

SCHRIFTLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

(Bucerius Law School)

c/o RA Dr. iur. h.c.

Gerhard Strate

Holstenwall 7, 20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten
Gaede, Stephan Schlegel (Web-
master)

STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,
(Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-
Pedain, M.Jur. (Oxon), (Univ.
Cambridge); Prof. Dr. Diethelm
Kluszczewski (Univ. Leipzig); Prof.
Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-
Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg
i.Br. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale);
RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA
Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA
Markus Rübenstahl, mag. iur.
(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
Wohlens (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Frank Saliger*, Wiss. Ass. Dr. *Karsten Gaede*, Hamburg – **Rückwirkende Ächtung der Auslandskorruption und Untreue als Korruptionsdelikt – Der Fall Siemens als Startschuss in ein entgrenztes internationalisiertes Wirtschaftsstrafrecht?** S. 57

RA Dr. iur. h.c. *Gerhard Strate*, Hamburg – **Die Abschaffung des Revisionsrechts durch die Beweisverbotslehre** S. 76

RA Dr. *Ingo E. Fromm*, Koblenz – **Der strafrechtliche Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften durch das EU-Übereinkommen vom 26. Juli 1995** S. 87

Die Ausgabe umfasst vier Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

- EGMR ***Wieser und BICOS Beteiligungen GmbH v. Österreich* – Beschlagnahme von elektronischen gespeicherten Daten in einer Anwaltskanzlei**
- BVerfG **Begrenzt zulässige Online-Durchsuchung**
- BVerfG **Berücksichtigung der Rundfunkfreiheit im Strafverfahren**
- BVerfG **Sorgerechtsentscheidung nach Verdacht eines Ehrenmordes zulasten der Kindsmutter**
- BGH **Grenzen der Garantenstellung aus enger Gemeinschaftsbeziehung**
- BGH **Wissenszurechnung beim Betrug**
- BGHSt GS **Vollstreckungslösung nach rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung**
- BGHSt **Entscheidung über den Adhäsionsantrag nach Urteilsaufhebung**
- BGH **Verhandlung in Abwesenheit bei Einreise in einen Staat, in dem die Verhaftung droht**
- BGHR **Eigene Sachentscheidung bei Vorwegvollzug nach § 67 II 3, V 1 StGB n.F.**
- BGH **Keine allgemeine Hinweispflicht des Verteidigers zur Einhaltung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens**
- BGH **Unzulässige Divergenzvorlage zur verhältnismäßigen Strafzumessung beim Diebstahl geringwertiger Sachen**
- BGH **Auslegung der Gewerbsmäßigkeit**

Die Ausgabe umfasst 89 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

Ri Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. 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); RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); 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).

ISSN 1865-6277

9. Jahrgang, Februar 2008, Ausgabe

2

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

160. BVerfG 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 (Erster Senat) – Urteil vom 27. Februar 2008

Heimliche Infiltration informationstechnischer Systeme (Zulässigkeit als präventive Maßnahme; „Online-Durchsuchung“; Richtervorbehalt; Kernbereich privater Lebensgestaltung); allgemeines Persönlichkeitsrecht (Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme); Unverletzlichkeit der Wohnung (beschränkte Anwendbarkeit); Kommunikation im Rechnernetz (Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses; Sprachtelefonie); staatliche Teilnahme an öffentlicher Kommunikation (kein Grundrechtseingriff); Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen.

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 13 GG, Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG; § 5 Abs. 2 Nr. 11 VerfSchG-NRW

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. (BVerfG)

2. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen. Überragend wichtig sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Die Maßnahme kann schon dann gerechtfertigt sein, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit

feststellen lässt, dass die Gefahr in näherer Zukunft eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr für das überragend wichtige Rechtsgut hinweisen. (BVerfG)

3. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems ist grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen. Das Gesetz, das zu einem solchen Eingriff ermächtigt, muss Vorkehrungen enthalten, um den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu schützen. (BVerfG)

4. Soweit eine Ermächtigung sich auf eine staatliche Maßnahme beschränkt, durch welche die Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben oder darauf bezogene Daten ausgewertet werden, ist der Eingriff an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen. (BVerfG)

5. Nimmt der Staat im Internet öffentlich zugängliche Kommunikationsinhalte wahr oder beteiligt er sich an öffentlich zugänglichen Kommunikationsvorgängen, greift er grundsätzlich nicht in Grundrechte ein. (BVerfG)

6. Verschafft der Staat sich Kenntnis von Inhalten der Internetkommunikation auf dem dafür technisch vorgesehenen Weg, so liegt darin nur dann ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG, wenn die staatliche Stelle nicht durch Kommunikationsbeteiligte zur Kenntnisnahme autorisiert ist. (Bearbeiter)

7. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner besonderen Ausprägung als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme tritt zu den anderen Konkretisierungen dieses Grundrechts, wie dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sowie zu den Freiheitsgewährleistungen der Art. 10 und Art. 13 GG hinzu, soweit diese keinen oder keinen hinreichenden Schutz gewähren. (Bearbeiter)

8. Art. 10 Abs. 1 GG schützt nicht die Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen. (Bearbeiter)

9. Art. 13 Abs. 1 GG schützt nicht gegen die durch die Infiltration des Systems ermöglichte Erhebung von Daten, die sich im Arbeitsspeicher oder auf den Speichermedien eines informationstechnischen Systems befinden, das in einer Wohnung steht. Dieses Grundrecht ist jedoch u.A. dann berührt, wenn physisch in die Wohnung eingedrungen wird, um ein dort befindliches informationstechnisches System zu manipulieren oder das System verwendet wird, um bestimmte Vorgänge innerhalb der Wohnung zu überwachen, etwa indem die an das System angeschlossenen Peripheriegeräte wie ein Mikrofon oder eine Kamera dazu genutzt werden. (Bearbeiter)

10. Das Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme ist anzuwenden, wenn die Eingriffsermächtigung Systeme erfasst, die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in

wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten. (Bearbeiter)

11. Ein Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme ist auch schon dann anzunehmen, wenn die Integrität des geschützten informationstechnischen Systems angetastet wird, indem auf das System so zugegriffen wird, dass dessen Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können; dann ist die entscheidende technische Hürde für eine Ausspähung, Überwachung oder Manipulation des Systems genommen. (Bearbeiter)

12. Der Grundrechtsschutz umfasst sowohl die im Arbeitsspeicher gehaltenen als auch die temporär oder dauerhaft auf den Speichermedien des Systems abgelegten Daten. Er umfasst auch Datenerhebungen mit Mitteln, die zwar technisch von den Datenverarbeitungsvorgängen des betroffenen informationstechnischen Systems unabhängig sind, aber diese Datenverarbeitungsvorgänge zum Gegenstand haben. (Bearbeiter)

13. Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeits- und Integritätserwartung besteht unabhängig davon, ob der Zugriff auf das informationstechnische System leicht oder nur mit erheblichem Aufwand möglich ist. (Bearbeiter)

14. Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist nicht schrankenlos. Eingriffe können sowohl zu präventiven Zwecken als auch zur Strafverfolgung gerechtfertigt sein. (Bearbeiter)

15. Es ist nicht ausreichend, dass eine Norm *auch* zulässige Zwecke verfolgt. Eine Norm bedarf einer Rechtfertigung für ihr gesamtes Anwendungsfeld. (Bearbeiter)

16. Der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme stellt eine grundsätzlich geeignete Ermittlungsmaßnahme dar. (Bearbeiter)

17. In einem Rechtsstaat ist Heimlichkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen die Ausnahme und bedarf besonderer Rechtfertigung. (Bearbeiter)

18. Eine gesetzliche Ermächtigung zu einer Überwachungsmaßnahme, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren kann, hat so weitgehend wie möglich sicherzustellen, dass Daten mit Kernbereichsbezug nicht erhoben werden. Ist es - wie bei dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System - praktisch unvermeidbar, Informationen zur Kenntnis zu nehmen, bevor ihr Kernbereichsbezug bewertet werden kann, muss für hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase gesorgt sein. Insbesondere müssen aufgefundene und erhobene Daten mit Kernbereichsbezug unverzüglich gelöscht und ihre Verwertung ausgeschlossen werden. (Bearbeiter)

19. Kann die Kernbereichsrelevanz von zu überwachenden Vorgängen nicht vor oder bei der Datenerhebung abgeschätzt werden, ist es verfassungsrechtlich nicht

gefordert, den Zugriff wegen des Risikos einer Kernbereichsverletzung auf der Erhebungsebene von vornherein zu unterlassen. (Bearbeiter)

72. EGMR Nr. 74336/01 (4. Kammer) – Urteil vom 16. Oktober (Wieser und BICOS Beteiligungen GmbH v. Österreich)

Rechtswidrige Durchsuchung einer Anwaltskanzlei zur Erlangung elektronisch gespeicherter Daten und tatsächliche Wahrnehmbarkeit von Schutzrechten zugunsten der anwaltlichen Verschwiegenheit (Eingriff in das Privatleben, die Korrespondenz und die Wohnung bei Anwälten und bei juristischen Personen; Schutz von Mandanten; Beschlagnahme; Gesetzesvorbehalt im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK; erforderliche Schutzinstrumente gegen Willkür und Missbrauch; verhältnismäßige Rechtfertigung; tatsächliche Wahrung des nationalen Rechts auch beim Zugriff auf elektronisch gespeicherte Daten); redaktioneller Hinweis.

Art. 8 EMRK; Art. 13 GG; Art. 12 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 102 StPO; § 103 StPO; § 105 StPO; § 110 StPO; § 106 StPO

1. Die Durchsuchung einer Anwaltskanzlei zur Auffindung elektronisch gespeicherter Daten und deren Beschlagnahme greifen in das Recht auf Achtung der Korrespondenz gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK ein. Dabei ist keine Unterscheidung zwischen dem hiervon betroffenen Anwalt und einer juristischen Person zu treffen, die von den gespeicherten Daten betroffen ist.

2. Das nationale Recht muss in diesen Fällen adäquate und effektive Schutzinstrumente gegen jede Form von Willkür und Missbrauch vorsehen. Einzubeziehende Kriterien sind besonders, ob die Durchsuchung auf einem richterlichen Durchsuchungsbefehl und auf einem nachvollziehbaren Tatverdacht beruht, ob der Durchsuchungsumfang diesbezüglich angemessen limitiert ist und – wenn eine Anwaltskanzlei betroffen ist – ob die Durchsuchung in Anwesenheit eines unabhängigen Beobachters durchgeführt wird, um zu sichern, dass Material, welches der anwaltlichen Schweigepflicht unterliegt, nicht entfernt (beschlagnahmt) wird.

3. Nach nationalem Recht bestehende prozedurale Schutzinstrumente gegen Missbrauch und Willkür und zum Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit müssen auch bei der Suche nach elektronisch gespeicherten Daten tatsächlich eingehalten werden, damit eine Durchsuchung und Beschlagnahme im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK rechtmäßig ist (hier: inhaltliche Einsichtnahme aufgefundener Daten nur durch den Richter; Kontrolle der Durchsuchung über Zeugen/einen Vertreter der Anwaltskammer; Widerspruchsrechte; zeitnahe Dokumentation durch einen Bericht).

4. Schutzrechte gegen unverhältnismäßige und willkürliche Durchsuchungen müssen insbesondere im Fall der Durchsuchung einer Anwaltskanzlei tatsächlich wirksam sein.

5. Der besondere Schutz einer Anwaltskanzlei ist nicht nur dann erforderlich, wenn der von einer Durchsuchung betroffene Anwalt unmittelbar als Anwalt desjenigen Unternehmens auftritt, wegen dessen Verbindungen zu einem laufenden Strafverfahren die Durchsuchung

durchgeführt werden soll. Es genügen auch anzunehmende anwaltliche Tätigkeiten für Tochterunternehmen des besagten Unternehmens.

6. Der Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit dient auch dem Mandanten des Anwalts, so dass eine gegenüber dem Anwalt rechtswidrige Durchsuchung und Beschlagnahme auch das Recht des Mandanten verletzt.

7. Fehlen in den nationalen Beschlagnahme- und Durchsuchungsvorschriften spezielle Regelungen zum Zugriff auf elektronische Daten, dürfen diese Vorschriften durch die nationale Rechtsprechung auch gemäß Art. 8 EMRK erweiternd ausgelegt werden um auch elektronische Daten erfassen zu können, soweit eine solche erweiternde Auslegung nach nationalem Recht möglich ist.

155. BVerfG 1 BvR 620/07 (Erster Senat) – Beschluss vom 19. Dezember 2007 (Vors. der 8. GrStrK LG Münster)

Rundfunkfreiheit; Bericht über ein Strafverfahren; sitzungspolizeiliche Anordnung (Beschränkung von Ton- und Bildaufnahmen unmittelbar vor und nach der mündlichen Verhandlung und in den Sitzungspausen; Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten; Recht auf ein faires Strafverfahren: unbeeinträchtigte Teilhabe des Angeklagten, freier Verkehr mit dem Verteidiger, Vorverurteilung; Recht am eigenen Bild); Rechtsweg gegen sitzungspolizeiliche Anordnungen.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 176 GVG

1. Zur Berücksichtigung der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG beim Erlass sitzungspolizeilicher Anordnungen über Ton- und Bildaufnahmen unmittelbar vor und nach einer mündlichen Verhandlung sowie in Sitzungspausen. (BVerfG)

2. Es entspricht grundsätzlich dem im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip enthaltenen objektivrechtlichen Auftrag zur Sicherung der Möglichkeit der Wahrnehmung und gegebenenfalls Kontrolle von Gerichtsverfahren durch die Öffentlichkeit, die Medien darüber berichten zu lassen und dem Fernsehen audiovisuelle Aufnahmen zu ermöglichen. (Bearbeiter)

3. Die Gestaltung der gerichtlichen Verhandlung und der sitzungspolizeilichen Anordnungen liegt, soweit das Verfahrensrecht keine gegenläufigen Vorkehrungen trifft, im Ermessen des Vorsitzenden. (Bearbeiter)

4. Sein Ermessen hat der Vorsitzende unter Beachtung der Bedeutung der Rundfunkberichterstattung für die Gewährleistung öffentlicher Wahrnehmung und Kontrolle von Gerichtsverhandlungen sowie der einer Berichterstattung entgegenstehenden Interessen auszuüben und dabei sicherzustellen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Überwiegt das Interesse an einer Berichterstattung unter Nutzung von Ton- und Bewegtbildaufnahmen andere bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigende Interessen, ist der Vorsitzende verpflichtet, eine Möglichkeit für solche Aufnahmen zu schaffen (vgl. BVerfGE 91, 125, 138 f.). (Bearbeiter)

5. Zu berücksichtigen sind bei der Ermessensausübung auch der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beteiligten, namentlich der Angeklagten und der Zeugen, aber auch der Anspruch der Beteiligten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) sowie die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, insbesondere die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung (vgl. BVerfGE 103, 44, 64). Dabei kommt den gegenläufigen Belangen besonderes Gewicht zu, wenn die vom Gesetzgeber typisierend festgelegten personenbezogenen Voraussetzungen für den Ausschluss selbst der Saalöffentlichkeit vorliegen (siehe etwa § 48, § 109 Abs. 1 Satz 4 JGG, § 171a, § 172 Nr. 1a, Nr. 4 GVG). (Bearbeiter)

6. Personen, die im Gerichtsverfahren infolge ihres öffentlichen Amtes oder in anderer Position als Organ der Rechtspflege im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen, haben nicht in gleichem Ausmaße einen Anspruch auf Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte wie eine von dem Verfahren betroffene Privatperson (vgl. BVerfGE 103, 44, 69) oder wie anwesende Zuhörer. (Bearbeiter)

7. Bei der Bestimmung der Reichweite des Schutzes des Rechts am eigenen Bild ist allerdings zu berücksichtigen, dass zumindest ein Teil der Verfahrensbeteiligten sich regelmäßig in einer für sie ungewohnten und belastenden Situation befinden. Speziell auf Seiten der Angeklagten sind auch mögliche Prangerwirkungen oder Beeinträchtigungen des Anspruchs auf Achtung der Vermutung seiner Unschuld und von Belangen späterer Resozialisierung zu beachten, die durch eine identifizierende Medienberichterstattung bewirkt werden können (vgl. BVerfGE 35, 202, 226 ff.; 103, 44, 68). Dabei ist gerade auch im Blick auf die Suggestivkraft des Fernsehens der mögliche Effekt einer medialen Vorverurteilung zu bedenken. (Bearbeiter)

8. Die Aufzeichnung des Geschehens am Rande der Verhandlung kann den Angeklagten in seinem von § 148 Abs. 1 StPO verbürgten Recht auf ungehinderten Verkehr mit seinem Verteidiger beeinträchtigen und damit gegebenenfalls den Anspruch auf ein faires Verfahren tangieren (vgl. BVerfGE 49, 24, 55). Soweit Angeklagte ein berechtigtes Interesse an vertraulichem Austausch mit ihrem Verteidiger am Rande der Verhandlung haben und dessen Verwirklichung beeinträchtigt zu werden droht, muss dem durch sitzungspolizeiliche Anordnung entgegen gewirkt werden. Gleiches gilt für den Austausch zwischen Zeuge und Beistand. (Bearbeiter)

157. BVerfG 2 BvR 1061/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Dezember 2007 (OLG Karlsruhe/LG Karlsruhe/Justizvollzugsanstalt B.)

Beschäftigung Strafgefangener in privaten Unternehmerbetrieben; Resozialisierungsgebot; Rechtsstaatsprinzip; öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit der Vollzugsbehörde (Leitungsgewalt); Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz (umfassende Aufklärungspflicht im gerichtlichen Verfahren in Strafvollzugs-sachen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 12 GG; § 37 StVollzG; § 41 StVollzG; § 149 Abs. 4 StVollzG; § 109 StVollzG

1. Um den Anforderungen des Resozialisierungsgebotes an die Behandlung der Strafgefangenen gerecht werden zu können, muss die Vollzugsbehörde die öffentlichrechtliche Verantwortung für die Rechtsstellung des Gefangenen bei der zugewiesenen Pflichtarbeit (§§ 37, 41 StVollzG) mindestens in Gestalt einer Leitungsgewalt beibehalten (vgl. BVerfGE 98, 169, 209, 211).

2. Entscheidungen über die Zuweisung zur Pflichtarbeit und über die Ablösung von zugewiesener Pflichtarbeit bleiben auch dann originäre Aufgabe der Vollzugsbehörde und sind als Behandlungsmaßnahme (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 4 StVollzG) unter Berücksichtigung vollzuglicher wie grundrechtlicher Belange zu treffen, wenn der betreffende Gefangene in einem privaten Unternehmerbetrieb beschäftigt wird. Dem Unternehmen ist lediglich eine fachlich-technische Leitungsbefugnis eingeräumt (§ 149 Abs. 4 StVollzG).

3. Grundrechtserhebliche Belange, für die der Gefangene rechtlichen Schutz erwarten darf, müssen entweder, wie im Fall des freien Beschäftigungsverhältnisses (§ 39 Abs. 1 StVollzG), durch privatrechtliche Ansprüche gegenüber dem Unternehmer oder durch öffentlichrechtliche Verantwortlichkeiten der Anstalt geschützt sein.

4. Art. 19 Abs. 4 GG verpflichtet das Gericht im Verfahren nach den §§ 109 ff. StVollzG den Sachverhalt umfassend aufzuklären und dabei festzustellen, ob die Vollzugsbehörde als Voraussetzungen ihrer Entscheidung alle Tatsachen zutreffend angenommen und den zugrundegelegten Sachverhalt insgesamt vollständig ermittelt hat.

158. BVerfG 2 BvR 1219/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Januar 2008 (LG Bonn/AG Bonn)

Durchsuchung (Berufsgeheimnisträger; Arztpraxis; Unzulässigkeit bei bloß vagem Tatverdacht; geringer Schaden; Verhältnismäßigkeit).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Erforderlich zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung ist jedenfalls der Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde. Das Gewicht des Eingriffs verlangt Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liegt vor, wenn sich sachlich zureichende plausible Gründe für eine Durchsuchung nicht mehr finden lassen (vgl. BVerfGE 44, 353, 371 f.; 59, 95, 97).

2. Bei der Anordnung der Durchsuchung von Praxisräumen bei einem Tatverdacht gegen den betroffenen Arzt, ist bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit neben der Stärke des Tatverdachts und der Schwere der vermuteten Tat auch zu berücksichtigen, dass die Durchsuchung auch empfindliche Daten von Patienten betreffen kann.

156. BVerfG 2 BvR 294/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Januar 2008 (BFH/FG Rheinland-Pfalz)

Gleichheitsgrundsatz (Steuerrecht; strukturelles Vollzugsdefizit; Nichtdurchsetzbarkeit der Besteuerung; Belastungsgleichheit); Besteuerung von Wertpapierge-

schäften im Veranlagungszeitraum 1999; Nichtannahmebeschluss.
Art. 3 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG; § 370 AO; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Für den Veranlagungszeitraum 1999 bestand kein strukturelles Vollzugsdefizit hinsichtlich der Besteuerung von privaten Wertpapiergeschäften gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG. Die steuerliche Erfassung von Gewinnen aus der Veräußerung von Wertpapieren in diesem Zeitraum war nicht verfassungswidrig.

2. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verlangt für das Steuerrecht, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden. Wird die Gleichheit im Belastungserfolg durch die rechtliche Gestaltung des Erhebungsverfahrens prinzipiell verfehlt, kann dies die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlage nach sich ziehen.

3. Vollzugsmängel, wie sie immer wieder vorkommen können und sich tatsächlich ereignen, führen allein noch nicht zur Verfassungswidrigkeit der materiellen Steuernorm. Verfassungsrechtlich verboten ist jedoch der Widerspruch zwischen dem normativen Befehl der materiell pflichtbegründenden Steuernorm und der nicht auf Durchsetzung dieses Befehls angelegten Erhebungsregel. Die empirische Ineffizienz von Rechtsnormen führt nicht

ohne weiteres zur Gleichheitswidrigkeit, wohl aber das normative Defizit des widersprüchlich auf Ineffektivität angelegten Rechts.

159. BVerfG 1 BvR 2697/07 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 12. Dezember 2007 (OLG Hamm)

Unterlassen der Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater bei bestehendem Verdacht des Mordes an der Kindesmutter (Ehrenmord); Elternrecht; Willkürverbot (Unterlassen der Einholung eines Sachverständigengutachtens); Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Auseinandersetzung mit fachgerichtlicher Begründung; Subsidiarität; Begründungsanforderungen); Nichtannahmebeschluss.

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG; § 1680 Abs. 2 S. 2 BGB; § 92 BVerfGG; § 211 StGB

1. Die Fachgerichte sind von Verfassungs wegen nicht stets gehalten, ein Sachverständigengutachten einzuholen, wenn sie anderweitig über eine möglichst zuverlässige Entscheidungsgrundlage verfügen.

2. Zu einem Fall der Nichtübertragung der elterlichen Sorge auf den Vater, wenn gegen diesen oder einen seiner nahen Angehörigen der Verdacht besteht, die Kindesmutter getötet zu haben („Ehrenmord“).

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

123. BGH 5 StR 324/07 – Urteil vom 4. Dezember 2007 (LG Görlitz)

Garantenstellung aus enger Gemeinschaftsbeziehung und aus Ingerenz (Totschlag; Übernahme bedingter Hilfspflichten; gefahrerhöhendes Vorverhalten); Beihilfe zur unerlaubten Einreise; Einschleusen; unterlassene Hilfeleistung (Erforderlichkeit; Unglücksfall und Todeseintritt).

§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG; § 27 Abs. 1 StGB; § 96 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 AufenthG; § 212 StGB; § 13 StGB; § 323c StGB

1. Die bloße Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft begründet noch keine gegenseitigen Hilfspflichten. Dafür ist vielmehr die Übernahme einer Schutzfunktion gegenüber einem Hilfsbedürftigen aus dieser Gruppe vonnöten (vgl. BGHSt 48, 77, 91; BGH NJW 1987, 850 f.).

2. Eine über die Erfüllung der allgemeinen Hilfspflicht gemäß § 323c StGB hinausgehend übernommene Hilfspflicht begründet eine Garantenstellung jedenfalls dann nicht, wenn sie aufschiebend bedingt für das Eingreifen

eines weiteren Hilfwilligen gegeben wurde. War diese Bedingung nicht mehr erfüllbar, ergibt sich aus der einmal zugesagten Hilfe auch keine fortwirkende Pflicht zur Vornahme weiterer Hilfsmaßnahmen.

3. Ein gegen die Rechtsordnung verstoßendes Vorverhalten genügt zur Annahme einer Garantenstellung allein noch nicht, weil es zu vermeiden gilt, durch eine zu weite Ausdehnung der an das vorangegangene Vorverhalten anknüpfenden Handlungspflicht die von der Rechtsordnung – gemäß Art. 2 Abs. 1 GG – geschützte Handlungsfreiheit in größerem Umfang aufzuheben. Zur Annahme einer Garantenstellung ist es deshalb darüber hinausgehend im Sinne einer Eingrenzung erforderlich, dass der Täter durch sein Vorverhalten über die bloße Erfolgsursächlichkeit und Pflichtwidrigkeit hinaus die nahe Gefahr für den Schadenseintritt geschaffen hat (vgl. BGHSt 37, 106, 115 f.; BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantenstellung 7), was bei der Missachtung einer Vorschrift angenommen wird, die dem Schutz des betroffenen Rechtsguts dient (vgl. BGHSt aaO). Dazu zählt der Straftatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 27 Abs. 1 StGB nicht.

73. BGH 2 StR 336/07 - Beschluss vom 2. November 2007 (LG Frankfurt am Main)

Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch; korrigierter Rücktrittshorizont); Abtreibung (Begriff des Menschen; Abgrenzung von den Tötungsdelikten; durch Herbeiführung der Ausstoßung aus dem Mutterleib).

§ 24 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 218 StGB

1. Ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch ist ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist. Hierfür kommt es nicht darauf an, ob der Täter nach der letzten Ausführungshandlung erkennt, dass seine Tat nicht vollendet und sein Tatplan daher noch nicht verwirklicht ist. Fehlgelungen ist der Versuch vielmehr dann, wenn der Erfolgseintritt nach der letzten Ausführungshandlung im unmittelbaren Handlungsfortgang und mit nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr möglich ist und der Täter dies erkennt oder wenn der Täter den Erfolg subjektiv nicht mehr für möglich hält.

2. Für die Feststellung eines Fehlschlags ist auf den Erkenntnishorizont des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung abzustellen. Der ursprüngliche Tatplan spielt nur insoweit eine Rolle, als die Annahme eines Fehlschlags nahe liegt, wenn der Täter nach dem Scheitern seiner bisherigen Bemühungen die Notwendigkeit erkennt, Tathandlung und -ablauf grundlegend zu ändern oder ein ganz anderes als das bisher verwendete Tatmittel einzusetzen.

3. Maßgeblich für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche des § 218 StGB einerseits und der Tötungsdelikte andererseits ist der Zeitpunkt, zu dem die auf die Herbeiführung des Erfolgs gerichtete Handlung des Täters auf das ungeborene Leben einwirkt. Erfolgt also eine Einwirkung auf das Kind bereits vor der Geburt, tritt aber der Tod der Leibesfrucht erst nach der Geburt des Kindes ein, so kommt allein eine Strafbarkeit gemäß § 218 StGB in Betracht.

4. Zwar ist der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Fall der Verwirklichung des Abtreibungstatbestandes durch die Herbeiführung der Ausstoßung aus dem Mutterleib die Einschränkung zu entnehmen, die Tatbestandsverwirklichung setze hier voraus, dass das Kind in Folge des verfrühten Fruchtabgangs „alsbald“ nach dem Austritt aus dem Mutterleib stirbt (BGHSt 13, 21, 24). Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, dass der Tatbestand des § 218 Abs. 1 StGB nur bis zu dem Zeitpunkt verwirklicht werden könne, zu dem das ungeborene Kind bereits genügend ausgereift ist, um im Falle seiner Ausstoßung aus dem Mutterleib bereits selbständig weiterleben zu können. Vielmehr erfasst der Tatbestand gerade auch diejenigen Fälle, in denen die Einwirkung des Täters auf eine bereits selbständig lebensfähige Leibesfrucht zunächst zu einer Lebendgeburt geführt, das Kind jedoch die Verletzungen, die es durch die auf den verfrühten Abgang gerichteten Handlungen erlitten hatte, nicht überlebt.

5. Der Senat lässt offen, ob an dem Erfordernis eines „alsbaldigen“ Todeseintritts des lebend geborenen Kin-

des für die Erfüllung des Tatbestandes der Abtreibung überhaupt festzuhalten ist.

128. BGH 5 StR 392/07 – Urteil vom 6. Dezember 2007 (LG Berlin)

Notwehr (Erforderlichkeit; Gebotenheit bei Vorsatzprovokation); rechtsfehlerhaft lückenhafte Beweiswürdigung (selektive Konstanzprüfung bei Zeugenaussagen); Erlaubnistatumsstandsirrtaum (Erlaubnistatbestandsirrtaum; Entfallen des Vorsatzes analog § 16 Abs. 1 StGB).

§ 32 StGB; § 223 StGB; § 229 StGB; § 261 StPO; § 16 Abs. 1 StGB

Bei irriger Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts entfällt der Vorsatz wegen eines Irrtums nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB analog (vgl. BGHSt 45, 378, 384).

88. BGH 3 StR 325/07 - Urteil vom 6. Dezember 2007 (LG Hannover)

Versuch (unmittelbares Ansetzen); Überzeugungsbildung (kritische Prüfung eines Geständnisses bei vorheriger Drohung eines Richters mit der Verweisung an das Landgericht); Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion.

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 261 StPO; § 270 Abs. 1 StPO; § 136a StPO; § 308 StGB

1. Gemäß § 22 StGB liegt der Versuch einer Straftat vor, sobald der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Dies ist nicht erst dann der Fall, wenn er bereits eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt oder - bei mehraktigen Delikten - ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Auch eine frühere, vorgelagerte Handlung kann bereits die Strafbarkeit wegen Versuchs begründen. Dies gilt aber nur dann, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht.

2. Der Tatrichter darf seinem Urteil ein Geständnis nur zugrunde legen, das er auf Stimmigkeit geprüft hat. Dies gilt insbesondere für das Geständnis eines bis dahin den Tatvorwurf bestreitenden Angeklagten, das abgelegt worden ist, nachdem der Amtsrichter für den Fall weiteren Leugnens die Verweisung an das Landgericht unter dem Gesichtspunkt nicht ausreichender Strafbarkeit zur Debatte gestellt hatte.

87. BGH 3 StR 320/07 - Urteil vom 8. November 2007 (LG Osnabrück)

Tateinheit (Klammerwirkung) und Tatmehrheit bei Geiselnahme (konkludente Todesdrohung; Sich-Bemächtigen) und Nötigungen; Freiheitsberaubung.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 177 StGB; § 240 StGB; § 241 StGB; § 239b StGB; § 239 StGB

1. Grundsätzlich kann ein Delikt, das sich über einen gewissen Zeitraum hinzieht, andere Straftaten zu Tateinheit verbinden, die bei isolierter Betrachtung in Tatmehrheit zueinander stünden, wenn es seinerseits mit

jeder dieser Straftaten tateinheitlich zusammentrifft („Klammerwirkung“).

2. Diese Wirkung tritt jedoch dann nicht ein, wenn das Dauerdelikt in seinem strafrechtlichen Unwert, wie er in der Strafandrohung Ausdruck findet, deutlich hinter den während seiner Begehung zusätzlich verwirklichten Gesetzesverstößen zurückbleibt. Denn eine minderschwere Dauerstraftat hat nicht die Kraft, mehrere schwerere Einzelaten, mit denen sie ihrerseits jeweils tateinheitlich zusammentrifft, zu einer materiellrechtlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen.

119. BGH 4 StR 576/07 – Beschluss vom 11. Dezember 2007 (LG Saarbrücken)

Konkurrenzen (eine Tat im Rechtssinne trotz mehrerer natürlicher Handlungen); Neufassung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 52 StGB; § 53 StGB; § 64 StGB

1. Grundsätzlich sind mehrere natürliche Handlungen auch mehrere Taten im Rechtssinne. Eine Ausnahme besteht jedoch, wenn mehrere an sich selbständige Betätigungen zeitlich, räumlich und situativ derart miteinander verbunden sind, dass sie bei natürlicher Betrachtungsweise eine einheitliche Handlung bilden. Unter diesen Umständen ist von einer Tat im Rechtssinne auszugehen (BGHR StGB vor § 1/natürliche Handlungseinheit, Entschluss einheitlicher 13).

2. Zwar muss nach der Neuregelung des § 64 StGB die Maßregel nicht mehr zwingend angeordnet werden. Gleichwohl soll auch weiterhin, wenn die Voraussetzungen des § 64 StGB vorliegen, nur in besonderen Aus-

nahmefällen von der Unterbringung abgesehen werden.

129. BGH 5 StR 398/07 – Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafter Ausschluss einer verminderten Schuldfähigkeit bei antisozialer Persönlichkeitsstörung (schwere andere seelische Abartigkeit bei Mangel an jeglichem intaktem Sozialverhalten; Verminderung der Steuerungsfähigkeit trotz koordiniertem, planmäßigem Verhalten).

§ 21 StGB

1. Die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung ist nicht gleichbedeutend mit derjenigen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit (BGHSt 49, 347). Für diese Annahme und die Bewertung der Erheblichkeit der darauf beruhenden Verminderung der Steuerungsfähigkeit bedarf es einer Gesamtschau, ob die Störungen beim Täter sein Leben vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen belasten oder einengen wie krankhafte seelische Störungen (BGH NStZ 2006, 154). Es ist bei dieser Gesamtschau rechtsfehlerhaft, eine entsprechende Beeinträchtigung der Gesamtheit des Lebens des Angeklagten ohne weitere Begründung abzulehnen, wenn der im Urteil festgestellte Werdegang des Angeklagten keinen Lebensbereich erkennen lässt, der von einem intakten Sozialverhalten geprägt ist.

2. Auch bei geplantem und geordnetem Vorgehen kann die Fähigkeit erheblich eingeschränkt sein, Anreize zu einem bestimmten Verhalten und Hemmungsvermögen gegeneinander abzuwägen und danach seinen Willensentschluss zu bilden (BGH StraFo 2001, 249).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

105. BGH 1 StR 558/07 – Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Waldshut-Tiengen)

Betrug (Dreiecksbetrug; Wissenszurechnung; Umgehung der Ablieferungsverpflichtung bei Nebeneinnahmen auf kommunaler Ebene durch verdeckte Vergütungen; unbeachtliches Einverständnis des Geschädigten bei Gesetzesverstößen und bei beachtlichen Willensmängeln).

§ 263 StGB

1. Einzelfall der Betrugsstrafbarkeit bei der einvernehmlichen Umgehung einer kommunalen Ablieferungspflicht bezüglich der Nebeneinnahmen eines Bürgermeisters.

2. Ein Dreiecksbetrug ist bei positiver Kenntnis des geschädigten Dritten nicht stets ausgeschlossen. Ein tatsächliches Einverständnis des Geschädigten setzt voraus, dass ihm keine

wesentlichen Informationen unbekannt bleiben (hier: Fehldeklaration einer Vergütung als Aufwandsentschädigung).

148. BGH 5 StR 543/07 – Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Chemnitz)

Grundsätze der Auslegung der Gewerbsmäßigkeit (besonders schwerer Fall des Betrügers).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB

1. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will (st. Rspr.; BGHR StGB § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Gewerbsmäßig 1 m.w.N.). Gewerbsmäßigkeit setzt daher stets – im Unterschied zu den Voraussetzungen des Betrugstatbestandes – eigennütziges Handeln und damit tätereigene Einnahmen voraus.

2. Betrügerisch erlangte Betriebseinnahmen für den Arbeitgeber reichen nur dann aus, wenn diese dem Täter mittelbar – etwa über das Gehalt oder Beteiligung an Betriebsgewinnen – zufließen sollen (BGH NStZ 1998, 622, 623). Liegt die Eigennützigkeit vor, ist bereits die erste Tat als gewerbsmäßig begangen einzustufen, auch wenn es entgegen den ursprünglichen Intentionen des Täters zu weiteren Taten nicht kommt (BGHR aaO).

3. Wenn der Täter nur ein einziges, wenngleich für ihn auskömmliches Betrugsgeschäft plant, fehlt es an der Absicht wiederholter Tatbegehung. Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit wird nicht schon dann verwirklicht, wenn die vereinbarte Vergütung für ein einziges Geschäft in Teilbeträgen gezahlt werden soll (BGH, Urteil vom 4. April 1989 – 1 StR 87/89).

74. BGH 2 StR 372/07 - Urteil vom 21. Dezember 2007 (LG Köln)

Überzeugungsbildung; lückenhafte Beweiswürdigung; Bande; Jugendstrafe (schädliche Neigungen; Schwere der Schuld); „Kölner Jugendbande“.

§ 261 StPO; § 17 Abs. 2 JGG

1. Auch Straftaten, die in wechselnder Beteiligung ohne vorherige Tatplanung spontan aus der Situation heraus begangen werden, kann eine Bandenabrede zugrunde liegen, etwa wenn unter der Tätergruppe eine grundsätzliche Übereinkunft dahin besteht, in Zukunft sich ergebende Gelegenheiten entsprechend auszunutzen.

2. Der Umstand, dass eine Tätergruppe außer den gesetzlich umschriebenen Bandentaten weitere Straftaten anderer Art begeht, steht einer Bandenabrede nicht entgegen, sondern kann im Gegenteil eher ein Indiz für einen bandenmäßigen Zusammenschluss darstellen.

3. Werden in einem relativ kurzen Zeitraum zahlreiche schwere Straftaten begangen, drängt sich das Vorhandensein schädlicher Neigungen auf.

4. Schwere und besonders schwere Brandstiftung sowie schwerer Raub sind Verbrechen, deren Begehung im Regelfall die Verhängung von Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld rechtfertigt.

116. BGH 4 StR 459/07 – Urteil vom 20. Dezember 2007 (LG Landau)

Gefährliche Körperverletzung; Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen; sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person (sexualbezogene Handlung).

§ 224 StGB; § 201a StGB; § 179 Abs. 1, Abs. 5 StGB

Eine sexuelle Handlung im Sinne des § 179 Abs. 1 i.V.m. § 184 f Nr. 1 StGB liegt immer dann vor, wenn die Handlung objektiv, also allein gemessen an ihrem äußeren Erscheinungsbild, einen eindeutigen Sexualbezug aufweist. Ist dies der Fall, kommt es auf die Motivation des Täters nicht an. Es ist deshalb gleichgültig, ob die Handlung etwa aus Wut, Sadismus, Scherz oder Aberglaube vorgenommen wird. Auch eine sexuelle Absicht des

Täters ist in diesem Fall - anders als bei äußerlich ambivalenten Handlungen - nicht erforderlich (vgl. BGHR StGB § 178 Abs. 1 sexuelle Handlung 6). Auch ein „dummer Jungenstreich“ verdrängt einen objektiv vorhandenen sexuellen Bezug nicht.

96. BGH 1 StR 86/05 – Urteil vom 18. Dezember 2007 (LG Mosbach)

Eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts (verfassungskonforme Auslegung des § 354 Abs. 1a StPO; keine Anwendbarkeit bei einer Schuldspruchänderung); Geiselnahme (einschränkende Auslegung im „Zweipersonenverhältnis“; Nötigungserfolg); Entziehung der Fahrerlaubnis.

§ 239b StGB; § 240 StGB; § 69 StGB; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 354 Abs. 1a StPO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es erforderlich, dass zwischen der Entführung eines Opfers und einer beabsichtigten Nötigung ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang derart besteht, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Entführung nötigen will (vgl. BGHSt 40, 350, 355, 359) und die abgenötigte Handlung auch während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll (BGHR StGB § 239b Entführten 4).

2. Eine vollendete Nötigung liegt bereits dann vor, wenn der Täter mehrere Verhaltensweisen des Opfers erstrebt, aber nur eine davon realisiert wird (BGH bei Dallinger MDR 1972, 386 f.), wobei auch das Erreichen eines Teilerfolges des Täters, der mit Blick auf ein weitergehendes Ziel jedenfalls vorbereitend wirkt, für eine Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB) ausreichend sein kann.

3. Ebenso kann eine beliebige Handlung, Duldung oder Unterlassung einen Nötigungserfolg im Sinne des § 239b StGB darstellen (BGH, Beschl. vom 2. Oktober 1996 - 3 StR 378/96). Jedenfalls solche Handlungen des Opfers, die eine nach der Vorstellung des Täters eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolgs darstellen, führen zur Vollendung der mit der qualifizierten Drohung erstrebten Nötigung (BGHR StGB § 239b Nötigungserfolg 1).

106. BGH 1 StR 576/07 – Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Ellwangen)

Einfache Körperverletzung (Behandlung des Heileingriffs); Körperverletzung mit Todesfolge.

§ 223 StGB; § 227 StGB

Der ärztliche Heileingriff stellt jedenfalls dann eine Körperverletzungshandlung dar, wenn es an einer wirksamen Einwilligung des Patienten bzw. bei minderjährigen Patienten von deren Eltern (Sorgeberechtigten) fehlt. Liegt eine Einwilligung vor, ist diese nur dann wirksam erteilt, sofern der Patient vor dem Eingriff in der gebotenen Weise über den Eingriff, seinen Verlauf, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen aufgeklärt worden ist (vgl. BGHSt 16, 309; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4 m.w.N.).

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

103. BGH 1 StR 411/07 – Urteil vom 18. Dezember 2007 (LG München)

Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Erfolgsaussicht; Hang; Ausgestaltung als Sollvorschrift); verminderte Schuldfähigkeit (Persönlichkeitsstörung, Alkoholeinfluss und pathologischer Trauerreaktion, schwere andere seelische Abartigkeit); Neuregelung der §§ 64 und 67 StGB und Geltung in der Revision.
§ 64 StGB; § 21 StGB; § 67 Abs. 2 StGB n.F.

1. Die Neuregelung des § 64 Satz 2 StGB bestimmt, dass die Anordnung der Unterbringung nur dann ergehen darf, wenn eine hinreichend konkrete Erfolgsaussicht besteht, die untergebrachte Person zu heilen oder über eine nicht unerhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf den Hang zurückgehen. Die Anordnung dieser beschweren den Maßregel ist demnach nur dann vorgesehen, wenn sie geeignet ist, den Schutzzweck gerade durch eine Behandlung zu erreichen (vgl. BVerfGE 91, 1, 28 f.).

2. Die Rechtsprechung, nach der mangelhafte oder fehlende Sprachkenntnisse des Angeklagten bei der Unterbringungsanordnung außer Betracht zu bleiben haben (BGHSt 36, 199; BGH NStZ-RR 2002, 7), wird in dieser Allgemeinheit unter der Geltung des neuen Rechts nicht aufrecht zu erhalten sein. Die Neufassung des § 64 StGB ermöglicht es nunmehr, in den Fällen, in denen die Ausgangsbedingungen sehr ungünstig sind, von der Anord-

nung der Unterbringung Abstand zu nehmen und dadurch den Maßregelvollzug von einem faktisch nicht zu leistenden Therapieaufwand zu entlasten, der für die aussichtsreichen Fälle die knappen Ressourcen entzieht.

131. BGH 5 StR 417/07 – Beschluss vom 7. Januar 2008 (LG Chemnitz)

Minder schwerer Fall des Totschlages und Strafrahmenschiebung gemäß § 21 StGB wegen verminderter Schuldfähigkeit (Verbrauch und Prüfungsreihenfolge bei vertypten Milderungsgründen; Strafzumessung; Doppelverwertungsverbot); Grenzen der Versagung einer Strafmilderung wegen alkoholbedingter verminderter Schuldfähigkeit.
§ 212 StGB; § 213 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 50 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB

Liegt mit § 21 StGB ein so genannter vertypter Milderungsgrund vor und trifft ein derartiger Milderungsgrund mit allgemeinen (nicht vertypten) Milderungsgründen zusammen, so ist im Rahmen der gebotenen Gesamtbeurteilung aller maßgebenden Strafzumessungstatsachen zunächst – unter Ausklammerung des besonderen Grundes – allein auf die allgemeinen Milderungsgründe abzustellen. Führt diese Prüfung nach Auffassung des Tatrichters bereits zur Annahme eines minder schweren Falles, dann kann (§§ 21, 23 Abs. 2 StGB) oder muss (§ 27 Abs. 2 Satz 2 StGB) der so gefundene Strafrahmenschiebung nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Das Verbot der Doppelverwertung (§ 50 StGB) steht dem nicht entgegen.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

154. BGH GSSt 1/07 – Beschluss vom 17. Januar 2008 (BGH)

BGHSt; Kompensation einer Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung durch Vollstreckungslösung (Strafzumessungslösung; gesetzliche Mindeststrafe; lebenslange Freiheitsstrafe; Einstellungen; Verfahrenshindernis; Gesamtstrafenbildung); Recht auf Beschwerde; Gesetzesbindung der Strafgerichte; Aussetzung zur Bewährung (Funktion der Strafe).

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 34 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 StGB; § 211 StGB; § 56 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 59 StGB; § 60 StGB; § 153 StPO; § 153a StPO

1. Ist der Abschluss eines Strafverfahrens rechtsstaatswidrig derart verzögert worden, dass dies bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs unter näherer

Bestimmung des Ausmaßes berücksichtigt werden muss, so ist anstelle der bisher gewährten Strafminderung in der Urteilsformel auszusprechen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt. (BGHSt)

2. Der überlangen Verfahrensdauer wird mit der Vollstreckungslösung nicht jede Bedeutung als Strafzumessungsgrund genommen. Sie bleibt bedeutsam, weil allein schon durch einen besonders langen Zeitraum, der zwischen der Tat und dem Urteil liegt, das Strafbedürfnis allgemein abnimmt. Sie behält ihre Relevanz aber gerade auch wegen der konkreten Belastungen, die für den Angeklagten mit dem gegen ihn geführten Verfahren verbunden sind und die sich generell um so stärker mildernd auswirken, je mehr Zeit zwischen dem Zeitpunkt, in dem er von den gegen ihn laufenden Ermittlungen erfährt, und dem Verfahrensabschluss verstreicht; diese sind bei der Straffindung unabhängig davon zu berücksichtigen, ob die Verfahrensdauer durch eine rechtsstaatswidrige Verzögerung mitbedingt ist (vgl. BGH NJW 1999, 1198; NStZ 1988, 552; 1992, 229, 230). (Bearbeiter)

3. In Fällen, in denen das gebotene Maß der Kompensation die schuldangemessene (Einzel-)Strafe erreicht oder übersteigt, ist - wie bisher - die Anwendung der §§ 59, 60 StGB oder die (teilweise) Einstellung des Verfahrens nach Opportunitätsgrundsätzen zu erwägen (§§ 153, 153a, 154, 154a StPO); gegebenenfalls ist zu prüfen, ob ein aus der Verfassung abzuleitendes Verfahrenshindernis der Fortsetzung des Verfahrens entgegensteht. (Bearbeiter)

4. Die EMRK ist unmittelbar geltendes nationales Recht. Ihre Gewährleistungen sind durch die deutschen Gerichte wie anderes Gesetzesrecht des Bundes (zum Beispiel: die StPO) im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden (BVerfGE 111, 307, 323). Hierbei ist auch das Verständnis zu berücksichtigen, das sie in der Rechtsprechung des EGMR gefunden haben. Auf dieser Grundlage ist das nationale Recht unabhängig von dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens nach Möglichkeit im Einklang mit der EMRK zu interpretieren (vgl. BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 324). (Bearbeiter)

5. Die Kompensation für eine konventionswidrige Verfahrensverzögerung dient nach der EMRK allein dem Ausgleich eines durch die Verletzung eines Menschenrechts entstandenen objektiven Verfahrensunrechts. Sie ist Wiedergutmachung und soll eine Verurteilung des jeweiligen Vertragsstaates wegen der Verletzung des Rechts aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK verhindern. Auf diese Wiedergutmachung hat der Betroffene gemäß Art. 13 MRK Anspruch, wenn die Konventionsverletzung nicht präventiv hat verhindert werden können (vgl. EGMR NJW 2001, 2694, 2698 ff.). Ist sie geleistet, so entfällt die Opfereigenschaft des Betroffenen im Sinne des Art. 34 MRK (vgl. EGMR StV 2006, 474, 477 f.). Das Gewicht der Tat und das Maß der Schuld sind dabei als solche weder für die Frage relevant, ob das Verfahren rechtsstaatswidrig verzögert worden ist, noch spielen diese Umstände für Art und Umfang der zu gewährenden Kompensation eine Rolle. Diese ist vielmehr allein an der

Intensität der Beeinträchtigung des subjektiven Rechts des Betroffenen aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK auszurichten. (Bearbeiter)

97. BGH 1 StR 275/07 - Beschluss vom 7. November 2007 (LG Stuttgart)

Anwesenheitsrecht des Angeklagten (Verhandlung in Abwesenheit bei eigenmächtigem Entfernen: hier Einreise in einen Staat, in dem eine Verhaftung droht; Schweiz; Unschuldsvermutung); Recht auf ein faires Verfahren (rechtliches Gehör); Geldfälschung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (notorische Überlastung von Wirtschaftsstrafkammern).

Art. 6 EMRK; § 230 StPO; § 231 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 146 StGB

1. Über den bloßen Wortlaut des § 231 Abs. 2 StPO hinaus muss der Angeklagte seine Pflicht zum Verbleiben oder Wiedererscheinen eigenmächtig verletzt haben, denn bei genügender Entschuldigung kann sein Erscheinen auch sonst nicht erzwungen werden (vgl. § 230 Abs. 2 StPO). Eigenmächtig handelt der Angeklagte, der ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe wissentlich seiner Anwesenheitspflicht nicht genügt (BGHSt 37, 249, 255; BGHR StPO § 338 Nr. 5 Angeklagter 24).

2. Nicht erforderlich ist die Feststellung, dass der Angeklagte versucht habe, im Sinne einer Boykottabsicht den „Gang der Rechtspflege“ zu stören oder ihm „entgegenzutreten“ (vgl. BGHSt 37, 249, 254 f. m.w.N.). Eigenmächtig einem Fortsetzungstermin fern bleibt danach auch der Angeklagte, der sich schon vor dem angesetzten Termin wissentlich und ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund, d.h. ohne Not, in eine Lage begibt, die für ihn vorhersehbar mit dem erheblichen Risiko verbunden ist, zum angesetzten Termin an der Teilnahme der Hauptverhandlung gehindert zu sein. Dem eigenmächtigen Ausbleiben im Sinne von § 231 Abs. 2 StPO steht es deshalb gleich, dass sich der Angeklagte nach der Vernehmung zur Sache - vorher gilt § 231a StPO - in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt (BGH NStZ 2002, 533, 535 m.w.N.).

3. Dem ist die Situation vergleichbar, wenn ein Angeklagter während einer laufenden Hauptverhandlung in Deutschland im Ausland vorsätzlich eine Straftat von Gewicht begeht, bei deren Entdeckung er mit seiner Verhaftung rechnen muss. Darauf, dass sich das mit der vorsätzlichen Straftat bewusst eingegangene Risiko der Festnahme und in der Folge der Unmöglichkeit der Teilnahme des Angeklagten an der Fortsetzung der Hauptverhandlung in Deutschland dann auch tatsächlich realisiert, muss sich der direkte Vorsatz nicht beziehen. Auch der Angeklagte, der darauf vertraut, seine (Auslands-)Tat werde nicht entdeckt oder er könne rechtzeitig fliehen, setzt das Haftungsrisiko wissentlich im Sinne von § 231 Abs. 2 StPO.

79. BGH 2 StR 477/07 - Urteil vom 28. November 2007 (LG Köln)

Mord (niedrige Beweggründe; motivlose Tötung; Verdeckungsabsicht; eskalierendes einheitliches Gesamtgeschehen; Zäsur); Beweiswürdigung (Gesamtwürdi-

gung; Ausschöpfung der Beweisanzeichen); Urteilsgründe (hypothetische Erwägungen); Aufhebung der Entscheidung über einen Adhäsionsantrag.

§ 211 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 406a Abs. 3 StPO

1. Wird auf die Revision der Staatsanwaltschaft ein Urteil im Schuld- und Rechtsfolgenausspruch mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, bleibt eine zugleich mit der Verurteilung erfolgte Entscheidung über einen Adhäsionsantrag hiervon unberührt; über ihre Aufhebung ist vom neuen Tatrichter auf der Grundlage des Ergebnisses der neuen Hauptverhandlung zu entscheiden. (BGHSt)

2. Hypothetische Erwägungen in den Urteilsgründen sind überflüssig und können die Annahme nahe legen, der Tatrichter habe selbst nur geringes Vertrauen in die Grundlagen seiner Entscheidung. (Bearbeiter)

3. Ihre Motivlosigkeit allein qualifiziert eine Tötung nicht zum Mord aus niedrigen Beweggründen, denn „kein Beweggrund“ ist nicht als „niedriger Beweggrund“ anzusehen. Dieses Mordmerkmal kommt vielmehr nur in Betracht, wenn der Täter gerade in dem Bewusstsein handelt, einen nachvollziehbaren Grund für eine Tötung gar nicht zu brauchen. Ein solches, das Leben des Tatopfers bewusst als von vornherein unbedeutende Größe behandelndes Handlungsmotiv ist mit dem Fehlen eines feststellbaren Motivs jedoch nicht gleichzusetzen. (Bearbeiter)

92. BGH 3 StR 390/07 - Beschluss vom 15. November 2007 (LG Lüneburg)

Dauer des Vorwegvollzugs (Bestimmung durch das Revisionsgericht); gesetzlicher Richter.

