

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

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); Wiss. Ass. Dr. Lutz

Eidam, LL.M. (Bucerius Law School);

Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur

(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof.

Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ.

Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich

(Univ. Erlangen-Nürnberg); RA

Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M.

(Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühl-

bauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neu-

haus (Dortmund); RA Markus

Rübenstahl, mag. iur. (Flick Gocke

Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof.

Dr. Frank Saliger (Bucerius Law

School Hamburg); RA Dr. Hellen

Schilling, (Frankfurt aM); Prof. Dr.

Christoph Sowada (Univ. Rostock);

RA Klaus-Ulrich Ventzke (Ham-

burg) und Prof. Dr. Wolfgang Woh-

lers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Ingeborg Puppe*, Univ. Bonn – **Aberratio ictus und dolus alternativus** (Anmerkung zu BGH HRRS 2008 Nr. 949) S. 91

RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur., Frankfurt am Main – **Die Vorbereitung der Est-Verkürzung mittels Erlangung eines Grundlagenbescheids als Erlangung eines Steuervorteils und vollendete Steuerhinterziehung?** (Besprechung zu BGH HRRS 2009 Nr. 68) S. 93

Susanne Claus, Berlin – **Der unrichtige Feststellungsbescheid als nicht gerechtfertigter Steuervorteil** (Besprechung zu BGH HRRS 2009 Nr. 68) S. 102

Philipp Reinhold, Bonn – **Der Arbeitgeber als Opfer „nützlicher Aufwendungen“ seiner Mitarbeiter** (Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2008 Nr. 1100) S. 107

Cand. iur. *Jana Korn*, Univ. Leipzig – **Der strafprozessuale Zugriff auf Verkehrsdaten nach § 100g StPO** S. 112

Entscheidungen

EuGH **Kompetenz für die EU-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung**

BVerfGE **Zulässigkeit der Rügeverkümmern**

BVerfG **Körperliche Durchsuchung in der Untersuchungshaft**

BGHSt **Schwerer sexueller Missbrauch – Eindringen in den Körper**

BGH **Anfrageverfahren zum Härteausgleich bei Verurteilung im Ausland**

BGHSt **Gebotene qualifizierte Belehrung nach Belehrungsverstoß**

BGH **Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bei mehrfacher Urteilsaufhebung wegen eines Verfahrensfehlers**

BGHR **Überzeugungsbildung bei DNA-Analyse zur Tatortspur**

BGHSt **Entwürdigende Behandlung von Untergebenen in der Bundeswehr bei „Geiselnahmeübungen“ (Fall Bad Coesfeld)**

BGH **Beweisantragsrecht der Minderheit in Untersuchungsausschüssen**

Die Ausgabe umfasst 72 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

SCHRIFTLÉITUNG
Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
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, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277
10. Jahrgang, März 2009, Ausgabe

3

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

297. EuGH C-301/06 – Urteil vom 10. Februar 2009 (Irland gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union)

Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung (Kompetenz der EU; Angleichung von Rechtsvorschriften zur Verwirklichung des Binnenmarktes; Strafverfolgung); Recht auf Achtung der Privatsphäre und Datenschutz; redaktioneller Hinweis.

Art. 8 EMRK; Art. 95 EG; Art. 30 EU; Art. 31 Abs. 1 Buchst. c EU; Art. 34 Abs. 2 Buchst. b EU; Art. 47 EU; Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006

1. Die Richtlinie 2006/24 wurde auf der Grundlage des EG-Vertrags, insbesondere von Art. 95 EG, wirksam erlassen.

2. Die Wahl der Rechtsgrundlage eines gemeinschaftlichen Rechtsakts muss sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs auf objektive, gerichtlich nachprüfbarere Umstände gründen, zu denen insbesondere das Ziel und der Inhalt des Rechtsakts gehören (vgl. Urteil vom 23. Oktober 2007, Kommission/Rat, C-440/05, Slg. 2007, I-9097, Randnr. 61 und die dort zitierte Rechtsprechung).

296. BVerfG 2 BvR 2044/07 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 15. Januar 2009 (BGH)

Zulässigkeit der Rügeverkümmern im Revisionsverfahren (Beachtlichkeit nachträglicher Protokollberichtigungen; BGH 1 StR 466/05); verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Vorrang des Gesetzes); Gewohnheitsrecht; Recht auf ein faires Ver-

fahren; Vertrauensschutz; Erfordernis einer funktions-tüchtigen Strafrechtspflege; Beschleunigungsgrundsatz; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Vorlageverfahren); abweichende Meinung Voßkuhle, Osterloh, Di Fabio.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 274 StPO

1. Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage der Rügeverkümmern im Strafverfahren wahrt die verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsfindung. (BVerfG)

2. Es gehört zu den anerkannten Aufgaben der Rechtsprechung, im Rahmen der Gesetze von ihr als rechtsgrundsätzlich aufgestellte Rechtssätze zu überprüfen und sie, wenn erforderlich, weiter zu entwickeln. Im Einzelfall kann dies auch dazu führen, dass ein früher als richtig angesehenes Normverständnis aufgegeben und abweichend entschieden wird. Der Umstand, dass ein im Wege richterlicher Rechtsfindung gewonnener Rechtssatz über einen langen Zeitraum Beachtung fand, mag in die Entscheidung einfließen, ob es gerechtfertigt ist, einen abweichenden Rechtssatz aufzustellen, er verleiht indes dem bisherigen Rechtssatz keine höhere Wertigkeit oder gar eine verfassungsrechtlich erhebliche Bestandsgarantie. (Bearbeiter)

3. Als verfassungsrechtlich unbedenklich erscheint auch die Auffassung, bei dem Verbot der Rügeverkümmern handele es sich nicht um Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht entsteht durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine ist und von den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird (vgl. BVerfGE 22, 114, 121; 28, 21, 28 f.). Es kann offen bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen eine ständige Rechtsprechung in prozessrechtlichen Fragen zu Gewohnheitsrecht werden kann. Jedenfalls genügt hierfür nicht schon eine erhebliche Länge der Zeit, über die sie sich als konstant erweist. Vielmehr bedarf es der Bildung einer Rechtsüberzeugung in den beteiligten Kreisen, also nicht nur unter Juristen. Unter einer Rechtsüberzeugung ist nicht nur die Erwartung zu verstehen, dass die Gerichte nach dieser Maxime verfahren werden, sondern darüber hinaus die Überzeugung, dass sie dies tun werden, weil es sich um eine sie bindende Norm handelt. (Bearbeiter)

4. Verfahrensgestaltungen, die den Erfordernissen einer wirksamen Strafrechtspflege dienen, verletzen nicht schon dann den grundrechtlichen Anspruch auf ein faires Strafverfahren, wenn verfahrensrechtliche Positionen des Angeklagten oder Beschuldigten dabei, gemessen am früheren Zustand, eine Zurücksetzung zugunsten einer wirksameren Strafrechtspflege erfahren. (Bearbeiter)

5. Der Gedanke der Waffengleichheit bezieht sich in erster Linie auf das Verhältnis der Verteidigung zur Staatsanwaltschaft und gebietet selbst in diesem Verhältnis keinen umfassenden Ausgleich verfahrensspezifischer Unterschiede in der Rollenverteilung (vgl. BVerfGE 63, 45, 67; 63, 380, 392 f.). Auf das Verhältnis des Gerichts zur Verteidigung kann der Gedanke der Waffengleichheit nicht übertragen werden. (Bearbeiter)

6. Höchstrichterliche Rechtsprechung ist kein Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Rechtsbindung. Eine in der Rechtsprechung bislang vertretene Gesetzesauslegung aufzugeben, verstößt nicht als solches gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Es bedarf nicht des Nachweises wesentlicher Änderungen der Verhältnisse oder der allgemeinen Anschauungen, damit ein Gericht ohne Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG von seiner früheren Rechtsprechung abweichen kann. Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält (vgl. BVerfGE 84, 212, 227 f.). (Bearbeiter)

7. Die Durchführung eines Vorlageverfahrens zum Großen Senat für Strafsachen als solche begründet grundsätzlich keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung. (Bearbeiter)

8. Aufgabe des Strafprozesses ist es, den Strafanspruch des Staates um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten. Der Strafprozess hat das aus der Würde des Menschen als eigenverantwortlich handelnder Person abgeleitete Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf (vgl. BVerfGE 80, 244, 255; 95, 96, 140), zu sichern und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitzustellen. Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt. Verfahrensrechtliche Gestaltungen, die der Ermittlung der Wahrheit und somit einem gerechten Urteil entgegenstehen, können, soweit sie verfassungsrechtlich nicht anderweit erfasst werden, jedenfalls den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren berühren (vgl. BVerfGE 57, 250, 275; 118, 212, 231). (Bearbeiter)

294. BVerfG 2 BvR 455/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Februar 2009 (HansOLG/Untersuchungshaftanstalt Hamburg)

Entkleidung und Anusinspektion bei Aufnahme in die Untersuchungshaftanstalt (kein Ausreichen vollzugspolitischer Zweckmäßigkeiten; Verhältnismäßigkeit); allgemeines Persönlichkeitsrecht.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 119 Abs. 3 StPO; § 119 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 76 UVollzO; § 84 Abs. 3 StVollzG

1. Durchsuchungen, die mit einer Entkleidung verbunden sind, stellen einen schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar. Dies gilt in besonderem Maß für Durchsuchungen, die mit einer Inspizierung von normalerweise bedeckten Körperöffnungen verbunden sind.

2. Zwar bildet § 119 Abs. 3 StPO nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine zureichende gesetzliche Grundlage für Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten des Untersuchungsgefangenen (vgl. BVerfGE 34, 369, 379; 57, 170, 177). Dies gilt

jedoch nur im Hinblick darauf, dass es sich um eine strikt auf die Abwehr von Gefahren für die Haftzwecke oder die Ordnung der Anstalt beschränkte Ermächtigung handelt, deren Anwendung in besonderem Maße dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtet ist (vgl. BVerfGE 34, 369, 380; 35, 307, 309). Für darüber hinausgehende Eingriffe nach Maßgabe vollzugspolitischer Zweckmäßigkeiten und nicht gefahrenabwehrrechtlich begründeter Abwägungen bietet § 119 Abs. 3 StPO keine ausreichende Grundlage.

3. Voraussetzung für die Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen auf der Grundlage des § 119 Abs. 3 StPO ist eine reale Gefährdung der in dieser Bestimmung bezeichneten öffentlichen Interessen (vgl. BVerfGE 15, 288, 295; 35, 307, 309). Für das Vorliegen einer solchen Gefahr müssen konkrete Anhaltspunkte bestehen (vgl. BVerfGE 35, 5, 10; 57, 170, 177).

4. § 119 Abs. 3 StPO schließt generelle Anordnungen - auch solche, die im Prinzip für alle Untersuchungsgefangenen gelten - nicht aus. Dies erfordert aber zum einen, dass eine reale Gefährdung der in § 119 Abs. 3 StPO bezeichneten öffentlichen Interessen nicht jeweils durch einzelne Maßnahmen hinreichend abgewehrt werden kann (vgl. BVerfGE 34, 369, 380; 34, 384, 399 f.). Zum anderen ist in solchen Fällen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dadurch Rechnung zu tragen, dass im Einzelfall Ausnahmen zugelassen werden, soweit dies ohne konkrete Gefährdung der in § 119 Abs. 3 StPO genannten Interessen möglich ist (vgl. BVerfGE 15, 288, 294 f.; 42, 95, 102).

5. Bei Personen, die in Untersuchungshaft verbracht werden, können Umstände vorliegen, die den Verdacht, der oder die Betreffende könne zum Zweck des Einschmuggelns in die Haftanstalt Drogen oder andere gefährliche Gegenstände in Körperöffnungen des Intimbe-

reichs versteckt haben, als derart fernliegend erscheinen lassen, dass hierauf gerichtete Untersuchungen, die mit einer Inspektion von Körperöffnungen verbunden sind, sich als nicht mehr verhältnismäßig erweisen.

295. BVerfG 2 BvR 728/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 18. September 2008 (OLG Köln/LG Aachen)

Überprüfung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung (Aussetzung der Unterbringung zur Bewährung; Pflicht zur Einholung eines Sachverständigengutachtens bei alleinigem Vorliegen eines acht Jahre alten Gutachtens; Gefahr repetitiver Routinebegutachtungen).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 5 EMRK; § 67d Abs. 2 StGB; § 463 Abs. 4 StPO

1. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG ergeben sich Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung. Dabei muss nicht bei jeder Überprüfung der Unterbringung von Verfassungen wegen ein Sachverständigengutachten eingeholt werden. Soweit keine zwingenden gesetzlichen Vorschriften bestehen, hängt es von dem sich nach den Umständen des einzelnen Falles bestimmenden pflichtgemäßen Ermessen des Richters ab, in welcher Weise er die Aussetzungsreife prüft (vgl. BVerfGE 70, 297, 309 f.). In der Regel besteht jedoch die Pflicht, einen erfahrenen Sachverständigen zuzuziehen, wenn es um eine Prognoseentscheidung geht, bei der geistige und seelische Anomalien in Frage stehen.

2. Der Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen muss der Richter durch eine sorgfältige Auswahl des Gutachters entgegenwirken. So wird es von Zeit zu Zeit geraten sein, einen anstaltsfremden Sachverständigen mit der Begutachtung zu beauftragen, um auszuschließen, dass anstaltsinterne Belange oder die Beziehung zwischen Therapeuten und Untergebrachtem das Gutachten beeinflussen (vgl. BVerfGE 70, 297, 310 f.; 109, 133, 164).

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

229. BGH 1 StR 470/08 - Beschluss vom 14. Januar 2009 (LG Bochum)

Bestechung; Amtsträgereigenschaft (Durchführung einer medizinisch-psychologischen Prüfung für die Fahrerlaubniserteilung; medizinisch-psychologische Begutachtungsstelle für die Fahreignung; sonstige Stelle); Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr; Grenzen der Bindung an eine zugesagte Strafborgrenze (Vertrauensschutz; Hinweispflicht; Recht auf ein faires Verfahren).

Art. 6 EMRK; § 334 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 66 FeV; § 299 StGB

1. Die Erstellung eines medizinisch-psychologischen Gutachten nach einer Anordnung der Fahrerlaubnisbehörde, dass der Betroffene ein solches medizinisch-psychologisches Gutachten beizubringen habe, begründet als solche nicht die Einstufung als Amtsträger. Die Begutachtungsstelle erfüllt im Rahmen der Begutachtung nicht einen Teil der an sich staatlichen Stellen obliegenden Aufgaben, sondern sie unterstützt lediglich den Be-

troffenen bei Erfüllung einer ihm im konkreten Verwaltungsverfahren treffenden Obliegenheit.

2. Bei einer anerkannten Begutachtungsstelle handelt es sich nicht um eine sonstige Stelle i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB.

3. Eine sonstige Stelle in diesem Sinne ist eine behördenähnliche Institution, die unabhängig von ihrer Organisationsform befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen mitzuwirken, ohne dabei eine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinne zu sein. Bei einer juristischen Person des Privatrechts sind diese Voraussetzungen nur dann erfüllt, wenn bei ihr Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung mit einer Behörde rechtfertigen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss sie bei einer Gesamtbetrachtung „als verlängerter Arm des Staates erscheinen“ (BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 12 312 f.; 49, 214, 219; 50, 299, 303; BGH NStZ 2006, 628, 630).

4. Wurde eine Urteilsabsprache getroffen, auf deren Grundlage seitens des Tatgerichts eine Zusage hinsichtlich der Strafobergrenze abgegeben wurde, kommt ein

Abweichen von einer solchen Zusage nur dann in Betracht, wenn schon bei der Urteilsabsprache vorhandene relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte übersehen wurden oder wenn sich in der Hauptverhandlung neue, dem Gericht bisher unbekannte schwerwiegende Umstände zu Lasten des Angeklagten ergeben haben (BGHSt 50, 40, 50). In einem solchen Fall muss das Gericht unter Darlegung der Umstände auf diese Möglichkeit hinweisen (BGHSt 43, 195, 210).

5. Ein Hinweis bedarf es aber nur dann, wenn sich die Abweichung von der Urteilsabsprache allein auf Taten bezieht, die zu diesem Zeitpunkt Gegenstand der Hauptverhandlung waren. Denn nur insoweit kann eine Zusage für den Angeklagten einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand schaffen. Keines Hinweises bedarf es indes, wenn sich in der Hauptverhandlung der Verfahrensstoff durch neu angeklagte Tatvorwürfe erweitert, die Gegenstand des Verfahrens geworden sind. In einem solchen Fall ist für alle Verfahrensbeteiligten ohne weiteres erkennbar, dass die bisherige Zusage, die die neu angeklagten Taten nicht zum Gegenstand hatte, wegen der veränderten Sachlage für das Tatgericht nicht mehr verbindlich sein kann.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

242. BGH 2 StR 383/08 - Beschluss vom 19. Dezember 2008 (LG Gera)

Schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (Eindringen in den Körper; Ejakulation in den Mund des Tatopfers; sexuelle Handlung mit Körperkontakt).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 184g StGB

1. Die Qualifikation des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB ist bei Ejakulation in den Mund des Tatopfers erfüllt. (BGHSt)

2. Nach der Rechtsprechung des Senats ist das Ejakulieren auf den (nackten) Körper eine sexuelle Handlung mit Körperkontakt (so zu § 178 Abs. 1 StGB a. F. BGH NStZ 1992, 433 m. w. N.). Die sexuelle Handlung am Tatopfer setzt körperliche Berührung voraus, der Täter muss mit seiner sexuellen Handlung auf den Körper des Tatopfers einwirken, ihn in Mitleidenschaft ziehen. Erforderlich ist, dass der Körper des anderen selbst – nicht nur seine Kleidung und gegebenenfalls seine psychische Verfassung – in Mitleidenschaft gezogen wird. (Bearbeiter)

3. Die notwendige Begrenzung des Tatbestandes leisten bei § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB das Erfordernis einer im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut erheblichen sexuellen Handlung nach § 184g Nr. 1 StGB und das Tatbestandsmerkmal der Beischlafähnlichkeit der Tathandlung. Diese Kriterien sind auch in den Fällen des Eindringens

mit Flüssigkeiten oder breiigen Gegenständen in den Mund zu prüfen. (Bearbeiter)

273. BGH 3 StR 203/08 - Beschluss vom 2. Dezember 2008 (LG Mannheim)

Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung gerichtlicher Entscheidungen als Urkunden); Nötigung (Einfluss des Nötigenden auf den Eintritt des in Aussicht gestellten Übels); tatbestandliche Handlungseinheit (Zäsur; Klammerwirkung); Volksverhetzung; Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole; Berufsverbot; Beihilfe zum Verstoß gegen ein Berufsverbot beim Rechtsanwalt; Recht auf Verteidigung (verteidigungsfremdes Verhalten); Fall Stolz; Fall Zündel.

§ 249 Abs. 1 StPO; § 250 StPO; § 240 StGB; § 52 StGB; § 130 Abs. 3 StGB; § 90a Abs. 1 StGB; § 70 StGB; § 145c StGB; § 27 StGB

1. Eine Drohung im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt und dessen Verwirklichung er nach dem Inhalt seiner Äußerung für den Fall des Bedingungeintritts will. Das Übel muss gerade als vom Willen des Drohenden abhängig dargestellt werden. Zwar kann für eine (versuchte) Nötigung auch die Ankündigung der Zufügung eines Übels durch Dritte genügen, dies jedoch nur, wenn der

Drohende damit zum Ausdruck bringt, er sei willens und in der Lage, den oder die Dritten zu einem entsprechenden Tätigwerden veranlassen zu können (vgl. BGHSt 7, 197, 198; 16, 386, 387; 31, 195, 201). Es stellt danach eine straflose Warnung dar, wenn Schöffen darauf aufmerksam gemacht werden, dass ihnen im Fall eines Wiederauflebens des Nationalsozialismus eine Bestrafung wegen Feindbegünstigung und Volksverleumdung drohe.

2. Als Ausübung des Berufs im Sinne des § 145c StGB kommt grundsätzlich jede Tätigkeit in Betracht, auf die sich das Berufsverbot erstreckt; bereits die einmalige, ohne Wiederholungsabsicht vorgenommene und nicht zwingend entgeltliche Betätigung in dem untersagten Bereich reicht aus, wenn schon diese ein Tätigwerden im verbotenen Beruf darstellt (vgl. OLG Düsseldorf NJW 1966, 410). Das kurzzeitige Platznehmen auf der Verteidigerbank zu Beginn einer Hauptverhandlung noch vor Feststellung der Präsenz (§ 243 Abs. 1 Satz 2 StPO) stellt indes noch keine Tätigkeit dar, die bereits als Ausübung des Rechtsanwaltsberufs bewertet werden könnte.

3. Gerichtsbeschlüsse sind Urkunden im Sinne des § 249 Abs. 1 StPO. Deren Verlesung verstößt auch dann nicht gegen das Verbot des § 250 Satz 2 StPO, wenn die Entscheidung Wahrnehmungen von Personen wiedergibt.

4. Voraussetzung für eine Klammerwirkung ist, dass die Ausführungshandlungen zweier oder mehrerer an sich selbstständiger Delikte zwar nicht miteinander, wohl aber mit der Ausführungshandlung eines dritten Tatbestandes (teil-)identisch sind und dass zwischen wenigstens einem der beiden an sich selbstständigen Delikte und dem sie verbindenden, sich über einen gewissen Zeitraum hinziehenden (Dauer-) Delikt zumindest annähernde Wertgleichheit besteht.

261. BGH 4 StR 529/08 – Urteil vom 12. Februar 2009 (LG Saarbrücken)

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit trotz vorheriger, telefonischer Ankündigung eines Schlachtfestes; niedrige Beweggründe bei Motivbündel); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Bedeutung anderer Persönlichkeitsmängel).

§ 211 StGB; § 64 StGB

1. Lauert der Täter seinem ahnungslosen Opfer auf, um an dieses heranzukommen, kommt es nicht darauf an, ob und wann es die von dem ihm gegenüber tretenden Täter ausgehende Gefahr erkennt (vgl. BGH NStZ 1984, 261; NStZ-RR 1996, 98).

2. Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit genügt es, dass der Täter diese in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH NStZ 2003, 535).

3. Beim Vorliegen eines Motivbündels beruht die vorsätzliche Tötung nur dann auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv oder die vorherrschenden Motive, welche der Tat ihr Gepräge geben, nach allgemeiner sitt-

licher Wertung auf tiefster Stufe stehen und besonders verwerflich sind (BGH NStZ-RR 2007, 111 m.w.N.).

4. Die Anordnung einer Maßregel nach § 64 StGB kann grundsätzlich nicht allein deswegen verneint werden, weil außer der Sucht noch weitere Persönlichkeitsmängel eine Disposition für die Begehung von Straftaten begründen. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt darf aber nicht ausschließlich zur Besserung des Täters, also ohne gleichzeitige günstige Auswirkungen auf die Interessen der öffentlichen Sicherheit im Sinne einer Verminderung der vom alkoholabhängigen Täter ausgehenden Gefährlichkeit erfolgen. Vielmehr ist erforderlich, dass bei erfolgreichem Verlauf der Behandlung jedenfalls das Ausmaß der Gefährlichkeit des Täters nach Frequenz und krimineller Intensität der von ihm zu befürchtenden Straftaten deutlich herabgesetzt wird (vgl. Senat NStZ 2003, 86 m.w.N.).

257. BGH 4 StR 272/08 – Beschluss vom 7. Oktober 2008 (LG Gera)

Verwertung der Erkenntnisse aus der Telekommunikationsüberwachung (Verlesung von Niederschriften); vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs (Schluss auf die Fahruntüchtigkeit bei Drogenkonsum und bei Fahrfehlern im Zusammenhang mit überhöhter Geschwindigkeit).

§ 100a StPO; § 261 StPO; § 315c Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 3 Nr. 1 StGB

1. Werden im Blut des Angeklagten verschiedene Drogenwirkstoffe nachgewiesen, rechtfertigt dies für sich allein noch nicht die Annahme seiner Fahruntüchtigkeit. Anders als beim Alkoholkonsum eines Kraftfahrers ist eine Fahruntüchtigkeit nach Genuss von Drogen allein auf Grund eines positiven Wirkstoffspiegels im Blut nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft (noch) nicht zu begründen (vgl. BGHSt 44, 219, 221).

2. Auch aus der Tatsache, dass der Angeklagte beim Linksabbiegen einen Unfall verursachte, kann kein sicherer Schluss auf eine durch Drogenkonsum bedingte Fahruntüchtigkeit gezogen werden, wenn sich der Angeklagte zu diesem Zeitpunkt auf der Flucht vor der Polizei befand (vgl. hierzu BGHR StGB § 315 c Abs. 1 Nr. 1 Ur-sächlichkeit 1; § 316 Abs. 1 Fahruntüchtigkeit, alkoholbedingte 4).

3. Erkenntnisse aus der Telekommunikationsüberwachung können durch Verlesen der von dem Inhalt der Tonträger hergestellten Niederschriften in die Hauptverhandlung eingeführt werden (vgl. BGHSt 27, 135 f.).

4. Dass in diesen Niederschriften die Gespräche nicht immer in wörtlicher Rede wiedergegeben sind, steht einer Verlesung nicht entgegen, soweit es nicht auf den genauen Wortlaut der Gespräche ankommt, sondern zum Beispiel auf die Tatsache, dass ein Angeklagter zu einem bestimmten Zeitpunkt von seiner Wohnung aus Telefonate geführt hat.

280. BGH 5 StR 11/09 – Beschluss vom 11. Februar 2009 (LG Berlin)

Unterschlagung (Anvertrautsein bei Leasing-

verträgen und einem Rechtsübergang); Strafzumessung (Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe); nicht sorgfältig abgefasste Urteilsgründe.

§ 246 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 267 StPO

Auch Leasingverträge begründen nicht anders als Mietverträge (BGHSt 9, 90) oder Sicherungsübereignungen

(BGH wistra 2007, 18, 21) besondere, auf den Erhalt und die Rückführung des Eigentums ausgerichtete Verhaltenspflichten des Leasingnehmers, die ein Anvertrautsein im Sinne des § 246 Abs. 2 StGB verwirklichen. Im Fall eines Rechtsübergangs (hier: Erwerb einer GmbH) geht auch das besondere persönliche Merkmal des Anvertrautseins über.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

272. BGH 4 ARs 2/09 - Beschluss vom 27. Januar 2009

Anfrageverfahren; kein Härteausgleich bei der Strafzumessung in Fällen, in denen eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung mit Strafen aus ausländischen Verurteilungen nicht vorgenommen werden kann.

§ 55 StGB; § 46 StGB

1. Rechtsprechung des 4. Strafsenats steht der beabsichtigten Rechtsprechung des 2. Strafsenats nicht entgegen, keinen Härteausgleich bei der Strafzumessung in Fällen zu gewähren, in denen eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung mit Strafen aus ausländischen Verurteilungen nicht vorgenommen werden kann.

2. Der 4. Senat erachtet es für nicht zulässig, allein deshalb, weil eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung analog § 55 Abs. 1 StGB unter Einbeziehung von im Ausland verhängten Strafen ausscheidet, einen „Härteausgleich“ in Form eines bezifferten Abschlags von einer fiktiv gebildeten Gesamtstrafe mit der Folge zu gewähren, dass die Bindung an die gesetzlichen Strafrahmen entfällt und im Einzelfall auch die gesetzliche Mindeststrafe unterschritten werden kann. Vielmehr kommt in diesen Fällen eine als „Härteausgleich“ bezeichnete Milderung lediglich im Rahmen der allgemeinen Strafzumessungsgründe nach § 46 StGB unter Einhaltung der gesetzlichen Strafrahmen in Betracht.

240. BGH 1 ARs 2/09 - Beschluss vom 21. Januar 2009 (BGH)

Anfrageverfahren; kein Härteausgleich bei der Strafzumessung in Fällen, in denen eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung mit Strafen aus ausländischen Verurteilungen nicht vorgenommen werden kann.

§ 55 StGB

Rechtsprechung des 1. Strafsenats steht der beabsichtigten Rechtsprechung des 2. Strafsenats nicht entgegen, keinen Härteausgleich bei der Strafzumessung in Fällen zu gewähren, in denen eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung mit Strafen aus ausländischen Verurteilungen nicht vorgenommen werden kann.

253. BGH 2 StR 565/08 - Beschluss vom 14. Januar 2009 (LG Darmstadt)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (hirnorganische Erkrankung mit der Folge unkontrollierter Wut; erheblich verminderte oder vollständig aufgehobene Steuerungsfähigkeit; Teppichreparateur-Fall).

§ 63 StGB; § 21 StGB; § 20 StGB

Die Anordnung nach § 63 StGB setzt nicht voraus, dass der Zustand eingeschränkter Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit durchgängig und dauerhaft besteht. Es reicht vielmehr aus, dass der Zustand der Grunderkrankung dauerhaft besteht und dazu führt, dass schon alltägliche Ereignisse zu einer Aktualisierung und Aufwallung der die Schuldfähigkeit aufhebenden oder erheblich vermindernden Störung führen können.

231. BGH 1 StR 618/08 - Beschluss vom 22. Januar 2009 (LG Augsburg)

Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (neue Tatsachen aus dem Vollzug; erforderliche Erheblichkeit).

§ 66b StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

1. Bei den „Nova“ im Sinne des § 66b StGB muss es sich um Tatsachen jenseits einer gewissen Erheblichkeitsschwelle handeln (vgl. BGHSt 50, 121, 124 f.; 51, 191, 195; BT-Drucks. 15/2887 S. 10, 12), d.h. sie müssen ungeachtet der notwendigen Gesamtwürdigung bereits für sich Gewicht haben, weil sie nur dann auf eine relevante Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen können (vgl. BGH StV 2007, 29).

2. Vorfälle im Vollzug können die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nur rechtfertigen, wenn sie auf eine Bereitschaft des Verurteilten hinweisen, schwere Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer zu begehen. Verhaltensweisen, die sich auf die Vollzugssituation zurückführen lassen und sich für Strafgefangene als typisch oder doch weit verbreitet darstellen, fallen nicht darunter (BVerfG, Kammer,

Beschl. vom 23. August 2006 - 2 BvR 226/06; BGHSt 50, 284, 297 f.).

3. Anwendung auf sexuelle Begehrlichkeiten und Eifersucht im Vollzug.

246. BGH 2 StR 481/08 - Beschluss vom 17. Dezember 2008 (LG Bonn)

(Versuchte) Vergewaltigung einer Prostituierten; Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung (Warnfunktion).

§ 177 StGB; § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB darf nur dann angeordnet werden, wenn die zur zweiten Verurteilung führenden Tat nach Rechtskraft der ersten Vorverurteilung begangen worden ist (BGHSt 35, 6, 12; 38, 258). Vortaten und Vorverurteilungen müssen in der Reihenfolge „Tat-Urteil-Tat-Urteil“ begangen worden sein (BGH, Beschl. vom 4. September 2008 - 4 StR 378/08). Der Täter muss, um die Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 StGB zu erfüllen, die Warnfunktion eines jeweils rechtskräftigen Strafurteils zwei Mal missachtet haben (BGHSt 35, 6, 12; 38, 258).

233. BGH 1 StR 664/08 - Beschluss vom 17. Dezember 2008 (LG Nürnberg)

Vertyppter Milderungsgrund des Täter-Opfer-Ausgleichs (kommunikativer Prozess; keine Anwendung auf die reine Abgeltung von Schadensersatzansprüchen).

§ 46a StGB; § 46 StGB

Zwar darf Wiedergutmachung im Sinne von § 46a StGB nicht mit dem zivilrechtlichen Schadensersatz gleichgesetzt werden, sondern es wird weiterhin ein kommunikativer Prozess zwischen Täter und Opfer vorausgesetzt. Die Annahme eines solchen kommunikativen Prozesses kann aber schon bei der Durchführung erfolgreicher Vergleichsverhandlungen nahe liegen.

269. BGH 4 StR 614/08 - Beschluss vom 22. Januar 2009 (LG Paderborn)

Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anlassstaten im unteren Kriminalitätsbereich: Betrug und Hausfriedensbruch).

§ 63 StGB; § 123 StGB; § 263 StGB

Dem unteren Kriminalitätsbereich zuzurechnende Betrugs- und Hausfriedensbruchstaten stellen keine erheblichen Straftaten im Sinne des § 63 StGB dar. Sie sind nicht geeignet, die außerordentlich belastende Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zu begründen.

