des BGH zunächst einmal ohne Kommentar zur Darstellung bringt (S. 17-38). In diesem »Rechtsprechungsüberblick« (S. 40) finden sich zum Teil ganz prominente verfassungsgerichtliche Entscheidungen wie das Urteil zur lebenslangen Freiheitsstrafe (BVerfGE 45, 187) oder die sog. dritte Sitzblockaden-Entscheidung zum Gewaltbegriff in § 240 Abs. 1 StGB (BVerfGE 92, 1). Exemplarisch verdeutlicht das BVerfG in beiden Entscheidungen die Gebotenheit einer restriktiven Auslegung, wobei es das *Wie* einer solchen Auslegung der Kompetenz der fachgerichtlichen Jurisdiktion zuweist.

Deren Handhabung verfassungsrechtlicher Kriterien bei der Auslegung strafrechtlicher und strafprozessualer Normen zeigt Kühlen an einer ganzen Reihe von BGH-Entscheidungen auf. Es beginnt 1959 mit einem Urteil zu § 450 Abs. 2 S. 1 AO (BGHSt 13, 102), in dem sich das Betreten von »Neuland« (S. 26) schon daran zeigt, dass der vom BGH zugunsten einer geltungserhaltenden Reduktion des § 450 Abs. 2 S. 1 AO verwendete Terminus der Verfassungskonformität noch durchweg in Anführungszeichen gesetzt ist. Kühlen zufolge kommt darin zum Ausdruck, dass hier neuartige methodische Erwägungen eingeführt werden, »denen ein dem Herkommen verpflichtetes Gericht einstweilen noch nicht ganz traut« (S. 26). Wenn in einer späteren Entscheidung des BGH zu §§ 94 ff. StPO (Zulässigkeit der Beschlagnahme von Behördenakten, wenn die oberste Dienstbehörde keine Sperrerklärung abgibt) der Hinweis erfolgt, das Prinzip der Gewaltenteilung gebiete geradezu eine verfassungskonforme Auslegung problematischer Normen (BGHSt, 38, 237, 245), wird das Kernproblem der verfassungskonformen Auslegung erkennbar. Denn man kann es mit guten Gründen nicht anders sehen und argumentieren, dass mit dem Mittel der verfassungskonformer Auslegung der dritten Gewalt genau jene quasi-legislatorische Kompetenz eingeräumt wird, die sie im gewaltenteilten Staat nicht haben soll.

Man kann ohne weiteres sagen, dass die Lektüre von Kuhlens Studie sich allein schon wegen der sorgfältig zusammengestellten und analysierten Rechtsprechungsbeispiele lohnt. Vergleichbares findet sich zur Frage der verfassungskonformen Auslegung im Strafrecht bislang nicht. In diesem Zusammenhang ist es auch ganz wohlthuend, dass der Autor die Rechtsprechung wirklich zu Wort kommen lässt, ohne sie sogleich mit Änderungswünschen und Verbesserungsvorschlägen zu traktieren.

III. Wengleich die verfassungskonforme Auslegung noch nicht zum Alltagsgeschäft der strafrichterlichen

Argumentationspraxis zählt, so Kuhlens »Zwischenbilanz« (S. 39 ff.), gehören ihre Argumentformen mittlerweile unübersehbar zum methodischen Kanon auch der strafrechtlichen Rechtsprechung. Das wird nicht zuletzt dadurch belegt, dass auch bei der Lösung rechtspolitisch wenig brisanter und unspektakulärer Fälle auf Vorgaben des Verfassungsrechts zurückgegriffen wird, vgl. S. 39.

Mit Blick auf die Judikatur unterscheidet Kuhlens zwischen einer verfassungskonformen Auslegung in einem engen und einem weiten Sinn. Da letztere darauf zielt, das durch eine bestimmte Norm aufgeworfene verfassungsrechtliche Problem durch verfassungskonforme Auslegung *einer anderen Norm* zu lösen (S. 39 f.), könnte man insoweit vielleicht besser von *indirekter* verfassungskonformer Auslegung sprechen, aber das sind lediglich terminologische Fragen. Die Unterscheidung zwischen *materieller* und *formeller* Verfassungsgemäßheit von Gesetzesauslegungen (S. 45 ff.) ist mir nicht ganz klar geworden. Sie knüpft an dem Umstand an, dass sich verfassungsrechtliche Probleme bei der strafjuristischen Auslegung zum einen durch einen möglichen Verstoß (einer Norm oder einer Normdeutungsvariante) gegen Grundrechte ergeben können, zum anderen durch einen Verstoß gegen die durch Art. 103 Abs. 2 GG normierte Garantiefunktion gesetzlicher Bestimmtheit. Wenn Kuhlens den Begriff der formellen Verfassungswidrigkeit von Gesetzesinterpretationen aus dem letzteren Gesichtspunkt herleitet, dann ist jedenfalls nicht ohne weiteres erkennbar, was spezifisch einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG weniger „materiell“ macht, als etwa einen Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Kuhlens sieht diese Schwierigkeit durchaus, ordnet denn auch z.B. das Rückwirkungsverbot der materiellen Verfassungswidrigkeit zu (S. 47 f.) und spricht von Modifikationen, die der Umstand erfordert, dass materielle und formelle Verfassungsmäßigkeit sich nicht selten verschränken (S. 49 ff.). Gleichwohl meint er, dass die Unterscheidung im Kernbereich »unproblematisch« ist (S. 49).

IV. Im Fortgang wendet sich der Autor in besonders skrupulöser Weise zwei Entscheidungen aus neuerer Zeit zu, die auch in der Literatur sehr kontroverse Diskussionen ausgelöst haben. Zum einen die Entscheidung des BVerfG zur Frage der Strafbarkeit von Verteidigern wegen Geldwäsche (BVerfGE 110, 226), zum anderen das Urteil des BGH zur Frage der Vorteilsannahme bei Einwerbung von Wahlkampfspenden durch einen Amtsträger (BGHSt 49, 275). Die Rekonstruktion beider Entscheidungen kann hier nicht in all ihren Subtilitäten wiedergegeben werden. Dem Anspruch einer induktiven, der Rechtsprechung ihre Kriterien gleichsam ablauschenden Analyse, wird die überaus sorgfältige Darstellung voll gerecht. Nunmehr zeigt sich aber auch, dass Kuhlens der Argumentation der Justizpraktiker in der ein oder anderen Frage zuweilen deutlich widerspricht. So etwa hält er es im Zusammenhang der Problematik zur Geldwäsche für unzulässig, dass sich das BVerfG über die Klarstellung der Gebotenheit einer restriktiven Auslegung hinaus für eine bestimmte Auslegungsvariante entschieden hat,

ohne diese Entscheidung der Fachgerichtsbarkeit zu überlassen (S. 63 ff.).

Im Rahmen der Rekonstruktion des Parteispenden-Urteils gelangt der Autor schließlich zu einem Gesichtspunkt, den man sicherlich zu den zentralen Anliegen seiner Untersuchung rechnen kann. Kritisch fragt er, ob es aus der institutionellen Perspektive des Fachgerichts pragmatisch sinnvoll ist, bestimmte Bedenken, die bei offenkundig zu weiten Tatbestandfassungen gewissermaßen zum strafjuristischen Alltagsgeschäft gehören, stets mit dem Verweis auf Verfassungsrecht zu „überhöhen“ (S. 75). Seiner Ansicht nach ist dies weder geboten noch sinnvoll. Technisch ist eine argumentative Anbindung ans Verfassungsrecht zwar leicht zu bewerkstelligen, wie Kuhlens zeigt (S. 76), doch ist es aus Gründen der institutionellen Rationalität vernünftig, »dass Strafgerichte selbst dort, wo verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine *naheliegende* Gesetzesauslegung bestehen, die Entscheidung für ein anderes Verständnis nur dann mit dem Gebot verfassungskonformer Normerhaltung rechtfertigen, wenn dafür besondere Gründe sprechen« (S. 81). Dazu gehören etwa der explizite verfassungsgerichtliche Auftrag einer verfassungskonformen Auslegung oder Fälle, in denen es »als praktisch *sicher* erscheint, dass ein bestimmtes Gesetzesverständnis nicht nur sachlich verfehlt ist, sondern gegen die Verfassung verstößt, und wenn die *verfassungsrechtliche Begründung* die *Überzeugungskraft* der Argumentation steigert« (S. 81). Das letztgenannte Kriterium steht freilich auf schwankendem Grund, denn es ist ja gerade die Ansicht, dass der Bezug auf Verfassungsrecht die Argumentation kräftigt, warum in zunehmender Weise von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird. Wenn man mit einem so hohen Vertrauen an die Praxis der Gerichte herangeht, wie es Kuhlens tut, wird man es auch in dieser Frage dem Gespür der Praktiker überlassen müssen, dass sie es schon selbst merken, ab wann der inflationäre Gebrauch verfassungsrechtlicher Topoi kontraproduktive Effekte in bezug auf die argumentative Wirksamkeit hat.