§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB nF; § 354 Abs. 1 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

1. Hat das Tatgericht die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt angeordnet und bestimmt, dass ein rechtsfehlerhaft errechneter Teil der zugleich verhängten Freiheitsstrafe gemäß § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB nF vorweg zu vollziehen ist, kann das Revisionsgericht analog § 354 Abs. 1 StPO den vorab zu vollstreckenden Teil der Strafe selbst festlegen, wenn der Strafausspruch keinen Rechtsfehler aufweist und die zur Therapie erforderliche Dauer der Unterbringung rechtsfehlerfrei festgestellt ist. (BGHR)

2. Unter diesen Voraussetzungen handelt es sich bei der Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs nicht um einen wertenden Akt der eigentlichen Strafzumessung, sondern um einen auf klaren gesetzlichen Vorgaben beruhenden reinen Rechenvorgang. Daraus folgt, dass einerseits jedwede Beeinträchtigung von Rechten des Angeklagten durch die Sachentscheidung des Revisionsgerichts ausgeschlossen ist und andererseits eine überflüssige Verlängerung des Verfahrens vermieden wird, die im Falle einer Zurückverweisung und Entscheidung erst nach neuer Hauptverhandlung eintreten würde. (Bearbeiter)

115. BGH 4 StR 400/07 - Beschluss vom 15. November 2007 (OLG Naumburg)

Voraussetzungen einer Divergenzvorlage (Abgrenzung von nicht vorlagefähigen Tatfragen und Rechtsfragen; verhältnismäßige Strafzumessung beim Diebstahl geringwertiger Sachen (kurze Freiheitsstrafe).

§ 121 GVG; § 47 StGB; § 46 StGB; § 242 StGB; § 247a StGB

1. Die Entscheidung, unter welchen Umständen die Grenzen schuldangemessenen Strafens überschritten sind und dadurch das Übermaßverbot verletzt ist, gehört zur Strafzumessung und ist als tatrichterliche Wertung tatsächlicher Umstände eine Frage des Einzelfalls, die der Klärung im Wege eines Vorlageverfahrens nicht zugänglich ist (vgl. BGHSt 27, 212, 214ff; NStZ 1983, 261, 262; 1988, 270 f.). Darauf, dass das vorliegende Oberlandesgericht die Frage als Rechtsfrage behandelt hat, kommt es nicht an (vgl. BGHSt 31, 314, 316; NStZ 1995, 409, 410).

2. Im Hinblick auf das Wesen der Strafzumessung, die zugleich tatrichterlicher Wertungsakt und Rechtsanwendung auf einen bestimmten Strafzumessungssachverhalt unter vom Gesetzgeber formulierte Strafzumessungskriterien und -leitlinien ist, muss daher in der Regel davon ausgegangen werden, dass sich die Rechtsausführungen der Obergerichte zu den Grenzen schuldangemessenen Strafens nur auf den der Entscheidung zugrunde liegenden Einzelfall beziehen (vgl. BGHSt 27, 212, 215 f.; 28, 318, 324 f.).

3. Die gesetzliche Regelung, die für den Diebstahl geringwertiger Sachen Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe androht, ist mit dem Grundgesetz vereinbar (BVerfGE 50, 205, 214 ff.). Auch die Verhängung einer die Mindeststrafe übersteigenden kurzen Freiheitsstrafe auch in Fällen des Diebstahls geringwertiger Sachen verfassungsgemäß sein kann, wenn der Täter mehrfach und überwiegend einschlägig vorbestraft ist (BVerfG, Beschluss vom 09.06.1994 - 2 BvR 710/94). Die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe gemäß § 47 StGB kommt nicht erst ab einer bestimmten Schadenshöhe in Betracht.

149. BGH 5 StR 549/07 - Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Chemnitz)

Begriff des Beweisantrages und fehlerhafte Ablehnung wegen Wahrunterstellung (Relativierung; Ablehnung wegen Bedeutungslosigkeit; fehlende allgemeine Hinweispflicht des Verteidigers; Verwirkung).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 7. Variante StPO

1. Der Angeklagte verwirkt sein Rügerecht nicht prinzipiell dadurch, dass er die fehlerhafte Verbescheidung (hier: Beweisantragsablehnung wegen Wahrunterstellung) in der Hauptverhandlung hinnimmt. Dem Verteidiger obliegt keine allgemeine Hinweispflicht zur Einhaltung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens (vgl. zu Art und Umfang der Pflichten des Verteidigers Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. vor § 137 Rdn. 1 und 2). Dies gilt insbesondere bei der mangelhaften Ablehnung eines Beweisantrags durch ein Gericht.

2. Eine Wahrunterstellung muss die behaupteten Tatsachen in ihrem wirklichen Sinn und vollen Inhalt ohne jede Einschränkung oder Verschiebung oder sonstige Änderung erfassen (BGH NJW 1968, 1293; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 33; BGH NSTZ 2003, 101). Das Tatgericht darf keine vereinfachte Ablehnung des Beweisantrags als bedeutungslos praktizieren, ohne den Angeklagten ausreichend über die Tatsachen zu informieren, welche die Annahme einer Bedeutungslosigkeit gerechtfertigt hätten (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 26; BGH, Beschluss vom 3. Juli 2007 – 5 StR 272/07 Rdn. 6).

133. BGH 5 StR 451/07 – Beschluss vom 5. Dezember 2007 (LG Hamburg)

Zulässig bedingter Beweisantrag (genügend bestimmte Beweisbehauptung; Behandlung eines offensichtlichen Missverständnisses; Bedeutungslosigkeit und Verbot der Beweisantizipation); Verwertungsverbot nach objektiv willkürlicher nichtrichterlicher Durchsuchungsanordnung (Unbeachtlichkeit eines hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungseingriffes; Eilkompetenz; redaktioneller Hinweise).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 105 StPO

1. Ein offensichtliches Missverständnis, dem Tatgericht nicht entgegengetreten ist, darf es nicht mit zur Grundlage der Ablehnung eines Beweisantrages machen.

2. 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 (BGH NJW 2005, 1132, 1133; BGH StraFo 2007, 378, 379). Die Ablehnung des Beweisantrags darf nicht dazu führen, dass aufklärbare zugunsten eines Angeklagten sprechende Umstände der gebotenen Gesamtabwägung im Rahmen der Beweiswürdigung entzogen werden (BGH aaO).

110. BGH 4 StR 306/07 – Urteil vom 20. Dezember 2007 (LG Paderborn)

Revisibilität der Beweiswürdigung (erschöpfende Würdigung belastender Indizien; überspannte Anforderungen und Lückenhaftigkeit: „geschlossene Indizienkette“).

§ 261 StPO

Fordert ein Gericht für seine Überzeugung eine „geschlossene Indizienkette“ geht es von einem falschen Ansatz aus und stellt zu hohe Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung. Auch Indizien, die einzeln nebeneinander stehen, aber jeweils für sich einen Hinweis auf die Täterschaft des Angeklagten enthalten, können in ihrer Gesamtheit die Überzeugung des Richters von dessen Schuld begründen (BGH, Urteil vom 29. August 2007 – 2 StR 284/07).

89. BGH 3 StR 341/07 – Beschluss vom 13. November 2007 (LG Stade)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Verfahrensrügen; rechtliches Gehör); gefährliche Körperverletzung (Würgen); Anordnung der Sicherungsverwahrung

(Hang; Gefährlichkeitsprognose; zulässiges Verteidigungsverhalten); Selbstbelastungsfreiheit (fares Verfahren); redaktioneller Hinweis.

§ 44 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; § 345 StPO; § 224 StGB; § 66 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

1. Ist die Revision des Angeklagten infolge der rechtzeitig erhobenen Sachrüge frist- und formgerecht begründet, so kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung von Verfahrensrügen nur ausnahmsweise bei besonderen Verfahrenslagen in Betracht, in denen dies zur Wahrung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) unerlässlich erscheint.

2. Eine solche Ausnahmesituation liegt nicht schon dann vor, wenn der Angeklagte von zwei Rechtsanwälten verteidigt wird, von denen einer rechtzeitig die Sachrüge erhoben und der andere die Revisionsbegründungsfrist für die Anbringung der Verfahrensrügen versäumt hat. Denn bei der Revision des Angeklagten handelt es sich unabhängig von der Anzahl der Verteidiger um ein einheitliches Rechtsmittel mit einer einheitlichen Begründungsfrist.

3. Zwar kann festes Würgen am Hals als lebensgefährliche Behandlung im Sinne des § 224 StGB anzusehen sein, doch reicht insoweit nicht jeder Griff aus, ebenso wenig bloße Atemnot. Von maßgeblicher Bedeutung sind Dauer und Stärke der Einwirkung, die abstrakt geeignet sein muss, das Leben des Opfers zu gefährden. Hierfür können bedeutsame Umstände etwa das Abschnüren der Halsschlagader, der Bruch des Kehlkopfknorpels oder massive Würgerkmale sein.

4. Ein teilweises Bestreiten des Anklagevorwurfs ist dem Angeklagten prozessual ebenso erlaubt wie das vollständige Leugnen der ihm zur Last gelegten Tat. Aus einem solchen zulässigen Verteidigungsverhalten darf auch im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose gem. § 66 StGB kein Schluss zu Lasten des Angeklagten gezogen werden.

130. BGH 5 StR 404/07 – Urteil vom 4. Dezember 2007 (LG Potsdam)

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme; Eigeninteresse; Bandenmitgliedschaft als besonderes strafschärfendes Merkmal); absoluter Revisionsgrund der Beschränkung der Öffentlichkeit (Darlegungsvoraussetzung an die Verfahrensrüge: Vortrag zum Beruhen; Verwirkung; Verbot einer Rekonstruktion der Hauptverhandlung).

§ 29 BtMG; § 30a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 338 Nr. 6 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG

1. Bei einem Teilfreispruch bedarf es bei der Rüge des § 338 Nr. 6 StPO durch einen formal fehlerhaften Ausschluss der Öffentlichkeit eines Vortrags [hier: pauschale Bezeichnung des Vernehmungsgegenstandes einer Zeugenaussage], der den Senat in die Lage versetzt, zu prüfen, ob § 338 Nr. 6 StPO deshalb unanwendbar ist, weil das Beruhen des Urteils auf dem Fehler denkgesetzlich

ausgeschlossen ist (vgl. BGHR StPO § 338 Aufhebungsumfang 1; § 338 Nr. 6 StPO Ausschluss 3).

2. Das Merkmal der Eigennützigkeit des Handeltreibens ist erfüllt, wenn der Angeklagte sich einen persönlichen Vorteil versprochen hat, durch den er materiell besser gestellt wird (vgl. BGHSt 34, 124, 126; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 48). Dies gilt auch, wenn der Angeklagte hofft, durch sein Tun die Begleichung einer ihm gegenüber und unabhängig von Betäubungsmittelgeschäften bestehenden Verbindlichkeit zu fördern.

124. BGH 5 StR 331/07 - Beschluss vom 5. Dezember 2007 (LG Leipzig)

Revisibilität der unterbliebenen Belehrung über ein Eidesverweigerungsrecht (Beruhen; Ausschluss einer überraschenden Eidesverweigerung; Beweiswürdigung). § 261 StPO; § 61 StPO; § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO

1. Über das Recht zur Verweigerung der Eidesleistung ist ein Zeuge auch dann zu belehren, wenn er über sein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 Abs. 1 StPO belehrt worden ist (BGHSt 4, 217, 218).

2. Ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 61 2. Halbsatz StPO ist kein absoluter Revisionsgrund; er führt nur dann zur Aufhebung des Urteils, wenn dieses auf der Rechtsverletzung beruht (vgl. BGHSt 4, 217, 218; BGHR StPO § 63 Verletzung 2).

3. Für die Frage, ob die Verurteilung auf dem Verfahrensfehler beruht, ist es ohne Bedeutung, ob das Gericht der Aussage der Zeugin auch geglaubt hätte, wenn es von der Vereidigung abgesehen hätte (vgl. BGHR StPO § 63 Verletzung 1; BGH StV 1991, 498; NStE Nr. 3 zu § 63 StPO).

4. Allerdings kann ein Beruhen des Urteils auf dem Unterbleiben der gebotenen Belehrung eines zur Verweigerung der Eidesleistung berechtigten Zeugen auch dann ausgeschlossen werden, wenn mit Sicherheit davon auszugehen ist, dass der Zeuge auch nach Belehrung über sein Eidesverweigerungsrecht den Eid geleistet hätte. Insoweit müssen dieselben Maßstäbe gelten, die der Bundesgerichtshof für das Unterbleiben der Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht aufgestellt hat (vgl. BGH StV 2002, 3). Danach kann sich solches nicht nur aus früheren Belehrungen oder sonstiger Kenntniserlangung von dem Weigerungsrecht (BGHR StPO § 52 Abs. 3 Satz 1 Verletzung 5) ergeben, sondern auch aus dem bisherigen Prozessverhalten (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 1993 – 5 StR 569/93) oder dem ersichtlichen Interesse des Zeugen am Ausgang des Verfahrens (vgl. BGH NJW 1986, 2121, 2122). Bei alledem kann außer auf das angefochtene Urteil auch auf den Akteninhalt zurückgegriffen werden (BGHR StPO § 52 Abs. 3 Satz 1 Verletzung 3 und 5; BGH NJW aaO).

98. BGH 1 StR 301/07 - Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Stuttgart)

Besorgnis der Befangenheit bei Verhandlungsgesprächen außerhalb der Hauptverhandlung mit einem Mitangeklagten, Unterrichtungspflicht nach Abwesenheit des Angeklagten; Augenscheineinnahme und Anwesenheit.

Art. 6 EMRK; § 338 Nr. StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 231b Abs. 2 StPO; § 231a Abs. 2 StPO; § 86 StPO

1. Einem Richter ist es nicht verwehrt, zwecks Förderung des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten auch außerhalb der Hauptverhandlung Kontakt aufzunehmen (BGHR StPO § 24 Abs. 2 Befangenheit 1; BGHSt 42, 46, 47 f.; BGH NStZ 1985, 36, 37 m.w.N.). Dabei hat er stets die gebotene Zurückhaltung zu wahren, um jeden Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden (BGH NStZ 1985, 36, 37). Ob ein Mitangeklagter aus der Fühlungnahme des Gerichts mit dem Verteidiger eines Angeklagten außerhalb der Hauptverhandlung eine Besorgnis der Befangenheit ableiten kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, unter anderem davon, ob er Grund zu der Annahme hat, ein solches Gespräch könne sich zu seinen Ungunsten auswirken (BGHR StPO § 24 Abs. 2 Befangenheit 1).

2. Nach § 231b Abs. 2 StPO ist der Angeklagte, sobald er wieder an der Hauptverhandlung teilnehmen darf, entsprechend § 231a Abs. 2 StPO von dem wesentlichen Inhalt dessen zu unterrichten, was in seiner Abwesenheit verhandelt worden ist. Für die Unterrichtungspflicht gelten hierbei die gleichen Grundsätze wie bei § 247 Satz 4 StPO. Die danach vorgeschriebene Unterrichtung erschöpft sich nicht in dem Zweck, einem Angeklagten die Möglichkeit zu gewähren, seinerseits Fragen an einen Zeugen zu stellen; er muss vielmehr über alles in Kenntnis gesetzt werden, was er wissen muss, um sich sachgerecht verteidigen zu können (vgl. BGHSt 1, 346, 350; 3, 384, 385). Hierzu gehören auch die in seiner Abwesenheit gestellten Anträge, abgegebenen Erklärungen und die inzwischen ergangenen Beschlüsse (vgl. BGHR StPO § 247 Satz 4 Unterrichtung 5; BGH StV 1993, 570; bei Becker NStZ-RR 2002, 70). Im Protokoll muss als wesentliche Förmlichkeit nur die Unterrichtung, nicht aber ihr Inhalt im Einzelnen beurkundet werden (BGH bei Dallinger MDR 1957, 267; BGH StV 1999, 637).

81. BGH 2 StR 510/07 - Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Frankfurt am Main)

Unzulässige Revision (isolierte unzulässige Verfahrensrüge; Begründungsanforderungen; ergänzende Berücksichtigung des Urteilsinhalts).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Das Revisionsgericht ist zwar nicht gehindert, bei Prüfung einer Verfahrensrüge den Urteilsinhalt ergänzend zu berücksichtigen, doch setzt dies die Erhebung der Sachrüge voraus.

2. Die Unzulässigkeit der Verfahrensrügen führt bei fehlender Sachrüge zur Unzulässigkeit der Revision insgesamt.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

91. BGH 3 StR 385/04 - Beschluss vom 13. Dezember 2007 (LG Wuppertal)

Dienstleistungsfreiheit (vorübergehende ärztliche Tätigkeit im Inland; europarechtskonforme Auslegung); Körperverletzung (Aufklärung über Ruhen der inländischen Approbation; Einwilligung; Selbstbestimmungsrecht des Patienten).

Art. 49 EGV; Art. 50 EGV; § 2 Abs. 3 BÄO; § 6 Abs. 3 BÄO; § 10b Abs. 1 BÄO; § 13 BÄO; § 1 Abs. 2 ZHG; § 18 Nr. 1 ZHG; § 223 StGB

1. Das durch § 13 BÄO strafbewehrte Verbot, den ärztlichen Beruf auszuüben, wenn die Approbation ruht (§ 6 Abs. 3 BÄO), bezieht sich nach dem Regelungszusammenhang nur auf die ärztliche Tätigkeit, die auf Grund einer erteilten Approbation erbracht wird und dem Erbringer nicht aufgrund eines anderen Legitimationstatbestands erlaubt ist.

2. Die Strafnorm steht daher einer vorübergehenden ärztlichen Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 3 BÄO in Verbindung mit § 10b BÄO auch dann nicht entgegen, wenn der Inhaber der Erlaubnis eines anderen EU-Mitgliedstaates zugleich Inhaber einer deutschen Approbation ist, deren Ruhen angeordnet wurde.

153. BGH 5 StR 582/07 - Beschluss vom 8. Januar 2008 (LG Essen)

Kompensationsverbot beim Vorsteuerabzug (Strafzumessung).

§ 370 Abs. 4 Satz 3 AO; § 46 StGB

Es hat keine tatbestandlichen Auswirkungen, wenn der Täter einer Umsatzsteuerhinterziehung tatsächlich entstandene Vorsteuern nicht geltend gemacht hat. Ein nicht geltend gemachter Vorsteuerabzug kann aber zu einer Minderung der nach § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB im Rahmen der Strafzumessung zu beachtenden verschuldeten Auswirkungen der Tat führen (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 47, 343, 351; BGH NStZ 2004, 579, 580).

84. BGH 2 StR 531/07 - Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Mühlhausen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Rauschmittelkauf teils zum Weiterverkauf und teils zum Eigenverbrauch); Zweifelsatz; in dubio pro reo.

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 261 StPO

Hat ein Täter Rauschmittel in einem Vorgang teils zum Weiterverkauf und teils zum Eigenverbrauch erworben, darf der Tatrichter ebenso wie bei der Einfuhr von nur teilweise zum Handeltreiben bestimmten Drogen wegen der unterschiedlichen Auswirkungen bei der rechtlichen Einordnung und bei der Strafzumessung nicht offen lassen, welcher Anteil für den späteren Verkauf vorgesehen war. Er muss dies feststellen und notfalls unter Beachtung des Zweifelssatzes schätzen. Die rechtliche Einordnung solcher Erwerbsvorgänge richtet sich dann nach den jeweiligen Einzelmengen.

Rückwirkende Ächtung der Auslandskorruption und Untreue als Korruptionsdelikt – Der Fall Siemens als Startschuss in ein entgrenztes internationalisiertes Wirtschaftsstrafrecht?

Zugleich Besprechung zu LG Darmstadt, Az. 712 Js 5213/04 – Kls, Urteil vom 14. Mai 2007

Von Prof. Dr. Frank Saliger und Wiss. Ass. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School Hamburg

A. Einführung: Der Skandal um Siemens

Mit der Firma Siemens assoziiert die Öffentlichkeit seit den letzten Jahren nicht mehr nur einen großen und traditionsreichen deutschen Technikkonzern. Berichte über insgesamt kaum vorstellbar hohe Summen „nützlicher Aufwendungen“ und laufende Ermittlungsverfahren haben auch den Eindruck eines Konzerns hervorgerufen, der seine Größe und seinen Erfolg weltweit scheinbar in großem Maße durch Bestechungen sichert.¹ Dass der Skandal zu einem für Siemens kaum zügig zu behebenden Imageverlust geführt hat, steht bereits fest. Ob und inwieweit er auch rechtskräftige Strafurteile in Deutschland nach sich zieht, bleibt bei nüchterner Betrachtung indes abzuwarten. Auch der auf den ersten Blick fraglos als großes „wirtschaftsstrafrechtliches Ereignis“ wahrnehmbare Skandal um Siemens muss sich wie jeder andere Sachverhalt allein anhand von Gesetz und Dogmatik als strafbar erweisen.

Jene Prüfungen erscheinen nun möglich, da die 9. Strafkammer des Landgerichts Darmstadt als erstes Gericht einen typisch erscheinenden Fall der Siemens vorgeworfenen Auslandsbestechung mit würdigungsfähigen Tatsachen festgestellt hat. In ihm haben Siemens-Mitarbeiter zur Erlangung zweier Aufträge in Italien Angestellte auf deren Initiative hin bestochen. Anhand dieses Falles zeigt sich, dass die Aufarbeitung des Skandals die zur Tatzeit anwendbaren Strafgesetze und ihre Auslegung auf eine harte Probe stellt. Die Ereignisse liegen einige, möglicherweise entscheidende Jahre zurück. Die *heute* intuitiv

¹ Als Beispiel für unzählige Presseberichte vgl. *Händler*, S. 33 in der F.A.Z. vom 23. Januar 2008, in dem von fragwürdigen Zahlungen in Höhe von 1300 Mio. € (!) gesprochen wird. Bei *Römmau* JZ 2007, 1084 ist in der Fn. 2 von 450 Mio. € in Deutschland die Rede. Auf SPIEGEL-ONLINE.DE befindet sich in der Rubrik Wirtschaft eine ganze Artikelsammlung unter dem Titel: „Schwarze Kassen bei Siemens: Top-Konzern im Zwielicht“.

erscheinende Neigung, die Siemens-Geschäftspraktiken im Zuge der weltweit verstärkten Korruptionsächtung² als strafbar zu betrachten, könnte zu einer gravierenden Ausdehnung der Strafbarkeit führen. Sie bedarf sowohl hinsichtlich der Bestechung als auch hinsichtlich der Untreue einer kritischen Prüfung. Dies gilt für die Untreue umso mehr, als die einschlägigen Fallgestaltungen nicht nur die extensionsanfallige „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ betreffen, zu der der 2. Strafsenat des BGH unlängst über verschärfte Vorsatzanforderungen eine restriktive Linie entwickelt hat.³ Darüber hinaus wertet das Landgericht Darmstadt, soweit ersichtlich, als erstes Strafgericht nach 1945 die schiere Zahlung von Schmiergeldern auf Geberseite als Untreue, was einem Tabubruch in der Untreuedogmatik mit ungeahnten Folgen gleichkommt.

B. Grundzüge der Entscheidung des LG Darmstadt vom 14. Mai 2007

I. Feststellungen

Soweit es für die folgenden Ausführungen relevant ist, wird in dem Urteil festgestellt:⁴

² Vgl. 1997 das Korruptionsbekämpfungsgesetz v. 13.8.1997; 1998 das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung – IntBestG; 2002 das „Gesetz zur Ausführung ... der Gemeinsamen Maßnahme betreffend die Bestechung im privaten Sektor v. 22.12.1998 (...)“ v. 22.8.2002 und nun den chancenreichen Gesetzesentwurf BR-Drs. 548/07 v. 10.8.2007, dazu mit Recht krit. *Römmau/Golombek* ZRP 2007, 193 ff.

³ Vgl. BGHSt 51, 100, 120 ff.; *Fischer*, StGB, 55. Aufl. (2008), § 266 Rn. 78c; krit. *Ransiek* NJW 2007, 1727 ff.; *Saliger* NSStZ 2007, 545, 549 ff.

⁴ Zur Konzentration auf die im Folgenden aufgegriffenen Themen werden weitere interessante Fallfragen wie etwa diejenige nicht behandelt, ob Art. 54 SDÜ einschlägig und die vom Gericht ausgesprochene Anordnung des Wertersatzverfalls gerechtfertigt war. Auch Fragen der Konkur-

Der Angeklagte K., der wie der Mitangeklagte V. bislang strafrechtlich nicht in Erscheinung getreten ist, war seit 1991 als „Bereichsvorstand“ leitender Angestellter der Siemens AG in deren Sparte „Power-Generation“ (Siemens PG). Er war damit direkt unter dem Zentralvorstand tätig. Als kaufmännischer Leiter war K. unter anderem für Controlling, Betriebswirtschaft, Zentrale Aufgaben, Personal und Revision sowie die „Wirtschaftsregion Europa“ zuständig. Geschäftsgegenstand dieses Bereichs war die Fertigung, der Vertrieb und die Wartung von Gasturbinen. K. war befugt, Zahlungen in unbegrenzter Höhe anzuweisen. In seinem Unternehmensbereich war K. auch zuständig für die Umsetzung der Compliance-Regelungen der Siemens AG, nach denen jede Bestechung im geschäftlichen Verkehr zu unterbleiben hatte. In dieser Eigenschaft wies K. die Führungskräfte der Siemens PG mit Rundschreiben vom 14. Dezember 1999 insbesondere auf die Umsetzung des OECD-Anti-Korruptions-Abkommens in deutsches Recht hin. In einer am 7. Mai 1998 erlassenen Verhaltensrichtlinie des Bereichsvorstandes wurde als Weisung das Verbot formuliert, Personen, mit denen Geschäftsbeziehungen unterhalten werden, „Vorteile in Aussicht (zu) stellen oder (zu) gewähren“ (UA S. 5 f.). Geschäfte seien in Übereinstimmung mit den jeweils geltenden Gesetzen zu führen; Verstöße hätten die Mitarbeiter selbst zu tragen (UA S. 5, 28).

Zugleich bestand bei der Siemens PG mindestens bis zum Ende des Jahres 2001 ein etabliertes „System zur Leistung von sog. ‚Nützlichen Aufwendungen‘“ (UA S. 27). Dazu wurden in der Schweiz und in Liechtenstein Nummernkonten geführt, die zur Erlangung von Aufträgen eingesetzt wurden. Der Mitangeklagte V., der dauerhaft als freier Mitarbeiter für die Siemens PG bis zum 31.12.2001 wirkte, war „ca. 2/3 seiner Tätigkeit mit der Abwicklung verdeckter Überweisungen befasst, die Mitarbeiter von Siemens PG zunächst über liechtensteinische Stiftungen, später über Firmen in Dubai in Auftrag gaben.“ (UA S. 5). Diese Praxis war innerhalb der Siemens PG K., V. und zahlreichen weiteren Mitarbeitern wie z.B. dem Zeugen B. bekannt (UA S. 27, 29, 70). Die Siemens AG hat damals „keine sich aufdrängenden wirksamen Maßnahmen zur Unterbindung der Bildung oder Aufdeckung von schwarzen Kassen und von Bestechung getroffen“ (UA S. 64 f.). Die Taten fanden in einer Zeit statt, in der die strafrechtliche „Bewertung der Bestechung von Angestellten mit Auslandsbezug – auch bei der Siemens AG – in vollem Umbruch war“ (UA S. 69).

Im Jahre 1999 schrieb die italienische Aktiengesellschaft Enelpower SpA. europaweit die Lieferung von Gasturbinen aus, deren Endabnehmer eine andere hundertprozentige Tochter der ENEL sein sollte: die ENEL Produzione SpA. Das ehemalige Staatsunternehmen ENEL ist seit dem 1.4.1999 in einem auf Grund europäischer Vorgaben liberalisierten Strommarkt tätig und betreibt nach seiner Satzung auch den Stromexport. Der italienische Staat behielt eine Aktienmehrheit und untersagte anderen Aktionären, mehr als 3 % der Aktien zu erwerben. Dem

renzen zur Untreue werden ausgeblendet, ebenso die nach den Feststellungen zweifelhafte Behandlung eines möglichen Verbotsirrtums des K. nach 17 S. 2 StGB.

Schatzministerium Italiens stehen Sonderbefugnisse bezüglich ENEL zu.

Im Rahmen dieser Ausschreibung, an der kein anderer deutscher Wettbewerber teilnahm, gab Siemens in einem Konsortium im November 1999 ein Angebot ab, das zur Erlangung eines Auftrages mit dem Volumen von 132,5 Millionen Euro führte (Projekt „La Casella“). Auf Grund einer Initiative des Geschäftsführers der ENEL Produzione, C., der über den V. deutlich gemacht hatte, dass „er auf die Auftragsvergabe ... Einfluss nehmen könne“ (UA S. 24), und nachdem sich auch G., der geschäftsführende Vorstand der Enelpower, eingeschaltet hatte, der den Vertrag zu unterzeichnen hatte, wurde Folgendes verabredet: Die Siemens PG werde C. und G. im Fall der Auftragserteilung einen Betrag von insgesamt 2,65 Mio. € zukommen lassen. Über diese Abrede war der Angeklagte K. unterrichtet. Er billigte sie angesichts des lukrativen Auftrages als langfristigen Einstieg in den italienischen Markt. K. handelte in der Annahme, dass die Tat in Deutschland nicht strafbar und das Entdeckungsrisiko gering sei. Die Zahlung führte V. am 6. Juli 2000 nach Auftragserlangung mit Mitteln eines in Liechtenstein geführten Nummernkontos aus, das noch ausreichende Mittel für „nützliche Aufwendungen“ enthielt. Der Auftrag wurde erfüllt und bezahlt.

Im Juni 2000 schrieb Enelpower abermals die Lieferung von Gasturbinen aus. Erneut bewarb sich die Siemens AG als einziger deutscher Wettbewerber über ein Konsortium (Projekt „Repowering“). C. verdeutlichte wiederum, dass für die Auftragserteilung Zahlungen an G. und ihn erforderlich seien. Mit Billigung des K. wurden Zahlungen von 2.987.000 € und 483.990 USD vereinbart. Nach Erteilung eines Auftrages im Umfang von 205,6 Mio. € wurden zwischen August 2001 und Januar 2002 die vereinbarten Beträge auf Anweisung des K. bezahlt. K. und V. verwendeten dazu eine schwarze Kasse, über deren Vorhandensein zu diesem Zeitpunkt nur K. und V. konkrete Kenntnis hatten (UA S. 31), die aber auch anderen Mitarbeitern der Siemens PG „nicht gänzlich verborgen geblieben“ sein konnte (UA S. 70).

Diese Kasse stammte von der durch Siemens übernommenen KWU AG. Sie wurde mit einem Guthaben von etwa 12 Mio. CHF nicht in die Bilanzen übernommen. Der frühere Verwalter dieses Kontos, W., hatte den früheren kaufmännischen Leiter der Siemens PG, P., über das Konto informiert, nachdem ein früher verfügungsberechtigter Vorgesetzter 1985 verstorben war. Obschon P. darüber „entsetzt“ wirkte, bestand die Kasse daraufhin unverändert fort. Sie wurde K. Ende 1998 durch den ausscheidenden W. offenbart. K. ließ nunmehr durch V. eine liechtensteinische Stiftung errichten, auf die er die ca. 12 Mio. CHF übertragen ließ. K. handelte dabei in der Absicht, die Kasse weiterhin als schwarze Kasse zu behalten, um sie in der folgenden Zeit für ‚nützliche Aufwendungen‘ zur Auftragserlangung nach seinem Gutdünken zu verwenden und dadurch aufzuzehren. In diesem Sinne verfügte K. durch Anweisung an V. über die Kasse, bis die Mittel mit dem Auftrag „Repowering“ aufgebraucht waren. Auch der zweite erlangte Auftrag wurde vollständig erfüllt und bezahlt.

G. wurde zwischenzeitlich durch das Landgericht Mailand in einer Haftentscheidung als Amtsträger nach Art. 357 II itStGB beurteilt, da das italienische Schatzministerium ENEL beherrsche. Er sei auch deshalb als Amtsträger einzustufen, weil der strategisch wichtige Energiesektor betroffen sei, den die italienische Verfassung thematisiere und für den die Gesetzesvertretende Verordnung Nr. 158 die Auftragsvergabe regelt und weil ENEL der Kontrolle des italienischen Rechnungshofes unterstehe (UA S. 32 f.).

Die Siemens AG erwirtschaftete durch beide Aufträge einen Gewinn vor Steuern von 103,8 Mio. €. Von ihm sind 40 % Steuern, 3,5 Mio. € für die Auftragsstellungen sowie 3,1 Mio. € „Overhead“-Kosten abzuziehen. In Italien wurde gegen die Siemens AG ein Strafverfahren durchgeführt, in dem die Siemens AG durch das Landgericht Mailand zur Zahlung von 500.000 € verurteilt sowie mit einem einjährigen Verbot des Vertragsabschlusses mit der öffentlichen Verwaltung belegt wurde. Ein überhöhter Gewinn in Höhe von 6.121.000 € wurde abgeschöpft, der anhand der gezahlten Bestechungssummen bemessen wurde. Ob der gesamte Bruttogewinn hätte abgeschöpft werden können, war nach italienischer Rechtslage ungeklärt. Mit der ENEL einigte sich die Siemens AG auf Ausgleichsleistungen in einer Gesamthöhe von insgesamt 113 Mio. €. Ausschlaggebend für die Anerkennung dieser Summe waren für Siemens insbesondere die Ziele, Sanktionen gering zu halten und den hoch bewerteten Einstieg in den italienischen Markt bzw. die Geschäftskontakte zu ENEL nicht zu verlieren. Der Vertrag mit K. wurde durch die Siemens AG im Zuge der bekannt gewordenen Vorgänge wegen der im Ergebnis unbefriedigenden Compliance zum 1.7.2004 aufgelöst.

II. Würdigung des Landgerichts

1. Korruptionsdelikte

Das Landgericht würdigt den Sachverhalt in beiden Fällen nicht als Bestechung von Amtsträgern nach § 334 StGB, da kein Fall des § 11 Nr. 2 lit. c StGB vorliege. Auch die von der Staatsanwaltschaft verfolgte Strafbarkeit gemäß § 334 StGB i.V.m. Art. 1 §§ 1 Nr. 2 lit. b, 3 Nr. 1 IntBestG verneint das Gericht, da es die hierfür erforderliche „Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“ und die „Beauftragung durch ein ausländisches öffentliches Unternehmen“ nicht festgestellt sieht. Das IntBestG sei autonom völkerrechtlich auszulegen. Die Beurteilung nach italienischem Recht sei unmaßgeblich, vielmehr sei eine Anlehnung an die offiziellen Erläuterungen zum OECD-Abkommen geboten. Schon Art. 103 II GG gebiete dies, da das IntBestG bei einer Anlehnung an ausländische Amtsträgerbegriffe zu einer reinen Verweisung auf ausländisches Recht führe, das oft nur schwerlich festzustellen sei.

Das Gericht bejaht indes in beiden Fällen eine täterschaftliche Bestechung im geschäftlichen Verkehr durch K. gemäß § 299 II StGB a.F., zu der V. Beihilfe geleistet habe. Schon vor Einführung des § 299 III StGB sei der europäische Wettbewerb durch § 299 II StGB mitgeschützt gewesen. Diese Auslegung sei insbesondere geboten, da der Wortlaut nicht überschritten werde, der

Gesetzgeber diesen Schutz nicht explizit ausgeschlossen habe und – vor allem – eine weiterhin enge Auslegung der „Dynamik der Veränderungen auf dem Gebiet des Europäischen Wettbewerbsrechts“ nicht gerecht werde. Jedenfalls bei den hiesigen EU-weiten Ausschreibungen sei eine „gemeinschaftsfreundliche Auslegung“ notwendig und daher die „Förderung des Wettbewerbs innerhalb der EU selbst“ mit zu schützen. Das Gericht weist dazu insbesondere darauf hin, dass § 299 III StGB nach den Materialien nur eine Klarstellung bringen sollte und dass bereits für die frühere Fassung eine „maßnahmekonforme Auslegung“ als zulässig erachtet wurde.⁵

2. Verantwortlichkeit wegen Untreue

In dem Verhalten des K. bezüglich des Projekts „La Casella“ erkennt das LG Darmstadt eine Untreue. Die Zahlungsanweisung sei angesichts der bei Siemens bestehenden Compliance-Regelung pflichtwidrig. Der Vermögensnachteil bestehe in dem endgültigen Abfluss der 2,65 Mio. Euro, dem eine „erhebliche schadensgleiche Vermögensgefährdung gegenüber stand“, welche eine Kompensation durch den erlangten Auftrag ausschloss (sic! UA 43 und 54, 55). Dass die Gewinnspanne den bezahlten Betrag weit überstiegen habe, sei irrelevant, da der Gewinn nur „vorübergehend“ gewesen sei. Von Beginn an hätten zivilrechtliche Ansprüche und der Verfall des Gewinns gedroht, so dass ein Gewinn den Vermögensverlust durch Zahlung des Bestechungsgeldes nicht habe kompensieren können. Diese schadensgleiche Vermögensgefährdung habe K. billigend in Kauf genommen, weil er die Umstände gekannt habe, welche eine Gefährdung des Vermögens der Siemens AG begründeten. Der bedingte Vorsatz des Angeklagten habe sich aber auf die Vermögensgefährdung als solche beschränkt. Das Handeln des K. sei auf einen Gewinn für die Siemens AG ausgerichtet gewesen; einen effektiven Schaden habe er nicht einmal billigend in Kauf genommen (UA S. 55).

Mit Bezug auf das Projekt „Repowering“ vertritt die Kammer: K. habe schon durch die Aufrechterhaltung der 1998 von W. übernommenen „schwarzen Kasse“ und durch ihre Verlagerung auf eine liechtensteinische Stiftung gegen die aus § 667 BGB folgende Verpflichtung verstoßen, der Siemens AG alles in Ausführung seines Auftrages Erlangte herauszugeben. Er habe die Geheimhaltung des Geldes vertieft, der Siemens AG dadurch jegliche Kontrollmöglichkeit genommen und die Möglichkeit entzogen, eine rechtmäßige Buchführung und Bilanzierung vorzunehmen. Hierdurch sei das Vermögen des Geschäftsherrn in Höhe von 12 Mio. CHF einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ausgesetzt worden. Ein Schaden sei schon durch das Halten der „schwarzen Kasse“ eingetreten und insbesondere durch die Zahlung des Bestechungsgeldes zur Erlangung des Auftrages „Repowering“ vertieft worden. Auch in diesem Fall habe K. die schadensgleiche Vermögensgefährdung, nicht jedoch auch den „Eintritt eines effektiven Vermögensschadens billigend in Kauf genommen“ (UA S. 56).

⁵ Vgl. BT-Drs. 14/8998, S. 9 f.

C. Beurteilung nach dem zur Tatzeit (1999-2001/2002) geltenden Korruptionsstrafrecht

Kaum ein Sektor des Wirtschaftsstrafrechts unterlag in den zurückliegenden zehn Jahren einer vergleichbar dynamischen Entwicklung wie das Korruptionsstrafrecht. Diese Entwicklung bedeutete stets seine Ausdehnung. Sie ist noch heute konstant: Weitere Schritte zur „Lückenschließung“ und zur Umsetzung internationaler und europäischer Verpflichtungen stehen – mit weitreichenden Folgen – vor ihrer Umsetzung.⁶ Einem Gericht, das heute über Korruptionsphänomene zu befinden hat, mögen frühere Gesetzesfassungen vor diesem Hintergrund als schlecht formulierte Hindernisse für die heute erwünschte *zero tolerance* gegenüber der Wirtschaftskorruption erscheinen. Das Landgericht hat demgegenüber zum einen die nötige Besonnenheit bewiesen, indem es die Strafbarkeit nach dem IntBestG nicht hat ausufern lassen (I.). Das Gericht hat aber zum anderen auch unberechtigt dem Bestreben nachgegeben, eine *nach ihrer Begehung* vom Gesetzgeber strafbar gestellte Wirtschaftspraxis bereits in die zur Tatzeit geltende Fassung des § 299 II StGB hineinzulesen (II.).

I. Einordnung als Korruption in der Privatwirtschaft und Auslegung des IntBestG

Der Fall wirft die Frage auf, ob die belegten Zahlungen an die Mitarbeiter des ENEL-Konzerns gemäß § 334 StGB i.V.m. Art. 1 § 1 Nr. 2 lit. b IntBestG zu bestrafen waren.⁷ Diese Frage soll und kann in dieser Abhandlung insbesondere hinsichtlich der Tathandlungen nicht in allen Aspekten ausgelotet werden. Die Anwendbarkeit der Amtsträgerbestechung ist indes eine entscheidende Vorfrage für die Anwendbarkeit des näher zu behandelnden § 299 II StGB a.F. Deshalb soll in vornehmlich methodischer Hinsicht auf die im Fall bedeutsamste Frage eingegangen werden, ob die ENEL-Mitarbeiter ausländische Amtsträger i.S. des Art. 1 § 1 Nr. 2 lit. b IntBestG waren. Hierfür mussten sie insbesondere öffentliche Aufgaben wahrgenommen haben. Durfte das deutsche Landgericht hier nun tatsächlich „klüger sein“ als die anders judizierende italienische Gerichtsbarkeit, welche die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe zu bejahen scheint?

Selbst vor dem Hintergrund der heute weltweit befürworteten Ächtung der Amtsträgerkorruption ist dem Landgericht in seinem methodischen Ansatz bei der Bewältigung des Skandals um Siemens beizupflichten: Die Strafbarkeit nach dem IntBestG darf nicht begründet werden, indem schlicht die nationale Beurteilung des Empfängerstaates zum Amtsträgerbegriff übernommen wird, schon weil diese maßgeblich auch vom Fehlen einer § 299 StGB entsprechenden Strafvorschrift im italienischen StGB geprägt ist. Darin läge ein vielleicht gut

gemeinter, rechtlich aber nicht überzeugender Respekt vor ausländischem Recht, mit dem unverzichtbare Mindestbedingungen einer internationalisierten Strafbarkeit vorschnell aufgegeben wären.⁸ Insbesondere zur hier streitigen „öffentlichen Aufgabe“ nach Art. 1 § 1 Nr. 2 lit. b IntBestG (bzw. völkerrechtlich nach Art. 1 IV lit. a OECD-Abkommen) kann die national vorherrschende Auffassung nicht *als solche* bzw. nicht allein entscheidend sein. Die autonome, also nicht vom Vorverständnis eines bestimmten Nationalstaates ausgehende Auslegung ist ein ganz allgemeines völkerrechtliches Phänomen, das dem Strafrechtler von der Auslegung der EMRK bekannt ist.⁹ Wenn das Völkerrecht nicht ausnahmsweise selbst auf nationales Recht zurückverweist, wie es etwa in Art. 5 I lit. c EMRK *partiell* der Fall ist,¹⁰ prägt es seine Begriffe eigenständig mit dem Anspruch auf eine gleiche Geltung in allen verpflichteten Staaten aus.¹¹ Einen ausdrücklichen Verweis auf nationales Recht nimmt das OECD-Abkommen aber gerade *nicht* vor. Konkludent mag sich allenfalls eine *weitgehende* Maßgeblichkeit des nationalen Rechts für die Bestimmung des Amtsträgerbegriffes für Art. 1 § 1 Nr. 1, Nr. 2 lit. a IntBestG aus dem OECD-Abkommen ableiten lassen, das in seiner authentischen Fassung in Art. 1 IV lit. a von einem „*legislative, administrative or judicial office of a foreign country*“ spricht.¹² Für die öffentliche Aufgabe trägt die Annahme eines konkludenten Verweises indes nicht. Kein Indiz streitet dafür, dass mit dem Abkommen gerade hier – ohne Not – ein national ungleicher Anwendungsbereich hingenommen werden sollte.¹³ Im Gegenteil sprechen die maßgeb-

⁸ Dies gilt hier schon deshalb, weil allein eine zitierte Haftentscheidung kaum abschließend die Feststellung trägt, die italienische Praxis vertrete unangefochten die Auffassung, in Fällen wie dem hiesigen werde eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen. Diese Sicht der Dinge ist zudem angesichts der einzubeziehenden Liberalisierungspflichten nach dem Europarecht auch für Italien in Frage gestellt.

⁹ Vgl. nur EGMR, *Kostovski v. Niederlande*, Serie A, § 40 am Beispiel des Zeugenbegriffs des Art. 6 III lit. d EMRK; m.w.N. Gaede, *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung* gemäß Art. 6 EMRK (2007), S. 79 ff.

¹⁰ Vgl. dazu m.w.N. Meyer-Ladewig, *Handkommentar EMRK*, 2. Aufl. (2006), Art. 5 Rn. 4; Grabenwarter, *EMRK*, 3. Aufl. (2007), § 21 Rn. 8 f.

¹¹ Vgl. *Evrigenis Mosler-FS* (1983), S. 193, 195 ff.; Gaede (Fn. 9), S. 79 f.; für die prinzipiell autonome Auslegung zum OECD-Abkommen bereits MüKo-Korte, *StGB*, 4. Band (2006), § 334 Rn. 6 f.; siehe auch die Erläuterungen in BT-DRs. 13/10428, S. 24 Nr. 2: gleichwertig.

¹² Hervorhebung der Verfasser; authentisch ist aber auch die frz. Fassung. In diesem Sinne wohl zu verstehen MüKo-Korte (Fn. 11), § 334 Rn. 7; *Gänßle* NStZ 1999, 543, 545 f.; *Pelz StraFo* 2000, 300, 303; *Krause/Vogel* RIW 1999, 488, 492; *Taschke* StV 2001, 78, 79; grundsätzlich aA *Tinkl* wistra 2006, 126, 128 ff. Auch hier kann dies aber nur bedeuten, dass das nationale Recht die Einstufung etwa als Richter zunächst *selbst teilen muss*. Darüber hinaus muss diese Einstufung – schon zur Wahrung der Bestimmtheitsanforderungen – auch einer materiellen Grundvorstellung von einem staatlichen Amt etwa als Richter entsprechen.

¹³ Im Ergebnis wie hier etwa auch *Korte* wistra 1999, 81, 85; *Pelz StraFo* 2000, 300, 302, 303; zu Unrecht aA *Tinkl* wistra 2006, 126, 128, die ihrer eigenen Auffassung dann auch die Einschätzung folgen lässt, dass es dem durch das IntBestG entstehenden Tatbestand an Bestimmtheit mangle, S. 131, ohne die verfassungsrechtliche Folge dessen auch nur andeutungsweise in den Blick zu nehmen.

⁶ Vgl. nur den Gesetzesentwurf BR-Drs. 548/07 v. 10.8.2007; zur Kritik *Rönnau/Golombek* ZRP 2007, 193 ff.

⁷ Vgl. zum IntBestG einführend *Korte* wistra 1999, 81, 85 ff.; Abdruck im Anhang 22 bei *Fischer* (Fn. 3).

lichen Erläuterungen zum Abkommen stark für eine inhaltlich bestimmte und somit einheitliche Vorstellung darüber, wann öffentliche Aufgaben durch ein öffentliches Unternehmen wahrgenommen werden.¹⁴ Das italienische Vorverständnis kann daher nicht als solches übernommen werden. Es könnte allein über eine wertende Rechtsvergleichung prinzipiell aller dem hiesigen Völkerrecht unterstehenden Rechtsordnungen von Bedeutung sein.¹⁵ Eine vorherrschende nationale Praxis zur öffentlichen Aufgabenwahrnehmung, die der Praxis Italiens entspricht und diese daher zum Leitbild erhebt, lässt sich hier aber schon angesichts divergenter Staatsverständnisse¹⁶ und mit Blick auf die problematische Anwendung des OECD-Abkommens auf *alle Staaten und internationalen Organisationen*¹⁷ nicht ausmachen.¹⁸

Ist die öffentliche Aufgabe nun aber autonom auszulegen, impliziert schon dies, dass die völkerrechtliche und die nationale Beurteilung zu einem Rechtsbegriff auseinanderfallen können. Genau dies kommt hier zum Tragen. Völkerrechtlich steht es Italien frei, national von einem weitergehenden Begriffsverständnis auszugehen. Während das italienische Vorverständnis extensiv erscheint,¹⁹ liegt dem OECD-Abkommen und so auch dem IntBestG ein restriktiveres Verständnis der „Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“ zugrunde.²⁰ Durch das Abkommen tritt folglich eine Abweichung zum italienischen Recht auf. Ein deutsches Landgericht, das – wie hier – von der Beurteilung eines italienischen Gerichts abweicht, spielt sich damit keineswegs als hinsichtlich des italienischen Rechts klüger auf: Es legt vielmehr schon nicht das italienische Strafrecht, sondern das völkerrechtskonform auszulegende deutsche Strafgesetz aus, das die Identität mit italienischem Strafrecht nicht garantiert.

Auch die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung vermag das Landgericht nicht zu widerlegen. Im Gegenteil wäre es verfehlt, würden deutsche Gerichte infolge einer gewissen Unsicherheit im Umgang

mit Völkerrecht stets zu einer extensiven Auslegung gelangen, weil scheinbar nur die Maximalauslegung völkerrechtlicher Strafverpflichtungen das Völkerrecht fraglos wahrt. Ohne dass es schon auf Art. 103 II GG ankäme, setzt eine völkerrechtsfreundliche Auslegung zualtererst voraus, dass das in Rede stehende Völkerrecht methodisch richtig ausgelegt wird. Hier gibt es aber mitnichten eine Auslegungsmaxime, völkerrechtliche Strafverpflichtungen stets so weit wie nach dem reinen Wortlaut möglich auszulegen! Mehr noch findet der vom Landgericht herangezogene Maßstab des bestimmten und damit vorhersehbar auszulegenden Strafbarkeitsgesetzes schon im Völkerrecht seinen Anker. Völkerrechtlich wird die Bestimmtheit von Straftatbeständen durch Art. 15 IpPbR und Art. 7 EMRK gewährleistet.²¹ Gemäß Art. 31 Nr. 3 lit. c WVK sind bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge wie des OECD-Abkommens stets alle weiteren, zugleich geltenden völkerrechtlichen Rechtssätze heranzuziehen, um Widersprüche zu vermeiden. Dies ermöglicht es schon völkerrechtlich, unbestimmten Interpretationen bei der Auslegung des Art. 1 IV lit. a OECD-Abkommen entgegen zu wirken, die bei einer Lesart als Verweis auf divergentes nationales Recht entstehen müssten. Auf diese Art und Weise kann auch ein Konflikt mit dem Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 II GG vermieden werden, ohne völkerrechtliche Verpflichtungen Deutschlands zu verletzen. Dieser Konflikt mit Art. 103 II GG wäre ohne die autonome Auslegung freilich unausweichlich, denn ein uneingeschränkter Verweis auf nahezu beliebige, kaum zugängliche und oft schwer feststellbare ausländische Rechtsmaßstäbe käme einer Blankettstrafbarkeit über das IntBestG gleich und würde daher die berechtigten Maßstäbe auch der Verfassungsrechtsprechung verfehlen.²²

II. Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 II StGB a.F.

Zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr hat das Landgericht neue Wege beschritten: Die bisher herrschende Auslegung, nach der *nur* der deutsche Wettbewerb durch § 299 II StGB a.F. geschützt war, hat das Gericht angesichts des weiten Wortlauts mit dem Kernargument gewandelter Verhältnisse in Europa verworfen. Geschützt werde auch der europäische Wettbewerb. Weder objektiv durch einen weiteren deutschen Wettbewerber noch in der subjektiven Vorstellung des Bestechenden soll ein Bezug zum deutschen Wettbewerb (zu deutschen Wettbewerbern) nötig sein.²³ Damit kehrt das Landgericht der bis heute einhelligen Zivilrechtsprechung

¹⁴ Vgl. die Erläuterungen in BT-DRs. 13/10428, S. 24 Nr. 2: gleichwertig; S. 25, Nr. 15. Die Anlehnung des Gerichts an die Erläuterungen zum OECD-Abkommen ist über Art. 32 bzw. 31 Nr. 2 a WVK gedeckt.

¹⁵ Zur vermittelten Bedeutung des nationalen Rechtsverständnisses insoweit am Beispiel der EMRK *Grabenwarter* (Fn. 10), § 5 Rn. 11; *Stieglitz*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH (2002), S. 183 ff.

¹⁶ Darauf weist *insofern* richtig bereits hin *Tinkl wistra* 2006, 126, 128.

¹⁷ Vgl. Art. 1 IV lit. a OECD-Abkommen, der *nicht* darauf abstellt, ob ein Staat dem Abkommen beigetreten ist, vgl. krit. *Schünemann* GA 2003, 299, 309; Strafrechtsimperialismus; *Zieschang* NJW 1999, 105, 106 f.

¹⁸ Vgl. auch *Grabenwarter* (Fn. 10), § 5 Rn. 11: Rechtsvergleichung bei divergenten Regelungszusammenhängen weniger auslegungsleitend; zur anderen Praxis in Deutschland vgl. nur BGHSt 50, 299, 307 m.w.N.

¹⁹ So *Vormbaum*, Schroeder-FS (2006), S. 649, 653; bestätigend die Entscheidung des LG Mailand.

²⁰ Nur anzumerken ist dabei, dass auch die Beurteilung des Landgerichtes im Einzelfall, es würden hier keine öffentlichen Aufgaben wahrgenommen, keinen Bedenken unterliegt. Die Feststellungen sprechen für eine im Wesentlichen privatwirtschaftliche Tätigkeit.

²¹ Vgl. im Überblick *Kadelbach*, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG (2006), Kap. 15 Rn. 3, 23 ff., 32 ff.; *Grabenwarter* (Fn. 10), § 24 Rn. 136 ff.; *Gaede/Mühlbauer wistra* 2005, 9, 15.

²² Vgl. BVerfGE 75, 329, 342 m.w.N.; 78, 374, 381 ff.; *Fischer* (Fn. 3), § 1 Rn. 5a m.w.N.

²³ Zur nicht unproblematischen Frage, ob eine Strafbarkeit in Betracht kommt, wenn das bestechende Unternehmen die Teilnahme von deutschen Anbietern an der Ausschreibung in Kauf genommen hat, vgl. – bejahend – *Rönnau* JZ 2007, 1084, 1087, 1088. Bei der vorliegenden Konstellation der „Gasturbinen“ existieren offenbar keine weiteren deutschen Anbieter, so dass hier nach der bisher h.M. eine Strafbarkeit fern läge.

des BGH und der zur Tatzeit ganz herrschenden Meinung den Rücken, nach der § 299 II StGB a.F. nur den deutschen Wettbewerb bzw. deutsche Wettbewerber schützt.²⁴ Auch wenn das Gericht seine Ansicht ausführlich begründet, ist ihr doch entgegenzutreten. Sie bedeutet praktisch, dass heutige strafrechtliche Maßstäbe und gesellschaftliche Erwartungen auf eine früher bei deutschen Unternehmen verbreitete und durch ausländische Marktverhältnisse mindestens begünstigte Praxis²⁵ projiziert werden. Bei all ihrer Bedenklichkeit hat auch diese Praxis den Anspruch auf eine uneingeschränkt rechtsstaatliche Würdigung anhand des zur Tatzeit geltenden Strafrechts.