254. BGH 2 StR 586/08 - Beschluss vom 4. Februar 2009 (LG Trier)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (erkennbare Ermessensausübung); Verfall von Wertersatz (teilweises Absehen von der Anordnung bei unbilliger Härte).

§ 64 StGB; § 73a StGB; § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Eine gebotene Prüfung des § 64 StGB erweist sich nicht deshalb als entbehrlich, weil nach § 64 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1327) die Maßregel nicht mehr zwingend anzuordnen ist. Das Gericht muss das ihm nunmehr eingeräumte Ermessen auch tatsächlich ausüben und dies in den Urteilsgründen kenntlich machen (vgl. BGH NSTZ-RR 2008, 73 f.; Beschl. vom 9. September 2008 - 3 StR 337/08).

2. Dass vollstreckungsrechtlich die Möglichkeit eines Vorgehens nach § 35 BtMG in Betracht kommt und vom Tatgericht befürwortet wird rechtfertigt für sich allein das Absehen von der Prüfung und gegebenenfalls der Anordnung der Maßregel nach § 64 StGB nicht (BGH StV 2008, 405; Beschl. vom 27. Juni 2008 - 3 StR 212/08).

3. Die Auffassung, dass der Wertersatzverfall immer zwingend in Höhe des gesamten brutto eingenommenen Geldbetrages zu erfolgen habe und bei Vorliegen einer unbilligen Härte nach § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB von seiner Anordnung zwingend ganz abzusehen sei, trifft so nicht zu. Von einer Verfallsanordnung ist nur dann gemäß § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB vollständig abzusehen, wenn auch die Anordnung hinsichtlich eines Teilbetrags den Angeklagten unbillig hart träfe.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

260. BGH 4 StR 455/08 - Urteil vom 18. Dezember 2008 (LG Arnsberg)

Gebotenheit einer qualifizierten Belehrung nach Belehrungsverstoß bei der Vernehmung eines Beschuldigten (wirksamkeitsverpflichtete Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit und des Schweigerechts; Beweiserhebungsverbot; Beweisverwertungsverbot; Recht auf ein

faïres Verfahren; Widerspruchslösung; Abwägungslösung; Schutzzwecklehre); Begriff des Beschuldigten; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Wird ein Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht als Zeuge vernommen, so ist er wegen des Belehrungsver-

stoßes (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldigter auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen („qualifizierte“ Belehrung). (BGHSt)

2. Unterbleibt die „qualifizierte“ Belehrung, sind trotz rechtzeitigen Widerspruchs die nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall verwertbar. (BGHSt)

3. Neben dem in die Abwägung einzubeziehenden Gewicht des Verfahrensverstößes und des Sachaufklärungsinteresses ist maßgeblich darauf abzustellen, ob der Betreffende nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung davon ausgegangen ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abrücken zu können (im Anschluss an BGH, Urteil vom 3. Juli 2007 – 1 StR 3/07 = StV 2007, 450, 452). (BGHSt)

4. Nicht jeder Tatverdacht begründet bereits die Beschuldigteneigenschaft mit der Folge einer entsprechenden Belehrungspflicht; vielmehr kommt es auf die Stärke des Tatverdachts an. Es obliegt der Strafverfolgungsbehörde, nach pflichtgemäßer Beurteilung darüber zu befinden, ob ein Tatverdacht sich bereits so verdichtet hat, dass die vernommene Person ernstlich als Täter oder Beteiligter der untersuchten Straftat in Betracht kommt (st. Rspr.; BGHSt 37, 48, 51 f.; 51, 367, 371). Falls der Tatverdacht aber so stark ist, dass die Strafverfolgungsbehörde andernfalls willkürlich die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde, ist es verfahrensfehlerhaft, wenn der Betreffende dennoch als Zeuge und nicht als Beschuldigter vernommen wird (vgl. BGHSt aaO). (Bearbeiter)

5. Das Recht zu schweigen und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen („nemo tenetur“-Grundsatz), gehören zum „Kernstück des von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten fairen Verfahrens“ (EGMR NJW 2002, 499, 501; JR 2005, 423 m. Anm. Gaede; weiter BGHSt – GS – 42, 139, 151 ff.). (Bearbeiter)

262. BGH 4 StR 537/08 - Beschluss vom 15. Januar 2009 (LG Stralsund)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verzögerung bei mehrfacher Urteilsaufhebung wegen eines Verfahrensfehlers; Umsetzung des Kompensationsanspruches aus Art. 13 EMRK in dieser Fallgruppe); Recht auf Beschwerde; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 51 StGB; § 46 StGB

1. Sind im selben Verfahren mehrmals Urteile wegen allein von dem Gericht zu verantwortenden Verfahrensfehlern aufgehoben worden und musste die Sache deshalb wiederholt neu verhandelt werden, begründet die dadurch eingetretene Verzögerung des Abschlusses des Verfahrens und die damit für den Angeklagten verbundene besondere Belastung einen Kompensationsanspruch aus Art. 13 EMRK.

2. In einem solchen Fall hat der Tatrichter zunächst festzustellen, welcher Zeitraum zwischen der Eröffnung des Tatvorwurfs und dem Urteil bei zeitlich angemessener

Verfahrensgestaltung als erforderlich anzusehen ist; dieser Zeitraum ist bei der Berechnung der Dauer der in den Verantwortungsbereich der Justiz fallenden Verzögerung nicht zu berücksichtigen. Sodann wird das Gericht festzulegen haben, welcher bezifferte Teil der Gesamtstrafe zur Kompensation der Verzögerung als vollstreckt gilt. Bei der Bemessung sind vor allem das Gewicht der Verfahrensfehler, die zur wiederholten Aufhebung der Urteile in diesem Verfahren geführt haben, sowie die Auswirkungen der Verzögerungen auf den Angeklagten zu berücksichtigen (vgl. BGHSt - GS - aaO 146 = NJW aaO S. 866; BGH, Beschluss vom 26. November 2008 - 5 StR 450/08 - m.w.N.). Dagegen bleiben die mit der Verfahrensdauer als solcher verbundenen Belastungen bei der Kompensation außer Ansatz, da sie vom Landgericht in dem angefochtenen Urteil zu Recht bei der Gesamtstrafbemessung zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigt worden sind (BGH - GS - aaO 147; BGH, Beschluss vom 14. Mai 2008 - 3 StR 75/08). Hingegen wird der neue Tatrichter bei dem Maß der Kompensation auch die weitere Verzögerung zu bedenken haben, die nunmehr bis zur wiederholten Neuverhandlung der Sache eintritt.

3. Der Senat lässt im Übrigen offen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die durch Aufhebung eines Urteils im Rechtsmittelzug auf Grund eines Verfahrensfehlers erforderliche neue Verhandlung der Sache und die dadurch bedingte Dauer des Verfahrens generell als Konventionsverstoß zu werten und deshalb der in Folge der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens verstrichene Zeitraum der Überlänge eines Verfahrens hinzuzurechnen ist.

237. BGH 1 StR 722/08 - Beschluss vom 21. Januar 2009 (LG Karlsruhe)

BGHR; Überzeugungsbildung (ausreichendes Ergebnis einer DNA-Analyse zur Tatortspur des Angeklagten; Berechnungsdarstellung).

§ 261 StPO

Jedenfalls bei einem Seltenheitswert im Millionenbereich kann das Ergebnis der DNA-Analyse wegen der inzwischen erreichten Standardisierung der molekulargenetischen Untersuchung für die Überzeugungsbildung des Tatrichters dahin, dass die gesicherte Tatortspur vom Angeklagten herrührt, ausreichen, wenn die Berechnungsgrundlage den von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgestellten Anforderungen entspricht. (BGHR)

268. BGH 4 StR 609/08 - Beschluss vom 5. Februar 2009 (LG Halle)

Absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit des Angeklagten (unstatthafte Beurlaubung; Reichweite der Aufhebung; Aufhebung nur des Strafausspruchs).

Art. 6 EMRK; § 338 Nr. 5 StPO; § 231c StPO

1. Gemäß § 231c Satz 1 StPO besteht die Möglichkeit der Beurlaubung nur für einzelne Teile der Verhandlung, von denen der zu beurlaubende Angeklagte und sein Verteidiger „nicht betroffen“ sind. Letzteres trifft nur zu, wenn auszuschließen ist, dass die während der Abwesenheit des Angeklagten behandelten Umstände auch nur mit

telbar die gegen ihn erhobenen Vorwürfe berühren. Auch wenn der Verhandlungsteil nur für den Ausspruch über eine Rechtsfolge für den Angeklagten von Bedeutung ist, wird dieser von ihm betroffen.

2. Eine darauf bezogene Aufhebung des Urteils hat nach § 338 Nr. 5 StPO auch bei einem auf die Beurlaubung gerichteten Antrag des Verteidigers des Angeklagten zu erfolgen, soweit das Urteil von der Verletzung des § 231c Satz 1 StPO betroffen ist.

281. BGH 5 StR 12/09 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Braunschweig)

Vergewaltigung; Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Gesamtwürdigung der für und gegen die Glaubhaftigkeit einer Aussage sprechenden Umstände). § 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

Die tatrichterliche Beweiswürdigung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand, wenn sie sich darauf beschränkt, die Umstände, die gegen die Zuverlässigkeit der Angaben eines Zeugen sprechen, gesondert und einzeln zu erörtern, getrennt voneinander zu prüfen und festzustellen, dass sie jeweils nicht geeignet seien, die Glaubwürdigkeit des geschädigten Zeugen in Zweifel zu ziehen. Denn in diesem Fall fehlt es an der gebotenen Gesamtwürdigung aller Beweisanzeichen, die gegen die Richtigkeit der Bekundungen des Zeugen sprechen könnten. Selbst wenn nämlich jedes einzelne seine Glaubwürdigkeit möglicherweise in Frage stellende Indiz noch keine Bedenken gegen die den Angeklagten belastende Aussage aufkommen lassen mag, so kann doch eine Häufung von Fragwürdigkeiten bei einer Gesamtschau zu durchgreifenden Zweifeln an der Richtigkeit der erhobenen Vorwürfe Anlass geben.

264. BGH 4 StR 563/08 - Beschluss vom 14. Januar 2009 (LG Dortmund)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anbringung von Verfahrensrügen (fehlende Akteneinsicht; Anforderungen an die Zulässigkeit; Frist; erforderliche Angaben). § 345 Abs. 1 StPO; § 44 Satz 1 StPO

Wird geltend gemacht, fehlende Akteneinsicht habe die formgerechte Formulierung einer Verfahrensrüge verhindert, muss die Rüge im Wiedereinsetzungsgesuch so genau mitgeteilt werden, wie dies dem Beschwerdeführer ohne Akteneinsicht möglich ist (BGHR StPO § 44 Verfahrensrüge 10).

289. BGH 5 StR 590/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Frankfurt/Oder)

Recht des Angeklagten auf das letzte Wort (Antrag auf Haftfortdauer). § 258 StPO

1. Dem Angeklagten steht gemäß § 258 Abs. 3 StPO das Recht zu, als letzter noch etwas zu seiner Verteidigung anzuführen. Die Vorschrift verfolgt den Zweck, dem Angeklagten die Möglichkeit einzuräumen, seine Auffassung noch unmittelbar vor der Beratung und Verkündung des Urteils darlegen zu können.

2. § 258 Abs. 2 StPO ist bereits dann verletzt, wenn nach den Schlussvorträgen und einem „letzten Wort“ des Angeklagten die Staatsanwaltschaft ohne Wiedereintritt in die Verhandlung den Antrag auf Haftfortdauer stellt und dem Angeklagten im Anschluss daran nicht erneut Gelegenheit zu einem letzten Wort gegeben wird.

271. BGH 4 StR 640/08 - Beschluss vom 5. Februar 2009 (LG Paderborn)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (mangelnde Feststellungen; nötige Tatkonkretisierung; Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte durch zu geringe Anforderungen an die Überzeugungsbildung; Unschuldsvermutung).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 EMRK; § 261 StPO; § 267 StPO

Ein Schuldspruch wegen Taten, die weder nach Ort, Zeit oder sonstigen Tatumständen näher bestimmt und auch hinsichtlich des Tathergangs nur sehr vage beschrieben sind, ist, namentlich wenn der Angeklagte die Vorwürfe bestreitet, mit rechtstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren (vgl. nur BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Mindestfeststellungen 3). Könnte eine Verurteilung auch auf derart vage Feststellungen gestützt werden, so würde der Angeklagte in seinen Verteidigungsmöglichkeiten unangemessen beschränkt (BGH aaO). Darüber hinaus wird, je weniger konkrete Tatsachen über den Schuldanspruch bekannt sind, desto fraglicher, ob der Richter von der Tat im Sinne des § 261 StPO überhaupt überzeugt sein kann (BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Mindestfeststellungen 1 und 2). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Tatvorwurf Vorgänge betrifft, die auf früheren Aussagen eines einzigen Zeugen beruhen, die dieser zudem später widerrufen hat.

245. BGH 2 StR 479/08 - Beschluss vom 12. Dezember 2008 (LG Gera)

Unbegründete Befangenheitsrügen (gesetzlicher Richter; Willkür; absoluter Revisionsgrund: Prüfung nach Beschwerdegrundsätzen); Verfall von Wertersatz (Härtefallregelung; unbillige Härte; Ermessensausübung).

Art. 6 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 StPO; § 73c StGB; § 73a StGB

1. Zwar ist in Fällen, in denen das Gericht über ein Ablehnungsgesuch in falscher Besetzung entschieden hat und dadurch das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt worden ist, allein deswegen der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO gegeben (BVerfG NJW 2005, 3410, 3413 f.; StraFo 2006, 232, 236; BGHSt 50, 216, 219; NStZ 2007, 161, 162).

2. Ein Verstoß gegen die Zuständigkeitsregelungen der §§ 26a, 27 StPO führt aber nicht stets, sondern nur dann zu einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wenn die Vorschriften willkürlich angewendet werden, der abgelehnte Richter sich mithin zum „Richter in eigener Sache“ macht, oder die richterliche Entscheidung die Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie verkennt. Dagegen liegt bei einer „nur“ schlicht fehlerhaften Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften ein Verfassungsverstoß nicht vor (vgl. BVerfG aaO).

3. Erfolgt die Verwerfung allein aus formalen Erwägungen, wurden die Ablehnungsgründe aber nicht inhaltlich geprüft, ist daher danach zu differenzieren, ob die Entscheidung des Gerichts auf einer groben Missachtung oder Fehlanwendung des Rechts beruht, ob also Auslegung und Handhabung der Verwerfungsgründe offensichtlich unhaltbar oder aber lediglich schlicht fehlerhaft sind (BGHSt 50, 216, 219 f.). In letzterem Fall entscheidet das Revisionsgericht nach Beschwerdegrundsätzen sachlich über die Besorgnis der Befangenheit (BGH NSTZ

2007, 161, 162; NSTZ-RR 2008, 246, 247; Beschl. vom 27. August 2008 - 2 StR 281/08).

4. Eine grob fehlerhaft Bedeutung und Tragweite von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verkennende Anwendung des Befangenheitsrechts liegt nicht vor, wenn ein Befangenheitsgesuch des Verteidigers als unzulässig abgelehnt wird, weil der Verteidiger zuvor nicht mit dem Angeklagten Rücksprache gehalten hat.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

226. BGH 1 StR 158/08 - Urteil vom 14. Januar 2009 (LG Münster)

BGHSt; Wesen des militärischen Dienstes und sozialwidrige Behandlungen von Untergebenen in der Bundeswehr; entwürdigende Behandlung von Untergebenen in der Bundeswehr bei „Geiselnahmeübungen“; Irrtum eines Untergebenen in der Bundeswehr über die Rechtmäßigkeit seines Handeln (gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften oder rechtmäßiger Befehl; Schuldausschließungsgrund des § 5 Abs. 1 WStG; offensichtlich); Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum; gefährliche Körperverletzung; Zurechnung bei der Mittäterschaft; Schutz der Menschenwürde und Einwilligung.

§ 30 Abs. 1 WStG; § 31 Abs. 1 WStG; § 5 Abs. 1 WStG; § 16 Abs. 1 StGB; § 17 StGB; § 224 StGB; § 223 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; Art. 1 GG

1. Wesen des militärischen Dienstes und sozialwidrige Behandlungen von Untergebenen in der Bundeswehr. (BGHSt)

2. Entwürdigende Behandlung von Untergebenen in der Bundeswehr bei „Geiselnahmeübungen“. (BGHSt)

3. Der Irrtum eines Untergebenen in der Bundeswehr, sein Verhalten sei durch gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften oder einen rechtmäßigen Befehl gerechtfertigt, unterfällt dem besonderen Schuldausschließungsgrund des § 5 Abs. 1 WStG. (BGHSt)

4. Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als Mittäter begeht, ist nach den gesamten Umständen des konkreten Falles in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte hierfür sind der Grad des eigenen Tatinteresses, der Umfang der Tatbeteiligung sowie die Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille hierzu, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen (st. Rspr. - vgl. nur BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 13 m.w.N.). Zwar haftet jeder Mittäter für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines - zumindest bedingten - Vorsatzes, ist also für den Erfolg nur insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht, so dass ihm ein

Exzess der anderen nicht zur Last fällt. Jedoch werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Einzelfalles gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er diese sich nicht besonders vorgestellt hat. Ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seiner Tatgenossen gleichgültig ist (vgl. BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 32 m.w.N.). Dabei kann bei einem mehraktigen Geschehen Täter auch derjenige sein, welcher nicht sämtliche Akte selbst erfüllt. Es genügt, wenn er auf der Grundlage gemeinsamen Wollens einen die Tatbestandsverwirklichung fördernden Beitrag leistet (vgl. BGHR StGB § 25 Abs. 2 Willensübereinstimmung 3). (Bearbeiter)

5. Der Begriff der Misshandlung des § 30 WStG setzt ebenso wie der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB eine üble und unangemessene Einwirkung auf den Körper des Verletzten voraus, die dessen körperliches Wohlbefinden mehr als bloß unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 14, 269, 271). Die Beurteilung der Erheblichkeit bestimmt sich dabei nach der Sicht eines objektiven Betrachters - nicht nach dem subjektiven Empfinden des Betroffenen - und richtet sich insbesondere nach Dauer und Intensität der störenden Beeinträchtigung. (Bearbeiter)

6. Ob eine üble, unangemessene, sozialwidrige Behandlung gegeben ist, entscheidet sich nach dem Wesen des militärischen Dienstes, der seiner Natur nach hohe körperliche Anforderungen an den Soldaten stellt. Mutet ein Vorgesetzter im Rahmen seiner allgemeinen Befugnisse und zu Zwecken der Ausbildung einem Soldaten besondere Anstrengungen zu und verstößt er dabei nicht offensichtlich gegen gesetzliche Bestimmungen, rechtmäßige Dienstvorschriften und Befehle, so fehlt es an einer Misshandlung (BGHSt 14, 269, 271). (Bearbeiter)

7. Erkennt der Untergebene die Strafrechtswidrigkeit des Befehls nicht, beurteilt er sie unzutreffend oder hat er insoweit Zweifel, so handelt er nur dann schuldhaft, wenn die Strafrechtswidrigkeit nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist. § 17 StGB ist im Rahmen

des § 5 WStG angesichts der ausdrücklichen Regelung der militärischen Befehlsverhältnisse nicht anwendbar (BGHSt 5, 239, 244; 22, 223, 225 [zu § 47 MStGB]). (Bearbeiter)

8. Der Begriff „offensichtlich“ ist objektiv zu verstehen. Er umfasst das, was jedermann ohne weiteres Nachdenken erkennt, was jenseits aller Zweifel liegt (vgl. BGHR WStG § 5 Abs. 1 Schuld 2). Abzustellen ist damit auf die Erkenntnisfähigkeit eines gewissenhaften, pflichtbewussten Durchschnittssoldaten. Beurteilungsgrundlage für diesen sind allerdings die dem Täter subjektiv bekannten Umstände - und zwar nicht nur die allgemeinen Tatumstände, sondern alle für die Beurteilung des Sachverhalts bedeutsamen Umstände - wie etwa die Kenntnis von vorangegangenen Ereignissen, von Befehlen, Belehrungen, Dienstvorschriften und dergleichen. Auch wenn einem Untergebenen regelmäßig keine Sachverhaltsprüfungspflicht obliegt (vgl. BGHR WStG § 5 Abs. 1 Schuld 2) und er grundsätzlich zu unverzüglichem Gehorsam verpflichtet ist, so muss er dennoch Gegenvorstellung erheben oder den Gehorsam verweigern, wenn er aufgrund der ihm bekannten Umstände der Überzeugung ist oder er ohne den berechtigten Vorwurf der Rechtsblindheit die Überzeugung haben müsste, dass der Befehl strafrechtswidrig ist. (Bearbeiter)

9. Entwürdigende Behandlung ist jedes Verhalten eines Vorgesetzten gegenüber einem Untergebenen, das dessen Stellung als freie Persönlichkeit nicht unerheblich in Frage stellt, das die Achtung nicht unerheblich beeinträchtigt, auf die der Untergebene allgemein als Mensch in der sozialen Gesellschaft und im besonderen als Soldat innerhalb der soldatischen Gemeinschaft Anspruch hat. Der Untergebene darf keiner Behandlung ausgesetzt werden, die ihn zum bloßen Objekt degradiert und seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt (BayObLG NJW 1970, 769, 770). Ob eine entwürdigende Behandlung vorliegt, beurteilt sich, wenn die Handlung nicht bereits wegen ihres absolut entwürdigenden Charakters unter § 31 Abs. 1 WStG fällt, aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Tatumstände (BayObLG NJW 1970, 769, 770). (Bearbeiter)

10. Eine Einwilligung in eine entwürdigende Behandlung hat zu den §§ 30, 31 WStG keine rechtfertigende Wirkung. (Bearbeiter)

11. An die Bewertung der Einlassung eines Angeklagten sind die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die Beurteilung von Beweismitteln. Der Tatrichter darf diese seiner Entscheidung nur dann zu Grunde legen, wenn er in seine Überzeugungsbildung auch die Beweisergebnisse einbezogen hat, die gegen die Richtigkeit der Einlassung sprechen können (vgl. BGH NJW 2006, 522, 527). Das Tatgericht ist nicht gehalten, entlastende Einlassungen der Angeklagten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine Beweise gibt, den Urteilsfeststellungen ohne weiteres als unwiderlegbar zugrunde zu legen. Der Tatrichter hat nach ständiger Rechtsprechung vielmehr auf der Grundlage des gesamten Beweisergebnisses zu entscheiden, ob derartige Angaben geeignet sind, seine Überzeugungsbildung zu beeinflussen (vgl. BGHSt 34, 29, 34; BGH NJW 2007, 2274; Senat, Urt. vom 1. Juli 2008 - 1 StR 654/07). (Bearbeiter)

12. § 30 WStG kann mit § 224 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen. § 30 WStG geht nur § 223 StGB vor, enthält aber keine alle Körperverletzungsdelikte ausschließende Sonderregelung (vgl. BGH NJW 1970, 1332 zu § 226 StGB aF). (Bearbeiter)

241. BGH 1 ARs 3/2008 (1 BGs 20/2009) – Beschluss des Ermittlungsrichters vom 20. Februar 2009

Beweisantragsrecht der Minderheit in Untersuchungsausschüssen (Antrag auf Entscheidung: Zulässigkeit; BND-Untersuchungsausschuss; Begriff des Beweisantrages und Prüfung der Ablehnungsgründe: Unzulässigkeit, Unerreichbarkeit; Antrag auf Beiziehung von Unterlagen der Bundesregierung zu Mitteilungen eines BND-Mitarbeiters).

Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG; § 17 PUAG; § 18 PUAG; § 244 Abs. 3 StPO

1. Die Anwendung der einfachgesetzlichen Regelung des § 17 PUAG ist nicht dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten, sondern obliegt – verfassungsrechtlich unbedenklich – nach §§ 17 Abs. 4, 36 Abs. 1 PUAG (zumindest auch) dem Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs.

2. Unter einem Beweisantrag wird im Strafverfahren und grundsätzlich auch nach Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG das Begehren eines Prozessbeteiligten verstanden, mit einem bestimmten, nach der Strafprozessordnung zulässigen Beweismittel eine konkrete, für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch relevante Beweisbehauptung festzustellen. Er ist mithin durch die Bezeichnung eines Beweismittels und die Angabe der durch dieses zu beweisenden Behauptung, also eine äußere oder innere Tatsache bzw. einen Sachverhalt, gekennzeichnet.

3. Für Anträge, welche die Vorlage von Akten im Sinn des § 18 Abs. 1 PUAG betreffen, gelten Besonderheiten. Eine uneingeschränkte Übernahme der Definition des Beweismittels nach der StPO würde den Bedürfnissen und Besonderheiten des Verfahrens eines Untersuchungsausschusses nicht gerecht. Die Aktenübersendung ist notwendige – und durch die Verfassung abgesicherte – Grundlage für die Ausübung des parlamentarischen Kontrollrechts (vg. BVerfGE 67, 100, 132: „Wesenskern“). Darüber hinaus ist die Aktenanforderung aber bereits Teil der Beweiserhebung. Dienen die Akten mithin aber zunächst der Informationsbeschaffung, so kann – soweit sie die Beweisaufnahme vorbereiten – zumindest im Regelfall nicht verlangt werden, dass der Antragsteller in seinem Beweisantrag bereits das auf den (ihm regelmäßig jedenfalls im Detail noch nicht bekannten) Inhalt der Akte bezogene Beweissthema mitteilt; schlichtweg „ins Blaue hinein“ aufgestellte Behauptungen oder Vermutungen hinsichtlich des Akteninhalts sind von ihm nicht zu verlangen und wären für die mit der Entscheidung über den Antrag Befassten auch nicht weiterführend. Ein Beweisantrag ist hier auch dann anzunehmen, wenn ein erkennbarer Zusammenhang mit dem Untersuchungsauftrag besteht.

4. Der Frage, wie der Vorsitzende, der oder die Antragsteller bzw. die weiteren Ausschussmitglieder den Antrag qualifiziert haben, kommt keine maßgebliche Bedeutung für die rechtliche Bewertung des Antrages zu.

Aberratio ictus und dolus alternativus

Anmerkung zu BGH 4 StR 369/08 – Urteil vom 16. Oktober 2008 (HRRS 2008 Nr. 949).

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Univ. Bonn

Im Ergebnis ist die Entscheidung richtig. Wer, im Umgang mit Hiebaffen ungeübt, mit einer Axt auf einen Kopf zielt, der sich teils unmittelbar neben, teils unmittelbar über einem anderen Kopf bewegt, verursacht vorsätzlich den Tod eines anderen Menschen auch dann, wenn er den anderen Kopf trifft. Ein sog. wesentlicher Irrtum über den Kausalverlauf kommt nicht in Betracht, da diese Abweichung des Wirklichen vom angestrebten Kausalverlauf sowohl objektiv als auch aus der Sicht des Täters wahrscheinlich und leicht vorhersehbar war. Trotzdem hat der BGH große Schwierigkeiten, dieses Ergebnis zu begründen und kommt, wie wir sehen werden, dabei nicht ohne eine Unterstellung zu Lasten des Täters aus.

Es handelt sich nämlich um einen geradezu klassischen Fall der sog. aberratio ictus, bei der nach der h.L., die der BGH in diesem Urteil noch einmal bestätigt hat, nur eine Strafbarkeit wegen Versuchs in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung in Betracht kommt. Der Täter hatte nämlich auf den Kopf seines Nebenbuhlers gezielt und den seiner Frau getroffen. Nach der Lehre von der Maßgeblichkeit der aberratio ictus wird der Vorsatz durch das Zielen auf ein bestimmtes Objekt auf dieses Objekt „konkretisiert“, so dass dem Täter nur noch die Verletzung dieses Objekts zum Vorsatz zugerechnet werden darf.¹ Wie der Vorsatz das macht, sich auf ein Objekt zu konkretisieren, ist mir nicht klar, denn eine „Konkretisierung“ des Täterwillens auf ein bestimmtes Objekt schließt grundsätzlich die Zurechnung der Verletzung eines anderen Objekts als Verwirklichung seines Vorsatzes nicht aus. Man spricht von einem unbeachtlichen error in objecto.² Mir

ist auch nicht klar, warum sich der Vorsatz bei der aberratio ictus auf ein bestimmtes Objekt konkretisiert, denn eine solche Konkretisierung auf ein bestimmtes Objekt ist für den Tatbestandsverwirklichungsvorsatz gar nicht erforderlich. Niemand würde den Terroristen, der in der Fußgängerzone eine Bombe deponiert hat, vom Vorwurf der vorsätzlichen Tötung der getroffenen Passanten mit der Begründung freisprechen, sein Vorsatz sei nicht ausreichend auf bestimmte Opfer konkretisiert gewesen. Eine Tätervorstellung, die für den Vorsatz gar nicht erforderlich ist, kann die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz auch dann nicht einschränken, wenn sie falsch ist; sonst würde man die Bestimmung des Zurechnungsumfangs in das Belieben des Täters stellen.³

Aber nicht der Täter, sondern das Recht hat darüber zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen dem Täter ein Erfolg zum Vorsatz zugerechnet wird. Wenn z.B. ein Gangster einen Tatzeugen, der bisher aus Angst vor ihm geschwiegen hat, durch einen sofort tödlichen Schuss endgültig zum Schweigen bringen will, ihn aber so ungenau trifft, dass das Opfer, das ihn nun nicht mehr fürchten muss, bevor es stirbt sein Wissen der Polizei offenbaren kann, so wird der Richter ihm die Versicherung glauben, dass er das nicht gewollt habe und die Abweichung im Kausalverlauf für ihn höchst wesentlich sei. Aber er wird ihn dennoch wegen vollendeter vorsätzlicher Tötung verurteilen, denn von Rechts wegen ist allein wesentlich, dass der Täter durch lebensgefährlichen Einsatz seiner Schusswaffe einen Menschen hat töten wollen und auch einen Menschen getötet hat. Nach der Lehre von der aberratio ictus soll das aber anders sein, wenn unser Gangster nicht den anvisierten Tatzeugen, sondern die unmittelbar neben diesem stehende Person trifft, denn, so lautet die gängige Begründung „der Täter hat doch den A und nicht den B töten wollen“⁴. Das kann man

¹ LK-Vogel, 12. Aufl. (2007), § 15 Rn. 25 ff.; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, 27. Aufl. (2006), § 15 Rn. 57; Jescheck/Weigend AT, 5. Aufl. (1996), 29 V 6 c; Baumann/Weber/Mitsch AT, 11. Aufl. (2003), 21/13; Kindhäuser AT, 2. Aufl. (2006), 27/57; Stratenwerth/Kuhlen AT, 5. Aufl. (2004), 8/95 f.; Jakobs AT, 2. Aufl. (1991), 8/81; Otto AT, 7. Aufl. (2004), 7/94 ff.; Hruschka JZ 1991, 488, 492; Hettinger GA 1990, 531, 549; kritisch dazu Puppe GA 1981, 1 = Strafrechtsdogmatische Analysen (2006), 355; dies. NK, 2. Auflage (2005), § 16 Rn. 32 ff., Rn 95 ff.; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum (1987), 479 ff.

² BGHSt 11, 268; 37, 214; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 1) § 15 Rn. 59; Kindhäuser AT (Fn. 1) 27/41; Wessels/Beulke AT, 38. Aufl. (2008), Rn. 249;

Maurach/Zipf AT/1, 8. Aufl. (1992), 23/25; Roxin AT/1, 4. Aufl. (2006), 12/194.

³ Puppe GA 1981, 1, 10 = Strafrechtsdogmatische Analysen (2006), 355 (367); dies. Vorsatz und Zurechnung (1992), 10 ff.; dies. NK (Fn. 1) § 16 Rn. 102.