V. Der Bedeutungszuwachs des Rekurses auf Verfassungsrecht, insbesondere auf Art. 103 Abs. 2 GG, so die Kerndiagnose von Kuhlens im letzten Abschnitt seiner Untersuchung, ist ambivalent (S. 87, s. auch S. 95) bzw. läuft sogar Gefahr, *Widersprüche* zu generieren (S. 90). Zwar sei es grundsätzlich zu begrüßen, dass gerade mit dem argumentativen Rekurs auf das Gesetzlichkeitsprinzip »einem Grundpfeiler unseres rechtsstaatlichen Strafrechts« (S. 87) zur Geltung verholfen werde, doch messe die juristische Argumentation im Umfeld von Art. 103 Abs. 2 GG häufig mit zweierlei Maß. In der fast schon routinierten Präferenz für teilweise auch fernliegende Deutungsvarianten aus dem Gesichtspunkt verfassungskonformer Restriktion werde verkannt oder übersehen, dass damit die Anforderungen an die gesetzliche Bestimmtheit überhaupt herabgesetzt werden (vgl. 89 f.). Mir leuchtet allerdings nicht ein, warum Kuhlens meint, man könne den drohenden Konflikt »nicht dadurch vermeiden, dass man bei der Verwerfung bestimmter Normverständnisse und bei Anerkennung anderer, normerhal-

tender Interpretationen unterschiedliche Anforderungen [...] stellt« (S. 90). Denn dass man in der Frage der Bestimmtheit mit zweierlei Maß misst, ist nur auf den ersten Blick unzulässig oder ungerecht. Der Konflikt kann dadurch aufgelöst werden, dass man die interpretatorische Ungleichbehandlung aus jenem Gedanken rechtfertigt, den man in der Frage des strafrechtlichen Analogieverbots ganz selbstverständlich zu handhaben gelernt hat. Analogieverbot heißt nichts anderes als das Verbot täterbelastender Analogie; damit sind den Täter *begünstigende* analoge Norminterpretationen gerade nicht ausgeschlossen. Der Vorschlag wäre also, bei täterbelastender Auslegung generell höhere Anforderungen an die semantische Bestimmtheit (etwa die Wortlautgrenze, vgl. S. 94) zu richten, während man im Falle täterbegünstigender Normauslegungen ein weitaus größeres Maß an semantischer Unbestimmtheit (gerade auch in Form der Privilegierung fernliegender Auslegungsvarianten) zulassen kann.

VI. Damit sind selbstverständlich nur vorläufige Argumente für eine mögliche Anschlussdiskussion gegeben. Es ist das große Verdienst von Kuhlen, mit der Erörterung der verfassungskonformen Auslegung von Strafgesetzen einen weiteren wichtigen Grund für die Notwendigkeit einer Wiederbelebung der juristischen Methodenlehre sichtbar gemacht zu haben. Man wird in der neueren Methodendiskussion kaum um dies Untersuchung herumkommen.

In einem letzten kurzen Abschnitt fasst der Autor die Ergebnisse seiner Studie noch einmal übersichtlich und prägnant zusammen. Allein auf diesen etwas mehr als vier Seiten (S. 101 ff.) finden sich derart viele diskussionswürdige Überlegungen, dass man vielleicht am besten die folgende – strategische – Lektüreprüfung gibt: Man lese zunächst die eben genannten letzten Seiten, die vom Autor so genannte »Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse«. Man wird sie natürlich nicht verstehen, ohne das Buch gelesen zu haben. Da man aber bei der Lektüre dieser Seiten schon ahnt, dass man es sich kaum leisten kann, sie nicht zu verstehen, muss man das Buch lesen.

Dr. **Jochen Bung**, Universität Frankfurt am Main.

Wolfgang Schomburg; Otto Lagodny; Sabine Gleß und Thomas Hackner: Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – International Cooperation in Criminal Matters. Kommentar zum IRG unter Einbeziehung der für den gesamten deutschsprachigen Raum wichtigsten Rechtshilfeinstrumente ergänzt um Rechtshilfetabellen sowie die wichtigsten Texte auch in englischer Sprache. 4., völlig neu bearbeitete Auflage, in Leinen, 2450 Seiten, 248,00 €, ISBN 3-406-52572-5, C.H.Beck, München 2006.

Mit dieser 4. Auflage des *Schomburg/Lagodny* steigt der Kommentar in der Beck'schen Kurzkommentarreihe nicht nur vom Zuschnitt her in die Liga des *Palandt* auf. Über die Aufnahme von zwei weiteren Stammbearbeitern (Prof. Dr. *Sabine Gleß*, Basel und Dr. *Thomas Hackner*, Hannover) und drei Gastkommentatoren (*Francois Bohner*, Eurojust, Wiss. Ass. Dr. *Christian Rosbaud*, LL.M, Univ. Salzburg und Dr. *Jan Christoph Nemitz*, IC-TY/ICTR) wurde der Kommentar auch inhaltlich beträchtlich erweitert. Man reagiert so auf die seit der 3. Auflage aus dem Jahr 1999 eingetretenen zahlreichen Neuerungen auf dem Gebiet der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, die bei deren Regulierung und Verbesserung nicht nur hilfreich waren, sondern die auch das – wie es die Autoren bezeichnen – wachsende „Vertragschaos“ befördert haben. Dieser Herausforderung haben sich die Autoren gestellt und sich neben einer Darstellung der großen Leitlinien und Wandlungsprozesse der internationalen Kooperation auch mit großer Akribie der Aufarbeitung und Entwirrung der völkervertraglichen Regelungsbestandes gewidmet. Wenn das Werk auch einen stolzen Preis hat, wurde mit ihm doch ein enormes Kompendium an Rechtsgrundlagen und Kommentierungen auf dem Stand November 2005 zusammengetragen, das seines Gleichen sucht. Dies sollte wie folgt zu erhellen sein:

Zunächst bringt der Kommentar systematisch Licht ins Dunkel der zahlreichen und vielgestaltigen Rechtsgrundlagen des Rechtshilferechts, indem er die im deutschsprachigen Raum anwendbaren Rechtsgrundlagen zusammen trägt. Auch dem mit den verschiedenen Ebenen der Rechtshilfeoperationen noch nicht vertrauten Leser wird schon in der vorzüglichen Einleitung des Kommentars geholfen: Hier wird das Rechtshilferecht als Recht verschiedener Ebenen („konzentrischer Kreise“) und Rechtsgrundlagen vorgestellt. Die wechselseitigen Abhängigkeiten und diesen Ebenen werden ebenso klar erläutert wie die gegenwärtigen Entwicklungsprozesse, die nachhaltig durch die Aktivitäten der Europäischen Union und die Etablierung internationaler Gerichtshöfe geprägt sind.

Was gehört nun zu den aufgenommenen Rechtsgrundlagen, die in sieben Hauptteile gegliedert und oftmals mit (den authentischen) englischen Übersetzungen publiziert werden? Natürlich findet sich eingangs das als nationales „Rechtshilfegrundgesetz“ dienende IRG. Ihm folgen die wichtigen Übereinkommen im Rahmen des Europarates einschließlich etwaiger Ergänzungsabkommen. Sodann werden die Übereinkommen der EU/EG und ihre Umsetzungsmechanismen aufgeführt, gefolgt vom Schengener Durchführungsübereinkommen in einem weiteren Hauptteil. Weitere wichtige Rechtshilfeübereinkommen Deutschlands mit einzelnen Staaten schließen sich ebenso wie deliktsbezogene multilaterale Verträge und das NATO-Truppenstatut an. Darauf folgend werden die Rechtsgrundlagen der internationalen Strafgerichtsbarkeit publiziert, um sodann auch die wichtigsten Teile des Rechtshilferechts der deutschsprachigen Länder Österreich, Schweiz und Liechtenstein abzudrucken. Dies ist aber noch nicht genug: Nach den sieben Hauptteilen

findet sich ein Anhang, in dem weitere bedeutsame Rechtsquellen abgedruckt werden, die zumeist kein originäres Rechtshilferecht darstellen. Aufgenommen sind etwa die wichtigen Menschenrechtsquellen IPbPR und EMRK, einschlägige Vorschriften des deutschen Bundesrechts (z.B. Auszüge aus GG, StPO, BKAG), die RiVAST (ohne Länderteil), das Wiener Vertragsrechtsübereinkommen und das Konsularrecht. Überaus hilfreiche Verzeichnisse wie etwa eine Fundstellensynopse über die im Rechtshilferecht nicht selten schwer verfügbaren Entscheidungen, eine Konventionenliste oder eine Rechtshilfetabelle zu den anwendbaren Vorschriften Deutschlands im Verhältnis zu einzelnen Staaten schließen das Buch ab, das selbstverständlich ein Sachwortverzeichnis kennt. Ergänzend ist auch ein Literaturverzeichnis aufgenommen, das Quellen in immensem Umfang erschließt, in dem allein vereinzelt ein wissenschaftlicher Beitrag fehlt oder auf Altaufgaben verwiesen wird (etwa auf *Villiger*, Handbuch EMRK, 1993).