1. Anwendungsvorstellungen des Gesetzgebers

Für die Auslegung des § 299 II StGB a.F. wäre es von nicht geringer Bedeutung, wenn sich ein subjektiver Wille bzw. konkrete Anwendungsvorstellungen des Gesetzgebers feststellen ließen, die bei der Auslegung des Gesetzeswortlauts leitend sein könnten. Solche Vorstellungen, die für die Erfassung von Alttagen vor August 2002 sprechen könnten, gibt es aber nicht:

Der Gesetzgeber hat 1997 durch Art. 1 Nr. 3 des Korruptionsbekämpfungsgesetzes den § 12 UWG a.F. in modifizierter Form in das StGB übernommen und in § 299 II StGB a.F. die Strafbarkeit des Bestechenden geregelt. Zu § 12 UWG a.F. war – wie bereits mitgeteilt – nahezu einhellig anerkannt, dass das deutsche Strafrecht nur den deutschen Wettbewerb schützt, nicht indes auch als Selbstzweck den europäischen oder weltweiten Wettbewerb.²⁶ Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage bekundete der Gesetzgeber des Jahres 1997, dass die Überführung des § 12 UWG a.F. in den neuen § 299 StGB „keine inhaltliche Änderung“ bringen sollte.²⁷ Damit ist jedenfalls gesagt, dass dem Gesetzgeber die Konzentration des

§ 12 UWG a.F. auf den deutschen Wettbewerb und damit das nationale Rechtsgutsverständnis 1997 *nicht* als Problem erschien: Die Europäisierung der Norm wurde von ihm 1997 nicht angestrebt. Entschließungsanträge zeigen, dass allgemein *zusätzliche* gesetzliche Maßnahmen zur strafrechtlichen Erfassung internationaler Korruption als erforderlich angesehen wurden.²⁸

Im Jahre 2002 führte der Gesetzgeber im Kontext der Einführung des § 299 III StGB n.F.²⁹ aus, dass er „klären“ wolle, dass auch § 299 II StGB „den Wettbewerb generell, d.h. weltweit schütze“.³⁰ Weiter heißt es: „Da der Wortlaut nicht entgegensteht, *könnte* die Rechtsprechung bereits jetzt ... § 299 StGB maßnahmenkonform, d. h. hier auslandsbezogen auslegen.“³¹ Dies stellt indes allein die nachträgliche Äußerung einer Rechtsauffassung dar. Der Gesetzgeber kann nicht kurzerhand über Materialien zu späteren Gesetzen die Auslegung früherer Gesetze *determinieren*, schon weil er auch sonst nicht rückwirkend Strafe begründen oder schärfen darf.³² Ebenso ist bekannt, dass Rechtsauffassungen aus dem Gesetzgebungsprozess – bei allem Respekt, den sie verdienen – nicht stets richtig sein müssen:³³ Sie führen keine Garantie mit sich und ersparen dem Rechtsanwender mitnichten die eigene Rechtsprüfung. Tatsächlich ist die in den Materialien geäußerte Ansicht hier unzutreffend, wie noch zu zeigen sein wird, (2. – 4.). Zudem hat der Gesetzgeber die Ausdehnung des § 299 II StGB a.F. mit seiner Äußerung – genau betrachtet – nur als *zulässig* bezeichnet.³⁴ Ein Programm, die Strafbarkeit auszudehnen, das nun das Landgericht Darmstadt umzusetzen hätte, hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung *auch vor dem Hintergrund der Europäisierung* tatsächlich *nicht* aufgetragen. Dafür spricht nicht zuletzt die Verwendung des Wortes „klären“ anstatt „klarstellen“. Denn „klären“ bedeutet nicht dasselbe wie „klarstellen“, versteht sich insbesondere *in höherem Maße* als Entscheidung einer Unklarheit *allein* für die Zukunft.

Als Ergebnis verbleibt mithin: Der Gesetzgeber hat bislang nicht in relevanter Art und Weise offenbart, dass er auch ausländische Wettbewerbe bzw. Rechtsgüter schützen will. Er hat diesen Schutz lediglich nicht durch den Wortlaut des § 299 II a.F. StGB ausgeschlossen. Die vom Landgericht vorgenommene Normausdehnung hat er nicht vorgezeichnet.

²⁴ Vgl. zu der auf den dt. Wettbewerb und seine Teilnehmer beschränkten Sinngabe des UWG einschließlich des § 12 UWG a.F. BGHZ 35, 329, 331 ff.; 40, 391, 394 ff.; BGH NJW 1968, 1572, 1575; für die entsprechende h.L. auch nach Überführung in das StGB m.zahlr.Nachw. Rönnau JZ 2007, 1084, 1087 ff.; Pelz StraFo 2000, 300 f.; Vormbaum, Schroeder-FS (2006), S. 649, 655 ff.; Weidemann DStZ 2002, 329, 332 (der indes die Maßgeblichkeit der Zivilrechtsprechung verneint); Fietz/Weidlich RIW 2005, 423, 424 f.

²⁵ Dazu, dass ausländische Märkte oftmals als nur durch Bestechung zugänglich beschrieben werden, vgl. Fischer (Fn. 3), § 299 Rn. 23a; Haft/Schwoerer, Weber-FS (2004), S. 367 ff.; Pelz StraFo 2000, 300; Fietz/Weidlich RIW 2005, 423 f.; Randt BB 2000, 1006; Weimann, Die Strafbarkeit der Bildung sog. Schwarzer Kassen gem. § 266 StGB (1996), S. 25; Rönnau JZ 2007, 1084 f.; auch für den öffentlichen Sektor Schünemann GA 2003, 299, 309 f.; zur verbreiteten steuerlichen Absetzbarkeit in vielen Staaten BT-Drs. 12/8468, S. 3 ff.

²⁶ Vgl. abermals Fn. 24. Soweit anderes vertreten wurde, gingen die Argumentationen von unhaltbaren Prämissen aus, vgl. etwa Pfeiffer, v.Gamm-FS (1990), S. 129, 131, der mit seinem Verweis auf § 3 StGB das Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB nicht von der Frage nach dem jeweils geschützten Rechtsgut unterscheidet; vgl. etwa MüKo-Ambos, StGB, Band I (2003), Vor §§ 3-7 Rn. 81; Fischer (Fn. 3), Vor §§ 3-7 Rn. 4; Rönnau JZ 2007, 1084, 1085.

²⁷ Vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 15; Haft/Schwoerer, Weber-FS (2004), S. 367, 371; Weidemann DStZ 2002, 329, 330.

²⁸ Vgl. BT-Drs. 13/8082 (Union und FDP) und BT-Drs. 13/8083 (SPD-Fraktion). Siehe auch die entsprechende Einschätzung der Bundesregierung in BT-Drs. 13/642, S. 3 f., 5. Vgl. auch Korte wistra 1999, 81, 88: Der Gesetzgeber müsse sich mit der Auslandskorruption auf dem privaten Sektor noch befassen.

²⁹ Durch Gesetz vom 22.08.2002, BGBl. I, 3387.

³⁰ Vgl. BT-Drs. 14/8998, S. 9 f.

³¹ Vgl. BT-Drs. 14/8998, S. 9 f., Hervorhebung der Verfasser.

³² Vgl. krit. Vormbaum, Schroeder-FS (2006), S. 649, 654 f.; Haft/Schwoerer, Weber-FS (2004), S. 367, 380 f.

³³ Vgl. etwa BVerfG NJW 2005, 2289, 2294 ff. = HRRS 2005 Nr. 550 m. Bespr. Buermeyer HRRS 2005, 273 ff. zur Rechtsauffassung des Gesetzgebers in BT-DRs 15/1718, S. 14 ff., 21 ff. zur Bewilligungsentscheidung.

³⁴ Vgl. BT-Drs. 14/8998, S. 9 f.

2. Die Beachtung des strafrechtlichen Parlamentsvorbehalts

Näher zu einer Entscheidung führt eine Analyse des Gesetzlichkeitsprinzips. Das Landgericht unterliegt nämlich wie Teile des Schrifttums der Versuchung, den *strengen* strafrechtlichen Parlamentsvorbehalt des Art. 103 II GG³⁵ immer schon dann als gewahrt anzusehen, wenn sich nur der Wortlaut der fraglichen Strafnorm im Sinne einer erwünschten weiten Auslegung verstehen lässt. Dies verkürzt gerade im Kontext der in Rede stehenden Europäisierung und Internationalisierung der Norm die Dimensionen des Gesetzlichkeitsprinzips:

a) Maßstäbe

In den Worten des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet Art. 103 II GG, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dies verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass *Tragweite und Anwendungsbereich* der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen.³⁶ Mit der strengen Bindung der strafenden Staatsgewalt an das Gesetz gewährt das Bestimmtheitsgebot Rechtssicherheit und schützt zur Wahrung ihrer Freiheitsrechte das Vertrauen der Bürger, dass der Staat nur dasjenige Verhalten als strafbare Handlung verfolgt und bestraft, das zum Zeitpunkt der Tat gesetzlich bestimmt war.³⁷ Art. 103 II GG fordert demnach, so formuliert es der BGH, nicht nur die Subsumierbarkeit einer Auslegung unter den Wortlaut, sondern auch ihre Vorhersehbarkeit.³⁸ Die Überschreitung des Wortlauts ist die äußerste, nicht die einzige Grenze.³⁹ Art. 103 II GG sorgt zugleich dafür, dass im Bereich des Strafrechts nur der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet.⁴⁰ Die Legislative ist von Verfassungs wegen verpflichtet, die Grenzen der Strafbarkeit selbst zu bestimmen; sie darf diese Entscheidung nicht anderen staatlichen Gewalten, etwa der Strafjustiz, überlassen. Das Bestimmtheitsgebot versagt auch dem Strafrichter, ein unbestimmtes Gesetz von sich aus nachzubessern.⁴¹ Bei alledem verwehrt es Art. 103 II GG dem Gesetzgeber aber nicht, auslegungsbedürftige Begriffe zu gebrauchen.⁴² Gegen Rechtsprechungsänderungen schützt das Grundgesetz weder nach Art. 103 II GG noch nach Art. 20 III GG, solange die Rechtspre-

chung auf Grund neuer Erkenntnisgrundlagen zu einer anderen Auffassung gelangt.⁴³

b) Folgerungen

Nach diesen Maßstäben nimmt das Landgericht zunächst zutreffend an, dass zumindest kein Verstoß gegen die Wortlautschränke vorliegt. Das ist schon deshalb richtig, weil der Wettbewerb in § 299 II StGB a.F. gar nicht näher qualifiziert war. Vorschnell ist es jedoch, die vom Landgericht praktizierte Auslegung als alltägliche Rechtsprechungsänderung zu sehen, die unproblematisch sei, weil der Gesetzgeber auch auslegungsbedürftige Begriffe verwenden darf. Es wird hier nicht nur allein eine Auslegung verändert und damit eine rein *quantitativ größere Anwendung* bewirkt. Es wird vielmehr eine für diesen Tatbestand *qualitativ neue Schutzrichtung*, ein neu verstandenes auslegungsprägendes Rechtsgut zugrunde gelegt: Aus einem national gedachtem Schutz vor unlauterem Wettbewerb zugunsten der eigenen Marktteilnehmer⁴⁴ wird jetzt rückblickend ein Delikt, das der „Förderung des Wettbewerbs innerhalb der EU selbst“ dient. Der deutsche Wettbewerb wird gleichsam nur noch als Teil des europäischen Binnenmarktes (bzw. fortgedacht: des globalisierten Weltmarktes)⁴⁵ mitgeschützt. Das bedeutet nichts anderes, als dass die *Rechtsprechung* und nicht der Gesetzgeber *Tragweite und Anwendungsbereich* des Gesetzes durch die Anerkennung eines neuen Rechtsguts grundsätzlich neu bestimmt, denn das Landgericht kann sich für diesen Wandel nicht auf den Gesetzgeber berufen: Es lässt sich nicht sagen, dass der 1909 eingeführte § 12 UWG a.F. als Delikt geschaffen wurde, das auch den Wettbewerb (konkurrierender) anderer Nationalstaaten schützen sollte. Ebenso lässt sich die Rechtsänderung des Jahres 1997 nicht als Schritt des Gesetzgebers hin zur fundamentalen Neuausrichtung interpretieren. Auch die Zustimmung des Gesetzgebers zum EU-Wettbewerbsrecht belegt nicht, dass er zugleich über die prinzipielle Strafwürdigkeit von Verletzungen des EU-Wettbewerbsrechtes positiv entschieden hätte. Selbst wenn im Grundsatz anerkannt ist, dass eine objektive und nicht allein subjektiv-historische Auslegung den Vorzug verdient,⁴⁶ so kann doch das geschützte Rechts-

³⁵ Vgl. etwa BVerfGE 95, 96, 131.

³⁶ Vgl. etwa schon BVerfGE 73, 206, 234, 236; 75, 329, 340; 78, 374, 381 f.; Hervorhebungen d. Verfasser.

³⁷ Vgl. BVerfGE 78, 374, 382; 95, 96, 130 f.; 105, 135, 153.

³⁸ Vgl. BGH NJW 2005, 374, 375 f.; Gaede HRRS 2004, 318, 319 f.

³⁹ Vgl. etwa BVerfGE 73, 206, 235; 85, 69, 73; 87, 363, 391 f.; BVerfG HRRS 2004 Nr. 752.

⁴⁰ Siehe BVerfGE 75, 329, 341; 47, 109, 120; 78, 374, 382; 95, 96, 131; 105, 135, 153.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 47, 109, 120 f.; 64, 389, 393; 73, 206, 235; 105, 135, 153.

⁴² Vgl. BVerfGE 73, 206, 234 ff.; 75, 329, 341 f.; 85, 69, 73; 87, 363, 391 f.; m.w.N.; st.Rspr.

⁴³ Vgl. BVerfG NJW 1990, 3140; BVerfGE 18, 224, 240 f.; Fischer (Fn. 3), § 1 Rn. 17.

⁴⁴ Zu dieser herkömmlichen Rechtsgutsbestimmung vgl. BGHSt 2, 396, 402; 10, 358, 367; 31, 207, 211; dazu, dass der individuelle Vermögensschutz entgegen Walter wistra 2001, 321, 323 f. nicht das maßgebliche Rechtsgut der Norm ist, vgl. BGH NJW 2006, 3290, 3298; Haft/Schwoerer, Weber-FS (2004), S. 367, 373; Rönnau, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Aufl. (2007), Kap. III 2 Rn. 7: Schutz des Leistungswettbewerbes; Fischer (Fn. 3), § 299 Rn. 2; Vormbaum, Schroeder-FS (2006), S. 649, 652.

⁴⁵ So dann auch Schönke/Schröder/Heine, 27. Aufl. (2006), § 299 Rn. 2 (im Rückblick auf die frühere Auflage); MüKo-Diemer/Krick (Fn. 7), § 299 Rn. 28; für die Einbeziehung der EU-Mitgliedsstaaten LK-Tiedemann, 11. Aufl. (2001), § 299 Rn. 54 f.; dagegen z.B. Rönnau JZ 2007, 1084, 1088 f.; Randt BB 2002, 2252, 2255.

⁴⁶ Siehe etwa BVerfGE 20, 283, 295; 79, 106, 121; Lorenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), S. 137 ff., 149; Gaede, in: Hefendehl/v.Hirsch/Wohlers, Die Rechtsgutstheorie usw.

gut im Strafrecht nicht von der Rechtsprechung allein über einen Verweis auf die „Dynamik sich wandelnder Verhältnisse“ in diesem Ausmaß ausdehnend neu bestimmt werden. Soll der Gesetzgeber tatsächlich, wie es das BVerfG betont, über die Strafbarkeit abstrakt-generell entscheiden *müssen*, kann ihm die Entscheidung über das Rechtsgut nicht derart aus der Hand genommen werden: Gerade im Zuge der heute primär teleologischen Auslegung von Strafrechtsnormen⁴⁷ liegt in dieser Entscheidung eine für das Tatbestandsverständnis *abstrakt-generell* vorentscheidende Grundfrage, deren Beantwortung dem Gesetzgeber gebührt, nicht hingegen der Judikatur. Und gerade deshalb ist der Gesetzgeber auch im Jahre 2002 mit der Einführung von § 299 III StGB tätig geworden.

Auch nach dem spezifischen Ziel des Art. 103 II GG, eine hinreichende Vorhersehbarkeit für die Rechtsadressaten zu gewährleisten, ist eine solche restriktive Haltung zu § 299 II StGB a.F. begründet. Aus der Perspektive der Jahre 1997 bis 2002 haben die einhellige Rechtsprechung und die herrschende Lehre den Tatbestand tradiert auf den deutschen Wettbewerb beschränkt und damit die *heute* behauptete Tragweite des Gesetzes nicht erkennen lassen. Wenn aber die Auslegungspraxis zu einer Norm deren Vorhersehbarkeit positiv mitbegründen können soll,⁴⁸ dann sollte eine tradierte einschränkende Auslegungspraxis die Vorhersehbarkeit einer Normauslegung unter Umständen auch begrenzen können.⁴⁹ Eben dies ist hier der Fall, wenn man hinzunimmt, dass sich das deutsche Strafrecht beim Schutz überindividueller Rechtsgüter auch über § 299 II StGB hinaus grundsätzlich auf einen national ausgerichteten Schutz beschränkt, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich anderes bestimmt.⁵⁰ Hier war der weite Wortlaut allein als Anlass für die Erkenntnis eines ernsthaften Strafbarkeitsrisikos durch den Normadressaten nicht mehr geeignet. Gerade auch aus diesem Grunde konnte sich die ganz offenbar in der deutschen Exportwirtschaft weit verbreitete Praxis der Auslandsbestechung⁵¹ nicht nur bei Siemens in dem heute bestaunten Ausmaß herausbilden. Angesichts der damals regelmäßigen Straflosigkeit der Wirtschaftskor-

ruption im Ausland ist dieser Praxis – von einem (export-)wirtschaftlichen Standpunkt betrachtet – die Schutzwürdigkeit auch nicht ohne weiteres gänzlich abzuspüren. Die deutsche Rechtsordnung hat diese Auslandsbestechung zudem nicht nur durch die auch 1997 noch vom Gesetzgeber akzeptierte eingeschränkte Auslegung begünstigt. Sie hat den Handelnden zusätzlich eine erhebliche *Vertrauensgrundlage* geschaffen, indem das deutsche Steuerrecht in Norm und Praxis traditionell die nationale Reduktion von § 12 UWG a.F. dadurch abgesichert hatte, dass das Bestechungsgeld als Betriebsausgabe absetzbar war (was sogar im Jahre 2002 zu § 299 II StGB a.F. durch das BMF noch nach der Begehung der angeklagten Taten bestätigt wurde!).⁵² Wenn auch eine Europäisierung des Rechtsguts nicht in jedem Fall eine Gesetzgebung voraussetzen mag,⁵³ konnte doch in diesem spezifischen Kontext die geforderte Vorhersehbarkeit für die Normadressaten nur durch § 299 III StGB n.F. bzw. durch eine vergleichbare Gesetzgebung (wieder-)hergestellt werden. Nur hiermit konnte die tatsächliche Abkehr von der im „Exportweltmeisterland Deutschland“ lange geduldeten Auslandsbestechung normativ hinreichend vermittelt werden. Die vom Landgericht im Zuge der Zeit vorgeschlagene extensive, auslandsbezogene Auslegung des § 299 II StGB a.F. verstößt deshalb gegen Art. 103 II GG.

3. Die Bedeutung des völkerrechtlichen Hintergrundes

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts durch den völkerrechtlichen Kontext. Richtig ist, dass das OECD-Abkommen die Strafbarkeit der Bestechung ausländischer *Amtsträger* zur Tatzeit vorschrieb. Eine vergleichbare völkerrechtliche Pflicht existierte aber hinsichtlich der *Wirtschaftskorruption* zur Tatzeit nicht.⁵⁴ Es ließe sich einzig erwägen, nationale Tatbestände gegen die Wirtschaftskorruption zur Absicherung der Strafbarkeit der Amtsträgerkorruption „völkerrechtsinspiriert“ über ein abgesenktes Maß erforderlicher Vorhersehbarkeit auch auf den Auslandswettbewerb zu erstrecken, damit keine „Strafbarkeitslücken“ entstehen, falls sich Art. 1 § 1

(2003), S. 183, 188 f.; vgl. im EU-Kontext auch *Satzger*, Int. u. Europ. Strafrecht, 2. Aufl. (2007), § 8 Rn. 85 f., 90 ff.

⁴⁷ Vgl. etwa *Jescheck/Weigend*, Strafr AT, 4. Aufl. (1996), S. 156; m.w.N. aus der Rechtsprechung *Gaede* (Fn. 46), S. 183, 184 ff.

⁴⁸ Als deutlichstes Beispiel für diese Auffassung vgl. zu § 185 StGB m.w.N. BVerfGE 93, 266, 291 f.

⁴⁹ Vgl. insoweit auch BVerfG NJW 1990, 3140: Die Rechtsprechungsänderung ist danach dann vor Art. 103 II GG unproblematisch, wenn sie auf einer geänderten Erkenntnisgrundlage und nicht nur auf einer anderen Bewertung beruht. Hier aber wird die Bewertung der Auslandskorruption geändert, während noch kein Völker- oder Europarecht zu einer Veränderung zwingt bzw. damit neue Erkenntnisgrundlagen schafft.

⁵⁰ Vgl. *Haft/Schworer*, Weber-FS (2004), S. 367, 368 f.; *Rönnau* JZ 2007, 1084, 1088; *Vormbaum*, Schroeder-FS (2006), S. 649, 655, 658; *Weidemann* DStZ 2002, 329, 332; *Fischer* (Fn. 3), Vor §§ 3-7 Rn. 4 mit Beispielen der Rechtsprechung; m.w.N. *MüKo-Ambos* (Fn. 26), Vor §§ 3-7 Rn. 86.

⁵¹ Vgl. zu „schwarzen Kassen“ für Bestechungszahlungen ganz allgemein auch *Rönnau*, Tiedemann-FS (2008), I: weit verbreitete Praxis; *Tinkl* wistra 2006, 126, 131; *Randt* BB 2000, 1006 m.w.N.

⁵² Siehe dazu noch 2002 in diesem Sinne das Erlassschreiben des BMF vom 10. Oktober 2002 (BStBl. I S. 1031, 1033 zitiert nach *Juris*, Rn. 12): Das Abzugsverbot des § 4 V 1 Nr. 10 StGB greift für rein auslandsbezogene Bestechungszahlungen auf dem privaten Sektor erst mit § 299 III StGB n.F. ein. Treffend die Formulierung bei *Händler*, F.A.Z. vom 23. Januar 2008, S. 33: Korruption wurde „steuerlich subventioniert“; vgl. auch *Tiedemann*, Lampe-FS (2003), S. 759, 765: steuerrechtliche Beurteilung als „kriminogener Faktor ersten Ranges“!

⁵³ Vgl. insoweit zu dem allgemeinen Streit um die Grenzen der gemeinschaftskonformen Auslegung m.w.N. *Satzger* (Fn. 46), § 8 Rn. 85 f., 90 ff.; *Bleckmann*, Stree/Wessels-FS (1993), S. 107, 112 ff.; *M.Vormbaum*, Schutz der Rechtsgüter der EU durch deutsches Strafrecht (2005), S. 106 ff. Abgesehen davon, dass hier eine Pflicht zur *gemeinschaftskonformen* Auslegung nicht bestand, kann im hiesigen Fall keine ausreichende „Anreicherung des Erkenntnismaterials“ angenommen werden, die zugleich die bestehenden Zweifel an der Vorhersehbarkeit bezüglich § 299 II StGB a.F. auszuräumen vermag.

⁵⁴ Zur Gemeinsamen Maßnahme vgl. insoweit unter 4.

IntBestG als zu eng erweist oder im Einzelfall verkannt wird.

Eine solche Auslegung ist indes gerade im sensiblen, grundrechtseingreifenden Strafrecht nicht zu begründen: Gelangt der Rechtsanwender bei einer methodisch sauberen Anwendung des OECD-Abkommens bzw. des IntBestG zur Strafflosigkeit, ist dies gerade nicht zu korrigieren. Gelangt der Rechtsanwender indes zu einem unrichtigen Ergebnis, so ist dies auch exakt *bei der Auslegung der Delikte gegen die Bestechung von Amtsträgern* und nirgends sonst zu beheben. Das OECD-Abkommen markiert die Reichweite der völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands. Diese nochmals prophylaktisch zu erweitern, ist weder völkerrechtlich noch durch den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit geboten. Konsequenterweise angewendet würde eine derartig überdehnende Auslegungsmethodik im Ergebnis einer „Wucherung des Strafbaren“⁵⁵ auf Grund völkerrechtlicher Kriminalisierungspflichten gleichkommen.

4. Europarechtliche Pflichten und Argumente

Indessen hat das Landgericht eine globale Erstreckung offen gelassen und sich darauf beschränkt, den europäischen Wettbewerb durch Strafrecht „fördern“ zu wollen. Auch die speziell hierfür sprechenden Gründe tragen die Entscheidung des Gerichts jedoch nicht.

a) Zu einer Pflicht zur europarechtskonformen bzw. maßnahmekonformen Auslegung

Wie auch das Landgericht letztlich anerkennt, bestand zur Tatzeit und auch zum Zeitpunkt seiner Einführung keine Pflicht zu einer europarechtskonformen Auslegung des § 299 II StGB a.F. Was es aber zur Tatzeit bereits gab, war die Gemeinsame Maßnahme des Europäischen Rates vom 22.12.1998.⁵⁶ Diese Handlungsform der 3. Säule der EU gab den Mitgliedsstaaten vor, innerhalb von zwei Jahren *geeignete Vorschläge* zur Bestrafung von Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr zu unterbreiten,⁵⁷ wobei fraglich ist, ob dies nicht nur zur Einführung eines *national ausgerichteten* Tatbestands anhält.⁵⁸ Das Landgericht zieht die Gemeinsame Maßnahme im Anschluss an eine zur Tatzeit selten vertretene Auffassung⁵⁹ heran, um seine dann „notwendig gemeinschaftsfreundliche“ Auslegung zu begründen.

Ohne die allgemeinen Rechtswirkungen der heute durch einen Rahmenbeschluss ersetzten Gemeinsamen Maßnahme nach Art. K. 3 II lit. b EU-V (Maastricht) behandeln zu müssen, ist dazu festzustellen: Die insbesondere in der Rechtsprechung des EuGH vernehmbare Tendenz, Handlungsformen des Europarechts selbst in der 3. Säule auch ohne eine planmäßige nationale Umsetzung nach dem Grundsatz des *effet utile* nivellierend hin zu ihrer weitgehenden Geltung auszulegen,⁶⁰ muss jedenfalls bei der Gemeinsamen Maßnahme enden, soweit diese wie hier *originär* praktisch strafbegründend wirken soll.⁶¹ Vor allem aber verpflichtet die *konkret in Rede stehende* Gemeinsame Maßnahme nur zu „Vorschlägen“, die sodann zu prüfen waren, ohne dass es – anders als bei der Richtlinie – eine konkrete Umsetzungsfrist gab.⁶² Sie beließ dem deutschen Gesetzgeber insbesondere durch Art. 4 II der Gemeinsamen Maßnahme hinsichtlich der vorzusehenden Sanktion einen beträchtlichen Spielraum, den der Gesetzgeber erst zum 30.8.2002 genutzt hat und bis zum 23.12.2000 noch nicht ausschöpfen *musste*. Zum Tatzeitpunkt hätte der Gesetzgeber zum Beispiel im Einklang mit Art. 7 I lit. a und b der Gemeinsamen Maßnahme ein Gegenseitigkeitserfordernis vorsehen können, das Italien damals nicht erfüllt hätte.⁶³ Ebenso hätte er die Strafbarkeit konkreter auf Fälle von Wettbewerbsverzerrungen beschränken können.⁶⁴ Jedenfalls die hier betroffene Gemeinsame Maßnahme, die den EU-Mitgliedsstaaten keine bestimmte, bereits Vorhersehbarkeit schaffende Regelung vorgibt, kann damit kein hinreichendes Surrogat für das nach Art. 103 II GG geforderte Parlamentsgesetz darstellen, das auch die Vorhersehbarkeit der angeordneten Sanktion gewährleisten muss.⁶⁵ Ein unter der Hand doch zwingender Anschluss an die Gemeinsame Maßnahme im Wege einer „notwendig gemeinschaftsfreundlichen Auslegung“ muss daher ausscheiden. Dies gilt ganz unabhängig von der schon ganz allgemein gehaltvollen Kritik am Demokratiedefizit der EU, das bei der Europäisierung *des Strafrechts* – gerade bei der Handlungsform der Gemeinsamen Maßnahme – in besonderem Maße schmerzt.⁶⁶

⁵⁵ Vgl. nur aus dem Kontext der nicht unverwandten Richtlinienumsetzung im Strafrecht warnend Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht (2002), S. 444 ff., 449.

⁵⁶ Vgl. ABl. EG 1998 Nr. L 358, S. 2; BT-DRs. 14/8998, S. 9 f.

⁵⁷ Vgl. Art. 8 I der Gemeinsamen Maßnahme.

⁵⁸ Vgl. dazu Haft/Schwoerer, Weber-FS (2004), S. 367, 377 f.; Vormbaum, Schroeder-FS (2006), S. 649, 659.

⁵⁹ Vgl. ohne nähere Begründung der „gemeinschaftsfreundlichen Auslegung“ LK-Tiedemann (Fn. 45), § 299 Rn. 55; BT-Drs. 14/8998, S. 9 f.; nicht mehr deutlich dieser Ansicht nun Lackner/Kühl, § 26. Aufl. (2007), § 299 Rn. 1: Erfassung „nach dem Wortlaut möglich“, Abs. 3 als Änderung der Rechtslage; abl. schon Haft/Schwoerer, Weber-FS (2004), S. 367, 376; Vormbaum, Schroeder-FS (2006), S. 649 ff.; Rönnau JZ 2007, 1084, 1088 f.

⁶⁰ Vgl. beispielgebend zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung den Fall „Pupino“ EuGH NJW 2005, 2839, 2840 ff.; m.w.N. zur Kritik hieran Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. (2007), § 10 Rn. 85 f.; zur richtlinienkonformen Auslegung siehe im Übrigen Schröder (Fn. 55), S. 15 ff., 321 ff.; Satzger, Europäisierung des Strafrechts (2001), S. 518 ff.

⁶¹ Vgl. zu dieser im Grunde allgemeinen Grenze EuGH NJW 2005, 2839, 2841 f.; vgl. auch zur schon auszuschließenden originär belastenden Wirkung EuGH NJW 2006, 2465, 2467 f.; Hecker (Fn. 60), § 10 Rn. 82.

⁶² Siehe auch schon Fietz/Weidlich RIW 2005, 423, 425; Rönnau JZ 2007, 1084, 1088

⁶³ Zur Strafflosigkeit der Wirtschaftskorruption zum damaligen Zeitpunkt vgl. Vormbaum, Schroeder-FS (2006), S. 649, 653 ff.

⁶⁴ Vgl. so Art. 2 II und 3 II der Gemeinsamen Maßnahme und auch LK-Tiedemann (Fn. 45), § 299 Rn. 4.

⁶⁵ Vgl. nur grundlegend BVerfGE 105, 135, 153 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu Schünemann GA 2004, 193, 200 ff.; ders. ZIS 2007, 535 f. m.w.N.; Hecker (Fn. 60), § 4 Rn. 39, 88; Vogel GA 2002, 517, 525 f.; Weigend StV 2001, 63, 67; Braum, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, 2003.

b) Fallbezogene Problematik des Rekurses auf das europäisierte Wettbewerbsrecht

Das Gericht argumentiert darüber hinaus zentral damit, dass § 12 UWG a.F. und § 299 II StGB a.F. ganz allgemein im Umfeld der Europäisierung des Wettbewerbs(rechts) zeitgemäß „gemeinschaftsrechtsfreundlich“ neu zu interpretieren seien. Es betont, dass europaweite Ausschreibungen vorlagen, die insbesondere auf europäischem Wettbewerbsrecht beruhten. Folglich sei § 299 II StGB a.F. jedenfalls hier anzuwenden. Diese Argumentation besitzt gewiss eine Anfangsplaussibilität insofern, als heute der europäische Binnenmarkt und das europäische Wettbewerbsrecht kaum weniger schützenswert sind als der rein nationale deutsche Wettbewerb. Mit anderen Worten: Die Erstreckung des Schutzes durch § 299 III StGB n.F. ist hinsichtlich des europäischen Wettbewerbs auf Grund der großen Homogenität der geschützten Wettbewerbe gut und im Vergleich zum weltweiten Wettbewerb besser zu begründen.

Gleichwohl muss auch dieses „europäische Argument“ bei der Betrachtung für die Zeit vor dem 30.8.2002 ein *rechtspolitisches* bleiben. Auch eine europäisch begründete und heute in Deutschland geteilte Strafwürdigkeit muss dem in seiner demokratischen Dimension unverkürzten Gesetzlichkeitsprinzip genügen: Die *Strafwürdigkeit* muss sich in einer *vorhersehbaren gesetzlichen Strafbarkeit* niederschlagen.⁶⁷ Eben daran aber fehlt es. Für die Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips muss sich das deutsche Recht bzw. ein deutsches Gericht dabei nicht gleichsam „entschuldigen“. Es bedarf keines Verweises auf Art. 103 II GG als nationales Recht. Vielmehr stellt das Gesetzlichkeitsprinzip selbst einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Europarechts⁶⁸ und ein Menschenrecht nach Art. 7 EMRK⁶⁹ dar. Es besteht weder Grund noch Anlass, das Gesetzlichkeitsprinzip im europäischen Kontext enger auszulegen.

5. Zwischenergebnis

Der vom Landgericht vertretenen Erstreckung des § 299 II StGB a.F. auf den Schutz des europäischen Wettbewerbes kann nicht zugestimmt werden. Sie findet trotz des abstrakt genügenden Wortlauts keine hinreichende gesetzliche Grundlage und verstößt in ihrer rückwirkenden Orientierung an § 299 III StGB n.F. gegen das Ge-

⁶⁷ Vgl. nur BVerfGE 92, 1, 13; auch ähnlich strafwürdige Fälle sind wegen des Primats des Gesetzgebers durch die Rechtsprechung straflos zu lassen.

⁶⁸ Siehe EuGH NJW 2005, 2839, 2841 f.; EuGH NJW 2006, 2465, 2467; EuGH, Kolpinghuis, Slg. 1987, 3969 ff. Rn. 13 f.; Schroeder, in: Streinz, (Hrsg.), EUV/EGV (2003), Art. 249 EGV Rn. 129; Dannecker BGH-Festg. IV (2000), 339, 365 f.; vgl. auch Art. 49 EU-Charta, der mit dem Vertrag von Lissabon verbindlich werden soll.

⁶⁹ Dabei gelten etwa auch bei der Umsetzung einer europäischen Richtlinie keine zugunsten der Europäisierung abgeschwächten Maßstäbe EGMR, *Cantoni v. Frankreich*, Rep. 1996-V, § 30 = EuGRZ 1999, 193, 197; *Schröder* (Fn. 55), S. 355 ff.; *Demko* HRRS 2004, 19, 21 f.; *Gaede/Mühlbauer wistra* 2005, 9, 15 f.

setzlichkeitsprinzip aus Art. 103 II GG.⁷⁰ Fallgestaltungen wie die im Urteil des Landgerichts behandelten, die keinen Bezug zum deutschen Wettbewerb haben, können erst nach dem 30.8.2002 als Wirtschaftskorruption gemäß § 299 III StGB geahndet werden. Selbst wer den strafrechtlichen Parlamentsvorbehalt nicht streng gehandhabt sehen will, muss die hier geltend gemachten Aspekte im Sinne einer mindestens „bestimmtheitsinspierten Auslegung“ berücksichtigen. Die Judikatur würde Spielräume des Wortlauts nutzen, die nicht darüber hinwegtäuschen können, dass die heutige harte Haltung gegenüber der Auslandsbestechung in der „Exportnation Deutschland“ erst neueren Datums ist.

D. Die Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 StGB

So wenig wie die rückwirkende Anwendung des § 299 II StGB a.F. auf Fälle der Auslandskorruption vor August 2002 überzeugt, so problematisch ist auch die Bejahung einer Untreuestrafbarkeit sowohl hinsichtlich der Fortführung der „schwarze Kasse“ als auch hinsichtlich der Bestechungszahlungen. Diese Kriminalisierung setzt den in der Praxis vernehmbaren Trend fort, den international und besonders in Europa verstärkten „Kampf gegen die Korruption“ nun vor allem auch mit dem „Degen der Untreue“ zu führen, der das „Florett der Korruptionsdelikte“ nahezu erübrigen könnte. Die Untreue könnte, so scheint es, mit dem hiesigen Verfahren auch dogmatisch als Korruptionsvorfelddelikt „fit gemacht werden“.⁷¹ Die prozessualen Vorteile einer solchen Instrumentalisierung der Untreue liegen auf der Hand. Durch den Verzicht auf die Feststellung von Unrechtsvereinbarungen, Zahlungsmodalitäten oder ausländischen Amtsträgereigenschaften lässt sich im Kontext der Auslandsbestechung die auf den Inlandssachverhalt beschränkte Untreuestrafvorschrift um ein Vielfaches leichter nachweisen als die Korruptionsdelikte. Materiellrechtlich setzt dieser praktische Verfolgungsvorteil freilich zwei hochbedenkliche Ausweitungen des ohnehin extensionsanfälligen Untreuebestandes voraus:⁷² die Übertragung der vornehmlich für öffentliche Haushalte entwickelten schwarze Kasse-Rechtsprechung des BGH auf die Privatwirtschaft (I.); und am heikelsten die Untreue-Kriminalisierung von „nützlichen“ Schmiergeldzahlungen auf Geberseite, die, so unlängst noch ein bekannter Kommentator, „bislang noch nie als strafbare Untreue eingestuft worden“ sind (II.).⁷³ Beiden Extensionen ist entschieden entgegenzutreten.

⁷⁰ Vgl. im Ergebnis wie hier auch *Rönnau* JZ 2007, 1084, 1087 m.w.N. An der lediglich klarstellenden Bedeutung des § 299 III StGB zweifelnd *Fischer* (Fn. 3), § 299 Rn. 2a.

⁷¹ Zur Tendenz, die Korruption über die Untreue zu verfolgen, vgl. auch *Rönnau* ZStW 119 (2007), 887, 920 ff.

⁷² Vgl. nur BGHSt 51, 100, 121; zur Einschränkungsdiskussion im Übrigen vgl. *Fischer* (Fn. 3), § 266 Rn. 61 ff., 78b f.; *Saliger* HRRS 2006, 10, 12 f.

⁷³ *Seier*, in: *Achenbach/Ransiek* (Fn. 43), Kap. V 2 Rn. 360 m.w.N.

I. Die Weiterführung der „Schattenkasse“

Wie der Fall Siemens zeigt, dürfte die Zahlung von Bestechungsgeldern aus verborgenen Kassen in der Privatwirtschaft der Regelfall wettbewerbsverzerrender Korruption sein.⁷⁴ Denn alle an der Bestechung Beteiligten haben im Lichte der Idee der freien Marktwirtschaft handfeste moralische und rechtliche Interessen, die Bestechungszahlungen grundsätzlich geheim zu halten. Deshalb liegt es nahe und so verfährt auch das Landgericht Darmstadt, unabhängig von den Bestechungszahlungen zu prüfen, ob nicht bereits die Weiterführung der verborgenen Konten den Untreuetatbestand verwirklicht.⁷⁵ Das Landgericht Darmstadt setzt dabei ohne Problematisierung voraus, dass es sich bei den Geheimkonten um schwarze Kassen handelt und die rechtliche Würdigung sich deshalb ohne Weiteres nach dem Urteil des BGH im Fall *Kanther* beurteilt (UA, S. 55 ff.). Diese Voraussetzung ist jedoch alles andere als selbstverständlich. Die ungeprüfte begriffliche Einordnung der verborgenen Siemens-Konten als schwarze Kassen lässt wesentliche strukturelle Unterschiede unberücksichtigt (1.), die sich nicht nur bei der Feststellung der Pflichtwidrigkeit auswirken können (2.), sondern vor allem der Annahme eines Vermögensnachteils entgegenstehen (3.). Auf jeden Fall fehlt der bedingte Gefährdungsvorsatz nach der neuen BGH-Rechtsprechung im Fall *Kanther* (4.).

1. Schwarze Kassen und Schattenkassen

Das Unbehagen, die verborgenen Siemens-Konten ohne Weiteres als schwarze Kassen anzusehen, rührt aus dem Umstand, dass es bei Siemens *nach den Feststellungen des Urteils* nicht nur eine, sondern ein ganzes „etabliertes“ System schwarzer Kassen im Ausland gegeben hat. Dieses System bestand über Jahre bzw. Jahrzehnte, wurde im Wege der Verantwortlichkeitsnachfolge quasi auf Vorstandsebene übertragen und von einem Mitarbeiter sogar zu 2/3 seiner Arbeitszeit nur für die Sparte Siemens PG betreut. Deshalb – und das ist gewiss der irritierendste Umstand – war das System der „verborgenen Konten“ auch einer größeren Anzahl von Siemensmitarbeitern bekannt. Diese quantitative Massivität und qualitative Teiltransparenz der verborgenen Siemens-Konten wirft unwillkürlich die Frage auf, was denn an diesen Konten überhaupt noch „schwarz“ gewesen ist.

Eine Beantwortung dieser Frage steht vor der Schwierigkeit, dass der Begriff der schwarzen Kasse ungeklärt ist. Grundsätzlich kann man auf zwei Aspekte abstellen: Zum einen kann man die „Schwärze“ einer Kasse allein an dem schieren Verstoß gegen gesetzliche Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten bemessen, so

dass im Fall Siemens trotz der internen Teiltransparenz von schwarzen Kassen auszugehen wäre. Zum anderen kann man mit der überwiegenden Meinung unter schwarzen Kassen einen Bestand von Geldern des Geschäftsherrn verstehen, der unter Verletzung von Pflichten gebildet, vor dem Geschäftsherrn bzw. der zuständigen Stelle verheimlicht und mit der Absicht unterhalten wird, die Gelder zu Zwecken des Geschäftsherrn zu verwenden.⁷⁶ Nach dieser Begriffsdefinition ist das auf Geheiß, mit Billigung oder Duldung des Geschäftsherrn geführte „Geheimkonto“ begrifflich keine schwarze Kasse.⁷⁷ Natürlich kann man weiter darüber streiten, unter welchen Voraussetzungen insbesondere eine Billigung oder Duldung des Geschäftsherrn anzunehmen sein wird. Denn die oberste Führungsebene wird regelmäßig jedenfalls offiziell bestreiten, von den Geheimkonten („Kriegskassen“⁷⁸) zur Finanzierung von Schmiergeldern Kenntnis gehabt zu haben.⁷⁹ Von Duldung und/oder Billigung, die keine konkrete Kenntnis von Konten und Geldern erfordern, wird man aber dann ausgehen dürfen, wenn die obere Führungsebene die verdeckte Kassenführung strukturell dadurch begünstigt, dass sie sich aufdrängende Gegenmaßnahmen nicht ergriffen hat (vgl. UA S. 64 f.).

Wir schlagen vor, Geheimkonten, die wie im Fall Siemens aufgrund ihrer Strukturen quantitativ und qualitativ in hohem Maße teiltransparent sind, nicht als „schwarze Kassen“, sondern als **„Schattenkassen“** zu bezeichnen.⁸⁰ Schattenkassen sind demnach gesetzwidrige, aber mit Kenntnis (Geheiß, Billigung, Duldung) des Geschäftsherrn bzw. der zuständigen Stelle gebildete Geheimkonten. Dabei ist nebensächlich, ob man „Schattenkassen“ begrifflich als eigenständigen Typ von Geheimkonten oder – wozu wir neigen – als spezifischen Unterfall von „schwarzen Kassen“ ansieht. Entscheidend ist vielmehr zu erkennen, dass der selbständige Begriff der Schattenkasse mit der Kenntnis des Geschäftsherrn bzw. der zuständigen Stelle einen wertungsrelevanten Strukturunterschied zur sonstigen schwarzen Kasse zum Ausdruck bringt. Er ist bei der Prüfung insbesondere der Pflichtverletzung und des Vermögensnachteils zu berücksichtigen, weil das Unrecht der Untreue *gerade gegenüber dem Geschäftsherrn* zu begründen ist. Bei der Annahme einer Pflichtverletzung bedarf es insoweit der Feststellung, dass kein wirksames Einverständnis seitens des Geschäftsherrn bzw. der zuständigen Stelle vorliegt. Im Rahmen der Prüfung des Vermögensnachteils ist zu berücksichtigen, dass sich dieser bei einer Schattenkasse wegen der Kenntnis des Geschäftsherrn bzw. der zuständigen Stelle nicht in gleicher Weise mit dem Kriterium des *Kontrollentzugs* begründen lässt wie bei der sonstigen schwarzen Kasse nach der Rechtsprechung des BGH.

2. Pflichtverletzung

Da die Bejahung der Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten (Bereichsvorstand) wie in vergleichbaren

⁷⁴ Vgl. auch *Bernsmann GA 2007, 219, 231 f.; Rönnau, Tiedemann-FS (2008), I.; Kohlmann, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (1990), Rn. 286.* Wie der Sachverhalt in OLG Frankfurt NStZ-RR 2004, 244 zeigt, kann es auch vorkommen, dass Gelder nicht aus einer allgemeinen „schwarzen Kasse“, sondern jeweils konkret für einzelne Schmiergeldzahlungen entnommen werden.

⁷⁵ Dass das Landgericht im Urteil tatsächlich zunächst die Bestechungsgeldzahlung im Fall „La Casella“ prüft, kann vernachlässigt werden (siehe UA, S. 54 f.).

⁷⁶ *Weimann (Fn. 25), S. 10 ff., 12 f.; ferner Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen (1994), S. 287.*

⁷⁷ *Ausdrücklich Rönnau, Tiedemann-FS (2008), II 1 b).*

⁷⁸ *Vgl. Bernsmann GA 2007, 219, 232.*

⁷⁹ *Rönnau, Tiedemann-FS (2008), I.*

⁸⁰ *So bereits Saliger NStZ 2007, 545, 547 Fn. 29.*

Fällen keine Schwierigkeiten bereitet, konzentriert sich die Prüfung zunächst auf die Frage der Pflichtverletzung. Mit Recht ist jüngst moniert worden, dass sich Rechtsprechung und Schrifttum bei der Würdigung schwarzer Kassen bislang auf den Vermögensnachteil konzentriert und die Pflichtverletzung vernachlässigt haben.⁸¹ Das gilt umso mehr, wenn es wie im Fall Siemens um Schattenkassen geht. Fraglich ist hier nicht nur die Quelle der Pflichtwidrigkeit, sondern fraglich sind vor allem die Anforderungen, die an die Wirksamkeit eines Einverständnisses des Geschäftsherrn zu stellen sind.

a) In Betracht kommende Pflichten

Dass Compliance-Regeln des Treugebers grundsätzlich geeignet sind, als untreuetaugliche Pflichten zu fungieren, wird man aufgrund der Maßgeblichkeit seines Willens für Umfang und Inhalt des Pflichtenkreises des Treuehmers annehmen dürfen.⁸² Bezüglich der Schattenkassen bei Siemens sind Verstöße gegen Compliance-Regeln allerdings schon deshalb nicht zu besorgen, weil die einschlägige Compliance-Regel allein die Zahlung von Bestechungsgeld verbot (vgl. UA, S. 54).

Das Landgericht stützt die Pflichtverletzung zunächst auf die Herausgabepflicht des Beauftragten gegenüber dem Geschäftsherrn gemäß § 667 BGB. Das ist schief, weil die Buchführungspflicht des Beauftragten bzw. Geschäftsborgers sich aus § 666 BGB i.V.m. § 662 bzw. 675 BGB ergibt, woran bei schwarzen Kassen herkömmlicherweise auch angeknüpft wird.⁸³ Das Landgericht mag diese Schwäche gespürt haben. Denn mit dem Hinweis, dass der Angeklagte als für die Buchführung Verantwortlicher die Gelder nicht an sich selbst zu übergeben hatte, ergänzt es den Vorwurf der Pflichtwidrigkeit dahin, dass der Angeklagte mit der Fortführung der Schattenkasse seine handelsrechtlichen, steuerrechtlichen und börsenrechtlichen Verpflichtungen zur ordnungsgemäßen Verbuchung und Bilanzierung der Gelder verletzt habe (UA, S. 55 f.).

Dieser zweiten Bestimmung der Pflichtwidrigkeit wird man zustimmen können. Namentlich markieren auch die handelsrechtlichen Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten untreuetaugliche Pflichten.⁸⁴ Zu einem anderen Ergebnis würde man nur mit den Anhängern der Lehre vom Schutzzweckzusammenhang gelangen, die allein primär und unmittelbar das Vermögen des Treuge-

bers schützende außerstrafrechtliche Pflichten als untreuetauglich gelten lassen wollen.⁸⁵ Danach müssten genau genommen etwa die Buchführungs- und Bilanzvorschriften des HGB als untreuetaugliche Pflichten ausscheiden, weil sie mit den Zwecken der Dokumentation, Information und Kapitalerhaltung zwar auch dem Vermögensinteresse des Geschäftsherrn, primär und unmittelbar aber dem Schutz aktueller und potentieller Gläubiger dienen.⁸⁶ Dass diese Konsequenz unhaltbar ist, zeigt sich schon daran, dass als Folge die bislang im Grundsatz einhellig anerkannte Untreuefallgruppe der unordentlichen Buchführung⁸⁷ künftig nicht mehr bestraft werden dürfte.⁸⁸ Der Wortlaut des § 266 StGB verlangt einen solchen Schutzzweckzusammenhang nicht. Er lässt für die Untreue grundsätzlich jede vermögensrelevante Handlung genügen, durch die der Täter Weisungen, gesetzliche Bestimmungen oder Richtlinien missachtet und dadurch einen Vermögensnachteil verursacht.⁸⁹ Auch sachlich besteht für eine solche Restriktion kein Bedürfnis. Zum einen lassen sich die von den Anhängern für die Notwendigkeit eines Schutzzweckzusammenhangs angeführten Fälle auch ohne Anerkennung desselben befriedigend lösen.⁹⁰ Zum anderen leuchtet nicht ein, warum der Parteivorsitzende, der vorsätzlich die Vorrangigkeit der Rechtssicherheit dienende Antragsfrist zur Parteifinanzierung (§ 19 I 1 PartG) versäumt und dadurch den Verlust des ganzen Finanzierungsanspruches seiner Partei bewirkt, nicht wegen Untreue strafbar sein soll.⁹¹ Im Besonderen wird man nur solche Buchführungsverstöße als strafbarkeitsauslösend ansehen dürfen, die gravierend und hinreichend bestimmbar sind.⁹² Im vorliegenden Fall bereiten diese Anforderungen allerdings keine Probleme. Die gänzliche Nichterfüllung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten ist stets gravierend.

b) Zur Frage eines Einverständnisses

Bei Schattenkassen stellt sich im Rahmen der Pflichtwidrigkeit die – von dem Begriff der Schattenkasse nicht präjudizierte – weitere Frage nach einem tatbestandsausschließenden Einverständnis seitens des Geschäftsherrn. Das Landgericht hat diese Frage nicht einmal angeprüft.

⁸¹ So Rönna, Tiedemann-FS (2008), II., der deshalb auch eine eingehende Analyse der Pflichtwidrigkeit vorlegt. Zu einer Analyse der Pflichtwidrigkeit von „schwarzen Kassen“ im Zusammenhang mit der Parteienuntreue ferner Saliger, Parteigesetz und Strafrecht (2005) S. 399 ff.

⁸² Vgl. auch Rönna, Tiedemann-FS (2008), II. 1. c. aa); ders., ZStW 119 (2007), 887, 922 f.; ferner Bernsmann GA 2007, 219, 232 in bezug auf Corporate Governance; differenzierte Untersuchung der Untreuerelevanz des Deutschen Corporate Governance Kodex bei Schlösser/Dörfler wistra 2007, 326.

⁸³ Vgl. Saliger NStZ 2007, 545, 546 m.w.N.; ferner Louis, Die Falschbuchung im Strafrecht (2002) S. 44.

⁸⁴ Ebenso Schönke/Schröder-Lenckner/Perron (Fn. 45), § 266 Rn. 35a; NK-Kindhäuser, StGB, 2. Aufl. (2005), § 266 Rn. 64; Rönna, Tiedemann-FS (2008), II. 1. c. aa); Saliger JA 2007, 333 f.; eingehend Louis (Fn. 83), S. 31 ff., 69 ff., 89 ff.

⁸⁵ Günther, Weber-FS (2004), 316 f.; vgl. auch Seier, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 43), Kap. V 2 Rn. 188 ff.

⁸⁶ Vgl. Heymann/Walz, HGB, 2. Aufl. (1999), Einl. §§ 238 ff. Rn. 47 ff.; Leffson, Die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, 7. Aufl. (1987), S. 38 ff. (41 ff.); Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, 33. Aufl. (2008), Einl. Vor § 238 Rn. 10 f.; Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl. (2007), § 238 Rn. 4. Wie hier: Louis (Fn. 83), S. 31 ff., 55 ff., 140, 194 ff.; Weimann (Fn. 25), S. 11, 69 ff.; Rönna, Tiedemann-FS (2008), II. 1. c. aa). Dass Buchführungsvorschriften nur den Gläubigerschutz bezwecken, nimmt zu Unrecht an etwa Brammsen DB 1989, 1609, 1612.

⁸⁷ Exemplarisch BGHSt 20, 304; Lackner/Kühl (Fn. 59), § 266 Rn. 17a; Fischer (Fn. 3), § 266 Rn. 61a.

⁸⁸ Diese Konsequenz zieht selbst nicht Seier, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 43), Kap. V 2 Rn. 190.