⁴ Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, (Fn.1), § 15 Rn. 57; Lackner/Kühl, 26. Aufl. (2007). § 15 Rn. 12; SK-Rudolphi, 37. Lfg. 7. Aufl. (2002), Rn. 33; Jescheck/Weigend AT (Fn. 1) 29 V 6 c; Otto AT (Fn. 1) 7/95; Jakobs AT (Fn. 1) 8/80; Streng JuS 1991, 910, 911; Bemann Stree/Wessels-FS

auch im Falle eines error in objecto über den Täter sagen. Es ist denn auch heillos streitig, ob eine beachtliche aberratio ictus oder ein unbeachtlicher error in objecto vorliegt, wenn der Täter dem ausersehenen Opfer eine Falle stellt, aber zu seinem Bedauern ein falsches Opfer in diese Falle geht.⁵ In solchen Fällen, in denen sich Täter und Opfer nicht von Angesicht zu Angesicht gegenüber stehen, empfiehlt es sich übrigens in der Klausur, einen unbeachtlichen error in objecto anzunehmen. Zu dieser Lösung tendiert nicht nur die Rechtsprechung⁶, es ist auch die einzig richtige Lösung dieser Fälle. Wie wir noch sehen werden, sind es nur bestimmte Fälle des Fehlgehens eines Schusses oder Wurfes, in denen die Lehre von der aberratio ictus im Ergebnis richtig liegt.

Es handelt sich um diejenigen Fälle, in denen das Opfer nicht deshalb getroffen worden ist, weil es sich in unmittelbarer Nähe des vom Täter angezielten Opfers befunden hat, sondern deshalb, weil das Geschoss des Täters einen unwahrscheinlichen Lauf genommen hat. Wenn z.B. der Schütze auf eine Person mit einer Pistole zielt, diese verfehlt, die Kugel dann an der metallenen Querstrebe eines Lattenzauns abprallt und als Querschläger ein anderes Opfer trifft,⁷ so hat sich in diesem Erfolg nicht die Gefahr realisiert, die darin bestand, dass der Täter in eine bestimmte Richtung gezielt hat, sondern lediglich die Gefahr des Schießens an unerlaubten Orten. Diese Gefahr begründet keine Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz, sondern nur zur Fahrlässigkeit. Denn es ist keine Methode, einen Menschen zu töten, dass man in einer Gegend, in der sich Menschen aufhalten, in die Luft schießt.⁸

Der vorliegende Fall liegt anders. Mit dem auf den Kopf seines Nebenbuhlers gezielten Axthieb begründete der Angeklagte wissentlich auch eine Gefahr, den Kopf seiner Frau zu treffen, die so groß war, dass sie die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz begründet, unabhängig davon, ob dieser Erfolg dem Täter recht war oder nicht.

Aus einer intellektuellen Vorsatztheorie ist dieses Ergebnis auch dann ableitbar, wenn man eine aberratio ictus grundsätzlich als beachtlich ansieht. Denn nach der intellektuellen Vorsatztheorie genügt für diesen die Vorstellung einer gesteigerten Erfolgsgefahr.⁹ Diese besteht,

wenn anvisiertes und getroffenes Opfer sich nahe beieinander befinden, auch für das getroffene Opfer. Aber nach der herrschenden Theorie vom Vorsatz reicht die Erkenntnis des Täters, dass er eine große Gefahr begründet, auch seine Frau tödlich zu treffen, für Vorsatz nicht aus. Er muss vielmehr diese Möglichkeit, wie es in der Rechtsprechung heißt „billigend in Kauf genommen haben“.¹⁰ Hat er dies nicht getan, sondern, und sei es auch völlig unvernünftig, darauf vertraut, dass er nur seinen Nebenbuhler, nicht aber seine Frau treffen werde, so kommt nach der h.L. vom Vorsatz und von der Maßgeblichkeit der aberratio ictus nur eine fahrlässige Tötung seiner Frau in Betracht.

Es ist nur zu verständlich, dass der BGH sich mit diesem Ergebnis nicht abfindet. Aber nach der h.L. von der aberratio ictus gibt es nur einen Weg es zu vermeiden: Man muss dem Täter außer dem auf den Nebenbuhler konkretisierten Tötungsvorsatz einen weiteren Tötungsvorsatz nachweisen bzw. unterstellen, der auf seine Ehefrau konkretisiert ist. Dazu heißt es im Urteil: „Rechtlich tragfähige Anhaltspunkte, dass der Angeklagte trotz der erkannten Lebensgefährlichkeit des Schlages mit dem Beil auch für seine Ehefrau ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut haben könnte, es würde seine Ehefrau nicht zu Tode kommen, sind nicht festgestellt und liegen bei dem Tatgeschehen auch fern.“ Das genügt nicht den Maßstäben, die der BGH sonst an die Feststellung eines dolus eventualis bei Tötungsdelikten anlegt und die er auch in diesem Urteil wiederholt. Es heißt im vorhergehenden Abschnitt des Urteils: „Auch für das Willenselement stellt die Lebensbedrohlichkeit gefährlicher Gewaltanwendungen ein gewichtiges Beweisanzeichen dar, jedoch ist angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles sorgfältig zu prüfen, ob der Täter, der sein gefährliches Handeln durchführt, obwohl er mit der Möglichkeit tödlicher Verletzungen rechnet, den Tod des Opfers billigend in Kauf nimmt“. Hätte der BGH sorgfältig geprüft, ob der Täter den Tod seiner Ehefrau, auf den es nach der von ihm anerkannten Lehre von der aberratio ictus ja allein ankommt, wirklich billigend in Kauf genommen hat, so wäre er schwerlich zu einem eindeutigen Ergebnis gekommen. Dafür spricht zwar auf den ersten Blick, dass der Angeklagte mit dem Beilstiel weiter auf seine Frau einschlug, nachdem das Beil beim ersten Hieb zerbrochen war, aber das belegt letztlich nur einen Körperverletzungsvorsatz. Denn der Täter hatte nach den Feststellungen des Tatgerichts zu diesem Zeitpunkt überhaupt noch nicht bemerkt, dass er mit dem ersten Hieb den Kopf seiner Frau und nicht den des Nebenbuhlers getroffen hatte. Dass es dem BGH so leicht fällt, hier das „billigende In-Kauf-Nehmen“ der Tötung der Ehefrau zu bejahen, hat seinen Grund letztlich darin, dass die Lehre von der aberratio ictus eben nicht überzeugt, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass der Täter statt des ausersehenen Opfers ein anderes trifft, objektiv und auch nach seiner Vorstellung groß ist. In solchen Fällen greift auch die Literatur oft zu dem Mittel, einen alternativen Tötungsvorsatz in Bezug auf das getroffene Opfer zu un-

(1993), S. 392, 400; *Toepel* Jahrbuch für Recht und Ethik (1994), 413, 414 ff.

⁵ Für aberratio ictus sprechen sich aus: *Herzberg* NStZ 1999, 217, 221; *Roxin* Spindel-FS (1992), S. 289, 294 f.; *ders.* AT/1 (Fn. 2) 12/197; auch *LK-Vogel* (Fn. 1), § 15 Rn. 87, der in Anlehnung an das Tatplanerfüllungskriterium von *Roxin* nur dann zurechnet, wenn der Täter auch gehandelt hätte, falls er gewusst hätte, dass ein anderer als Vorbedacht in die Falle geht. Warum verfährt *Vogel* beim error in persona nicht ebenso? [s. *LK* (Fn. 1) § 16 Rn. 76]. Error in objecto wird vertreten von: BGH NStZ 1998, 294 (295); *Prittowitz* GA 1983, 110, 128; *Stratenwerth* Baumann-FS (1992), S. 57, 61; *Stratenwerth/Kuhlen* AT (Fn. 1) 8/97.

⁶ BGH NStZ 1998, 294.

⁷ Vgl. LG München NStZ 1989, 25 = JZ 1988, 565 mit Anm. *Puppe* JZ 1989, 728.

⁸ Näher *Puppe* Vorsatz und Zurechnung (1992), S. 49 f.; *dies.* AT/1, 1. Aufl. 2002, 20/44.

⁹ *NK-Puppe* (Fn. 1), § 15 Rn. 64 ff.; *dies.* AT/1 (Fn. 7), 16/37 ff.; *Kindhäuser* AT (Fn. 1), 14/27.

¹⁰ BGHSt 36, 1, 15; NStZ 1983, 407; 1984, 19; 1988, 175; 1994, 585; 2002, 314, 315; StV 1984, 187; 1986, 197, 198; 1997, 7; NStZ-RR 1997, 35; VRS 64, 112, 113. Weitere Nachweise bei *NK-Puppe* (Fn. 1), § 15 Rn. 31 ff., 89 ff.

terstellen, um das unangemessene Ergebnis zu vermeiden, den Täter gemäß der Lehre von der *aberratio ictus* nur wegen fahrlässiger Tötung des getroffenen Opfers in

Tateinheit mit einem (vergeblichen) Tötungsversuch bestrafen zu können.¹¹

¹¹ LK-Vogel (Fn. 1) § 16, Rn 64; Fischer, 56. Aufl. (2009), § 16 Rn 6; Lackner/Kühl (Fn. 4) § 15 Rn 12; Roxin AT/1 (Fn. 2) 12/164; Jakobs AT (Fn. 1) 8/80.

Aufsätze und Anmerkungen

Die *Vorbereitung* der ESt-Verkürzung mittels Erlangung eines Grundlagenbescheids als Erlangung eines Steuervorteils und *vollendete* Steuerhinterziehung? – Der 1. Strafsenat des BGH an den Grenzen des § 370 AO

Besprechung zu BGH, Beschluss vom 10.12.2008 – 1 StR 322/08, HRRS 2009 Nr. 68.

Von RA Markus Rübenstahl Mag. iur., Frankfurt am Main

I. Einführung

Der zu besprechende Beschluss des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 10.12.2008¹ weckt Interesse besonders durch seine auf den letzten Seiten (10 ff. des Umdrucks) zu findenden Ausführungen zur Auslegung der §§ 180, 370 AO. Auf die Erörterung der damit in Zusammenhang stehenden Fragen des materiellen Steuerstrafrechts beschränkt sich diese Besprechung.

Der Senat entschied eine in der Lit. bislang ungeklärte Streitfrage dahingehend, dass die gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 180 Abs. 1 Nr. 2a AO einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil, d.h. einen Taterfolg im Sinne des § 370 Abs. 1 AO „darstellen kann“. Dies hat zur Folge, dass die vorsätzliche Herbeiführung eines derartigen Grundlagenbescheids mittels unrichtiger oder unvollständiger Angaben oder durch pflichtwidriges Verschweigen steuerlich erheblicher Tatsachen eine *vollendete* Steuerhinterziehung darstellt.

Aus anwaltlicher Sicht ist man versucht, in diesem Aspekt der Entscheidung eine weitere Maßnahme des seit

kurzem für Steuerstrafsachen zuständigen 1. Strafsenats zu richterseitigen Schließung empfundener Sanktionierungs- und Strafbarkeitslücken und –defizite im Steuerstrafrecht zu sehen, die sich nahtlos an eine kürzlich ergangene spektakuläre Entscheidung desselben Senats zum Strafzumessungsrecht mit derselben Tendenz anknüpft.² Nachdem durch diese Entscheidung zum Regelbeispiel des besonders schweren Falls der Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO; Steuerverkürzung in großem Ausmaß) einschließlich eines obiter dictums zur Strafzumessung allgemein offenbar gezielt die Sanktions-Schraube in Steuerstrafsachen angezogen werden sollte, kann nun leicht der Eindruck entstehen, dass hier durch Absenkung der Tatvollendungsschwelle der Anwendungsbereich des (Vollendungs-)Tatbestands des § 370 AO ausgeweitet werden sollte.

Der 1. Strafsenat scheint – auf der Grenze der Rechtsprechung zu Rechtspolitik und Gesetzgebung balancierend – hier wie insgesamt im Steuerstrafrecht deutliche und einseitige Akzente hinsichtlich einer verschärften Ahndung von Steuervergehen setzen zu wollen, offenbar um empfundene Defizite der bisherigen Rechtsprechung aufzuarbeiten. Diese intuitive Erstbewertung soll jedoch

¹ BGH, Beschl. vom 10.12.2008 – 1 StR 322/08, HRRS 2009 Nr. 68.

² BGH, Urt. v. 02.12.2008 – 1 StR 416/08, HRRS 2009 Nr. 127.

einer vertieften Analyse der Begründung – die im Folgenden intendiert ist – nicht im Wege stehen.

II. Sachverhalt

Ausweislich des zum Sachverhalt knapp gehaltenen Beschlusses waren die Angeklagten S. und G. anscheinend die gesetzlichen Vertreter einer F. und E. GmbH & Co. KG, wohl als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der GmbH & Co. KG. „Als Vertreter der Kommanditgesellschaft“ bewirkten die Angeklagten den Feststellungen zu Folge durch unrichtige Angaben in der Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 180 Abs. 1 Nr. 2a AO einen Feststellungsbescheid, in dem für die Kommanditgesellschaft zu hohe negative Einkünfte festgestellt und mithin zu Unrecht Verluste zugewiesen wurden. Dieser Feststellungsbescheid wurde bestandskräftig. Die Festsetzung von zu geringer Einkommensteuer (ESt) im Rahmen der Folgebescheide – der ESt-Bescheide der Kommanditisten – erfolgte später ebenfalls, lag so soweit aus dem Beschluss erkennbar aber offenbar der erstinstanzlichen Verurteilung der Angeklagten durch das Landgericht nicht (primär) zu Grunde. Den Kommanditisten der F. und E. GmbH & Co. KG wurden auf Grundlage des unrichtigen Feststellungsbescheids betreffend die Kommanditgesellschaft im Rahmen ihrer Veranlagung zur ESt zu hohe Verluste zugewiesen, was letztlich zu einer unzutreffenden Minderung ihrer Einnahmen und zu einer Verkürzung der auf die Kommanditisten entfallenden ESt führte.

III. Entscheidungsgründe

Der 1. Strafsenat führt zur Sützung der Verurteilung durch das Landgericht wegen vollendeter Steuerhinterziehung auf der Grundlage des Feststellungsbescheides im Wesentlichen folgendes aus:

Der unrichtige Feststellungsbescheid als bloßer Grundlagenbescheid bewirke selbst zwar noch keine *Steuerverkürzung* im Sinne des § 370 Abs. 1 AO. Durch dessen Bekanntgabe hätten die Kommanditisten jedoch bereits einen *nicht gerechtfertigten Steuervorteil* im Sinne des Tatbestands – nämlich die Feststellung zu ihren Gunsten unrichtiger Besteuerungsgrundlagen mit rechtlicher Bindungswirkung – erlangt. Dass der Feststellungsbescheid als Grundlagenbescheid nicht erlaubt, abschließend festzustellen, in welcher Höhe der Steueranspruch des Staates beeinträchtigt wird, stehe nur der Annahme einer Steuerverkürzung, nicht aber der eines ungerechtfertigten Steuervorteils entgegen. Letzterer bestehe selbständig aufgrund des Feststellungsbescheids. Auch die zu erwartende spätere Steuerverkürzung in einem Folgebescheid – hier dem Einkommensteuerbescheid der Kommanditisten – müsse dazu nicht betragsmäßig feststehen und nicht zustande kommen.

Steuerhinterziehung sei zwar ein Erfolgsdelikt, nicht aber kein Verletzungsdelikt, weshalb nach dem Gesetzeswortlaut eine konkrete Gefährdung des Steueranspruchs durch eine zu niedrige Festsetzung von Steuern zur Steuerverkürzung und damit zur Vollendung ausreiche (§ 370

Abs. 4 AO). Daraus folgert der Senat, dass auch für einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil eine konkrete Gefährdung des Steueranspruchs ausreiche. Dies ergebe sich hier aus der Bindungswirkung des Grundlagenbescheids gemäß § 182 Abs. 1 S. 1 AO, wonach auch der Höhe nach die festgestellten Besteuerungsgrundlagen des Gewinnfeststellungsbescheids – d.h. in concreto die Verluste der KG – ohne weiteres Zutun der Angeklagten in die Folgebescheide der Kommanditisten einzubeziehen sind.

Dass mit den unrichtigen Angaben letztendlich eine Steuerverkürzung durch eine zu niedrige Festsetzung der ESt in den Bescheiden der Kommanditisten bezweckt war, die bei Erlass des Grundlagenbescheids noch nicht erfolgt war, stehe der Annahme der Vollendung der Steuerhinterziehung aufgrund Erlangung eines Steuervorteils nicht entgegen. Die in der Festsetzung in den Folgebescheiden liegende Steuerverkürzung sei vielmehr als weitergehender Taterfolg zu sehen, der (nur) für den Zeitpunkt der Beendigung und damit für die Verjährung von Bedeutung sei, mithin den Beginn der Verjährungsfrist weiter hinausschiebe. Die spätere Verkürzung von ESt stelle hingegen nicht die zuvor und „unabhängig davon“ eingetretene Vollendung durch Erlangung eines unberechtigten Steuervorteils in Frage. Die Möglichkeit der mehrfachen Verwirklichung des Tatbestandserfolgs – in unterschiedlichen Tatvarianten – stehe im Einklang mit der Rechtsnatur der Steuerhinterziehung im Feststellungs- und Festsetzungsverfahren als Gefährdungsdelikt.

IV. Kommentar

Ohne dies sonderlich eingehend zu begründen, hat sich der 1. Strafsenat vorliegend der umstrittenen und bislang in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zum Ausdruck gekommenen Auffassung³ angeschlossen, dass die Steuerhinterziehung auch in der Variante der Erzielung eines unberechtigten Steuervorteils ein „Gefährdungsdelikt“ sei, weshalb bereits der Erlass eines Grundlagenbescheids (Feststellungsbescheids) für die Kommanditisten ein ungerechtfertigter Steuervorteil sein könne. Dessen Bindungswirkung gefährde den Einkommensteueranspruch des Fiskus gegen diese hinreichend konkret. Diese durchaus grundsätzliche Weichenstellung bedarf gerade aufgrund ihrer knappen Begründung und ihrer potentiell weit reichenden Auswirkungen auch in anderen Fallkonstellationen in besonderem Maße der kritischen Würdigung.

³ OLG Hamburg wistra 1993, 274, 275; Joecks in: Franzen/Gast/Joecks, *Steuerstrafrecht*, 6. Aufl. (2005), AO § 370 Rz. 15, 45 ff.; einschränkend Kohlmann, *Steuerstrafrecht*, Loseblatt (Stand: 38. Lfg., Sept. 2008), AO § 370 Rndr. 40, 432, 504. A. A.: Hellmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, *Loseblatt* (171 Lfg. Stand November 2001), AO § 370 Rz. 57 ff.; Gast-de Haan in: Klein, AO, 8. Aufl. (2003), Rz. 50; *Bilsdorfer DStZ* 1985, 184, 191; *Göggerle BB* 1982, 1851, 1854; *Kirchhof* 1985, 2977, 2981; *Meyer NSStZ* 1986, 443, 444; 1987, 500, 501; *Wassmann ZfZ* 1987, 162, 164.

1. Bisherige Rechtsprechung des BGH zur Relevanz von Feststellungsbescheiden

Zunächst überrascht, dass in der Entscheidung des 1. Strafsenats die – wie zu zeigen sein wird – offenbar abweichende Rechtsprechung der früher für das Steuerstrafrecht zuständigen Senate des BGH zur Erlangung von Steuervorteilen keine Erwähnung findet:

Mit Beschluss vom 07.02.1984⁴ äußerte sich etwa der 3. Strafsenat dahingehend, dass es sich bei § 370 AO um ein Erfolgsdelikt handele. Mit der Festsetzung der Verlustquote werde erst die Voraussetzung dafür geschaffen werde, dass einzelne Kommanditisten die niedrigere Festsetzung ihrer Einkommensteuer erreichen können; „erst mit ihr haben sie den angestrebten Steuervorteil erlangt“. Dies deutet darauf hin, dass der 3. Strafsenat nicht nur den Verkürzungserfolg, sondern auch den Steuervorteil erst durch die unzutreffende ESt-Festsetzung als gegeben ansah. In dem Urteil vom 01.02.1989⁵ hielt derselbe Senat zwar ausdrücklich fest, dass ein Feststellungsbescheid gem. § 182 Abs. 1 AO Bindungswirkung für die ESt-Veranlagung der Gesellschafter entfalte, gibt jedoch keinen Hinweis darauf, dass darin bereits eine zur Vollendung des § 370 AO ausreichender Steuervorteil liegen könne.⁶

Auch ein Beschluss des 2. Strafsenats vom 16.05.1984⁷ lässt erkennen, dass nicht die Herbeiführung unrichtiger einheitlicher und gesonderter Gewinnfeststellungsbescheide bzgl. einer KG als vollendete Steuerhinterziehung angesehen wurden, sondern erst in der Abgabe der darauf aufbauenden Einkommensteuererklärungen, soweit diese zu einer zu niedrigen Feststellung von ESt zugunsten der Kommanditisten führte. Zum einen knüpften die Verurteilungen wegen Steuerhinterziehung explizit nur an die ESt-Verkürzungen an, obwohl die angeklagten Kommanditisten zunächst vorsätzlich durch einen rückdatierten Beitrittsvertrag zur KG die unrichtige Gewinnfeststellung herbeiführten, zum anderen hält der 2. Strafsenat fest, dass soweit es nicht zur Verkürzung von ESt kam, nur die Annahme einer versuchten Steuerhinterziehung in Betracht komme.⁸ Hätte er bereits den Feststellungsbescheid als Steuervorteil i. S. d. § 370 AO angesehen, hätte nach dem Sachverhalt der Entscheidung Vollendung im Raum gestanden. Ergänzend wird darauf verwiesen, die Versuchsschwelle sei erst durch die Abgabe der unrichtigen ESt-Erklärungen überschritten worden.⁹ Betrachtet man den Sachverhalt der hier zu besprechenden Entscheidung, wäre nach diesen Grundsätzen des 2. und 3. Strafsenats bei Erlass des Grundlagenbescheids, den der 1. Strafsenat nunmehr als Vollendungszeitpunkt ansieht, noch nicht einmal das Versuchsstadium erreicht gewesen. Verkürzt formuliert wertet der 1. Strafsenat bisherige Vorbereitungshandlungen zur Tatbestandsvollendung auf.

⁴ BGH NStZ 1984, 414.

⁵ BGH NJW 1989, 1615 ff.

⁶ BGH NJW 1989, 1615, 1617 f.

⁷ BGH NStZ 1984, 510 ff.

⁸ BGH NStZ 1984, 510, 512.

⁹ BGH NStZ 1984, 510, 512.

Angesichts der offenbar abweichenden Entscheidungen¹⁰ früher zuständiger Senate wäre eine nähere Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung zur Erschleichung von Grundlagenbescheiden nahe liegend und sehr wünschenswert gewesen, wenn auch gemäß § 132 Abs. 3 S. 1, 2 GVG keine Anfrage beim 2. oder 3. Strafsenat erforderlich war, da nunmehr nach der Geschäftsverteilung des BGH allein der 1. Strafsenat für Steuerstrafsachen zuständig ist.

2. § 370 I AO als konkretes Gefährdungsdelikt und zur Bestimmung der konkreten Gefahr

Die Argumentation des 1. Strafsenats scheint nicht ohne Brüche zu sein: Auf der einen Seite wird der Rechtscharakter des § 370 Abs. 1 AO als Erfolgsdelikt¹¹ – wenn auch nicht als Verletzungsdelikt – ausdrücklich unterstellt, andererseits die Vorschrift ohne nähere Einordnung als „Gefährdungsdelikt“ bezeichnet. Dies dürfte vor dem Hintergrund allgemein anerkannter Grundsätze zumindest erklärungsbedürftig sein.

Neben den Verletzungsdelikten sind lediglich konkrete, nicht aber abstrakte Gefährdungsdelikte als Erfolgsdelikte anerkannt. Nur bei letzteren stellt der Eintritt der Gefahr den Erfolg dar.¹² Auf eine eingehende Begründung des angeblichen Status des § 370 Abs. 1 AO als (konkretes) Gefährdungsdelikt verzichtet der BGH bedauerlicherweise. Der Entscheidung kann man lediglich entnehmen, dass eine hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs erforderlich und auch für die ungerechtfertigte Erlangung steuerlicher Vorteile ausreichend sei. Eine präzise Benennung des erforderlichen Gefährdungsgrades und die Entwicklung eines zur Subsumtion tauglichen Maßstabs für diesen erfolgt hingegen nicht. Es hätte sich angeboten und wäre vom Ausgangspunkt des Senats her folgerichtig, hier explizit zu erörtern, ob die Maßstäbe der Rechtsprechung zu den konkreten Gefährdungsdelikten oder auch diejenige zur schadensgleichen Vermögensgefährdung bei den Vermögensdelikten entsprechend heranzuziehen sind oder gegebenenfalls selbständige Maßstäbe zu entwickeln. Es spricht Vieles dafür, dass jedenfalls keine weniger strengerer Maßstäbe gelten können und für den Fall eines Grundlagenbescheids die Schwelle zur konkreten Gefährdung der ESt noch nicht überschritten ist. Im Einzelnen:

a) Übertragbarkeit der Maßstäbe zur Feststellung einer konkreten Gefahr

Es fehlt zunächst an Erwägungen zur Übertragung des in der Rspr. u. a. zu den Verkehrsdelikten herausgearbeiteten Begriffs der konkreten Gefahr auf den Tatbestand der

¹⁰ Vgl. auch Beckemper NStZ 2002, 518 Fn. 11; Hellmann a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rndr. 300 Fn. 8.

¹¹ So bereits BGH wistra 1989, 226 ohne Abgrenzung zum Verletzungsdelikt.

¹² Bzgl. konkreter Gefährdungsdelikte: Fischer, StGB, 56. Aufl. (2009), Vor § 13 Rndr. 18; Küper NJW 1976, 543; Satzger NStZ 1998, 114 m.w.N. Zu den abstrakten Gefährdungsdelikten: Fischer a. a. O. Vor § 13 Rndr. 19; BGHSt 26, 121; 43, 12.

Steuerhinterziehung. Aus der Sicht des Senats wäre dies konsequent, da nach ja § 370 AO als Erfolgsdelikt allenfalls ein konkretes Gefährdungsdelikt wie etwa § 315c StGB sein kann. Soweit der Entscheidung überhaupt gewisse Maßstäbe zur Bestimmung der Gefährdung zu entnehmen sind, knüpfen diese anscheinend nicht erkennbar an die für konkrete Gefährdungsdelikte allgemein anerkannten Voraussetzungen an.

Nach diesen muss etwa bei § 315c StGB bei Würdigung aller konkret erheblichen – potentiell wirksamen – Umstände auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose im Sinne einer ex-ante-Betrachtung ein Schadenseintritt in so erhebliche Nähe gerückt sein, dass seine Vermeidung sich als reiner Zufall darstellt.¹³ Die Vermeidung des Schadenseintritts muss zwar nicht der Einflussnahme des Täters oder des Gefährdeten entzogen sein. Entscheidend ist, ob der Täter nach den konkreten Umständen des Falles erwarten darf, dass die Gefahr sich nicht verwirklicht.¹⁴ Gefahr und Schaden bezieht sich hier auf die geschützten Rechtsgüter, im Falle des § 315c StGB auf die physische Unversehrtheit von Verkehrsteilnehmern sowie Sachen.¹⁵ Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Maßstäbe – sieht man § 370 AO als konkretes Gefährdungsdelikt und nicht als Verletzungsdelikt an – nicht zu übertragen wären.

Danach wäre es zur Tatvollendung erforderlich, dass durch eine Steuerverkürzung oder einen anderen nicht berechtigten Steuervorteil der staatliche Steueranspruch bzw. das vollständige und rechtzeitige staatliche Steueraufkommen als nach h. M. geschütztes Rechtsgut¹⁶ in diesem Sinn konkret gefährdet wird. Dazu wäre entsprechend nötig, dass eine Minderung oder Verspätung des Steueraufkommens nach objektiv nachträglicher Prognose in so erhebliche Nähe gerückt war, dass eine Vermeidung sich als Zufall darstellt bzw. von einer „Beinahe-Beeinträchtigung“ des Steueraufkommens – vergleichbar einem „Beinaheunfall“ bei § 315c StGB¹⁷ – gesprochen werden kann. Nahe liegend ist, dass dies gerade erst mit der Einreichung des Antrags auf Veranlagung zur ESt (unter Berücksichtigung des Grundlagenbescheids) erfolgt, wie es offenbar der früheren Rspr. entsprach. Es ist nämlich keineswegs als zwingend anzusehen, dass es hierzu tatsächlich kommt.

b) Übertragbarkeit der Maßstäbe zur schadensgleichen Vermögensgefährdung gemäß §§ 263, 266 StGB

Sofern man der Auffassung ist, dass Schutzgut und Struktur der konkreten Gefährdungsdelikte, insbesondere des § 315c StGB, der Steuerhinterziehung nicht hinreichend ähnlich sei, müsste angesichts des letztlich durch § 370 AO bezweckten Vermögensschutzes zumindest auf die durch Rspr. entwickelten Maßstäbe zum schadens-

gleichen Gefährdungsschaden iSd §§ 263, 266 StGB zurück gegriffen werden:

Nach h. M. ist Schutzgut des § 370 AO das öffentliche Interesse am vollständigen und rechtzeitigen Aufkommen der einzelnen Steuern bzw. der Anspruch des Staates auf den vollen Ertrag aus jeder einzelnen Steuerart¹⁸. Da wirksame und durchsetzbare Ansprüche des Steuergläubigers unzweifelhaft zum Vermögen des jeweiligen Steuergläubigers gehören,¹⁹ handelt es sich bei § 370 AO letztlich um ein Vermögensdelikt zum Schutz des Steuergläubigers,²⁰ durch das bestimmte Bestandteile des Vermögens der öffentlichen Hand gegen bestimmte Formen der rechtswidrigen Gefährdung bzw. Minderung strafrechtlich geschützt werden soll. Auch für § 370 AO wird zutreffender Weise angenommen, dass eine schadensgleiche Gefährdung des Steueraufkommens (entsprechend einer schadensgleichen Vermögensgefährdung) zur Vollendung erforderlich ist.²¹

Erörterungswürdig erscheint daher eine Heranziehung der Maßstäbe zu den Vermögensdelikten der §§ 263, 266 StGB, die neben der effektiven Vermögensminderung (Vermögensschaden bzw. –nachteil) auch die schadensgleiche Gefährdung des geschützten Rechtsguts Vermögen zur Vollendung ausreichen lassen.²² Eine konkrete Vermögensgefährdung soll dem effektiven, real eingetretenen Vermögensnachteil gleichstehen, wenn sie bei wirtschaftlicher Betrachtung bereits zu einer Minderbewertung der gegenwärtigen Vermögenslage führt. Für § 263 StGB wurde das Erfordernis der konkreten Gefahr zunächst formuliert.²³ Unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles sei festzustellen, ob mit wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen sei. Als Definitionsminimum bleibt das Erfordernis der Verschlechterung des gegenwärtigen Vermögenszustandes nach wirtschaftlichen Kriterien.²⁴ Die Gleichstellung von Vermögensgefährdung und Vermögensschaden bei § 266 StGB wurde von der Rechtsprechung in Anlehnung an § 263 StGB entwickelt. Daher setzt auch hier die Annahme eines Gefährdungsschadens voraus, dass das Vermögen durch die Tathandlung konkret gefährdet wird. Es sei unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles festzustellen, ob mit wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen, der Eintritt eines Schadens also nahe liegend sei.²⁵

Vertritt man die Auffassung, dass es sich bei § 370 AO um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt, könnten die Anforderungen bzgl. des Gefährdungsschadens bei den §§ 263, 266 StGB – die zugleich als Verletzungsdelik-

¹³ BGHSt 22, 341, 344; BGH NJW 1985, 1036; 1995, 3131.

¹⁴ Fischer a. a. O. (Fn. 12) § 315c Rdnr. 15.

¹⁵ BGH NJW 1989, 1228; 1989, 2550.

¹⁶ RGSt 59, 258, 262; BGHSt 36, 100, 102; 40, 109, 111 m. w. N.

¹⁷ BGH NJW 1995, 3131.

¹⁸ RGSt 59, 258, 262; 72, 184, 186; 77, 196, 198; BGH ZfZ 1958, 146, 147; BGHSt 36, 100, 102; 40, 109, 110.

¹⁹ Statt aller Fischer a. a. O. (Fn. 12) § 263 Rdnr. 27a m. w. N.

²⁰ BVerwG NJW 1990, 1864; Hellmann, a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 43 m. w. N.

²¹ BayObLG NJW 1988, 2550; Hellmann, a. a. O. § 370 (Fn. 3) Rdnr. 59; Sorgenfrei wistra 2006, 370, 376.

²² BGHSt 20, 304 f.; BGH NJW 1999, 1489 = wistra 1999, 268, 270; BGH wistra 2001, 218, 219.

²³ BGHSt 21, 112 = NJW 1966, 1975; BayObLG NJW 1988, 2550; OLG Stuttgart NStZ 1985, 365.