Wer seinen Blick den Kommentierungen zuwendet, dem fällt – wie gesagt – zuerst die gelungene Einleitung auf. Sie ist gerade für den noch nicht mit der Rechtshilfe intim vertrauten Rechtsanwender zur (ggf. auch wiederholenden) Orientierung ein großer Gewinn. Auch der Aufbau des Buches wird darin erläutert. Eingängig geschrieben erschließt die Einleitung lehrbuchartig den Zugang zum enorm verzweigten Rechtshilferecht, seinen spezifischen Erscheinungsformen und der rapiden Weiterentwicklung. Sie wirkt dem drohenden „Chaos der Rechtsgrundlagen“ entgegen, das den Rechtsanwender angesichts der diversen Ebenen erwartet: Nationales Recht, Völkerrecht, das Recht der multi- und bilateralen Verträge, Recht im Rahmen des Europarates, der EG/EU etc., all dem muss der Rechtsanwender gerecht werden.

Die sodann gebotene Kommentierung des IRG im 1. Hauptteil bildet den Schwer- und Ausgangspunkt des Kommentars. Auf rund 400 Seiten wird das Gesetz näher gebracht. Die Kommentierungen zeichnen sich durch Detailfülle und auch dadurch aus, dass zu den Paragraphen einschlägige Parallelartikel völkerrechtlicher Abkommen bereits beim Normtext aufgeführt werden, was die Suche nach der Problemlösung im Fall einer Verdrängung des „Grundgesetzes IRG“ sehr erleichtert. So finden sich etwa beim politischen Delikt des § 6 IRG sogleich Hinweise auf die Art. 1 ff. EuTerrÜbk, welche das politische Delikt bei terroristischen Straftaten trotz deren politischer Motivation völkerrechtlich ausschließen. Dass man einmal einen Meinungsstand zum IRG nicht im Kommentar findet, dürfte die absolute Ausnahme sein. Allenfalls findet man etwas einmal nicht auf Anhieb (vgl. z.B. § 11 IRG, wo sich keine Erläuterung dazu findet, dass der Spezialitätsgrundsatz auch die Heranziehung weiterer Delikte zur Strafschärfung untersagt, was sich dann bei *Schomburg/Hackner* § 72 IRG Rn. 16 f. findet).

Durchgängig kommt im Kommentar etwa zum Auslieferungs(haft)recht (vgl. etwa *Schomburg/Hackner* Vor § 15 IRG Rn. 2 ff. und auch § 15 IRG Rn. 31) aber zum Beispiel auch beim Ordre-Public-Vorbehalt des § 73 S. 1

IRG (siehe mit Recht *Lagodny* § 73 IRG Rn. 14 ff. zum „Grundrechtsexportverbot“ des BVerfG) zum Ausdruck, dass die Kommentatoren bestrebt sind, den Geburtsfehler des internationalen Rechtshilferechts zu überwinden, nach dem insbesondere die Auslieferung eine Sache zwischen den Staaten allein ist, in welcher der Verfolgte mehr ein Objekt als ein Subjekt des Rechts darstellt. Die dreidimensionale Sicht, die heute überwiegend durch die Einbeziehung der völkerrechtlichen Menschenrechte Platz greift (vgl. *Ziegenhahn*, Der Schutz der Menschenrechte in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen [2002] m. Rez. *Gaede* HRRS 2006, 422 ff. und etwa *Schomburg/Hackner* Vor § 15 IRG Rn. 8) und die den Rechtsbetroffenen als Rechtsinhaber und Maßstab der internationalen Rechtshilfe begreift, prägt die Kommentierungen. Die Neuregelung des Europäischen Haftbefehls berücksichtigt die Kommentierung leider noch nicht, da das neue Gesetz bei Drucklegung noch nicht verabschiedet war (vgl. *Hackner* Vor § 78 IRG Rn. 1). Allerdings werden zu den §§ 78 ff. IRG mit Blick auf das Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl bereits Erörterungen geboten und auch das vorbildgebende Urteil des BVerfG selbst wird abgedruckt und erläutert, so dass über den Europäischen Haftbefehl durchaus wertvolle Informationen zu erlangen sind. Es bleibt abzuwarten, ob der Verlag hierzu vielleicht eine Ergänzung publizieren wird. Ein als Ergänzung gedachter Aufsatz ist freilich in der NStZ bereits erschienen (vgl. *Hackner/Schomburg/Lagodny/Gleiß*, NStZ 2006, 663 ff.). Dort verneinen die Autoren allerdings eine bestehende Rückwirkungsproblematik (Art. 7 EMRK) wohl etwas schnell. Denn gibt man die beiderseitige Strafbarkeit auf und fordert man nicht stets einen maßgeblichen Auslandsbezug der Tat, kann sich die Anwendung ausländischer Strafgesetze, die in fremder Sprache abgefasst und so kaum hinreichend publiziert sind, u.U. als rückwirkende Anwendung eines erst über das 2. EUHB anwendbaren ausländischen Strafgesetzes darstellen. Es würden Verfahrens- oder Vollstreckungshandlungen vorgenommen, die auf eine Bestrafung unter Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip abzielen könnten (vgl. zum einen allgemein zum Abstellen auf ausländische Eingriffsgesetze *Gaede* ZStW 115 [2003], 845, 863 ff., zum anderen sodann zum Haftbefehl konkret *Buermeyer* HRRS 2005, 273, 281 f., dessen Aufsatz die vier Autoren leider nicht berücksichtigen, obschon er eine Obiter-Äußerung des BVerfG geltend macht).

Weitere kommentierende Ausführungen finden sich sodann im 2. Hauptteil zum Europarat insbesondere zu folgenden Regelungen: Das Europäische Auslieferungsübereinkommen wird von *Schomburg* erläutert und in den Kontext der Verträge des Europarats überhaupt eingeordnet. Das Europäische Rechtshilfeübereinkommen wird von *Lagodny* eingeleitet und hin und wieder angemerkt. Auch zu den Zusatzprotokollen werden bisweilen Anmerkungen gegeben. Zur Vollstreckungshilfe geben *Schomburg/Hackner* Erläuterungen. Weitere Erläuterungen betreffen etwa die Bereiche „Cybercrime“, Geldwäsche und Korruption. Der 3. Hauptteil zur EU beginnt mit einleitenden Ausführungen von *Gleiß*. Kommentiert werden hier das EU-Auslieferungsübereinkommen und

das EU-Abkommen über eine vereinfachte und modernisierte Auslieferung. Der Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl ist abgedruckt. Das EU-Rechtshilfeübereinkommen wird einschließlich seines Zusatzprotokolls von *Gleß* zum Teil eingehender kommentiert. Der „Rahmenbeschluss Sicherstellungsanordnung“ (Beweismittel) wird abermals von *Gleß* eingeleitet, wobei sie vor allem auf eigene Vorarbeiten zurückgreift. Diverse weitere Rahmenbeschlüsse und Abkommen werden in diesem Teil gerade auch zur Strafvollstreckung und zu Delikten gegen die finanziellen Interessen der EU abgedruckt und vergleichbar erläutert bzw. eingeleitet. Hilfreiche Handreichungen zur Bedeutung von und zum Umgang mit Eurojust werden von *Bohner/Schomburg* niedergelegt. Auch das Europolübereinkommen findet sich von *Gleß* erläutert. Bereits durch diese Zusammenstellung gibt der Abschnitt einen ersten Eindruck von den Hauptentwicklungstrends unter dem Dach der Europäischen Union, namentlich institutionalisierte Kooperation, Einführung neuer Kooperationsparadigmen, Entstehung eines „Unionsstrafrechts.“

Im 4. Hauptteil wird von *Schomburg/Gleß* das SDÜG kommentiert, dessen praktische Bedeutung im Strafverfahren in den letzten Jahren insbesondere über sein Verbot der Doppelverfolgung nach Art. 54 SDÜ deutlich wurde, das im Kommentar von *Schomburg* weiterführend besprochen wurde. Die wichtigen Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen „van Straaten“ (C – 150/05) und „Gaspari“ (C – 467/04) ergingen erst nach Drucklegung und fanden deshalb keine Berücksichtigung. Auch der Schengen-Beitritt der Schweiz wird hier mit dem Abdruck des entsprechenden Abkommens verdeutlicht.