⁸⁹ Schönke/Schröder-Lenckner/Perron (Fn. 45), Rn. 35a; Fischer (Fn. 3), § 266 Rn. 38; Saliger JA 2007, 334.

⁹⁰ Näher Saliger HRRS 2006, 10, 22 f. zu dem von Seier, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 43), Kap. V 2 Rn. 201 gebildeten Fall.

⁹¹ Saliger JA 2007, 334.

⁹² So mit Recht Rönna, Tiedemann-FS (2008), II. 1. c. aa).

Dass das wirksame Einverständnis des Treuehmers das Handeln des Treugebers pflichtgemäß macht und damit bereits den objektiven Tatbestand der Untreue ausschließt, ist heute mit Blick auf die Maßgeblichkeit des Innenverhältnisses für das Handlungsunrecht der Untreue zu Recht herrschende Ansicht.⁹³ Voraussetzung für ein wirksames Einverständnis ist danach zunächst, dass tatsächlich von Seiten des Geschäftsherrn bzw. der relevanten Organe ein Einverständnis im Sinne einer zustimmenden Willenserklärung vorliegt.⁹⁴ Wer zuständig für eine faktische Einverständniserklärung ist, richtet sich nach der rechtlichen Organisation der Willensbildung beim Geschäftsherrn. Während der Einzelunternehmer nur sein eigenes Einverständnis zu erklären braucht, verlangt der BGH z.B. für die Aktiengesellschaft das Einverständnis der Anteilseigner bzw. das der diese repräsentierenden Hauptversammlung.⁹⁵ Je umfangreicher und komplexer die Willensbildung ist, desto unwahrscheinlicher ist faktisch das Vorliegen eines Einverständnisses. Das gilt erst recht hinsichtlich der heiklen Frage eines Einverständnisses mit Geheimkonten. Ein solches Einverständnis dürfte bei größeren Gesellschaften in der Praxis regelmäßig fehlen.⁹⁶

Vor allem nach der Rechtsprechung ist ein Einverständnis nur wirksam, wenn es nicht gegen Rechtsvorschriften verstößt.⁹⁷ Hier kommt es grundsätzlich auf Rang und Schutzrichtung der Rechtsvorschriften an. Für Vermögensdispositionen des Geschäftsherrn in der Privatwirtschaft reichen die Auffassungen von einer nahezu unbeschränkten Zustimmungsbefugnis⁹⁸ bis hin zu einer strikten Bindung auch an die Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns⁹⁹ mit der Folge, dass nahezu jeder beliebige Buchführungsverstoß wegen Untreue strafbar wäre.¹⁰⁰ Für die Praxis leitend ist eine Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH zur GmbH-Untreue durch verdeckte Gewinnentnahmen. Danach sollen die Gesellschafter einer GmbH Buchführungsverstößen nicht wirksam zustimmen können, durch die existenzgefährdende Gewinnentnahmen, insbesondere eine Gefährdung des Stammkapitals, verschleiert werden.¹⁰¹ Es ist hier nicht der Raum, sich mit dieser hochumstrittenen Entschei-

dung näher auseinanderzusetzen.¹⁰² Die Problematik dieser Judikatur wie jeder Einschränkung der Dispositionsbefugnis des Geschäftsherrn im Bereich des § 266 StGB liegt darin, dass, soweit die einschränkenden Normen nicht nur den Zweck des Vermögensschutzes des Geschäftsherrn verfolgen, die Untreue für beliebige andere Nichtvermögenszwecke instrumentalisierbar wird. Insoweit ist die Untreuestrafvorschrift in steter Gefahr, sich unter Aufgabe ihres Charakters als Vermögensdelikt („Rechtsgutsvertauschung“) zum „Superdelikt“ des StGB zu entgrenzen.¹⁰³ Immerhin kann man der BGH-Rechtsprechung die – freilich nicht weit genug gehende – Aussage entnehmen, dass es jedenfalls jenseits der Existenzgefährdung des Vermögens des Geschäftsherrn bei der Straflosigkeit von Verstöße gegen Buchführungsvorschriften bzw. von eingerichteten Schattenkassen verbleibt, die mit Zustimmung der Gesellschafter vorgenommen bzw. unterhalten werden. Im Fall Siemens wird die Einschränkung der Dispositionsbefugnis nach dem BGH nicht relevant, weil das System der Schattenkassen trotz seines Umfang nicht geeignet ist, die Existenz von Siemens zu gefährden.

3. Konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung?

Erscheint damit die Begründung einer Pflichtverletzung bei den Schattenkassen allgemein und im Fall Siemens im Besonderen möglich, so spitzt sich die weitere Untersuchung zu auf das vom Landgericht ebenfalls bejahte Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils und den korrelierenden Vorsatz.

a) Die Anknüpfung an das Kanther-Urteil

Das Landgericht bestimmt den Vermögensnachteil im Fall Siemens im Anschluss an das *Kanther*-Urteil des BGH (UA, S. 56).¹⁰⁴ Indem K. der Siemens AG jeglicher Kontrollmöglichkeit beraubte, habe er deren Vermögen in Höhe von CHF 12 Mio. einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ausgesetzt. Diesen „Schaden“ habe K. durch die späteren Bestechungszahlungen lediglich vertieft (UA, S. 57). Mit dieser Bestimmung des Vermögensnachteils in Gestalt einer konkreten schadensgleichen Vermögensgefahr folgt das Landgericht der verwendungszweckunabhängigen Deutung der schwarzen Kasse.¹⁰⁵ Kennzeichnend für diese Deutung ist, dass die konkrete Gefährdung des Vermögens aus dem Umstand hergeleitet wird, dass die Geheimkasse keiner tatsächlich wirksamen Zweckbindung unterlag und als jeder Kontrolle durch den Berechtigten entzogener Dispositionsfond genutzt wurde. Entscheidend ist die Möglichkeit der Mittelverwendung nach eigenem Gutdünken des Treuehmers. Darin soll nicht mehr nur eine Beeinträchtigung der Dispositionsbefugnis des Geschäftsherrn liegen, die für die Untreue auch nach der Rechtsprechung nicht

⁹³ Lackner/Kühl (Fn. 59), § 266 Rn. 20; Fischer (Fn. 3), § 266 Rn. 49; Schönte/Schröder-Lenckner/Perron (Fn. 45), Rn. 38; MüKo-Dierlamm (Fn. 11), § 266 Rn. 129; NK-Kindhäuser (Fn. 84), § 266 Rn. 66 ff.; Wessels/Hillenkamp, BT/2, 30. Aufl. (2007), 758 ff. Ausführlich zum Meinungsstand Schramm, Untreue und Konsens (2005), S. 46 ff. und 285 f.

⁹⁴ Zu den Modalitäten der Äußerung des Einverständnisses bei § 266 StGB Schramm (Fn. 93), S. 175 ff.

⁹⁵ BGHSt 50, 331, 342 f. Zu den Trägern der Dispositionsbefugnis bei den verschiedenen natürlichen und juristischen Personen eingehend Schramm (Fn. 93), S. 74 ff.

⁹⁶ Fischer (Fn. 3), § 266 Rn. 46; Rönna, Tiedemann-FS (2008), II. 1. b.

⁹⁷ BGHSt 34, 379, 384 f.; Fischer (Fn. 3), § 266 Rn. 51; Wessels/Hillenkamp (Fn. 93), Rn. 761.

⁹⁸ In diese Richtung z.B. Schramm (Fn. 93), S. 286 ff.

⁹⁹ So die problematische Entscheidung BGHSt 34, 379, 384 ff., 389; dazu Kohlmann (Fn. 74), Rn. 190 Fn. 48.

¹⁰⁰ Umfassender Meinungsüberblick bei Louis (Fn. 83), S. 141 ff.

¹⁰¹ BGHSt 35, 333, 337 f.; ferner BGHSt 3, 32, 39 f.; 9, 203, 216. Zu dieser Entscheidung wie zur ganzen Judikatur stellvertretend Louis (Fn. 83), S. 150 ff.

¹⁰² Exemplarisch MüKo-Dierlamm (Fn. 11), § 266 Rn. 132 ff. und Seier, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 43), Kap. V 2 Rn. 286 ff., jeweils m.w.N.

¹⁰³ Überzeugend Rönna, Tiedemann-FS (2008), II. 1. b) m.w.N.; ders., ZStW 119 (2007), 887, 925.

¹⁰⁴ BGHSt 51, 100, 113 ff. m. Anm. Ransiek NJW 2007, 1727 und Saliger NSStZ 2007, 545; vgl. auch Bernsmann GA 2007, 219, 229 ff.

¹⁰⁵ Begriff übernommen von Fischer (Fn. 3), § 266 Rn. 46.

genügt.¹⁰⁶ Vielmehr sei mit diesem Kontrollentzug bereits eine konkrete, unkontrollierbare Gefahr des endgültigen Vermögensverlustes eingetreten.¹⁰⁷

b) Grundsätzliche Kritik der verwendungszweckunabhängigen Nachteilsbestimmung

Die verwendungszweckunabhängige Lesart der schwarzen Kasse überzeugt schon im Grundsatz nicht.¹⁰⁸ Mit dem Abstellen auf den schieren Entzug von Kontroll-, Prüfungs- und Verwendungsmöglichkeiten erschöpft sich der darauf gestützte „Erfolgsunwert“ der konkreten Vermögensgefahr in einem reinen „Handlungsunwert“. Insoweit sind bei der verwendungszweckunabhängigen Lesart Tathandlung und Taterfolg identisch, was entgegen den Beteuerungen des BGH einen reinen Dispositionsschutz impliziert und der gesetzlichen Trennung von Pflichtverletzung und Vermögensnachteil im Untreuetatbestand widerspricht. Die verwendungszweckunabhängige Lesart kriminalisiert damit reinen Verwaltungsungehorsam (im öffentlichen Bereich) bzw. – allgemein – die bloße interne Regelverletzung. Sanktioniert wird also lediglich eine abstrakte Vermögensgefahr. Die Identität von Tathandlung und Taterfolg ist bei der verwendungszweckunabhängigen Lesart auch nicht zu beheben, ohne sie selbst preisgeben zu müssen, weil sie definitionsgemäß allein auf betreuungsinterne Kriterien aus dem Innenverhältnis zum Geschäftsherrn zurückgreift.

Die Alternative formuliert eine verwendungszweckabhängige Lesart. Sie macht die Konkretetheit der Vermögensgefahr bei der schwarzen Kasse zumindest in entkriminalisierender Hinsicht an der materiellen Zweckkonformität der Mittelverwendungsabsicht des Schwarzkassenverwalters fest. Danach macht sich der Treunehmer bei der Bildung der schwarzen Kasse nicht strafbar, wenn er die Schwarzgelder allein für die Zwecke des Geschäftsherrn einsetzen will.¹⁰⁹ Darin liegt kein unzulässiger Rückgriff auf subjektiv „gute Absichten“ oder „Zwecke“ im Rahmen des objektiven Untreuetatbestandes.¹¹⁰ Denn da der konkreten schadensgleichen Vermögensgefahr einerseits eine materiale Versuchsstruktur zugrunde liegt, andererseits die Bildung und Unterhaltung einer schwarzen Kasse einen Vorgang in der Zeit darstellt, lässt sich die Höhe des Verlustrisikos im Zeitpunkt der schieren Bildung der schwarzen Kasse ohne

Rückgriff auf die Verwendungsabsicht des Schwarzkassenverwalters nicht abschließend prognostizieren.¹¹¹

Auch nach der verwendungszweckabhängigen Lesart sind allerdings strafbare Fälle schwarzer Kassen unter Heranziehung betreuungsexterner Kriterien möglich. So begründet eine konkrete Vermögensgefahr für das Treugut, wer die schwarze Kasse so einrichtet, dass er seinen Gläubigern den Zugriff auf das Schwarzgeld ermöglicht, oder wer das Schwarzgeld bei unzuverlässigen Dritten parkt.¹¹² Darüber hinaus soll eine konkrete Vermögensgefahr auch dann anzunehmen sein, wenn durch die Bildung einer schwarzen Kasse der ordentlichen Buch- oder Haushaltsführung Gelder in beträchtlichem Umfang entzogen werden, so dass der Geschäftsherr ein falsches Bild von seiner Vermögenslage gewinnt und deshalb wirtschaftlich sinnvolle und notwendige Entscheidungen unterlässt.¹¹³ Alle diese Konstellationen sind im Fall der Schattenkassen bei Siemens freilich nicht festgestellt. Bei Schattenkassen, die Teil eines Unternehmenssystems sind, mit dem dieses Unternehmen zugunsten einer wirtschaftlich betrachtet besseren „Performance“ ethisch und gesetzlich fragwürdige Praktiken finanziert, dürften diese Konstellationen auch sehr untypisch sein. Hier wird zwar durchaus eine „vertiefte Geheimhaltung“ erfolgen. Ohne Not dürfte hier aber niemand durch die Art und Weise der Anlage eine wirtschaftlich relevante Verlustgefahr hinnehmen.

c) Kritik der Anwendung des Kanther-Urteils auf Schattenkassen in der Privatwirtschaft

Neben der grundsätzlichen Kritik an der verwendungszweckunabhängigen Lesart spricht gegen eine auf sie gestützte Untreuestrafbarkeit durch die Schattenkassen noch ein zweiter zentraler Aspekt. Selbst nach den Kriterien der verwendungszweckunabhängigen Deutung im *Kanther*-Urteil kann eine Untreuestrafbarkeit im Fall Siemens entgegen dem Landgericht nicht bejaht werden. Weder liegt hier ein nachteilsbegründender Kontrollentzug vor, noch kann an einer Mittelverwendung nach eigenem Gutdünken angeknüpft bzw. von einer Ausnutzung eines keiner tatsächlich wirksamen Zweckbindung unterliegenden Dispositionsfonds gesprochen werden. Auffällig ist, dass das Landgericht selbst keine Subsumtion der Kriterien des *Kanther*-Urteils versucht, sondern seine Anknüpfung auf einen schlichten Klammerzusatz reduziert (UA, S. 56). Diese Rechtsanwendung lässt eine eingehende Würdigung der Besonderheiten der Schattenkassen im Fall Siemens vermissen.

Zunächst ist nicht zu sehen, inwiefern sich aus dem Handeln der Beteiligten eine konkrete, unkontrollierbare Gefahr eines endgültigen Vermögensverlustes ergeben hat. Der feste Wille des K., sein Handeln in das festgestellte System der Auslandsbestechung einzustellen, begründet schon grundsätzlich keine Gefahrensteigerung für das Vermögen der Siemens AG: Die damals von Sie-

¹⁰⁶ Vgl. nur BGHSt 43, 293, 297; 51, 100, 113; *Fischer* (Fn. 3), § 266 Rn. 70.

¹⁰⁷ Vgl. BGHSt 51, 100, 113 ff. und zuvor zur Haushaltsuntreue BGHSt 40, 287, 295 ff.; ferner OLG Frankfurt am Main NJW 2004, 2028, 2030. Ebenso *Fischer* (Fn. 3), § 266 Rn. 46, 70 ff.; *Wolf*, Die Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel (1998), S. 190; *Ransiek* NJW 2007, 1727, 1728.

¹⁰⁸ Zum Folgenden siehe *Saliger* NStZ 2007, 545, 547 f.; *ders.*, Parteiengesetz und Strafrecht (2005), S. 420 ff.; *Rönnau*, Tiedemann-FS (2008), II. 2. c); *Riemann*, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden (1989), S. 158 f.

¹⁰⁹ Wie hier: *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron* (Fn. 45), § 266 Rn. 45; *LK-Schünemann*, StGB, 11. Aufl. (1998), § 266 Rn. 148; *MüKo-Dierlamm* (Fn. 11), § 266 Rn. 217 f.; *Weimann* (Fn. 25), S. 123 ff.; *Saliger* (Fn. 108), S. 422 ff.; *Matt* NJW 2005, 391; *Rönnau*, Tiedemann-FS (2008), II. 2. b).

¹¹⁰ So kritisch *Fischer* (Fn. 3), § 266 Rn. 46.

¹¹¹ *Rönnau*, Tiedemann-FS (2008), II. 2. b. bb); *Saliger* (Fn. 108), S. 422 ff. (424).

¹¹² *Weimann* (Fn. 25), S. 134 ff.; *Saliger* (Fn. 108), S. 418 ff., 420 ff. Zu weiteren strafbaren Fällen *Saliger* NStZ 2007, 545, 548 und *Rönnau*, Tiedemann-FS (2008), II. 2. a).

¹¹³ *So Louis* (Fn. 83), S. 140.

mens systematisch befürwortete rein wirtschaftliche Sichtweise der Auslandsbestechung setzte eine Begrenzung des Risikos und damit auch die Kleinhaltung des „Mitwisserkreises“ voraus. Dass die Kasse in den Händen von K. und V. lag, während andere Mitarbeiter scheinbar nur um ihre allgemeine Existenz wussten, hat Siemens weder wirtschaftlich besser noch schlechter gestellt. Hinzu kommt, dass K. privatrechtlich die selbständig wahrzunehmende Interessenvertretung der Siemens PG zugestanden war. Ganz allgemein wird Vorständen oder leitenden Mitarbeitern im privaten Sektor Dispositionsfreiheit eingeräumt, die nach der eigenen Einschätzung des wahrscheinlich Besten für das Unternehmen wahrzunehmen ist,¹¹⁴ was nicht irreführend als „Gutdünken“ zu diffamieren ist und nicht den ersten Schritt in die Strafbarkeit bedeuten darf. Hier handelte K. als Bereichsvorstand in eben dem Bereich, in dem ihm Eigenständigkeit und Dispositionsfreiheit zukommen sollte und in dem ihm die Befugnis eingeräumt war, die Siemens PG unbegrenzt vertraglich zu binden. Von vornherein war durch die eingeräumte weite Dispositionsbefugnis eine „Gefährdung“ akzeptiert, die nicht schon bei jeder intransparenten Vertiefung oder bei jedem nachträglich objektiv anders bestimmten Unternehmenswohl sogleich in einen Vermögensnachteil umschlagen kann. An diesem grundsätzlichen Zustand einer privatwirtschaftlich übertragenen Befugnis hat K. nichts Entscheidendes verändert, indem er die systematische Bestechungspraxis der Siemens PG auch in eigener Person fortgesetzt hat.

Tatsächlich ist im Fall der Schattenkassen bei Siemens kein voller Kontrollverlust der Siemens AG eingetreten: Diverse Mitarbeiter wussten – anders als in der Konstellation *Kanther* –, dass eine entsprechende Kasse vorhanden sein musste. Drei Mitarbeiter hatten – mit dem vom Landgericht übersehenen ehemaligen Mitarbeiter W. – Kenntnisse zu der konkreten Kasse. Zudem und entscheidend war die Kontrolle über das Vermögen zwar nicht durch die explizit festgestellte Zustimmung „der AG“, wohl aber durch die systematische Begünstigung von verdeckten Kassen seitens der leitenden Unternehmensorgane gelockert und letztlich preisgegeben worden. In diesem Fall kann sich eine AG nicht von ihrer tatsächlichen Verfassung und Praxis trennen. Hier kann eine Tatbegehung durch einen Kontrollentzug bzw. – wie es der BGH formuliert – „durch eine Einschränkung oder Aufhebung der tatsächlichen Möglichkeit des Vermögensinhabers, den Eintritt eines endgültigen Vermögensverlustes zu vermeiden“,¹¹⁵ von vornherein nicht durch die bloße Unterhaltung einer Schattenkasse begründet werden. Soweit die Schattenkassen sich demnach wesentlich auch als eine dem Geschäftsherrn zurechenbare Folge seiner eigenverantwortlichen Selbstgefährdung darstellen, liegt kein Kontrollentzug durch den Schwarzkasernenverwalter, sondern vielmehr eine dem Geschäftsherrn zurechenbare Kontrollaufgabe vor.

Das Grundproblem im Urteil des Landgerichts besteht darin, dass es das *Kanther*-Urteil, das eine wesentlich durch öffentlich-rechtliche Normen geprägte Konstellation betraf, unbesehen auf die Privatwirtschaft angewandt hat. Ein zentral auch nach öffentlichem Recht bestimmter Kontrollverlust („Umgehung der satzungsmäßigen Organe“, „Gutdünken des Täters“¹¹⁶) kann aber nicht ohne Weiteres auf eine private AG wie die Siemens AG übertragen werden, in der die Zuständigkeiten notwendig auf selbständig leitende Personen verteilt sind, ohne dass eine konkrete Kenntnis weiterer anderer Personen oder des „Geschäftsherrn“ über jeden aktuellen finanziellen Vorgang und jeden Posten überhaupt vorgegeben wäre.¹¹⁷ Nach alledem dürfte auch der BGH, der den Tatbestand der Untreue nun selbst als „äußerst weit“¹¹⁸ wahrnimmt, ein Vermögensnachteil nicht befürworten, wenn er wirklich eine konkrete Vermögensgefährdung voraussetzen will.

4. Unterbliebene Erörterung der subjektiven Einschränkung des Gefährdungsschadens

Die Gefolgschaft versagen müsste der BGH erst recht der Bejahung des bedingten Gefährdungsvorsatzes durch das Landgericht. Denn das Landgericht verbindet diese Annahme mit der Feststellung, dass K. lediglich eine schadensgleiche Vermögensgefährdung und nicht den Eintritt des effektiven Vermögensschadens billigend in Kauf genommen habe (UA, S. 56). Diese Feststellung dürfte zwar für die Siemens-Fälle typisch sein, da die Akteure stets vom Ziel eines realisierbaren Gewinns für Siemens motiviert scheinen. Allerdings setzt sich das Landgericht mit ihr in Widerspruch zu der jüngsten Restriktion des 2. Strafsenats des BGH im Fall *Kanther* zum bedingten Gefährdungsvorsatz bei der schadensgleichen Vermögensgefährdung. Danach verlange der bedingte Vorsatz beim Gefährdungsschaden nicht nur die Kenntnis und die Billigung der konkreten Vermögensgefährdung, sondern darüber hinaus die Billigung der Realisierung dieser konkreten Gefahr und mithin die Billigung des tatsächlichen Vermögensverlusts („des effektiven Vermögensschadens“).¹¹⁹

Es ist hier nicht der Ort, diese subjektive Restriktion mit ihren begrifflichen und systematischen Friktionen zu kritisieren. Das gilt umso mehr, da ihr kritischer Blick auf die Extensionen über die konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung Zustimmung verdient. Die Vorsatzlösung kann zudem in der Sache als subjektive Umsetzung des Unmittelbarkeitsprinzips als objektive Auslegungsmaxime für die Konkretheit der Vermögensgefährdung interpretiert werden.¹²⁰ Wichtig ist in unserem Zusammenhang allerdings die Frage der Anwendbarkeit der Vorsatzlösung auf schwarze Kassen. Schon im Fall *Kanther* hatte der 2. Strafsenat selbst die Restriktion – im Grunde

¹¹⁴ Vgl. im Anschluss an Tiedemann vertiefend und die Übertragung der *Kanther*-Rechtsprechung abl. Rönnau, Tiedemann-FS (2008), II 1 c bb, II 2 b, c; vgl. auch BGHSt 28, 371, 372. Siehe auch für Vorstände § 76 I AktG, der eine eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnis vorsieht.

¹¹⁵ So der Maßstab bei BGHSt 51, 100, 114 f.

¹¹⁶ Vgl. den Ansatz bei BGHSt 51, 100, 113 f.

¹¹⁷ Siehe dazu Louis (Fn. 83), S. 138 ff.; Rönnau, Tiedemann-FS (2008), II. 2. c.

¹¹⁸ BGHSt 51, 100, 121; vgl. auch die einschränkende Tendenz bei BGH HRRS 2007 Nr. 881.

¹¹⁹ Siehe BGHSt 51, 100, 120 ff.

¹²⁰ Zur Kritik der Vorsatzlösung Saliger NStZ 2007, 545, 550 f.; Ransiek NJW 2007, 1727, 1729; Bernsmann GA 2007, 219, 232 f.; Rönnau, Tiedemann-FS (2008), II 2 b.

inkonsequent – nicht auch auf denjenigen Gefährdungsschaden angewendet, der bei einer schwarzen Kasse nach der Verwendungszweckunabhängigen Lesart den Nachteil begründen soll.¹²¹ Gleichwohl hat der 2. Strafsenat nach der Entscheidung im Fall *Kanther* – freilich ohne Problematisierung – erkennen lassen, dass er offenbar *jeden Gefährdungsschaden* durch die subjektive Restriktion begrenzt sehen will,¹²² soweit er nicht wissentlich herbeigeführt wurde.¹²³ Dadurch ist nicht vollends klar, wohl aber naheliegend, dass der BGH diese Restriktion auch im hiesigen Fall zur Geltung bringen wird, zumal sich dem BGH auch eine Differenzierung zwischen dem Fall *Kanther* und den hier betroffenen privaten Schattenkassen eröffnen könnte. Warum ausgerechnet die Gefährdung durch eine Schattenkasse auf eine subjektive Restriktion verzichten können soll und weshalb bei ihr ein Umschlagen in einen effektiven Vermögensverlust gar kein konstitutiver Bezugspunkt mehr zu sein hat, ist völlig offen und auch nicht zu begründen.¹²⁴ Nochmals wird damit deutlich, dass die angedachte Ausdehnung der Untreue auf Schattenkassen in der Privatwirtschaft auch für die Rechtsprechung äußerst problembeladen ist.

5. Zwischenergebnis

Bei der Prüfung der Untreuestrafbarkeit sind Schattenkassen als besondere Fallgruppe zu unterscheiden. Während die Pflichtwidrigkeit regelmäßig zu begründen sein wird, ist eine tatsächlich konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung im Regelfall abzulehnen. Damit kommt es nicht zu einer *zweifachen Vorverlagerung*, die anderenfalls unvermeidlich wäre: Über ein weites Verständnis der Vermögensgefährdung wäre nicht nur die Straflosigkeit des Versuchs bei der Untreue überspielt. Vielmehr wäre nun auch die Korruptionsstrafbarkeit auf reine Vorbereitungshandlungen erstreckt. Bildlicher gesprochen: Kein Angestellter des Geschäftspartners muss mehr angesprochen werden – schon der vorbereitete Plan dazu löst die Strafbarkeit aus.

II. Die Zahlung von Bestechungsgeld als Untreue

Während die Untreuestrafbarkeit der bloßen Unterhaltung von Schattenkassen zu Bestechungszwecken problematisch weit ins Vorfeld der Korruption hineinreicht, scheint die Wertung von Bestechungszahlungen als strafbare Untreue auf den ersten Blick unproblematischer zu sein. Reale Mittelabflüsse ohne unmittelbare Kompensation durch einen realen Güterzufluss zählen offenkundig zu den Konstellationen, auf welche die Untreuestrafvorschrift zugeschnitten ist. Auch äußere Umstände des Siemens-Verfahrens stützen diesen Eindruck. Das

gilt zum einen für die derzeit Siemens abverlangten hohen Sanktionen und Aufwendungen für die von der SEC erwirkten Privatermittlungen, die die Prüfung einer Untreuestrafbarkeit nahe legen.¹²⁵ Zum anderen zeichnet der Umstand, dass sich Siemens von verantwortlichen Mitarbeitern trennt – auch um damit gegenüber der SEC und der Öffentlichkeit eine entschlossene Aufarbeitung zu demonstrieren –, das untreuetytische Bild des Geschäftsherrn, der durch leitende Mitarbeiter hintergangen worden sein könnte. Freilich erweist die nähere Prüfung, dass diese Eindrücke täuschen und das gegenteilige Ergebnis zutreffend ist. Die Kriminalisierung von Bestechungszahlungen als Untreue lässt sich nur um den Preis der Selbstaufgabe der Strafnorm bewerkstelligen und bedeutet einen Tabubruch in der Untreuedogmatik. Anders als bei den Schattenkassen sind nicht nur Vermögensnachteil (2.) und Vorsatz (3.) nicht begründbar, sondern ist bereits die Annahme einer Pflichtverletzung (1.) brüchig.

1. Pflichtwidrigkeit der Zahlung von Bestechungsgeld

Das Landgericht leitet die Pflichtwidrigkeit der Bestechungszahlungen kurzerhand aus den bei Siemens bestehenden Compliance-Regelungen her. In der Tat waren danach zur Tatzeit jegliche Bestechungszahlungen untersagt, seien sie strafbar oder nicht (UA, S. 54). Dass Compliance-Regelungen als Quellen für Pflichtverletzungen im Rahmen des Untreuetatbestandes grundsätzlich in Betracht kommen, ist bereits festgestellt worden.¹²⁶ Gleichwohl erheben sich massive Bedenken gegen die Tauglichkeit der Compliance-Regelungen als Pflichtentquelle für die Bestechungszahlungen *im Fall Siemens*.

Diese Bedenken speisen sich aus dem Umstand, dass nach den maßgeblichen Feststellungen des Landgerichts die hier einschlägige Compliance-Regel insbesondere in der Sparte Siemens PG „allein auf dem Papier“¹²⁷ uneingeschränkt bzw. in der *vom Gericht ausgelegten Form* existierte. Tatsächlich war die Regel bereits auslegungsbefähigt, da kaum auch jeder *lauter* zugewendete Vorteil von der uneingeschränkt formulierten Regel erfasst werden sollte. Praktisch wurde die Regel nach den Feststellungen *systematisch* so gehandhabt, dass eine von den zuständigen Führungskräften bejahte überwiegende Gewinnchance für das Unternehmen eine Ausnahme begründete. Mit anderen Worten wurde der Vorteil im Sinne des Verbots verneint, wenn die jeweils für Siemens Zuständigen bei einer wirtschaftlichen Betrachtung den entscheidenden *Vorteil bei Siemens* sahen. So richtig es ist, dass eine mehr als einmalige Abweichung von einer Norm diese auch in einem Unternehmen nicht schon

¹²¹ Vgl. BGHSt 51, 100, 113 ff. und dann 118 ff.; dazu *Saliger* NStZ 2007, 545, 551.

¹²² Siehe *Rönnau*, Tiedemann-FS (2008), II 2 b bb ff.: Beschränkung sei aufgehoben worden durch BGH wistra 2007, 384 = BGH NStZ 2007, 704, 705.

¹²³ Vgl. BGH wistra 2007, 306 f.; siehe auch schon BGHSt 51, 100, 122 f. (zu BGHSt 47, 148, 155 ff.) und *Saliger* NStZ 2007, 545, 552.

¹²⁴ Vgl. *Saliger* NStZ 2007, 545, 552; *Bernsmann* GA 2007, 219, 232.

¹²⁵ Vgl. dazu die in Fn. 1 genannten Berichte und – nahezu täglich – die Wirtschaftsteile von SZ und FAZ.

¹²⁶ Oben D. I. 2. a.

¹²⁷ Vgl. auch in der Umkehr BGH NJW 1975, 1234 f., wo betont wird, dass Schranken einer rein wirtschaftlichen Betrachtung *nicht* nur auf dem Papier bestanden und *nicht* nur „Fassade“ waren. Diese reine „Fassade“ drängt sich indes bei Siemens auf, das – anders als es Arminia Bielefeld war – ein reines Wirtschaftsunternehmen ist, so dass die wirtschaftliche Aushöhlung des „geduldigen Papiers für die Öffentlichkeit“ auch weniger erstaunt

außer Kraft setzt, so falsch wäre es, diese systematische Praxis verdeckter Bestechungszahlungen im Dienst des Unternehmens auf der Tatbestandsebene schlichtweg zu ignorieren. Das Landgericht ignoriert die tatsächliche Auslegung aber völlig und schützt so eine nicht etablierte Pflicht, nur weil es die Existenz dieser Pflicht für geboten hält und den Geschäftsherrn letztlich – nach Art der Korruptionsdelikte! – über die Untreue vor sich selbst schützen möchte.

Um nicht missverstanden zu werden: Dass eine Zustimmung der Siemens AG vorlag, ist weder festgestellt, noch wird dies hier pauschal unterstellt. Aufgeworfen wird lediglich die einer Prüfung der Zustimmung vorgelagerte Frage, ob denn die in Rede stehende Pflicht überhaupt tatsächlich etabliert worden ist. Es wird geltend gemacht, dass schon die als verletzt behauptete Pflicht, auch im Auslandsverkehr niemals zu bestechen, nach den insoweit kaum anders zu deutenden Feststellungen *faktisch* nicht begründet worden ist. Wenn sich ein Mitarbeiter der Siemens PG allein für diese Sparte 2/3 seiner Anstellungszeit mit verdeckten Bestechungszahlungen für *diverse* Mitarbeiter der Siemens PG befasste, kann ein Gericht nicht allein auf die uneingeschränkte Compliance-Regel abstellen, die tatsächlich im Sinne des Unternehmenserfolges systematisch eingeschränkt wurde.

Andere taugliche Quellen für Pflichtverletzungen sind ebenfalls nicht ersichtlich. Der Gedanke, die Pflichtwidrigkeit einfach aus einem Verstoß gegen die Normen des Korruptionsstrafrechts (z.B. § 299, §§ 331 ff. StGB) abzuleiten¹²⁸, wäre unzulässig.¹²⁹ Dies gilt für die vorliegenden Altfälle schon deshalb, weil die deutschen Korruptionstatbestände – wie oben festgestellt – gar nicht einschlägig sind. Unabhängig davon lautet der Normbefehl der Untreuestrafvorschrift an alle Vermögensbetreuungspflichtigen aber nicht, alle Normen des StGB einzuhalten, aus deren Verletzung sich Vermögensnachteile für den Geschäftsherrn ergeben können. Andernfalls würde die Untreuestrafnorm unmittelbar alle Rechtsgüter dieser anderen Strafnormen – etwa freier Wettbewerb (§ 299 StGB) oder Lauterkeit des öffentlichen Dienstes bzw. Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit (§§ 331 ff. StGB) – mitschützen und damit zum „Superdelikt“ des StGB avancieren. Der Preis dafür wäre zu hoch. Durch die Anreicherung mit nahezu jedem Rechtsgut würde die Untreuestrafnorm nicht nur ihre gesetzliche Struktur als Vermögensdelikt aufgeben, sie würde jegliche Kontur verlieren. Beim Parallelproblem der Einwilligung allgemein bzw. des Einverständnisses im Untreuebereich wird dieser Gesichtspunkt als „Rechtsgutsvertauschung“ kritisiert.¹³⁰

In mehr wirtschaftlicher und damit untreuadeäquater Perspektive liegt es näher, pflichtwidriges Handeln des

¹²⁸ Vgl. im Zusammenhang mit den Grenzen der Wirksamkeit des Einverständnisses etwa BGHSt 35, 333, 337; m.w.N. Fischer (Fn. 3), § 266 Rn. 51 ff.; NK-Kindhäuser (Fn. 84), § 266 Rn. 67. Siehe auch oben D. I. 2. b.

¹²⁹ Schünemann NSTZ 2006, 198 f.; Rönnau ZStW 119 (2007), 922 ff. m.w.N.; Schramm (Fn. 93), S. 225 f.

¹³⁰ Grundlegend Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht (1997), S. 512 ff.; Schramm (Fn. 93), S. 226; Rönnau ZStW 119 (2007), 887, 924; vgl. auch oben D. I. 2. b.

Treuehmers bei zu riskanten Schmiergeldzahlungen aufgrund zu hoher Durchführungs- oder Entdeckungsrisiken anzunehmen.¹³¹ Als verletzte Pflicht ließe sich insoweit das – kontrovers diskutierte – allgemeine Verbot anführen, den Geschäftsherrn zu schädigen.¹³² Allerdings hat das Landgericht keine für ein hohes Durchführungs- oder Entdeckungsrisiko hinreichende Feststellungen getroffen.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Begründung einer untreuetauglichen Pflichtverletzung in den Fällen ausdrücklich oder konkludent konsentierter Schmiergeldzahlungen brüchig ist.¹³³ Über diese faktische Brüchigkeit hilft auch keine Übernormativierung hinweg, wenn Unternehmen die Bestechungspraxis im Ausland aus wirtschaftlichen Motiven für profitabel gehalten und systematisch begünstigt haben. Unternehmen, die – wie hier festgestellt – die Bestechungspraxis aus wirtschaftlichen Motiven mindestens systematisch begünstigen und fördern, können nicht – weit über die Fallgruppe der Stammkapitalsbeeinträchtigung bei der GmbH¹³⁴ hinaus – bei jedem *operativen Geschäft* vor ihren eigenen Versäumnissen geschützt werden.

2. Vermögensnachteil: Abkehr von der Gesamtsaldierung auf wirtschaftlicher Basis?

a) Konfusion: „schadensgleiche Kompensationsgefährdung“ und „vorübergehende Vermögensposten“

Noch problematischer als die Bejahung einer Pflichtverletzung ist die Annahme eines Vermögensnachteils durch die Bestechungszahlungen. Das Landgericht begründet den Vermögensnachteil wie folgt (UA, S. 54 f.): Der Vermögensnachteil liege in den gezahlten Bestechungsgeldern in Höhe von 2,65 Mio. Euro. Dieser Nachteil sei nicht durch den aufgrund der Bestechungszahlung erlangten äußerst lukrativen Auftrag kompensiert worden, obwohl die Gewinnspanne ein Vielfaches über der Höhe des Bestechungsgeldes gelegen habe. Denn der aus dem Auftrag resultierende Gewinn sei nur vorübergehender Natur gewesen. Von vorneherein hätten zivilrechtliche Ansprüche u.a. auf Rückabwicklung mit immensen Folgekosten sowie die Gefahr des Verfalls des Gewinns gedroht. Es habe also eine mit dem *Settlement Agreement* und den in Gang gekommenen Strafverfahren Wirklichkeit gewordene Gefahr einer vollständigen Einbuße des durch die Bestechung erlangten Gewinns bestanden. „Demgemäß stand der Auszahlung der Bestechungsgelder sofort eine erhebliche schadensgleiche Vermögensge-

¹³¹ Vgl. zu dieser Begründung Rönnau ZStW 119 (2007), 887, 922 f.; Ransiek ZStW 116 (2004), 634, 661 ff., 673

¹³² Stellvertretend – bejahend – Schönke/Schröder-Lenckner/Perron (Fn. 45), § 266 Rn. 36; ablehnend z.B. MüKo-Dierlamm (Fn. 11), § 266 Rn. 163 ff., Rn. 166.

¹³³ Vgl. Seier, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 43), Kap. V 2 Rn. 360; Bernsmann GA 2007, 219, 232; Rönnau ZStW 119 (2007), 922 ff., 926.

¹³⁴ Siehe m.w.N. auch zur Abkehr von einem umfassenden Schutz zugunsten der Konzentration auf eine Existenzgefährdung BGHSt 35, 333, 336 ff.; Fischer (Fn. 3), § 266 Rn. 52a ff., der auch den restriktiven Schutz letztlich *ablehnt*, vgl. Rn. 52e.

fährdung gegenüber, sodass das Erlangen des Auftrags den Vermögensverlust durch die Auszahlung der Bestechungsgelder nicht kompensierte“ (UA, S. 55).

Diese Begründung des Vermögensnachteils ist in mehrerer Hinsicht problematisch und bemerkenswert zugleich. Dass an dieser Schadensherleitung etwas nicht stimmen kann, wird am ehesten wohl am verqueren Einsatz der Kategorie der schadensgleichen Vermögensgefahr deutlich. Nach bisherigem Verständnis ist die konkrete schadensgleiche Vermögensgefahr ein vollgültiger Vermögensschaden, bei dem die Saldierung der Nachteils- und Vorteilsseite im Ergebnis wirtschaftlich schon zu einer Minderbewertung des Gesamtvermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung).¹³⁵ Im Beispiel: Wenn die Bank einen Kredit ohne ausreichende Sicherung vergibt, dann erleidet sie einen Vermögensnachteil in Gestalt einer schadensgleichen Vermögensgefahr, weil sich Nachteils- (Kreditzahlung) und Vorteilsseite (verzinsten Rückzahlungsanspruch) infolge der unzureichenden Sicherung der Vorteilsseite nicht entsprechen, so dass das Gesamtvermögen der Bank bereits mit der Kreditvergabe wirtschaftlich minderwertig ist. Das Landgericht gebraucht demgegenüber die Figur der schadensgleichen Vermögensgefahr in völlig neuartiger Weise auf der Kompensationsseite gleichsam auf zweiter Stufe, um den wirtschaftlichen Minderwert der Auftragerlangung zu begründen. Damit erfindet das Landgericht einen neuen Gebrauch der schadensgleichen Vermögensgefahr, nämlich die „*schadensgleiche Kompensationsgefährdung*“. Indes: Dieser Gebrauch ist im Hinblick auf das traditionelle Begriffsverständnis nicht nur verwirrend, sondern auf der zweiten Stufe der Bewertung der Vermögensposten auch völlig überflüssig. Die Konfusion wird noch gesteigert, indem das Landgericht unmittelbar im Anschluss an den zitierten Satz fortfährt, dass K. „diese schadensgleiche Vermögensgefährdung billigend in Kauf genommen“ habe (UA, S. 55), obwohl ein effektiver Mittelabfluss vorliegt.¹³⁶

Eine weitere Neuerung der Saldierung des Landgerichts ist, dass sie sich offen von dem bislang jedenfalls in der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz der Gesamtsaldierung auf wirtschaftlicher Grundlage abwendet. Leitentscheidung für diesen Grundsatz ist nach wie vor das Bundesligaskandal-Urteil des BGH aus dem Jahre 1975, ebenfalls zu Bestechungszahlungen. Dort berücksichtigt der 4. Strafsenat auf Basis einer grundsätzlich wirtschaftlichen Betrachtungsweise von Vermögens- und Schadensbegriff „selbstverständlich auch jeden Vorteil ..., der durch die pflichtwidrige Handlung erzielt worden ist.“¹³⁷ Bewertungszeitpunkt ist dabei stets der Zeitpunkt der Vollendung der Tathandlung, also der Preisgabe des Geldes¹³⁸, so dass die Saldierung auf der Grundlage einer ex-ante-Betrachtung zu erfolgen hat.¹³⁹ Insoweit hat der BGH die durch die Spielmanipulation erreichte Bundesli-

gazugehörigkeit für ein weiteres Jahr als eine Chance auf Vermögensgewinn anerkannt, die bei der Nachteilskompensation in Rechnung zu stellen ist.¹⁴⁰ Mit dieser Judikatur bricht das Landgericht. Indem es den aus dem Auftrag resultierenden Gewinn bloß als *vorübergehenden Vermögensposten* einordnet, der durch die drohenden nachteiligen Folgen auf Grund seiner Bemakelung entwertet wird, nähert sich das Landgericht den Vertretern normativierender Vermögens- und Schadensbegriffe, die unredlich erworbene Vermögensvorteile grundsätzlich nicht als kompensationsgeeignet ansehen.¹⁴¹ Zudem und vielleicht noch bedenklicher verlässt das Landgericht die ex-ante-Perspektive der Saldierung, für die es vorübergehende Vermögensposten nicht geben kann.

b) Gesamtsaldierung als unrechtsprägende *condicio sine qua non* des Untreuetatbestandes

Als Referenzstelle für seine Saldierung zitiert das Landgericht den Kommentar von *Fischer*.¹⁴² Tatsächlich kritisiert *Fischer* an der angegebenen Stelle eine Entscheidung des OLG Frankfurt und später das Bundesligaskandal-Urteil des BGH¹⁴³, beides Entscheidungen zu Bestechungszahlungen, als zu großzügig: „Eine solche Saldierung unter Berücksichtigung langfristiger Chancen erscheint aber auch deshalb fraglich, weil sie wirtschaftlich günstige Folgen von (durch Bestechung motivierten) zukünftig möglichen (strafbaren) Handlungen Dritter (der Bestochenen) als kompensatorischen *gegenwärtigen* Vermögenswert behandelt.“ Dieser Kritik an der Gesamtsaldierung in Bestechungsfällen ist zuzugeben, dass viele Einzelfragen der Saldierung noch nicht abschließend geklärt sind, was leider auch auf Versäumnissen der Strafrechtswissenschaft beruht.¹⁴⁴ Gleichwohl ist ihre tendenzielle Rücknahme oder sogar Preisgabe, wie vereinzelt gefordert¹⁴⁵, zurückzuweisen. Das Prinzip der Gesamtsaldierung bezeichnet die tragende Säule der Konzeption des Untreuetatbestandes als reines Vermögens(erfolgs-)delikt. Wer an der Gesamtsaldierung rüttelt, der stellt die gesetzgeberische Gesamtkonzeption der Untreue in Frage. Insbesondere das Prinzip der Gesamtsaldierung auf grundsätzlich wirtschaftlicher Basis stellt sicher, dass das Strafrecht nicht Handlungen kriminalisiert, die zu keinen realen Schäden im Vermögen des Geschäftsherrn geführt haben. Damit ermöglicht die Gesamtsaldierung nicht nur einen normativ angemessenen Kontakt und Ausgleich zwischen Strafrecht und Wirtschaft. Die Gesamtsaldierung verhindert zugleich, dass das strafbare Untreueunrecht zur reinen Regelverletzung degeneriert.

¹⁴⁰ Dazu näher *Saliger* (Fn. 108), S. 143 ff., 147 ff. m.w.N.

¹⁴¹ So im Kontext des Bundesligaskandal-Urteils etwa *Bringewat* JZ 1977, 672; *Seelmann* JuS 1982, 918; *LK-Hübner*, StGB, 9. Aufl. (1979), § 266 Rn. 86.

¹⁴² *Fischer* (Fn. 3), § 266 Rn. 46c zu OLG Frankfurt am Main, NStZ-RR, 2004, 244.

¹⁴³ *Fischer* (Fn. 3), § 266 Rn. 73a.

¹⁴⁴ Zu Grundsätzen der Unternehmensbewertung für das Strafrecht siehe aber jüngst instruktiv *Florstedt* wistra 2007, 441.

¹⁴⁵ So etwa *Wolf*, Die Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel (1998), S. 99 ff., 112 ff.; dagegen *Saliger* (Fn. 108), S. 433 ff.

¹³⁵ Statt aller *MüKo-Dierlamm* (Fn. 11), § 266 Rn. 178, 186 ff. und *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron* (Fn. 45), § 266 Rn. 45.

¹³⁶ Dazu noch unten 3.

¹³⁷ BGH NJW 1975, 1235 m.Anm. *Schreiber/Beulke* JuS 1977, 656; *Bringewat* JZ 1977, 667.

¹³⁸ Vgl. BGH NJW 1975, 1234, 1235; *Saliger* HRRS 2006, 10, 20 f.; siehe auch BGHSt 3, 370, 371 f.

¹³⁹ Ausdrücklich etwa BGH NStZ 2001, 251.

Auf diesem Hintergrund wird die Verblüffung verständlich, die Akteure bei Siemens erfasst haben dürfte, als das Landgericht rückblickend erklärte, dass eine jahrzehntelang wirtschaftlich höchst erfolgreiche Bestechungspraxis von Anfang an zu strafbaren Vermögensnachteilen des Geschäftsherrn geführt hat. Darüber hinaus überzeugt die Saldierung auch normativ nicht. Auffällig ist ihre tendenzielle Einseitigkeit. Wenn das Landgericht normativ zeitlich schon so weit ausgreift und potentielle Schadensersatzansprüche sowie negativen Folgen aus Strafverfahren u.U. Jahre später in die Berechnung einstellt, dann fragt sich, warum das Gericht nicht auch faktisch die Vorteilsseite ausgreifender untersucht hat. So vermisst man Ausführungen zu den wirtschaftlich positiven Folgen der erlangten Aufträge wie Folgeaufträge, den Wert der Geschäftsbeziehung zum ENEL-Konzern oder allgemein zu einer möglichen Ertragssteigerung im Gesamtkonzern durch das Engagement in Italien. Dass die Klärung dieser Fragen die Strafjustiz an die Grenzen der Justitiabilität führt, sollte ein Fingerzeig sein, dass ein Saldierungsverständnis, das solche Fragen aufwirft, möglicherweise nicht angemessen ist. Und dass bei einer solch ausgreifenden Saldierungsperspektive auch Sanktionen in den Blick kommen, die jedenfalls in keinem Zurechnungszusammenhang mit der Untreuehandlung mehr stehen, führt erneut das Problem der Rechtsgutsvertauschung vor Augen.

Richtigerweise dürfte auch im vorliegenden Fall ein Vermögensnachteil eher zu verneinen sein. Bei der Gesamtsaldierung auf wirtschaftlicher Basis stehen sich gegenüber die Bestechungszahlung als Nachteil und die hiermit erwirkte Erlangung der gewinnbringenden Aufträge als Vorteil. Dass die Bestechungszahlungen nach Auftragserlangung erfolgten, ist unerheblich, da ein Manipulationsgeschäft als Einheit zu betrachten ist.¹⁴⁶ Bei der Gesamtsaldierung sind grundsätzlich nur die unmittelbar und zugleich durch die Pflichtverletzung verursachten Vor- und Nachteile auf Basis einer ex-ante-Perspektive zu vergleichen.¹⁴⁷ Ex-ante-Perspektive, wirtschaftliche Betrachtungsweise sowie Unmittelbarkeits- und Gleichzeitigungsgrundsatz markieren dabei Prinzipien, die für einen wirtschaftlich vernünftig handelnden Normalbürger in der Rolle des Treuehmers zeitlich und räumlich sowie normativ und faktisch zu weitgreifenden Szenarien und Folgenprognosen eine Grenze setzen. Soweit wie im Fall Siemens der Wert der zugeflossenen Aufträge die Bestechungszahlung um ein Vielfaches übersteigt und die tatsächliche Vereinnahmung von Gewinnen angesichts der jahrelang erfolgreichen Bestechungspraxis und des zur Tatzeit normativ unstrukturierten Raums der Auslandskorruption nicht nur „nach Art des Spielers“, sondern mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war,¹⁴⁸ dürfte der Mittelverlust nicht nur kom-

pensiert worden sein, sondern sogar ein Positivsaldo vorliegen.¹⁴⁹

3. Zum Untreuevorsatz

Soweit man die voranstehenden Ausführungen nicht zu teilen vermag, stellt sich angesichts der relativ undurchsichtigen Passagen des Landgerichts schließlich die Frage nach dem Untreuevorsatz. Hier stößt man rasch auf Widersprüchliches. Das Landgericht stellt einerseits fest, dass K. zwar „diese“ schadensgleiche Vermögensgefährdung billigend in Kauf genommen habe, andererseits aber einen effektiven Schaden der Siemens AG nicht billigend in Kauf genommen habe (UA, S. 55). Hier lauern zwei Tücken. Sollte das Landgericht in bezug auf die Bestechungszahlungen tatsächlich – wie gezeigt fehlerhaft – von einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ausgegangen sein, so hätte es bereits mit Blick auf den fehlenden Schadensrealisierungsvorsatz nach der subjektiven Restriktion im Fall *Kanther* einen bedingten Vorsatz des K. verneinen müssen.¹⁵⁰

Aber auch für die Alternative, bei der ein „effektiver Schaden“ im endgültigen Abfluss der Bestechungszahlungen gesehen wird, könnte dem K. ein bedingter Untreuevorsatz auf Grund der widersprüchlichen Feststellungen und Ausführungen des Landgerichts nur unterstellt werden. Die Feststellung, der Angeklagte habe einen effektiven Schaden und damit einen Schaden durch einen unkompensierten Vermögensverlust nicht billigend in Kauf genommen, lässt mindestens die Deutung offen, dass K. nicht nur gehofft, sondern angesichts der *festgestellten* gründlichen Verdeckungsvorsorge und des offenbar jahrzehntelang erfolgreichen Bestechungssystems darauf *vertraut* hat, dass ein nachhaltiger Gewinn für die Siemens AG eintreten werde. Diese Deutung ist plausibel, weil das Gericht zum Entdeckungsrisiko zur Tatzeit nichts Näheres festgestellt hat. So kann K. hier aber darauf vertraut haben, dass eine Kompensation der Bestechungszahlungen eintreten und mithin auch der *eigentlich tatbestandliche Nachteil* ausbleiben werde. Geht man mit der Rechtsprechung davon aus, dass der Täter die mögliche Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale erkennen und „im Rechtssinne billigen“ muss, um vorsätzlich zu handeln, so muss dies auch für den Nachteil gelten. Der Täter muss nicht nur um einen kausalen Vermögensabfluss wissen und diesen billigen, er muss auch den resultierenden Nachteil billigen.¹⁵¹ Genau betrachtet ist dies hier aber nicht belegt: Angesichts der überaus unklaren Ausführungen des Gerichts muss man davon ausgehen, dass K. darauf *vertraut* hat, dass bleibende Gewinne die Bestechungszahlungen kompensieren. Dies gilt schon deshalb, weil sich das Gericht selbst – an keiner Stelle des Urteils – mit dem entscheidenden Un-

¹⁴⁶ Vgl. BGH NJW 1975, 1234, 1235; und näher Saliger (Fn. 108), S. 148 mit Fn. 372.

¹⁴⁷ Statt aller BGHR StGB § 266 I Nachteil 38; Lackner/Kühl (Fn. 59), § 266 Rn. 17b; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron (Fn. 45), § 266 Rn. 40 f.

¹⁴⁸ Vgl. BGH NJW 1975, 1234, 1235 f. Entgegen dem BGH ist aber klarzustellen, dass illegale Manipulationsgeschäfte keine Risikogeschäfte sind. Das schiere Risiko der Entdeckung macht ein illegales Manipulationsgeschäft noch nicht zum Risikogeschäft.

¹⁴⁹ In die gleiche Richtung Seier, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 43), Kap. V 2 Rn. 360; ferner Bernsmann GA 2007, 219, 232; stets ganz von den Umständen des Einzelfalls abhängig sieht das Saldierungsurteil Rönnau ZStW 119 (2007), 887, 921 f.

¹⁵⁰ Vgl. dazu bereits oben D. I. 4.

¹⁵¹ Vgl. BGHSt 46, 30, 34 f.; BGH NStZ 2002, 262, 265; BGH HRRS 2007 Nr. 881; Fischer (Fn. 3), § 266 Rn. 77b; besonders deutlich OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2004, 244 ff., wobei nicht das Erhoffen des Vorteils genügt.

terschied zwischen dem bloßen Hoffen auf eine Kompensation und dem Vertrauen auf eine Kompensation auseinander. Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass K. hier in einem Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB gehandelt hat.