²⁴ RGSt 9, 168.

²⁵ Vgl. etwa BGHSt 3, 372; 15, 83; 21, 113; 32, 212 (213); 34, 395.

te ausgestaltet sind – für § 370 AO als überhöht erscheinen. Dann aber wären Maßstäbe entsprechend denen zu § 315c StGB heranzuziehen (s.o.). Diese Erfordernisse verfolgen effektiv den Zweck zu verhindern, dass diese Delikte über den Gefährdungsschaden contra legem vom Erfolgs- zum Gefährdungsdelikt umgewidmet werden (wobei bzgl. § 266 StGB hinzu kommt, dass keine Versuchsstrafbarkeit besteht).²⁶ Der Charakter des § 370 AO als Erfolgsdelikt wird jedoch auch in der Rspr. nicht in Frage gestellt, so dass es keine durchgreifenden Bedenken gegen die Übertragung der Maßstäbe geben sollte. Zudem gab vorliegend der 1. Strafsenat durch Bezugnahme auf eine angeblich hinreichend konkrete Gefährdung des Steueraufkommens zu erkennen (vgl. Rdnr. 30 des Beschlusses),²⁷ dass er eine hinreichende Konkretisierung für erforderlich hält.

Überdies müssen vergleichbare Maßstäbe schon deshalb gelten, weil es sich bei § 370 AO jedenfalls in den fraglichen Konstellationen um die Vereitelung bzw. Gefährdung von Steueransprüchen bzw. –anwartschaften des Fiskus handelt (s.o.). Deren Vermögenswert wird auf Grund des gemeinsamen Schutzgutes Vermögen jedenfalls nach vergleichbaren Maßstäben wie in den §§ 263, 266 StGB zu bestimmen sein.²⁸ Die Formel der Rspr. lautet diesbezüglich, in dem Entgehen eines Gewinnes könne eine Vermögensbeschädigung nur unter der Voraussetzung gefunden werden, dass auf diese Erlangung ein rechtlich begründeter Anspruch bestand, oder dass jedenfalls tatsächliche Verhältnisse vorlagen, vermöge derer ohne die Tathandlung der Gewinn dem Betroffenen ohne weiteres und mit Sicherheit zugefallen wäre, nicht aber dann, wenn es sich nur um die Vereitelung ungewisser Möglichkeiten und Hoffnungen auf Vermögenserwerb handele.²⁹ Maßgebend sei, ob die Aussicht, den Zuschlag zu erhalten, nur die Stufe einer flüchtigen, wirtschaftlich noch nicht fassbaren Hoffnung erreiche, oder ob sie schon solche Gewissheit erlange, dass sie nach der Verkehrsauffassung einen messbaren Vermögenswert habe.³⁰ Jedenfalls ist nötig, dass dem Steueranspruch oder der Anwartschaft hierauf bereits wirtschaftlicher Wert zukommt, da auch im Rahmen des § 370 AO nur ein wirtschaftlicher Vermögensbegriff in Betracht kommen kann, mithin eine wirtschaftliche Betrachtung nötig ist.³¹

Deshalb wäre etwa für den auf der Basis eines unrichtigen Feststellungsbescheids gefährdeten, noch nicht zur Entstehung gelangten ESt-Anspruch zunächst zu prüfen, ob diesem für den Fiskus bereits mit Erlass des Feststellungsbescheids (mit Gewinnfeststellungen in der zutreffenden Höhe) ein wirtschaftlicher Wert (in der bei zutreffenden Festsetzung des Gewinns entstehenden Höhe) zu kam. Zugleich müsste dieses anwartschaftsgleich zu erwartende Steueraufkommen – das rechtlich nicht geschädigt, sondern nur gefährdet werden kann – im oben

beschriebenen Sinn konkret gefährdet werden. Vor dem Hintergrund des Umstandes, dass hier anscheinend auch dem 1. Strafsenat zufolge eine derartige annähernde Bezifferung der Gefährdung des ESt-Aufkommens aufgrund des unzutreffenden Grundlagenbescheids unmöglich war (vgl. Rdnr. 30), kann wohl nicht von der Existenz einer wirtschaftlich werthaltigen Anwartschaft auf ESt im obigen Sinn gesprochen werden, jedenfalls nicht von deren konkreter Gefährdung, da deren Existenz und Höhe von zahlreichen Faktoren unabhängig von der Verlustzuweisung durch den Grundlagenbescheid abhängig ist, so dass nicht feststeht, dass und in welcher Höhe die Betroffenen überhaupt ESt abzuführen haben.

3. Zutreffende Sicht der Steuerhinterziehung als Verletzungsdelikt

Unabhängig davon ist ein Feststellungsbescheid jedenfalls deshalb kein ungerechtfertigter Steuervorteil, weil nach zutreffender Auffassung *Beckempers*³² der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs der Steuerhinterziehung einen konkreten *Steuerschaden* voraussetzt:

Das Verständnis des § 370 Abs. 1 AO als konkretes Gefährdungsdelikt – nicht als Verletzungsdelikt – ergibt sich nach der abweichenden Ansicht angeblich aus § 370 Abs. 4 S. 1 AO,³³ weil es danach nicht darauf ankomme, ob eine Steuer überhaupt geschuldet, noch nicht fällig oder schon gezahlt sei.³⁴ Eine Steuerverkürzung liege nach dem Gesetzeswortlaut auch vor, wenn der Steuerschuldner keine Steuern schuldet oder sogar einen Rückzahlungsanspruch hat.

Dem wird jedoch überzeugend entgegengehalten, dass § 370 Abs. 4 S. 1 AO einer Interpretation der Steuerhinterziehung als Verletzungsdelikt nicht entgegensteht.³⁵ Mit der in diesem Absatz gewählten Formulierung hat der Gesetzgeber nur den im Strafrecht insbesondere bei § 263 StGB anerkannten Grundsatz zum Ausdruck gebracht, dass auch eine ausreichend konkrete, nämlich schadensgleiche Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden darstellt³⁶ – und damit einer *Rechtsgutsverletzung* zumindest gleich steht. Die Situation der Steuerfestsetzung ist mit der des Eingehens eines Vertrags vergleichbar, weil der Festsetzungsbescheid wie der schuldrechtliche Vertrag die Leistungspflichten festlegt. Der Steueranspruch, der sich aus den materiellen Steuergesetzen ergibt, wird nämlich erst durch den Festsetzungsbescheid konkretisiert. Da diese Konkretisierung nicht bindend ist, hängt es zwar vom Zufall ab, ob die Finanzbehörde den Unterschied zwischen Steuerfestsetzung und materiellem Steueranspruch entdeckt. Nachforschungen unterbleiben regelmäßig, weil die Prüfung

³² *Beckemper* NStZ 2002, 518, 520 f.

³³ *Joecks* a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 15.

³⁴ *Tiedemann* JZ 1975, 185, 186.

³⁵ *Beckemper* NStZ 2002, 518, 520; *Göggerle* BB 1982, 1851; ders. DStR 1981, 308; *Hellmann* a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 57 ff.; *Hoff*, Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung, 2000, S. 13 ff.; *Senge* in Erbs/Kohlhaas, Nebenstrafrecht, AO § 370 Rdnr. 35.

³⁶ *Beckemper* NStZ 2002, 518, 520; *Hoff* a. a. O. S. 17; *Wulf*, Handeln und Unterlassen im Steuerstrafrecht, 2001, S. 70.

²⁶ Vgl. *Fischer* a. a. O. (Fn. 12) § 263 Rdnr. 94, § 266 Rdnr. 72, 72e.

²⁷ BGH, Beschluss vom 10.12.2008 – 1 StR 322/08, HRRS 2009 Nr. 68.

²⁸ *Hellmann* a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 59, 60.

²⁹ Erstmals in RGSt 23, 55, 57.

³⁰ BGHSt 20, 143 = NJW 1965, 770.

³¹ *Hellmann* a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 60.

des Steueranspruchs mit der Festsetzung abgeschlossen ist.³⁷

Die Argumentation, das Kompensationsverbot gem. § 370 Abs. 4 S. 3 AO belege, dass die Steuerhinterziehung kein Verletzungsdelikt sein könne, weil deshalb auch Fälle vom Anwendungsbereich der Norm erfasst würden, in denen es zu keinem echten Vermögensschaden gekommen sei, verkennt aber die Funktion dieser Regelung. § 370 Abs. 4 S. 3 AO macht von dem Grundsatz, dass ein Schaden festgestellt werden muss, keine Ausnahme, denn der Schaden des Staates entfällt nicht, weil der Steuerpflichtige aus anderen Gründen einen Anspruch auf Steuerrückzahlung hat. Der Steuerpflichtige kann nämlich Ansprüche, die mit den hinterzogenen Steuern nicht in Zusammenhang stehen, nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO auch später noch geltend machen. Diese können deshalb keinen Einfluss auf die Schadenshöhe haben.³⁸ Die Steuerhinterziehung ist also ein Verletzungsdelikt, das - ähnlich wie der Betrug - erst vollendet ist, wenn ein Schaden eingetreten ist. Der Schaden muss daher - zumindest annähernd - beziffert werden können. Für die Steuerhinterziehung folgt daraus, dass das Delikt erst vollendet ist, wenn der Umfang der verkürzten Steuern feststeht.³⁹ Deshalb kann das Bewirken eines Feststellungsbescheids durch unrichtige Angaben keine vollendete Steuerhinterziehung, der unrichtige Feststellungsbescheid folglich kein ungerechtfertigter Steuervorteil i. S. des § 370 AO sein.⁴⁰

Ein Feststellungsbescheid nach § 180 AO gibt vielfach nicht Auskunft darüber, in welcher Höhe der Steueranspruch gegen die Kommanditisten beeinträchtigt wird. Bei der Steuerhinterziehung durch unrichtige Verlustzuweisung an die Gesellschafter einer Personengesellschaft etwa steht erst nach Abgabe der letzten Einkommensteuererklärung und damit der Ermittlung der Einkünfte aller Gesellschafter und der Auswirkungen der Feststellungen auf die Steuerschulden die Höhe des Steuerschadens fest.⁴¹ Bei anderen Feststellungsbescheiden kann zwar die Höhe der potentiellen Steuerverkürzung mit der Bekanntgabe des Feststellungsbescheids bestimmt werden.⁴²

³⁷ Beckemper NStZ 2002, 518, 520; Hellmann a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 60.

³⁸ Joecks a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 74 m. w. N.; Hoff a. a. O. (Fn. 35) S. 21.

³⁹ Beckemper NStZ 2002, 518, 520 f.

⁴⁰ Beckemper NStZ 2002, 518, 521; Wulf a. a. O. (Fn. 36) S. 70.

⁴¹ Beckemper NStZ 2002, 518, 521; Hardtke AO-StB 2002, 92; Hardtke/Leip a. a. O. (Fn. 21).

⁴² Dies gilt laut Beckemper, NStZ 2002, 518, 521, etwa für das Erschleichen eines unrichtigen Feststellungsbescheids nach § 47 KStG a. F. oder von Verlustzuweisungen nach § 10d EStG. Daraus wird tw. bereits der Schadenseintritt abgeleitet (vgl. Gast-de Haan a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rn 56; Patzelt, Ungerechtfertigte Steuervorteile und Verlustabzug im Steuerstrafrecht, 1990, S. 90ff.). Für Feststellungsbescheide nach § 47 KStG a.F. soll dies gelten, weil im Gegensatz zu einer Personengesellschaft bei einer Kapitalgesellschaft die Besonderheit bestehe, dass eine Gewinnausschüttung bereits bei der Kapitalgesellschaft zu einem gesetzlich feststehenden Steuersatz versteuert werde. Anders als bei anderen Feststellungsbescheiden nach § 180 AO sei die Beeinträchtigung des Steueranspruchs durch einen falschen Bescheid nach § 47 KStG a.F. bestimmbar und deshalb be-

Nicht belegt ist dadurch aber der Schadenseintritt. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung - also ein Schaden - liegt nur vor, wenn die Gefährdung von Vermögenswerten nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage darstellt (s.o.). Als schadensgleiche Vermögensgefährdung können aber nur solche Gefährdungen gelten, die objektiv feststellbar eine Minderung des aktuellen Vermögenswertes begründen, weil die wirtschaftliche Position nicht mehr durchsetzbar erscheint. Bei Berücksichtigung dieses Grundsatzes bestehen durchgreifende Zweifel, ob die Existenz des unrichtigen Feststellungsbescheids die Vermögensposition - den Steueranspruch - konkret gefährdet. Die Finanzbehörde kann den Steueranspruch praktisch zwar selten über die Aufhebung des durch Täuschung erlangten Feststellungsbescheids durchsetzen, weil es zumeist an der Erkennbarkeit der Täuschung fehlt. Die Existenz des unrichtigen Feststellungsbescheids hat aber noch keine unmittelbaren rechtlichen Auswirkungen auf die Durchsetzbarkeit durch eine richtige Festsetzung. Der Steueranspruch kann damit erst schadensgleich gefährdet werden, wenn der Feststellungsbescheid zur Herbeiführung einer unzutreffenden Steuerfestsetzung gebraucht wird.⁴³

Vor diesem Hintergrund sprechen die besseren Gründe dafür, die Steuerhinterziehung als Erfolgs- und Verletzungsdelikt anzusehen. Entgegen dem I. Strafsenat ist hier auch deshalb eine Strafbarkeit wegen zumindest versuchter Steuerhinterziehung frühestens in der Verwendung der Feststellungsbescheide durch die Kommanditisten nach Abgabe der jeweiligen Einkommensteuererklärungen zu sehen.

4. Kein unberechtigter Steuervorteil aufgrund des systematischen Verhältnisses zur Steuerverkürzung

Die Annahme des I. Strafsenats, die Erlangung des Feststellungsbescheids stelle einen unberechtigten Steuervorteil, unstrittig aber noch nicht eine Steuerverkürzung dar, kann auch aus tatbestandssystematischen Gründen keine Zustimmung finden. Die Rechtsprechung differenziert überwiegend nicht trennscharf zwischen den beiden Erfolgsvarianten des § 370 Abs. 1 AO.⁴⁴ Der Gesetzes-

reits mit der Bekanntgabe des falschen Bescheids der Erfolg der Steuerhinterziehung in Form des ungerechtfertigten Steuervorteils eingetreten. Die Ausnahme für Verlustzuweisungen wird damit erklärt, die Differenz zwischen den tatsächlichen und den festgestellten Verlusten könne festgestellt werden und damit auch die Beeinträchtigung des Steueranspruchs, unter anderem weil die Feststellungen oftmals erst abgeschlossen seien, wenn der Steueranspruch schon fest stehe (Gast-de Haan a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 56). Diese Argumentation betrifft auch für andere Feststellungsbescheide, bei denen der Steueranspruch bereits im Zeitpunkt der Feststellung besteht und die drohende Beeinträchtigung des Steueranspruchs konkret angegeben werden kann.

⁴³ Beckemper NStZ 2002, 518, 521.

⁴⁴ Vgl. zur Rspr. von BGH und RG zusammenfassend Bannemer wistra 1994, 329 und BVerfG NJW 1995, 1883, wonach dies verfassungsrechtlich unbedenklich sei.

wortlaut stellt jedoch beide gleichberechtigt nebeneinander, was auf eine selbständige Bedeutung beider Alternativen und deren Gleichwertigkeit schließen lässt.⁴⁵

Der Begriff des ungerechtfertigten Steuervorteils ist gesetzlich nicht definiert. Allgemein wird verbreitet angenommen, es müsse sich um eine Vergünstigung in der Form eines wirtschaftlichen Vorteils handeln, die auf der Anwendung von steuerlichen Vorschriften beruht und auf Grund einer besonderen Bewilligung der Finanzbehörde gewährt wird.⁴⁶ Zu § 392 AO a. F. hat der BGH festgehalten, von Steuervorteil spreche man, wenn dem Täter etwas gewährt oder belassen worden sei, was gegenüber der normalen, dem Gesetz entsprechenden Festsetzung oder Einziehung von Steuern eine Ausnahme bedeute. Steuerbefreiungen seien ebenfalls Steuervorteile.⁴⁷ Nach dieser Definition, immerhin aus einer Entscheidung des BGH, die in der neuen Entscheidung des 1. Strafsenats zum Begriff des Steuervorteils zustimmend zitiert, wenn auch nicht wiedergegeben oder subsumiert wird, lässt sich ein Feststellungsbescheid gem. §§ 179, 180 Abs. 1 Nr. 2 a AO kaum als Steuervorteil ansehen. Zeitlicher Anknüpfungspunkt – Vollendungszeitpunkt – ist demnach auch für die Feststellung des Steuervorteils offenbar frühestens der der Steuerfestsetzung. Zuvor ist nämlich eine Begünstigung gegenüber der regulären Festsetzung (oder gar Einziehung) von Steuern kaum sicher feststellbar oder gar berechenbar. Eine bloße Vorstufe zur Festsetzung – wie der Erlass eines Bescheids gem. § 180 Abs. 1 Nr. 2 a AO – kann diesem Maßstab zur Annahme eines Steuervorteils offenbar nicht genügen.

Zu Recht wird in der steuerstrafrechtlichen Literatur betont, dass – neben der Formulierung zweier Erfolgstatbestände in § 370 Abs. 1 AO – auch der Definitionsaufwand des Gesetzgebers in § 370 Abs. 4 S. 1 und 2 AO darauf hindeutet, dass die beiden Erfolgsmerkmale des Hinterziehungstatbestandes Unterschiedliches meinen und gleichberechtigt nebeneinander stehen.⁴⁸

Jedenfalls dürfte anerkannt sein, dass der Steuervorteil im Gegensatz zur Steuerverkürzung einen steuerlich veranlassten Vermögensvorteil, d. h. einen Steuervorteil des Steuerschuldners voraussetzt.⁴⁹ § 370 Abs. 4 S. 2 AO führt als Beispiel für den Steuervorteil die Steuervergütung an, d. h. die materielle Erlangung eines (auszuzahlenden oder aufrechenbaren) Zahlungsanspruchs durch den Steuerschuldner gegen den Fiskus. Die exemplarische Nennung der Steuervergütung als Steuervorteil spricht dafür, dass andere – unbenannte – Steuervorteile keinen wesentlichen geringeren Grad an konkreter und unmittelbarer wirtschaftlicher Besserstellung des Steuerschuldners beinhalten dürfen als die Steuervergütung. Bei der Erlangung einer Verlustzuweisung durch einen Grundlagenbescheid steht aber weder der Eintritt noch die Höhe eines etwaigen Steuerschadens fest. Diese er-

geben sich vielmehr – möglicherweise – aus weiteren, rechtlich oder faktisch nicht notwendigerweise erwartbaren selbständigen Handlungen des Steuerschuldners (ESt-Erklärung) und des für diesen zuständigen Finanzamts (Bescheidung). Es liegt auf der Hand, dass der Grad und Nähe der Vermögensgefährdung hier ganz erheblich niedriger ist als bei der Bewilligung oder Gewährung einer Steuervergütung, etwa von Vorsteuer gem. UStG. Es fehlt an einem hinreichenden Gefährdungsgrad des Steueraufkommens.⁵⁰

Die Begründung des 1. Strafsenats für die Annahme eines Steuervorteils, die hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs genüge zur Annahme eines Steuervorteils wäre aber auch deshalb unzureichend, weil damit allenfalls die schadensgleiche Vermögensgefährdung des Steueranspruchs belegt wäre, nicht aber, dass zugleich positiv auch ein vermögenswerter Steuervorteil bei den Kommanditisten eingetreten ist. Es muss sich bei dem Vorteil des Steuerschuldners nicht logisch zwingend um die Kehrseite der Gefährdung des staatlichen Steueranspruchs handeln. Die Verknüpfung der Steuerverkürzung mit dem Festsetzungsverfahren in § 370 Abs. 4 S. 1 AO spricht dafür, dass es sich bei Steuervorteilen iSd § 370 Abs. 1 AO nicht um Vorteile handeln kann, die aus der verspäteten oder zu geringen Festsetzung von Steuern resultieren.⁵¹ Die Rspr. geht zwar davon aus, dass auch im Festsetzungsverfahren Steuervorteile im Sinne des Gesetzes gewährt werden.⁵² Zudem werden in der Rspr. auch ungerechtfertigte Besserstellung des Steuerschuldners im Vorfeld der Festsetzung als Steuervorteile angesehen.⁵³ Nach der überzeugenderen Literaturlauffassung sind aber wohl nur Besserstellungen im Rahmen oder Vorfeld der Festsetzung als Steuerverkürzung anzusehen, unberechtigte Begünstigungen außerhalb derselben als Steuervorteil.⁵⁴

Vor allem ist in der vorliegenden Konstellation der angebliche Vorteil des Steuerschuldners nicht hinreichend konkretisiert und nicht hinreichend gewiss, auch wenn nicht der Maßstab eines Verletzungsdelikts anzulegen wäre (s.o.). Jedenfalls ist nämlich der Charakter des § 370 AO als Vermögensdelikt besonderer Art zu berücksichtigen, der Parallelen zum Betrug aufweist⁵⁵. Da der Anspruch des Steuergläubigers auf den vollen Ertrag der Steuern (in jeder einzelnen Steuerart) bzw. der Anspruch des Staates auf den vollen Ertrag jeder einzelnen Steuerart geschützt ist,⁵⁶ ist grundsätzlich das Bestehen oder das vorhersehbare Bestehen des sicheren Zustandekommens eines – wirksamen und durchsetzbaren – Steueranspruchs in einer bestimmten Höhe erforderlich, damit

⁴⁵ Kohlmann a. a. O. § 370 Rdnr. 401.

⁴⁶ Wulf JuS 2008, 206, 210; Joecks a. a. O. (Fn. 3) § 370 AO Rdnr. 95 ff.

⁴⁷ BGHSt 25, 190, 202 = BGH NJW 1973, 1562, 1566 m. w. N. zur Lit.; Lohmeyer GA 1967, 321.

⁴⁸ Hellmann, a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 119.

⁴⁹ Hellmann, a. a. O. § 370 (Fn. 3) Rdnr. 119; Kohlmann, a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 172; Joecks a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 95.

⁵⁰ Vgl. Kohlmann a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 447, 553, 788.

⁵¹ Vgl. Kohlmann a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 550.

⁵² BGHSt 28, 371; BGH BB 1976, 396.

⁵³ Etwa Buchhaltungserleichterungen gem. § 148 AO, vgl. BGH wistra 1996, 184, 186 oder die Erlaubnis eines steuerbegünstigten Mineralöllagers, BGH NStZ 1993, 87.

⁵⁴ Hellmann a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 120; vgl. Joecks a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 95-98; Henke NJW 1967, 1006, 1009; Lohmeyer GA 1967, 321, 322.

⁵⁵ Kohlmann a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 40 f.; Joecks a. a. O. § 370 Rdnr. 14, die beide eine Gefährdung ausreichen lassen.

⁵⁶ BGHSt 40, 109 ff. = BGH NJW 1994, 2302; BGHSt 36, 100, 102.

überhaupt von einem Vermögensbestandteil des Steuergläubigers gesprochen werden kann.⁵⁷ Der strafrechtlich geschützte Steueranspruch im Sinne des § 370 AO ist als die steuerrechtlich gebotene „Soll-Einnahme“ des Steuergläubigers zu verstehen.⁵⁸

Zur Feststellung von dessen Gefährdung durch die unberechtigte Gewährung von Steuervorteilen bedarf es zumindest der Bezifferbarkeit des Steueranspruchs relativ zu dem als möglicherweise unberechtigten Steuervorteil anzusehenden Etwas, da sonst nicht festgestellt werden kann, ob ein bestehender Steueranspruch tatsächlich gefährdet ist. Zumindest sollte zudem – aufgrund der Betrugsähnlichkeit – eine den Grundsätzen der Rspr. zur Anwartschaft als Vermögensbestandteil im Sinne des § 263 StGB genügende, hinreichend verfestigte Position des Fiskus hinsichtlich der Existenz des Anspruchs bestehen. Eine anwartschaftsgleiche Situation (vgl. §§ 263, 266 StGB) bzgl. der ESt der Kommanditisten besteht aber bei Erlass des Grundlagenbescheids mit Verlustzuweisungen an diese noch nicht (s.o.).

Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass die häufig mangelnde klare Abgrenzung zwischen Steuervorteil des Steuerschuldners und Steuerverkürzung zu Lasten des Fiskus in der Literatur jedenfalls damit begründet (und gerechtfertigt) wird, dass in dem Fall der Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils gleichzeitig ein Verkürzen von Steuern liege.⁵⁹ Dies beruhe insbesondere darauf, dass die *Alternative der Vorteilerlangung gegenüber der Steuerverkürzung der engere und speziellere Tatbestand* sei.⁶⁰ Geht man hypothetisch von der Richtigkeit dieser verbreiteten Prämisse aus, kann ein Feststellungsbescheid gem. § 180 AO keinen Steuervorteil darstellen, da er unstrittig – auch nach Auffassung des 1. Strafsenats – im Vorfeld einer späteren Steuerverkürzung durch den Festsetzungsbescheid (hier betreffend die Kommanditisten) steht, eine solche aber gerade noch nicht bewirkt, sondern nur vorbereitet. Wenn der nach der oben genannten Auffassung allgemeinere Fall der Steuerverkürzung noch nicht eingetreten ist, kann auch der dieser Auffassung zufolge als Spezialfall anzusehende Steuervorteil – der hier zudem letztlich nur auf eine Steuerverkürzung abzielt – erst recht nicht eingetreten sein.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Verselbständigung der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen i.S. d. §§ 179 ff. AO lediglich zur Zerlegung des Besteuerungsverfahrens in mehrere Stufen führt, die gesonderte Feststellung mithin kein Selbstzweck ist, sondern gerade der zutreffenden Festsetzung dient, mithin ein bloß rechtlich verselbständigter, wirtschaftlich aber integraler Bestandteil des Festsetzungsverfahrens.⁶¹ Insofern tritt anerkanntermaßen regelmäßig erst durch die Steuerfestsetzung selbst eine Steuerverkürzung ein.⁶² Um von der Feststellung zur Festsetzung – d.h. zur Verkürzung – zu gelan-

gen, bedarf es zudem einer selbständigen, nicht vordefinierten Handlung der potentiell durch Verlustzuweisungen begünstigten Kommanditisten, nämlich der Einreichung einer ESt-Erklärung unter Verwendung des Feststellungsbescheids. Unter Berücksichtigung der üblichen Behandlung mehraktiger Geschehensabläufe im Strafrecht, bei denen erst das unmittelbare Ansetzen zu derjenigen Handlung, die den Taterfolg unmittelbar herbeiführen soll, als tatbestandsmäßig angesehen wird,⁶³ erscheint die Annahme des 1. Strafsenats besonders fragwürdig, es liege bei der Festsetzung im Folgebescheid lediglich ein wiederholter, „weitergehender“ Taterfolg vor.

Legt man die zutreffende Annahme zu Grunde, dass die beiden Erfolgsvarianten des § 370 AO echte, gleichwertige Alternativen darstellen, wie es sich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, dann ist zu unterstellen, dass die beiden Alternativen zu ihrer Verwirklichung gleichwertige Gefährdungsgrade bzw. Verletzungsgrade des geschützten Rechtsguts – Steueraufkommen – voraussetzen. Dies bedeutet zugleich, dass es nicht angehen kann, das die Verwirklichung der einen Alternative – der Erlangung eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils, wie vom 1. Strafsenat unterstellt – lediglich ein Durchgangsstadium zur Verwirklichung der anderen Alternative (Steuerverkürzung) ist, die selbst durch die Erlangung des Feststellungsbescheids noch nicht einmal bis in das Versuchsstadium gekommen wäre, sondern noch im straflosen Vorbereitungsstadium stünde.

Dies gilt insbesondere deshalb, weil genau diese Verkürzung im Rahmen des ESt-Bescheids der Kommanditisten – und kein anderer bzw. weiterer Vorteil außerhalb der zu niedrigen Festsetzung der ESt im Festsetzungsverfahren – durch die Erlangung des Feststellungsbescheids angestrebt wird. Verkürzt sagt der 1. Strafsenat: Was noch nicht einmal das Versuchsstadium der Steuerverkürzung hinsichtlich der ESt der Kommanditisten erreicht, stellt dennoch bereits einen Steuervorteil zu deren Gunsten dar und ist als vollendete Steuerhinterziehung zu bestrafen.

In der Lit. wird darauf hingewiesen, dass jeder Verkürzung von Steuereinnahmen zum Nachteil des Steuergläubigers ein ungerechtfertigter Vorteil des Steuerpflichtigen gegenüber steht, weshalb der unberechtigte Steuervorteil als selbständige Erfolgsvariante der Steuerhinterziehung „nur *besondere* Vorteile“ kennzeichnen könne.⁶⁴ Vor diesem Hintergrund kann eine Vorbereitungshandlung der Steuerverkürzung – mit einem vorbereitenden Erfolg, der Erlangung des Grundlagenbescheids – tatbestandssystematisch nicht unter die Erzielung einer Steuervorteils subsumiert werden. Der Grundlagenbescheid weist die erforderliche qualitative Andersartigkeit gegenüber dem letztlich angestrebten Verkürzungserfolg nicht auf, da er lediglich eine Vorstufe zur Steuerverkürzung (für dieselbe Steuerart in demselben Besteuerungszeitraum) darstellt.

⁵⁷ Vgl. Hellmann a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 43.

⁵⁸ Hellmann a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 138; Joecks a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 22.

⁵⁹ Kohlmann a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 541.

⁶⁰ Kohlmann a. a. O. § 370 (Fn. 3) Rdnr. 541; aA: Rolletschke, Die Steuerhinterziehung, Rdnr. 80; Rolletschke DStZ 2001, 613.

⁶¹ Hellmann a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 299.

⁶² Vgl. BGH wistra 1984, 142.

⁶³ Vgl. zum Betrug: BGHSt 37, 294, 296; BGH StV 2001, 272, 273.

⁶⁴ Joecks a. a. O. (Fn. 3) § 370 Rdnr. 95.

Auch deshalb kann die Auffassung des 1. Strafsenats nicht geteilt werden. Ein Steuervorteil der Kommanditisten im Sinne des § 370 Abs. 1 AO wird durch den Erlass des Grundlagenbescheids gem. § 180 AO nicht erlangt.

5. Versuchte Steuerverkürzung?

Hinsichtlich der Feststellung einer versuchten Steuerhinterziehung in der Form der Steuerverkürzung gelten die allgemeinen Grundsätze, wonach der objektive Versuchstatbestand dann erfüllt ist, wenn der Täter nach seinen Vorstellungen von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB). Nach h. Rspr. ist eine enge räumliche und zeitliche Beziehung zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich.⁶⁵ Vor dem Hintergrund, dass regelmäßig ein ganz erheblicher zeitlicher Abstand zwischen dem Erlass eines Grundlagenbescheids für die Kommanditisten einer KG und der Veranlagung der Kommanditisten zur ESt liegen dürfte und diese regelmäßig auf Antrag erfolgen wird, spricht vieles dafür, dass auch das Versuchsstadium frühestens mit der Antragsstellung auf Veranlagung zur ESt, noch nicht aber mit der Erlangung oder gar Beantragung des Grundlagenbescheids bzw. der Mitteilung diesbezüglich steuerlich erheblicher Tatsachen an das Finanzamt beginnt.⁶⁶

V. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der 1. Strafsenat vorliegend unter unausgesprochener Abweichung von der bisherigen herrschenden Rspr. den Vollendungszeitpunkt der ESt-Hinterziehung zugunsten von Mitunternehmern einer Personengesellschaft (hier Kommanditisten) auf den Zeitpunkt des Erlasses des Grundlagenbescheids ggü. der KG mit den die Kommanditisten betreffenden Verlustzuweisungen vorverlegt.

⁶⁵ BGHSt 26, 20; BGH MDR 1977, 679.

⁶⁶ Vgl. *Joecks* a. a. O., (Fn. 3) vor § 369 Rdnr. 58 ff., § 370 Rdnr. 261a; *Eschenbach* DSStZ 1997, 855.