Bei den weiteren wichtigen Rechtshilfeverträgen des 5. Hauptteils werden zum NATO-Truppenstatut durch *Lagodny* Rechtsprechungshinweise gegeben. Zu den Rechtshilfeübereinkommen der Vereinten Nationen hat *Schomburg* hilfreiche Kurzübersichten verfasst, wobei bereits Palermo III aufgegriffen wird. Der 6. Hauptteil ist den erst in der letzten Dekade entstandenen transnationalen Strukturen des Völkerstrafrechts gewidmet. In ihm werden die Rechtsgrundlagen der internationalen Strafgerichtsbarkeit bzw. die Zusammenarbeit Deutschlands mit derselben von *Schomburg* und von *Nemitz* besprochen, der als Legal Officer am ICTY/ICTR tätig ist. Eingangs wird der Leser prägnant an die internationale Strafgerichtsbarkeit herangeführt, ein Überblick über die vorhandenen Aktivitäten und Institutionen wird dargeboten. Erfasst wird in Auszügen auch das IStGH-Statut. Das Völkerstrafgesetzbuch Deutschlands ist abgedruckt, indes nicht kommentiert. Auch die Zusammenarbeitsgesetze Österreichs, der Schweiz und Liechtensteins zum IStGH sind abgedruckt.

Im 7. Hauptteil erfolgt die Rückkehr ins nationale Recht. Es werden die Rechtshilfegesetze der deutschsprachigen

Nachbarländer publiziert und zum Teil kommentiert. Für Österreich und damit für das ARHG als maßgeblicher innerstaatlicher Rechtsgrundlage erfolgt dies durch *Rosbaud*, nachdem *Lagodny* einleitend einige Vorbemerkungen zu Besonderheiten aus deutscher Sicht verfasst hat. Abgedruckt sind auch weitere österreichische Rechtstexte. Für die Schweiz hat *Lagodny* die Rechtsgrundlagen und damit insbesondere das ISRG zusammengestellt und kurz eingeleitet. Gleiches erfolgte zu Liechtenstein. Im Anhang finden sich schließlich einleitende Ausführungen zu den aufgenommenen Menschenrechtstexten wie dem IPbPR, nicht jedoch auch Kommentierungen.

Mit diesen geschilderten Leistungen des Kompendiums wird deutlich, dass eine enorm wichtige Quelle für die souveräne Bewältigung von Rechtshilfefragen erschienen ist. Das Werk dürfte schon wegen der vergleichsweise oft auftretenden Rechtshilfefälle zwischen deutschsprachigen Staaten (siehe etwa nun BGH HRRS 2007 Nr. 107) und der erläuterten europäischen Abkommen nicht nur in Deutschland, sondern auch in Österreich und der Schweiz von großem Gewicht sein. Schade ist dabei nur, dass für das Schweizer ISRG noch keine Kommentierung aufgenommen wurde und dass die im Vergleich zum BVerfG oftmals konventionsfreundlichere Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts eher keine Rolle spielt (vgl. aber beispielsweise m.w.N. *BGer IA.225/2003*, Entscheid vom 25. November 2003, zu dem in der Schweiz lang anerkannten *ausnahmsweisen* Auslieferungshindernis infolge familiärer Sonderumstände, das in Deutschland erst heute anerkannt wird, vgl. OLG Karlsruhe NStZ 2005, 351 f.).

Im Rahmen der weiter dynamischen und beim Europäischen Haftbefehl bereits fortgeschrittenen Europäisierung der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen nimmt das Standardwerk einen gewichtigen Platz ein: Es dokumentiert und erläutert die internationale Rechtshilfe in einer Form, die ein sehr gutes praktisches Arbeiten mit den vorhandenen und anschwellenden Rechtsgrundlagen ermöglicht. Die betonte Einbeziehung der völkerrechtlich-menschenrechtlichen Entwicklungslinie des Rechtshilferechts erscheint insoweit auch als Garant dafür, dass der Kommentar gerade auch für anstehende Konfliktfälle regelmäßig tragfähige und zukunftsweisende Empfehlungen bietet. Das beeindruckende Kompendium der Autoren und Gastkommentatoren verdient eine gute Aufnahme. Die vierte Auflage dürfte die Stellung des *Schomburg/Lagodny/(Hackner/Gleß)* als *das* einbändige Standardwerk des Rechtshilfe- und insbesondere Auslieferungsrechts weiter ausbauen.

Karsten Gaede, Bucerius Law School (Hamburg)

Vollständige Rechtsprechung des BGH

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

69. BGH 1 StR 161/01 – Beschluss vom 18. Dezember 2006 (LG Bayreuth)

Keine zwingende Behandlung von ständig wiederholten Unmutsäußerungen eines Verurteilten als Rechtsmittel (Besonderheit bei Belehrung und Anfrage zu einem bestimmten Rechtsmittel; querulatorische Rechtsmittel; Kostenfolge).

Art. 19 IV GG; Vor § 296 StPO; § 333 StPO

70. BGH 1 StR 268/06 – Beschluss vom 19. Dezember 2006 (LG Offenburg)

BGHSt; Unterrichtung eines vorübergehend entfernten Angeklagten durch Mitverfolgung per Videoübertragung (Vergewisserung über etwaige technische Störungen); Ausschluss der Öffentlichkeit (erforderliche Beschlussbegründung).

§ 247 Satz 4 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 171b GVG; § 174 Abs. 1 Satz 3 GVG; § 336 Satz 2 StPO

71. BGH 1 StR 326/06 – Urteil vom 19. Dezember 2006 (LG München)

Aufklärungspflicht (Aufklärungsrüge; Verletzung durch zu weitgehende Zuerkennung eines Auskunftsverweigerungsrechts); Beweiswürdigung (lückenhafte; Zweifelsatz als Entscheidungsregel; überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 55 StPO; Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 152 Abs. 2 StPO

72. BGH 1 StR 488/06 – Beschluss vom 22. Dezember 2006 (LG Stuttgart)

Anhörungsfrage (Verfristung; mangelnde Glaubhaftmachung).

§ 356a StPO

73. BGH 1 StR 530/06 – Urteil vom 10. Januar 2007 (LG Bamberg)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Sicherungsverwahrung (Gefahr für die Allgemeinheit: Erfassung von Einzelpersonen, Familienangehörigen; Gefährlichkeitsprognose bei festgestelltem Hang).

§ 66 StGB

74. BGH 1 StR 534/06 – Beschluss vom 28. Dezember 2006 (LG Nürnberg)

Strafklageverbrauch – europäisches ne bis in idem (Schengener Durchführungsübereinkommen: deutscher Vorbehalt, Freispruch; gebotene Verfahrenseinstellung bei Verfahrenshindernis).

Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 54 SDÜ; § 206a StPO

75. BGH 1 StR 540/06 – Beschluss vom 20. Dezember 2006 (LG München)

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

76. BGH 1 StR 551/06 – Beschluss vom 19. Dezember 2006 (LG München)

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

77. BGH 1 StR 556/06 – Beschluss vom 6. Dezember 2006 (LG Nürnberg-Fürth)

Konkurrenzen bei der Beihilfe (fortlaufende Förderung der Taten als eine dauerhafte Beihilfebehandlung des Angeklagten; Ausschluss des Beruhens bei verändertem Konkurrenzverhältnis: hier Annahme von einer Tat statt vormals 47 Taten); Betrug bei Auftrennung so genannter „bundles“.

§ 263 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

78. BGH 1 StR 576/06 – Beschluss vom 20. Dezember 2006 (LG Ingolstadt)

Gefährliche Körperverletzung (Konkurrenzen: neuer Tatentschluss; gefährliches Werkzeug: Umfallen eines Schanks); Beweiswürdigung (Umgang mit Trinkmengenangaben des Angeklagten).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 52 StGB; § 261 StPO

79. BGH 1 StR 583/06 – Urteil vom 19. Dezember 2006 (LG Landshut)

Keine Verletzung der Öffentlichkeit durch teilweise Aufrechterhaltung der Öffentlichkeit (Recht auf Nichtöffentlichkeit); verminderte Schuldfähigkeit bei Sexualdelikten im hohen Alter; redaktioneller Hinweis.