E. Zusammenfassung und Ausblick

Im Ergebnis muss dem Versuch des Landgerichts, an einem Sachverhaltskomplex des Siemens-Skandals ein kraftvolles Exempel der Korruptionsbekämpfung zu statuieren, eine Absage erteilt werden. § 299 II StGB lässt sich ohne Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip

nicht rückwirkend gegen Fälle der Auslandskorruption vor August 2002 in Ansatz bringen. Auch die Untreue taugt um den Preis der Selbstaufgabe nicht als Korruptionsdelikt. Das gilt sowohl für die Sanktionierung von schieren Schattenkassen in der Privatwirtschaft als auch für die Würdigung von Bestechungszahlungen als strafbare Untreue. Die Untreue als Korruptionsdelikt ist keine Untreue mehr. Dieses Ergebnis mag die über den Siemens-Skandal medial elektrisierte breite Öffentlichkeit nicht befriedigen. Es folgt aber aus dem für alle gleichen Gesetz und Recht. Für die Zukunft besteht kein Handlungsbedarf. Fällen wie Siemens begegnet seit August 2002 die Strafdrohung des §§ 299 II, III i.V.m. 300 StGB. Und die Untreue sollte bei „ihren Leisten“ bleiben.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Abschaffung des Revisionsrechts durch die Beweisverbotslehre

Demonstriert am Beispiel des Falles Wilson Fernandes*

Von Rechtsanwalt Dr. iur. h.c. Gerhard Strate, Hamburg

Ein Referendar, der unlängst anderen Referendaren in einer Ausbildungszeitschrift Aufklärung über den letzten Stand der Beweisverbotslehre verschaffen wollte¹, kam zu einem für die richtige Beantwortung von Examensfragen wenig aufmunternden Ergebnis:

„Die Vielzahl von Abwägungskriterien in der Rechtsprechung führt zu einer schwer überschaubaren Fülle von Einzellösungen, die jede für sich von unterschiedlichen Schwerpunkten ausgeht und durch unterschiedliche Argumentation getragen wird. Auch im Rahmen der Abwägung wird generell auf eine spezifische Methode verzichtet. Damit kann der Rechtsprechung keine einheitliche Linie entnommen werden, wann und wie welche Kriterien über ein Verwertungsverbot entscheiden.“²

Wie wahr! Für den Referendar, der sich als Examenskandidat der Benotung seiner Prüfer aussetzt, dürfte diese

* Der Beitrag war ursprünglich gedacht für die Ende des Jahres erscheinende Festschrift für *Gerhard Fezer*. Angesichts der über die Entscheidung des 5. Strafsenats zu Art. 36 WÜK inzwischen anschwellenden Diskussion (*Weigend StV* 2008, 39 ff., *Juncker StRR* 2008, 23 f. sowie das Urteil des 3. Strafsenats v. 20.12.2007 – 3 StR 318/07) wird er hier schon vorab veröffentlicht.

¹ *Kassing* in *JuS* 2004, 675 ff.

² *Kassing* a.a.O. 677.

Situation schon schwer passabel sein; für den Angeklagten, der sich als Verurteilungskandidat der Entscheidung seiner Richter stellen muß, ist sie unerträglich.

Deutsche Juristen verhüllen ihre Verantwortung gerne in vornehme Anonymität. Daß hinter jedem Fall und jedem klugen Gedanken, der ihm gilt, auch das Schicksal leibhaftiger Menschen steht, die bei einem Namen gerufen werden, gerät gelegentlich in Vergessenheit. Sprechen wir also nicht nur von der neuesten Entscheidung des BGH zu Art. 36 Abs. 1 Buchst. b des Wiener Konsularrechtsübereinkommens³, sondern vom Fall *Wilson Fernandes*⁴. Er ist einer der Angeklagten, der mit den Monstrositäten der Beweisverbotslehre leiden und leben muß.

1. Vorgeschichte

Wilson Fernandes, in Goa/Indien geboren, war 1983 im Alter von 14 Jahren gemeinsam mit seinem Vater, der eine Anstellung bei der Hamburger Schiffswerft Blohm und Voß erhalten hatte, nach Deutschland gekommen. Er besuchte die Grund- und Hauptschule in Altona. Seinen Wunsch, im Sport etwas Großes zu werden, fühlte er als gescheitert, nachdem er 1986 im Kickboxen nur deut-

³ Beschluß vom 25.9.2007 – 5 StR 116/01 – HRRS 2007 Nr.901 (vorgesehen für die amtliche Sammlung).

⁴ Die Nennung der Namen erfolgt im Einverständnis der beiden Betroffenen.

scher Vizemeister, nicht Meister wurde. Als Achtzehnjähriger geriet er in die Nähe des St.-Pauli-Milieus und arbeitete dort als Wirtschafter. Einige Jahre später, er blieb ohne Vorstrafen und hatte inzwischen die deutsche Staatsangehörigkeit angenommen, verlagerte er seinen Lebensmittelpunkt nach Braunschweig, hielt aber auch dort Nähe zum Milieu.

Am 5.7.2000 wurde er durch das Landgericht Braunschweig zu lebenslanger Freiheitsstrafe (mit besonderer Schwere der Schuld) verurteilt. Der Vorwurf der Anstiftung zum Mord stützte sich auf Bekundungen seines Freundes *Sahin*, einem türkischen Staatsangehörigen. Dieser stand im Verdacht, in einem Pkw gesessen zu haben, aus dem heraus tödliche Schüsse auf einen Konkurrenten im Braunschweiger Milieu abgegeben worden waren. Am 6.9.1998 war *Sahin* durch Kriminalbeamte in seiner Wohnung festgenommen und anschließend auf eine Polizeiwache nach Braunschweig verbracht worden. Dort soll er über sein Aussageverweigerungsrecht als Beschuldigter belehrt worden sein. Die völkervertragsrechtlich vorgeschriebene Belehrung über sein Recht, mit dem Konsulat seines Heimatstaates Kontakt aufzunehmen (Art. 36 Abs. 1 Buchst b des Wiener Konsularrechtsübereinkommens)⁵, erfolgte jedoch nicht. *Sahin* erklärte, vor der Polizei und der Staatsanwaltschaft keine Aussage machen, sondern erst mit seinen beiden Anwälten sprechen zu wollen. Einen Tag später, Verteidiger waren immer noch nicht erschienen, führten die beiden Kriminalbeamten ein anderthalbstündiges Gespräch mit *Sahin*, in welchem er in dem Fehlgläubigen gelassen wurde, seine Äußerungen könnten nicht gegen ihn verwendet werden, solange sie nicht in ein förmliches Protokoll aufgenommen werden⁶. Ein Protokoll wurde nach dem Abschluß des Gesprächs zwar aufgesetzt. Es enthielt aber keinen Hinweis auf die bereits um 9.30 Uhr begonnene Anhörung, sondern bezeichnete als Vernehmungsbeginn 11.00 Uhr. *Sahin* unterschrieb lediglich vier Sätze, wobei der erste auf eine Belehrung gemäß § 136 Abs. 1 StPO gemünzt war:

„Ich habe die Belehrung verstanden und möchte mich nicht äußern. (...) Der Sachverhalt wurde mir bekanntgegeben. Die Belehrung habe ich verstanden. Ich möchte erst nach Rücksprache mit meinem Rechtsanwalt Angaben zur Sache machen.“

Die Inhalte des der Protokollaufnahme vorausgegangenen Gesprächs werden dann zwei Jahre später in dem Urteil des Landgerichts Braunschweig wie folgt wiedergegeben:

„Die anschließende Frage von KHK M. zur weiteren Aufklärung seiner Tatbeteiligung, ob er das Tatfahrzeug gesteuert habe, verneinte der Angeklagte *Sahin* und erklärte dazu, dass er

sonst den Führerschein dabei gehabt hätte. Auch danach führte er zunächst nichts weiter aus, weshalb KHK M. nochmals fragte, was er denn gemacht habe und wo er im Fahrzeug gesessen habe. Auch diese Frage beantwortete der Angeklagte *Sahin* zunächst nicht, sondern begann zu weinen. Als man ihm erklärte, dass man Spuren im Fahrzeug gesichert, aber noch nicht ausgewertet habe, ergänzte der Angeklagte *Sahin* undifferenziert, dass er überall gesessen habe. Der Vorhalt, dass dieses bei der Tatausführung, mithin als das Fahrzeug in Bewegung war, schlecht möglich sei, kommentierte er nicht mehr, sondern verwies darauf, dass die Polizei schon allein herausbekommen werde, wo er zur Tatzeit gesessen habe. Da die Vernehmung zu diesem Punkt stockte, erkundigte sich KHK M., wer der Anrufer des Telefonates nach der Tat (gemeint war das Gespräch vom 22.07.1998 um 17.03 Uhr) von ‚hinter Magdeburg‘ gewesen sei, woraufhin der Angeklagte *Sahin* erwiderte, von einem solchen Gespräch nichts zu wissen.“⁷

Aus diesem Vorgespräch mit den Kriminalbeamten entnahm die Strafkammer das Geständnis, dass *Sahin* während der Abgabe der Schüsse im Tatfahrzeug saß. Da *Sahin* „zur Gruppe des Angeklagten *Fernandes*“ gehörte, hätten auch die anderen während des Anschlages im Fahrzeug befindlichen Personen zu dieser Gruppe gehört. Da *Sahin* und die beiden anderen Insassen – zwei weitere Angeklagte – selbst kein Motiv für die Tat gehabt hätten, was die Strafkammer bei *Fernandes* aber erkannt zu haben glaubte, müsse *Fernandes* der Anstifter zu dem Mordgeschehen gewesen sein.

2. Die erste Entscheidung des BGH zu Art. 36 WÜK

Die Revision, maßgeblich gestützt auf eine Verletzung des Art. 36 WÜK, hatte beim 5. Strafsenat des BGH keinen Erfolg. Mit Beschluß vom 7.11.2001⁸ entschied er, dass durch Art. 36 WÜK der unmittelbar Betroffene nicht vor eigenen unbedachten Äußerungen geschützt werden solle, welche er vor der Kontaktaufnahme mit dem für ihn zuständigen Konsularbeamten bzw. der entsprechenden Belehrung über seine diesbezüglichen Rechte gemacht hat. Insoweit gewähre das WÜK keinen über § 136 StPO hinausgehenden Schutz. Durch die Benachrichtigung der konsularischen Vertretung solle vielmehr verhindert werden, daß Angehörige eines Entsendestaates, die außerhalb ihrer Heimat vielfach nur über geringe oder gar keine Sozialkontakte verfügen, dort aufgrund staatlichen Zugriffs spurlos aus der Öffentlichkeit verschwinden. Allein insoweit ergänze das WÜK deutsches Strafverfahrensrecht.

⁵ Im folgenden nur noch: Art. 36 WÜK.

⁶ Daß die Ausnutzung eines solchen Irrtums, zumal dann, wenn der Beschuldigte – wie hier – bei der unmittelbar vorangegangenen Vernehmung ausdrücklich erklärt hat, schweigen und Anwälte mit seiner Vertretung beauftragen zu wollen, bedenklich ist, hat der 5. Strafsenat erst kürzlich betont (BGH in NJW 2006, 1008, 1009).

⁷ Urteil des LG Braunschweig v. 5.7.2000 - 31 Ks 800 Js 33011/98, S. 93.

⁸ NSStZ 2002, 168 = wistra 2002, 68f = StV 2003, 57 = BGHR StPO § 136 Belehrung 12 = BGHR WÜK Art 36 Unterrichtung 1.

3. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 36 WÜK

Fünf Jahre später korrigierte die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts diese Entscheidung. Mit seinem Beschluß vom 19.9.2006⁹ erinnerte das Bundesverfassungsgericht an die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, woraus die verfassungsunmittelbare Verpflichtung der Gerichte sich ableite, bei der Auslegung völkerrechtlicher Verpflichtungen die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs zu beachten, was hier – im Hinblick auf die Entscheidungen des IGH in den Sachen *LaGrand*¹⁰ und *Avena*¹¹ – nicht geschehen sei. Anders als der BGH sei der Internationale Gerichtshof zu dem Ergebnis gekommen, dass Art. 36 WÜK ein subjektives Recht auf konsularische Unterstützung bei der effektiven Wahrnehmung der eigenen Verteidigungsrechte einräume. Zweck der Belehrung sei es, dass der einzelne in den Genuss der Unterstützung seines Heimatstaats kommen könne. Eine Verletzung der Belehrungspflicht ziehe die Revisibilität des Strafurteils in seiner Gesamtheit, d. h. hinsichtlich des Schuld- und Strafausspruchs nach sich. Von einer Konventionsverletzung sei vor diesem Hintergrund immer dann auszugehen, wenn die Möglichkeit besteht, dass der Einzelne ein bestimmtes prozessuales Recht wie die Aussagefreiheit aufgrund der fehlenden konsularischen Unterstützung nicht in vollem Umfang wahrnehmen konnte.

Wilson Fernandes mußte auf diese Entscheidung nahezu fünf Jahre warten. Eine massive Verschlechterung seiner Haftsituation war deren Folge. Das Bundesverfassungsgericht hatte nur die Vorentscheidung des Bundesgerichtshofs aufgehoben, nicht das Urteil des Landgerichts Braunschweig. Der Erfolg der Verfassungsbeschwerde bedeutete zunächst das Ende des Strafvollzugs in Hamburg-Fuhlsbüttel und der dort gewährten kleinen Freiheiten; Haftbefehl und Verschubung in die Untersuchungshaftanstalt in Braunschweig waren die ersten Reaktionen der dortigen Justiz. Ein Menetekel für alles weitere.

4. Die zweite Entscheidung des BGH zu Art. 36 WÜK

In der ersten Oktoberwoche 2007 erreichte *Fernandes* und seinen Verteidiger die seit langem erwartete Entscheidung des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs, ergangen ohne mündliche Verhandlung am 25.9.2007. Mehrheitlich war der Senat ebenso besetzt wie bei der

⁹ EuGRZ 2006, 684-693 = NJW 2007, 499-504 = NStZ 2007, 159-161 = JR 2007, 117-122 = JZ 2007, 887-891; Besprechungen von *Payandeh* in AVR 45, 244-257 (2007); *Kreß* in GA 2007, 296 ff.; *Walter* in JR 2007, 99 ff.; *Burchard* in JZ 2007, 891 ff.

¹⁰ ICJ-Reports 2001, S. 464 ff. = EuGRZ 2001, 287 ff. (Übersetzung).

¹¹ ILM (International Legal Materials) 43 (2004), S. 581 = HRRS 2004 Nr. 342 m. Bespr. S. *Walther* HRRS 2004, 126 ff.; im Internet auch auf der Homepage des IGH zu finden: <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>

durch das Bundesverfassungsgericht aufgehobenen Entscheidung, die sechs Jahre zuvor getroffen worden war. Vor ihrem neuerlichen Judikat hatten drei Mitglieder des Senats noch einer Befangenheitsrüge standhalten müssen, wobei die Zurückweisung des Befangenheitsgesuchs indiziell auch darauf gestützt wurde, dass das Bundesverfassungsgericht von seiner Kompetenz, die Sache an einen anderen Spruchkörper zurückzuverweisen, keinen Gebrauch gemacht hat¹².

Der Hinweis auf die mehrheitlich identische Besetzung des Senats ist deshalb angebracht, weil dieselben Richter in ihrem Beschluß vom 7.11.2001 die Rügebefugnis des *Fernandes*, der deutscher Staatsangehöriger ist, hinsichtlich der allein den türkischen Mitangeklagten *Sahin* unmittelbar betreffenden Beanstandung, er sei nicht über sein Recht auf Konsultation des Konsulats unterrichtet worden, ausdrücklich unentschieden, damit aber *Fernandes'* revisionsrechtliche Beanstandung als zulässig behandelt hatten. Auch das Bundesverfassungsgericht hielt seine Beschwerde für zulässig und begründet. In dem Beschluß vom 25.9.2007 muß *Fernandes* nun erfahren, dass die Verletzung des Art. 36 WÜK seinen „Rechtskreis“ nicht berühre, er deshalb durch die Rechtsbeeinträchtigung des *Sahin* gar nicht beschwert sei. Die Rechtsprechung, auf die sich der 5. Strafsenat am 25.9.2007 für diese Auffassung beruft, war auch am 7.11.2001 bereits bekannt¹³, es gab also keine neuen Erkenntnisse, geschweige denn neue Begründungen für diesen Positionswandel. *Fernandes* und ein weiterer Beschwerdeführer hätten sich den langwierigen Umweg über das Bundesverfassungsgericht und ein zusätzliches Jahr in karger Untersuchungshaft ersparen können, wenn ihnen diese Auskunft schon sechs Jahre früher gegeben worden wäre¹⁴. Im Umgang mit dem höchsten ordentlichen Gericht darf dies leider nur als Stilfrage betrachtet werden¹⁵.

Bemerkenswert ist weiterhin, dass in dieser Entscheidung die Zentralnorm des Revisionsrechts, § 337 StPO, mit keinem Sterbenswort Erwähnung findet. Stattdessen findet sich folgendes Argumentationsschema:

Der Angeklagte *Sahin*¹⁶ sei durch die unterbliebene Belehrung seitens der Polizeibeamten, die die erste Vernehmung durchgeführt haben, in seinem subjektiven Recht auf konsularische Unterstützung bei der effektiven

¹² BGH in wistra 2007, 426; dieses Befangenheitsgesuch war nicht von *Fernandes*, sondern einem weiteren Beschwerdeführer aus dem beim Bundesverfassungsgericht verbundenen Verfassungsbeschwerdeverfahren 2 BvR 348/03 vorgebracht worden; der Bundesgerichtshof hat die Verbindung dieser Verfahren beibehalten.

¹³ BGHSt 47, 233, 234; BGHR StPO § 136 Belehrung 5; BGH wistra 2000, 311, 313.

¹⁴ Daß diese Auskunft nicht richtig ist, wird unten näher beleuchtet werden.

¹⁵ Legte man die üblichen Maßstäbe aus dem Dienstleistungsbereich an, so ist der Fall zu vergleichen mit dem Kunden eines Reisebüros, der in Frankfurt ein Flugticket direkt nach Moskau lösen will, stattdessen aber ein „Round-the-World“-Ticket erhält, das ihn nach einmaliger Globusumrundung schließlich auch irgendwann nach Moskau führt. Das Reisebüro müsste zahlen.

¹⁶ Sowie der Angeklagte aus dem verbundenen Verfahren 5 StR 475/02.

Wahrnehmung seiner Verteidigungsrechte in der Haftsituation verletzt worden.

Ein Beruhen der Beweiswürdigung in den angefochtenen Urteilen auf den Ergebnissen der in dieser Situation erfolgten Vernehmungen sei nicht auszuschließen, wenn sie auch eher fernliegen mag.

Ein Verwertungsverbot sei aus dem Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus Art. 36 WÜK jedoch nicht herzuleiten: In Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich unter Berücksichtigung von Art und Gewicht des Verstoßes und von wesentlichen Belangen der Urteilsfindung im Strafverfahren stelle sich die Rechtslage anders dar als bei der in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO vorgeschriebenen Belehrung über das Schweigerecht und das Verteidigerkonsultationsrecht.

Durch die Belehrung über das Schweigerecht und das Verteidigerkonsultationsrecht würden die wesentlichen Rechte des Beschuldigten auf Selbstbelastungsfreiheit und effektive Verteidigung unmittelbar bezogen auf die Vernehmungssituation zentral geschützt.

Die Belehrung gemäß Art. 36 WÜK sei den Belehrungspflichten aus § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und – was für die Annahme eines Verwertungsverbots wesentlich sein kann – hinsichtlich ihrer Bedeutung für ein mögliches Beweisergebnis zu Lasten des Beschuldigten nicht ausreichend ähnlich.

Der ergänzende Schutz für jeden inhaftierten Beschuldigten mit einer fremden Staatsangehörigkeit, den Art. 36 WÜK gewähre, wolle diesem lediglich eine staatsangehörigkeitsbezogene weitergehende Verbesserung seiner Verteidigungschancen einräumen; diese „standardisierte Rechtsposition“¹⁷ stelle jedoch nicht etwa auf eine mögliche ausländerspezifische Hilflosigkeit ab. Liege eine solche vor, sei dem nicht durch eine hervorgehobene Bewertung oder weitergehende Ausgestaltung der Rechte aus Art. 36 WÜK Rechnung zu tragen, sondern durch eine besondere Rücksicht auf die Wahrnehmung des Schweige- und Verteidigerkonsultationsrechts, insbesondere bei der Ausgestaltung der nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO vorgeschriebenen Belehrung.

Dem betroffenen ausländischen Beschuldigten kämen sonst unvermindert sämtliche rechtsstaatlichen Verteidigungsstandards zugute; an eine Verletzung des subjektiven Rechts aus Art. 36 WÜK, das zwar beachtlich sei, indes ein für die Ausgestaltung der Verteidigung nicht zentrales pauschales Sonderrecht darstelle, sei danach, anders als bei § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO möglich, kein Beweisverwertungsverbot zu knüpfen.

Überraschend an dieser Entscheidung ist nicht die Rechtsprechungstradition, in die sie sich stellt. Ihre Marksteine sind schnell genannt. Sie beginnt mit der „Rechtskreis“-Entscheidung des Großen Senats¹⁸. Der Bogen spannt sich dann über die Medizinalassistenten-

Entscheidung des 3. Strafsenats¹⁹, die Schweigerechts-Entscheidung des 5. Strafsenats²⁰, bekräftigt unmittelbar danach durch die Entscheidung des 4. Strafsenats zum Recht auf Verteidigerkonsultation²¹, das Urteil des 3. Strafsenats zu den Auswirkungen einer Fristüberschreitung bei richterlich angeordneten Abhörmaßnahmen²², die Entscheidung des 5. Strafsenats zur bewussten Missachtung des Richtervorbehalts bei Durchsuchungsmaßnahmen²³ bis zur Entscheidung zu Art. 36 WÜK. Allen diesen Entscheidungen²⁴ ist gemein, dass sie sich einer Abwägungslehre verpflichtet fühlen, der zufolge ein allgemein geltender Grundsatz, jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ziehe ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich, dem geltenden Strafverfahrensrecht fremd sei; diese Frage müsse vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen entschieden werden²⁵. Ein Verwertungsverbot liege stets dann nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren zu sichern²⁶. Dient hingegen die Verfahrensvorschrift, die verletzt worden ist, nicht oder nicht in erster Linie dem Schutz des Beschuldigten, liege die Annahme eines Verwertungsverbots fern²⁷.

Daß die Ergebnisse dieser Rechtsprechung im Einzelfall in der Literatur begeisterte Anerkennung fanden²⁸, ändert nichts daran, dass ihre dogmatische Rechtfertigung höchst zweifelhaft ist. Die Normen, die der Gesetzgeber für die Beweisgewinnung formuliert hat, unterliegen hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit nur einer Auslegung, nicht einer Abwägung. Eine Abwägung hat dann stattzufinden, wenn die Beweisgewinnung zwar grundsätzlich zulässig ist, sich dennoch aber als Eingriff in grundrechtlich geschützte Sphären darstellt. Die Abwägungslehre, wie sie der BGH in „inzwischen gefestigter Rechtspre-

¹⁹ BGHSt 24, 125 ff.

²⁰ BGHSt 38, 214 ff.

²¹ BGHSt 38, 372 ff.

²² BGHSt 44, 243 ff.

²³ BGH NStZ 2007, 601 ff.

²⁴ Die Liste könnte natürlich noch mit einigen Referenz-Entscheidungen aufgefüllt werden.

²⁵ So fast wörtlich der 3. Strafsenat in BGHSt 44, 243, 249; ebenso der 5. Strafsenat in BGH NStZ 2007, 601, 602.

²⁶ BGHSt 38, 214, 220; 38, 372, 374.

²⁷ BGHSt 38, 214, 220; dass das anerkannte große Gewicht eines Verfahrensverstößes sich dann im Abwägungsprozeß schnell zu einem Leichtgewicht verflüchtigen kann, wurde schon in BGHSt 44, 243, 249/250 vorgeführt.

²⁸ So erst jüngst wieder die Entscheidung des 5. Strafsenats zur bewussten Missachtung des Richtervorbehalts bei Wohnungsdurchsuchungen: *Roxin* NStZ 2007, 616 ff. und *Brüning* HRRS 2007, 250; was aber ist einem Verteidiger in der Praxis mit einer „solchen“ Entscheidung geholfen, die noch nicht einmal ein klares Bekenntnis gegen die verschiedenen Varianten der Theorie vom hypothetischen rechtmäßigen Ersatzeingriff ablegt, sondern lediglich darauf abstellt, dass bei „solcher“ Verknennung des Richtervorbehalts es bei den Bestimmungen des Grundgesetzes ein Bewenden haben müsse (BGH NStZ 2007, 601, 603). Das schafft nun wirklich keine Beruhigung. Vgl. demgegenüber *Fezer* in StV 1989, 294 zu BGH StV 1989, 289, 290 (Fall *Weimar*).

¹⁷ So wörtlich der 5. Strafsenat (Entscheidungsumdruck, S. 11).

¹⁸ BGHSt 11, 213 ff.

chung²⁹ präsentiert, vernachlässigt den grundlegenden Unterschied zwischen verfassungsrechtlichen Verwertungsverboten und abgeleiteten Verwertungsverboten³⁰. Während jene stets eine Abwägung zwischen staatlichem Aufklärungsinteressen und den (grundrechtlich geschützten) Individualinteressen gebieten, sind diese notwendige Folge einer vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung, der in der Beweiserhebungsnorm seine Abwägung bereits abschließend niedergelegt hat. Diese legislativ getroffene Abwägung verlangt Gehorsam. Abwägungen der Judikative dürfen nicht den in der Beweiserhebungsnorm abgeschlossenen Abwägungsvorgang der Legislative erneut zur Disposition stellen³¹. Die Beweiserhebungsvorschriften haben so – über das Eingriffsverbot und die Handlungsanweisung an die Strafverfolgungsorgane hinaus – zum unmittelbaren Norminhalt, dass die unter Missachtung des Normbefehls gewonnenen Erkenntnisse und Beweisführungsmöglichkeiten für die Entscheidungsfindung nicht zur Verfügung stehen³². Soweit die Entscheidung in ein Urteil ausmündet, ergibt sich dies unmittelbar auch aus § 337 StPO.

Der BGH hat in seinem Beschluß zu Art. 36 WÜK die für seine Entscheidung – von Gesetzes wegen! – eigentlich maßgebliche Norm des § 337 StPO nicht erwähnt. Aber nicht nur das: er hat einen möglichen Einfluß des Verfahrensverstößes auf das Ergebnis der Beweiswürdigung

²⁹ So wörtlich der 5. Strafsenat in NStZ 2007, 601, 602 und der 3. Strafsenat in BGHSt 44, 243, 249.

³⁰ Was sich auch daran zeigt, dass die Rechtsprechungsnachweise, die der 3. Strafsenat für die „inzwischen gefestigte Rechtsprechung“ anführt („BGHSt 38, 214, 219 ff.; 38, 372, 373/374; 37, 30, 31/32; 35, 32, 34 f.; 31, 304, 307 ff.; 27, 355, 357; 19, 325, 329 ff.“) unterschiedslos auch die ein verfassungsunmittelbares Verwertungsverbot betreffende Tagebuchentscheidung des 4. Strafsenats in BGHSt 19, 325 ff. einbezieht. Vgl. zu allem Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl., S. 216 ff. und ders., Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, Heidelberg 1995. Es ist ein bleibendes, nachgerade *historisches* Verdienst des *Jubilers*, gegenüber dem Schellengeklapper euphorisierter Vertreter aus Praxis und Wissenschaft, das nach der Entscheidung des 5. Strafsenats in BGHSt 38, 214 ff. zeitweise zu vernehmen war, nüchtern die Begründungsschwächen dieser Entscheidung aufgezeigt zu haben, welche „in künftigen Fällen der Begründung von Beweisverwertungsverboten nach Verfahrensverstößen nur zu Mißverständnissen führen“ könnten (JR 1992, 385/386; ebenso nochmals in JZ 1996, 662). Diese Prophezeiung bewahrheitet sich an der hier besprochenen Entscheidung.

³¹ Das Gegenteil führt beispielhaft vor der 3. Strafsenat in seiner zu der Dreimonatsfrist des § 110b Abs. 2 Satz 3 StPO (welche in § 100d Abs. 1 StPO in Bezug genommen wird) getroffenen Entscheidung (BGHSt 44, 243 ff.): das nach Überschreitung der Frist für die Dauer eines weiteren Monats abgehörte und aufgezeichnete nicht öffentlich gesprochene Wort solle weiterhin der Beweisführung zu Gebote stehen, weil das Unterbleiben einer Verlängerung nur auf einem Versehen beruhte, welches durch eine erneute Anordnung des Amtrichters zwar nicht rückwirkend, wohl aber für die darauf folgenden drei Monate wieder behoben wurde; auch sei es um eine „gerechte Ahndung schwerwiegender Straftaten“ gegangen, so daß dem Allgemeininteresse an der Aufklärung „der Vorrang im Sinne der Verwertbarkeit der Beweise zukommen muß“ (BGHSt 44, 243, 250).

³² Fezer, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, Heidelberg 1995, S. 27.

ausdrücklich bejaht, der Revision dennoch den Erfolg versagt. Das bedeutet: § 337 StPO, der im Falle eines Normenverstößes allein danach fragt, ob das Urteil auf diesem Geschehnis beruhen könne, ist außer Kraft gesetzt. An seine Stelle tritt ein neuer Grundsatz: Nur vom BGH anerkannte Beweisverwertungsverbote können zu einer Aufhebung des Urteils führen.

Bevor dieses Ergebnis näher beleuchtet und kritisiert werden wird, hier zunächst ein Einschub zur Gesetzgebungsgeschichte des § 337 StPO und seine daran orientierte Auslegung durch das Reichsgericht und den Bundesgerichtshof.

a) Erster Exkurs - § 337 als Zentralnorm des Revisionsrechts: Keine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Prozeßvorschriften

§ 337 StPO³³ – so Eberhard Schmidt vor langer Zeit, aber schon zu Lebzeiten des BGH – „ist der Schlüssel des Revisionsrechts“. Aus ihm ergebe sich Sinn, Zweck und Wesen der Revision³⁴. Der Wortlaut der Vorschrift ist kurz und bündig: Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

Ähnlich lakonisch verhalten sich die *Motive* zur Erläuterung dieser Bestimmung. Die Begriffe „Gesetz“ und „Rechtsnorm“ hätten einen identischen Inhalt. Und:

„Der Ausdruck ‚Rechtsnorm‘ wird hier im weitesten Sinne verstanden. Er umfasst nicht bloß die ausdrücklichen Bestimmungen der Gesetze, sondern auch alle Grundsätze, welche sich aus dem Sinne und Zusammenhange der gesetzlichen Vorschriften ergeben. Der Entwurf unterscheidet auch nicht zwischen den Normen des materiellen Rechts und des Prozessrechts, und grundsätzlich ist keine Prozeßvorschrift von der Begründung der Revision ausgeschlossen.“³⁵

Die Revision war ein *neuartiges* Rechtsmittel, geschaffen in Abgrenzung von der bis dahin in den Einzelstaaten vielfach geltenden Nichtigkeitsbeschwerde. Der Konstruktion der Nichtigkeitsbeschwerde in den Landesgesetzen lagen verschiedene Systeme zugrunde. Ein Teil der Gesetze nannte enumerativ diejenigen Prozeßvorschriften, deren Verletzung die Nichtigkeit des Urteils nach sich ziehen sollte, ein anderer Teil knüpfte die Nichtigkeit an die Verletzung wesentlicher Prozeßvorschriften, ein dritter endlich kombinierte das erste mit dem zweiten System³⁶. Die legislatorische Schwierigkeit

³³ Bis 1924: § 376 StPO a.F.

³⁴ Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Göttingen 1957, Rdnr. 1 zu § 337.

³⁵ Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 3/Abt. 1, Berlin 1885, S. 251

³⁶ Löwe, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Anm. 7a zu § 376.

lag in der Bestimmung des Begriffs des „Wesentlichen“ und darin, dass die Verletzung derselben Vorschrift in dem einen Falle von Einfluß auf das Urteil, in dem anderen aber einflusslos sein kann. Die damals gefundene Lösung bestand darin, dass jede Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vorschriften fallengelassen, stattdessen statuiert wurde, dass die Wesentlichkeit jeweils im Einzelfall zu prüfen sei. Dies wurde an dem Erfordernis festgemacht, dass das Urteil auf der betreffenden Gesetzesverletzung „beruhe“³⁷.

Das Reichsgericht hat diese Vorgabe, nicht nach wesentlichen oder unwesentlichen Verfahrensvorschriften zu differenzieren, sondern allein zu untersuchen, welchen konkreten Einfluß die Verletzung der in Rede stehenden Verfahrensnorm auf den Inhalt des Urteils gehabt hat, stets³⁸ im Auge behalten³⁹.

b) Zweiter Exkurs - § 337 als Zentralnorm des Revisionsrechts: Zum Kausalnexus zwischen Verfahrensverletzung und Urteilsgründen

In den *Motiven* wird ein weiterer Aspekt des § 337 StPO⁴⁰ angesprochen:

³⁷ Löwe, a.a.O.; das ist sehr schön nachzulesen in dieser Kommentierung, deren Text (nur angereichert mit Rechtsprechungszitaten) fast wortgleich bis in die 18. Auflage von den Reichsgerichtsräten *Hellweg* und *Rosenberg* beibehalten wurde.

³⁸ Mit Ausnahme einer Grauzone für die sog. instruktionellen Vorschriften (Ordnungsvorschriften), an deren tautologischer Definition sich das Reichsgericht in RGSt 42, 168, 169/170 versucht hat. Vgl. zum Begriff der Ordnungsvorschriften *Sarstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rdnr. 248 ff.

³⁹ Exemplarisch steht hierfür die schöne Entscheidung des 3. Strafsenats vom 24.9.1883 zur Nichterteilung des letzten Wortes an den Angeklagten (RGSt 9, 69). Völlig zu Recht betont das Reichsgericht, „dass die vorgeschriebene Befragung des Angeklagten nur in den wenigsten Fällen eine demselben günstige Veränderung der Sachlage haben wird.“ (Das gilt auch noch heute.) Dennoch hob es das angefochtene Urteil mit folgender Erwägung auf: „Da indes der Gesetzgeber trotz dieser naheliegenden und ihm sicherlich nicht entgangenen Erwägungen die Aufstellung der fraglichen Rechtsnorm für notwendig erachtet hat, so dürfen jene Erwägungen nicht dazu verwendet werden, um dem Gesetze so gut wie jede praktische Bedeutung zu entziehen. Vielmehr wird der auf dessen Verletzung gestützten Revision der Erfolg nur dann versagt werden dürfen, wenn die Möglichkeit des Zusammenhangs zwischen jener Verletzung und dem ergangenen Urteile durch die Umstände des Falles geradezu ausgeschlossen ist.“ (RGSt 9, 69, 70). Auf gleicher Linie auch das Urteil des 5. Strafsenats vom 22.2.1911: „Ob ein Urteil auf der in Betracht kommenden Gesetzesverletzung beruht, läßt sich, wie das Reichsgericht wiederholt anerkannt hat, nicht nach allgemeinen tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten entscheiden, kann vielmehr nur nach der besonderen Gestaltung des Einzelfalls beurteilt werden.“ (RGSt 44, 338, 345/346).

⁴⁰ Im Vorentwurf zunächst § 300, in der bis 1924 gültigen gesetzlichen Fassung dann § 376 StPO.

„Als Erfordernis für den Erfolg der Revision wird im § 300 aufgestellt., dass das Urtheil auf einer Gesetzesverletzung *beruhe*. d.h. dass ohne Verletzung des Gesetzes die Entscheidung nicht so hätte ergehen können, wie sie ergangen ist. Nicht eine aus den Entscheidungsgründen sich ergebende, sondern nur eine durch die Entscheidung selbst begangene Gesetzesverletzung kann den Erfolg der Revision begründen. Die unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm ist zur Begründung der Revision nicht geeignet, wenn auch bei deren richtiger Anwendung das Gericht zu derselben Entscheidung gelangt sein würde. Der Erfolg des Rechtsmittels ist also durch einen Zusammenhang zwischen der begangenen Gesetzesverletzung und der Entscheidung selbst bedingt.“⁴¹

In dem Bericht der vom Reichstag eingesetzten Kommission heißt es hierzu:

„Der Grundgedanke, von welchem der Entwurf bei der Gestaltung des Rechtsmittels der Revision ausgegangen, ist in § 300 (G. § 376) zum Ausdruck gelangt. Die Kommission ist mit demselben einverstanden und stellt auch ihrerseits als Erfordernis für die Revision die Voraussetzung auf, dass das Urteil auf einer Gesetzesverletzung *beruhe*, d.h. dass ohne Verletzung des Gesetzes die Entscheidung nicht so erteilt worden wäre, wie geschehen, und dass daher der Erfolg des Rechtsmittels durch einen Zusammenhang zwischen der begangenen Gesetzesverletzung und der Entscheidung selbst bedingt ist. Im einzelnen Falle wird es Sache des Revisionsgerichts sein zu erwägen, ob nach Lage der Sache ein solcher Zusammenhang anzunehmen sei. (...).“

Diese Sätze kommen sowohl zur Anwendung, wenn es sich um die behauptete Verletzung des materiellen Rechts als der Prozeßvorschriften handelt. Auch bei den letzteren wird die Prüfung des Revisionsgerichts darauf gerichtet sein klarzustellen, ob ein Einfluß der Verletzung der Prozeßvorschrift auf den materiellen Inhalt der Entscheidung anzunehmen oder wenigstens nach der Sachlage nicht ausgeschlossen sei, und ob, wenn die Prozeßvorschrift gehörig beobachtet worden wäre, ein anderes Ergebnis des betreffenden Prozeßaktes hätte eintreten können.“⁴²

In einer der ersten Kommentierungen des § 337 StPO (§ 376 StPO a.F.) wird das *Beruh* des Urteils auf der Gesetzesverletzung definiert als der Zusammenhang der Verletzung mit dem *materiellen* Inhalte des Urteils⁴³, was

⁴¹ *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3/Abt. 1, Berlin 1885, S. 251.

⁴² *Hahn* a.a.O. Bd.3/Abt. 2, S. 1605.

⁴³ v. *Schwarze* in v. *Holtendorff* (Hrsg.), Handbuch des neuen Strafprozeßrechts, Bd. 2, Berlin 1879, S. 310 (von *Schwarze* war Mitglied der vom Reichstag eingesetzten Kommission).

bei der Verletzung von Prozeßvorschriften zu der Prüfung führt, ob der Verfahrensfehler ein solcher sei,

„durch welchen der materielle Inhalt des Urtheils insofern berührt wird, als bei einer Beobachtung der Vorschrift möglicherweise das Urtheil zu einem anderen Inhalt gelangt sein würde.“⁴⁴

Das Reichsgericht hat dies seit Anbeginn als Auftrag begriffen, den Kausalnexus zwischen der Verletzung des Prozessrechts und dem Inhalte des Urteils „nach Gestalt des Falles“ zu prüfen⁴⁵. Es hat hierbei ohne viel Aufhebens und ohne irgendwelche Irritationen durch ausgeklügelte Beweisverbotslehren Beweismittel und die aus ihnen gewonnenen Beweisergebnisse von der Verwertung ausgeschlossen, wenn sie „nicht legal produziert“ waren⁴⁶. Das Beweisverwertungsverbot ergab sich aus der Natur der Sache: war ein Beweismittel oder ein Beweisergebnis gesetzeswidrig erlangt worden, dann durfte es in der Hauptverhandlung keine Verwendung und der Urteilsfindung keine Verwertung finden⁴⁷.

Bei der Prüfung des Kausalnexus ließ das Reichsgericht es für den Erfolg der Revision ausreichen, wenn die bloße *Möglichkeit* eines Einflusses des Verfahrensverstößes auf das Urteil zu bejahen war⁴⁸. Der Bundesgerichtshof

hat sich dem in einer Vielzahl von Entscheidungen – wo es nicht um die Umsetzung seiner neuen Beweisverbotslehren ging – angeschlossen⁴⁹.

c) Dritter Exkurs - § 337 als Zentralnorm des Revisionsrechts: Zum Umfang des Rügerechts des von einem Verfahrensverstoß nicht unmittelbar Betroffenen

Die *Motive* enthielten, da es für den Erfolg einer Revision allein auf einen (möglichen) Zusammenhang zwischen dem Verfahrensfehler und dem Urteilsspruch ankommen sollte, konsequenterweise keine Hinweise darauf, dass über diesen Kausalnexus hinaus noch eine eigenständige *Beschwer* zu fordern sei, also dem Verfahrensfehler eine *unmittelbare* Rechtsbeeinträchtigung des Revisionsführers innewohnen müsse, um ihm die Rügebefugnis zu verleihen⁵⁰. Entscheidend war, ob die Konstatierung eines möglichen Kausalzusammenhangs zwischen Verfahrensfehler und Urteil dazu führt, dass im *Ergebnis* für den Revisionsführer eine Rechtsbeeinträchtigung zu bejahen ist, was immer dann der Fall ist, wenn „bei Beobachtung der Vorschrift möglicherweise das Urteil zu einem anderen Inhalt gelangt sein würde“⁵¹.

Dennoch hat das Reichsgericht fallweise – insbesondere bei der Beanstandung gesetzeswidriger Abwesenheit eines Mitangeklagten (oder dessen Verteidigers) – dem dadurch nicht unmittelbar Betroffenen eine Rügebefugnis abgesprochen⁵². Es sei selbstverständlich, dass mit einer „Verletzung des Gesetzes“ nur eine solche gemeint sein kann, durch welche „irgendwie in die dem Beschwerdeführer gewährleisteten Rechte eingegriffen ist“⁵³. Hinsichtlich der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts durch den Arzt sah es hierin „nur ein Recht des Zeugen“, weshalb der Angeklagte keinen Anspruch

⁴⁴ V. Schwarze a.a.O. S. 299; zur Entstehungsgeschichte des § 337 StPO vgl. auch die detaillierte Darstellung bei Herdegen, in NSTZ 1990, 513 ff.

⁴⁵ RGSt 1, 254, 255.

⁴⁶ Hier nur zwei von zahlreichen Beispielen: Die Stieftochter des Angeklagten war in der Voruntersuchung durch den Untersuchungsrichter vernommen, aber über ihr Zeugnisverweigerungsrecht nicht belehrt worden. Als sie in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigerte, hörte das Tatgericht den Untersuchungsrichter. Das Reichsgericht beanstandete die fehlende Belehrung und sah in der Aussage der nicht unterrichteten Zeugin ein „unstatthafes Beweismittel“, um daraus den Schluß zu ziehen: „...sobald also feststand, dass sie (die Aussage) nicht legal zustande gekommen war und daher als gesetzlich zulässiges Beweismittel dem Angeklagten gegenüber nicht angesehen werden konnte, durfte sie auch nicht zum Gegenstande einer Beweisaufnahme gemacht werden. Ihr in dieser Weise ermittelter Inhalt blieb eine unstatthafte Grundlage der richterlichen Entscheidung.“ (RGSt 8, 122, 124). In einem anderen Fall hatte das Reichsgericht die Frage zu entscheiden, ob ein bei seinen Eltern beschlagnahmter Brief des Angeklagten zwar nicht seinem Inhalte nach, wohl aber als Grundlage einer Schriftvergleichung genutzt werden dürfe. Das Reichsgericht sah hierin einen Verstoß gegen § 97 StPO und erklärte kurz und knapp: „Dieses auf gesetzeswidrige Weise erlangte Beweismittel durfte in der Hauptverhandlung nicht produziert, bei der Urteilsfällung nicht verwertet werden.“ (RGSt 20, 91, 92).

⁴⁷ *Fezers* richtige Feststellung, Verwertungsverbote hätten „ihre normative Grundlage in der Beweiserhebungsnorm selbst“ (Grundlagen der Beweisverwertungsverbote, Heidelberg 1995, S. 27) hat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts einen wahren Eideshelfer. Daß er seine Überlegungen zur Natur von Beweisverwertungsverboten völlig trennen will von ihrer – über § 337 StPO vermittelten – Reflexion im Revisionsverfahren (JuS 1978, 105), könnte vielleicht überdacht werden.

⁴⁸ RGSt 1, 254; 44, 345; JW 1922, 1044; dass dies keineswegs selbstverständlich war, zeigen etwa die Ausführungen des damals sehr einflussreichen Rechtslehrers von Kries, Die

Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses, Breslau 1880, S. 226: „Damit soll gesagt sein, dass in Fällen des Zweifels das Urteil *im allgemeinen* aufrecht erhalten werden muß. Es ergibt sich dies mit Notwendigkeit aus dem natürlichen Verhältnis der oberen Instanz zur unteren, aus der selbstverständlichen Beweislast, die dem obliegt, der eine Abänderung des bestehenden Zustandes herbeiführen will.“

⁴⁹ Vgl. nur die Nachweise bei Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 50. Aufl., Rdnr. 37 zu § 337.

⁵⁰ In der Aufstellung dieses zusätzlichen Erfordernisses treffen sich sowohl die Rechtskreistheorie des Bundesgerichtshofs als auch die verschiedenen Spielarten der Schutzzwecktheorien; deren *Gemeinsamkeiten* werden von Karlheinz Meyer in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl., Anm. IV 7 zu § 337, richtig – mit einem leisen Anflug von Spott – betont. Ähnlich auch Hanack in Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., Rdnr. 98 zu § 337.

⁵¹ v. Schwarze, in v. Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2. Bd., Berlin 1879, S. 299.

⁵² RGSt 8, 153, 155 und RGSt 32, 120, 122 (jeweils zu § 246 StPO a.F. = § 247 StPO); RGSt 38, 272, 274 und RGSt 52, 188, 189 (jeweils zu § 377 Nr. 5 StPO a.F. = § 338 Nr. 5 StPO); RG in JW 1924, 1250 m. krit. Anm. Alsberg.

⁵³ RGSt 38, 272, 274.

darauf habe, dass der Arzt von dem ihm zustehenden Zeugnisverweigerungsrecht auch Gebrauch mache⁵⁴.

In späteren Entscheidungen stellte das Reichsgericht die Frage nach dem Beruhenszusammenhang wieder in den Vordergrund. So betonte es, der Angeklagte habe „das Recht zu verlangen, dass gegen ihn prozeßordnungsgemäß verfahren wird“⁵⁵, so daß durch eine fehlerhafte Belehrung des Arztes seitens des Gerichts, welche den Arzt einem Zeugniszwang aussetzt, nicht nur in das Recht des Zeugen, sondern „auch in die Rechte der Prozeßbeteiligten ordnungswidrig eingegriffen ist“⁵⁶. Auch die Abwesenheit eines Mitangeklagten könne gerügt werden, wenn dieser Umstand auf die den Revisionsführer betreffenden Feststellungen Einfluß gewonnen hat:

„Im vorliegenden Falle hat sich jedoch die Revision nicht darauf beschränkt, die Verletzung von Verfahrensvorschriften gegenüber dem Mitangeklagten zu rügen, sondern sie hat ausdrücklich und ausreichend geltend gemacht, dass die ohne zulässige verfahrensrechtliche Grundlage getroffenen Feststellungen über Walter Qu. zugleich zum Nachteil von Fritz Qu. bei der *ihn* betreffenden Beweiswürdigung verwertet worden seien. Insofern ist somit für Fritz Qu. in zulässiger Weise ein *ihn* selbst beschwerender Verfahrensmangel gerügt worden.“⁵⁷

Selbst wenn es also einen Rechtssatz geben sollte, dass auf die Verletzung von Verfahrensvorschriften sich nur die Verfahrensbeteiligten berufen dürfen, denen gegenüber vorschriftswidrig verfahren worden ist⁵⁸, so enthebt dies nicht von der durch § 337 StPO gebotenen Prüfung, welchen Einfluß ein derartiger Verfahrensverstöß – mag er unmittelbar nur Rechte Dritter oder eines Mitangeklagten beeinträchtigt haben – auf das Urteil insgesamt, also auch hinsichtlich der anderen Angeklagten, gehabt hat. Sind in prozeßordnungswidriger Weise hinsichtlich

des *einen* Angeklagten Feststellungen getroffen worden, die zum Nachteil des *anderen* Angeklagten Eingang auch in die *ihn* betreffende Beweiswürdigung gefunden haben, beruht das Urteil hinsichtlich *beider* Angeklagter auf dem Verfahrensverstöß, selbst wenn der Verfahrensfehler zum Zeitpunkt seiner Geschehens unmittelbar zunächst nur Rechte des einen Angeklagten betraf⁵⁹.

4. Die Beweisverbotslehre des BGH als Abschied von der Beruhensprüfung

Dieser kurze Rückblick auf die Entstehungsgeschichte des § 337 StPO und seine daran orientierte Auslegung hat deutlich gemacht, dass

- die Beantwortung der Frage, ob ein Verfahrensverstöß die Revision begründen könne, nicht davon abhängt, dass er eine wesentliche oder eine unwesentliche Vorschrift betrifft, stattdessen
- jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, welcher Zusammenhang zwischen dem Gesetzesverstöß und dem Urteilsspruch bestehe,
- es für die Rügebefugnis eines Verfahrensbeteiligten, solange nur ein Beruhenszusammenhang zu bejahen ist, keinen Unterschied macht, ob der Verfahrensfehler im Zeitpunkt seines Geschehens nicht *ihn* selbst, sondern unmittelbar nur einen anderen Verfahrensbeteiligten in seinen Rechten beeinträchtigt hat.

Sowohl das Reichsgericht als auch der Bundesgerichtshof haben ihre Auslegung des § 337 StPO an diesen Vorgaben orientiert und das durch diese Entstehungsgeschichte abgesteckte Terrain nur selten verlassen. Die Entscheidung des Großen Senats vom 21.1.1958⁶⁰, welche für den Fall einer fehlerhafterweise unterbliebenen Belehrung gemäß § 55 Abs. 2 StPO dieses Terrain verließ, schien angesichts der massiven Kritik in der Wissen-

⁵⁴ RGSt 48, 269, 270; ebenso auch BGHSt 9, 59, 61.

⁵⁵ RGSt 57, 63, 64.

⁵⁶ RGSt 57, 63, 65; fortgeführt und erweitert durch das Urteil des 4. Strafsenates in BGHSt 42, 73, 77.

⁵⁷ RGSt 62, 259, 261; vgl. auch schon RGSt 20, 91, 93 hinsichtlich der unzulässigen Verwertung eines bei den Eltern des Mitangeklagten unter Verletzung von § 97 StPO beschlagnahmten Briefes: „Aus vorstehendem ergibt sich, dass die unter Verletzung des § 97 StPO vorgenommene Beschlagnahme des Briefes vom 16. Dezember 1888 Einfluß auf die Entscheidung in der Hauptsache gewonnen hat, dass sonach das Urteil auf der Gesetzesverletzung *beruht*. Dieser Annahme steht gegenüber der Revision der Beschwerdeführerin H. der Umstand, dass der Brief von dem Angeklagten S. an *dessen* Eltern geschrieben und bei den letzteren beschlagnahmt worden, nicht im Wege, denn aus der Begründung des Urteils ergibt sich, dass die Verwertung des Briefes auch für die Verurteilung der Angeklagten H. von Bedeutung war.“ In dieser Rechtsprechungstradition stehen auch die Entscheidungen des BGH in BGHSt 33, 148, 154; 42, 73, 77; 50, 64, 79 (zum Rügerecht des Mitangeklagten bei Verstößen gegen § 53 StPO) und BGHSt 7, 194, 196; 27, 139, 141; StV 1988, 89, 90 (zum Rügerecht bei fehlender oder falscher Belehrung von Angehörigen eines Mitangeklagten über ihr Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO).

⁵⁸ RGSt 62, 259, 260; BGHSt 10, 119, 121.

⁵⁹ *Eberhard Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Göttingen 1957, Rdnr. 25 zu § 337; *Hanack* in Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., Rdnr. 94 zu § 337; *Frisch* in SK-StPO, Rdnr. 92 zu § 337; *Meyer-Goßner*, StPO, 50. Aufl., Rdnr. 18 zu § 337. Die vorstehend benannten aktuellen Kommentierungen, die allesamt mit dem Hauptsatz beginnen, dass jeder Verfahrensbeteiligte nur solche Verfahrensfehler rügen dürfe, die *ihn* selbst beschweren, um dann einige Sätze weiter zu konstatieren, dass auch eine *mittelbare* Beschwer ausreiche, offenbaren die Nutzlosigkeit klügelnder Distinktionen, die sich um den Begriff der „Beschwer“ ranken. Letztlich geht es allein um die Frage nach dem Beruhenszusammenhang zwischen einem Gesetzesverstöß und dem Urteil; so auch *Hamm* in *Sarstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rdnr. 63 (Beschwer als „ein vom Gesetz unausgesprochener Teil der Beruhensfrage“). Daß der Begriff der „Beschwer“ in der Revisionsrechtsprechung häufig nur aus „prozesswirtschaftlichen Überlegungen“ zum Einsatz kommt, wird in BGHSt 37, 5, 9 unumwunden ausgesprochen.

⁶⁰ BGHSt 11, 213 ff.

schaft⁶¹ und ihrer Bedeutungsreduzierung durch spätere Entscheidungen des BGH⁶² eine auf die Einzelnorm reduzierte Betrachtung geblieben zu sein.

Dies war leider ein Trugbild. Inzwischen – dies zeigt pointiert die Entscheidung des 5. Strafsenats im Fall *Fernandes* – feiert die „Rechtskreistheorie“ fröhlich Urständ. Nicht nur eine Erosion, sondern eine *Abschaffung der Beruhensprüfung* und eine Verabschiedung des § 337 als Zentralnorm des Revisionsrechts sind die Folge⁶³. Eine Rechtsprechung, die in den Verfahrensvorschriften eine „natürliche Stufung“ sieht⁶⁴, danach zu differenzieren beginnt, ob Verfahrensvorschriften „die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten“ sichern sollen⁶⁵, welche die Wertigkeit der Verfahrensvorschriften herabsetzt, wenn sie „nicht oder nicht in erster Linie dem Schutz des Beschuldigten“ dienen⁶⁶, löst sich von dem mit § 337 StPO verfolgten Anliegen. Es wird nicht mehr gefragt, ob im *konkreten Fall* ein Zusammenhang zwischen der Gesetzesverletzung und dem Urteilsspruch bestehe, sondern allein, ob dem Gesetzesverstoß als solchem, quasi „an und für sich“, Gewicht beikomme. Der zweite Schritt, die Beruhensprüfung, ist dann nicht mehr vonnöten. Hat der Gesetzesverstoß Gewicht, kann das Urteil – ohne Prüfung und Erwähnung

des § 337 StPO – aufgehoben werden⁶⁷. Hat der Gesetzesverstoß nach Einschätzung des BGH kein Gewicht, kann das Urteil – ohne Prüfung und Erwähnung des § 337 StPO – bestehen bleiben. So geschehen in der Revisionsentscheidung gegen *Wilson Fernandes*⁶⁸.