Die Annahme, darin liege eine Tatbestandsvollendung bzw. ein Steuervorteil gemäß § 370 AO erscheint – auch unter Berücksichtigung des Ausgangspunkts der herrschenden Rspr. – unzureichend begründet. Nach vorzugswürdiger Auffassung ist durch die Erlangung des Grundlagenbescheids noch nicht einmal das Versuchsstadium erreicht, da erst durch die Beantragung der Veranlagung zur ESt auf der Basis des Grundlagenbescheids die Verkürzung von ESt in hinreichende zeitliche Nähe rückt. Es erscheint tatbestandssystematisch verfehlt, „Erfolge“ im Vorfeld einer Steuerverkürzung – insbesondere solche, die hinsichtlich dieser Tatbestandsmodalität als straflose Vorbereitung anzusehen wären – in eigenständige Steuervorteile umzudefinieren, wie es der 1. Strafsenat tut.

Besonders bedenklich ist, dass bei Zugrundelegung der Tendenz dieser Entscheidung, deren Maßstäbe nicht völlig klar werden, da es an einer Bestimmung des zugrunde zu legenden Gefährdungsgrades bzgl. des Steueraufkommens fehlt, und somit auch andere Vorfeldmaßnahmen und -entscheidungen der Finanzbehörden als Gewährung unberechtigter Steuervorteile angesehen werden könnten. Dies könnte im Extremfall eine unüberschaubare weitere Ausdehnung des Vollendungs- aber auch des Versuchstatbestands des § 370 AO zur Folge haben. Insofern verursacht der besprochene Beschluss – jedenfalls zunächst – auch eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit.

Insgesamt setzt der Beschluss die sehr einseitig zu Lasten der Steuerpflichtigen gehende Rechtsprechungstendenz des 1. Strafsenats seit Übernahme der alleinigen höchstgerichtlichen Zuständigkeit für das Steuerstrafrecht fort. Mit Hilfe von wenig überzeugenden Auslegungsentscheidungen – um nicht zu sagen durch richterliche Rechtsfortbildung – auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite des § 370 AO wird eine weitere Intensivierung und Ausweitung der Verfolgung von steuerlichen Unregelmäßigkeiten betrieben. Die Kriminalisierung straflosen Vorbereitungshandelns stellt insofern einen zumindest vorläufigen, beklagenswerten „Höhepunkt“ dar.

Der unrichtige Feststellungsbescheid als nicht gerechtfertigter Steuervorteil

Besprechung zu BGH 1 StR 322/08 – Beschluss v. 10. Dezember 2008 (BGH HRRS 2009 Nr. 68).

Von Susanne Claus, Rechtsreferendarin in Berlin

I. Einleitung

Nach dem Wechsel der Zuständigkeit in Steuer- und Zollstrafsachen vom fünften zum ersten Strafsenat zum 1. Juni 2008 hat der nunmehr zuständige erste Senat binnen kurzer Zeit schon mehrere, seit Jahren kontrovers diskutierte Streitfragen des Steuerstrafrechts geklärt. Dies betrifft neben der öffentlichkeitswirksamen Entscheidung zum „großen Ausmaß“ im Sinne des § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO, die für die Strafzumessung bei Steuerhinterziehung eine große Rolle spielt,¹ etwa auch die Frage, welches Deliktstadium der Steuerhinterziehung ein Täter verwirklicht, der mittels unwahrer Angaben in der Feststellungserklärung den Erlass eines unrichtigen Feststellungsbescheides bewirkt.² Das Meinungsspektrum in der Literatur reichte hier von der Annahme einer straflosen Vorbereitungshandlung³ über eine versuchte Steuerhinterziehung⁴ bis hin zur Annahme der Vollendung⁵ bzw. Beendigung⁶ der Tat. Bedeutung hat die genaue Einordnung einerseits wiederum für die Strafzumessung (§ 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB), andererseits aber auch für den Beginn der Verjährung (§ 78a StGB). Im Beschluss vom 10. Dezember 2008 hat der 1. Strafsenat zu den einzelnen Konsequenzen nicht aus-

drücklich Stellung genommen, die Rechtsfrage aber – obiter dicta – dahingehend entschieden, dass der unrichtige Feststellungsbescheid als nicht gerechtfertigter Steuervorteil im Sinne der zweiten Taterfolgsalternative des § 370 Abs. 1 AO anzusehen sei.⁷ Im Folgenden sollen nicht nur die Lösung des BGH als solche, sondern auch die je nach Fallgestaltung für den Täter entstehenden Rechtsfolgen näher untersucht werden.

II. Steuerliche Besonderheiten des Feststellungsverfahrens

Das Verfahren zur gesonderten Feststellung von Besteuerungsgrundlagen gemäß §§ 179 ff. AO dient in erster Linie der Vereinheitlichung von Sachverhalten, bei denen unterschiedliche steuerliche Ergebnisse mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Steuerpflichtigen nur schwer in Einklang zu bringen wären.⁸ Den Hauptanwendungsfall bildet die Ermittlung von Einkünften, an denen mehrere Personen beteiligt sind, sofern diesen Personen die Einkünfte auch steuerlich zuzurechnen sind (§ 180 Abs. 1 Nr. 2a AO). Mit der einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen durch das Betriebsfinanzamt wird sichergestellt, dass etwa die einzelnen Gesellschafter einer Personengesellschaft, die nach allgemeinen Grundsätzen jeweils einzeln von ihrem Wohnsitzfinanzamt zu veranlagten wären, steuerlich nicht unterschiedlich behandelt werden. Zugleich hat die gesonderte Feststellung erhebliche verfahrensökonomische Vorteile, da die Besteuerungsgrundlagen auf diesem Wege nur einmal und nicht für alle Beteiligten einzeln ermittelt werden müssen.⁹ Besonders deutlich werden diese Vorzüge am Beispiel der – auf die Erzielung von abschreibungsfähigen Verlusten angelegten – Publikums-gesellschaften,¹⁰ die häufig in der Rechtsform der GmbH

¹ Vgl. BGH 1 StR 416/08, Urteil vom 02. 12. 2008 = BGH HRRS 2009 Nr. 127.

² BGH 1 StR 322/08 – Beschluss vom 10. 12. 2008 = BGH HRRS 2009 Nr. 68.

³ *Beckemper* NSTz 2002, 518 ff.; *Eschenbach* DStZ 1997, 851, 855; *Hellmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, 201. Erg.-lfg. (Stand: Dez. 2008), § 370 AO Rn. 299.

⁴ *Kohlmann*, Steuerstrafrecht, 39. Erg.-lfg. (Stand: Dez. 2008), Rn. 788; *Rolletschke/Kemper*, Steuerverfehlungen, 88. Erg.-lfg. (Stand: Dez. 2008), § 370 AO Rn. 153; *Seer*, in: Tipke/Lang, 19. Aufl. (2008), § 23 Rn. 50; *Seipl*, in: Wannemacher, Steuerstrafrecht, 5. Aufl. (2004); Rn. 1036; *Sorgenfrei* wistra 2006, 370, 373 ff.

⁵ *Joecks*, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 6. Aufl. (2005); § 376 Rn. 21.

⁶ *Hardtke*, Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnausschüttung, im Steuerstrafrecht, 1990, S. 170 ff.; AO-StB 2001, 273, 273; AO-StB 2002, 92, 95; *Otto*, in: FS für Lackner (1987), S. 715 ff., 735; *Patzelt*, Ungerechtfertigte Steuervorteile und Verlustabzug (1995), S. 136 f.

⁷ BGH 1 StR 322/08 – Beschluss vom 10. 12. 2008 = BGH HRRS 2009 Nr. 68, Rn. 26.

⁸ *Brandis*, in: Tipke/Kruse, 117. Erg.-lfg. (Stand: Nov. 2008), Vor § 179 AO Rn. 2.

⁹ *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler a.a.O. (Fn. 3), § 180 AO Rn. 152.

¹⁰ Zum Begriff und zur steuerrechtlichen Einordnung grundlegend BFHE 141, 405, 419 ff.

& Co. KG betrieben werden und nicht selten eine Anzahl von mehreren hundert Kommanditisten umfassen. Das Betriebsfinanzamt stellt hier die steuerbaren Einkünfte der Gesellschaft dem Grunde und der Höhe nach fest und nimmt eine Zurechnung zu den jeweiligen steuerpflichtigen Gesellschaftern vor.¹¹ Über das Ergebnis der Feststellungen ergeht ein Feststellungsbescheid, der – in der Regel ausschließlich – einem von den Feststellungsbeteiligten bestimmten Empfangsbevollmächtigten (vgl. § 183 AO) bekannt gegeben wird.

Nach Erlass des Feststellungsbescheides schließt sich in einem zweiten Schritt das eigentliche Steuerfestsetzungsverfahren an. Der Inhalt des Feststellungsbescheides wird über behördeninterne Mitteilungen an die Wohnsitzfinanzämter der einzelnen Feststellungsbeteiligten weitergeleitet.¹² Damit ist eine Erklärung des einzelnen Gesellschafters zu diesen Einkünften in der Einkommensteuererklärung zwar nicht entbehrlich.¹³ Die den Gesellschafter betreffenden Gewinne oder Verluste werden in der Praxis jedoch auch von Amts wegen berücksichtigt, wenn der Gesellschafter keine Angaben dazu macht oder machen kann, etwa, weil ihm der Feststellungsbescheid vom Empfangsbevollmächtigten noch nicht übermittelt worden ist.¹⁴ Die Finanzbeamten der Wohnsitzfinanzämter müssen die im Feststellungsverfahren gesondert ermittelten Besteuerungsgrundlagen für die Einkommensteueranlagung grundsätzlich ungeprüft heranziehen.¹⁵ Nach § 182 Abs. 1 S. 1 AO ist der Feststellungsbescheid als Grundlagenbescheid für alle Folgebescheide bindend. Macht der Erklärungspflichtige in der Feststellungserklärung unrichtige Angaben und bewirkt dadurch einen unrichtigen Feststellungsbescheid, so führt dies in aller Regel auch zu unrichtigen Steuerfestsetzungen auf der Ebene der einzelnen Feststellungsbeteiligten. Diese Folge tritt bei einem regelhaften Ablauf innerhalb der Verwaltung, also bei ordnungsgemäßer Weiterleitung des Inhalts des Feststellungsbescheides vom Betriebsfinanzamt an die Wohnsitzfinanzämter und anschließender Berücksichtigung der Feststellungen im Festsetzungsverfahren, sogar zwangsläufig ein.¹⁶

Diese steuerlichen Besonderheiten des zweistufigen Verfahrens einerseits und der Bindungswirkung des Feststellungsbescheides andererseits bilden letztlich den Grund für die unterschiedlichen Auffassungen zum Beginn der Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung im Steuerstrafrecht.

¹¹ Seer, in: Tipke/Lang a.a.O. (Fn. 4), § 21 Rn. 123.

¹² Wedelstädt BuW 2000, 627, 633; vgl. auch die Sachverhalte in BFHE 188, 548 ff.; BFH/NV 1990, 366; BFH/NV 1989, 138.

¹³ Vgl. Anlage GSE zur Einkommensteuererklärung.

¹⁴ Hardtke AO-StB 2001, 272, 275; Sorgenfrei wistra 2006, 370, 375.

¹⁵ BFHE 150, 345, 349 f.; Söhn, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler a.a.O. (Fn. 3), § 182 AO Rn. 7.

¹⁶ Hardtke AO-StB 2001, 272, 275.

III. Frühe Vollendung der Steuerhinterziehung

Für den Fall der Abgabe einer unrichtigen Feststellungserklärung hat der 1. Strafsenat nunmehr klargestellt, dass der Täter den Tatbestand der Steuerhinterziehung bereits mit der Erlangung des Feststellungsbescheides voll verwirklicht hat. Der unrichtige Feststellungsbescheid selbst bewirke zwar noch keine Steuerverkürzung im Sinne der ersten Taterfolgsalternative des § 370 Abs. 1 AO. Mit dem Feststellungsbescheid habe der Steuerpflichtige aber einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil im Sinne der zweiten Alternative des § 370 Abs. 1 AO erlangt.¹⁷ Im Gegensatz zu den „herkömmlichen“ Fällen der Steuerhinterziehung, in denen die Vollendung der Tat erst mit der Festsetzung einer zu niedrigen Steuer eintritt und die Zeitspanne zwischen der Abgabe der unrichtigen Erklärung und der Steuerfestsetzung dem Versuchsstadium angehört,¹⁸ ist die Tat mit dem Erwirken des Feststellungsbescheides vergleichsweise früh vollendet. Dies wirkt sich insbesondere in den Fällen zu Lasten des Täters aus, in denen eine Umsetzung des Feststellungsbescheides in den Einkommensteuererklärungen unterbleibt, etwa, weil eine Weiterleitung des Feststellungsbescheides an die Wohnsitzfinanzämter (noch) nicht erfolgt ist oder die Angaben noch vor der Veranlagung der einzelnen Feststellungsbeteiligten berichtigt werden. Für den Täter kommt hier eine Strafmilderung nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB ebenso wenig in Betracht wie ein – von der strafbefreienden Selbstanzeige gemäß § 371 AO zu unterscheidender¹⁹ – strafbefreiender Rücktritt gemäß § 24 StGB. Ausgehend von der Prämisse, dass das Strafrecht jeweils konkrete Rechtsgüter vor Gefährdung bzw. Verletzung schützen soll,²⁰ stellt sich jedoch die Frage, ob das Bewirken eines unrichtigen Feststellungsbescheides tatsächlich schon eine vollendete Steuerhinterziehung darstellt.

1. Steuerverkürzung und nicht gerechtfertigter Steuervorteil

Eine Steuerverkürzung liegt nach der Legaldefinition des § 370 Abs. 4 S. 1 AO vor, wenn die Steuern nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden. Dies gilt nach dem Gesetz unabhängig davon, ob die Festsetzung der Steuer nur vorläufig (§ 165 AO), unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO) oder als Steueranmeldung (§§ 167, 168 AO) erfolgt. Die Steuer wird in der Praxis in der Regel nicht endgültig festgesetzt, damit die Möglichkeit einer – der hohen Fehleranfälligkeit der Steuerverwaltung als Massenverwaltung Rechnung tragenden – Korrektur des Steuerbescheides verbleibt.²¹

¹⁷ BGH I StR 322/08 – Beschluss vom 10. 12. 2008 = BGH HRRS 2009 Nr. 68, Rn. 26.

¹⁸ Vgl. Hellmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler a.a.O. (Fn. 3), § 370 AO Rn. 311; Kohlmann, Steuerstrafrecht a.a.O. (Fn. 4), § 370 AO Rn. 810.

¹⁹ BGHSt 37, 340, 345 f.

²⁰ Vgl. statt vieler Hassemer/Neumann, in: Nomoskommentar, 2. Aufl. (2005), Vor § 1 StGB Rn. 108 ff.

²¹ Tipke, in: Tipke/Kruse a.a.O. (Fn. 8), § 164 AO Rn. 1.

Demgegenüber ist der Begriff des „nicht gerechtfertigten Steuervorteils“ im Gesetz nicht näher definiert. Auch in der Literatur lässt sich keine eindeutige Definition des „Steuervorteils“ – dessen inhaltliche Konkretisierung schon im materiellen Steuerrecht Schwierigkeiten bereitet – ausmachen.²² Zum Teil wird statt einer inhaltlichen Bestimmung daher eine Abgrenzung nach Verfahrensabschnitten vorgeschlagen: Die Erlangung ungerechtfertigter Steuervorteile sei nur im Erhebungs- und Beitreibungsverfahren, nicht aber im Festsetzungsverfahren, das auf die erste Taterfolgsvariante der „Steuerverkürzung“ hinauslaufe, möglich.²³ Auch diese Einteilung hilft jedoch nicht weiter, wenn es – wie vorliegend – um die Klassifizierung von Vorteilen geht, die der Steuerpflichtige im Vorfeld der eigentlichen Steuerverkürzung erlangt und bei denen zudem fraglich ist, welchem Verfahrensabschnitt sie angehören.²⁴ Die Schwierigkeiten bei der Begriffsbestimmung können jedenfalls nicht dazu führen, dass alles, was in irgendeiner Weise für den Steuerpflichtigen vorteilhaft wirkt und nicht dem Begriff der Steuerverkürzung, also der unrichtigen Festsetzung der Steuer unterfällt, einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil darstellt. Vielmehr müssen die beiden Taterfolgsalternativen von ihrem materiellen Unrechtsgehalt her vergleichbar sein, d.h. der nicht gerechtfertigte Steuervorteil muss zu einer gleichartigen Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts führen wie die Steuerverkürzung.

2. Gefährdung des Steueraufkommens

Geschütztes Rechtsgut des § 370 AO ist das öffentliche Interesse am rechtzeitigen und vollständigen Steueraufkommen.²⁵ Das Gesetz stellt dabei in der Taterfolgsalternative der Steuerverkürzung nicht lediglich das bloße Nichtzahlen der Steuern, sondern bereits die unrichtige oder nicht rechtzeitige Festsetzung des Steueranspruchs unter Strafe. Darin liegt, im Vergleich zu einer an den eigentlichen und endgültigen Schadenseintritt anknüpfenden Strafbarkeit, eine graduelle Vorverlagerung des tatbestandsmäßigen Unrechts in ein bloßes Gefährdungsstadium. Diese Vorverlagerung gleicht jedoch derjenigen, die bei anderen Vermögensdelikten wie etwa dem Betrug gemäß § 263 Abs. 1 StGB dadurch entsteht, dass Rechtsprechung und herrschende Lehre für das Merkmal des Vermögensschadens eine konkrete Vermögensgefährdung als ausreichend erachten.²⁶ Das verwirklichte Unrecht der Steuerhinterziehung entspricht damit im Hauptanwendungsfall der Steuerverkürzung regelmäßig dem typischen Unrecht bei den sonstigen – auf Täuschung basierenden – Vermögensdelikten. Mangels eines qualitativen Unterschieds kann somit auch offen bleiben, ob die Steuerhinterziehung aufgrund der Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Gefährdungsstadium ein bloßes

„Gefährdungsdelikt“ ist²⁷ oder aufgrund der Parallele zum Betrug als „Verletzungsdelikt“ bezeichnet werden muss²⁸. Maßgeblich ist allein der Grad der Gefährdung des geschützten Rechtsguts, nämlich die spezifische „Nähe“ zum endgültigen Schadenseintritt.

In der Taterfolgsalternative der Steuerverkürzung ist diese Nähe mit der konkreten Bezifferung der Höhe des aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden Schadens im Steuerbescheid gegeben.²⁹ Ebenfalls bekannt oder zumindest bestimmbar ist das Ausmaß der voraussichtlichen Schädigung des Steueraufkommens bei den im Schrifttum beispielhaft als nicht gerechtfertigte Steuervorteile angeführten erschlichenen Steuervergütungen, den Stundungsverfügungen (§ 222 AO) – hier in Höhe des Zinsvorteils – oder etwa dem Erlass (§ 227 AO).³⁰ Der Feststellungsbescheid als solcher lässt dagegen regelmäßig noch keine Schlüsse zu, wann und in welcher Höhe das Steueraufkommen konkret geschädigt wird.³¹ Sowohl der Zeitpunkt der Umsetzung der Feststellungen in den Einkommensteuerbescheiden, als auch die Höhe der festzusetzenden Steuer hängt noch von verschiedenen – unvorhersehbaren – Variablen ab. So kann ein Gesellschafter seine Steuererklärungen im Einverständnis mit der Finanzverwaltung später als üblich abgeben. Eine Verrechnung des dem Feststellungsbeteiligten im Feststellungsbescheid zugerechneten Verlusts kann an mangelnden positiven Einkünften in entsprechender Höhe scheitern. In einem solchen Fall käme es unter Umständen, nämlich wenn auch der periodenübergreifende Verlustvor- bzw. -rücktrag nach § 10d EStG in andere Veranlagungszeiträume nicht möglich ist, gar nicht zu einer zu niedrigeren Steuerfestsetzung. Die mangelnde Bezifferbarkeit der voraussichtlichen Schädigung spricht somit gegen eine spezifische Nähe zum Schaden und damit gegen eine vollendete Steuerhinterziehung.³²

Demgegenüber vermag die Bindungswirkung des Feststellungsbescheides für den Folgebescheid, auf die sich der BGH zur Begründung der vergleichbaren Gefährdung des Steueraufkommens im Wesentlichen stützt,³³ das Vorliegen eines vollendeten Delikts allein nicht zu begründen. Der Umstand, dass ein Geschehen bei ungehindertem Fortgang zum tatbestandsmäßigen Erfolg – im vorliegenden Fall zu einer hinreichend konkreten Gefährdung des Steueraufkommens – führt, ist gerade nicht

²² *Hardtke* a.a.O. (Fn. 6), S. 113 ff.; *Joecks*, in: *Franzen/Gast/Joecks* a.a.O. (Fn. 5), § 370 Rn. 83 ff.; *Patzelt* a.a.O. (Fn. 6), S. 65 ff.

²³ *Hellmann*, in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler* a.a.O. (Fn. 3), § 370 AO Rn. 120.

²⁴ Vgl. *Beckemper* NStZ 2002, 518, 520 m. w. N.

²⁵ BGHSt 40, 109, 111; 36, 100, 102.

²⁶ RGSt 16, 1, 11; BGHSt 6, 115, 117; *Cramer/Perron*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. (2006), § 263 Rn. 143; *Hefendehl*, in: *Münchener Kommentar zum Strafrecht* (2006), § 263 Rn. 532 ff.

²⁷ So BGH 1 StR 322/08 – Beschluss vom 10. 12. 2008 = BGH HRRS 2009 Nr. 68, Rn. 30; *Joecks*, in: *Franzen/Gast/Joecks* a.a.O. (Fn. 5), § 370 AO Rn. 15.

²⁸ *Beckemper* NStZ 2002, 518, 520; *Hellmann*, in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler* a.a.O. (Fn. 3), § 370 Rn. 57 ff.; *Otto*, in: *FS für Lackner* (1987) S. 715 ff., 733.

²⁹ Die Höhe der verkürzten Beträge ist so genau wie möglich festzustellen, vgl. BGH StV 1984, 497, 498; *Kohlmann*, *Steuerstrafrecht* a.a.O. (Fn. 4), § 370 AO Rn. 471.

³⁰ *Gast-de Haan*, in: *Klein*, *Abgabenordnung*, 9. Aufl. (2006), § 370 AO Rn. 56; *Kohlmann*, *Steuerstrafrecht* a.a.O. (Fn. 4), § 370 AO Rn. 552; *Patzelt* a.a.O. (Fn. 6), S. 71.

³¹ Zur Ausnahme für den Feststellungsbescheid gem. § 47 KStG *Hardtke* a.a.O. (Fn. 6), S. 134; *Hardtke/Leip* NStZ 1996, 217, 219.

³² So auch *Beckemper* NStZ 2002, 518, 520 f.; *Gast-de Haan*, in: *Klein* a.a.O. (Fn. 30), § 370 AO Rn. 56.

³³ BGH 1 StR 322/08 – Beschluss vom 10. 12. 2008 = BGH HRRS 2009 Nr. 68, Rn. 30.

typisch für die Vollendung der Tat, sondern für das Versuchsstadium: Das Handlungsunrecht liegt vor, während das Erfolgsunrecht (noch) fehlt. Der erste Strafsenat bedient sich in der Entscheidung sogar einer ähnlichen Terminologie, indem er feststellt, dass die falschen Angaben des Täters „ohne weitere Zwischenschritte“ in die Festsetzung „einfließen“.³⁴ Wenn eine Handlung „ohne weitere Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmündet“ ist nach ständiger Rechtsprechung aber regelmäßig nur ein „unmittelbares Ansetzen“ im Sinne des § 22 StGB gegeben.³⁵

Soweit der Senat ergänzend ausführt, dass die nach dem Erlass des Feststellungsbescheides mit der Umsetzung in den Einkommensteuerbescheiden erneut eintretende Steuerhinterziehung in der Variante der Steuerverkürzung der Vollendung des Delikts nicht entgegen stehe, da die mehrfache Verwirklichung des tatbestandlichen Erfolges für die Steuerhinterziehung wegen ihrer Rechtsnatur als Gefährdungsdelikt typisch sei, ist dies bei näherer Betrachtung ebenfalls zweifelhaft. Zwar bewirkt tatsächlich erst die Nichtzahlung einer unrichtig festgesetzten Steuer den eigentlichen Steuerschaden, ähnlich der „Vertiefung“ der konkreten Vermögensgefährdung bei Vorliegen eines Eingehungsbetruges zum Vermögensschaden beim (unechten) Erfüllungsbetrug.³⁶ Das bloße Nichtzahlen der Steuer bei zutreffender Festsetzung ist jedoch – mit Ausnahme des § 26c UStG – nicht strafbar.³⁷ Auch die Umsatzsteuerhinterziehung taugt als Beispiel für eine mehrfache Verwirklichung des tatbestandlichen Erfolges nicht. Bei unrichtigen Angaben in den monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen und anschließender falscher Deklaration in der Umsatzsteuerjahreserklärung ist nicht jeweils ein und derselbe Steuerschaden gegeben. Die unrichtigen Umsatzsteuervoranmeldungen bewirken Steuerverkürzungen „auf Zeit“ und verursachen lediglich einen Zinsschaden.³⁸ Dieser bliebe selbst dann bestehen, wenn der Steuerpflichtige in der Umsatzsteuerjahreserklärung zutreffende Angaben machen würde.³⁹ Ein von der sich im Festsetzungsverfahren anschließenden Steuerverkürzung losgelöster „eigener“ Steuerschaden durch den Erlass des Feststellungsbescheides lässt sich dagegen nicht feststellen. Vielmehr ist hier nur eine – für die Tatvollendung nicht ausreichende – abstrakte Gefährdung gegeben, die sich durch die spätere Steuerfestsetzung zu einer konkreten Gefährdung verdichtet und bei Nichtzahlung der Steuern schließlich zur Schädigung des Steueraufkommens führt.

³⁴ Unter Verweis auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts, vgl. BGH 1 StR 322/08 – Beschluss vom 10. 12. 2008 = BGH HRRS 2009 Nr. 68, Rn. 29.

³⁵ BGHSt 26, 201, 203; 28, 162, 163; 31, 178, 181; 37, 294, 297; BGH NSTZ 2001, 415, 416; BayObLG NSTZ 1984, 320.

³⁶ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. (2009), § 263 Rn. 104; Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2, Bd. 1, 2. Aufl. (2003), § 7 Rn. 98.

³⁷ BGH wistra 1997, 302, 303; Hellmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler a.a.O. (Fn. 3), § 370 AO Rn. 65.

³⁸ BGH wistra 2002, 185 f.; Gast-de Haan, in: Klein a.a.O. (Fn. 30), § 370 AO Rn. 51; Kohlmann, Steuerstrafrecht a.a.O. (Fn. 4), § 370 AO Rn. 467.

³⁹ Die richtige Umsatzsteuerjahreserklärung kann jedoch eine strafbefreiende Selbstanzeige darstellen, vgl. BGH wistra 1999, 27, 28; Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks a.a.O. (Fn. 5), § 371 AO Rn. 69.

Im Ergebnis spricht daher trotz der Bindungswirkung des Feststellungsbescheides für die Einkommensteuerfestsetzung vieles für das Vorliegen eines – in mittelbarer Täterschaft begangenen⁴⁰ – Versuchs der Steuerhinterziehung, wenn der Feststellungserklärende eine unrichtige Feststellungserklärung abgegeben und das Geschehen damit „aus der Hand gegeben“ hat.⁴¹

IV. Früher Verjährungsbeginn?

Die Annahme eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils und damit einer vollendeten Steuerhinterziehung bereits bei Abschluss des Feststellungsverfahrens würde sich für den Täter unter Umständen auch positiv auswirken, wenn – was der Senat in der Entscheidung allerdings offen gelassen hat – die mit der Erlangung des Feststellungsbescheides vollendete Steuerhinterziehung zugleich auch als beendet anzusehen wäre.

1. Verjährungsbeginn im Steuerstrafrecht

Für Steuerstraftaten gelten gemäß § 369 Abs. 2 AO die allgemeinen Gesetze über das Strafrecht, soweit die Strafvorschriften der Steuergesetze nichts anderes bestimmen. Die Verjährung beginnt damit gemäß § 78a S. 1 StGB auch für Steuerstraftaten grundsätzlich in dem Zeitpunkt, in dem die Tat beendet ist, nach Satz 2 ausnahmsweise in einem späteren Zeitpunkt, wenn ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später eintritt. In der Taterfolgsalternative der Steuerverkürzung beginnt die strafrechtliche Verjährung regelmäßig mit der Bekanntgabe des Steuerbescheides, da die Steuerhinterziehung zu diesem Zeitpunkt vollendet und zugleich beendet ist.⁴² Im Fall der Erlangung eines unrichtigen Feststellungsbescheides ist die Rechtslage – selbst bei Zugrundelegung einer vollendeten Tat – nicht eindeutig: An das Feststellungsverfahren schließt sich notwendig das Festsetzungsverfahren an. Dieses endet, da die Feststellungen im Grundlagenbescheid für die Einkommensteuerveranlagung nach § 182 Abs. 1 S. 1 AO bindend sind, im Falle unrichtiger Feststellungen im Feststellungsbescheid regelmäßig mit dem Erlass eines unrichtigen Steuerbescheides. Auf die Vollendung der Tat in der zweiten Taterfolgsvariante folgt daher bei regelhaftem Ablauf zwangsläufig der weitere Taterfolg der Steuerverkürzung. Sieht man die Tat gemäß § 78a S. 2 StGB erst mit dem Eintritt dieser Steuerverkürzung als beendet an,⁴³ entsteht für den Steuerpflichtigen die missliche Situation, dass die Tat

⁴⁰ Dazu Sorgenfrei wistra 2006, 370, 373 f.

⁴¹ BGHSt 4, 270, 272; 30, 363, 365; BGHR StGB § 22 Ansetzen 4; BayObLG NJW 1994, 2164; Überblick über den Streitstand zum Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft etwa bei Eser, in: Schönke/Schröder a.a.O. (Fn. 26), § 22 StGB Rn. 54 f. m. w. N.

⁴² BGH wistra 1984, 142; Gast-de Haan, in: Klein a.a.O. (Fn. 30), § 376 AO Rn. 17; Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks a.a.O. (Fn. 5), § 376 AO Rn. 15 ff.

⁴³ Für den Zeitpunkt der Bekanntgabe des letzten unrichtigen Folgebescheides BGH NSTZ 1984, 414 m. Anm. Streck, S. 414 f.; BGH wistra 1986, 257; nach Ansicht von Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks a.a.O. (Fn. 5), § 376 AO Rn. 21 und Gast-de Haan, in: Klein a.a.O. (Fn. 30), § 376 AO Rn. 17 ist wegen der Aufgabe der Rechtsfigur der fortgesetzten Tat nunmehr jeder Folgebescheid isoliert zu betrachten.

zwar zu einem vergleichsweise frühen Zeitpunkt vollendet, aber erst nach Ablauf einer erheblichen Zeitspanne beendet ist. Bei Publikumsgesellschaften mit mehreren hundert Feststellungsbeteiligten können zwischen der Bekanntgabe des Feststellungsbescheides und der letzten Steuerfestsetzung auf der Ebene des einzelnen Kommanditisten unter Umständen Jahre liegen.⁴⁴ Auf den Zeitpunkt der Beendigung der Tat hat der Erklärungspflichtige keinen Einfluss. Um diese Rechtsunsicherheit für den Täter zu vermeiden wird im Schrifttum daher teilweise die Steuerhinterziehung parallel zur ersten Taterfolgsvariante mit der Vollendung zugleich als beendet angesehen.⁴⁵ Misst man der Entscheidung des 1. Strafsenats diese Bedeutung ebenfalls bei, so hätte der BGH – obwohl die Klassifizierung des Feststellungsbescheides als nicht gerechtfertigter Steuervorteil nicht überzeugt – für den Steuerpflichtigen immerhin in der Frage des Verjährungsbeginns ein erhebliches Maß an Rechtssicherheit geschaffen. Die Steuerhinterziehung würde danach unabhängig von der späteren Steuerfestsetzung innerhalb von fünf Jahren nach Bekanntgabe des Feststellungsbescheides verjähren.