§ 338 Nr. 6 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 176 StGB; § 21 StGB; § 336 Satz 2 StPO

80. BGH 1 StR 595/06 – Beschluss vom 20. Dezember 2006 (LG München)

Angemessene Rechtsfolge (eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts in Abhängigkeit vom Einzelfall; Verstoß gegen das Verwertungsverbot des § 63 BZRG).

§ 354 Abs. 1a StPO; § 46 StGB; § 63 Abs. 1 BRZG

81. BGH 1 StR 609/06 – Beschluss vom 11. Januar 2007 (LG Heidelberg)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht.

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

82. BGH 1 StR 617/06 – Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Ravensburg)

Unanwendbarkeit des Doppelverwertungsverbotes bei der Bemessung von Jugendstrafe.

§ 46 Abs. 3 StGB

83. BGH 4 StR 319/03 – Beschluss vom 7. Dezember 2006

Pauschgebühr für den Beigeordneten der Nebenklägerin (Behandlung von Auslagen).

§ 397 a Abs. 2 StPO a.F.; § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO; § 102 Abs. 1 BRAGO; § 99 Abs. 2 Satz 2 BRAGO; § 61 Abs. 1 Satz 1 RVG

84. BGH 4 StR 341/06 – Beschluss vom 17. Oktober 2006 (LG Landau)

Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (Anwendbarkeit bei Kindern).

§ 176 StGB; § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB

85. BGH 4 StR 369/06 – Beschluss vom 28. November 2006 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

86. BGH 4 StR 404/06 – Beschluss vom 28. November 2006 (LG Essen)

Tenorierung bei der Einziehung von Gegenständen.

§ 74 StGB; § 267 StPO

87. BGH 4 StR 411/06 – Beschluss vom 14. Dezember 2006 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

88. BGH 4 StR 412/06 – Beschluss vom 9. Januar 2007 (LG Frankenthal)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

89. BGH 4 StR 419/06 – Urteil vom 14. Dezember 2006 (LG Saarbrücken)

Totschlag (Schütteln eines Kleinkindes; Vorsatz); Mord (Prüfung niedriger Beweggründe bei Teilmotiv, Ruhe vor einem schreienden Kleinkind zu haben; Aggressionsdurchbruch bei nervlicher Überforderung; Handeln zur Verdeckung einer Straftat).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB

90. BGH 4 StR 421/06 – Beschluss vom 13. Dezember 2006 (LG Essen)

Rücktritt von einer Verbrechensverabredung; Verfall von Wertersatz (fehlerhafte Schätzung; faktische Verfügungsgewalt über das Erlangte bei organisierter Kriminalität).

§ 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73 a Satz 1 StGB; § 73 b StGB

91. BGH 4 StR 421/06 – Urteil vom 14. Dezember 2006 (LG Essen)

Bandenmitgliedschaft (Feststellungen) und Täterschaft und Teilnahme bei Bandendelikten (tatbezogene Prüfung); Strafzumessung (Revisibilität).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 46 StGB

92. BGH 4 StR 426/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Detmold)

Beweiswürdigung (Darlegungsmängel bei Aussage gegen Aussage); sexueller Missbrauch von Kindern; Strafzumessung (rechtsfehlerhafter Hinweis auf das Gesamttatbild ohne Bezugnahme auf konkrete einzelne straferschwere Umstände).

§ 261 StPO; § 174 StGB; § 46 StGB

93. BGH 4 StR 449/06 – Beschluss vom 9. Januar 2007 (LG Magdeburg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (ausreichende Feststellungen).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 353 Abs. 2 StPO

94. BGH 4 StR 452/06 – Beschluss vom 30. November 2006 (LG Münster)

BGHR; Revisibilität der Fristenregelung des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO für die Urteilsverkündung (Ordnungsvorschrift).

§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 StPO

95. BGH 4 StR 466/06 – Beschluss vom 11. Januar 2007 (LG Saarbrücken)

Versuchte schwere räuberische Erpressung (nicht erörterte Milderungsmöglichkeit); kurze Freiheitsstrafe; Doppelverwertungsverbot.

§ 255 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 47 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

96. BGH 4 StR 468/06 - Beschluss vom 5. Dezember 2006 (LG Hagen)

Verspätete Urteilsabsetzung (irrtümliche Fristberechnung; rechtfertigende Gründe).

§ 275 Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

97. BGH 4 StR 472/06 – Beschluss vom 14. Dezember 2006 (LG Halle)

Überhöhte Gesamtstrafenbildung (Summe der beiden Einzelstrafen); revisionsrichterliche Strafzumessung (angemessene Rechtsfolge; keine Anwendung auf zwingende Vorschriften).

§ 54 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

98. BGH 4 StR 484/06 – Beschluss vom 5. Dezember 2006 (LG Essen)

Gebotene nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung der ersten Vorverurteilung; Zeitpunkt beim Strafbefehl).

§ 460 StPO; § 55 StGB

99. BGH 4 StR 487/06 – Beschluss vom 19. Dezember 2006 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

100. BGH 4 StR 488/06 – Beschluss vom 19. Dezember 2006 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

101. BGH 4 StR 505/06 – Beschluss vom 7. Dezember 2006 (LG Detmold)

Adhäsionsverfahren (wirksamer Adhäsionsantrag als von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung: förmliche Zustellung, keine Heilung nach Schlussvortrag der Staatsanwaltschaft; keine Zurückverweisung).
§ 404 Abs. 1 Satz 3 StPO; § 354 StPO

102. BGH 4 StR 530/06 – Beschluss vom 19. Dezember 2006 (LG Rostock)

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Entbehrlichkeit nach § 72 StGB mit Blick auf eine Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus; Alkoholsucht und Alkoholüberempfindlichkeit).
§ 63 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB

103. BGH 4 StR 537/06 – Beschluss vom 19. Dezember 2006 (LG Hagen)

Freiwilligkeit des Rücktritts (Aufgeben der Tat; Abgrenzung des unbeeendeten vom beendeten Versuch nach der maßgeblichen Vorstellung des Angeklagten; sog. Rücktrittshorizont; fehlgeschlagener Versuch; mangelnde Feststellungen und Zweifelsgrundsatz).
§ 24 Abs. 1 StGB

104. BGH 5 StR 70/06 – Beschluss vom 11. Dezember 2006 (LG Bonn)

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

105. BGH 5 StR 292/06 – Beschluss vom 28. September 2006 (LG Hamburg)

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

106. BGH 5 StR 304/06 (alt: 5 StR 299/03) – Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Augsburg)

Untreue (Strafzumessung bei Nachteilstragung durch einen Dritten).
§ 266 StGB; § 46 StGB

107. BGH 5 StR 305/06 – Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Augsburg)

BGHSt; etwaige Folgen eines Widerrufs der Bewilligung von Rechtshilfe, wenn diese bereits abschließend verwertet wurde (Teilrechtskraft; Bindungswirkung und Selbstbindung; Rechtskraftdurchbrechung; Fall Schreiber); völkerrechtliche Verwertungsverbote oder Verfahrenshindernisse bei der Rechtshilfe (Täuschung; Spezialitätsgrundsatz); Untreue (Strafzumessung bei Nachteilstragung durch einen Dritten); Steuerhinterziehung; Abgabebetrag nach schweizerischem Recht.
§ 72 IRG; § 206a StPO; § 353 StPO; § 359 Nr. 5 StPO; § 46 StGB; § 266 StGB; § 370 AO; § 358 StPO

108. BGH 5 StR 315/06 – Beschluss vom 13. Dezember 2006 (LG Mühlhausen)

Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung von Amts wegen (Erörterungsmangel; Kompensation bei der Strafzumessung).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 344 Abs. 2 StPO; § 46 StGB

109. BGH 5 StR 354/06 - Beschluss vom 13. Dezember 2006 (LG Berlin)

Herabsetzung der Strafe durch das Revisionsgericht.
§ 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

110. BGH 5 StR 377/06 (alt: 5 StR 220/04) – Beschluss vom 12. Dezember 2006 (LG Berlin)

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

111. BGH 5 StR 401/06 – Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Berlin)

Vollendung bei der schweren Brandstiftung (ein zur Wohnung von Menschen dienendes Gebäude: Keller-raum; Inbrandsetzen; durch die Brandlegung ganz oder teilweise zerstört; Versuch: Eignung, das Feuer mitzuteilen).
§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 21 StGB; § 22 StGB