Hätte der BGH sich an die von § 337 StPO vorgegebene Leitlinie gehalten, hätte er prüfen müssen

- welchen tatsächlichen Einfluß die Erkenntnisse, welche aus der informellen Vernehmung *Sahins* am Tage nach seiner Festnahme gewonnen worden waren, auf die Beweiswürdigung gehabt haben,

- ob sie von wesentlicher Bedeutung für die Verurteilung der Angeklagten waren,

- welche Auswirkungen (im Falle einer korrekten Belehrung *Sahins* über sein Recht zur Konsultation mit dem Konsulat) eine sodann auf Veranlassung *Sahins* erfolgte Benachrichtigung des nächst gelegenen Konsulats gehabt haben könnte,

- ob eine vom Konsulat möglicherweise veranlasste sofortige Einschaltung eines Anwalts (oder auch nur deren Ankündigung) zu einer Unterlassung der am Tag nach der Festnahme erfolgten Vernehmung geführt haben könnte⁶⁹.

Letztlich wird der Beruhenszusammenhang auch vom Bundesgerichtshof nicht geleugnet:

„Damit ist festzustellen, dass die Angeklagten D. und S. durch die unterbliebene Belehrung

⁶¹ Vgl. nur *Eberhard Schmidt* in JZ 1958, 596 ff. und *Rudolphi* in MDR 1970, 93 ff.

⁶² BGHSt 33, 148, 154; 42, 73, 77; 50, 64, 79.

⁶³ Der unvergessene *Karlheinz Meyer* hat vor vierzig die Gefahren der damals noch etwas zaghafter sprießenden Beweisverbotslehren klarsichtig vorausgesehen. Zu einem Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts, welches sich mit der Belehrung des Angeklagten in der Hauptverhandlung befaste, führte er aus: „Da der Hinweis nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO zwingend vorgeschrieben ist, es sich also nicht etwa um eine Sollvorschrift handelt wie die Befragung nach § 257 StPO (vgl. RGSt. 42, 168), liegt ein Verfahrensverstoß vor, wenn er unterlassen wird. Hierauf kann die Revision gestützt werden, und sie führt zur Urteilsaufhebung, wenn das Urteil auf dem Verstoß beruht (§ 337 Abs. 1 StPO). Dieses Beruhen braucht der Revisionsführer weder zu behaupten noch zu beweisen. Die Revisionsgerichte verfahren recht großzügig, wenden den Grundsatz ‚in dubio pro reo‘ an und lassen es genügen, dass nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, dass die Entscheidung nicht auf dem Verstoß beruht (...) Bei alledem zeigt sich, wie wenig es zur Klarheit beiträgt, wenn die Rechtsprechung, anstatt die Lösung derartiger Fälle in den Vorschriften über die Revision zu suchen, mit Begriffen wie ‚Verwertungsverbot‘ oder ‚Beweisverbot‘ arbeitet. Der Fall des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO läßt sich durchaus in die Reihe der Beweisverbote einordnen. Der vergleichbare Fall des § 52 Abs. 2 Satz 1 StPO hat dort schon seinen festen Platz (...). Aber diese Einordnung vergrößert lediglich den spärlichen Katalog der bestehenden Beweisverbote; sie schafft keinen absoluten Revisionsgrund und kann den § 337 StPO nicht abändern. Vorwiegend auf diese Kernbestimmung des geltenden Revisionsrechts kommt es aber an, wenn die Frage zu entscheiden ist, welche Folgen die Verletzung einer zum Schutz des Angeklagten geschaffenen Verfahrensvorschrift nach sich ziehen muß.“ (*Karlheinz Meyer* in JR 1966, 310, 311- meine Hervorhebung). Das liest sich fast wie ein Kommentar auf die hier besprochene Entscheidung des BGH.

⁶⁴ BGHSt 11, 213, 214

⁶⁵ BGHSt 38, 214, 220.

⁶⁶ BGHSt 38, 214, 220.

⁶⁷ So in BGHSt 38, 214 ff., wobei einschränkend zu sagen ist, dass es sich um eine Vorlegungssache handelte, der vom OLG Celle offerierte *Sachverhalt* die Bedeutsamkeit der Rechtsfrage allerdings nachhaltig relativierte: Der Beschuldigte hatte eine Blutalkoholkonzentration von 1,67 Promille; der ihm gehörende Pkw war nach einem Unfall schwer beschädigt am Unfallort zurückgelassen worden; der ermittelnde Polizeibeamte fand in dem geöffneten Pkw den Führerschein, sprach den in der Nähe des Unfallortes umherirrenden Beschuldigten an, nachdem er erkannt hatte, dass dessen Aussehen mit der im Führerschein abgebildeten Person starke Ähnlichkeit aufwies. Der Beschuldigte leugnete wahrheitswidrig die Identität mit der abgebildeten Person und machte anschließend auf die nach § 111 OWiG zulässigen Fragen hinsichtlich seines Namens und seines Wohnortes falsche Angaben. Jedem Amtsrichter hätte dieser Sachverhalt – ohne Strapazierung des § 261 StPO – bereits zur Verurteilung des Beschuldigten ausgereicht. Auf die schließlich ohne Belehrung gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO gemachten Angaben, er habe zwar im Wagen gesessen, sei aber nur Beifahrer gewesen, dürfte es kaum angekommen sein. Es war also höchst fraglich, ob das amtsgerichtliche Urteil überhaupt auf dem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO beruhte; im Hinblick auf die in BGHSt 25, 325, 328 formulierten geringen Anforderungen an eine Vorlegung gemäß § 121 Abs. 2 GVG mag der 5. Strafsenat dennoch zu Recht deren Voraussetzungen bejaht haben.

⁶⁸ Und zuvor schon in der – oben bereits angesprochenen – Entscheidung des 3. Strafsenats in BGHSt 44, 243 ff.

⁶⁹ Vgl. hierzu auch FN 76.

seitens der Polizeibeamten, die ihre erste Vernehmung durchgeführt haben, in ihren subjektiven Rechten auf konsularische Unterstützung bei der effektiven Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte in der Haftsituation verletzt worden sind. Ein Beruhen der Beweiswürdigung in den angefochtenen Urteilen auf den Ergebnissen der in dieser Situation erfolgten Vernehmungen kann der Senat nicht ausschließen, wenn sie auch in beiden Fällen eher fernliegen mag.“⁷⁰

Damit war nach der bisher gültigen Rechtsprechung zu § 337 StPO das Urteil des Schwurgerichts Braunschweig aufzuheben. Das gegenteilige Ergebnis markiert den Abschied vom herkömmlichen Revisionsrecht⁷¹.

5. Mißachtung der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs durch den BGH

In seinem die erste Entscheidung des BGH zu Art. 36 WÜK aufhebenden Beschluß hatte das Bundesverfassungsgericht angemahnt, es sei eine verfassungsunmittelbare Verpflichtung der deutschen Strafgerichte, die Urteile des Internationalen Gerichtshofs zu beachten⁷².

Aus der völkerrechtlichen Restitutionspflicht hatte der Internationale Gerichtshof im Fall *LaGrand*, ebenso wie im Fall *Avena*, hergeleitet, dass das völkerrechtliche Unrecht einer unterbliebenen Belehrung dadurch zu restituieren sei, dass es zu einer Nachprüfung und Neubewertung von *Schuld- und Strafausspruch* im Lichte des Völkerrechtsbruchs komme. Die Vereinigten Staaten von Amerika

„... shall allow the review and reconsideration of the *conviction* and *sentence* by taking account of the violation of the rights set forth in that Convention.“⁷³

Hierbei meint „conviction“ den Schuldspruch, „sentence“ die Festlegung des Strafmaßes.

Der vom Internationalen Gerichtshof statuierten Verpflichtung, im Falle eines unter Verletzung von Art. 36 WÜK zustande gekommenen Urteils die Möglichkeit zu eröffnen, den Schuld- und Strafausspruch im Hinblick

⁷⁰ Entscheidungsumdruck, S. 8.

⁷¹ Der wird auch für andere Bereiche des klassischen Revisionsrechts bereits angedroht: „Bei dieser Sachlage bedarf die Frage keiner Vertiefung, ob als Ergebnis der maßgeblichen Abwägung zwischen den Belangen rechtsstaatlich geforderter Wahrheitsfindung und effektiver Wahrung unverletzlicher Verfahrenspositionen schon die bislang vom Bundesgerichtshof anerkannten Drittwirkungen - namentlich bei so persönlich geprägten Rechtspositionen wie denen aus dem Bereich des § 52 StPO - als eher zu weitgehend angesehen werden müssen.“ (Entscheidungsumdruck, S. 9).

⁷² BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats) in NJW 2007, 499, 503.

⁷³ Nr. 128 Ziff 7 im Falle *LaGrand* – Übersetzung in EuGRZ 2001, 287, 295 (meine Hervorhebung) – und Nr. 153 Ziff. 9 im Fall *Avena*.

auf den Einfluß dieser Vertragsverletzung zu überprüfen⁷⁴, hat er alsdann in der *Avena*-Entscheidung vom 31.3.2004 noch dahingehend konkretisiert, dass von den (amerikanischen) Gerichten untersucht werden müsse, welchen Einfluß die Verletzung des Art. 36 WÜK „in the causal sequence of events“ gehabt habe:

„122. The Court reaffirms that the case before it concerns Article 36 of the Vienna Convention and not the correctness as such of any conviction or sentencing. The question of whether the violations of Article 36, paragraph 1, are to be regarded as having, in the causal sequence of events, ultimately led to convictions and severe penalties is an integral part of criminal proceedings before the courts of the United States and is for them to determine in the process of review and reconsideration.“⁷⁵

Auch an anderer Stelle betont der IGH in der *Avena*-Entscheidung, dass der Ursachenzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem schließlich ergangenen Urteil genau zu untersuchen sei („fully examined“):

„138. The Court would emphasize that the ‚review and reconsideration‘ prescribed by it in the *LaGrand* case should be effective. Thus it should ‚take account of the violation of the rights set forth in the Convention‘ (...) and guarantee that the violation and the possible prejudice *caused by that violation will be fully examined* and taken into account in the review and reconsideration process. Lastly, review and reconsideration should be both of the sentence and of the conviction.“⁷⁶

Eine gleichgeartete Verpflichtung bestand auch für den Bundesgerichtshof; er hat diese jedoch nicht umgesetzt. Er hat zwar den möglichen Einfluß der Vertragsverletzung auf die Beweiswürdigung und damit einen (möglichen) kausalen Zusammenhang des Verfahrensverstosßes mit dem schließlich ausgesprochenen Urteil explizit bejaht, jedenfalls für möglich gehalten, jedoch sich geweigert, hieraus irgendwelche Konsequenzen für den Schuld- oder Strafausspruch zu ziehen.

Hierbei ist noch ein weiterer Aspekt von Bedeutung:

⁷⁴ Eine Umsetzung des Restitutionsprinzips, die auch den uneingeschränkten Beifall der International Law Commission gefunden hat (vgl. die „Commentaries“ zu den „Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts“, p. 236 (Fußnote 518) – im Internet (auf dem Stand von 2005) unter: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

⁷⁵ Im Internet unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>

⁷⁶ A.a.O. – meine Hervorhebung; wie der Ursachenzusammenhang retrospektiv untersucht werden kann, wird beispielhaft vorgeführt in dem Verfahren *Torres v. State* vor dem Oklahoma Court of Appeals (hierzu *Simma* in Festschrift für Tomuschat, S. 443 f.), im Internet unter: <http://www.oscn.net/applications/oscn/DeliverDocument.asp?CiteID=444490>.

Indem der Bundesgerichtshof seine Sicht der Dinge reduziert auf die subjektive Rechtsstellung des ausländischen Beschuldigten und hierbei die „große“ Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO in ihrer Wertigkeit ausspielt gegen die „kleine“ Belehrung nach Art. 36 WÜK, gerät ihm *völlig* aus dem Blick, dass die Beeinträchtigung des subjektiven Rechts in eins geht mit der Verletzung von *Völkervertragsrecht*. Diesem Umstand hat der IGH in der *Avena*-Entscheidung besonderes Gewicht („full weight“) beigelegt:

„The rights guaranteed under the Vienna Convention are treaty rights which the United States has undertaken to comply with in relation to the individual concerned, *irrespective of the due process rights under United States constitutional law*. In this regard, the Court would point out that what is crucial in the review and reconsideration process is the existence of a procedure which guarantees that *full weight* is given to the violation of the rights set forth in the Vienna Convention, whatever may be the actual outcome of such review and reconsideration.“⁷⁷

Die Verletzung des Art. 36 WÜK manifestiert sich in *zweierlei* Richtung: Sie betrifft sowohl den ausländischen Beschuldigten als auch den Staat, dessen Angehöriger er ist.⁷⁸ In den Darlegungen des Bundesgerichtshofs zum Für und Wider eines Verwertungsverbots findet sich von all dem *nichts*. Art. 36 WÜK wird erneut als *quantité négligeable* behandelt. Der Völkerrechtsverstoß wird in seinem eigenständigen Gewicht nicht beurteilt. Das Verwertungsverbot wird verneint, der Beruhenszusammenhang zwar bejaht, aber folgenlos gelassen⁷⁹.

Die „Vollstreckungslösung“, die der Bundesgerichtshof stattdessen anbietet, hat mit dem „review“ und der „reconsideration“ von „conviction“ und „sentence“ *nichts* zu tun. Außerdem: § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB ist zwar insoweit ein „objektiv orientiertes Modell“, als es bestimmt, dass Untersuchungshaft und andere aus Anlaß der Tat verbüßte Haft auf die Strafe anzurechnen sind. Diese anzurechnende Haft kann nach Tagen, Monaten und Jahren „objektiv“ mit Hilfe des Kalenders berechnet werden. Woher aber kommen die Maßstäbe, um einen Völkerrechtsverstoß in Tage, Monate und Jahre umzu-

⁷⁷ A.a.O. Nr. 139 – meine Hervorhebung.

⁷⁸ So auch die EU in einem „Brief of Amici Curiae“ an den US Supreme Court (in dem später vom US Supreme Court wieder fallen gelassenen Verfahren *Medellin*): „If a foreign national is convicted absent compliance with the notification obligation of Article 36, the rights of both the Sending State and the foreign national are implicated, and the conviction must be reviewed.“ (p. 8 – im Internet unter: http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/EU_VCCR_September_16_2004_filed.pdf).

⁷⁹ Vgl. demgegenüber die Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH in BGHSt 36, 396 ff., die ohne viel Federlesens in Bezug auf eine andere Bestimmung des WÜK ein Verwertungsverbot bejaht. Der in diesem Urteil angesprochene Art. 43 WÜK hat keinerlei individualschützenden Charakter, verschafft keine persönliche Immunität, sondern dient allein der unversehrten Ausübung der konsularischen Tätigkeit des Entsendestaates. Dennoch wird ein aus Art. 43 WÜK herzuleitendes Verwertungsverbot bejaht!

rechnen? Warum (wie im vorliegenden Falle) sechs Monate? Warum denn nicht vier oder zehn Monate? Die Unvorhersehbarkeit und Unberechenbarkeit der „Vollstreckungslösung“ rückt sie – auch wenn von *Richtern* umgesetzt – sachlich in eine unmittelbare Nähe zu der vom IGH im Falle *Avena* ausdrücklich verworfenen „*clerical procedure*“⁸⁰.

Das ist das Gegenteil dessen, was der Internationale Gerichtshof gefordert hat. Es ist zugleich ein radikales Dementi all dessen, was die deutschen Prozessvertreter im *LaGrand*-Case vor dem Internationalen Gerichtshof mit ehrlichem Engagement vorgetragen haben. In der Sitzung des Internationalen Gerichtshofs am 16.11.2000 über die Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die Vereinigten Staaten von Amerika hatte einer der deutschen Prozeßvertreter in dem Glauben an das in Deutschland geltende Recht eine Lobrede auf § 337 StPO gehalten:

„12. As to the German law of criminal procedure, an error of law which is not remedied during the trial can be put forward by appeal in three ways: *Berufung*, *Revision* and *Wiederaufnahme*. In murder cases the remedy would be *Revision* to the Federal Court of Justice. *Revision* is an appeal on questions of law only. In passing, let me mention that German courts were not yet confronted with the necessity to decide in a concrete *Revision* case about a violation of Article 36. But the doctrine is clear: To be successful, this appeal must fulfil three criteria.

(i) There must be a breach of ‘the law’ according to Article 337 of the German Code of Criminal Procedure. In this sense law is also international customary law and international treaties as the Vienna Convention, this without any need for further implementing legislation.

(ii) The judgment must be based on the breach of the law. This requirement is analogous to the requirement of prejudice applied by US courts. However, there is an important difference: according to German case-law causation need not to be proven! The Federal Court of Justice has constantly held that it is sufficient to show that it *cannot be excluded* that the decision of the court might have been different if the law had been applied properly. If you carefully look at our submission No. 4, you will notice that it asks only for the review of judgments ‘impaired by’ the violation of Article 36.

(iii) The defendant must not have lost his right to an appeal.“⁸¹

⁸⁰ A.a.O. Nr. 143.

⁸¹ *Hans Peter Kaul* (damals Leiter der Unterabteilung für Völkerrecht beim Auswärtigen Amt, heute Richter am Internationalen Strafgerichtshof) im Protokoll des “Public sitting” beim IGH vom 16.11.2000, S. 30 – im Internet auffindbar unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/4667.pdf> (Kursivschreibung im Original).

In der Retrospektive werden sie durch den Bundesgerichtshof desavouiert und Lügen gestraft; die Insinuationen der amerikanischen Administration, zwischen Vorstellung und Wirklichkeit klappte bei den Deutschen eine weite Lücke,

“92. Indeed, Germany’s Memorial does not claim that German courts would invalidate a conviction or sentence when there has been a failure of consular notification. We question whether Germany (or very many other Parties to the Convention) could make such a representation. Germany’s claim in this case that the Vienna Convention requires individual remedies in the criminal justice system, including the invalidation of convictions, fundamentally conflicts with the manner in which States, including Germany, actually implement the Convention.”⁸²

⁸² Counter-Memorial of the United States of America, – im Internet unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/8554.pdf>.

werden durch den Bundesgerichtshof ins Recht gesetzt. Zum zweiten Mal. Das ist ebenso unerträglich⁸³ wie die Kraftloserklärung des § 337 StPO.

⁸³ Daß die Gerichtssprache deutsch ist (§ 184 GVG), wird offenbar selbst bei höchsten ordentlichen Gerichten immer noch als Freibrief verstanden, sich mit den gelegentlich nur fremdsprachig zugänglichen Entscheidungen ausländischer und international zuständiger Gerichte nicht befassen zu müssen. Ein in dieser Hinsicht die hier besprochene Entscheidung des 5. Strafsenats noch übertreffendes Judikat ist der allen Ernstes für die amtliche Sammlung des BGH vorgesehene Beschluß des 1. Strafsenats vom 11.9.2007 (in NJW 2007, 3587 ff.). Daß die Rüge, Art. 36 WÜK sei nach der Festnahme des Beschuldigten nicht beachtet worden, im Revisionsverfahren nicht vorgebracht werden dürfe, wenn nicht zuvor in der Hauptverhandlung ein themenbezogener Widerspruch gegen die Verwertung etwaiger – nach Unterlassung der Belehrung – gewonnener Vernehmungsinhalte erhoben worden sei, ist eine krasse Missachtung all dessen, was der Internationale Gerichtshof in den Entscheidungen *LaGrand* und *Avena* zur amerikanischen „procedural default rule“ ausgeführt hat. Immerhin hat sich der 5. Strafsenat von diesen Positionen deutlich distanziert (Entscheidungsumdruck, S. 9/10). Vgl. zu der Entscheidung des 1. Strafsenats auch *Velten* in ZJS 2008, 76 ff.; *Gaede* HRRS 2007, 402 ff.

Aufsätze und Anmerkungen

„Der strafrechtliche Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften durch das EU-Übereinkommen vom 26. Juli 1995“

Eine kritische Zwischenbilanz, Einordnung in die aktuelle Rechtsprechung des EuGH und Ausblicke in die Zukunft

Von Rechtsanwalt Dr. jur. Ingo E. Fromm*

1. Einleitung

Die finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft werden jährlich durch vorsätzliche Subventionsbetrügereien in Höhe von mehreren hundert Millionen Euro geschädigt. Dies ergibt sich aus dem aktuellen Jahresbericht der Kommission der EG zur Betrugsbekämpfung von Juli 2007.¹ Die statistische Auswertung der Betrügereien und Unregelmäßigkeiten ergab im Agrar-

sektor sogar eine steigende Tendenz mit 3.249 gemeldeten Fällen. Dies entspricht einer Zunahme um 3 %. Der im Jahre 2006 betroffene Gesamtbetrag bei den Agrarausgaben von 87 Mio. EUR ist jedoch um 15 % zurückgegangen. Experten sind sich weitgehend einig, dass das wahre Ausmaß der Schäden wesentlich höher liegt. Die für das Dunkelfeld naturgemäß auf Vermutungen basierenden Schätzungen gehen von einem Schadensumfang von mindestens 10-20 % des Gemeinschaftsbudgets aus.² Dies entspräche in absoluten Zahlen einer Aufzehrung der EG-Kassen durch Betrügereien und Unregelmäßigkeiten um jährlich ca. 6-12 Mrd. Euro. Trotz der erheblich voneinander abweichenden Schätzungen des tatsächlichen Ausmaßes sind die Zahlen jedenfalls hoch genug,

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in der Koblenzer Anwaltskanzlei Dr. Caspers, Mock und Partner.

¹ Betrugsbekämpfung Jahresbericht 2006 - Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften –, KOM (2007) 390.

² I. Fromm, *Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG*, Berlin 2004, S. 13.

um die Feststellung treffen zu können, dass Betrügereien im Agrarbereich traditionell in Europa Hochkonjunktur haben.

Das EU-Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften gehörte zu den Hauptrechtsinstrumenten, die darauf abzielten, eine Verbesserung des Schutzes des Haushalts der EG zu erreichen. Bei dem Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (im Folgenden: EU-Übereinkommen) vom 26. Juli 1995³ und seinen drei Protokollen handelt es sich um Rechtsakte der Betrugsbekämpfung im Rahmen der sog. „dritten Säule“.⁴ Die völkerrechtlich ausgestaltete polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) weist bzw. wies unbeschadet von gemeinschaftlichen Betrugsbekämpfungsmaßnahmen ebenfalls eine Kompetenzgrundlage für den Schutz der Kassen der EG auf.

Die drei Zusatzprotokolle, auf die man sich erst jeweils ein Jahr nach Erlass des ersten „Betrugs-Übereinkommens“ einigen konnte, sollten die einheitliche Strafbarkeit der Bestechung und Bestechlichkeit von Beamten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten garantieren bzw. Geldwäsche unter Strafe stellen⁵ und die Verantwortlichkeit von juristischen Personen vorsehen.⁶

³ ABl. C 316 vom 27.11.1995, S. 48. Hierzu: *Magiera*, Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, in *Wendt, Rudolf* (Hrsg.); *Festschrift für Friauf, Karl Heinrich*; Staat, Wirtschaft, Steuern; Heidelberg 1996, S. 13 [25]).

⁴ Die Europäische Union setzt sich seit dem Maastrichter Vertrag strukturell aus drei Pfeilern zusammen. Der erste Pfeiler bildet die ursprüngliche Europäische Gemeinschaft, hinzu treten die GASP (Art.11-28 EU) als 2. Pfeiler sowie die Justiz- und Innenpolitik (Art. 29-42 EU) als 3. Pfeiler, bei denen es sich um eine intergouvernementale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Völkerrechts handelt. Die Bezeichnung EU fungiert lediglich als „gemeinsames Dach“ (Art. 1 III S. 1 EU), vgl. dazu *A. Jour-Schröder/M. Wasmeier*, Vorbemerkung zu den Artikeln 29 bis 42 EU-Vertrag, Rn 1, von der Groeben/Schwarze - Kommentar zum EU-/EG-Vertrag - 6. Auflage 2003.

⁵ Für die Definition der Geldwäsche verweist das Zweite Protokoll auf die Richtlinie 91/308/EWG.

⁶ ABl. 1996, Nr. C 313, S. 2; vgl. dazu Verhandlungen des Europäischen Parlaments, Nr. 4 - 482 vom 22. 05. 1996, S. 126 ff.; näher zum „Bestechungsprotokoll“: *Dannecker*, Das Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, Wien, 1999, in *Leitner* (Hrsg.), *Aktuelles zum Finanzstrafrecht*, S. 9 (31); *Korte*, Der Einsatz des Strafrechts zur Bekämpfung der internationalen Korruption, *wistra* 1999, S. 81 (83); *Möhrenschlag*, Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene, *JZ* 1996, S. 822 (830 f.); *Salazar*, Les projets législatifs de l'Union Européenne sur la lutte contre la corruption, in *Centre d'Étude pour l'Application du Droit Communautaire en Matière Pénale et Financière*, Corruption de fonctionnaires et fraude européenne, Actes du colloque de Bruxelles 21 et 22 nov. 1996, 1998, S. 143 (147); *White*, Protection Of The Financial Interests Of The E.C., The Fight Against Fraud And Corruption, S. 154 ff.; *dies.*, *ELR* 1996, S. 465 ff.; *Zieschang*, Das EU-Bestechungsgesetz und das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung, *NJW* 1999, S. 105 [106].

Das dritte Protokoll aufgrund von Art. K.3 des Vertrages über die Europäische Union betrifft die Auslegung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Wege der Vorabentscheidung⁷.

Ziel des EU-Übereinkommens war es, die Unterzeichnerstaaten zu verpflichten, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die in Artikel 1 Abs. 1 des Übereinkommens normierte einheitliche europäische Betrugsdefinition in ihr innerstaatliches Recht umzusetzen.⁸ Das Übereinkommen der EU über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und sein Erstes Protokoll sind am 17. Oktober 2002 in Kraft getreten.

2. Mängel von Rechtsakten auf Grundlage der „dritten Säule“

Das EU-Übereinkommen vom 26. Juli 1995 konnte den erhofften wesentlichen Fortschritt nicht bringen, was vor allem mit der Problematik der zögerlichen Ratifikation durch die Mitgliedstaaten zu erklären ist. Das Übereinkommen wurde erst sehr zögerlich von den Unterzeichnerstaaten ratifiziert, und zwar zunächst nur von Deutschland am 24. November 1998, Finnland (18.12.1998), Österreich (21.05.1999) und Schweden (10.06.1999), später auch von weiteren, aber aktuell

⁷ ABl. 1997, C 151, S. 1.

⁸ Art. 1 Abs. 1 des EU-Übereinkommens bestimmt:

„Für die Zwecke dieses Übereinkommens umfaßt der Tatbestand des Betrugs zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften

a) im Zusammenhang mit Ausgaben jede vorsätzliche Handlung oder Unterlassung betreffend - die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen mit der Folge, daß Mittel aus dem Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften oder aus den Haushalten, die von den Europäischen Gemeinschaften oder in deren Auftrag verwaltet werden, unrechtmäßig erlangt oder zurückbehalten werden;
- das Verschweigen einer Information unter Verletzung einer spezifischen Pflicht mit derselben Folge;
- die mißbräuchliche Verwendung solcher Mittel zu anderen Zwecken als denen, für die sie ursprünglich gewährt worden sind;

b) im Zusammenhang mit Einnahmen jede vorsätzliche Handlung oder Unterlassung betreffend
- die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen mit der Folge, daß Mittel aus dem Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften oder aus den Haushalten, die von den Europäischen Gemeinschaften oder in deren Auftrag verwaltet werden, rechtswidrig vermindert werden;
- das Verschweigen einer Information unter Verletzung einer spezifischen Pflicht mit derselben Folge;
- die mißbräuchliche Verwendung eines rechtmäßig erlangten Vorteils mit derselben Folge.“

Vgl. *Dannecker*, *ZStW* 1996, S. 577 (596); *ders.*, Das Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, Wien, 1999, in *Leitner* (Hrsg.), *Aktuelles zum Finanzstrafrecht*, S. 9 (14 ff.).

noch nicht von allen Mitgliedstaaten.⁹ Der entscheidende Nachteil von Maßnahmen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften durch Rechtsakte im Rahmen des EU-Vertrages bestand nämlich darin, dass die Übereinkommen des EU-Vertrages erst in innerstaatliches Recht umgesetzt werden müssen. Die Konvention stellte für sieben Jahre nicht mehr als „tote Buchstaben“¹⁰ dar, wobei die einzelstaatlichen Betrugsstatbestände weiter unharmonisiert blieben.¹¹

Hinzu kamen Schwierigkeiten bei der Kompromissfindung im Rat, die dazu führten, dass Rechtsakte nur auf dem „kleinsten gemeinsamen Nenner“¹² zu Stande kamen,¹³ so dass letztlich verschärft durch das Einstimmigkeitserfordernis¹⁴ in Art. K.4 Abs. 3, UA 1 EUV¹⁵ nur

eine „stumpfe Waffe“¹⁶ bleibt. Daneben hat der Rechtsakt der „dritten Säule“ bewiesen, dass infolge des Erfordernisses der Umsetzung von Übereinkommen minimale Verbesserungen mehrere Jahre dauern.¹⁷ Dies wirft die Gemeinschaft beim Kampf gegen Betrügereien zum Nachteil ihrer Interessen wiederum empfindlich zurück. Nicht zuletzt war vor allem die Feststellung desillusionierend, dass selbst bei sofortiger Ratifizierung und Inkrafttreten eines Übereinkommens selbiges nicht in der Lage wäre, einen für nötig gehaltenen gleichwertigen Schutz der finanziellen Interessen sicherzustellen.¹⁸ Schließlich würde eine beträchtliche Inkompatibilität in wesentlichen Bereichen der Rechtssysteme der Mitgliedsländer verbleiben (vgl. ausführlicher unter 4.).¹⁹

3. Wahl einer falschen Rechtsgrundlage für das EU-Übereinkommen

Neben den praktischen Umsetzungsschwierigkeiten darf nicht unerwähnt bleiben, dass das EU-Übereinkommen –

⁹ Betrugsbekämpfung, Jahresbericht 1998, S. 50, in KOM (1999) 590 endg.; 1999, in KOM (2000) 718 endg., S. 26; Possin, Supranationales Verwaltungssanktionsrecht zum Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaften, in Duttge (Hrsg.), (Hrsg.), Kritische Studien zum 60. Geburtstag von Ellen Schlüchter, Baden-Baden 1998, S. 149 (153) und Mögele, Betrugsbekämpfung im Bereich des gemeinschaftlichen Agrarrechts, EWS 1998, S. 1 (5) sehen den Hauptgrund der zögerlichen bzw. fehlenden Umsetzung in die nationalen Rechtsordnungen in der fehlenden Einigung der Mitgliedstaaten über die Rolle des EuGH hinsichtlich der Auslegung der Konvention. Durch das dritte „Protokoll aufgrund von Art. K. 3 des Vertrages über die Europäische Union betreffend die Auslegung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Wege der Vorabentscheidung“ (Abl. 1997, C 151, S. 1) dürften die Meinungsverschiedenheiten jedoch nunmehr beigelegt sein. Ein weiterer, nicht zu vernachlässigender Grund für die zögerliche Ratifikation stellt ferner die im Einzelfall besonders schwierige Umsetzung der Übereinkommen in das innerstaatliche Recht dar.

¹⁰ Bontempi (PSE) in der Debatte des Europäischen Parlaments zur „Betrugsbekämpfung“, in: Verhandlungen des Europäischen Parlaments Nr. 4-488, S. 274 v. 19.09.1996.

¹¹ Betrugsbekämpfung, Jahresbericht 1997, S. 51; Schüler, Finanzkontrolle und Betrugsbekämpfung der Europäischen Union ...aus Sicht der Europäischen Kommission, in Altmaier, Peter, u.a., Finanzkontrolle und Betrugsbekämpfung in der Europäischen Union, Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Interne Studien, Sankt Augustin 1996, S. 35 (45); Sieber, Subventionsbetrug und Steuerhinterziehung zum Nachteil der Europäischen Gemeinschaft, RPS 1996, S. 357 (391).

¹² So Harings, Die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, EuR 1998, S. 81 (95); Jo Leinen, Europäische Verfassung - Grundlage einer föderalen und demokratischen Union, in Timmermann, Heiner/ Metz, Hans Dieter, Festschrift für Arno Krause: Europa - Ziel und Aufgabe, 2000; S. 249 (252); Pieth, ZStW 1997, S. 756 (769).

¹³ Prieß, in Henke (Hrsg.), Hemmnisse und Sanktionen in der Europäischen Union, S. 45 (75); Sieber, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht (Einführung), S. 1 (5), in Delmas-Marty, Mireille (Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, Köln u.a. 1998. Ausdruck dessen ist Art. 9 des Übereinkommens, der festlegt, dass es sich bei den Bestimmungen nur um strafrechtliche Mindestbedingungen handelt. Dazu Dannecker, zit. bei Gaigg, Finanzstrafrecht: Schutz der Interessen der EG und aktuelle Judikatur, (Diskussionsbericht) ÖStZ 1998, S. 211.

¹⁴ Kommission der EG, Bericht v. 10.05.1995 über die Funktionsweise des Vertrages über die Europäische Union, in Weissbuch zur Regierungskonferenz 1996, Bd. I, S. 281

Ziff. 68; Sieber, EUROFRAUD - Subventionsbetrug und Steuerhinterziehung zum Nachteil der Europäischen Gemeinschaft, in Streinz, Rudolf u.a. (Hrsg.), Die Kontrolle der Anwendung des Europäischen Wirtschaftsrechts in den Mitgliedstaaten, Bayreuth 1998, S. 75 (111).

¹⁵ Art. K 4 III UA 1 EUV lautet: „Außer in Verfahrensfragen und den Fällen, in denen Art. K. 3 ausdrücklich eine andere Abstimmungsregel vorsieht, beschließt der Rat einstimmig.“

¹⁶ Altmaier, in ders. u.a., Finanzkontrolle und Betrugsbekämpfung in der Europäischen Union, Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), S. 58 (61); Chavaki, ZEuS 1999, S. 431 (454). Ähnlich Klip, Amsterdams Uniestrafrecht, NJB 1998, S. 811 (814).

¹⁷ Europäisches Parlament, in EuZW 1997, S. 739 (=EP-Dok, A4-257/96); Europäischer Rat und Rat der Europäischen Union, Bericht der Reflexionsgruppe v. 5. 12. 1995 in Weissbuch zur Regierungskonferenz 1996, Bd. I, S. 184 Ziff. 49; Bernardi, RDPC 1997, S. 405 (425); Korte, Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften mit den Mitteln des Strafrechts - Das „Zweite Protokoll“, NJW 1998, S. 1464; Hecker, Europäisches Strafrecht, 2005, S. 496; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, Kap. 5. C. II. 3); ders., Rechtspolitische Möglichkeiten zur Realisierung der Tatbestandsvorschläge der „Europa-Delikte“, in Freiburg-Symposium, S. 71 (86); Wägenbaur, EuZW 1996, S. 450 (451); White, Protection Of The Financial Interests Of The E.C., The Fight Against Fraud And Corruption, S. 178, 180, 194.

¹⁸ „Ergänzender Beitrag der Kommission zur Regierungskonferenz über die institutionellen Reformen - Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft: das Amt eines europäischen Staatsanwalts“, in Mitteilung der Kommission, KOM (2000) 608 endg., S. 3. „Entschließung des Europäischen Parlaments zur Schaffung eines europäischen Rechtsraums zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union vor internationaler Kriminalität“ (B4-0457/97), D., in Abl. 1997, C 200, S. 157; ähnlich „Sonderbericht 8/98 des Europäischen Rechnungshofes über die mit der Betrugsbekämpfung befaßten Dienststellen der Kommission, insbesondere die Einheit für die Koordinierung der Betrugsbekämpfung UCLAF, zusammen mit den Antworten der Kommission“, in Abl. 1998, C 230, S. 1 (5, Ziff. 2.12.).

¹⁹ Perron, Strafrechtsvereinheitlichung in Europa, in Dörr, Dieter/ Dreher, Meinhard (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, Baden-Baden 1997, in Dörr/Dreher (Hrsg.), S. 135 (145).

wie sich im Nachhinein aus den Urteilen des EuGH vom 13.09.05 (C-176/03) und 23.10.2007 (C-440/05) ergibt – gar nicht auf Grundlage der „dritten Säule“ hätte ergehen dürfen.

a.) Das umstrittene Verhältnis der Säulen in Bezug auf die Betrugsbekämpfung

Da Maßnahmen zur Betrugsbekämpfung sowohl aufgrund von primärrechtlichen Normen des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft als auch auf Grundlage von Ermächtigungsgrundlagen des EU-Vertrages gestützt werden können, die den strafrechtlichen Schutz der EG-Finanzinteressen beinhalten, bezeichnet man den Schutz der Gemeinschaftsfinanzen zwar als „typische säulenübergreifende Materie“. Dass strafrechtliche Kompetenzen der Europäischen Union (Art. 29, 30, 31 e EU) vorbehalten seien, was in der Lit. und den Mitgliedstaaten teilweise vertreten wurde,²⁰ wurde schon zuvor vehement von der Lit. bestritten.²¹ Diese Formulierung in dem in Art. 29 EU (ehem. Art. K. 1 EUV) normierten Passus, dass die Ziele des Titels VI «unbeschadet der Befugnisse der Europäischen Gemeinschaft» verfolgt würden, deutet nach der vorzugswürdigen zuletzt genannten Ansicht gerade darauf hin, dass weiter gehende Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft durch die PJZS nicht ausgeschlossen werden sollten.²² Insofern ist auch das Bestehen einer Kompetenz über die Materie des Strafrechts innerhalb der gemeinschaftlichen Bestimmungen des Primärrechts möglich. Die in dieser Unberührtheitsklausel zum Ausdruck kommende strikte Trennung der Rechtsmassen von EU- und EG-Vertrag bliebe schließlich auch gewahrt, wenn man aufgrund des konkurrierenden Zuständigkeitsbereichs für die Finanzinteressen eigene strafrechtliche gemeinschaftliche Rechtsakte für zulässig erachtete. Beschränken ließe sich eine dahin gehende Befugnis der Europäischen Gemeinschaft jedenfalls weder durch das Unionsrecht insgesamt, noch durch den VI. Titel des EU-

Vertrages.²³ Berücksichtigt man ergänzend, dass der Sinn und Zweck des Art. 29 EU darin besteht, Versuche des Unionsgesetzgebers zu unterbinden, den EG-Vertrag zu steuern oder zu verändern²⁴, so kommt der Unbeschadetheitsklausel eher eine kompetenzbegrenzende Wirkung für die «Bestimmungen über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen» selbst zu. Demnach kann man nur zu dem umgekehrten Schluss gelangen, dass letztendlich sogar das Gemeinschaftsrecht die Kompetenzen im Bereich der «polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen» beschränkt. Die Annahme einer kompetenzbegrenzenden Wirkung der Bestimmungen im Rahmen des VI. Titels des Vertrages über die Europäische Union für die Materie eines gemeinschaftlichen Strafrechts liefe insofern gerade auf eine Verkehrung der eigentlichen Funktion des Art. 29 EU hinaus.

b.) Konsequenzen aus der Rechtsprechung des EuGH vom 13.09.2005 - C-176/03 (Kommission/Rat) sowie vom 23.10.07 - C-440/05 (Kommission/Rat)

Diese Auffassung wurde durch den EuGH in den Urteilen vom 13.09.2005 - C-176/03 (Kommission/Rat)²⁵ und 23.10.07 - C-440/05 (Kommission/Rat),²⁶ in denen er sich grundlegend mit der Abgrenzung des Rechts der EU vom Recht der EG befasste, bestätigt.²⁷ In dieser Entscheidung führte das Gericht aus, dass ein Vorrang der „ersten Säule“ bestehe, wenn eine gemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlage für die Materie existiere. Umgekehrt formuliert ist ein Rechtsakt der „dritten Säule“ in diesem Falle ausgeschlossen.

Zwar ging es im besagten Urteil inhaltlich nur um einen Rahmenbeschluss 2003/80/JI über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht²⁸, mit dem die EU koordiniert gegen die Besorgnis erregende Zunahme der Umweltkriminalität vorgehen wollte. Die Feststellungen des Gerichts können jedoch ohne weiteres auf die Frage der einschlägigen Rechtsgrundlage für das EU-Übereinkommen von 1995 übertragen werden, da die Problematik parallel gelagert war: Dogmatisch begründet der EuGH diese Kompetenzverteilung mit den Art. 47 und 29 EU (ehem. Art. K 1 EUV). Nach Artikel 47 EU lasse der Vertrag über die Europäische Union den EG-Vertrag unberührt. Dasselbe ergebe sich aus Artikel 29 Absatz 1 EU, der den Titel VI des EU-Vertrags einleitet. Der Gerichtshof habe darüber zu wachen, dass die Handlungen, von denen der Rat behauptet, sie fielen unter diesen Titel VI, nicht in die Zuständigkeiten übergreifen,

²⁰ Satzger, Neue Kriminalpolitik 2007, S. 92 ff.; Denkschrift der Bundesregierung zum Vertrag von Amsterdam, in BT - Drs. 13/9339, S. 146, 159; BR Drs. 784/97, S. 146, 159; Eisele, Jura 2000, S. 896 (898); Ehrentraut, Die Bekämpfung der organisierten Kriminalität in der Europäischen Union, Integration 1999, S. 246 (252); Haguenau-Moizard, RMC 1998, S. 240 (251); Kühne, Strafprozessrecht, Rn 54; Müller-Gugenberger, in ders./Bieneck (Hrsg.), § 5, Rn 63; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, Kap. 2. B. IV. 3) b) (4); Silva Dias, Einige Betrachtungen über den besonderen Teil des Corpus Juris aus der Sicht des portugiesischen Strafrechts, in Huber, Barbara (Hrsg.), Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts. Internationales Kolloquium in Trier 1999, Freiburg i. Br. 2000, S. 195 (205, Fn. 25).

²¹ Hierzu: I. Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, Berlin 2004, S. 171 ff.

²² G. Dannecker, Jura 1998, S. 79 (80); A. Heitzer, Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Heidelberg 1997, S. 144; U. Kathrein, Entwicklung innergemeinschaftlicher Sanktionen in der Europäischen Union, ÖJZ 1994, S. 785 (793); L. Kuhl, in Henke (Hrsg.), Hemmnisse und Sanktionen in der Europäischen Union, Köln 1996, S. 149 (157); R. Zott, Der rechtliche Rahmen der innen- und justizpolitischen Zusammenarbeit in der Europäischen Union, Frankfurt a.M. u.a. 1999, S. 72.

²³ T. Brübach, Die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf dem Gebiet Inneres und Justiz, Aachen 1997, S. 128; K. Hailbronner, in Handkommentar zum EUV, Köln u.a. 1998, Art. K, Rn 15.

²⁴ E. Pache, in E. Grabitz/M. Hilf, Das Recht der Europäischen Union, München 2000, Art. M EUV, Rn 23.

²⁵ EuGH, Urt. v. 13.09.2005 - C-176/03 (Kommission/Rat) (=NJW 2006, 281).

²⁶ NJW-Spezial 2007, S. 552.

²⁷ H. Weiß, EC Competence for Environmental Criminal Law, ZEuS 2006, S. 381-421.

²⁸ ABl. L 29 vom 05.02.2003, S. 55.

die die Bestimmungen des EG-Vertrags der Gemeinschaft zuweisen (vgl. Urteil vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-170/96, Kommission/ Rat, Slg. 1998, I-2763, Randnr. 16). Nach den Ausführungen der EuGH war daher zu prüfen, ob die Artikel 1 bis 7 des Rahmenbeschlusses 2003/80/JI die Zuständigkeit, über die die Gemeinschaft nach Artikel 175 EG verfügt, insoweit berühren, als sie, wie die Kommission vorgetragen hatte, auf der Grundlage dieser Bestimmung hätten erlassen werden können. Im Endeffekt bejahte der EuGH diese Frage und führte aus, dass der Hauptzweck der Artikel 1 bis 7 des Rahmenbeschlusses 2003/80/JI im Schutz der Umwelt bestehe und dass diese Vorschriften wirksam auf der Grundlage des Artikels 175 EG hätten erlassen werden können.

Diese Rechtsprechung ist vom EuGH in seiner Entscheidung vom 23.10.2007 (Rs. C-440/05), bestätigt worden. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften beantragte mit am 8. Dezember 2005 eingereichter Klage in Sachen C-440/05, den Rahmenbeschluss 2005/667/JI des Rates vom 12. Juli 2005 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe²⁹ für nichtig zu erklären. Die Kommission vertrat in der Klage die Auffassung, dass der Rahmenbeschluss 2005/667 nicht auf der richtigen Rechtsgrundlage erlassen worden sei und daher ein Verstoß gegen Art. 47 EG vorliege. Rechtsgrundlage bei Fragen im Zusammenhang mit der Verschmutzung durch Schiffe sei einzig Artikel 80 Absatz 2 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Der EuGH gab damit der Kommission der EG Recht.³⁰ Der Gerichtshof erklärte den Rahmenbeschluss für nichtig. In der Tat fallen das Ziel und der Inhalt des Rahmenbeschlusses in die vom EG-Vertrag im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik vorgesehenen Zuständigkeiten. Da die Art. 2, 3 und 5 des Rahmenbeschlusses 2005/667 die Wirksamkeit der im Bereich der Sicherheit des Seeverkehrs erlassenen Rechtsnormen gewährleisten sollen, deren Missachtung schwerwiegende Folgen für die Umwelt haben kann, und zu diesem Zweck die Mitgliedstaaten verpflichten, bestimmte Verhaltensweisen strafrechtlich zu ahnden, haben diese Artikel im Wesentlichen die Verbesserung der Sicherheit des Seeverkehrs und den Umweltschutz zum Ziel und hätten wirksam auf der Grundlage von Art. 80 Abs. 2 EG erlassen werden können.

Auch zur Zuständigkeitskonkurrenz von erster und dritter „Säule“ hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 23.10.07 Stellung genommen und erwartungsgemäß wiederholt, dass ein Rechtsakt nicht auf Grundlage des EU-Vertrags gestützt werden darf, wenn hinsichtlich der geregelten Materie eine EG-Kompetenz besteht.

Entsprechendes hätte auch für das EU-Übereinkommen aus dem Jahre 1995 gelten müssen. Entscheidend war, dass es auch hier den Gesetzgebungsorganen der EG oblag, zunächst zu prüfen, ob hinsichtlich der geregelten Materie des Übereinkommens eine EG-Kompetenz bestand, die ein Vorgehen im Rahmen der EU ausschließt.

²⁹ ABl. L 255, S. 164.

³⁰ ABl. der EU C 22 v. 28.01.2006, S. 10.

Aus der Entstehungsgeschichte und den Erwägungsgründen des Übereinkommens von 1995 hätte sich ergeben, dass eine Materie geregelt werden sollte, die der Gemeinschaftskompetenz unterfällt.

Es darf daran erinnert werden, dass schon die Wahl der Rechtsgrundlage der EU-Übereinkommen unter den EG-Organen höchst umstritten war. Die Auswertung der Materialien zum „Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften“ ergibt, dass in den Jahren 1994/95 heftige Diskussionen zwischen den EG-Organen geführt wurden, ob ein Rechtsakt der ersten oder der dritten „Säule“ für die Sicherstellung einer einheitlichen Strafbarkeit von Betrügereien angemessen sei.³¹ Das Europäische Parlament gehörte zu den Befürwortern einer Lösung über das Gemeinschaftsrecht. Es wollte den homogenen Betrugsbegriff in Form einer Richtlinie erlassen, wobei es kumulativ Art. 100a und 209 a EGV als adäquate Rechtsgrundlagen ansah.³² Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften bekräftigte im Jahresbericht von 1995, dass durch die Wahl einer Ermächtigungsgrundlage des dritten Stützpfilers für das „Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften“ nicht unbedingt gesagt sei, dass im EG-Vertrag keine passende Rechtsgrundlage zum Erlass strafrechtlicher Rechtsakte vorhanden sei.³³ Es sei nicht unmöglich, dass der erste Pfeiler - so wörtlich - „keine adäquate Lösung“³⁴ zum Schutz der EG-Finanzinteressen vor Betrügereien bereitstelle. Im Nachhinein hatte die Kommission übrigens ebenfalls darauf hingewiesen, dass auch das Gemeinschaftsrecht passende Ermächtigungsgrundlagen für strafrechtliche Rechtsakte enthalte. Demnach hatte sich hier die Erkenntnis durchgesetzt, dass das Strafrecht tangierende Vorschriften auch auf Grundlage des EG-Vertrages ergehen können. Letztendlich hätte unbedingt im Vorfeld eingehend untersucht werden müssen, ob eine strafrechtliche Harmonisierungskompe-

³¹ Entschließung zur Bekämpfung der Betrügereien im internationalen Maßstab, in ABl. 1994, C 20, S. 185 (187); Entschließung zur eigenständigen Ermittlungs- und Untersuchungsbefugnis, in ABl. 1994, C 91, S. 334; Legislative Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Entwurf eines Beschlusses des Rates über die gemeinsamen Maßnahmen, die vom Rat nach Art. K. 3 des EUV im Hinblick auf den Schutz der finanziellen Interessen der EG angenommen werden“, Ziff. 3 (EP Dok A4-0039/95), in ABl. 1995, C 89, S. 83; „Entschließung des Europäischen Parlaments zur Konvention über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften“, (ABl. 1996, C 320, S. 215).

³² „Legislative Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Entwurf eines Beschlusses des Rates über die gemeinsamen Maßnahmen, die vom Rat nach Art. K. 3 des EUV im Hinblick auf den Schutz der finanziellen Interessen der EG angenommen werden“, Ziff. 3 (EP Dok A4-0039/95), in ABl. 1995, C 89, S. 83; In der „Entschließung des Europäischen Parlaments zur Konvention über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften“ wird „...die nicht glückliche Wahl der Kommission und des Rates, zum Schutze der finanziellen Interessen der Gemeinschaft auf den Rechtsrahmen des dritten Stützpfilers des EU - Vertrages zurückzugreifen, (bedauert)“ (ABl. 1996, C 320, S. 215).

³³ Betrugsbekämpfung, Jahresbericht 1995, S. 12, 16. Dazu Heine, WiVerw 1996, S. 149 (157, Fn 16).

³⁴ Betrugsbekämpfung, Jahresbericht 1995, S. 12, 16.

tenz der Organe der EG besteht, zumal Art. K 1 EUV bestimmte, dass die Organe verpflichtet seien, die bestehenden Gemeinschaftskompetenzen auszunutzen, bevor der VI. Titel des EU-Vertrages herangezogen werde.³⁵ Erst wenn diese Frage ausdrücklich verneint worden wäre, hätte sie den Weg über den VI. Titel des Vertrages über die Europäische Union gehen dürfen, da nur in diesem Fall der von ihr aufgestellte Grundsatz der Verpflichtung zur Nutzung der Rechtsgrundlagen des Gemeinschaftsrechts nicht verletzt worden wäre.

Zwar gab es 1995 noch keine eigene Ermächtigungsgrundlage zum Schutz der Finanzinteressen der EG, zumal die Vorgängernorm des Art. 280 EGV, Art. 209a EGV, nicht als Ermächtigungsnorm heranzuziehen war.³⁶ Dies bedeutete jedoch nicht, dass Gesetzgebungsinitiativen der Europäischen Gemeinschaft zum Schutz ihrer finanziellen Interessen zum Scheitern verurteilt waren und damit eine Gemeinschaftskompetenz über diese Materie ausschied. Die Rechtsakte zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft vor Betrügereien und Unregelmäßigkeiten wurden stets auf andere Vorschriften außerhalb der Finanzvorschriften des EG-Vertrages gestützt. Soweit man sich für ein Vorgehen gegen betrügerische Machenschaften auf den Grundlagen der „ersten Säule“ entscheiden konnte, wurde sowohl für die „VO (EG/Euratom) 2988/95“³⁷ als auch die „VO 2185/96“³⁸ Art. 235 EGV³⁹ als Kompetenzgrundlage gewählt. Die Urteile des Gerichtshofs vom 13.09.05 und 23.10.2007 haben mithin nachträglich eindeutig belegt, dass das EU-Übereinkommen auf der falschen Rechtsgrundlage ergangen ist.

Die Kommission hat in ihrer „Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat über die Folgen des Urteils des Gerichtshofs vom 13. September 2005 (Rs. C-176/03, Kommission gegen Rat)“⁴⁰ übrigens bereits die

³⁵ ABl. 1995, C 306, S. 5.

³⁶ Hierzu: I. Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, Berlin 2004, S. 296.

³⁷ ABl. 1995, Nr. L 312, S. 1.

³⁸ ABl. 1996, Nr. L 292, S. 2 ff.