2. Verjährung unter Berücksichtigung der neuen Verjährungsfrist für besonders schwere Fälle nach § 376 Abs. 1 AO

Folgt man der Auffassung, dass die Bekanntgabe des unrichtigen Feststellungsbescheides als vollendete Steuerhinterziehung zugleich auch den Verjährungsbeginn markiert, so ergibt sich bei Berücksichtigung der jüngsten Gesetzesänderung im Steuerstrafrecht in Verbindung mit der ebenfalls erst kürzlich ergangenen Entscheidung des 1. Strafsenats zum „großem Ausmaß“ im Sinne des § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO ein weiteres dogmatisch interessantes Problem. Die Verjährungsfrist der Steuerhinterziehung beträgt nach § 376 Abs. 1 AO nunmehr abweichend von der allgemeinen Regel des § 78 Abs. 4 StGB für die besonders schweren Fälle der Steuerhinterziehung zehn statt fünf Jahre.⁴⁶ Ein besonders schwerer Fall im Sinne des § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO liegt vor, wenn der Täter Steuern in großem Ausmaß verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. Für die Frage, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt und welche Verjährungsfrist damit letztlich greift, ist die Höhe des voraussichtlich eintretenden Steuerschadens somit von entscheidender Bedeutung. Das Ausmaß der Steuerverkürzung kann jedoch im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Feststellungsbescheides noch gar nicht beziffert werden,

so dass im Falle einer länger als 5 Jahre andauernden Zeitspanne zwischen der Bekanntgabe des Feststellungsbescheides und der (letzten) Steuerfestsetzung nicht ohne weiteres feststeht, ob die Tat überhaupt noch verfolgt werden kann. Denkbar sind etwa auch Fälle, in denen zwar vor Ablauf der 5-Jahres-Frist Steuerfestsetzungen auf der Ebene der Wohnsitzfinanzämter erfolgen, die Steuerverkürzung aber zunächst unterhalb des vom 1. Strafsenat jüngst für das große Ausmaß festgelegten Betrages von 50.000 Euro⁴⁷ verbleibt, diese Schwelle aber nach Ablauf der Frist überschritten wird. Das Überschreiten der Betragsgrenze im bereits verjährten Stadium dürfte hier wohl schwerlich zu einem „Wiederaufleben“ der Verfolgbarkeit führen. Letztlich wird an dieser Problematik nochmals deutlich, dass die Annahme einer vollendeten Steuerhinterziehung vor der Bezifferbarkeit des eigentlichen Steuerschadens nicht in die Systematik des Steuerstrafrechts „passt“.

V. Zusammenfassung

Der Auffassung des 1. Strafsenats, ein mittels unrichtiger Angaben in der Feststellungserklärung bewirkter Feststellungsbescheid stelle einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil dar, kann im Ergebnis nicht gefolgt werden. Eine vollendete Steuerhinterziehung liegt zwar nicht fern, da der Erklärungspflichtige bereits mit der Abgabe der unrichtigen Feststellungserklärung aufgrund der Bindungswirkung der Feststellungen alles Erforderliche getan hat, damit eine Steuerverkürzung im weiteren Verlauf eintritt. Es fehlt bei näherer Betrachtung jedoch am Erfolgsunrecht, da eine mit der ersten Taterfolgsalternative der Steuerverkürzung vergleichbare Gefährdung des Steueraufkommens im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Feststellungsbescheides noch nicht gegeben ist. Die Konstellation entspricht vielmehr der Situation des Versuchs. Mit der Vorverlagerung der Strafbarkeit ins Versuchsstadium schließt der BGH den Täter damit letztlich von der Möglichkeit der Strafmilderung gemäß §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB und des Rücktritts gemäß § 24 StGB aus. Zu Gunsten des Steuerpflichtigen könnte zwar nach einer Ansicht im Schrifttum zu berücksichtigen sein, dass mit der Vollendung der Tat auch die strafrechtliche Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Ob der 1. Strafsenat diese für den Täter günstige, nach dem Gesetz aber nicht zwingende und zudem mit Folgeproblemen behaftete Rechtsfolge allerdings bezweckt hat, bleibt abzuwarten.

⁴⁴ BGHSt 36, 105, 113; BGH NStZ 1984, 414; *Hardtke* AO-StB 2002, 92, 93; *Sorgenfrei* wistra 2006, 370, 375.

⁴⁵ *Hardtke* a.a.O. (Fn. 6), S. 170 ff.; AO-StB 2001, 273, 273; AO-StB 2002, 92, 95; *Otto*, in: FS für Lackner (1987), S. 715 ff., 735; *Patzelt* a.a.O. (Fn. 6), S. 136 f.

⁴⁶ Die Verlängerung der Verjährungsfrist nur für die besonders schweren Fälle erfolgte auf Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, vgl. BT-Drs. 16/11055, S. 144. Der ursprüngliche Entwurf der Bundesregierung hatte die 10-Jahres-Frist für alle Fälle der Steuerhinterziehung vorgesehen, BT-Drs. 16/10189, S. 26, 82.

⁴⁷ BGH 1 StR 416/08, Urteil vom 02. 12. 2008 = BGH HRRS 2009 Nr. 127, Rn. 40.

Der Arbeitgeber als Opfer „nützlicher Aufwendungen“ seiner Mitarbeiter

Zugleich Anmerkung zu BGH, 2 StR 587/07, Urteil vom 29. August 2008 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100

Von Philipp Reinhold, Bonn*

Diverse Bestechungsskandale haben in letzter Zeit zu aufsehenerregenden Strafverfahren geführt. Zu nennen sind insbesondere die Begünstigung von Betriebsräten in einem großen deutschen Automobilkonzern sowie die Zahlung von Schmiergeldern zur Erlangung von Aufträgen seitens einer nicht minder bekannten Aktiengesellschaft (S. AG).

Im Fall der begünstigten Betriebsräte stellte überraschender Weise nicht der diesen Fall ausdrücklich regelnde 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG das Zentrum des strafrechtlichen Vorwurfs dar, sondern das Delikt der Untreue (§ 266 StGB), welches zum Nachteil des Arbeitgebers des Bestechenden verwirklicht worden sein soll.¹ Letzteres leuchtet nicht unmittelbar ein, hat der Arbeitgeber doch nicht nur Nachteile, wenn in Folge der Begünstigungen mitbestimmungspflichtige Vorhaben seines Unternehmens ohne Widerstand und ohne zeitliche Verzögerung durch den Betriebsrat mitgetragen werden. Ein ähnliches Bild ergibt sich auch im mittlerweile vom BGH entschiedenen Fall der S. AG. Wurde gerichtlich auch ausdrücklich festgestellt, dass alleine die dem Verfahren gegenständlichen Aufträge, die Mitarbeiter der S. AG im Wege der Bestechung von Geschäftspartnern an Land gezogen haben, der S. AG einen Gewinn von 103,8 Mio. € vor Steuern beschert haben, hat der BGH trotzdem die Verwirklichung einer Untreue zu Lasten der S. AG angenommen und den strafrechtlichen Vorwurf nicht auf § 299 StGB beschränkt.² Es soll daher auf Grundlage der vorliegenden Entscheidung untersucht werden, inwieweit der BGH gerade in so genannten „nützlichen Aufwendungen“ - wie Bestechungsgelder im Geschäftsverkehr häufig bezeichnet werden - einen Vermögensnachteil im Sinne von § 266 StGB zu Lasten des Arbeitgebers

bzw. Treugebers sieht, für den die Aufwendungen eigentlich nützlich waren oder sein sollten.

I. Sachverhalt

Der Angeklagte, Leiter der Kraftwerksparte der S. AG, verwaltete Gelder der S. AG in „schwarzen Kassen“ bzw. auf verdeckten Konten.³ Dies bedeutet, dass Gelder der S. AG existierten, die nicht in der Bilanz der S. AG aufgeführt wurden und auch sonst dem Vorstand der S. AG nicht bekannt waren. Damit konnte allein der Angeklagte über die Gelder disponieren. Es handelt sich dabei um Gelder der S. AG, die Dritte bereits auf verdeckte Konten transferiert hatten und die vom Angeklagten übernommen wurden, sowie um Gelder, die im Wege eines Unternehmenskaufes erlangt wurden, vom Angeklagten aber nicht aufgedeckt und damit der S. AG vorenthalten wurden.⁴ Eingesetzt wurden die Gelder ausschließlich als sog. „nützliche Aufwendungen“ um mit ihrer Zahlung an Geschäftspartner Aufträge zu erlangen. Diese Art der Auftragserlangung war in den Statuten der S. AG ausdrücklich untersagt, unabhängig von ihrer strafrechtlichen Missbilligung. In der Nichtaufdeckung sowohl der übernommenen als auch der vorenthaltenen Gelder hat der BGH die Vollendung einer Untreue zu Lasten der S. AG gesehen.⁵

II. Aussagen des BGH zur Qualifizierung von Schmiergeldern als Untreuenachteil

Entgegen den Erwartungen hat sich der 2. Strafsenat in seiner Entscheidung nicht ausdrücklich zur Frage der Untreue durch Zahlung von Schmiergeldern geäußert. Seinen Fokus richtete er weniger auf die Zahlung von

* Der Autor ist Doktorand auf dem Gebiet des Korruptionsstrafrechts bei Prof. Dr. *Bernhard Haffke*, Universität Passau.

¹ LG Braunschweig, Az.: 6 KLS 48/06 vom 25. Januar 2007; zur Frage der Strafbarkeit des annehmenden Betriebsrates nach § 119 BetrVG *Schlösser* NStZ 2007, 562, 563 ff.

² 2 StR 587/07, Rn. 20 (abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de; zitiert nach den in dieser Version enthaltenen Randnummern) = BGH HRRS 2008 Nr. 1100.

³ Zu Terminologie und Erscheinungsformen „schwarzer Kassen“ *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 57, 67.

⁴ Auch ohne entsprechende Kenntnis der S. AG sind diese Gelder wohl jedenfalls im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 20 I Nr. 1 UmwG auf die S. AG übergegangen, vgl. *Lutter/Grunewald*, UmwG, 3. Aufl. (2004), § 20, Rn. 7 ff.

⁵ Eine Strafbarkeit wegen Bestechung, die im vorliegenden Fall im Ergebnis abgelehnt wurde, soll hier nicht weiter erörtert werden.

Schmiergeldern als vielmehr auf ihre Beschaffung im Wege verdeckter Konten und „schwarzer Kassen“, in deren Bildung bzw. Verwaltung er bereits die Vollendung einer strafbaren Untreue angenommen hat.⁶ Durch diese Vorverlagerung des strafrechtlichen Anknüpfungspunktes musste der 2. Strafsenat nicht mehr zu der Frage kommen, inwieweit die spätere Zahlung der Bestechungsgelder einen Untreuenachteil begründet, eine Untreue war zu diesem Zeitpunkt bereits vollendet.

Vor dem Hintergrund seiner bisherigen Rechtsprechung zur Untreuestrafbarkeit „schwarzer Kassen“ könnte der 2. Strafsenat aber indirekt entschieden haben, dass er die Zahlung von Schmiergeldern als Begründung eines Untreuenachteils qualifiziert.⁷ Nach dieser Rechtsprechung wird durch das Führen oder Verbergen von Geldern in „schwarzen Kassen“ zunächst eine Gefahr für das Vermögen des Treugebers begründet.⁸ Eine solche Gefahr soll für die Verwirklichung von § 266 StGB allerdings nur dann ausreichen, wenn sich der Vorsatz des Täters nicht nur auf das Bestehen dieser Gefahr richtet, sondern auch auf ihre Verwirklichung.⁹ Dieser Ansatz, der in dogmatischer Hinsicht stark kritisiert wird,¹⁰ würde für den vorliegenden Fall Folgendes bedeuten: Wird eine vollendete Untreue im Falle „schwarzer Kassen“ nur dann angenommen, wenn sich der Vorsatz des Täters auf die Verwirklichung der mit den „schwarzen Kassen“ begründeten Vermögensgefahr bezieht und bestand der Vorsatz des Täters darin die verborgenen Mittel ausschließlich als Schmiergelder einzusetzen, so müsste der 2. Strafsenat diesen Einsatz der verborgenen Gelder als Verwirklichung eines Vermögensnachteils einstufen, will er zu einer Untreuestrafbarkeit kommen.¹¹ Dieser Gedanke führt hier allerdings nicht weiter, hat der 2. Strafsenat diese Rechtsprechung zur Strafbarkeit „schwarzer Kassen“ mit der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich aufgegeben und sieht er nunmehr bereits in den verborgenen Geldern einen eingetretenen Untreuenachteil.¹² Auf den weiteren Einsatz der Gelder bzw. einen diesbezüglichen Vorsatz kommt es nicht mehr an.¹³

Lässt sich der vorliegenden Entscheidung damit zunächst keine Aussage zur Frage entnehmen, ob nach Ansicht des BGH in der Zahlung von Schmiergeldern die Begründung eines Untreuenachteils liegt, ist zu überlegen, wie eine Antwort nach Maßgabe des Untreueverständnisses aussehen müsste, welches der vorliegenden Entscheidung zu Grunde zu legen ist.

III. Das Untreueverständnis des 2. Strafsenats in der vorliegenden Entscheidung

Der Angeklagte wurde nicht wegen der Bildung verdeckter Konten bzw. dem Transfer von Geldern der S. AG auf solche verurteilt, sondern wegen der Übernahme eines bereits in der S. AG bestehenden verdeckten Kontengeflechts sowie der „schwarzen Kasse“ eines durch die S. AG übernommenen Unternehmens.¹⁴ Tathandlung soll die Nichtaufdeckung dieser Gelder im Wege einer ordnungsgemäßen Bilanzierung sein, was als Unterlassen im Sinne von § 13 I StGB eingestuft wurde.¹⁵ Als Leiter der Kraftwerksparte, in der die verdeckten Konten geführt wurden, gehörte es zum Kernbereich der Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten seiner Arbeitgeberin (S. AG) zustehende, ihr aber unbekanntes Vermögenswerte zu offenbaren und sie ordnungsgemäß zu verbuchen.¹⁶ Indem er dies unterlassen hat, hat er eine Pflichtwidrigkeit begangen, die einen endgültigen Vermögensnachteil dahingehend begründet, dass die Treugeberin mangels Kenntnis der verborgenen Vermögenswerte auf diese keinen Zugriff mehr nehmen konnte.¹⁷

1. Dispositionsmöglichkeit als Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition

Den Untreuenachteil sieht der 2. Strafsenat im Entzug der Dispositionsmöglichkeit. Dies ist folgerichtig, wenn man den Vermögensbegriff des § 266 StGB wie ein Teil der Lehre funktional begreift und darunter gerade die Verfügungsmacht einer Person über die Gesamtheit der ihr rechtlich zugeordneten übertragbaren (abstrakt geldwerten) Güter versteht.¹⁸ Nach einem solchen Verständnis macht es keinen Unterschied, einen Vermögensgegenstand verloren zu haben oder „nur“ nicht mehr über ihn disponieren zu können. Dem schließt sich der 2. Strafsenat an, indem er feststellt, dass die Möglichkeit der Disposition über das eigene Vermögen zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition gehört.¹⁹

Legt man einen solchen funktionalen Vermögensbegriff zugrunde, muss allerdings nicht in jeder Beeinträchtigung der Dispositionsmöglichkeit ein Untreuenachteil im Sinne von § 266 StGB gesehen werden. Dem scheint auch der 2. Strafsenat zu folgen, wenn für ihn nur in der dau-

⁶ 2 StR 587/07, Rn. 43.

⁷ Zur bisherigen Behandlung „schwarzer Kassen“ in Rechtsprechung und Literatur *Schlösser* HRRS 2009, 19, 21 f.

⁸ BGHSt 51, 100, 113 = HRRS 2007 Nr. 2.

⁹ BGHSt 51, 100, 120ff.; *Fischer* StraFo 2008, 269, 272 ff.

¹⁰ Zur Einordnung der bisherigen Kombination von Vermögensgefährdung und Schädigungsvorsatz als „dogmatisches Unikum (schwach) überschießender Innentendenz“, *Bernsmann* GA 07, 219, 230.

¹¹ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Angeklagte - wie im vorliegenden Fall - eigenständig Vermögensentscheidungen in entsprechender Höhe treffen durfte und sollte, vgl. 2 StR 587/07, Rn. 8.

¹² 2 StR 587/07, Rn. 46.

¹³ 2 StR 587/07, Rn. 46.

¹⁴ 2 StR 587/07, Rn. 37.

¹⁵ Die streitige und in BGHSt 36, 227, 228 noch offen gelassene Frage, ob § 13 Abs. 1 StGB als allgemeine Unterlassensbestimmung im Rahmen von § 266 Abs. 1 2.Var. StGB als speziell ausformuliertes Garantenunterlassungsdelikt zurücktritt, hat der BGH hiermit wohl verneint; zum Ganzen siehe *Güntge* wistra 1996, 84 ff. m.w.N.

¹⁶ 2 StR 587/07, Rn. 37.

¹⁷ 2 StR 587/07, Rn. 43.

¹⁸ *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 2. Aufl. (2005), § 263, Rn. 35.

¹⁹ 2 StR 587/07, Rn. 47. Dieser sog. funktionale Ansatz versteht sich prinzipiell nicht als Gegensatz zum (juristisch) ökonomischen Vermögensbegriff, vielmehr als dessen Modifikation, indem er nicht auf den finanziellen Wert des Vermögens als Selbstzweck abstellt, sondern auf die dadurch vermittelten Möglichkeiten des Vermögensinhabers, vgl. *Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 18), § 266, Rn. 94.

erhaften Entziehung eines die Dispositionsmöglichkeit vermittelnden Vermögensgegenstandes die Begründung eines endgültigen Vermögensnachteils im Sinne von § 266 StGB liegt.²⁰

2. Qualifizierung des angenommenen endgültigen Nachteils

Zunächst ist zu bestimmen, worin genau der 2. Strafsenat einen endgültigen Vermögensnachteil sieht. Hervorzuheben ist dabei vorliegend, dass der Täter, der im Rahmen seiner Vermögensbetreuungspflicht eigenständig für die S. AG Dispositionen vornehmen konnte und sollte, nach wie vor uneingeschränkte Verfügungsmacht über die Mittel hatte.²¹

Ein endgültiger Nachteil könnte darin zu sehen sein, dass während der Zeit, in der die Mittel vorenthalten wurden, konkrete Dispositionen seitens des Treugebers nicht durchgeführt werden konnten. Dispositionen sind dabei nicht immer nachholbar, sodass schon im nur kurzzeitigen Entzug ein endgültiger Nachteil zu sehen wäre. Der endgültige Nachteil bestünde dann in der nicht getätigten Disposition und damit in der Nichtverwirklichung des Interesses, welches durch die Disposition verwirklicht oder gefördert werden sollte.²²

Weiter könnte ein endgültiger Vermögensnachteil darin bestehen, dass durch die Entziehung der Dispositionsmöglichkeit gewinnbringende Geschäfte nicht abgeschlossen oder Gelder nicht günstig angelegt wurden. Ein endgültiger Vermögensnachteil bestünde dabei im entgangenen Profit.²³ Entsprechendes gilt auch für die Fälle, in denen wegen der Entziehung der Gelder zumindest kurzfristig teure Kredite aufgenommen werden mussten. In Unternehmen und Konzernen werden oft in so genannten „Cash-Pools“ zentral und meist tagesaktuell alle frei verfügbaren Mittel gesammelt, um sie von dort dergestalt auf die einzelnen Bereiche zu verteilen, dass für die Begleichung von Verbindlichkeiten nicht unnötig – trotz Verfügbarkeit eigener Mittel – teures Fremdkapital aufgenommen werden muss.²⁴ Werden Geldwerte ver-

borgen oder solchen „Cash-Pools“ nicht zugeführt, fehlen sie unter Umständen an anderer Stelle im Unternehmen, sodass zur Begleichung entsprechender Forderungen teures Kapital aufgenommen werden muss. In einem solchen Fall bestünde der Nachteil in der höheren Belastung des Vermögens durch die Zinsen für die aufgenommenen Kredite.²⁵

Der BGH schließt sich in seiner Entscheidung keinem dieser Ansätze an. Für ihn besteht der endgültige Untreuenachteil unmittelbar in den verborgenen Geldern.²⁶ Begründet werden soll ein solcher Nachteil allerdings nur durch den dauerhaften Entzug der Dispositionsmöglichkeit über die Gelder.²⁷

3. Endgültiger Nachteil durch dauerhaften Entzug

Der 2. Strafsenat führt leider nicht näher aus, wann er von einem dauerhaften Entzug ausgeht. Dauerhaft könnte zum einen dahingehend subjektiv verstanden werden, dass der Täter eine dauerhafte Entziehung beabsichtigen muss. Bezüglich des Vorliegens oder des Erfordernisses eines solchen Vorsatzes macht der 2. Strafsenat allerdings keine Angaben und auch die Betonung, dass es auf konkrete (Verwendungs-)Absichten des Täters nicht ankomme,²⁸ lässt ein solches subjektives Verständnis eher unwahrscheinlich erscheinen.²⁹ Andererseits benennt der 2. Strafsenat auch keine objektiven Kriterien, die maßgeblich für eine dauerhafte Entziehung sein sollen. Auf eine bestimmte tatsächliche Dauer kann es ihm dabei nicht ankommen, geht er doch davon aus, dass die Pflichtverletzung, die erst zur Entziehung der Dispositionsmöglichkeit führt, und die Nachteilsentstehung „häufig“ zusammenfallen und letztere damit unmittelbar mit der Entziehung gegeben sein kann.³⁰

Soll dem Kriterium der „Dauerhaftigkeit“ nun überhaupt Bedeutung zukommen und nicht durch jeden kurzzeitigen Entzug der Dispositionsmöglichkeit ein endgültiger Nachteil entstehen, lässt sich das Ergebnis des 2. Strafsenats letztlich nur begründen, wenn man die Entziehung oder Vorenthaltung der Dispositionsmöglichkeit deswegen als dauerhaft einstuft, weil das entsprechende Verhalten des Täters auf einen Willen zur dauerhaften Entziehung schließen lässt. Zu denken ist hierbei an eine Parallele zur Unterschlagung und der hier von der Rechtsprechung vertretenen Manifestationstheorie. Danach soll eine Enteignung im Sinne von § 246 StGB dann vorliegen, wenn das Verhalten des Täters für einen gedachten, das äußere Gesamtgeschehen überblickenden Beobachter den sicheren Schluss darauf zulässt, dass der Täter die Sache oder ihren Sachwert unter Ausschluss des

²⁰ 2 StR 587/07, Rn. 46; Es muss daher nicht zwingend eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des BGH angenommen werden, nach der das Vermögen, nicht die Dispositionsmöglichkeit das von § 266 StGB maßgeblich geschützte Gut darstellen soll (vgl. BGHSt 43, 293, 297; BGHSt 47, 295, 301). A. A. wohl *Schlösser* HRRS 2009, 19, 25.

²¹ Der Angeklagte war zur selbstständigen Führung des ihm unterstellten Geschäftsbereichs berufen und autorisiert Zahlungen in unbegrenzter Höhe anzuweisen, vgl. 2 StR 587/07, Rn. 8. Man könnte daher überlegen, ob insoweit die S. AG als juristische Person durch den Angeklagten nicht in ihrer Dispositionsmöglichkeit über die verdeckten Gelder vertreten wird, kann und soll er im Rahmen seiner Geschäftsführung ja eigenständig über entsprechende Gelder entscheiden. Eine solche Zurechnung zieht der BGH in der vorliegenden Entscheidung allerdings nicht in Betracht.

²² Nach einem solchen Verständnis müssten diese Interessen auch als das Schutzgut von § 266 StGB benannt werden, was der Wortlaut durchaus hergibt, vgl. *Kargl* ZStW 113, 565, 580.

²³ *Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 18), § 266, Rn. 97.

²⁴ Vgl. hierzu *Krause* JR 2006, 51, 51.

²⁵ *Schlösser* HRRS 2009, 19, 27.

²⁶ 2 StR 587/07, Rn. 46.

²⁷ 2 StR 587/07, Rn. 43.

²⁸ Kritisch zur Nichtbeachtung von Verwendungsabsichten *Schlösser* HRRS 2009, 19, 24 ff.

²⁹ 2 StR 587/07, Rn. 48; Im Übrigen käme dies wohl wieder der oben erwähnten „alten“ Rechtsprechung des 2. Strafsenats zur Untreuestrafbarkeit schwarzer Kassen sehr nahe, die mit der vorliegenden Entscheidung gerade aufgegeben werden sollte.

³⁰ 2 StR 587/07, Rn. 47.

Eigentümers seiner oder der Verfügungsmacht eines Dritten einverleiben will.³¹ Übertragen auf die Untreue, die im Gegensatz zur Unterschlagung keine Begünstigung erfordert, würde das bedeuten, dass das Verhalten des Täters den sicheren Schluss darauf zulassen muss, dass er die Dispositionsmacht dauerhaft entziehen oder vorenthalten wolle. Danach führt nicht jedes (kurzzeitige) Vorenthalten der Gelder zwingend zu einem solchen Schluss, könnte doch z. B. auch eine bloße Nachlässigkeit vorliegen.³² Handelt es sich bei dem Täter allerdings um den Leiter einer Unternehmenssparte, der für die offizielle Buchhaltung verantwortlich zeichnet,³³ geht man nicht von einer bloßen Nachlässigkeit aus, wenn er der S. AG zustehende Gelder nicht ordnungsgemäß bilanziert und sie damit entzieht bzw. weiter vorenthält. Nachdem im Übrigen nichts darauf schließen lässt, dass der Angeklagte die Gelder an sich wieder zurückführen wollte, muss nach einem solchen Verständnis in Parallele zur Manifestationstheorie im vorliegenden Fall eine dauerhafte Entziehung wohl bejaht werden.

4. Konsequenzen für den Begriff des Vermögensnachteils

Soll eine so verstandene dauerhafte Entziehung einen endgültigen Nachteil im Sinne von § 266 StGB darstellen, hat dieser mit einem Schaden im Sinne von § 263 StGB nichts mehr zu tun.³⁴ Dies ergibt sich auch aus einer weiteren Besonderheit der vorliegenden Entscheidung. Macht man sich bewusst, dass der Angeklagte zumindest einen Teil der Gelder nicht selbst verborgen hat, diese vielmehr bereits bei der S. AG verborgen waren und er sie „nur“ übernommen hat,³⁵ so müsste der Schaden, der nach der vorliegenden Entscheidung bereits im Entziehen durch Verdecken entstehen soll,³⁶ bereits bestanden haben, als der Angeklagte die verdeckten Konten übernommen hat. Sein Verhalten wäre danach als bloße Aufrechterhaltung, allenfalls als Vertiefung eines bereits bestehenden Schadens einzustufen, keinesfalls aber als die Begründung eines solchen.³⁷ Das der Entscheidung zugrunde liegende Verständnis des Untreuenachteils müsste daher eine mehrfache Nachteilszufügung am selben Vermögensgegenstand zulassen, denn nur so kann in der Nichtrückführung bereits entzogener Gelder die Begründung eines eigenständigen Nachteils gesehen werden. Dies lässt der Schadensbegriff des § 263 StGB nicht zu. Es bestünde allerdings auch hier eine Parallele zur Unterschlagung. Zwar hat sich die Rechtsprechung im Rahmen von § 246 StGB grundsätzlich der sog. „Tatbestandslösung“ angeschlossen, nach der im Gegensatz zur sog. „Konkurrenzlösung“ eine Zweitunterschlagung schon nicht mehr tatbestandsmäßig sein kann,³⁸ dies allerdings ausdrücklich nur für den Fall, dass die Zweit-

unterschlagung durch dieselbe Person erfolgt. Für eine erneute Unterschlagung durch einen Dritten wird diese Einschränkung so nicht gemacht, was dem grundsätzlichen Ansatz der Vertreter der so genannten „Konkurrenzlösung“ entspricht, die auch bei einer Zweitunterschlagung die Verwirklichung von § 246 StGB annehmen, eine Strafbarkeit dann allerdings auf Konkurrenzebene verneinen.³⁹

Nach der hier erfolgten „unterschlagungsähnlichen“ Auslegung geht der 2. Strafsenat wohl von einer weiten strukturellen Vergleichbarkeit der Vermögens- und Eigentumsdelikten aus. Damit gelten für die Anwendung des Manifestationsgedankens im Rahmen von § 266 StGB mindestens auch die hierzu im Rahmen von § 246 StGB vorgebrachten Kritikpunkte.⁴⁰ Begrenzende Wirkung kommt dem Tatbestandsmerkmal des Untreuenachteils dabei nur bedingt zu, denn treffen der Entzug der Dispositionsmöglichkeit und eine Pflichtwidrigkeit zusammen, wird man das nur selten nicht als ein Auflehnen gegen den Vermögensinhaber und damit nicht als Manifestation eines Entziehungswillens einstufen können. Pflichtwidrigkeit und Nachteilsentstehung fallen daher inhaltlich weitgehend zusammen, was der BGH ausdrücklich anerkennt.⁴¹ Damit hängt die Frage des Nachteils und damit die der Strafbarkeit nach § 266 StGB entscheidend von der privatrechtlich bzw. individualvertraglich bestimmten Pflichtwidrigkeit ab.⁴²

III. Zur Qualifikation von Schmiergeldzahlungen als Untreuenachteil

Angesichts der festgestellten Bedeutung der Pflichtwidrigkeit stellt sich nun die Frage, ob Schmiergeldzahlungen, sind sie wie im vorliegenden Fall im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verboten, pauschal einen Untreuenachteil begründen.

Diese Frage wird meist unter dem Stichwort der (unmittelbaren) Kompensation eines durch die Zahlungen bedingten Nachteils erörtert.⁴³ Die Rechtsprechung hat dabei in der Vergangenheit einen Vermögensnachteil im Falle von Schmiergeldzahlungen tendenziell abgelehnt.⁴⁴

An diesem Ergebnis ist festzuhalten. Soll die Untreue nicht zu einem reinen Pflichtwidrigkeitsdelikt umgestaltet werden und ihr Charakter als Vermögensdelikt erhalten bleiben,⁴⁵ ist zu fordern, dass die Pflichtwidrigkeit

³¹ BGHSt 34, 309, 312.

³² OLG Koblenz StV 1984, 287, 288.

³³ 2 StR 587/07, Rn. 9.

³⁴ So aber der bisherige Ansatz der Rechtsprechung, vgl. nur BGHSt 43, 293, 297 ff; kritisch bzgl. einer „vorschnellen Parallelisierung von Betrug und Untreue“ Kindhäuser, in: Festschrift für Lampe (2003), S. 710.

³⁵ 2 StR 587/07, Rn. 37.

³⁶ 2 StR 587/07, Rn. 44.

³⁷ Schlösser HRRS 2009, 19, 25.

³⁸ GrSenBGHSt 14, 38, 45.

³⁹ Wohl überwiegende Meinung im Schrifttum, vgl. Fischer, StGB, 56. Aufl. (2009), § 246, Rn. 14.

⁴⁰ Siehe hierzu Fischer, StGB, 56. Aufl. (2009), § 246, Rn. 10.

⁴¹ 2 StR 587/07, Rn. 47.

⁴² Zu dieser „Verschleifung“ von Tathandlung und Taterfolg als Strukturproblem des Untreuetatbestandes Saliger ZStW 2000, 563, 610 f; ders. HRRS 2006, 10, 14.

⁴³ Für einen Untreuenachteil wohl Fischer, StGB, 56. Aufl. (2009), § 266, Rn. 73a; siehe hierzu Kempf, in: Festschrift für Hamm (2008), S. 260 f. m.w.N.

⁴⁴ BGH NJW 1975, 1234, 1236; OLG Frankfurt NStZ-RR 04, 244, 245.