112. BGH 5 StR 425/06 – Urteil vom 13. Dezember 2006 (LG Dresden)

Minder schwerer Fall des besonders schweren Raubes (jugendtümliche Tat); Revisibilität der Strafzumessung (generalpräventive Überlegungen angesichts der Tatbegehung im Umfeld öffentlicher Verkehrsmittel; strafmildernde Bewertung erlittener Untersuchungshaft).
§ 250 Abs. 3 StGB; § 46 StGB

113. BGH 5 StR 437/06 – Beschluss vom 11. Dezember 2006 (LG Neuruppin)

Strafzumessung (Ungleichgewicht zwischen der Bestrafung brutaler Gewalttätigkeit einerseits und Vermögenskriminalität andererseits).
§ 250 StGB; § 224 StGB; § 46 StGB

114. BGH 5 StR 459/06 – Beschluss vom 13. Dezember 2006 (LG Potsdam)

Beweiswürdigung (Zweifelsgrundsatz bzw. dubio pro reo: Ausschluss anderer Geschehensabläufe); Mittäterschaft (Gesamtbetrachtung; Tatinteresse; Tatherrschaft); besonders schwerer Fall des Totschlages (besonders intensive Tatausführung; mangelnde Feststellungen).
§ 212 Abs. 2 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

115. BGH 5 StR 464/06 – Beschluss vom 14. Dezember 2006 (LG Dresden)

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

116. BGH 5 StR 469/06 – Beschluss vom 12. Dezember 2006 (LG Hamburg)

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

117. BGH 5 StR 472/06 – Beschluss vom 14. Dezember 2006 (LG Hamburg)

Besorgnis der Befangenheit bei Verletzung des Fragerechts, des Konfrontationsrechts der Verteidigung (Pflicht zur vorbeugenden Verlängerung der Sitzungszeiten bei der Vernehmung von Auslandszeugen; etwaiger Rügeverlust durch spätere Verfahrensabsprache).

§ 24 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 337 StPO

118. BGH 5 StR 489/06 – Beschluss vom 9. Januar 2007 (LG Dresden)

Urteilsgründe (keine, auch keine angesiegelte Bezugnahme auf ein früheres Urteil; Verständlichkeit; Gesamtstrafenbildung).

§ 267 StPO; § 55 StGB

119. BGH 5 StR 490/06 – Beschluss vom 11. Dezember 2006 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

120. BGH 5 StR 542/06 – Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung (Sozialprognose: Geldstrafe als einzige Vorstrafen, Nachtatverhalten, vollzogene Untersuchungshaft, allgemeine Elemente der Lebensführung, mangelnder fester Wohnsitz und mangelnde Arbeitsstelle).

§ 56 StGB

121. BGH 5 StR 545/06 – Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Berlin)

Erörterungsmangel zur Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

122. BGH 5 StR 550/06 – Beschluss vom 9. Januar 2007 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

123. BGer 1P.61/2006 - Urteil vom 25. April 2006 (KG St. Gallen)

Recht auf ein faires Verfahren (Konfrontationsrecht: Verwertungsverbot bei anonymen Zeugen: Zusicherung der Anonymität außerhalb von Fällen der organisierten Kriminalität; Verhältnismäßigkeit und ausschlaggebende bzw. wesentliche Bedeutung der Aussage; Verwertungsverbot und Beweiswertverbot; Gesamtbetrachtung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

124. BVerfG 2 BvR 237/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. April 2006 (LG Hamburg/AG Hamburg)

Anspruch auf Löschung von bei Dritten beschlagnahmten Datenträgern (informationelle Selbstbestimmung; Rechtsweg; Begriff des Betroffenen); Erschöpfung des Rechtsweges; Durchsuchung (keine eigene und unmittelbare Betroffenheit); Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 489 Abs. 2 StPO; § 23 EGGVG; § 24 EGGVG; § 94 StPO; § 102 StPO

125. BVerfG 2 BvR 902/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 29. Juni 2006 (LG Braunschweig/AG Braunschweig)

„Beschlagnahme“ von E-Mail in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (Fernmeldegeheimnis; informationelle Selbstbestimmung; Abschluss des Übertragungsvorganges); einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde; redaktioneller Hinweis.

§ 32 BVerfGG; Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 94 StPO; § 98 StPO; § 100a StPO

126. BVerfG 2 BvR 2557/06 – Beschluss vom 10. Januar 2007 (BGH/OLG Hamburg)

Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Begründungsgebot: Auseinandersetzung mit der Rechtslage nach einfachem Recht, der Verfassungsrechtsprechung und der angegriffenen Entscheidung, Substantiierungserfordernis); Fall Motassadeq (Schuldspruchänderung durch den Bundesgerichtshof; Zwischenrechtsbehelf); Nichtannahmebeschluss.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 238 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

127. BVerfG 2 BvR 958/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Dezember 2006 (LG Heidelberg/AG Heidelberg)

Adhäsionsverfahren; Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Befangenheit; Richterablehnung); verfassungskonforme Auslegung.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 403 StPO; § 404 Abs. 2 StPO; § 22 ff StPO

128. BVerfG 2 BvR 26/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Januar 2007 (BGH/OLG Düsseldorf)

Kein Zeugnisverweigerungsrecht für Gefängnisseelsorger (Ausschluss bei nicht seelsorgerischen Gesprächen; Beichtgeheimnis; Kernbereich privater Lebensgestaltung); Religionsfreiheit (Überzeugungen; innere Not); Berufsfreiheit (Abwägung des Strafverfolgungsinteresses mit Beeinträchtigungen der Berufsausübung durch Zeugenaussage); Freiheit der Person (Beugehaft; Verhältnismäßigkeit; Begründungsanforderungen); Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 4 Abs. 1 und 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO; § 70 StPO

129. BVerfG 2 BvR 803/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Dezember 2006 (OLG Oldenburg)

Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Erledigung; fortbestehendes Rechtsschutzinteresse); Anspruch auf ein faires Verfahren (sachwidrige Behandlung eines Antrages auf gerichtliche Entscheidung als Dienstaufsichtsbeschwerde); Hausverbot in einer Justizvollzugsanstalt.

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 119 Abs. 6 StPO; § 23 EGGVG

130. BVerfG 2 BvR 1349/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Juni 2006 (OLG München)

Informationelle Selbstbestimmung (unzulässige Weisung

im Rahmen der Führungsaufsicht zur Entbindung eines Arztes von der Schweigepflicht; Normenklarheit); Verfassungsmäßigkeit einer nach Erledigterklärung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus eingetretenen Führungsaufsicht (Unanwendbarkeit des Rückwirkungsverbot; kein Vertrauensschutz).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 7 EMRK; § 68 b Abs. 2 StGB; § 67 d Abs. 6 Satz 2 StGB; § 145a StGB

131. BVerfG 2 BvR 1392/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juni 2006 (OLG Koblenz/LG Koblenz)

Auferlegung von Gutachterkosten bei gerichtlichen Entscheidungen über die Fortdauer des Maßregelvollzugs (Resozialisierungsgebot; Veranlasserprinzip und Verschuldensprinzip).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 464a Abs. 1 Satz 2 StPO; § 454 Abs. 2 StPO; § 463 Abs. 3 StPO, § 67d StGB

132. BVerfG 2 BvR 1895/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Dezember 2006 (OLG Frankfurt am Main/LG Darmstadt)

Keine Strafe ohne Schuld („ne bis in idem“); Kindesentziehung (Dauerdelikt; Zäsurwirkung einer Verurteilung; neuerlicher Tatentschluss; fortgesetzte Unterlassung einer Zustimmungserklärung zur Ausreise eines Kindes aus Algerien); Zweck des Strafrechts (Schuldausgleich; kein Mittel zur Erzwingung unvertretbarer Handlungen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 13 StGB

133. BVerfG 2 BvR 2226/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Dezember 2006 (LG Mainz/AG Bingen am Rhein)

Gebot der Schuldangemessenheit der Strafe (Jugendstrafe; gefährliche Körperverletzung); Willkürverbot (Schwere der Schuld); Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 223 StGB; § 224 StGB; § 17 Abs. 2 JGG

134. BGH 2 StR 104/06 - Urteil vom 25. Oktober 2006 (LG Limburg)

Gesetzlicher Richter; Besetzungsrüge (Darlegung; Präklusion); Geschäftsverteilungsplan (Präsidiumsbeschluss; unzulässige Einzelzuweisung).

§ 338 Abs. 1 Nr. 1b StPO; § 222b Abs. 1 Satz 2 StPO; § 21e Abs. 3 GVG

135. BGH 2 StR 157/06 - Urteil vom 15. November 2006 (LG Frankfurt)

Gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern (Aufenthaltsgenehmigung; Duldung); Duldungsfiktion; Vorsatz bei zur selbständigen Tat aufgewerteten Beihilfe (Geltung der Beihilfemaßstäbe).