³⁹ Der Gerichtshof urteilte in der Rs. 45/86 („Kommission ./ Rat“) allerdings, dass die subsidiäre Vorschrift des Art. 235 EGV schon gar nicht mehr zur Anwendung gelangt, wenn jedenfalls eine spezialgesetzliche Ermächtigungsnorm einschlägig sei (Slg. 1987, S. 1493 [1522, Rz 21]). Es sei dem Gesetzgeber der EG verwehrt, die Lückenfüllungskompetenz des Art. 235 EGV ergänzend aufzuführen, da es dazu schließlich keinen Anlass mehr gebe. Rechtliche Bedenken, Art. 235 EGV allein als Ermächtigungsgrundlage heranzuziehen, bestehen vorliegend jedoch nicht. Die Verordnungen zum Schutz der Finanzinteressen der EG durften selbst für den Fall auf Art. 235 EGV gestützt werden, dass man Art. 209 a EGV den Charakter einer Ermächtigungsgrundlage zuspricht. Dass Art. 209a EGV in diesem Fall keine Ausschlusswirkung entfaltet hätte, lässt sich zum einen an der Unbeschadetheitsklausel in Abs. 2 Satz 1 der Bestimmung ablesen (Zott, Der rechtliche Rahmen der innen- und justizpolitischen Zusammenarbeit in der Europäischen Union, Diss., Frankfurt a.M. u.a. 1999, S. 96). Danach soll Art. 209 a EGV „unbeschadet der sonstigen Vertragsbestimmungen“ gelten. Zum anderen setzte sich der Maastrichter Unionsvertrag, durch den Art. 209 a EGV eingeführt wurde, das Ziel, den „acquis communautaire“ zu wahren (vgl. Art. B, 5. Spiegelstrich EUV).

⁴⁰ KOM/2005/0583 endg.

Folgeproblematik erkannt, dass zahlreiche Rahmenbeschlüsse mit strafrechtlichem Inhalt, die nicht durch den EuGH überprüft wurden, auf Grundlage einer falschen Ermächtigungsnorm erlassen wurden. Hierzu ist auch das EU-Übereinkommen von 1995 zu zählen. Die EG-Kommission hatte – soweit möglich – bereits eine rasche Berichtigung durch Einfügung der korrekten Rechtsgrundlagen angekündigt. Darüber hinaus hat sich die Kommission am 23. November 2005 entschlossen, den Gerichtshof mit einer Klage zur Nichtigkeitsklärung des Rahmenbeschlusses 2005/667/JI des Rats vom 12. Juli 2005 zu befasen. Es handelte sich um den einzigen Fall, in dem die Kommission wegen der Verfahrensfrist die Möglichkeit hatte, eine Nichtigkeitsklage zu erheben.

4. Effektiver Schutz des EG-Budgets durch Vergemeinschaftung des EU-Übereinkommens?

Die Ermächtigungsgrundlage des Art. 280 IV EG, die durch den Vertrag von Amsterdam eingefügt wurde, verbindet sich für viele mit der Hoffnung, auf Grundlage dieser Bestimmung das „Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften“ einschließlich seiner Zusatzprotokolle zu vergemeinschaften.⁴¹ Dahin gehende Versuche wurden bereits unternommen.⁴² Vor dem Hintergrund, dass die Mängel in den nationalen Rechtsordnungen kriminelle Machenschaften begünstigten, hatte die Kommission sämtliche Bestimmungen des Übereinkommens und der Zusatzprotokolle, die strafprozessualen Regelungen ausgenommen, in einen Richtlinienentwurf übernommen.⁴³ Der Rat übernahm diesen Vorschlag auch in einer überarbeiteten Version vom 16.10.2002⁴⁴ jedoch nicht.

Art. 280 IV 1 EG-Vertrag erlaubt es dem Rat nunmehr, zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten gemäß dem Verfahren des Artikels 251 nach Anhörung des Rechnungshofs die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten, zu beschließen. In Art. 280 IV 2 des EG-Vertrages heißt es sodann: *«Die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege bleibt von diesen Maßnahmen unberührt.»*⁴⁵ Nach

⁴¹ So Wolfgang/Ulrich, EuR 1998, S. 616 (645), ähnlich Schoo, in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000; Art. 280 EG, Rn 24. Anderer Ansicht ist insoweit Satzger, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht - Kritische Anmerkungen zu dem Kommissionsvorschlag für eine „Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft“, in ZRP 2001, S. 549 (553).

⁴² Hierzu: Rosenau, ZIS 2008, S. 9 (10).

⁴³ „Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft“, KOM [2001], 272 endg., in ABl. EG 2001, C 240 E, S. 19.

⁴⁴ Richtlinien-Entwurf vom 16.10.2002, KOM (2002) 577 endg. – 2001/0115/COD, ABl. 2003 Nr. C 71 E.

⁴⁵ Zur Unberührtheitsklausel in Art. 280 IV 2 EG-Vertrag: I. Fromm, Die Frage der Einführung einer partiellen strafrechtlichen Anweisungskompetenz des Rates der EG zum Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemein-

dem Wortlaut des Art. 280 IV EG wird den Organen der EG ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt, der es ihnen offenbar möglich macht, künftig bei bestehender Notwendigkeit den Erlass strafrechtlicher gemeinschaftlicher Rechtsakte, die mit einer gesellschaftlichen Missbilligung verbunden sind, zu begründen. Die Rechtssetzungsorgane der EG besitzen eine Einschätzungsprerogative, auf welchem Wege sie die zwei Ziele der Kompetenzgrundlage, den sowohl effektiven als auch gleichwertigen Schutz der finanziellen Interessen der EG, gewährleisten wollen.

Hiermit können jedoch keine weit reichenden Hoffnungen zum effektiven Schutz der Finanzinteressen der EG verbunden werden. Würden sich die Organe der Europäischen Gemeinschaft nach Einführung des Art. 280 EG nunmehr entschließen, Richtlinien zur Gewährleistung eines gleichwertigen strafrechtlichen Schutzes des Gemeinschaftshaushalts auf Grundlage dieser Norm zu erlassen und zu diesem Zwecke die Betrugsbekämpfungs-Übereinkommen der „dritten Säule“ auf das Gemeinschaftsrecht überzuleiten, so wäre dies zugegebenermaßen ein gangbarer Weg, um den teilweise fehlenden politischen Willen der Mitgliedstaaten, die Rechtsangleichung auf dem Gebiet ihres eigenen Strafrechts zu fördern, zu bekämpfen. In diesem Falle wäre es nämlich immerhin möglich, die EG-Staaten zur Durchsetzung der Gemeinschaftsrechtsordnung durch Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG ff. dazu zu zwingen, die sekundärrechtlichen Richtlinien zur einheitlichen Strafbarkeit von EG-Betrügereien in ihre nationalen Gesetze zu transformieren. Der EU-Vertrag sieht für die PJZS im Vergleich zum EG-Vertrag kein Vertragsverletzungsverfahren im Sinne von Artikel 226 EG-Vertrag vor.

Die zögerliche Bereitschaft der Mitgliedstaaten zur Umsetzung des „Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften“ einschließlich seiner drei „Zusatzprotokolle“ hat anschaulich bewiesen, dass sich die Begeisterung der Mitgliedstaaten zur Modifizierung ihrer nationalen Strafrechtsordnungen in Grenzen hält. Es wäre aber illusorisch, zu erwarten, dass die Mitgliedstaaten nun bei einer Handlungsform des Gemeinschaftsrechts, der Richtlinie, ihre Einstellung im Hinblick auf die Umgestaltung ihrer Strafgesetzbücher ändern würden. Die Hoffnung, dass die Mitgliedstaaten ihre Kooperationsbereitschaft bei Rückgriff auf die Handlungsform der ersten „Säule“ wegen der Möglichkeit der Kommission zur Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren zum Zwecke der Disziplinierung der Mitgliedstaaten ändern könnten, muss jedoch realistisch betrachtet werden. In der Vergangenheit hat ein Vertragsverletzungsverfahren bei einer Weigerung der Staaten zur Transformierung von Richtlinien in nationales Recht für die Mitgliedstaaten wenig abschreckende Wirkung entfaltet.⁴⁶ Ferner sichert auch eine Verurteilung eines Staates

schaft unter besonderer Berücksichtigung der Unberührtheitsklausel, ZIS 2007, S. 26 ff.

⁴⁶ *Thinam Jakob*, Sanktionen gegen vertragsbrüchige Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (EWG), 1988, S. 19, 197; *Sacksofsky*, Europarechtliche Antworten auf Defizite bei der Umsetzung von Richtlinien, in von Danwitz,

noch nicht die Ausräumung der Vertragswidrigkeit.⁴⁷ Durch die in Art. 228 II UA 3 S. 2 EG⁴⁸ vorgesehenen finanziellen Sanktionen wie Pauschalbeträge sowie Zwangsgelder könnten die Mitgliedstaaten nunmehr zwar eher dazu gezwungen werden, das gemeinschaftsrechtswidrige Verhalten zu beenden, da finanzielle Konsequenzen drohen.⁴⁹ Derartige „Strafmaßnahmen“ der Gemeinschaft gegenüber den Mitgliedstaaten können jedoch erst im Zuge eines sog. „Zweitverfahrens“ festgesetzt werden. Es handelt sich hier um ein sehr langwieriges und schwerfälliges Verfahren.⁵⁰ Des weiteren erscheint es sehr zweifelhaft, ob durch den „Druck“ einer Klage vor dem Europäischen Gerichtshof die Sensibilität der Mitgliedstaaten gegenüber dem Schutz der Finanzinteressen der EG erhöht werden kann und dadurch die Betrugsbekämpfung ernst genommen wird. Erfahrungen lehren, dass dies nicht der Fall sein wird. Zu Recht wird in der Literatur darauf aufmerksam gemacht, dass die Mithilfe der Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts eher im „Konsens- und Kompromissweg“⁵¹ als durch Sanktionen sichergestellt werden kann.

Die sich am fehlenden Willen zur Umsetzung von Rechtsakten zur Betrugsbekämpfung widerspiegelnde mangelnde Unterstützung der Mitgliedstaaten, die sich auch im Rahmen der «dritten Säule» ihrer großen Verantwortung lang nicht bewusst geworden sind,⁵² ist jedoch nur ein Problem des effektiven Schutzes der Gemeinschaftsfinanzen. Selbst wenn man aber das Gelingen der Versuche, das EU-Übereinkommen der „dritten Säule“ auf das Gemeinschaftsrecht überzuleiten, unterstellen würde, bliebe ein wesentliches grundsätzlicheres Hindernis beim strafrechtlichen Schutz des Gesamthaushalts der EG bestehen: Punktuelle rechtsharmonisierende Maßnahmen könnten bei realistischer Betrachtung nicht die uneinheitliche Bestrafung von Betrügern verhindern, da die Strafbarkeit einer Person immer noch von allgemeinen Regeln und den Strafverfahrensrechten, die sich höchst unterschiedlich gestalten, mit beeinflusst wird.⁵³ Zum anderen gerät das Ziel einer gleichmäßigen Sanktionierung dadurch in Gefahr, dass die EG-Staaten bei

Thomas, u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, Bonn 1993, S. 91 (93); *Streinz*, Probleme des Zusammenwirkens von EG und Mitgliedstaaten beim Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts, in ders. u.a. (Hrsg.), Die Kontrolle der Anwendung des Europäischen Wirtschaftsrechts in den Mitgliedstaaten, S. 35 (45).

⁴⁷ *Karpenstein*, Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, München 2000, Art. 171, Rn 20.

⁴⁸ Art. 228 II UA 3 S. 2 EG lautet: „Hierbei benennt sie die Höhe des von dem betreffenden Mitgliedstaat zu zahlenden Pauschalbetrags oder Zwangsgelds, die sie den Umständen nach für angemessen hält.“

⁴⁹ *Heine*, WiVerw 1996, S. 149 (152).

⁵⁰ *Mögele*, EWS 1998, S. 1 (8).

⁵¹ *Streinz*, in ders. u.a. (Hrsg.), Die Kontrolle der Anwendung des Europäischen Wirtschaftsrechts in den Mitgliedstaaten, (Diskussionsbericht), S. 73 (74); ähnlich *Tesauro*, zit. bei Appel (Tagungsbericht), DVBl. 1995, S. 280.

⁵² Betrugsbekämpfung, Jahresbericht der Kommission 1997, S. 4, 9; *K. Tiedemann*, AGON 1997, Nr. 17, S. 12.

⁵³ *K. Kühl*, Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, ZStW 1997, S. 777 (784); *F. Zieschang*, Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts, ZStW 2001 S. 255 (268).

einem hinreichenden Umsetzungsspielraum selbst entscheiden können, wie sie der Richtlinie nachkommen.⁵⁴ Schließlich sind Richtlinien nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels für die Mitgliedstaaten verbindlich (Art. 249 Abs. 3 EG).

5. Fazit

Die im Jahre 1995 in das EU-Übereinkommen gesetzten großen Erwartungen haben sich nicht erfüllt. Im Gegenteil: Zunächst konnte der Rechtsakt der polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen zum Schutz der Finanzinteressen der EG durch die zögerliche Ratifikation lang keine Wirksamkeit entfalten. Eine effektive Bekämpfung von Betrug sowie Wirtschafts- und Finanzkriminalität lässt auf sich warten, so dass Fortschritte in weite Ferne gerückt sind, was angesichts des Vermögensschadens, der der Gemeinschaft dadurch entsteht, inakzeptabel ist. Zudem steht nach den Urteilen des EuGH vom 13.09.05 und 23.10.2007, welche auf die Finanzinteressen der EG transformiert werden können,⁵⁵ fest, dass das EU-Übereinkommen gar nicht auf Grundlage der intergouvernementalen Zusammenarbeit des EU-Vertrages hätte ergehen dürfen, da die Gemeinschaftskompetenzen zum Schutz des Haushalts der EG vorrangig anwendbar sind bzw. waren. Dies zeigt, dass die „Dritte Säule“ arg gebeutelt und bis auf Weiteres auf strafrechtlichem Gebiet entscheidend geschwächt ist. Eine Vergemeinschaftung des Rechtsakts könnte über Art. 280 IV EGV erfolgen. Harmonisierungsbestrebungen sind jedoch kein Allheilmittel zur effektiven Betrugsbekämpfung, man denke nur an die ebenfalls problematische und zeitintensive Umsetzung einer Richtlinie und die oft fehlende Kooperationsbereitschaft der Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten können dauerhaft durch ihre Strafgesetzbücher den Schutz der Finanzinteressen der EG nicht effektiv gewährleisten. Insgesamt muss insofern auch die Wahl der Rechtsform der Richtlinie zur punktuellen Angleichung der einzelstaatlichen Strafvorschriften gegen EG-Betrüger als völlig unzureichend beschrieben werden. Es darf nicht noch weitere Zeit verloren gehen: Will die Europäische Gemeinschaft infolge des enormen Schädigungsausmaßes nicht weiter an Glaubwürdigkeit verlieren, muss der EG-Haushalt – endlich – effektiv geschützt werden. Um Herr der Lage zu werden und die hohe kriminelle Anziehungskraft dieses Bereichs zu beenden, müssen aus Abschreckungsgründen auch kriminalstrafrechtliche Maßnahmen in Erwägung gezogen

werden. Der jährlich durch Betrugereien und Unregelmäßigkeiten zulasten der finanziellen Interessen der Gemeinschaften verursachte Schaden ist schließlich immens, wie der Jahresbericht 2006 der Kommission der EG zur Betrugsbekämpfung aktuell belegt hat.⁵⁶ Dieser Argumentation folgend enthielt der „Entwurf eines Vertrags zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 07.10.07“, der der Regierungskonferenz übermittelt wurde, erstmals für den Schutz der Finanzinteressen der EG eine supranationale Strafrechtskompetenz. Hinter der scheinbar unauffälligen Formulierung zu Art. 280 EG „In Absatz 4 ... (wird) der letzte Satz gestrichen“ verbirgt sich künftig eine eigene bereichsspezifische Strafgewalt der EG.⁵⁷ Die einstige Unberührtheitsklausel in Art. 280 IV 2 EG, die teilweise als Zusicherung einer Monopolstellung über das Kriminalstrafrecht an die Mitgliedstaaten verstanden wurde, taucht auch in der Neufassung des ursprünglichen Art. 280 IV EG, Art. 325 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der Fassung des Vertrages von Lissabon, nicht mehr auf. Der Lissabonner Vertrag hätte also im Fall seiner Ratifizierung⁵⁸ erhebliche Konsequenzen für die Effizienz des Schutzes des Haushalts der EG vor Betrugereien. Abzuwarten bleibt, ob die EG künftig von der ihr verliehenen originären strafrechtlichen Kompetenz Gebrauch machen wird. Die Diskussion im europäischen Strafrecht wird mithin künftig davon bestimmt sein, ob die Statuierung effektiver, unmittelbar anwendbarer strafrechtlicher Vorschriften im EG-Verordnungswege kompetenzgemäß ist.⁵⁹

⁵⁶ Vgl. Betrugsbekämpfung Jahresbericht 2006 - Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften -, KOM (2007) 390.

⁵⁷ Rosenau, Buchrezension von: Helmut Satzger, Internationales und europäisches Strafrecht, 2. Aufl., ZIS 2008, 99.

⁵⁸ Bis Mitte 2009 soll der Vertrag durch alle Mitgliedstaaten ratifiziert worden sein. Zu den Aussichten des rechtzeitigen Inkrafttretens: Sarah Seeger/Janis A. Emmanouilidis: „Ausweg oder Labyrinth? Analyse und Bewertung des Mandats für die Regierungskonferenz.“ CAP Analyse, 5, 2007, 19.

⁵⁹ Hierzu umfassend: I. Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, Berlin 2004. Für umfassende strafrechtliche Kompetenzen: Tiedemann, Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht - Generalbericht, ZStW 1998, S. 497 (499); ders., Pour un espace juridique commun après Amsterdam, AGON 1997 Nr. 17, S. 12 (13); ders., Réflexions sur la base juridique du Corpus Juris, AGON 1999, Nr. 23, S. 7.

⁵⁴ G. Dannecker, Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, in Eser, Albin/ Huber, Barbara (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa 4, Teil 3, Freiburg im Breisgau 1993, S. 60; K. Huthmacher, Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts bei indirekten Kollisionen, Köln 1984, S. 223; T. Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur? ZStW 1993, S. 774 (782, 799).

⁵⁵ I. Fromm, Annexkompetenz der Organe der Europäischen Gemeinschaft im Bereich des strafrechtlichen Schutzes des Gemeinschaftshaushalts? - ZStrR 2007, S. 192 ff.

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Werner Baumeister. Ehrenmorde – Blutrache und ähnliche Delinquenz in der Praxis bundesdeutscher Strafjustiz; Reihe Kriminologie und Kriminalsoziologie – Band 2, 186 Seiten, Verlag Waxmann, Münster 2007.

Das Thema der Ehrenmorde ist der deutschen Justiz durch Migrationsbewegungen vor allem aus der Türkei zugewachsen. Damit ist – historisch betrachtet – ein Verhalten nach Deutschland zurückgekehrt, das vor dem Ewigen Landfrieden von 1495 in Zeiten schwacher Staatlichkeit auch im heutigen Gebiet Deutschlands verbreitet war (S. 24 f.) und das folglich nicht allein etwa als „Ausprägung des Islam“ abgetan werden kann. Durch die Migration ereignen sich unter „deutschen Dächern“ fremde Lebenswelten, von denen sich „der typische Deutsche“ allenfalls durch die Filme des Hamburger Regisseurs *Fatih Akin* eine annähernd realistische Vorstellung machen kann. Tiefe Kontakte etwa zu türkischen Familien dürften eher selten bestehen. Die Justiz steht heute vor fremd und archaisch erscheinenden Tatmotivationen, die besonders in ihrer Diskrepanz zum Selbstbestimmungsrecht der Frau allgemein Empörung auslösen. Vor allem für die Anwendung des Mordparagrafen werfen diese Fälle grundsätzliche Fragen auf, die in verschiedenen Formen ihren Weg bis zum Großen Senat für Strafsachen (vgl. BGHSt 30, 105 ff.) und zum Bundesverfassungsgericht gefunden haben (vgl. in diesem Heft BVerfG HRRS 2008 Nr. 159: keine Übertragung des Sorgerechts auf den Vater nach einem unaufgeklärten Ehrenmord an der Mutter). Besonderes Augenmerk gilt hier der Frage, ob und wie abweichende fremde kulturelle Maßstäbe, denen Tatbeteiligte möglicherweise noch verhaftet waren, die Beurteilung nach deutschem Recht mitprägen sollten.

HRRS Februar 2008 (2/2008)

Vor diesem Hintergrund widmet sich die zu besprechende Dissertation von *Baumeister* den Ehrenmorden und ihrer Aufarbeitung durch die bundesdeutsche Justiz. *Baumeister*, der als Schwurgerichtsvorsitzender selbst in einer Reihe von Ehrenmordverfahren gewirkt hat, stellt sich die Aufgabe, verfahrensrechtliche Besonderheiten und materiell-rechtliche Probleme der Ehrenmorde zu bearbeiten. Hierbei beschränkt er sich materiell-rechtlich auf die Tötungsdelikte. Sein Hauptanliegen besteht darin, das Phänomen der Ehrenmorde zunächst interdisziplinär zu erklären, bevor die nötige rechtliche Verarbeitung nach Maßgabe der Tötungsdelikte überhaupt einsetzen kann. Denn, wie *Baumeister* in seiner Einführung schreibt: „Der west- und mitteleuropäisch geschulte Blick fällt primär auf Gesichtspunkte, welche die eigene Kultur vorgegeben hat. Fremdartiges droht deshalb leicht übersehen zu werden oder zum Schaden einer sachgerechten Beurteilung unberücksichtigt zu bleiben.“ (S. 14).

Nachdem *Baumeister* zunächst in seiner Einführung (I) Thema und Gang der Arbeit umrissen hat, definiert er insbesondere die für seine Untersuchung wesentlichen Blutrache (II), die den Antrieb zu den Ehrenmorden gibt. Die Blutrache stellt danach einen Brauch dar, nach dem „eine durch Tötung oder auf andere Weise herbeigeführte Ehrverletzung eines Einzelnen oder einer sozialen Einheit [z.B. die Familie] (...) nur dadurch beseitigt werden kann, dass ein Mitglied dieser Einheit durch eine der Ehrverletzung angemessene Bluttat, sei es eine Tötung oder eine Körperverletzung, am Täter oder an einem seiner Angehörigen Rache nimmt (...), falls es nicht zu einem Racheverzicht oder einvernehmlichen Sühneausgleich kommt“ (S. 19). Dies bringt vor allem zum Ausdruck, dass bei der eigentlichen Blutrache stets ein Bezug zur Familienehre vorhanden ist, dass sich typisch Famili-

en gegenüberstehen und dass die „Regeln der Blutrache“ unabhängig von der staatlichen Sanktionierbarkeit der Anlasstat gelten.

Im nachfolgenden III. Kapitel, dem umfangreichsten der Arbeit (S. 21 – 77), beschreibt *Baumeister* das Phänomen der Blutrache, das er zunächst in seinen historischen Ursprüngen untersucht (S. 23 ff.). Vor allem wird hier geschildert, welche Bedeutung die (Familien-)Ehre in den Herkunftsländern hat, in denen die Blutrache noch häufig praktiziert wird (S. 46 ff.). Hier wird zum Beispiel erläutert, wie sehr die Blutrache vom Fehlen einer funktionierenden Staatlichkeit und von rauen Lebensbedingungen abhängt, die in den betreffenden Herkunftsländern oft noch heute vorherrschen. So wird neben der Bedeutung als „Ehrenrestitution“ auch die abschreckende und damit präventive Bedeutung des Ehrenmordes hervorgehoben (S. 23 f., 33 f., 146). Auch der denkbare, aber praktisch schwierige Ersatz durch einen Sühneausgleich oder eine Verzeihung wird dargestellt. *Baumeister* vermittelt dem Leser eine Vorstellung davon, wie die animistische Vorstellung eines „Familienblutes“ Täter beherrschen kann und wie diese Vorstellung dazu führt, dass die Rache auch an Personen vollzogen werden kann, welche die vermeintlich zu rächende Tat gar nicht selbst begangen haben. Noch Jahre nach der Anlasstat kann eine solche Rache erfolgen (S. 56 ff.). *Baumeister* zeigt auch, wie sehr die solidarische Zugehörigkeit zur Großfamilie in den Vorstellungen der Migranten auch nach ihrer Migration verwurzelt bleibt und wie sie auch auf Grund von Versäumnissen der Integrationspolitik („Gastarbeiter“) weiter fortgetragen werden kann. Macht man sich all die Unterschiede und wechselseitigen Fremdheiten klar, die in einem Migranten in diesem Kontext wirken, wird deutlich, dass ein Täter mit diesem Migrationshintergrund gleichsam mehrere Jahrhunderte gesellschaftlicher Entwicklung überspringen muss, um dem deutschen Recht genügen zu können. Die zurückgesetzte Rolle der Frau in dem noch weitgehend gelebten Patriarchat wird bei alledem mitsamt seiner „Männerinseln“ klar benannt und eingehend beschrieben (S. 26 ff., 52!, 53 ff.). Ebenso wird beschrieben, dass sich gerade (ältere) Frauen für das Festhalten an der Tradition der Blutrache und damit für Ehrenmorde – auch an Frauen – einsetzen (S. 35 ff.).

Baumeister arbeitet aus der berichteten Phänomenologie der Blutrache fünf Typen heraus (S. 43 ff.). Er unterscheidet die klassische Blutrache, bei der sich zwei soziale Einheiten wie etwa Großfamilien gegenüberstehen (Typ A). Als eingeschränkte Blutrache sieht er Fälle, auf denen auf einer Seite die kollektive Komponente fehlt (Typ B/C). Hinzu kommt die Rachetat ohne kollektive Komponente, bei der die Ehre das Motiv bildet, jedoch nur eine blutracheähnliche Tat vorliegt (Typ D). Schließlich grenzt er von diesen Fällen die Bestrafung eines Mitglieds der eigenen sozialen Gemeinschaft wegen Verstoßes gegen eigene interne Normen ab (Typ E).

Baumeister analysiert auch das aus dem Koran abgeleitete islamische Recht (S. 63 ff.). Hiermit zeigt er, dass die Scharia die Blutrache nicht ohne weiteres vorgibt, wohl aber auch nicht abschafft, sondern allein einzugrenzen versucht. *Baumeister* stellt weiter dar, welche mystischen

Glaubensvorstellungen einer ohne Blutrache „keine Ruhe findenden Opferseele“ bis heute tradiert sind (S. 71 ff.).

Im IV. Kapitel wird ein Überblick über die demographischen, topographischen, historischen und soziokulturellen Ausgangsbedingungen in der Türkei mit Blick auf die Blutrache gegeben (S. 78 ff.), was angesichts erheblicher Einwanderungszahlen aus diesem Land sinnvoll erscheint. Hier erfährt der Leser, dass die Blutrache auch in der Türkei insbesondere seit Kemal uneingeschränkt strafbar ist und sogar einmal die Zwangsumsiedelung von Familien vorgesehen war, um der Blutrache Herr zu werden. Der Leser erfährt aber auch, dass die Verfolgungs- und Aufklärungsanstrengungen oftmals noch wenig erfolgreich sind. Mehr noch lassen die Darstellungen der Lebensbedingungen insbesondere in Ostanatolien erahnen, welchen anforderungsreichen Quantensprung sich die Personen aussetzen, die – allerdings typisch freiwillig – aus der Türkei in das Leben in Deutschland übersiedeln. Hier wird verständlich, wie nachvollziehbar es ist, in der Fremde den Schulterchluss mit anderen Migranten gleicher Herkunft zu suchen und gemeinsame Traditionen zu pflegen, obwohl diese in der deutschen Lebenswelt kein Pendant finden.

Ein praktisch sehr interessantes „Ausblickskapitel“ (V) widmet sich dann dem „Fortbestand der Blutrache-Delinquenz in Deutschland. *Baumeister* schildert in ihm, dass die Zuwanderung aus Herkunftsländern, in denen die Blutrache noch existiert und nach seiner begründeten Einschätzung *Baumeisters* auch weiter existieren wird, andauern dürfte. Sie begünstigt damit auch weitere Fälle von Ehrenmorden. Hinsichtlich der Eingewanderten in Deutschland erwartet *Baumeister*, dass die Zahl drohender Delikte trotz gravierender Integrationshindernisse zumindest abnehmen dürfte: Die für die Tradierung der Blutrache entscheidende Großfamilie werde in Deutschland unter dem Eindruck westlicher Lebens- und Arbeitsbedingungen gerade mit Blick auf die Rolle der Frau verstärkten Auflösungstendenzen unterliegen.

Für die nach dieser Prognose wahrscheinlichen künftigen Strafverfahren wegen Ehrenmorden erörtert der Autor sodann zunächst spezifische prozessuale Fragen jener Verfahren (vgl. Kapitel VII). *Baumeister* plädiert darin zum Beispiel dafür, dass in Ehrenmordverfahren ethnologische Sachverständige hinzugezogen werden, um die typisch nicht vorhandene eigene Sachkunde des Gerichts auszugleichen. Hinsichtlich der Vereidigung von Zeugen tritt er dafür ein, das Schwören auf den Koran zu gestatten, der – zur Wahrung seiner Reinheit – in ein Tuch eingewickelt bereitgestellt werden sollte. Eindringlich weist *Baumeister* darauf hin, dass in Fällen von Ehrenmorden ganz regelmäßige besondere und geeignete Sicherheitsmaßnahmen zu erwägen und Aussagen nur schwer zu erlangen sind.

Schließlich kommt *Baumeister* noch zu den wesentlichen materiell-rechtlichen Fragen der Tötungsdelikte (Kapitel VIII). Er konzentriert sich hier vertretbar auf die Frage nach einer etwaigen Einschränkung der Heimtücke (S. 127 ff.) und auf die Auslegung der „niedrigen Beweggründe“ (S. 140 ff.). Zur Heimtücke weist *Baumeister* eingangs auf den durchaus erstaunlichen Befund hin,

dass eine hinterhältige Tötung nach den tradierten Regeln der Blutrache genau so „ehrevoll“ ist wie eine offene Tötung (S. 128 f.). Er orientiert sich vor allem an dem BGHSt GS 30, 105 ff. zugrunde liegenden Fall und folgt der Auffassung des Großen Senats, der bekanntlich den Bedenken an der Verfassungskonformität der lebenslangen Freiheitsstrafe beim Mord über seine Rechtsfolgenlösung analog § 49 Abs. 1 StGB Rechnung tragen will. Dies hat auch im Licht der alternativen Ansätze im Schrifttum Gründe für sich. Allerdings erstaunt es etwas, dass die hiesige Arbeit nicht mindestens ergänzend in die rechtspolitische Kritik einstimmt, nach der die Tötungsdelikte insbesondere zum Mordparagraphen reformbedürftig sind (vgl. etwa NK-Neumann, StGB, 2. Aufl. [2006], Vor § 211 Rn. 149, 156). Die Rechtsfolgenlösung des BGH, die *nur* für „außergewöhnliche Fälle“ gilt, verhindert nämlich weiter in großem Umfang, dass die kulturellen Besonderheiten bei der Blutrache, für deren Berücksichtigung auch *Baumeister* eintritt, *stets* ausgewogen berücksichtigt werden. Wenn nämlich Gründe, die sonst eine Abstufung zu einem minder schweren Fall des Totschlages begründen, die Abkehr vom Mordtatbestand nicht begründen können und damit keine Differenzierung auslösen (so aber BGH NJW 1983, 54 f.), erscheint der *status quo* alles andere als stimmig. Er nivelliert wesentliche Fallunterschiede.

Kern der materiell-rechtlichen Ausführungen *Baumeisters* ist sodann das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe. Hier schildert *Baumeister* eingangs die wechselvolle Rechtsprechung im Anschluss an *Saliger* (StV 2003, 22 ff.) als eine Entwicklung in drei Phasen: Zunächst seien besondere kulturelle Hintergründe der Tätermotivation nur der subjektiven Tatseite zugeordnet worden, nämlich der Frage, ob der Täter die Niedrigkeit seiner Beweggründe habe erkennen können. Dann sei aber phasenweise eine auch objektive Berücksichtigung der Motivationen und sozialisierten Einstellungen eines „Ehrenmörders“ im Rahmen der Gesamtwürdigung zur Prüfung der niedrigen Beweggründe erfolgt (vgl. so insbesondere treffend BGH NJW 1980, 537: „Der ... Gesichtspunkt, daß *allgemeine* sittliche Wertmaßstäbe anzulegen sind, schließt es nicht aus, daß die individuellen Bedingungen der Tat, zu denen die Bindung des Täters an die besonderen Ehrvorstellungen seines Lebenskreises gehören können, in die Bewertung einbezogen werden und den Ausschlag dafür geben, daß die Beweggründe nicht als niedrig erscheinen.“). Schließlich herrsche heute wieder eine allein subjektive Lösung vor, die eine Blutrache prinzipiell objektiv als niedrigen Beweggrund ansieht. Die besondere Motivation und Sozialisation des Täters wird danach dominierend als Frage des Vorsatzes bzw. der Schuld behandelt (vgl. m.w.N. *Saliger* StV 2003, 23). Nach dieser heute herrschenden Ansicht schwingt sich der Täter bei der Blutrache typisch zum „Vollstrecker eines von ihm und seiner Familie gefällten Todesurteils über die Rechtsordnung und über ein Menschenleben“ auf und handelt demnach in der Regel aus niedrigen Beweggründen (vgl. etwa BGH HRRS 2006 Nr. 219).

Baumeister wendet sich gegen diese herrschende subjektive Sicht, wobei er auf mögliche Differenzierungen nach den von ihm ausgemachten Typen der Ehrenmor-

de hinweist, die nur teilweise tatsächlich Fälle der familiär erzwungenen Blutrache darstellen. Er macht geltend, dass die Gerichte nur unzureichend nach Vorstellungen gesucht hätten, die eher den Täter beherrscht haben dürften, als dass sie niedrige Beweggründe begründen würden. Er betont die Täterbezogenheit des Mordmerkmals und den Umstand, dass sich *in der Regel* gerade niemand „zum Vollstrecker aufschwinge“, sondern dass der Täter durch die Familie und den Brauch zur Tat bestimmt werde und damit eine schwer auf ihm lastende Pflicht erfülle. Auch anhand von konkreten Beispielen neigt *Baumeister* so einer objektiven Auffassung zu, die trotz der auch von ihm uneingeschränkt geteilten Maßgeblichkeit der deutschen Wert- und Rechtsvorstellungen niedrige Beweggründe nicht automatisch bejaht: Die bei den niedrigen Beweggründen allgemein erforderliche Gesamtwürdigung müsse konsequent auch bezüglich des Täters bei der Blutrache erfolgen (vgl. auch schon *Saliger* StV 2003, 23 f.). Darüber hinaus tritt *Baumeister* mit guten Gründen im Anschluss an *Köhler* dafür ein, dass stets nur die *tatsächlichen* Beweggründe und nicht die vom Täter erwarteten Anpassungsleistungen entscheidend sein sollten (S. 150; vgl. aber auch *Saliger* StV 2003, 24 f.).

Das von *Baumeister* ermöglichte vertiefte und differenzierte Verständnis der Ehrenmorde macht plausibel, weshalb er die vorschnelle Annahme niedriger Beweggründe seitens der herrschenden Meinung zurückweist. Auch der BGH hat zwischenzeitlich (wieder) die Notwendigkeit anerkannt, bei den Blutrache-Fällen hinsichtlich der beteiligten Täter auch in der objektiven Bewertung unter Umständen zu differenzieren (vgl. BGH HRRS 2006 Nr. 219). *Baumeister* hat mit seiner Arbeit nun eine wichtige Grundlage dafür gelegt, dass in Zukunft eine differenziertere Diskussion geführt werden kann. Diese ist freilich auch nach der Arbeit von *Baumeister* noch erforderlich, zumal er mögliche verfassungsrechtliche Einwirkungen gemäß Art. 4 GG (Religions- und Gewissensfreiheit) nicht erörtert bzw. das Problem der hier denkbar anzutreffenden Gewissens- und Überzeugungstäter nicht anschnidet. Auch Auswirkungen auf die Strafzumessung etwa nach § 213 StGB verdienen weitere Überlegungen.

Die Arbeit *Baumeisters* widmet sich nach alledem leistungswert einem aktuellen Thema, zu dem differenzierende Sichtweisen gerade in Mediendarstellungen schnell verloren gehen. Sie sind in einem rechtsstaatlich differenzierenden Strafrecht aber zu leisten, will man nicht selbst rückschrittlich handeln, um als archaisch identifizierte Handlungsmuster bestmöglich „bekämpfen zu können“. Die Leistung des Autors besteht vor allem darin, dass er wohltuend sachlich (siehe auch S. 26) die fremde Sichtweise von Ehre und Familie dargestellt hat, die uns heute so abwegig erscheint, dass wir kaum noch verstehen können, welche Kräfte und Vorstellungen in den Tätern tatsächlich wirken. Mit einer dem Praktiker eigenen exemplarisch-anschaulichen Methode fördert *Baumeister* dieses Verständnis beträchtlich. Seine Arbeit leistet so besonders einen Beitrag zur Prüfung der niedrigen Beweggründe in Ehrenmordfällen. Eben diese Tötungsdelikte werden die Öffentlichkeit und die Gerichte – so die gut begründete Prognose *Baumeisters* – auch in den kommenden Jahrzehnten be-

schäftigen und nur durch verstärkte Integrationsanstrengungen auf allen Seiten abnehmen.

Wiss. Ass. Dr. **Karsten Gaede**, Bucerius Law School Hamburg

Wolfram Höfling/Anne Schäfer: Leben und Sterben in Richterhand? Ergebnisse einer bundesweiten Richterbefragung zur Patientenverfügung und Sterbehilfe; Mohr Siebeck, 176 Seiten, 34 €, Tübingen 2006.

1. Das Thema Sterbehilfe ist keines mehr, das allein unter Medizinern und Juristen debattiert wird. Längst hat es alle Kreise unserer Gesellschaft erreicht. Man darf vermuten, dass die breite Öffentlichkeit spätestens durch den in Medien und Politik viel beachteten amerikanischen Fall der Theresa (Terry) Marie Schiavo mit diesem Problem konfrontiert wurde. Es ist darüber hinaus bedingt, dass Björn Kern für seinen Roman zur Sterbehilfe-Diskussion „Die Erlöser AG“, in dem er die Situation unheilbar Kranker so gefühlvoll und mit so viel Empathie schildert, dass einem fast der Atem stockt, der angesehene Brüder-Grimm-Preis des Jahres 2007 verliehen wurde. So ist es eine wichtige, gesamtgesellschaftlich bedeutsame Untersuchung, über die in diesem lesenswerten Buch berichtet wird: Wer entscheidet anhand welcher Kriterien über den Abbruch der Behandlung oder Ernährung bei solchen unheilbar kranken Patienten, die aufgrund ihres Zustandes nicht in der Lage sind, selbst zu entscheiden?

Man sollte meinen, die genannten Fragen ließen sich verhältnismäßig schnell und sicher beantworten. Doch das „Sterbehilferecht“ existiert in Deutschland lediglich als Querschnittsmaterie, deren fragmentarische Orientierungslinien sich aus straf-, zivil-, arzt- und verfassungsrechtlichen Regelungen ergeben. Selbst das „Zusammenspiel“ der einschlägigen Vorschriften ist unsicher. Zwar sind die Normen des Grundgesetzes selbstverständlich vorrangig. Doch sowohl das Recht auf Leben als auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, das im Gebot zur Achtung der Menschenwürde wurzelt, sind verfassungsrechtlich geschützt. Somit bietet nicht einmal die Verfassung eine jedem Einzelfall gerecht werdende, rechtlich verlässliche und vom subjektiven Vorverständnis des Beurteilers unabhängige Orientierung. Unsicher ist ferner das Verhältnis zwischen der strafrechtlichen Sanktionsordnung und dem Zivilrecht, mag insofern auch prinzipiell klar sein, dass die Zivilrechtsordnung nicht erlauben kann, was das Strafrecht verbietet (zutr. BGHZ 154, 205, 215). Aber: In dieser allgemeinen Formel erschöpft sich schon der Konsens.

So sind die „strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe im weiteren Sinne“ nach Auffassung des 12. Zivilsenats (BGH NJW 2005, 2385 Anm. Höfling JZ 2006, 145 ff.) „noch nicht hinreichend geklärt“. Kutzer, der ehemalige Vorsitzende des 3. Strafsenats des BGH, ist dem zwar engagiert entgegengetreten (Kutzer, in: Meier/Borasio/Kutzer [Hrsg.], Patientenverfügung – Aus-

druck der Selbstbestimmung, Auftrag zur Fürsorge [Stuttgart 2005], S. 102 ff.), aber man kann nicht übersehen, dass die vielfältigen Varianten des Sterbehilfebegriffs („passive Sterbehilfe“, „aktiv-indirekte Sterbehilfe“, „aktiv-direkte Sterbehilfe“) zu Argumentationsstrategien des fließenden Übergangs einladen und den Blick auf den fundamentalen Unterschied zwischen Töten und Sterben verunklaren lassen. Doch damit nicht genug: Abgesehen von medizinischen Fragen ist mit Ausnahme der Widerprüflichkeit der Patientenverfügung rechtlich heftig umstritten, welche Anforderungen an die Wirksamkeit einer Patientenverfügung zu stellen sind. Reicht eine frühere mündliche Erklärung? Wie alt darf sie gegebenenfalls sein? Muss ihr eine medizinische Beratung vorausgegangen sein?

All diese Unsicherheiten lassen erwarten, dass auch unter den Vormundschaftsrichtern die Ansichten über die Anforderungen an die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung (weit?) auseinandergehen. Wolfram Höfling und Anne Schäfer befragten daher erstmals und bundesweit die Vormundschaftsrichter erster Instanz nach den für sie relevanten Entscheidungskriterien. Höfling/Schäfer betten die Schilderung von Methodik, Inhalt und Ergebnissen dieser Erhebung in eine – wie es die Verfasser bescheiden im Vorwort bezeichnen – „Problemerkizze“ ein. Das ist stark untertrieben. Denn die Autoren erläutern nicht nur den normativen Kontext der Sterbehilfediskussion und arbeiten dabei die Bedeutung der straf- wie zivilrechtlichen Rechtsprechung des BGH unter Berücksichtigung des einschlägigen Schrifttums heraus (S. 3 ff.). Vielmehr stellen Höfling/Schäfer auch den reformpolitischen Diskurs in allen maßgeblichen Facetten vor (S. 29 ff.). So werden zum Beispiel der Referentenentwurf des BMJ (S. 32), die Arbeitsergebnisse der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ einschließlich der diversen Sondervoten (S. 33 ff.) und die Stellungnahme des Nationalen Ethikrates (S. 36) zuverlässig referiert. Der Gesetzesvorschlag der Deutschen Hospiz Stiftung wird vorgestellt (S. 40), gleichfalls der strafrechtliche Alternativ-Entwurf „Sterbebegleitung“ (S. 41 ff.). Kurz: Höfling/Schäfer bieten in ihrer Einleitung ein ausgezeichnetes Kompendium zu den gesamtgesellschaftlich wichtigen Themen „Patiententestament und Sterbehilfe“.

2. Der nächste Abschnitt (S. 45 ff.) erläutert die methodischen Grundlagen der Erhebung. Sie erfolgte durch eine Befragung in Form des standardisierten Interviews. Der Fragebogen (S. 105 ff.) wurde am Institut für Staatsrecht bzw. der Forschungsstelle für das Recht des Gesundheitswesens der Universität Köln entwickelt und legt u. a. folgenden fiktiven Fall zugrunde:

Die 82jährige A liegt nach einem schweren Verkehrsunfall und einer dabei erlittenen massiven Hirnblutung im Wachkoma (sog. apallisches Syndrom). Frau A zeigt keinerlei Reaktionen auf akustische, optische und taktile Reize (Kommunikationsunfähigkeit) und wird mittels einer Magensonde ernährt. Die Ärzte halten diesen Zustand für irreversibel. Im Gefolge einer schweren Lungenentzündung muss Frau A nunmehr auch künstlich beatmet werden. Es existiert weder eine Vorsorgevollmacht noch eine

Betreuungsverfügung oder eine Patientenverfügung im engeren Sinne. Ein Angehöriger von Frau A verlangt nun von den Ärzten, die künstliche Beatmung abzubrechen. Die Ärzte rufen das Vormundschaftsgericht an.

In Anlehnung an die fachwissenschaftliche Diskussion wurden den Richtern 7 rechtliche Kriterien zur Beurteilung vorgegeben: Schriftlichkeit, notarielle Beratung, notarielle Beurkundung, Einsichtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, psychosoziale Beratung, ärztliche Beratung. Von den 1.514 um Mitwirkung gebetenen Vormundschaftsrichtern – dies entspricht einer Totalerhebung aller in Deutschland tätigen Vormundschaftsrichter erster Instanz – nahmen 819 an der Befragung teil (= 54 %). Die Ergebnisse der Untersuchung sind damit auf der Basis soziologischer Forschungen ausreichend unterlegt und dürfen als repräsentativ angesehen werden.

3. Das Schlusskapitel befasst sich mit den Ergebnissen der Erhebung. Danach sind für den Ausgang eines solchen vormundschaftsgerichtlichen Verfahren zur Genehmigung eines Behandlungsabbruchs zwei Faktoren entscheidend: Das medizinische Wissen der befassten Richter über das sog. Wachkoma und die Frage, ob der Patient selbst eine Regelung in Gestalt einer Vorsorgevollmacht bzw. Patientenverfügung getroffen hat.

a.) Das Merkmal, welches den stärksten Einfluss auf die Frage nach Genehmigung eines Behandlungsabbruchs ausübt, nämlich die Meinung der Richter zur medizinischen Situation von Menschen im Wachkoma, ist indes im besonderen Maße von der medizinischen Vorbildung abhängig (S. 99). Je ungenauer die Vorstellungen der Richter über das Wachkoma waren, desto uneinheitlicher fiel das Genehmigungsverhalten aus. So erhöhte sich die Wahrscheinlichkeit, dass einem Antrag auf Genehmigung eines Beatmungsabbruchs stattgegeben wird, um das neunfache, wenn der befragte Richter der Ansicht „voll und ganz zustimmte“, dass Wachkomapatienten Hirntote seien. Diese Annahme aber ist höchst problematisch. Schon der Begriff des Hirntodes ist unter Medizinern umstritten. Die heute h. A. geht davon aus, dass es auf den sog. Gesamthirntod ankomme, nämlich auf das irreversible Erlöschen der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms (vgl. nur Münchener Kommentar StGB [2003] - Schneider, vor §§ 211 ff., Rdnr. 25). Zu diesem Zeitpunkt erlösche der Mensch sowohl als Bewusstseinswesen, da er keine kognitiven Leistungen mehr erbringen könne, als auch als Körperwesen, da die Selbstregulierungsfähigkeit des Körpers ein unwiederbringliches Ende finde (vgl. etwa Merkel Jura 1999, 113, 118). Im medizinischen Schrifttum wird aber auch die Auffassung vertreten, der Tod trete bereits mit dem irreversiblen Ausfall der Großhirnrinde (Cortex) ein; man spricht vom sogenannten Cortex-Hirntot (Korthen/Linke, in: Hoff/in der Schmitten [Hrsg.], Wann ist der Mensch tot? [1995], S. 82, 88). Diese Auffassung beruft sich darauf, dass der Mensch bereits zu diesem Zeitpunkt die personentypischen kognitiven Leistungen definitiv nie mehr erbringen könne.

Abgesehen also von der Problematik des Hirntod-Begriffes als solchem besteht auch Streit darüber, wie der Zustand von Wachkomapatienten treffend zu beschrei-

ben und zu bewerten sei. Nach der traditionell medizinischen Perspektive ist das apallische Syndrom eine Bewusstseinsstörung, bei der nicht die Wachheit, sondern die Wahrnehmungsfähigkeit beeinträchtigt ist: Es zeigen sich keinerlei willkürliche Reaktionen auf visuelle, akustische, taktile oder Schmerz auslösende Reize. Diese Ansicht geht davon aus, dass das apallische Syndrom irreversibel sei, wenn es 12 Monate nach einer traumatischen Hirnverletzung oder 3 Monate nach einer akuten, aber nicht traumatischen Hirnläsion besteht (Nacimientto, in: W. Höfling [Hrsg.], Das sog. Wachkoma [Münster 2005], S. 29, 39). Aus Sicht dieser traditionellen Auffassung korrespondiert fehlendes Bewusstsein mit fehlender Kommunikationsfähigkeit. Dem steht jedoch ein beziehungsmedizinischer Forschungsansatz gegenüber, der auf der Grundlage neuerer Erkenntnisse der Neuro-Medizin auf ein inneres Wahrnehmen und Erleben von Wachkomapatienten zu schließen versucht. Diese Auffassung begreift den Zustand des Wachkomas als extrem zurückgenommenes individuelles Leben (Zieger, in: W. Höfling [Hrsg.], Das sog. Wachkoma [Münster 2005], S. 49, 51). Die Chancen zur Verbesserung dieses Zustandes hängen danach erheblich von einer qualitativ hochwertigen Pflege und möglichst frühzeitig einsetzenden therapeutisch-rehabilitativen Maßnahmen ab.

Vor diesem Hintergrund sind ohne Weiteres unterschiedliche Bewertungen des Zustandes von Wachkomapatienten möglich; Bewertungen, die einen ebenso unterschiedlichen Umgang mit diesen Patienten implizieren können. Aus diesem Grunde scheint es, wie Höfling/Schäfer treffend feststellen (S. 13 f.), zumindest dringend geboten, die Vormundschaftsrichter, die mit solchen Fällen befasst sind, im medizinischen Bereich fortzubilden.

b.) Die Studie förderte aber auch noch einen zweiten wesentlichen Faktor für den Ausgang eines Genehmigungsverfahrens zu Tage, nämlich die Existenz einer Patientenverfügung (S. 99). Schriftlichkeit wird so gut wie nicht verlangt. Auskünfte von Angehörigen, von Ärzten oder des Pflegepersonal über die Einstellung des Patienten zum Sterben und zum Tod können in der Praxis eine ausreichende Entscheidungsgrundlage sein. Eine feststellbare Beratung des Patienten halten nur wenige Richter für eine zwingende Voraussetzung (notarielle B. = 18 Richter; psychosoziale B. = 28; ärztliche B. = 133). Die Ergebnisse zum zulässigen Höchstalter der Verfügung sind völlig uneinheitlich: 12 Monate = 54 Richter; 24 Monate = 70; 36 Monate = 27; 48 Monate = 5; 60 Monate = 24; mehr als 5 Jahre = 4; Einzelfallentscheidung = 8; keine Angabe = 627). Größer kann Rechtsunsicherheit kaum sein.

4. Das umfassend angelegte Projekt zu den rechtsdogmatischen und – vor allem – rechtstatsächlichen Aspekten der Sterbehilfe hat gezeigt, dass eine Regelung der Sterbehilfe durch den Gesetzgeber wünschenswert ist. Bezeichnenderweise wurde der in der Literatur laut gewordene und in den Kommissionsvorschlägen aufgenommene Ruf nach legislatorischen Klarstellungen von 610 der mitwirkenden Vormundschaftsrichter geteilt (S. 65). Nicht zuletzt deshalb sollten sich die verantwortlichen Politiker mit der Arbeit von Wolfram Höfling und Anne Schäfer dringend befassen. Ohnehin ist die Lektüre je-

dem zu empfehlen, der sich über die Problematik der Sterbehilfe zwar kurz und knapp, aber dennoch nicht nur oberflächlich informieren möchte.

Dr. **Ralf Neuhaus**, Rechtsanwalt & Fachanwalt für Strafrecht, Dortmund

Junker, Thorsten. Beweisanzugsrecht im Strafprozess; 223 Seiten, broschiert, € 34,00, ZAP Verlag, Münster 2008.

Der erste Band einer neuen, von Burhoff herausgegebenen Schriftenreihe für die Strafrechtspraxis im ZAP-Verlag stammt von Rechtsanwalt Thorsten Junker. Die Zielsetzung der Reihe nach dem Geleitwort des Herausgebers: „Praktiker sollen für Praktiker schreiben und ihnen für die tägliche Arbeit Hilfestellung geben.“ Gedacht sei dabei „naturgemäß“ an erster Linie an Verteidiger, aber auch an Richter. Wenn mit diesem Band das gesetzte Ziel erreicht wird, sollten jedoch auch Staatsanwälte von dem dort behandelten Thema „Beweisanzugsrecht im Strafprozess“ profitieren. Also prüfen wir das Buch daraufhin genauer.

Junker behandelt zunächst die Grundlagen der Beweisaufnahme im Strafprozess. Nach knappen Hinweisen auf den Amtsermittlungsgrundsatz skizziert er den Gegenstand der Beweisaufnahme. Es geht um die Feststellung von Tatsachen, die sich verschieden darstellen können (z.B. als Geschehen, Erlebnis, Ding, Eigentümlichkeit des Seelenlebens). Der Autor erläutert die Begriffe Haupttatsachen, Indizien und Hilfstatsachen sowie negative Tatsachen und umreißt den Umfang der Aufklärungspflicht des Gerichtes mit einigen Beispielen. Dieser Abschnitt ist als Einstieg in das System der Beweisaufnahme oder als Auffrischung gut geeignet. In einem weiteren Abschnitt behandelt Junker die Absprachen im Strafprozess; die Entscheidung des Großen Senats des BGH vom 3.3.2005 wird in ihren Grundzügen referiert. Junker weist darauf hin, dass der Gesetzgeber in Sachen Absprachen im Strafprozess aktiv geworden ist, vertieft die dazu in der rechtspolitischen Diskussion vertretenen Standpunkte aber nicht.

Zutreffend, kurz und präzise referiert der Junker den Grundsatz der Mündlichkeit im Strafprozess, erläutert den Strengbeweis und den Freibeweis auf wenigen Seiten und verortet das Beweisanzugsrecht als Umsetzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1. Das Beweisanzugsrecht schaffe die Grundlage, die aufklärende Tätigkeit des Gerichtes durch Beweisanträge zu erweitern.

Dieser erste Abschnitt der Schrift ist – dies folgt aus dem Charakter einer Einführung in die Grundlagen des Beweisanzugsrechts – auch in Ansehung einiger hervorgehobener Hinweise letztlich noch nichts wirklich Neues und als Hilfestellung für den Praktiker Verwendbares.

Im daran anschließenden Abschnitt „Beweisantrag“ gibt es dann konkrete Arbeitshilfen. Junker erläutert, dass die StPO zwar normiert, dass das Gericht einen Beweisantrag

bescheiden muss und ggf. nach §§ 244 Abs. 3 bis 6, 245 Abs. 2 StPO ablehnen kann. Im Gesetz sei aber gerade nicht geregelt, was ein Beweisantrag eigentlich genau ist. Anhand von – graphisch grau unterlegten – Formulierungsbeispielen erklärt er dem Leser, wie ein Beweisantrag aussehen kann/muss, um ein solcher und nicht etwa lediglich ein Beweisermittlungsantrag zu sein. Der Autor stellt verschiedene Möglichkeiten vor, Beweisanträge aufzubauen. Mit gesonderten *Hinweisen* werden Schwerpunkte hervorgehoben, beispielsweise das Problem des Beweisanzugs, der nach Auffassung des Gerichtes „ins Blaue hinein“ gestellt worden sein soll.