⁴⁵ Löst alleine die Pflichtwidrigkeit die Strafbarkeit aus, kann als Schutzgut höchstens das Vermögensinteresse, nicht aber das Vermögen an sich gesehen werden.

einen eigenständigen Vermögensnachteil bedingen muss, mögen Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil auch häufig zusammenfallen. Der Vermögensnachteil muss gerade Folge der Pflichtwidrigkeit sein.⁴⁶ Dies ist nicht der Fall, wenn das pflichtgemäße Verhalten des Täters zur selben Vermögenslage geführt hätte.⁴⁷ Pflichtgemäßes Alternativverhalten ist dabei nicht die Nichtzahlung von Schmiergeldern, sondern entsprechend den Pflichten des Zuwendenden im Innenverhältnis die Erlangung von Aufträgen oder die Förderung eines sonstigen Zwecks ohne den Einsatz von Schmiergeldern.⁴⁸ Dieser Zweck muss zunächst auch durch den pflichtwidrigen Einsatz von Schmiergeldern erreicht worden sein. Im Falle der Erlangung von Aufträgen hängt dies von der Frage ab, ob die auf diesem Weg abgeschlossenen Verträge wirksam sind bzw. ob sie angefochten werden können. Grundsätzlich sind die im Wege der Bestechung abgeschlossenen Verträge wirksam, da sie im Gegensatz zur Bestechungsabrede nicht gegen ein gesetzliches Bestechungsverbot im Sinne von § 134 BGB verstoßen⁴⁹ und die Unwirksamkeit der Bestechungsabrede nach dem Abstraktionsgedanken nicht auf die abgeschlossenen Verträge durchschlägt.⁵⁰ In Betracht kommt damit lediglich die Nichtigkeit der abgeschlossenen Verträge nach § 138 BGB bzw. ihr Nichtzustandekommen wegen einer Überschreitung der Vertretungsmacht durch den Bestochenen.⁵¹ Daran ist allerdings nur in den Fällen zu denken, in denen zu Lasten des Geschäftspartners überhöhte Preise vereinbart werden, wenn zum Beispiel die Bestechungsgelder in den Kaufpreis einkalkuliert werden.⁵² Sonstige Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit der Verträge bestehen nicht, zumal mangels Irrtum (§§ 119, 166 I BGB) oder Täuschung (§§ 123, 166 I BGB) auch kein Anfechtungsgrund ersichtlich ist. Die pflichtgemäße Erlangung von Aufträgen wird damit prinzipiell auch durch den pflichtwidrigen Einsatz von Schmiergeldern erreicht.

Ein Vermögensnachteil bestünde allerdings dann, wenn der Zweck bei pflichtgemäßem Verhalten „günstiger“ erreicht worden wäre. Dann kann entsprechend den Vorgaben des BGH in der Art der Zweckerreichung ein eigenständiger objektiver Vermögenswert und damit ein eigenständiger Untreuenachteil gesehen werden.⁵³ Wäre der Auftrag daher auch ohne die Bestechungsgelder zu den gleichen Konditionen erlangt worden, so würde in Höhe dieser Gelder ein Nachteil am Vermögen bestehen. Dies müsste im Einzelfall nachgewiesen werden.⁵⁴ Im

Übrigen ist zu beachten, dass auch die pflichtgemäße Auftragserlangung Kosten verursacht, sei es, dass verstärkt in Werbung investiert werden muss oder Produkte zu besonders niedrigen Preisen angeboten werden müssen um sich gegen etablierte Konkurrenten vor allem in neuen Märkten durchzusetzen.

Es bleibt noch zu überlegen, ob auf Grund der Schmiergeldzahlungen drohende Sanktionen wie Bußgelder, Abschöpfung von Gewinnen oder der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge den entscheidenden Ausschlag für einen Untreuenachteil geben. Es steht außer Frage, dass solche Folgen zu einem Vermögensnachteil führen können. Dem BGH folgend ist allerdings hervorzuheben, dass es sich hierbei um einen im Verhältnis zu den Schmiergeldern eigenständigen „Nachteil“ handelt und dieser von den Schmiergeldern strikt zu trennen ist.⁵⁵ Grund hierfür ist, dass die Pflichtverletzung, die zu einem solchen Nachteil führt, weniger die pflichtwidrige Zahlung von Schmiergeldern ist, sondern vielmehr die Verletzung einer im Innenverhältnis verankerten Pflicht nicht gegen solche (gesetzlichen) Verbote zu verstoßen, die entsprechende Sanktionen nach sich ziehen können.⁵⁶ Hat der 2. Strafsenat im Verstoß gegen ein Verbot und der damit verbundenen Gefahr einer das Vermögen des Treugebers tangierenden Sanktion bisher die Begründung einer Vermögensgefahr gesehen,⁵⁷ so stellt sich die Frage, ob er auch diesbezüglich seine Rechtsprechung aufgegeben hat und hierin nun auch einen bereits eingetretenen Vermögensnachteil erblickt. Dies lässt sich auf der Grundlage der vorliegenden Entscheidung nicht beantworten, da es im Zeitpunkt der Begründung dieser Gefahr noch zu keinerlei Beeinträchtigung der Dispositionsmöglichkeit gekommen ist, womit sich die neuen Grundsätze der vorliegenden Entscheidung nicht übertragen lassen. Es wird daher wohl nach wie vor entscheidend auf den Vorsatz des Täters ankommen, der auch die Verwirklichung der Vermögensgefahr und damit das Eintreten der entsprechenden Sanktionen umfassen muss. Angesichts der ihm jedenfalls drohenden Strafbarkeit nach § 299 StGB wird der Täter allerdings die für eine Sanktion erforderliche Aufdeckung der Bestechung nie billigend in Kauf nehmen.⁵⁸

Der pflichtwidrige Einsatz von Schmiergeldern kann damit auch nach der neuen Rechtsprechung des BGH nicht grundsätzlich als Begründung eines Vermögensnachteils in Höhe der Schmiergelder qualifiziert werden.⁵⁹

IV. Ergebnis

Soll Schutzgut des § 266 StGB weiterhin das Vermögen sein, kann in gezahlten Schmiergeldern nicht grundsätz-

⁴⁶ BGHSt 43, 293, 297; *Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 34), S. 724; zur Bedeutung der objektiven Zurechnung im Rahmen der Untreue, vgl. *Saliger* HRRS 2006, 10, 21ff.

⁴⁷ *Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 34), S. 724.

⁴⁸ In diese Richtung wohl auch *Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 34), S. 710, für den das pflichtgemäße Alternativverhalten selbst ein vermögensrelevanter Wertfaktor sein muss.

⁴⁹ *Emmerich* Unlauterer Wettbewerb, 7. Aufl. (2004), S. 150.

⁵⁰ Zu einer ausnahmsweise Durchbrechung des Abstraktionsgedankens im Falle eines selbstständigen Wettbewerbsverstoßes durch den in Folge der Schmiergeldvereinbarung geschlossenen Vertrages *Lüderssen*, in: *Festschrift für Müller-Dietz* (2001), S. 470 ff.

⁵¹ BGHZ 141, 357, 360 ff. und 363 f.

⁵² Siehe hierzu aber *Kempf*, a.a.O. (Fn. 43), S. 257 ff.

⁵³ BGH NJW 1994, 1745, 1747.

⁵⁴ Man wird wohl davon ausgehen können, dass ein Kaufmann Ausgaben nur dann tätigt, wenn sie tatsächlich erforderlich sind.

⁵⁵ BGHSt 51, 100, 117.

⁵⁶ Zu denken ist an den Bereich der Compliance-Vorschriften, wobei hier schon fraglich ist, ob es sich dabei überhaupt so ohne weiteres um eine Pflichtverletzung – Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht – im Sinne der Untreue handelt; zu den Ansätzen einer untreuespezifischen Konkretisierung der Pflichtverletzung *Saliger* HRRS 2006, 10, 17 ff.

⁵⁷ BGHSt 51, 100, 117.

⁵⁸ *Kempf*, a.a.O. (Fn. 43), S. 259.

⁵⁹ A. A. wohl *Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 18), § 266, Rn. 113.

lich ein Untreuenachteil gesehen werden. Die vorliegende Entscheidung des BGH steht dem nicht entgegen. Für die Frage der Strafbarkeit von Schmiergeldzahlungen bleiben damit die vom Gesetzgeber eigens für solche

Fälle vorgesehenen Bestechungstatbestände (§§ 299, 333, 334 StGB; § 119 I Nr. 3 BetrVG) der entscheidende Maßstab.

Aufsätze und Anmerkungen

Der strafprozessuale Zugriff auf Verkehrsdaten nach § 100g StPO

Cand. jur. Jana Korn, Universität Leipzig*

I. Einleitung

Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen haben sich in den letzten Jahren, befördert von dramatischen Darstellungen organisierter Kriminalität und des internationalen Terrorismus, zu einem von der Praxis als unverzichtbar eingeschätzten und häufig genutzten Instrument sowie zu einem rechtspolitischen Dauerthema entwickelt. Große Bedeutung in diesem Bereich hat im Zuge des technischen Fortschrittes auch die Telekommunikationsüberwachung erlangt.

Dabei können nicht nur die Inhalte, sondern auch die näheren Umstände der Kommunikationsbeziehungen, die sog. Verkehrs- bzw. Verbindungsdaten für die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden von größtem Nutzen sein. Sie geben Aufschluss darüber, wer wann, mit wem, wie lange kommuniziert hat, sei es per Telefon, Handy, E-Mail oder Internet. Daraus lassen sich Rückschlüsse auf Art und Intensität von Beziehungen, auf das soziale Umfeld einer Person und schließlich sogar auf den Inhalt der Kommunikation ziehen. Zutreffend stellt Breyer¹ fest, dass es nicht viel Phantasie braucht, um die Bedeutung einer E-Mail an eine AIDS-Beratungstelle oder eines Telefonats mit einem auf Steuerstrafrecht spezialisierten Rechtsanwalt zu erkennen. Darüber hinaus fallen beim Mobilfunkverkehr zusätzliche Verbindungsdaten in Gestalt der Standortdaten des Mobiltelefons an. Für die Funktionsfähigkeit eines Mobiltelefons ist es nämlich Voraussetzung, dass sich dieses stets in der Funkzelle, in deren geografischen Bereich es sich gerade befindet, eincheckt.² So werden dem Diensteanbieter unabhängig

davon, ob mit dem Telefon aktuell telefoniert wird oder nicht, permanent Aufenthaltsangaben zur Verfügung gestellt, die rein technisch betrachtet die Erstellung eines genauen Bewegungsbildes möglich machen.

Durch das zu Beginn des vergangenen Jahres in Kraft getretene „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“³ wurde das Recht der Überwachung der Telekommunikation grundlegend reformiert und auch die Befugnis zur Erhebung von Verkehrsdaten in § 100g StPO n.F. erheblich ausgeweitet. Im vorliegenden Beitrag sollen nun die Neuerungen im Zusammenhang mit der Verkehrsdatenerhebung dargestellt und einer verfassungsrechtlichen Würdigung unterzogen werden. Dabei soll auch kurz auf die Vorgängerregelungen eingegangen werden, um die Ausweitung der Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden durch die Neuregelung aufzeigen zu können.

II. Grundrechtlicher Schutz der Verkehrsdaten

Um später eine verfassungsrechtliche Würdigung der Regelung zur Verkehrsdatenerhebung vornehmen zu können, ist zunächst zu untersuchen, inwieweit die Verkehrsdaten grundrechtlich geschützt sind.

1. Schutz durch das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG

Nach Art. 10 Abs. 1 Alt. 3 GG ist das Fernmeldegeheimnis unverletzlich. Von diesem Schutz sind nicht nur die Kommunikationsinhalte, sondern auch die näheren Umstände der Telekommunikation erfasst,⁴ die eben gerade

* Der vorliegende Beitrag ist ein Auszug aus der wissenschaftlichen Studienarbeit der Verfasserin im Schwerpunktbereich Kriminalwissenschaften zum Thema „Die Erhebung der Verkehrsdaten nach § 100g StPO und nach Polizeirecht“. Die Studienarbeit wurde im SS 2008 im Rahmen des Seminars „Die Überwachung der Telekommunikation“ bei Prof. Dr. Kleszczewski angefertigt.

¹ Breyer StV 2007, 214, 214.

² Welp GA 2002, 535, 553.

³ BGBl. I 2007, 3198 ff.

⁴ BVerfGE 67, 157, 172; Jarass, in: Jarass/Pieroth GG, 9. Aufl. (2007), Art. 10, Rn 9; Schäfer, in: Löwe/Rosenberg StPO, 25. Aufl. (2004), § 100g, Rn 3.

Gegenstand der Verkehrsdatenerhebung sind. Hierzu zählt insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Endeinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist.⁵ Dazu gehören auch die Standortdaten von Mobiltelefonen, jedenfalls dann, wenn der Betroffene eine konkrete Gesprächsverbindung eingegangen ist („echte Verbindungsdaten“).⁶ Umstritten ist jedoch, ob auch die Positionsmeldungen eines Mobiltelefons im stand-by Betrieb („unechte Verbindungsdaten“) in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Alt. 3 GG fallen. Dies wird insbesondere vom BVerfG mit dem Argument abgelehnt, dass das Aussenden der Standortkennung hier unabhängig von einem konkreten Kommunikationsvorgang oder dem Aufbau einer Kommunikationsverbindung erfolge, sondern ausschließlich zur Sicherung der Betriebsbereitschaft nötig sei und deshalb keinerlei individuelle und kommunikative Züge trage.⁷ Es fehle an einem menschlich veranlassten Informationsaustausch, vielmehr würden nur technische Geräte miteinander kommunizieren, so dass nur der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG berührt sei.⁸ Es ist hier jedoch zu beachten, dass die Entscheidung des BVerfG in der Form eines Nichtannahmebeschlusses gemäß § 93b S. 1 BVerfGG erfolgte. Dies sind keine Entscheidungen in der Sache, sondern bloße Prozessentscheidungen, die weder in materielle Rechtskraft erwachsen, noch Bindungswirkung i.S.d. § 31 Abs. 1 BVerfGG entfalten.⁹ Rechtliche Folge ist somit, dass nichts entschieden ist. Das BVerfG verkennt hier, dass im Mobilfunkbereich eine Kommunikation ohne Anzeige der Kommunikationsbereitschaft, d.h. Betrieb des Gerätes im stand-by Modus, nicht möglich ist.¹⁰ Die Standortkennung ist technisch notwendig und bildet folglich mit der Kommunikation eine innere Einheit.¹¹ Zudem signalisiert derjenige, der ein Mobiltelefon im stand-by Modus mit sich führt seine Kommunikationsbereitschaft. Muss der potentielle Kommunikationsteilnehmer nun mit der Erfassung seiner Standortdaten rechnen, hat er eben gerade nicht die gleiche Sicherheit, die er bei der Kommunikation ohne Verwendung dieses Mediums haben würde. Die durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Privatheit der Kommunikation wird somit schon durch die Ausforschung der Kommunikationsbereitschaft gefährdet.¹² Folglich werden die Standortdaten von Mobiltelefonen unabhängig davon ob ein konkretes Gespräch oder lediglich der Betrieb des Gerätes im stand-by Modus

vorliegt von Art. 10 Abs. 1 GG geschützt.¹³ Da Art. 10 Abs. 1 GG jedoch nur die besonderen Gefährdungen erfasst, die sich aus der Telekommunikation ergeben, werden die nach Abschluss des Übertragungsvorgangs beim Telekommunikationsteilnehmer gespeicherten Verbindungsdaten nicht durch Art. 10 Abs. 1 GG sondern durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.¹⁴

Art. 10 Abs. 1 GG schützt die Vertraulichkeit der Kommunikation.¹⁵ Es soll vermieden werden, dass der Meinungs- und Informationsaustausch mittels Telekommunikationsanlagen deswegen unterbleibt oder nach Form und Inhalt verändert verläuft, weil die Beteiligten mit Überwachung rechnen müssen.¹⁶ Das Fernmeldegeheimnis wird somit beeinträchtigt, wenn staatliche Stellen sich ohne Zustimmung der Kommunikationsteilnehmer Kenntnis von dem Inhalt oder den Umständen der geschützten Übermittlungsvorgänge verschaffen oder die so gewonnenen Informationen nutzen.¹⁷ Entsprechend den Kriterien stellt die Erhebung der Verkehrsdaten durch staatliche Stellen, gleich in welcher Form, ob durch Auskunftersuchen oder Auslesen der Verkehrsdaten in Echtzeit, ebenso einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG dar wie die Rechtsnormen, die den Behörden die Kenntnisnahme der Verkehrsdaten ermöglichen. Ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG liegt jedoch auch schon in der Speicherung der Verkehrsdaten durch den Netzbetreiber.¹⁸ Zwar sind diese als Rechtssubjekte des Privatrechts keine unmittelbaren Adressaten der Grundrechte, sie handeln jedoch auf Grund einer hoheitlichen Anordnung, so dass ihr Verhalten der öffentlichen Gewalt zugerechnet werden muss.¹⁹ Das Fernmeldegeheimnis wird somit schon beeinträchtigt, wenn die Diensteanbieter die Verkehrsdaten zu Abrechnungszwecken oder auf Vorrat speichern.

2. Schutz durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG überschneidet sich zudem mit dem vom BVerfG im Volkszählurteil²⁰ aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelten Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses gewährleistet dem Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung personenbezogener Daten zu bestimmen.²¹ Personenbezogene Daten sind nach § 3 Abs. 1

⁵ BVerfG 67, 157, 172; *Pagenkopf*, in: Sachs GG, 4. Aufl. (2007); Art. 10, Rn 14; *Son*, Heimliche polizeiliche Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht (2006), S. 142.

⁶ *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG, 5. Aufl. (2005), Art. 10, Rn 45.

⁷ BVerfG NJW 2007, 351, 353 = HRRS 2006 Nr. 807; *Brenner*, Die strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs mit Verteidigern (1994), S. 250; *Ruhmannseder* JA 2007, 47, 53.

⁸ BVerfGE NJW 2007, 351, 353 = HRRS 2006 Nr. 807.

⁹ *Nachbaur* NJW 2007, 335, 335.

¹⁰ *Nachbaur* NJW 2007, 335, 337; *Schenke* AÖR 125 (2000), 1, 20.

¹¹ *Schenke* AÖR 125 (2000), 1, 20.

¹² *Gerke*, Bewegungsprofile anhand von Mobilfunkdaten im Strafverfahren (2002), S. 71; *Nachbaur* NJW 2007, 335, 337.

¹³ *Gusy*, a.a.O. (Fn 6), Art. 10, Rn 45; *Gerke*, a.a.O. (Fn 12), S. 61; *Nöding* StraFO 2007, 456, 460; *Schenke* AÖR 125 (2000), 1, 21.

¹⁴ BVerfGE 115, 166, 189 = HRRS 206 Nr. 235.

¹⁵ BVerfGE 100, 313, 358; *Schäfer*, a.a.O. (Fn 4), § 100 g, Rn 3.

¹⁶ *Son*, a.a.O. (Fn 5), S. 143.

¹⁷ BVerfGE 85, 386, 398; BVerfGE 100, 313, 366; *Hermes*, in: Dreier GG, 2. Aufl. (2004), Art. 10, Rn 53; *Welp*, Überwachung und Kontrolle - Telekommunikationsdaten als Gegenstand strafprozessualer Ermittlungen (2000), S. 24.

¹⁸ BVerfGE 100, 313, 359; *Welp* NSTZ 1994, 209, 210; *Puschke/Singelnstein* NJW 2008, 113, 118.

¹⁹ *Gola/Klug/Reif* NJW 2007, 2599, 2599; *Welp*, a.a.O. (Fn 17), S. 25.

²⁰ BVerfGE 65, 1 ff.

²¹ BVerfGE 65, 1, 43; *Jarass*, a.a.O. (Fn 4), Art. 2, Rn 44; *Dreier*, in: Dreier GG, 2. Aufl. (2004), Art. 2 I, Rn 78.

BDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person. Folglich fallen darunter neben den Informationen über den Inhalt der Telekommunikation, auch deren nähere Umstände und somit die Verkehrsdaten. Zur Selbstbestimmung gehört zudem die Überschaubarkeit der anderen vorhandenen und verfügbaren personenbezogenen Daten.²² Angesichts der Möglichkeit des Abrufs ungeheurer Datenmengen in Form der Erhebung von Verkehrsdaten ist hier somit auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung tangiert.²³

3. Verhältnis der beiden Grundrechte zueinander

Da die Erhebung der Verkehrsdaten sowohl einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG als auch in das informationelle Selbstbestimmungsrecht darstellt, ist nun fraglich in welchem Verhältnis beide Grundrechte stehen. Grundsätzlich ist Art. 10 Abs. 1 GG gegenüber dem aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Recht auf informationelle Selbstbestimmung *lex specialis*.²⁴ Jedoch ist zwischen Art. 10 Abs. 1 GG und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Idealkonkurrenz anzunehmen, wenn bei einer eigenständigen Nutzung der Erkenntnisse, das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung in einem Bereich berührt wird, der weit über den Sektor des Fernmeldegeheimnisses hinausreicht. Dies ist bei der Erstellung von Bewegungsprofilen der Fall, welche auf einzelnen Standortdaten basieren, die durch Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG erlangt wurden.²⁵

Die grundsätzliche Spezialität zwischen Art. 10 GG und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist hier jedoch eher formaler Natur. Soweit es nämlich um den Schutz von Telekommunikationsverkehrsdaten geht, stehen sie in einem Ergänzungsverhältnis.²⁶ Die vom BVerfG im Volkszählurteil hinsichtlich der Zulässigkeit eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelten Anforderungen müssen auf den Anwendungsbereich des Art. 10 GG übertragen werden.²⁷

Danach bedürfen Beschränkungen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zunächst einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben, und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht.²⁸ Dieses Bestimmtheitsgebot hat das BVerfG durch den Grundsatz der engen und konkreten Zweckbindung konkretisiert. Danach hat der Gesetzgeber den

jeweiligen Verwendungszweck personenbezogener Daten bereichsspezifisch und präzise zu bestimmen.²⁹ Die Begrenzung der Datennutzung auf den jeweils festgelegten Zweck muss sich auch im Rahmen des Verhältnismäßigen halten, d.h. die erhobenen Daten müssen für diesen Zweck geeignet, erforderlich und angemessen sein.³⁰ Die Einhaltung der Begrenzung der Datenerhebung ist zudem durch organisatorische und verfahrensmäßige Vorkehrungen, also Aufklärungs-, Auskunft- und Löschungspflichten zu sichern.³¹ Sollen personenbezogene Daten nun für andere als die bei der Erhebung angegebenen Zwecke verwendet werden, so stellt auch dies für den Betroffenen einen erneuten Informationseingriff dar.³² Es bedarf auch hier einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, die an denselben grundrechtlichen Erfordernissen zu messen ist.³³

III. Praktische Bedeutung der Verkehrsdatenerhebung vor dem Hintergrund der Entwicklung der Kommunikationstechnik

Bei der Erhebung von Verkehrsdaten handelt es sich um wichtiges Ermittlungsinstrument, beispielsweise zur Beschaffung von Beweismitteln, zur Bestimmung des Tatortes, der Tatzeit und des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten oder auch zur Abklärung, ob und bezüglich welcher Personen eine Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO Erfolg versprechend erscheint.³⁴ Praktische Bedeutung für die Aufklärung von Straftaten ergibt sich dabei häufig im Bereich der Wirtschaftsstraftaten, Datennetzkriminalität und Drogenstraftaten.³⁵ Insgesamt gab die Bundesregierung für den Bereich der Strafverfolgung die Zahl der Verbindungsdatenabrufe im Jahr 2005 mit über 40.000 an.³⁶ Die große praktische Bedeutung des Auskunftersuchens beruht vor allem auf dem zunehmend komplexen Informationsgehalt der Daten, die in vielen Fällen Erkenntnisse vermitteln die an die Qualität eines Persönlichkeitsprofils heranreichen.³⁷ Zudem sind die Verarbeitungsmöglichkeiten bei den Verbindungsdaten weit höher als bei den Inhaltsdaten, so können sie automatisch analysiert, ausgewertet und geordnet werden.³⁸

Den spezifischen Aussagegehalt der Verkehrsdaten konnten sich die Strafverfolgungsbehörden jedoch nicht immer zu Nutze machen. Vielmehr ist die Bedeutung der Verkehrsdatenerhebung von der Entwicklung der Fernmeldetechnik abhängig. Denn nur wenn bei der Vermitt-

²² BVerfGE 65, 1, 43; *Kleszczewski StV* 1993, 382, 384.

²³ BT-Drucks. 14/7008, S. 1; *Nack*, in: KK StPO, 5. Aufl. (2003), § 100g, Rn 1; *Schäfer*, a.a.O. (Fn 4), § 100g, Rn 1.

²⁴ BVerfGE 100, 313, 359; *Hermes*, a.a.O. (Fn 17), Art. 10, Rn 94.

²⁵ *Gerke*, a.a.O. (Fn 12), S. 73; *Schenke AöR* 125 (2000), 1, 23.

²⁶ BVerfG NJW 2006, 976, 979; *Pagenkopf*, a.a.O. (Fn 5), Art. 10, Rn 52.

²⁷ BVerfGE 100, 313, 359; *Gerke*, a.a.O. (Fn 12), S. 73; *Hermes*, a.a.O. (Fn 17), Art. 10, Rn 94; *Kleszczewski StV* 1993, 382, 384.

²⁸ BVerfGE 65, 1, 44; *Gusy*, a.a.O. (Fn 6), Art. 10, Rn 71.

²⁹ BVerfGE 65, 1, 46; *Murswiek*, in: Sachs GG, 4. Aufl. (2007), Art. 2, Rn 121.

³⁰ BVerfGE 65, 1, 46; *Gitter/Schnabel MMR* 2007, 411, 413.

³¹ BVerfGE 65, 1, 58; *Kleszczewski StV* 1993, 382, 387.

³² BVerfGE 65, 1, 46; BVerfGE 100, 313, 359; BVerfGE 110, 33, 68.

³³ BVerfGE 100, 313, 359; BVerfGE 100, 313, 360.

³⁴ *Meyer-Goßner*, StPO, 51. Aufl. (2008), § 100g, Rn 3; *Schäfer*, a.a.O. (Fn 4), § 100g, Rn 1.

³⁵ *Wolter*, in: SK StPO, 56. Lfg. (Februar 2008), § 100 g, Rn 5.

³⁶ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 11.03.2008, Abs.-Nr. 2 = HRRS 2008 Nr. 261.

³⁷ *Welp*, a.a.O. (Fn 17), S. 91; *ders.* GA 2002, 535, 536f.

³⁸ *Breyer StV* 2007, 214, 218.

lung von Telefonaten Aufzeichnungen über die Umstände der Telekommunikation angefertigt werden, ist die Erhebung der Verbindungsdaten überhaupt möglich.

In den Anfängen der Fernmeldetechnik wurden Ferngespräche handvermittelt und Rufnummern der beteiligten Anschlüsse sowie Datum, Uhrzeit und Dauer des Gesprächs in sogenannten Gesprächsblättern festgehalten.³⁹ Die Strafverfolgungsbehörden konnten also auf die Gesprächsblätter, bzw. die Zeugenaussagen der Telefonistinnen zurückgreifen, um Auskunft über die Verbindungsdaten zu erlangen.⁴⁰ Mit der in den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts abgeschlossenen Automatisierung des Fernsprecherkehrs war der Zugriff auf etwaige anfallende Verbindungsdaten zunächst nicht mehr möglich, da bei der zunächst eingesetzten anlogischen Vermittlungstechnik, außer der Dauer des Gesprächs, keine Daten über den zurückliegenden Telefonverkehr anfielen.⁴¹ Zu einem Quantensprung in Bezug auf die Bedeutung der Verbindungsdatenauskunft kam es erst Anfang der 70er Jahre mit Einführung der digitalen Übertragungstechnik in Fest- und Mobilfunknetzen durch die Post. Seit dem wird für jede Kommunikationsbeziehung im digitalen Netz ein entsprechender Datensatz erzeugt, der der computergesteuerten Herstellung und Aufrechterhaltung der Verbindung dient.⁴² Er umfasst die Nummern der verbundenen Anschlüsse, Datum, Uhrzeit und Dauer der Verbindung, sowie die Art des in Anspruch genommenen Fernmeldedienstes, bei Mobilfunkgeräten zusätzlich den Standort der vermittelnden Funkzelle. Nach dem Ende der Verbindung werden die Datensätze gespeichert um auf ihrer Grundlage die Gebührenabrechnung erstellen zu können.⁴³ Seit dem stehen also in großem Umfang gespeicherte Verbindungsdaten zur Verfügung, die zum Zwecke der Strafverfolgung eingesetzt werden können.⁴⁴

Unabhängig von der großen Bedeutung, die die Verkehrsdatenerhebung für die Strafverfolgungsbehörden schon mit der Digitalisierung erlangt hat wird die Befugnis aus § 100g StPO n.F. angesichts der Vorratsdatenspeicherung nochmals eine ganz neue Relevanz gewinnen. Bisher erlaubte das TKG den Diensteanbietern die Speicherung der Verkehrsdaten nur zu eigenen Zwecken, insbesondere zur Abrechnung. Nunmehr sind die Diensteanbieter in Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 2006/24/EG nach § 113a Abs. 1 S. 1 TKG n.F. verpflichtet, die bei ihnen erzeugten oder verarbeiteten Verkehrsdaten unabhängig von ihrem eigenen Bedarf zu öffentlichen Zwecken für die Dauer von sechs Monaten ab ihrer Entstehung zu speichern. Die Strafverfolgungsbehörden können folglich sechs Monate rückwirkend auf

die Daten zugreifen, wodurch eine massiv erhöhte Eingriffsintensität entsteht.⁴⁵

IV. Die Vorgängerregelungen im Überblick

Beschränkungen des Grundrechts aus Art. 10 Abs. 1 GG dürfen nach Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG nur aufgrund eines Gesetzes angeordnet werden. Wegen der tragenden Rolle, die die Verkehrsdaten für die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden spielen, sind seit rund 80 Jahren Vorschriften Bestandteil der deutschen Rechtsordnung, welche es den Strafverfolgungsbehörden gestatten, für Zwecke des Strafverfahrens Informationen über die näheren Umstände der Kommunikation einzuholen.

1. § 12 FAG als Grundlage für Auskunftersuchen

So ermöglichte schon der aus dem Jahr 1928 stammende § 12 FAG⁴⁶ dem Richter und bei Gefahr im Verzuge auch der Staatsanwaltschaft Auskunft über die Telekommunikation zu verlangen, wobei die Eingriffsvoraussetzungen verglichen mit § 100a StPO a.F. eher niedrig waren. Das Auskunftsrecht nach § 12 FAG hatte jedoch im Zusammenhang mit der digitalen Vermittlungstechnik eine ganz neue Dimension gewonnen, die zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens nicht absehbar war. Die damit verbundene erhöhte Eingriffsqualität führte zu einer völligen Veränderung des grundrechtlichen Sachverhalts, so dass sich die Vorschrift zunehmenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sah. Sie genügte angesichts ihrer Offenheit und potentiellen Eingriffsintensität weder den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen noch denen der Verhältnismäßigkeit.⁴⁷ Zudem kam sie mit den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Verfahrens in Konflikt.⁴⁸ Nachdem mehrere Versuche gescheitert waren die Vorschrift rechtsstaatlich auszugestalten, wurde sie schließlich zum 1. Januar 2002 durch die §§ 100g, 100h StPO a.F. abgelöst.

2. Auskunft über Verbindungsdaten nach § 100g StPO a.F.

Durch das „Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung“ vom 20. Dezember 2001⁴⁹ wurde der Auskunftsanspruch der Strafverfolgungsbehörden hinsichtlich der Telekommunikationsverbindungsdaten nun an systematisch richtiger Stelle in der StPO geregelt, rechtsstaatlichen Maßstäben angepasst und mit den Regelungen zur Telekommunikationsüberwachung in den §§ 100a, 100b StPO a.F. harmonisiert.⁵⁰

³⁹ Gerke, a.a.O. (Fn 12), S. 27; *Kleszczewski* StV 1993, 382, 382; *Schenke* AöR 125 (2000), 1, 5.

⁴⁰ BVerfGE 107, 299, 318; *Paeffgen*, in: Festschrift für Roxin (2001), 1299, 1302; *Kubicek* CR 1990, 659, 662.

⁴¹ *Ehmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. (2000), § 88, Rn 18; *Gerke*, a.a.O. (Fn 12), S. 27; *Kubicek* CR 1990, 659, 662.

⁴² *Welp* NStZ 1994, 209, 210, ders. GA 2002, 535, 536.

⁴³ *Kleszczewski* StV 1993, 382, 382; *Kubicek*, CR 1990, 659, 659.

⁴⁴ *Ehmer*, a.a.O. (Fn 41), § 88, Rn 19; *Kleszczewski* StV 1993, 382, 383.

⁴⁵ *Puschke/Singelstein* NJW 2008, 113, 114.

⁴⁶ RGBl. I 1928, 8, 9.

⁴⁷ BT-Drucks. 14/7008, S. 1; *Kleszczewski* StV 1993, 382, 386; *Paeffgen*, a.a.O. (Fn 40), S. 1303; *Welp*, a.a.O. (Fn 17), S. 83, S. 98.

⁴⁸ *Kleszczewski* StV 1993, 382, 388; *Paeffgen*, a.a.O. (Fn 40), S. 1304.

⁴⁹ BGBl. I 2001, 3879, 3879.

⁵⁰ BT-Drucks. 14/7008, S. 6; *Wohlers/Demko* StV 2003, 241, 242.