§ 92a AuslG a.F.; § 92 AuslG a.F.; § 69 Abs. 2 Satz 1 AuslG a.F.; § 27 StGB

136. BGH 2 StR 198/06 - Urteil vom 30. August 2006 (LG Frankfurt)

Bedingter Tötungsvorsatz (Totschlag; Wissenselement; Wollenselement); Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung; überspannte Anforderungen; absolute Gewissheit); Zweifelsatz (in dubio pro reo; Beweisregel; Rechtsfragen); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

137. BGH 2 StR 301/06 - Urteil vom 29. November 2006 (LG Köln)

Beihilfe zur Untreue (Feststellung der Haupttat; Gehilfenvorsatz); Geldwäsche; Begünstigung.

§ 27 StGB; § 266 StGB; § 257 StGB; § 261 StGB

138. BGH 2 StR 307/06 - Beschluss vom 21. Dezember 2006

Rechtliches Gehör im Revisionsrechtszug (Gehörsrüge; Gehör durch Vermittlung des Verteidigers).

§ 356a StPO

139. BGH 2 StR 324/06 - Beschluss vom 29. September 2006 (LG Koblenz)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache; Erheblichkeit; isolierter Vorfall; Zeitablauf; Gefährlichkeitsprognose).

§ 66b StGB

140. BGH 2 StR 339/06 - Beschluss vom 25. Oktober 2006 (LG Köln)

Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer (Unterrichtung bei mehrfacher Befragung eines Zeugen; Fragerecht; konkrete und wirksame Verteidigung).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 247 StPO

141. BGH 2 StR 340/06 - Urteil vom 18. Oktober 2006 (LG Aachen)

Bedingter Tötungsvorsatz (Darlegung; Urteilsgründe; Beweiswürdigung; Hemmschwelle; gefährliche Gewalttätigkeit; Erkennen; Vertrauen; affektive Einzelhandlung); Rücktritt vom Versuch.

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 24 Abs. 1 StGB

142. BGH 2 StR 359/06 - Beschluss vom 25. Oktober 2006 (LG Aachen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Teilnahme; Kurier).

§ 30 Abs. 1 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

143. BGH 2 StR 361/06 - Beschluss vom 22. Dezember 2006 (LG Frankfurt)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Angemessenheit des Rechtsfolge.

§ 154 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

144. BGH 2 StR 382/06 - Beschluss vom 22. November 2006 (LG Bonn)

Beleidigung durch sexuelle Handlung (Kundgabe der Missachtung); Körperverletzung durch nicht einverständlichen Geschlechtsverkehr (üble, unangemessene Behandlung; erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen

Wohlbefindens); Vergewaltigung (Feststellungen für eine Gewaltanwendung).

§ 185 StGB; § 223 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

145. BGH 2 StR 384/06 - Urteil vom 8. November 2006 (LG Frankfurt)

Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse (Blanko-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen); Betrug; Feststellung des Schuldumfanges bei Serientaten (Schätzung).

§ 278 StGB; § 263 StGB

146. BGH 2 StR 388/06 - Beschluss vom 17. November 2006 (LG Wiesbaden)

Betrug (Vermögensverlust großen Ausmaßes; besonders schwerer Fall); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 263 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

147. BGH 2 StR 391/06 - Beschluss vom 15. Dezember 2006 (LG Aachen)

Versuchte räuberische Erpressung; Rücktritt vom Versuch; Bedrohung.

§ 241 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB

148. BGH 2 StR 404/06 - Beschluss vom 29. November 2006 (LG Darmstadt)

Aufklärungspflicht (Beweisantrag auf die Vernehmung eines Auslandszeugen; Recht auf Ladung von Entlastungszeugen); Einschleusen von Ausländern.

§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; § 244 Abs. 5 S. 2 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

149. BGH 2 StR 429/06 - Beschluss vom 15. November 2006 (LG Köln)

Rechtsmittelverzicht durch Verteidiger (Ermächtigung des Angeklagten; anwaltliche Versicherung des Verteidigers).

§ 302 StPO

150. BGH 2 StR 434/06 - Beschluss vom 1. Dezember 2006 (LG Erfurt)

Sexueller Missbrauch eines Kindes (Vornahme einer nicht mit Manipulationen am Körper verbundenen sexuellen Handlung); Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger (Dritter).

§ 176 Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 180 Abs. 3 StGB

151. BGH 2 StR 435/06 - Urteil vom 29. November 2006 (LG Frankfurt)

Sexuelle Nötigung (Regelbeispiel; besonders schwerer Fall; minder schwerer Fall; Doppelverwertungsverbot); verminderte Schuldfähigkeit; Täter-Opfer-Ausgleich (Stehen zur Tat).

§ 177 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 21 StGB

152. BGH 2 StR 440/06 - Beschluss vom 29. November 2006 (LG Aachen)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

153. BGH 2 StR 442/06 - Beschluss vom 13. Dezember 2006 (LG Gießen)

Urteilsformel (Bezeichnung der angewendeten Vorschriften).

§ 260 Abs. 5 StPO

154. BGH 2 StR 444/06 - Beschluss vom 20. Dezember 2006 (LG Darmstadt)

Aufklärungspflicht; Ablehnung eines Beweisantrags (Begründungsanforderungen; Bedeutungslosigkeit); Beruhen.

§ 244 StPO; § 337 StPO

155. BGH 2 StR 447/06 - Beschluss vom 15. November 2006 (LG Bad Kreuznach)

Sexuelle Nötigung; Freiheitsberaubung; Konkurrenzen.

§ 177 StGB; § 239 StGB

156. BGH 2 StR 451/06 - Beschluss vom 15. Dezember 2006 (LG Aachen)

Tenorkorrektur (offensichtliches Schreibversehen).

§ 260 Abs. 4 StPO

157. BGH 2 StR 457/06 - Beschluss vom 15. November 2006 (LG Kassel)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (unselbständige Teilmenge; Konkurrenzen); Strafausspruch (Unrechtsgehalt des Tatgeschehens; Beruhen).

§ 29a BtMG; § 52 StGB; § 46 StGB

158. BGH 2 StR 465/06 - Beschluss vom 8. November 2006 (LG Hanau)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Feststellungen; Verhältnismäßigkeitsprinzip).

§ 63 StGB; § 261 StPO

159. BGH 2 StR 470/06 - Beschluss vom 7. Dezember 2006 (LG Köln)

Urteilsgründe (Weitschweifigkeit; Revisionsfestigkeit); Misshandlung von Schutzbefohlenen (rohe, gefühllose, das Leiden des Tatopfers missachtende Gesinnung); gefährliche Körperverletzung.

§ 223 StGB; § 224 StGB; § 225 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

160. BGH 2 StR 495/06 - Beschluss vom 1. Dezember 2006 (LG Limburg)

Versuchte räuberische Erpressung (Rücktritt).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

161. BGH 2 StR 497/06 - Beschluss vom 6. Dezember 2006 (LG Aachen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Symptomtat; Hang; Erörterungsmangel); Unerlässlichkeit kurzer Freiheitsstrafen.

§ 64 StGB; § 47 StGB; § 35 BtMG; § 36 BtMG

162. BGH 2 StR 515/06 - Beschluss vom 20. Dezember 2006 (LG Gießen)

Urteilsformel (Kennzeichnung einer Vergewaltigung).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

163. BGH 2 StR 520/06 - Beschluss vom 13. Dezember 2006 (LG Frankfurt)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Kompensation bei Einzelstrafen und Gesamtstrafe).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 54 StGB

164. BGH 2 StR 535/06 - Beschluss vom 20. Dezember 2006 (LG Frankfurt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe).

§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

165. BGH 2 ARs 462/06 / 2 AR 250/06 - Beschluss vom 29. November 2006

Anhörungsrüge.

§ 33a StPO

166. BGH 2 ARs 466/06 / 2 AR 273/06 - Beschluss vom 29. November 2006

Erzwingungshaft im Ordnungswidrigkeitenverfahren (Zuständigkeit: Anordnung; Vollstreckung).

§ 104 Abs. 1 Nr. 1 OWiG; § 97 Abs. 1 OWiG; § 82 Abs. 1 Satz 1 JGG; § 84 Abs. 2 Satz 2 JGG

167. BGH 2 ARs 495/06 / 2 AR 280/06 - Beschluss vom 29. November 2006

Jugendstrafe (Einleitung der Vollstreckung).