Es ist sicher vom Ausgangspunkt nicht unproblematisch, anhand von Formulierungsbeispielen für prozessuale Anträge die Rechtslage erörtern zu wollen. Das aber ist auch nicht das erste Ziel des Werks. Die klug formulierten und oft illustrativ variierten Beispiele sind sehr gut geeignet, gerade dem noch nicht routinierten Verteidiger nahe zu bringen, wie man einen Beweisantrag aufbauen und formulieren kann. Dem Rezensenten gefällt in diesem Zusammenhang Junkers Empfehlung, nicht zu formulieren, was ein Zeuge oder Sachverständiger *bekunden* werde, sondern die Beweistatsache zu formulieren, für die der Zeuge oder Sachverständige als Beweismittel angeboten wird (Rn. 32). Schließlich kommt es nicht darauf an, was der Zeuge etwa aussagt, sondern was tatsächlich geschehen ist.

Junker stellt ein Beispiel vor für einen nicht zwingend zulässigen Alibibeweisantrag und erklärt, wie dieser umgestellt gestellt werden kann, um zum echten Beweisantrag zu werden. So erhält der Leser tatsächlich Hilfsmittel für die praktische Arbeit. Diese Hilfestellung liegt nicht in einer textbausteinartigen Formulierung, die der Verteidiger etwa abschreiben könnte. Es wird schon angesichts der Vielfältigkeit der Lebenssachverhalte völlig unmöglich sein, solche Textbausteine für das Beweisanzugsrecht anbieten zu wollen. Die Beispiele, deren Varianten und die Erläuterungen dazu helfen aber dem Leser, sich klar zu werden: Kann und will ich einen Beweisantrag stellen? Geht es um eine negative Tatsache, und die kann ich diese strukturell unter Beweis stellen?

Die Anträge auf Verlesung von Urkunden oder Einnahme eines Augenscheins werden ebenso mit griffigen Beispielen vorgestellt und erläutert. Auf eine unzureichende (und damit unzulässige) Antragsformulierung folgt ein zulässiger Antrag, jeweils mit knappen und zutreffenden Literaturnachweisen.

Junker vertieft sodann die Konnexität zwischen Beweistatsache und Beweismittel, so dass auch der noch weniger routinierte Antragsteller anhand der Beispiele erkennen kann, worauf es ankommt. Um das Vorgehen des Autors verständlich zu machen, referiere ich hier eines seiner Beispiele. Anhand des „Flamingo-Falls“ (BGHSt 39, 251) wird folgendes vorgestellt:

Der Angeklagte soll sich zu einer bestimmten Zeit mit seinen Mittätern in der Flamingo-Bar getroffen haben. Die Verteidigung beantragte zum Beweis der Tatsache, dass sich der Angeklagte zur fraglichen Zeit dort nicht aufgehalten habe, die Vernehmung des Zeugen Z. Der BGH sah darin keinen Beweisantrag für das Beweisziel

Schrifttum

(Ortsabwesenheit), da nicht dargelegt worden sei, welche Wahrnehmung der Zeuge Z. denn gemacht haben soll.

Viele Verteidiger werden mit ähnlichen Anträgen und deren Bescheidung ihre Erfahrungen gemacht und daraus gelernt haben. Junker erläutert, welche (in diesem Fall) vier Alternativen er sieht, um den Antrag zulässig zu machen. Zu jeder der 4 denkbaren Alternativen bietet der Autor eine konkrete Antragsformulierung dergestalt an, dass eine Ablehnung wegen fehlender Konnexität (letztlich Behandlung des fehlerhaften Antrages als Beweismittlungsantrag oder Beweisanregung) nicht zulässig wäre. Man muss den jeweiligen Antrag bzw. das damit angestrebte Beweisergebnis nicht für zwingend halten, um zu erkennen, was der Autor vermitteln will; viele Beispiele führen beim Lesen zu einem Aha-Effekt, und das ist ein gutes Ergebnis.

Junker erörtert weiter die Frage der Begründung eines Beweisantrages und hält eine solche zutreffend für nicht gesetzlich geboten, in vielen Fällen aber sachgerecht. Man sollte ergänzend darauf hinweisen, dass gelegentlich eine zulässig aufgestellte Beweisbehauptung mit einer unglücklichen Begründung wieder „eingerrissen“ wird, wenn die Begründung die Behauptung eben nicht präzise abdeckt, so dass das Gericht anhand der Begründung die Beweisbehauptung anders versteht als diese gemeint war oder diese umdeutet.

Zielgruppenentsprechend wird die Problematik des § 257a StPO (Beweisanträge nur noch schriftlich stellen zu dürfen) nicht vertieft. Hilfestellung für ein solches gerichtliches Ansinnen erhält der Leser nicht, der Adressat des Buches ist nicht der Verteidiger in Groß- oder Umfungsverfahren (Rn 63).

Junker behandelt auch das Thema des Anschlusses an fremde Beweisanträge nur mit einem Absatz. In der Regel seien die – bekanntlich oft reflexhaften – Anschlussklärungen der Verteidiger an Anträge von Mitangeklagten revisionsrechtlich nicht unbedingt erforderlich. An dieser Stelle fehlt mir eine vertiefende Erörterung über die psychologischen Auswirkungen auf Gericht, Angeklagte und die Öffentlichkeit, wann bzw. warum man sich fremden Anträgen anschließen sollte und wann nicht. Die Option, auch auf Frage des Gerichtes nach einem Anschluss an den Beweisantrag eines Mitangeklagten zu erklären, sich dazu nicht weiter äußern zu wollen, sollte vorgestellt und erläutert werden.

Das Werk enthält weiter zahlreiche kluge Hinweise zum Augenschein und zum Sachverständigenbeweis, die anhand von den grau unterlegten Beispielen auch optisch schnell zu dem jeweiligen Stichwort auffindbar sind. Junker erläutert den unbedingten und den bedingten Beweisantrag und stellt Anwendungsbereiche für bedingte Beweisanträge vor. Er behandelt in Anbetracht der uneinheitlichen Terminologie in Literatur und Rechtsprechung den Hilfsbeweisantrag als Unterart des bedingten Beweisantrages. Mit dem Ziel des Autors, konkrete Hilfestellungen zu geben, ist es gut vereinbar, in die Streitigkeiten der Literatur nicht vertieft einzusteigen, sondern wieder mit plastischen Beispielen

aufzuzeigen, was geht, was nicht und wo die Tücken der unzulässigen Anträge liegen. Mit eingerahmten Hinweisen ermuntert der Autor den Leser, beispielsweise über seinen erwogenen Hilfsbeweisantrag mit „Bescheidungsklausel“ (in der Stellung als Hilfsantrag liege kein Verzicht auf Entscheidung des Gerichts vor Urteilsverkündung) noch einmal nachzudenken.

Das Beweisantragsrecht im Vor- und Zwischenverfahren stellt Junker zutreffend als schwach dar und weist darauf hin, dass Beweisanträge ggf. im Hauptverfahren wiederholt werden müssen, wenn ihnen vorher nicht nachgegangen wurde. Wichtig sind auch vorgestellte Überlegungen, zu welchem Zeitpunkt der Beweisaufnahme überhaupt Beweisanträge gestellt werden sollten. Patentrezepte werden nicht angeboten, aber Einstige in taktische Überlegungen. Das gilt auch für die Möglichkeiten, Sachverhalte durch Stellung von Beweisanträgen festzuschreiben, beispielsweise durch „gestaffelte“ oder affirmative Beweisanträge (RN 196 ff.). Dazu werden wiederum erhellende Beispiele vorgestellt.

In einem letzten Abschnitt behandelt Junker die Bedeutung des Beweisantrages für das Revisionsverfahren. „Hilfestellung für die tägliche Arbeit“, so das Ziel der neuen Schriftenreihe, ist damit kaum zu leisten. Das Buch beansprucht aber auch nicht etwa, für eine Revisionsbegründung Arbeitshilfe zu sein. Bedenkt man diese Zielsetzung, dann wird es gerade für den Verteidiger, der sich fragt, ob und welche Anträge er für seinen Mandanten noch stellen sollte, zweckmäßig sein, auch diesen letzten Abschnitt zu lesen. Ihm wird nicht nur vor Augen geführt, mit welchen Ablehnungsgründen des Tatrichters in einer Hauptverhandlung gerechnet werden muss, sondern auch, dass die Revisionsbegründung eine eigene Disziplin ist, die nur dann erfolgreich sein kann, wenn zuvor in der Instanz mit dem Beweisantrag fachgerecht umgegangen worden ist.

Die Frage, ob das selbst gesetzte Ziel der Schriftenreihe mit ihrem ersten Band zum Beweisantragsrecht erreicht wurde, kann nur mit Nachdruck bejaht werden. Das Werk ist kein Kommentar zum Beweisrecht und will keiner sein. Es ist im guten Sinne ein Handbuch. Wer etwa nachlesen möchte, wie man überhaupt einen Beweisantrag stellt (im Gesetz steht dazu bekanntlich nichts), wie man Konnexität zwischen Beweisbehauptung und Beweismittel herbeiführt und Beweisanträge zur Sachverständigenvernehmung stellt, welche taktischen Überlegungen es zur Frage eines Hilfsbeweisantrages geben kann, wann und wie man etwa einen Augenscheinshilfen in die Hauptverhandlung hineinbekommt, der erhält zahlreiche Hinweise und Hilfestellungen. Anhand der differenzierten und klugen Beispiele kann der Verteidiger die für sein Mandat mit „seinem“ Sachverhalt sachgerechten Anträge dann erheblich sicherer formulieren. Die richtige Stellung von Beweisanträgen richtet sich eben nicht in erster Linie nach einem juristisch korrekt zu entscheidenden Streit zwischen Literatur und Rechtsprechung, sondern nach den Möglichkeiten der Verteidigung, die Ermittlung des „wahren Sachverhalts“ zu beeinflussen. Handwerklich sollten dabei möglichst keine Fehler unterlaufen. Den „Junker“ aufmerksam zu lesen und umzusetzen hilft

gerade dem weniger routinierten Verteidiger (oder auch Staatsanwalt), Fehler zu vermeiden.

Thomas Jung, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Kiel

Tobias Nuß: Untreue durch Marketingkommunikation, Band 3 der Reihe Strafrechtliche Fragen der Gegenwart, Logos Verlag, Dissertation, ISBN 978-3-8325-1169-2, 39,- Euro, 660 Seiten, Berlin 2006.

Sportgroßveranstaltungen sind ein begehrtes Umfeld für Werbemaßnahmen von Unternehmen. Und das auf ganzer Linie: Angefangen mit dem lokalen Derby über Events mit regionalem Charakter bis hin zum nationalen Challenge werden von Gewerbetreibenden Wettbewerbe jeglicher Größe genutzt, um für spezielle Produkte oder den Unternehmensnamen zu werben. Neben diesen Einsatzfeldern rahmt das Produktsponsoring Krimis, Seifenopern und Unterhaltungsserien ein. Schließlich werden selbst vor den Nachrichtenmagazinen ebenso Trailer geschaltet, wie zwischen den Nachrichten und dem folgenden „Wetterblock“. Zielgruppenorientiert werden Produkte und Unternehmensmarken imagefördernd präsentiert. Selbst der deutsche Anwaltverein nutzt TV-Sendungen, um für sich und seine Belange zu werben.

Tobias Nuß hat sich in seiner sehr umfangreichen Dissertation mit diesem Phänomen beschäftigt und sie für seine wirtschaftsstrafrechtlichen Gedanken als Ausgangspunkt gewählt. Wenn Unternehmensleiter hohe finanzielle Mittel aufwenden, um das Unternehmen ins rechte „Werblicht“ zu rücken, drängt sich die Frage auf, ob und bis zu welcher Höhe ein Unternehmensführer berechtigt ist, Gelder für solche Zwecke zu verwenden. Aus strafrechtlichem Winkel betrachtet: Könnte eine Strafbarkeit der Führungsebene wegen Untreue durch Werbemaßnahmen in Betracht kommen?

Die Frage nimmt an Brisanz zu, verdeutlicht man sich, dass die eingesetzten Summen immens groß sind, der konkrete Erfolg der Werbemaßnahmen kaum zu messen ist und systembedingt immer mit einem großem Streuverlust einhergeht. So ist es denn mehr als fraglich, ob sich der risikobehaftete Aufwand des japanischen Elektronikkonzerns Sony an die FIFA „rechnet“, wenn für das Engagement von 2007 bis 2014 ein Betrag von 237 Mio. € ausgegeben wird.

Nuß nähert sich der interessanten juristischen Frage, indem er überlegt, ob und wie lang es rechtmäßig sein kann, dass ein Unternehmensleiter – der eigentlich zur Vermögensmehrung eingestellt worden ist – durch Sponsoringmaßnahmen Unternehmenskapital verzehrt. Zum Zwecke der thematischen Einführung widmet sich der Autor daher im ersten Teil des Buches den verschiedenen Arten der Werbung. Er problematisiert und grenzt voneinander ab: Sponsoring, Public-Relation und andere Werbemaßnahmen und klärt, wo die Grenze zwischen Sponsoring und Spende-Engagement verläuft. Er disku-

tiert die Einordnung von Aufwendungen, denen keine messbaren Äquivalente gegenüberstehen.

Nachdem dieser Rahmen festgelegt ist, zoomt Nuß auf den Untreue-Tatbestand. Hier kommt die Arbeit – endlich – zu wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen. Welcher Untreuetatbestand ist einschlägig (Missbrauchs- oder Treuebruch-Alternative)? Woraus ergeben sich bei Vorständen und Geschäftsführern die rechtlichen Befugnisse sowie die Anforderungen an pflichtgemäße Geschäftsleiternaßnahmen? In diesem Zusammenhang wird vortrefflich der von Organen zu vollziehende Spagat zwischen dem betriebswirtschaftlichen Erfordernis des wirtschaftlich effizienten Handelns einerseits und andererseits der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bzgl. des Vermögens im Innenverhältnis unterschieden. Hier liegt ein Kernpunkt der Ausarbeitung.

Nicht zuletzt, weil Nuß einem – in anderen Arbeiten auch dieser Art – selten erreichten Vollständigkeitsideal verfällt, schwillt das Werk auf 660 Seiten mit beinahe 2600 Fußnoten an. Dies ist insbesondere deshalb kein Nachteil, weil das Buch in extenso die rechtlichen Vorgaben aller in Deutschland anzutreffenden gängigen Unternehmensformen berücksichtigt, um hieraus abzuleiten, welche Befugnisse den Organen bei Marketingkommunikations-Entscheidungen zustehen. Diese Analyse mit ihren mannigfaltigen rechtlichen Determinanten – also denjenigen zivilrechtlichen Regelungen, nach denen die Organe für pflichtwidrige Ausgaben aus dem Gesellschaftsvermögen, aus dem Marketing und Non-Profit-Bereich haften -, nimmt 263 Seiten ein. Von großem praktischem Interesse ist drittens die Analyse der im Wesentlichen zum Untreue-Tatbestand ergangenen Judikatur. Nuß wertet u.a. die Entscheidungen im Fall des „SSV Reutlingen“, den „Bremer Vulkan“, die historische Reichsgerichtsentscheidung zur Rabattgewährung wie auch die Parteispendenaffäre und die Entscheidungen aus, die im Zusammenhang mit rechtswidrigen Kreditgewährungen ergangen sind.

Einen Schwerpunkt räumt der Autor schlussendlich der Mannesmann-Entscheidung ein. Nicht zuletzt aus der Auseinandersetzung mit der hierzu ergangenen Literatur exzerpiert der Autor sodann seine 11 Thesen, mit denen das Werk auch schließt. In kurze Worte gebracht, formuliert Nuß folgende Thesen:

- Für die Unternehmensleitung besteht eine wirtschaftliche Notwendigkeit, nicht nur allgemein die herkömmlichen Kommunikations- und Werbeinstrumente einzusetzen, sondern auch auf das langfristige orientierte Sponsoring zu setzen.
- Sozialaufwendungen wie Spenden oder Sponsoring können ein tatbestandlicher Schaden sein. Sie sind es jedoch nicht a priori, weil der wirtschaftlichen Ausgabe keine Gegenleistung gegenüber stehen. Für die Frage der Schadensannahme sei immer eine Einzelfallprüfung erforderlich. Dabei sei festzustellen, ob die konkrete Maßnahme nicht auch der Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen diene. Denn dann müsse die Schadensannahme selbst bei langfristiger

- Wirkweise des Sponsorings ausgeschlossen werden.
- Eine nach § 266 StGB tatbestandsmäßige Pflichtverletzung liege erst vor, wenn die Maßnahme unvertretbar, unzumutbar und unangemessen sei - also in keinem wirtschaftlichen Gesichtspunkt irgendwie nachvollziehbar ist. Unvertretbar und damit pflichtwidrig sei eine Maßnahme, wenn der Entscheidungsträger mit der konkreten Marketingmaßnahme nicht zumindest auch das Interesse der Gesellschaft verfolge oder wegen der Unangemessenheit der Maßnahme aufgrund ihres Volumens nicht zur Durchführung der Maßnahme vertretungs- und verfügungsberechtigt gewesen sei. Mit anderen Worten, wenn der Entscheider eine gesellschaftsrechtlich eingeräumte Befugnis weit überschritten habe. Doch auch hier müsse auf den Einzelfall abgestellt werden, zumal es für die Art und Weise der im Einzelfall angemessenen Werbemaßnahme keine allgemein verbindlichen Regeln gebe.
 - Mit seiner vierten These öffnet Nuß einen Weg für Verteidiger: Da für den Bereich der unternehmerischen Entscheidung und Überprüfung nach § 266 StGB eine Einschränkung des Begriffs der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ geboten sei, müsse in strafrechtlicher Hinsicht zum Ausgleich der Vermögensgefährdung die durch Anhaltspunkte begründete Vermutung genügen, der Aufwand werde zu einem künftigen Vorteil im Bereich des Good-Wills führen. In einer solchen Konstellation sei der Tatbestand demnach nicht erfüllt.
 - Nuß sieht die vom BGH herangezogenen Kriterien zur Konkretisierung des Untreuetatbestandes in Zusammenhang mit Spenden und Sponsoring als nur bedingt tauglich an und lehnt das „Kriterium der fehlenden Nähe des Geförderten zum Unternehmensgegenstand“ ab. Es sei seines Erachtens vielmehr danach zu fragen, ob und wie mit der Maßnahme eine Botschaft zur Bereicherung des Unternehmensimage vermittelt werden sollte. Eine strafbare Pflichtverletzung im Sinne der Untreue liege unabhängig von der Gesellschaftsform nur vor, wenn die Maßnahme offenkundig unvertretbar - also objektiv nicht im Interesse der Gesellschaft lag - oder der Handelnde jedenfalls nicht zu einer derartigen Marketingmaßnahme oder einer Maßnahme mit dem eingesetzten Volumen befugt gewesen sei.
 - In seiner sechsten These nimmt sich der Verfasser des Problems an, das mit Werbemaßnahmen typischerweise auch einhergehen kann. Dass nämlich die Gesellschaft nicht selbst kommunikativ auf ihr Engagement hinweisen möchte, weil eine Einrichtung gefördert wird, die in einem der Öffentlichkeit sensiblen Bereich steht.
 - Allein aus dem Unterlassen der Hinweispflicht im öffentlichen Wirkbereich dürfe prima facie keine Untreue-Handlung unterstellt werden. Dies gelte auch für den Fall, dass ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates der geförderten Einrichtung selbst oder über verwandte Personen besonders nahe stehe. Dann reiche es aus, wenn intern für Aufklärung gesorgt wird und ggf. der Aufsichtsrat in die Entscheidung eingebunden wird.
 - In weiteren Thesen setzt sich der Verfasser mit Konstellationen auseinander, in denen auf jeden Fall eine Tatbestandsbegehung zu bejahen ist. Diese sollen hier nicht vertieft werden. Der Autor geht so beispielsweise auch auf die Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen ein. Fest stehe für Nuß: „[...]Erst wenn nach einiger Zeit für den Geschäftsleiter erkennbar ist, dass mit dem beschrittenen Weg und eingesetzten Aufwand das Ziel nicht oder nur unter denkbar günstigsten Umständen erreichbar ist, mit anderen Worten nur noch eine vage Hoffnung besteht, erwächst eine Pflicht des Geschäftsleiters den beschrittenen Pfad zu verlassen und die jeweils erforderlichen Änderungen vorzunehmen.[...]“ Dass im Ergebnis der Untreuetatbestand erfüllt wird, ist dabei unstrittig. Bleibt nur die Frage, ob durch Unterlassen oder aufgrund aktiven Handelns. Nuß vertritt hier die dogmatische Ansicht, es handle sich um eine aktive Begehungsalternative, da für die Bestimmung der Unrechtshandlung am pflichtwidrigen Weiterbestreiten des eingeschlagenen Weges anzuknüpfen sei.
 - Im letzten Absatz seiner 11. These bringt Nuß ein Resümee. Diese 11 schließt mit dem Rat: „[...]Damit bleibt für die Praxis anzuraten: Für das Marketing sind die Steuerungsmaßnahmen und die Risikoabschätzung zu dokumentieren. Bei der Spendenvergabe sind möglichst Kollegialentscheidungen herbeizuführen, die einzelnen Spenden sind nachvollziehbar zu verbuchen; Barzahlungen sind zu vermeiden. Und der beste Weg, um Verdachtsmomente zu beseitigen, oder ergibt gar nicht erst entstehen zu lassen, ist, möglichst Öffentlichkeit und Transparenz herzustellen, also die Spendenleistung kommunikativ durch begleitenden PR-Aktionen zu verwerten! [...]“

In seinen umfangreichen Thesen stellt der Verfasser also Bewertungsmaßstäbe für das Unternehmerverhalten von Vorstandsvorsitzenden ebenso vor, wie den Treuebruch bei Geschäftsführern und geschäftsführenden Gesellschaftern. Hierzu erarbeitet er auch einen Fragenkatalog, mit dessen Hilfe eine Art Schnellprüfung der Strafbarkeit von Unternehmensleitern möglich wird. Das Werk greift einen viel benutzten Straftatbestand in einer besonderen wirtschaftsstrafrechtsrelevanten Fragestellung auf. Die umfassenden Ausführungen zur betriebswirtschaftlichen und zivilrechtlichen Situation können dem Praktiker von Nutzen sein, da die

Darstellung wohl alle zu berücksichtigen strafrechtlichen Nebennormen anspricht. Das Buch eignet besonders für die wirtschaftsstrafrechtliche Kanzleibibliothek, deren Sammlungsschwerpunkt im wissenschaftlichen Bereich angelegt ist. Allein wegen des Umfangs und der speziellen Fragestellung der Arbeit spricht

das Buch nur eine eingeschränkte Zielgruppe an – dieser läßt das Werk jedoch kaum eine Frage unbeantwortet.

Roman G. Weber, LL.M. Wirtschaftsstrafrecht, Rechtsanwalt, Detmold

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

72. EGMR Nr. 74336/01 (4. Kammer) – Urteil der 4. Kammer vom 16. Oktober (Wieser und BICOS Beteiligungen GmbH v. Österreich)

Rechtswidrige Durchsuchung einer Anwaltskanzlei zur Erlangung elektronisch gespeicherter Daten und tatsächliche Wahrnehmbarkeit von Schutzrechten zugunsten der anwaltlichen Verschwiegenheit (Eingriff in das Privatleben, die Korrespondenz und die Wohnung bei Anwälten und bei juristischen Personen; Schutz von Mandanten; Beschlagnahme; Gesetzesvorbehalt im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK; erforderliche Schutzinstrumente gegen Willkür und Missbrauch; verhältnismäßige Rechtfertigung; tatsächliche Wahrung des nationalen Rechts auch beim Zugriff auf elektronisch gespeicherte Daten); redaktioneller Hinweis.

Art. 8 EMRK; Art. 13 GG; Art. 12 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 102 StPO; § 103 StPO; § 105 StPO; § 110 StPO; § 106 StPO

73. BGH 2 StR 336/07 - Beschluss vom 2. November 2007 (LG Frankfurt am Main)

Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch; korrigierter Rücktrittshorizont); Abtreibung (Begriff des Menschen; Abgrenzung von den Tötungsdelikten; durch Herbeiführung der Ausstoßung aus dem Mutterleib).

§ 24 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 218 StGB

74. BGH 2 StR 372/07 - Urteil vom 21. Dezember 2007 (LG Köln)

Überzeugungsbildung; lückenhafte Beweiswürdigung; Bande; Jugendstrafe (schädliche Neigungen; Schwere der Schuld); „Kölner Jugendbande“.

§ 261 StPO; § 17 Abs. 2 JGG

75. BGH 2 StR 415/07 - Beschluss vom 28. November 2007

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

76. BGH 2 StR 446/07 - Beschluss vom 19. Dezember 2007

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

77. BGH 2 StR 468/07 - Beschluss vom 21. November 2007 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe; Kurier).

§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

78. BGH 2 StR 472/07 - Beschluss vom 21. Dezember 2007 (LG Köln)

Entscheidung über den Adhäsionsantrag (Zinsen; Verzug).

§ 286 BGB; § 406 Abs. 1 StPO

79. BGH 2 StR 477/07 - Urteil vom 28. November 2007 (LG Köln)

Mord (niedrige Beweggründe; motivlose Tötung; Verdeckungsabsicht; eskalierendes einheitliches Gesamtgeschehen; Zäsur); Beweiswürdigung (Gesamtwürdigung; Ausschöpfung der Beweisanzeichen); Urteilsgründe (hypothetische Erwägungen); Aufhebung der Entscheidung über einen Adhäsionsantrag.

§ 211 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 406a Abs. 3 StPO

80. BGH 2 StR 498/07 - Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Bonn)

Sexueller Missbrauch einer Schutzbefohlenen; Verjährung.

§ 174 StGB; § 78 StGB

81. BGH 2 StR 510/07 - Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Frankfurt am Main)

Unzulässige Revision (isolierte unzulässige Verfahrensrüge; Begründungsanforderungen; ergänzende Berücksichtigung des Urteilsinhalts).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

82. BGH 2 StR 527/07 - Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Aachen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Tateinheit (Zusammentreffen in einem Handlungsteil).

§ 52 StGB; § 29a BtMG

83. BGH 2 StR 527/07 - Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Aachen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Tatherrschaft; gesteigertes wirtschaftliches Tatinteresse).

§ 29a BtMG; § 25 StGB

84. BGH 2 StR 531/07 - Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Mühlhausen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Rauschmittelkauf teils zum Weiterverkauf und teils zum Eigenverbrauch); Zweifelssatz; in dubio pro reo.

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 261 StPO

85. BGH 2 StR 586/07 - Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Bad Kreuznach)

Unzulässige Revision der Nebenklage.

§ 349 Abs. 1 StPO; § 400 StPO

Bei Revisionen der Nebenklage ist in der Regel ein Revisionsantrag oder eine Revisionsbegründung erforderlich, durch die deutlich gemacht wird, dass der Beschwerdeführer ein zulässiges Ziel verfolgt.

86. BGH 2 StR 598/07 - Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Kassel)

Unzulässige Revision; unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Glaubhaftmachung).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 345 Abs. 1 StPO; § 44 StPO; § 45 StPO

87. BGH 3 StR 320/07 - Urteil vom 8. November 2007 (LG Osnabrück)

Tateinheit (Klammerwirkung) und Tatmehrheit bei Geiselnahme (konkludente Todesdrohung; Sich-Bemächtigen) und Nötigungen; Freiheitsberaubung.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 177 StGB; § 240 StGB; § 241 StGB; § 239b StGB; § 239 StGB

88. BGH 3 StR 325/07 - Urteil vom 6. Dezember 2007 (LG Hannover)

Versuch (unmittelbares Ansetzen); Überzeugungsbildung (kritische Prüfung eines Geständnisses bei vorheriger Drohung eines Richters mit der Verweisung an das Landgericht); Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion.

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 261 StPO; § 270 Abs. 1 StPO; § 136a StPO; § 308 StGB

89. BGH 3 StR 341/07 - Beschluss vom 13. November 2007 (LG Stade)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Verfahrensrügen; rechtliches Gehör); gefährliche Körperverletzung

(Würgen); Anordnung der Sicherungsverwahrung (Hang; Gefährlichkeitsprognose; zulässiges Verteidigungsverhalten); Selbstbelastungsfreiheit (fares Verfahren); redaktioneller Hinweis.

§ 44 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; § 345 StPO; § 224 StGB; § 66 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

90. BGH 3 StR 342/07 - Urteil vom 6. Dezember 2007 (LG Kiel)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Prüfungsdichte im Revisionsrechtszug).

§ 261 StPO; § 337 Abs. 2 StPO

91. BGH 3 StR 385/04 - Beschluss vom 13. Dezember 2007 (LG Wuppertal)

Dienstleistungsfreiheit (vorübergehende ärztliche Tätigkeit im Inland; europarechtskonforme Auslegung); Körperverletzung (Aufklärung über Ruhen der inländischen Approbation; Einwilligung; Selbstbestimmungsrecht des Patienten).

Art. 49 EGV; Art. 50 EGV; § 2 Abs. 3 BÄO; § 6 Abs. 3 BÄO; § 10b Abs. 1 BÄO; § 13 BÄO; § 1 Abs. 2 ZHG; § 18 Nr. 1 ZHG; § 223 StGB

92. BGH 3 StR 390/07 - Beschluss vom 15. November 2007 (LG Lüneburg)

Dauer des Vorwegvollzugs (Bestimmung durch das Revisionsgericht); gesetzlicher Richter.

§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB nF; § 354 Abs. 1 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

93. BGH 3 StR 403/07 - Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Wuppertal)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung.

Art. 5 Abs. 3 EMRK; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

94. BGH 3 StR 456/07 - Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Oldenburg)

Teilweise Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs.

§ 349 StPO

95. BGH 3 StR 522/07 - Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Oldenburg)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Begründung; zulässiges Rechtsmittelziel).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 400 StPO

96. BGH 1 StR 86/05 - Urteil vom 18. Dezember 2007 (LG Mosbach)

Eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts (verfassungskonforme Auslegung des § 354 Abs. 1a StPO; keine Anwendbarkeit bei einer Schuldspruchänderung); Geiselnahme (einschränkende Auslegung im „Zweipersonenverhältnis“; Nötigungserfolg); Entziehung der Fahrerlaubnis.

§ 239b StGB; § 240 StGB; § 69 StGB; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 354 Abs. 1a StPO

97. BGH 1 StR 275/07 - Beschluss vom 7. November 2007 (LG Stuttgart)

Anwesenheitsrecht des Angeklagten (Verhandlung in

Abwesenheit bei eigenmächtigem Entfernen: hier Einreise in einen Staat, in dem eine Verhaftung droht; Schweiz; Unschuldsvermutung); Recht auf ein faires Verfahren (rechtliches Gehör); Geldfälschung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (notorische Überlastung von Wirtschaftsstrafkammern).

Art. 6 EMRK; § 230 StPO; § 231 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 146 StGB

98. BGH 1 StR 301/07 - Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Stuttgart)

Besorgnis der Befangenheit bei Verhandlungsgesprächen außerhalb der Hauptverhandlung mit einem Mitangeklagten, Unterrichtungspflicht nach Abwesenheit des Angeklagten; Augenscheineinnahme und Anwesenheit.

Art. 6 EMRK; § 338 Nr. StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 231b Abs. 2 StPO; § 231a Abs. 2 StPO; § 86 StPO

99. BGH 1 StR 301/07 - Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Stuttgart)

Besorgnis der Befangenheit bei Verhandlungsgesprächen außerhalb der Hauptverhandlung mit einem Mitangeklagten.

Art. 6 EMRK; § 338 Nr. StPO; § 24 Abs. 2 StPO

Einem Richter ist es nicht verwehrt, zwecks Förderung des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten auch außerhalb der Hauptverhandlung Kontakt aufzunehmen (BGHR StPO § 24 Abs. 2 Befangenheit 1; BGHSt 42, 46, 47 f.; BGH NStZ 1985, 36, 37 m.w.N.). Dabei hat er stets die gebotene Zurückhaltung zu wahren, um jeden Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden (BGH NStZ 1985, 36, 37). Ob ein Mitangeklagter aus der Fühlungnahme des Gerichts mit dem Verteidiger eines Angeklagten außerhalb der Hauptverhandlung eine Besorgnis der Befangenheit ableiten kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, unter anderem davon, ob er Grund zu der Annahme hat, ein solches Gespräch könne sich zu seinen Ungunsten auswirken (BGHR StPO § 24 Abs. 2 Befangenheit 1).

100. BGH 1 StR 301/07 - Urteil vom 18. Dezember 2007 (LG Stuttgart)

Sukzessive Mittäterschaft beim Raub mit Todesfolge (Exzess; Vorsatz).

§ 249 StGB; § 251 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 35 Abs. 2 StGB

101. BGH 2 StR 612/07 - 1. Februar 2008 (LG Kassel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

102. BGH 1 StR 411/07 - Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG München)

Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen).

§ 46a StGB; § 49 Abs. 1 StGB

103. BGH 1 StR 411/07 - Urteil vom 18. Dezember 2007 (LG München)

Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Erfolgsaussicht; Hang; Ausgestaltung als Sollvorschrift); verminderter Schuldfähigkeit (Persönlichkeitsstörung, Alkoholeinfluss und pathologischer Trauerreaktion, schwere andere

seelische Abartigkeit); Neuregelung der §§ 64 und 67 StGB und Geltung in der Revision.

§ 64 StGB; § 21 StGB; § 67 Abs. 2 StGB n.F.

104. BGH 1 StR 464/07 - Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Nürnberg)

Unzulässiger Antrag auf eine Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

105. BGH 1 StR 558/07 - Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Waldshut-Tiengen)

Betrug (Dreiecksbetrug; Wissenszurechnung; Umgehung der Ablieferungsverpflichtung bei Nebeneinnahmen auf kommunaler Ebene durch verdeckte Vergütungen; unbeachtliches Einverständnis des Geschädigten bei Gesetzesverstößen und bei beachtlichen Willensmängeln).

§ 263 StGB

106. BGH 1 StR 576/07 - Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Ellwangen)

Einfache Körperverletzung (Behandlung des Heileingriffs); Körperverletzung mit Todesfolge.

§ 223 StGB; § 227 StGB

107. BGH 1 StR 606/07 - Beschluss vom 8. Januar 2008 (LG Mannheim)

Beweisantrag (Vernehmung eines Auslandszeugen; Bedeutungslosigkeit; Beruhen).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 2. Alt. StPO

108. BGH 1 StR 617/07 - Beschluss vom 10. Januar 2008 (LG Ingolstadt)

Vorwurf an den Verteidiger, die Rüge auf einen unwahren Tatsachenvortrag zur Art und Weise der Beschuldigtenvernehmung zu stützen (auf Grund einer Dokumentation der Staatsanwaltschaft).

§ 136 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

109. BGH 4 StR 279/07 - Beschluss vom 11. Dezember 2007 (LG Zweibrücken)

Berücksichtigung verjährter Untreuevorwürfe bei der Strafzumessung und Ausschluss des Beruhens; redaktioneller Hinweis.

§ 266 StGB; § 46 StGB; § 78 StGB; § 354 Abs. 1, Abs. 1a StPO

110. BGH 4 StR 306/07 - Urteil vom 20. Dezember 2007 (LG Paderborn)

Revisibilität der Beweiswürdigung (erschöpfende Würdigung belastender Indizien; überspannte Anforderungen und Lückenhaftigkeit: „geschlossene Indizienkette“).

§ 261 StPO

111. BGH 4 StR 345/07 - Beschluss vom 11. Dezember 2007 (LG Stralsund)

Neuregelung des Vorwegvollzuges und Geltung in der Revision.

§ 67 Abs. 2 StGB n.F.; § 354a StPO

112. BGH 4 StR 362/07 - Beschluss vom 15. November 2007 (OLG Naumburg)

Voraussetzungen einer Divergenzvorlage (Abgrenzung von nicht vorlagefähigen Tatfragen und Rechtsfragen;

verhältnismäßige Strafzumessung bei der Leistungerschleichung (kurze Freiheitsstrafe).

§ 121 GVG; § 265a StGB; § 47 StGB; § 46 StGB

1. Die Entscheidung, unter welchen Umständen die Grenzen schuldangemessenen Strafens überschritten sind und dadurch das Übermaßverbot verletzt ist, gehört zur Strafzumessung und ist als tatrichterliche Wertung tatsächlicher Umstände eine Frage des Einzelfalls, die der Klärung im Wege eines Vorlageverfahrens nicht zugänglich ist (vgl. BGHSt 27, 212, 214ff; NStZ 1983, 261, 262; 1988, 270 f.). Darauf, dass das vorliegende Oberlandesgericht die Frage als Rechtsfrage behandelt hat, kommt es nicht an (vgl. BGHSt 31, 314, 316; NStZ 1995, 409, 410).

2. Im Hinblick auf das Wesen der Strafzumessung, die zugleich tatrichterlicher Wertungsakt und Rechtsanwendung auf einen bestimmten Strafzumessungssachverhalt unter vom Gesetzgeber formulierte Strafzumessungskriterien und -leitlinien ist, muss daher in der Regel davon ausgegangen werden, dass sich die Rechtsausführungen der Obergerichte zu den Grenzen schuldangemessenen Strafens nur auf den der Entscheidung zugrunde liegenden Einzelfall beziehen (vgl. BGHSt 27, 212, 215 f.; 28, 318, 324 f.).

113. BGH 4 StR 384/07 – Beschluss vom 13. Dezember 2007 (LG Essen)

Übersehene Verfolgungsbeschränkung
§ 154a StPO

114. BGH 4 StR 397/07 – Beschluss vom 22. November 2007 (LG Essen)

Organisationsdelikt beim Betrug (gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug; gebotene Einstellung einzelner, nicht festgestellter Fälle; Kognitionspflicht); Urkundenverlesung ohne Gerichtsbeschluss (Anforderungen an die Darlegung; Beruhen).

§ 263 Abs. 3 StGB; § 251 Abs. 1 Nrn. 1 und 3, Abs. 4 Sätze 1 und 2 StPO; § 261 StPO

115. BGH 4 StR 400/07 – Beschluss vom 15. November 2007 (OLG Naumburg)

Voraussetzungen einer Divergenzvorlage (Abgrenzung von nicht vorlagefähigen Tatfragen und Rechtsfragen; verhältnismäßige Strafzumessung beim Diebstahl geringwertiger Sachen (kurze Freiheitsstrafe).

§ 121 GVG; § 47 StGB; § 46 StGB; § 242 StGB; § 247a StGB

116. BGH 4 StR 459/07 – Urteil vom 20. Dezember 2007 (LG Landau)

Gefährliche Körperverletzung; Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen; sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person (sexualbezogene Handlung).

§ 224 StGB; § 201a StGB; § 179 Abs. 1, Abs. 5 StGB

117. BGH 4 StR 541/07 – Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Essen)

Unzulässige Revision des Nebenklägers (Verfristung).
§ 341 Abs. 1 StPO

118. BGH 4 StR 550/07 – Beschluss vom 8. Januar 2008 (LG Dessau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

119. BGH 4 StR 576/07 – Beschluss vom 11. Dezember 2007 (LG Saarbrücken)

Konkurrenzen (eine Tat im Rechtssinne trotz mehrerer natürlicher Handlungen); Neufassung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 64 StGB

120. BGH 5 StR 583/07 – Beschluss vom 7. Februar 2008 (LG Berlin)

Gesetzeskonkurrenz (schwere Misshandlung Schutzbefohlener; Körperverletzung).

§ 225 Abs. 3 StGB; § 223 StGB

121. BGH 4 StR 631/07 – Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Paderborn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

122. BGH 5 StR 201/07 – Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Potsdam)

Beweiswürdigung versuchtem Totschlag (mangelnde umfassende Erörterung entlastender Indizien; Aussagen von Mitangeklagten).

§ 261 StPO

123. BGH 5 StR 324/07 – Urteil vom 4. Dezember 2007 (LG Görlitz)

Garantenstellung aus enger Gemeinschaftsbeziehung und aus Ingerenz (Totschlag; Übernahme bedingter Hilfspflichten; gefahrerhöhendes Vorverhalten); Beihilfe zur unerlaubten Einreise; Einschleusen; unterlassene Hilfeleistung (Erforderlichkeit; Unglücksfall und Todeseintritt).

§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG; § 27 Abs. 1 StGB; § 96 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 AufenthG; § 212 StGB; § 13 StGB; § 323c StGB

124. BGH 5 StR 331/07 – Beschluss vom 5. Dezember 2007 (LG Leipzig)

Revisibilität der unterbliebenen Belehrung über ein Eidesverweigerungsrecht (Beruhen; Ausschluss einer überraschenden Eidesverweigerung; Beweiswürdigung).

§ 261 StPO; § 61 StPO; § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO

125. BGH 5 StR 352/07 – Beschluss vom 6. Dezember 2007 (LG Hamburg)

Wertpapierfälschung (Absicht, Wertpapiere als echt in den Verkehr zu bringen).

§ 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB

126. BGH 5 StR 384/07 – Beschluss vom 3. Dezember 2007 (LG Leipzig)

Ausnahmsweise Nichtanwendung des § 67 Abs. 2 StGB n.F. in der Revision.

§ 67 Abs. 2 StGB; § 354a StPO

127. BGH 5 StR 387/07 – Urteil vom 9. Januar 2008 (LG Berlin)

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (verminderte Schuldfähigkeit bei

chronifizierter posttraumatischer Belastungsstörung, andere schwere seelische Abartigkeit).
§ 30a Abs. 1 BtMG; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

128. BGH 5 StR 392/07 – Urteil vom 6. Dezember 2007 (LG Berlin)

Notwehr (Erforderlichkeit; Gebotenheit bei Vorsatzprovokation); rechtsfehlerhaft lückenhafte Beweiswürdigung (selektive Konstanzprüfung bei Zeugenaussagen); Erlaubnistatstandsirrtum (Erlaubnistatbestandsirrtum; Entfallen des Vorsatzes analog § 16 Abs. 1 StGB).
§ 32 StGB; § 223 StGB; § 229 StGB; § 261 StPO; § 16 Abs. 1 StGB

129. BGH 5 StR 398/07 – Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafter Ausschluss einer verminderten Schuldfähigkeit bei antisozialer Persönlichkeitsstörung (schwere andere seelische Abartigkeit bei Mangel an jeglichem intaktem Sozialverhalten; Verminderung der Steuerungsfähigkeit trotz koordiniertem, planmäßigem Verhalten).
§ 21 StGB

130. BGH 5 StR 404/07 – Urteil vom 4. Dezember 2007 (LG Potsdam)

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme; Eigeninteresse; Bandenmitgliedschaft als besonderes strafscharfendes Merkmal); absoluter Revisionsgrund der Beschränkung der Öffentlichkeit (Darlegungsvoraussetzung an die Verfahrensrüge: Vortrag zum Beruhen; Verwirkung; Verbot einer Rekonstruktion der Hauptverhandlung).
§ 29 BtMG; § 30a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 338 Nr. 6 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG

131. BGH 5 StR 417/07 – Beschluss vom 7. Januar 2008 (LG Chemnitz)

Minder schwerer Fall des Totschlages und Strafrahmenschiebung gemäß § 21 StGB wegen verminderter Schuldfähigkeit (Verbrauch und Prüfungsreihenfolge bei vertypen Milderungsgründen; Strafzumessung; Doppelverwertungsverbot); Grenzen der Versagung einer Strafmilderung wegen alkoholbedingter verminderter Schuldfähigkeit.
§ 212 StGB; § 213 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 50 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB

132. BGH 5 StR 418/07 - Beschluss vom 6. Dezember 2007 (LG Chemnitz)

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

133. BGH 5 StR 451/07 – Beschluss vom 5. Dezember 2007 (LG Hamburg)

Zulässig bedingter Beweisantrag (genügend bestimmte Beweisbehauptung; Behandlung eines offensichtlichen Missverständnisses; Bedeutungslosigkeit und Verbot der Beweisantizipation); Verwertungsverbot nach objektiv willkürlicher nichtrichterlicher Durchsuchungsanordnung (Unbeachtlichkeit eines hypothetisch rechtmäßigen

Ermittlungseingriffes; Eilkompetenz; redaktioneller Hinweise).
§ 244 Abs. 3 StPO; § 105 StPO

134. BGH 5 StR 471/07 – Beschluss vom 5. Dezember 2007 (LG Chemnitz)

Strafzumessung bei einem versuchten „Mitnahmesuizid“ zulasten des eigenen behinderten Kindes (Berücksichtigung einer bestehenden Tablettenabhängigkeit; Handeln aus „positiven Fremdwertgefühlen“ bei „erheblichen perspektivischen Ängsten“); minder schwerer Fall des Totschlages und Strafrahmenschiebung gemäß § 21 StGB wegen verminderter Schuldfähigkeit (Verbrauch und Prüfungsreihenfolge bei vertypen Milderungsgründen; Strafzumessung; Doppelverwertungsverbot).
§ 212 StGB; § 213 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 50 StGB

Liegt mit § 21 StGB ein so genannter vertypter Milderungsgrund vor und trifft ein derartiger Milderungsgrund mit allgemeinen (nicht vertypen) Milderungsgründen zusammen, so ist im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung aller maßgebenden Strafzumessungstatsachen zunächst – unter Ausklammerung des besonderen Grundes – allein auf die allgemeinen Milderungsgründe abzustellen. Führt diese Prüfung nach Auffassung des Tatrichters bereits zur Annahme eines minder schweren Falles, dann kann (§§ 21, 23 Abs. 2 StGB) oder muss (§ 27 Abs. 2 Satz 2 StGB) der so gefundene Strafrahmenschiebung nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Das Verbot der Doppelverwertung (§ 50 StGB) steht dem nicht entgegen.

135. BGH 5 StR 476/07 – Beschluss vom 6. Dezember 2007 (LG Hamburg)

Vorsätzliches Sichverschaffen gefälschter Wertpapiere (Absicht, Wertpapiere als echt in den Verkehr zu bringen: Erörterungsmängel; bedingter Vorsatz).
§ 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 151 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

136. BGH 5 StR 478/07 – Beschluss vom 6. Dezember 2007 (LG Berlin)

Berücksichtigung einer Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung auf die Sachrüge (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Erörterungsmangel auf Grund des Urteils).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB

137. BGH 5 StR 485/07 – Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Leipzig)

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

138. BGH 5 StR 491/07 – Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Bremen)

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

139. BGH 5 StR 495/07 – Beschluss vom 5. Dezember 2007 (LG Göttingen)

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

140. BGH 5 StR 497/07 – Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Leipzig)

Schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (minder schwerer Fall; Strafzumessung; Fehlen eines von Angst, Gewalt und Missbrauch geprägten Ausnutzungsverhältnisses).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 46 StGB

141. BGH 5 StR 499/07 – Beschluss vom 5. Dezember 2007 (LG Hamburg)

Rechtfehlerhaft unterlassene Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen zur Beurteilung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten (Aufklärungsrüge).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 246a StPO; § 244 Abs. 2 StPO

142. BGH 5 StR 513/07 – Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Bremen)

Darlegungsvoraussetzungen für eine schwere andere seelische Abartigkeit (Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Sachverständigengutachten); tatsächliche Beeinträchtigung der Einsichtsfähigkeit (verminderte Schuldfähigkeit).

§ 20 StGB; § 21 StGB

Eine erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit ist erst dann von Bedeutung, wenn sie dazu führt, dass der Täter das Unerlaubte seines Tuns nicht erkannt hat. Kann ihm das Fehlen dieser Einsicht nicht vorgeworfen werden, liegt ein Fall des § 20 StGB vor (vgl. nur BGHR StGB § 20 Einsichtsfähigkeit 2 m.w.N.); § 21 StGB käme nur in Betracht, wenn ihm das Fehlen der Einsicht vorzuwerfen wäre (vgl. nur BGHR StGB § 21 Einsichtsfähigkeit 6 m.w.N.).

143. BGH 5 StR 519/07 – Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

144. BGH 5 StR 522/07 – Beschluss vom 6. Dezember 2007 (LG Braunschweig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

145. BGH 5 StR 524/07 – Beschluss vom 10. Januar 2008 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 2 StPO

146. BGH 5 StR 530/07 – Urteil vom 18. Dezember 2007 (LG Chemnitz)

Minder schwerer Fall des Totschlages (Strafzumessung); Beurteilung der Schuldunfähigkeit (schwere andere seelische Abartigkeit); Strafrahmenverschiebung wegen alkoholbedingter verminderter Schuldunfähigkeit (Bedingungen einer Versagung; Alkoholabhängigkeit).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

147. BGH 5 StR 534/07 – Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Chemnitz)

Erpresserischer Menschenraub (Sich Bemächtigen; stabile Zwischenlage); fehlerhafte Strafrahmenwahl beim schweren Raub (keine nachträgliche Erklärung als

Schreibfehler nach Eingang der Revisionsbegründungsschrift).

§ 239a StGB; § 46 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

148. BGH 5 StR 543/07 – Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Chemnitz)

Grundsätze der Auslegung der Gewerbsmäßigkeit (besonders schwerer Fall des Betruges).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB

149. BGH 5 StR 549/07 – Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Chemnitz)

Begriff des Beweisantrages und fehlerhafte Ablehnung wegen Wahrunterstellung (Relativierung; Ablehnung wegen Bedeutungslosigkeit; fehlende allgemeine Hinweispflicht des Verteidigers; Verwirkung).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 7. Variante StPO

150. BGH 5 StR 552/07 – Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Cottbus)

Neuregelung des Vorwegvollzugs gemäß § 67 Abs. 2 StGB (Geltung in der Revision).

§ 67 Abs. 2 StGB; § 354a StPO

151. BGH 5 StR 577/07 – Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

152. BGH 5 StR 578/07 – Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Berlin)

Unzulässige Revision des Nebenklägers (Gesetzesverletzung).

§ 400 Abs. 1 StPO

153. BGH 5 StR 582/07 – Beschluss vom 8. Januar 2008 (LG Essen)

Kompensationsverbot beim Vorsteuerabzug (Strafzumessung).

§ 370 Abs. 4 Satz 3 AO; § 46 StGB

154. BGH GSSt 1/07 – Beschluss vom 17. Januar 2008 (BGH)

BGHSt; Kompensation einer Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung durch Vollstreckungslösung (Strafzumessungslösung; gesetzliche Mindeststrafe; lebenslange Freiheitsstrafe; Einstellungen; Verfahrenshindernis; Gesamtstrafenbildung); Recht auf Beschwerde; Gesetzesbindung der Strafgerichte; Aussetzung zur Bewährung (Funktion der Strafe).

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 34 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 StGB; § 211 StGB; § 56 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 59 StGB; § 60 StGB; § 153 StPO; § 153a StPO

155. BVerfG 1 BvR 620/07 (Erster Senat) – Beschluss vom 19. Dezember 2007 (Vors. der 8. GrStrK LG Münster)

Rundfunkfreiheit; Bericht über ein Strafverfahren; sitzungspolizeiliche Anordnung (Beschränkung von Ton- und Bildaufnahmen unmittelbar vor und nach der mündlichen Verhandlung und in den Sitzungspausen; Berück-

sichtigung der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten; Recht auf ein faires Strafverfahren: unbeeinträchtigte Teilhabe des Angeklagten, freier Verkehr mit dem Verteidiger, Vorverurteilung; Recht am eigenen Bild); Rechtsweg gegen sitzungspolizeiliche Anordnungen.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 176 GVG

156. BVerfG 2 BvR 294/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Januar 2008 (BFH/FG Rheinland-Pfalz)

Gleichheitsgrundsatz (Steuerrecht; strukturelles Vollzugsdefizit; Nichtdurchsetzbarkeit der Besteuerung; Belastungsgleichheit); Besteuerung von Wertpapiergeschäften im Veranlagungszeitraum 1999; Nichtannahmebeschluss.

Art. 3 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG; § 370 AO; Art. 103 Abs. 2 GG

157. BVerfG 2 BvR 1061/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Dezember 2007 (OLG Karlsruhe/LG Karlsruhe/ Justizvollzugsanstalt B.)

Beschäftigung Strafgefangener in privaten Unternehmerbetrieben; Resozialisierungsgebot; Rechtsstaatsprinzip; öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit der Vollzugsbehörde (Leitungsgewalt); Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz (umfassende Aufklärungspflicht im gerichtlichen Verfahren in Strafvollzugssachen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 12 GG; § 37 StVollzG; § 41 StVollzG; § 149 Abs. 4 StVollzG; § 109 StVollzG

158. BVerfG 2 BvR 1219/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Januar 2008 (LG Bonn/AG Bonn)

Durchsuchung (Berufsgeheimnisträger; Arztpraxis; Unzulässigkeit bei bloß vagem Tatverdacht; geringer Schaden; Verhältnismäßigkeit).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO

159. BVerfG 1 BvR 2697/07 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 12. Dezember 2007 (OLG Hamm)

Unterlassen der Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater bei bestehendem Verdacht des Mordes an der Kindesmutter (Ehrenmord); Elternrecht; Willkürverbot (Unterlassen der Einholung eines Sachverständigengutachtens); Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Auseinandersetzung mit fachgerichtlicher Begründung; Subsidiarität; Begründungsanforderungen); Nichtannahmebeschluss.

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG; § 1680 Abs. 2 S. 2 BGB; § 92 BVerfGG; § 211 StGB

160. BVerfG 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 (Erster Senat) – Urteil vom 27. Februar 2008

Heimliche Infiltration informationstechnischer Systeme (Zulässigkeit als präventive Maßnahme; „Online-Durchsuchung“; Richtervorbehalt; Kernbereich privater Lebensgestaltung); allgemeines Persönlichkeitsrecht (Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme); Unverletzlichkeit der Wohnung (beschränkte Anwendbarkeit); Kommunikation im Rechnernetz (Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses; Sprachtelefonie); staatliche Teilnahme an öffentlicher Kommunikation (kein Grundrechtseingriff); Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen.

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 13 GG; Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG; § 5 Abs. 2 Nr. 11 VerfSchG-NRW