§ 110 Abs. 1 JGG; § 84 Abs. 2 JGG; § 36 Abs. 1 FGG

168. BGH 2 ARs 511/06 / 2 AR 286/06 - Beschluss vom 13. Dezember 2006

Übertragung der Sache (gewichtige Gründe; fallbezogene Sachkunde).

§ 12 Abs. 2 StPO

169. BGH 2 ARs 512/06 / 2 AR 300/06 - Beschluss vom 8. Januar 2007

Unzulässige Beschwerde; Fristverlängerung.

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

170. BGH 2 ARs 527/06 / 2 AR 277/06 - Beschluss vom 17. Januar 2007

Zuständigkeitsbestimmung (Entscheidung zur DNA-Untersuchung; Beschwerde; Ende der Zuständigkeitskonzentration beim Richter der Hauptsache: Rechtskraft).

§ 81g StPO; § 348 StPO

171. BGH 2 ARs 544/06 / 2 AR 307/06 - Beschluss vom 10. Januar 2007

Zuständigkeitsbestimmung.

§ 12 Abs. 2 StPO; § 42 Abs. 3 JGG

172. BGH 3 StR 204/06 - Urteil vom 16. November 2006 (LG Duisburg)

Bandenmäßiger Betrug (gefestigter Bandenwille; Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse; Verfolgung eigener Interessen; Gegenüberstehen).

§ 263 StGB

173. BGH 3 StR 240/06 - Beschluss vom 21. Dezember 2006

Einstellung des Verfahrens (geringe Schuld; CDU-Parteispende).

§ 153 Abs. 2 StPO

174. BGH 3 StR 246/06 - Urteil vom 31. August 2006 (LG Oldenburg)

Erpresserischer Menschenraub (Versuch; Vollendung; Zwei-Personen-Verhältnis; stabilisierte Bemächtigungssituation; Nötigungsmittel; Bemächtigungsmittel).

§ 239a StGB

175. BGH 3 StR 269/06 - Urteil vom 14. Dezember 2006 (LG Duisburg)

Vorbehaltene Sicherungsverwahrung (Ausschlussfrist); sinnvolle Vollzugsplanung; Rechtssicherheit (Rechtsstaatsprinzip); Recht auf Freiheit und Sicherheit.

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

176. BGH 3 StR 284/05 - Beschluss vom 12. Dezember 2006

Anhörungsrüge (rechtliches Gehör; Überraschungsentscheidung).

§ 356a StPO

177. BGH 3 StR 290/06 - Urteil vom 26. Oktober 2006 (LG Verden)

Sexueller Missbrauch (Aufklärungspflicht; Überzeugungsbildung).

§ 176 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

178. BGH 3 StR 294/06 - Urteil vom 16. November 2006 (LG Hannover)

Revision der Staatsanwaltschaft (Wirkung zugunsten des Angeklagten); gefährliche Gewalthandlung (Tötungsvorsatz; Erörterungsmangel); Körperverletzung mit Todesfolge; Gehilfenvorsatz; Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.

§ 301 StPO; § 261 StPO; § 27 StGB; § 227 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

179. BGH 3 StR 294/06 - Beschluss vom 16. November 2006 (LG Hannover)

Beschlussaufhebung.

§ 349 Abs. 4 StPO

180. BGH 3 StR 301/06 - Beschluss vom 21. Dezember 2006 (LG Itzehoe)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 44 StPO

181. BGH 3 StR 329/06 - Beschluss vom 21. November 2006 (LG Oldenburg)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 55 StGB

182. BGH 3 StR 345/06 - Beschluss vom 21. September 2006 (LG Hannover)

Schuldfähigkeit (hochgradige Alkoholisierung; Dämmerzustand; Halluzinationen); Gerontopsychiatrie; Überzeugungsbildung.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

183. BGH 3 StR 353/06 - Beschluss vom 19. Dezember 2006 (LG Wuppertal)

Einziehung; Verfall von Wertersatz.

§ 73a StGB; § 74 StGB

184. BGH 3 StR 360/06 - Urteil vom 9. November 2006 (LG Hannover)

Sicherungsverwahrung (nachträgliche; vorbehaltene); Hang zu erheblichen Straftaten; Prognoseentscheidung; neue Tatsache; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB; § 66 StGB; § 66a StGB; § 66b StGB; § 72 StGB

185. BGH 3 StR 366/06 - Urteil vom 23. November 2006 (LG Itzehoe)

Erpresserischer Menschenraub (Bemächtigungslage; Unausweichlichkeit).

§ 239a StGB

186. BGH 3 StR 374/06 - Beschluss vom 26. Oktober 2006 (LG Kleve)

Aufklärungspflicht; Zurückweisung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen (antizipatorische Beweiswürdigung; Bedeutung des Auslandszeugen); fehlerhafte Begründung für die Ablehnung eines Beweisantrags (Heilung in den Urteilsgründen; Beruhen).

§ 244 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

187. BGH 3 StR 392/06 - Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Lüneburg)

„Unechtes Unternehmensdelikt“ (Vorverlagerung der Vollendung; Erfolgsvorsatz des Teilnehmers; agent provocateur); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

§ 15 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB; § 29 BtMG

188. BGH 3 StR 425/06 - Beschluss vom 14. Dezember 2006 (LG Oldenburg)

Sachlicher Gehalt des Revisionsvorbringens; unbegründete Revision.

§ 344 StPO; § 349 Abs.2 StPO

189. BGH 3 StR 427/06 - Urteil vom 21. Dezember 2006 (LG Kleve)

Überzeugungsbildung (Einlassung des Angeklagten; Beweiswürdigung; Zweifelssatz); Beihilfe (keine Kausalität des Gehilfenbeitrags; Strafzumessung).

§ 261 StPO; § 27 StGB; § 46 StGB

190. BGH 3 StR 427/06 - Beschluss vom 21. Dezember 2006 (LG Kleve)

Zweifelssatz (Wirkstoffgehalt von Betäubungsmitteln; belegte Schätzung).

§ 261 StPO; § 29 BtMG

191. BGH 3 StR 427/06 - Beschluss vom 21. Dezember 2006 (LG Kleve)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (nicht geringe Menge; belegte Schätzung des Wirkstoffgehalts); Überzeugungsbildung (Zweifelssatz).

§ 29 BtMG; § 261 StPO

192. BGH 3 StR 428/06 - Beschluss vom 5. Dezember 2006 (LG Lübeck)

Akkusationsprinzip; Anklageprinzip; Anklageschrift (Konkretisierung der vorgeworfenen Tat; Eingrenzung des Verfahrensgegenstandes); Eröffnungsbeschluss.

§ 200 StPO; § 203 StPO

193. BGH 3 StR 436/06 - Urteil vom 21. Dezember 2006 (LG Hildesheim)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (nicht pathologische Persönlichkeitsstörung; andere schwere seelische Abartigkeit); verminderte Schuldfähigkeit (Rechtsfrage; normative Gesichtspunkte; Anforderungen der Rechtsordnung; Schwere des Delikts).

§ 63 StGB; § 21 StGB

194. BGH 3 StR 451/06 - Urteil vom 21. Dezember 2006 (LG Kiel)

Geiselnahme neben Vergewaltigung (erzwungene Ortsveränderung; Verbringen an einen Ort, an dem das Opfer dem ungehemmten Einfluss des Täters ausgesetzt ist); Strafzumessung.

§ 177 StGB; § 239a StGB; § 46 StGB

195. BGH 3 StR 464/06 - Beschluss vom 19. Dezember 2006 (LG Hildesheim)

Mordmerkmal der Heimtücke (Vertrauensbruch; Doppelverwertungsverbot).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

196. BGH 3 StR 465/06 - Beschluss vom 9. Januar 2007 (LG Düsseldorf)

Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Beiordnung eines verfügbaren Verteidigers).

§ 141 StPO

197. BGH StB 18/06 – Beschluss vom 31. Januar 2007 (Ermittlungsrichter des BGH)

BGHSt; online-Durchsuchung (Unzulässigkeit mangels Eingriffsermächtigung; kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis); Durchsuchung beim Beschuldigten (Offenheit; Verbot der heimlichen Durchführung; Hinzuziehungspflichten als wesentliche Förmlichkeit); informationelle Selbstbestimmung (Gesetzesvorbehalt; Anforderungen an eine Eingriffsermächtigung; keine Kombination von Eingriffsermächtigungen zur Schaffung nicht vorgesehener technischer Ermittlungsmaßnahmen; Normenklarheit); Beschwerde.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 8 EMRK; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO; § 106 Abs. 1 StPO; § 94 StPO; § 98 StPO