Materielle Voraussetzung für den Auskunftsanspruch war nun nach § 100g Abs. 1 S. 1 StPO a.F. das Vorliegen eines durch bestimmte Tatsachen begründeten, also objektivierbaren Verdachts, der sich entweder auf eine Straftat von erheblicher Bedeutung oder auf eine Straftat die mittels einer Endeinrichtung begangen wurde, bezog. Der Verdacht musste den Täter oder Teilnehmer einer vollendeten, versuchten oder durch eine Straftat vorbereiteten Tat treffen.

Die „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ wurden durch den Verweis auf die in § 100a S. 1 StPO a.F. aufgeführten Katalogtaten näher konkretisiert.⁵¹ Dem Deliktskatalog kam damit im Rahmen des § 100g StPO a.F. eine materielle Leitbildfunktion zu, so dass die erhebliche Bedeutung bei Vorliegen einer Katalogtat zu unterstellen war.⁵² Nur soweit die Tat nicht dem Katalog des § 100a S. 1 StPO a.F. angehörte, war die erhebliche Bedeutung für den konkreten Einzelfall zu untersuchen. Voraussetzung war, dass die Tat mindestens dem Bereich mittlerer Kriminalität zuzurechnen war, den Rechtsfrieden empfindlich störte und dazu geeignet war, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.⁵³

Bezüglich der mittels einer Endeinrichtung begangenen Straftaten wurde keine erhebliche Bedeutung verlangt, da diese Taten ohne eine Auskunft über die Verbindungsdaten regelmäßig nicht aufklärbar seien.⁵⁴ Eine Straftat wird mittels einer Endeinrichtung begangen, wenn eine tatbestandsmäßige Ausführungshandlung des Delikts, im Wege der Telekommunikation durch einen der Beteiligten vorgenommen wird.⁵⁵

Auskunftspflichtig waren diejenigen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken, vgl. § 3 Nr. 10 TKG. Auskunft durfte gem. § 100g Abs. 1 S. 2 StPO a.F. nur über die Verbindungsdaten des Beschuldigten und der Nachrichtenmittler verlangt werden.

Der Umfang der auskunftspflichtigen Verbindungsdaten wurde in § 100g Abs. 3 StPO abschließend bestimmt.⁵⁶ Die Aufzählung lehnte sich an § 6 Abs. 1 TDSV an und erfasste damit diejenigen Daten, die grundsätzlich erhoben, verarbeitet und genutzt werden durften, folglich legal zur Verfügung standen.⁵⁷ Ein Auskunftersuchen hatte damit nur Erfolg, wenn der ersuchte Diensteanbieter die Daten zu eigenen Zwecken gespeichert hatte,

etwa gem. § 97 i.V.m. § 96 Abs. 1 TKG⁵⁸ zur Entgeltmittlung und -abrechnung. Unter Nr. 1 erfasst wurden insbesondere auch die IMEI-Nummern sowie die IP-Adressen von Computern, nicht jedoch die sog. IMSI-Nummern.⁵⁹ Im Interesse wirksamer Strafrechtspflege⁶⁰ erlaubte § 100g Abs. 1 S. 3 StPO a.F. nun auch die Auskunftserteilung über zukünftige Verbindungen. § 100g Abs. 3 Nr. 1 StPO a.F. ließ jedoch die Auskunft über die dort genannten Daten nur „im Falle einer Verbindung“ zu. Unzulässig waren damit Auskünfte über die Aktivmeldungen von Mobiltelefonen im stand-by Betrieb und die darauf beruhende Erstellung von Bewegungsbildern.⁶¹

V. Die Neuregelung der Verkehrsdatenerhebung in § 100g StPO zum 1. Januar 2008

Doch § 100g StPO a.F. sollte mit Ablauf des 31. Dezember 2007 außer Kraft treten,⁶² so dass auch die vorstehend skizzierte Rechtslage so nicht erhalten blieb. Vielmehr hatte der Gesetzgeber schon seit langem die Schaffung eines harmonischen Gesamtsystems der heimlichen strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen angestrebt, in das sich auch die §§ 100g, 100h StPO einzugliedern hätten.⁶³ Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen und grundrechtssichernden Ausgestaltungen sollten jedoch nicht nur harmonisiert, sondern die Vorschriften auch entsprechend den Vorgaben des BVerfG rechtsstaatlich ausgestaltet werden.⁶⁴ Diese Ziele sollten mit dem „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“⁶⁵, welches am 21. Dezember 2007 vom Bundestag verabschiedet wurde und am 1. Januar 2008 in Kraft trat, realisiert werden. Das Gesetz enthält neben einer weit reichenden Reform des Rechts der heimlichen strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen, mit Schwerpunkt auf dem Bereich der Telekommunikationsüberwachung, auch eine umfassende Neuregelung der sog. Vorratsdatenspeicherung zu Strafverfolgungszwecken.

Auch die Regelung zur Erhebung von Verkehrsdaten in § 100g StPO n.F. wurde einer umfassenden Überarbeitung unterzogen. Wesentlicher Auslöser für die gesetzgeberische Aktivität im Bereich der bisherigen Verbindungsdatenauskunft nach den §§ 100g, 100h StPO a.F. waren die Vorgaben der Richtlinie 2006/24/EG zur Vorratsdatenspeicherung und des Übereinkommens des

⁵¹ Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. (2005), § 100g, Rn 1; Wollweber NJW 2002, 1554, 1554.

⁵² Welp GA 2002, 535, 538; Wohlers/Demko StV 2003, 241, 245; Rieß GA 2004, 623, 626 [Fn 24].

⁵³ BVerfGE 103, 21, 34; Schäfer, a.a.O. (Fn 4), § 100g, Rn 13; Welp GA 2002, 535, 539.

⁵⁴ BT-Drucks. 14/7008, S. 6; Pfeiffer, a.a.O. (Fn 51), § 100g, Rn 1.

⁵⁵ Welp GA 2002, 535, 540; Wohlers/Demko StV 2003, 241, 245; Wollweber NJW 2002, 1554, 1554.

⁵⁶ BT-Drucks. 14/7008, S. 7; Nack, a.a.O. (Fn 23), § 100g, Rn 8.

⁵⁷ Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl. (2007), § 100 g, Rn 4; Wolter, a.a.O. (Fn 35), § 100g, Rn 17; Wohlers/Demko StV 2003, 241, 242.

⁵⁸ Vorschriften folgten 2004 bis auf wenige Änderungen den Vorschriften der § 7 i.V.m. § 6 I TDSV i.d.F. vom 20.12.2000 [BGBl. I 2000, S. 1740 (1741)] nach.

⁵⁹ IMEI (international mobile equipment identity); IMSI (international mobile subscriber identity); Wolter, a.a.O. (Fn 35), § 100g, Rn 19; Wohlers/Demko StV 2003, 241, 242f. BT-Drucks. 14/7008, S. 2.

⁶⁰ BT-Drucks. 14/7008, S. 2.

⁶¹ BT-Drucks. 14/7008, S.7; Meyer-Goßner, a.a.O. (Fn 57), § 100g, Rn 5; Schäfer, a.a.O. (Fn 4), § 100g, Rn 23; Bock, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. (2006), § 110, Rn 67; Ruhmannseder JA 2007, 47, 52.

⁶² BGBl. I 2004, 3231.

⁶³ BT-Drucks. 14/7008, S. 8; Hilger GA 2002, 228, 230.

⁶⁴ BT-Drucks. 16/5846, S. 22; Glaser/Gedeon GA 2007, 415, 416.

⁶⁵ BGBl. I 2007, 3198 ff.

Europarates über Computerkriminalität, die es in innerstaatliches Recht umzusetzen galt.⁶⁶

1. Europarechtliche Hintergründe der Umgestaltung

a) Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung

Die Neuregelung des § 100g StPO n.F. wurde wesentlich durch die „Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsdatenspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentliche zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG“⁶⁷ mitbestimmt, welche am 03. Mai 2006 in Kraft getreten ist.

Ziel der Richtlinie ist nach Art. 1 Abs. 1⁶⁸ die Harmonisierung der Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung in den Mitgliedsstaaten, um sicherzustellen, dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen. Zu diesem Zweck verpflichtet Art. 3 Abs. 1 die Mitgliedsstaaten dazu, dafür Sorge zu tragen, dass Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste bestimmte Arten von Daten auf Vorrat speichern. Nach Art. 4 steht es den Mitgliedsstaaten unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes frei, die sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln für den Zugriff auf die gespeicherten Daten festzulegen. Es müssen gem. Art. 3 Abs. 1 nur solche Daten gespeichert werden, die ohnehin im Zuge der Bereitstellung der Kommunikationsdienste erzeugt oder verarbeitet werden. Art. 5 Abs. 1 enthält eine enumerative Aufzählung der Datentypen, die unter die Vorratsdatenspeicherungspflicht fallen. Dazu gehören sowohl die Verkehrsdaten, einschließlich der Standortdaten bei der Benutzung mobiler Endgeräte, als auch die IMSI- und IMEI-Nummern. Ausgenommen sind nach Art. 5 Abs. 2 jedoch die Inhalte der elektronischen Kommunikation. Die Speicherungspflicht nach Art. 3 Abs. 2 gilt entsprechend der Forderung der Bundesregierung⁶⁹ grundsätzlich nicht für erfolglose Verbindungsversuche.⁷⁰ Gemäß Art. 6 ist eine Speicherdauer von mindestens sechs und höchstens 24 Monaten vorzusehen.

Gegen die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung werden jedoch erhebliche Bedenken aus kompetenz- und datenschutzrechtlichen Gründen erhoben.⁷¹ So war insbesondere zweifelhaft, ob Art. 95 EGV die adäquate Rechtsgrundlage darstellt. Aus diesem Grund hatten Irland und die Slowakei eine Nichtigkeitsklage vor dem EuGH erhoben. Der hauptsächliche Zweck der Richtlinie bestehe darin, die Ermittlung, Feststellung und Verfol-

gung von Straftaten, einschließlich terroristischer Taten zu erleichtern.⁷² Soweit die Richtlinie auch die Verhütung von Wettbewerbsverzerrungen für den Binnenmarkt zum Ziel habe, sei dies als reines Nebenziel zu betrachten.⁷³ Die einzig zulässige Rechtsgrundlage für die in der Richtlinie enthaltenen Maßnahmen sei daher Titel VI EUV.⁷⁴

Dem ist der EuGH in seinem Urteil vom 10.02.2009⁷⁵ jedoch nicht gefolgt und hat die Klage abgewiesen. Der Gerichtshof wies darauf hin, dass mehrere Mitgliedsstaaten vor dem Erlass der Richtlinie Maßnahmen erlassen haben, um Diensteanbietern Verpflichtungen hinsichtlich der Vorratsdatenspeicherung aufzuerlegen, und dass diese Maßnahmen erhebliche Unterschiede aufwiesen.⁷⁶ Zudem haben die Verpflichtungen zur Vorratsdatenspeicherung aufgrund der hohen Investitions- und Betriebskosten erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen auf die Diensteanbieter.⁷⁷ Damit würden sich die Unterschiede zwischen den nationalen Regelungen unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken.⁷⁸ Schließlich seien die Bestimmungen der Richtlinie im Wesentlichen auf die Tätigkeiten der Diensteanbieter beschränkt und regelten nicht den Zugang zu den Daten zum Zwecke der Strafverfolgung.⁷⁹ Der EuGH kommt mithin zu dem Ergebnis, dass der Erlass der Richtlinie auf der Grundlage von Art. 95 EGV geboten war. Er stellte jedoch ausdrücklich klar, dass sich die Klage allein auf die Wahl der Rechtsgrundlage und nicht auf eine eventuelle Verletzung der Grundrechte bezog.⁸⁰

b) Übereinkommen des Europarates über Computerkriminalität

Zudem sollten mit der Neuregelung des § 100g StPO n.F. auch die Vorgaben des von Deutschland am 23. November 2001 unterzeichneten Übereinkommens des Europarates über Computerkriminalität⁸¹ in nationales Recht umgesetzt werden. Bei der Konvention handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, dessen Regelungen nicht zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts i.S.d. Art. 25 GG gehören und daher nach Art. 59 Abs. 2 GG erst mit der Transformation in nationales Recht in Kraft treten.⁸² Ziel der Konvention ist die Harmonisierung der nationalen Strafvorschriften und die Entwicklung einheitlicher Ermittlungsinstrumente im Bereich der Internetdelikte.⁸³ So schafft sie mit dem Katalog von Ermittlungsinstrumenten in Art. 14–21⁸⁴ einen einheitlichen Rahmen für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen.

⁶⁶ BT-Drucks. 16/5846, S. 50.

⁶⁷ ABl. EU v. 13.04.2006, L 105, S. 54–60.

⁶⁸ In diesem Abschnitt sind Art. ohne nähere Bezeichnung solche der Richtlinie 2006/24/EG.

⁶⁹ BT-Drucks. 16/545, S. 2.

⁷⁰ Westphal EuR 2006, 706, 709.

⁷¹ Vgl. Breyer StV 2007, 214, 215 ff.; Westphal EuR 2006, 706, 711 ff..

⁷² Breyer StV 2007, 214, 215; Westphal EuR 2006, 706, 712.

⁷³ Westphal EuR 2006, 706, 712.

⁷⁴ Gitter/Schnabel MMR 2007, 411, 412.

⁷⁵ EuGH Urteil vom 10.02.2009, RS C-301/06 = EuGH HRRS 2009 Nr. 297.

⁷⁶ EuGH U. vom 10.02.2009, RS C-301/06, Abs.-Nr. 67, 69.

⁷⁷ EuGH U. vom 10.02.2009, RS C-301/06, Abs.-Nr. 68.

⁷⁸ EuGH U. vom 10.02.2009, RS C-301/06, Abs.-Nr. 71.

⁷⁹ EuGH U. vom 10.02.2009, RS C-301/06, Abs.-Nr. 80.

⁸⁰ EuGH U. vom 10.02.2009, RS C-301/06, Abs.-Nr. 57.

⁸¹ „Convention on Cybercrime“ SEV Nr. 185.

⁸² Gerke CR 2004, 782, 783.

⁸³ Präambel der Konvention; Gerke CR 2004, 782, 786.

⁸⁴ In diesem Abschnitt sind Art. ohne nähere Bezeichnung solche des Übereinkommens des Europarates über Computerkriminalität.

Im Zusammenhang mit der Regelung des § 100g StPO n.F. spielen vor allem die Vorgaben in Art. 16, 17 und 20 eine Rolle. Art. 16 Abs. 1 verpflichtet die Vertragsparteien, die Möglichkeit einer Anordnung der beschleunigten Sicherung bestimmter Computerdaten, insbesondere der Verkehrsdaten, vorzusehen. Art. 17 erweitert dies auf den Fall, dass mehrere Diensteanbieter an Datenübertragungsprozessen beteiligt sind. Die Anordnung umfasst dabei nur Daten, die zum Zeitpunkt der Anordnung in gespeicherter Form vorliegen.⁸⁵ Art. 16 Abs. 2 sieht dafür insbesondere das sog. „Einfrieren“ von Daten⁸⁶ vor, also die rasche Speicherung der Kommunikationsdaten auf Anordnung der Strafverfolgungsbehörden bei dringendem Verdacht.⁸⁷ Dabei sehen Art. 16 und 17 keine Beschränkung der Mitwirkungspflichten auf Telekommunikationsanbieter vor, die ihre Dienste geschäftsmäßig erbringen.⁸⁸ Die Umsetzung der Vorgabe des Art. 16 Abs. 2 sei jedoch entbehrlich geworden, da die „einzufrierenden“ Daten künftig bereits aufgrund der gleichzeitig umzusetzenden Richtlinie auf Vorrat zu speichern sind.⁸⁹ Außerdem haben sich die Vertragsparteien gemäß Art. 20 verpflichtet, die erforderlichen gesetzgeberischen Maßnahmen zu treffen, um die Erhebung und Aufzeichnung der Verkehrsdaten zu ermöglichen, die mit einer bestimmten Datenübertragung im Hoheitsgebiet in Zusammenhang stehen. Dies begründet keine Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung, die Diensteanbieter sollen vielmehr verpflichtet werden, die ihnen zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten der Aufzeichnung voll auszuschöpfen.⁹⁰ Die Ermittlungsbehörden sollen dabei in die Lage versetzt werden, die Daten sowohl selbst in Echtzeit zu erheben als auch die Erhebung durch die Diensteanbieter anzuordnen. Aufgrund der Vorbehaltsmöglichkeit nach Art. 20 Abs. 4 i.V.m. Art. 14 Abs. 3a wäre eine Beschränkung dieser Maßnahme auf schwere Straftaten möglich gewesen. Umsetzungsbedarf ergab sich hier daraus, dass § 100g StPO a.F. ein Auskunftsrecht nur für solche Daten vorsah, die von den Diensteanbietern ohnehin erhoben wurden, eine Pflicht zur Ausnutzung der technischen Möglichkeiten bestand hingegen nicht. Auch gab es den Behörden nur ein Auskunftsrecht, sie konnten die Daten jedoch nicht selbst in Echtzeit erheben.

2. Regelungsgehalt des § 100g StPO n.F. – Ausweitung der Befugnisse

a) Allgemeine Befugnis zur Erhebung von Verkehrsdaten

§ 100g StPO n.F. wurde umfassend neu gefasst und entsprechend den Vorgaben des Art. 20 des Übereinkommens über Computerkriminalität als allgemeine Befugnis zur Erhebung von Verkehrsdaten ausgestaltet.⁹¹ Wie sich

⁸⁵ Gerke MMR 2004, 801, 802.

⁸⁶ „Quick Freezing“.

⁸⁷ Bock, a.a.O. (Fn 61), § 88, Rn 9; Gola/Klug/Reif NJW 2007, 2599, 2600; Zöller GA 2007, 393, 411.

⁸⁸ BT-Drucks. 16/5846, S. 47.

⁸⁹ BT-Drucks. 16/5846, S. 53.

⁹⁰ Gercke MMR 2004, 801, 805.

⁹¹ BT-Drucks. 16/5846, S. 50; Meyer-Gößner, a.a.O. (Fn 34), § 100g, Rn 2; Zöller GA 2007, 393, 396.

aus dem Verweis des § 100g Abs. 2 S. 1 StPO n.F. auf § 100b Abs. 3 StPO n.F. ergibt, bleibt die bislang in § 100g Abs. 1 StPO a.F. verankerte Auskunftspflicht der Diensteanbieter bestehen. Auch gestattet § 100g Abs. 1 StPO n.F. den Strafverfolgungsbehörden nun das Auslesen der Verkehrsdaten in Echtzeit, das bisher nur unter den strengeren Voraussetzungen des § 100a StPO a.F. möglich war.⁹² Dabei werden die Daten „live“ vom Telekommunikationsdienstleister an die Strafverfolgungsbehörden ausgeleitet. Die Qualität der Daten bestimme die Eingriffsintensität, weshalb eine unterschiedliche Behandlung der Auskunft und der Echtzeiterhebung nicht gerechtfertigt sei, da es in beiden Fällen eben um die Erhebung von Verkehrsdaten gehe.⁹³ Die Regelung zur Zielwahlsuche, wie sich noch in § 100g II StPO a.F. fand, ist weitgehend unnötig geworden, da künftig nach § 113a Abs. 2 Nr. 1 TKG n.F. von den Anbietern auch die Rufnummer des anrufenden Anschlusses zu speichern ist. Mittels der Zielwahlsuche kann ermittelt werden, wer den Anschluss des Beschuldigten oder des Nachrichtensmittlers angewählt hat oder anwählen wird.⁹⁴ In den wenigen Fällen, in denen eine Zielwahlsuche noch erforderlich ist, soll § 100g Abs. 1 StPO n.F. die Rechtsgrundlage sein.⁹⁵ § 100g Abs. 3 StPO n.F. stellt klar, dass sich die Sicherstellung von Gegenständen, die Aufschluss über Verkehrsdaten geben können, nicht nach § 100g StPO n.F., sondern nach den §§ 94 ff. StPO richtet.⁹⁶

b) Materielle Eingriffsvoraussetzungen

aa) Anlassstraftaten

Voraussetzung der Erhebungsbefugnis der Strafverfolgungsbehörden ist zunächst - wie schon bei § 100g StPO a.F. - das Vorliegen einer auf bestimmte Tatsachen gegründeten, objektivierbaren Verdachtslage. Teilnahme wird der Täterschaft gleichgestellt.

(1) Straftaten von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung, insbesondere eine in § 100a Abs. 2 StPO bezeichnete Straftat

Zunächst können die Verkehrsdaten bei Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung, insbesondere bei einer in § 100a Abs. 2 StPO n.F. bezeichneten Straftat, erhoben werden. § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO n.F. nimmt dabei den § 100g Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StPO a.F. in sich auf, so dass zum Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung, mit Berücksichtigung der Überarbeitung des Straftatenkatalogs des § 100a Abs. 2 StPO n.F., auf die Ausführungen zu § 100g StPO a.F. verwiesen werden kann.⁹⁷ In Anpassung an die Vorgaben des BVerfG⁹⁸ wird für diese Fallgruppe nun jedoch klargestellt, dass die Straftat auch im konkreten Einzelfall von erheblicher

⁹² Nöding StraFO 2007, 456, 457; Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 115; Zöller GA 2007, 393, 397.

⁹³ BT-Drucks. 16/5846, S. 50.

⁹⁴ Wohlers/Demko StV 2003, 241 (246).

⁹⁵ BT-Drucks. 16/5846, S. 54; Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 115.

⁹⁶ Nöding StraFO 2007, 456, 457; Zöller GA 2007, 393, 404.

⁹⁷ Siehe IV. 2.

⁹⁸ BVerfGE 107, 299, 322.

Bedeutung sein muss.⁹⁹ Die Aufnahme des auf den Einzelfall bezogenen Kriteriums in § 100a I Nr. 2 StPO n.F. führt dort dazu, dass den Katalogtaten des § 100a II StPO n.F. nunmehr lediglich eine Indizwirkung zuerkannt wird, die einer Gegenindizierung durch die fehlende Tatschwere im Einzelfall unterliegt.¹⁰⁰ Der Gesetzgeber hat im § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO n.F. jedoch die materielle Leitbildfunktion des Straftatenkatalogs des § 100a Abs. 2 StPO n.F. beibehalten, so dass angenommen werden muss, dass die Katalogtaten hier keiner Gegenindizierung zugänglich sind.¹⁰¹ Die auf den Einzelfall bezogene erhebliche Bedeutung muss folglich nur bei Straftaten geprüft werden, die keine Katalogtaten sind.

Für die Fallgruppe der Straftaten von erheblicher Bedeutung genügt auch weiterhin der Versuch und die Vorbereitung einer Straftat. Die in § 100g StPO a.F. enthaltene Voraussetzung, dass die Maßnahme für die Untersuchung erforderlich sein muss, wurde dahingehend präzisiert, dass die Erhebung der Verkehrsdaten für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten erforderlich sein muss. Eine ähnliche Subsidiaritätsklausel kannte schon § 100a Abs. 1 StPO a.F. und § 100g Abs. 2 a.F. für die Zulässigkeit der Zielwahlsuche. Wie die abweichende Formulierung in § 100a Abs. 1 Nr. 3 StPO n.F. zeigt, ist jedenfalls für den Bereich der Subsidiaritätsklauseln die gewünschte Harmonisierung nicht erreicht worden.¹⁰²

(2) Straftat mittels Telekommunikation begangen

Taugliche Anlasstaten sind weiterhin mittels Telekommunikation begangene Straftaten. Im Vergleich zur bisherigen Fallgruppe, der mittels einer Endeinrichtung begangenen Straftaten, wurde hier zunächst nur eine sprachliche Präzisierung vorgenommen, um u.a. Fälle auszuschließen, in denen das Endgerät zur Begehung einer Körperverletzung eingesetzt wird.¹⁰³ Es bestand jedoch vorher schon Einigkeit, dass hierunter nur Fälle zu fassen sind, in denen die Inanspruchnahme von Telekommunikationsmitteln gerade das Tatinstrument darstellt.¹⁰⁴

Um dem allgemein geringeren Gewicht solcher Taten Rechnung zu tragen und die Verhältnismäßigkeit der Befugnisnorm zu gewährleisten, wurde die Variante jedoch auf vollendete Delikte und auf solche Fälle beschränkt, in denen die Erkenntniserlangung auf andere Weise aussichtslos ist (strenge Subsidiaritätsklausel). Dabei ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob andere Ermittlungsmaßnahmen in Betracht kommen oder ob die Verkehrsdatenerhebung das einzig zielführende Mittel ist.¹⁰⁵ Zudem muss die Erhebung der Daten in angemessenem Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen. Dies folgt schon aus dem Verhält-

nismäßigkeitsgrundsatz.¹⁰⁶ Sichergestellt werden soll, dass der bei leichterer Kriminalität eine Erhebung nicht gerechtfertigt ist, auch wenn die Tat auf andere Weise nicht aufklärbar ist.¹⁰⁷ Mittels Telekommunikation begangene Taten, die lediglich ins Versuchsstadium gelangen, lassen die Erhebung jedoch zu, wenn es sich bei ihnen um Straftaten von im Einzelfall erheblicher Bedeutung nach § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO n.F. handelt.¹⁰⁸

bb) Zielpersonen der Maßnahme

Nach § 100g Abs. 2 i.V.m. § 100a Abs. 3 StPO n.F. dürfen, wie bisher, nur Verkehrsdaten erhoben werden, welche den Beschuldigten oder einen Nachrichtenmittler betreffen.

cc) Auskunftspflichtete

Trotz Möglichkeit der Echtzeiterhebung der Verkehrsdaten durch die Strafverfolgungsbehörden bleibt die Auskunftspflicht der Dienstanbieter bestehen, gemäß §§ 100g Abs. 2, 100b Abs. 3 StPO n.F. Entsprechend den Vorgaben der Cybercrime-Convention in Art. 16, 17 beschränkt sich die Mitwirkungspflichten jedoch nicht mehr auf Diensteanbieter, die ihre Dienste geschäftsmäßig erbringen. Der Adressatenkreis wird vielmehr in § 100b Abs. 3 StPO n.F. durch das „Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen“ neu definiert. Eine Legaldefinition des Begriffes „Telekommunikationsdienst“ findet sich in § 3 Nr. 24 TKG. Der Unterschied zur geschäftsmäßigen Erbringung liegt in der fehlenden Drittbezogenheit.¹⁰⁹ Erhoben werden können somit auch Daten der unternehmensinternen Kommunikation.¹¹⁰

c) Gegenstand der Erhebung

aa) Verkehrsdaten

§ 100g StPO n.F. verzichtet auf einen eigenständigen Katalog zu erhebender Daten, wie ihn noch § 100g Abs. 3 StPO a.F. für die auskunftspflichtigen Verbindungsdaten enthalten hatte. Vielmehr verweist er hinsichtlich der Daten, deren Erhebung die Vorschrift regelt, auf die Verkehrsdaten der §§ 96 Abs. 1, 113a TKG n.F. Damit wird der bisher verwandte Begriff der Telekommunikationsverbindungsdaten durch den im modernen Telekommunikationsrecht genutzten Begriff der Verkehrsdaten ersetzt. Dies sind nach § 3 Nr. 30 TKG Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Durch die Bezugnahme auf § 96 Abs. 1 TKG wird erreicht, dass die Strafverfolgungsbehörden nicht nur auf die Verbindungsdaten zugreifen können, sondern auf alle Verkehrsdaten, die auch der Diensteanbieter erhebt.¹¹¹ § 96 Abs. 1 TKG enthält dabei einen abschließenden Katalog derjenigen Verkehrsdaten, die zulässigerweise erhoben und verwendet wer-

⁹⁹ So schon für § 100g StPO a.F. *Welp GA 2002, 535, 539*

¹⁰⁰ *BT-Drucks. 16/5846, S. 40; Glaser/Gedeon GA 2007, 415, 421.*

¹⁰¹ *Glaser/Gedeon GA 2007, 415, 421.*

¹⁰² *Glaser/Gedeon GA 2007, 415, 422.*

¹⁰³ *BT-Drucks. 16/5846, S. 52.*

¹⁰⁴ *Siehe IV. 2.*

¹⁰⁵ *Meyer/Goßner, a.a.O (Fn 34), § 100g, Rn 18.*

¹⁰⁶ *Glaser/Gedeon GA 2007, 415, 422.*

¹⁰⁷ *BT-Drucks. 16/5846, S. 52.*

¹⁰⁸ *BT-Drucks. 16/5846, S. 52; Zöller GA 2007, 393, 403.*

¹⁰⁹ *Eckhardt CR 2007, 336, 339.*

¹¹⁰ *BT-Drucks. 16/5846, S. 47; Eckhardt CR 2007, 336, 339.*

¹¹¹ *BT-Drucks. 16/5846, S. 51; Eckhardt CR 207, 336, 342; Nöding StraFO 2007, 456, 456 f..*

den dürfen.¹¹² Darüber hinaus gestattet § 100g Abs. 1 StPO n.F. durch Verweis auf § 113a TKG auch die Erhebung der im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung erfassten Daten. Die zu speichernden Daten werden in § 113 Abs. 2 – 4 TKG n.F. spezifiziert aufgeführt. Die Datenkataloge der §§ 96 Abs. 1, 113a TKG n.F. umfassen zunächst die bisher in § 100g Abs. 3 StPO a.F. aufgezählten Verbindungsdaten.¹¹³

bb) Neue Datenkategorien

Der Verweis auf die Verkehrsdaten nach § 96 Abs. 1 TKG, § 113a TKG n.F. führt darüber hinaus jedoch zu einer Ausweitung der Datenkategorien, die für Strafverfolgungszwecke genutzt werden können.

Über § 100g Abs. 3 StPO a.F. hinausgehend können nun auch personenbezogene Berechtigungskennungen gem. § 96 Abs. 1 Nr. 1 TKG erhoben werden. Dazu gehören auch die PIN-Nummern.¹¹⁴ Bislang mussten solche Daten nach § 113 Abs. 1 S. 2 TKG i.V.m. §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO a.F. durch ein Auskunftersuchen über Bestandsdaten erhoben werden.¹¹⁵ Bei der PIN handelt es sich um einen dem Kunden überlassenen Code, der beim Einschalten der SIM-Karte bzw. des Mobilfunkgerätes einzugeben ist.¹¹⁶ Nach dreimaliger Falscheingabe der PIN ist zur Freischaltung der Karte ein achtstelliger Sicherheitscode, die PUK¹¹⁷, erforderlich. Ohne die Eingabe der PIN kann nicht auf die auf der Karte gespeicherten Informationen zugegriffen werden. Folglich wird den Strafverfolgungsbehörden durch die Herausgabe dieser Zugangscodes mittelbar Zugriff zu Informationen ermöglicht, die Inhalte der Telekommunikation betreffen.¹¹⁸ In § 100g Abs. 3 StPO a.F. nicht erwähnt waren weiterhin übermittelte Datenmengen nach § 96 Abs. 1 Nr. 2 und 4 TKG. Voraussetzung für ihre Erhebung ist nach dem Wortlaut die Entgeltrelevanz. Dies ist der Fall, wenn das Entgelt nicht von der Nutzungszeit, sondern von der übermittelten Datenmenge abhängt.¹¹⁹ Eine weit reichende Ausweitung der Erhebungsbefugnis ist zudem mit dem Verweis auf den Auffangtatbestand des § 96 Abs. 1 Nr. 5 TKG verbunden. Danach dürfen auch sonstige zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung der Telekommunikation sowie zur Entgeltabrechnung notwendigen Verkehrsdaten erhoben werden. Damit soll der rasanten technischen Entwicklung Rechnung getragen und die Erhebungsbefugnis des § 100g StPO n.F. technikkoffen gestaltet werden.¹²⁰ Es können folglich auch solche Verkehrsdaten erhoben werden, deren Quantität und Qualität zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abzusehen sind.¹²¹

¹¹² Robert, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. (2006), § 96, Rn 2.

¹¹³ Siehe dazu IV. 2.

¹¹⁴ Kleszczewski, in: Berliner Kommentar zum TKG, 1. Aufl. (2006), § 96, Rn 5; PIN= Personal Identity Number.

¹¹⁵ BT-Drucks. 16/5846, S. 51; Zöller GA 2007, 393, 399.

¹¹⁶ Bock, a.a.O. (Fn 61), § 113, Rn 17; Zöller GA 2007, 393, 399.

¹¹⁷ PUK=Personal Unblocking Key.

¹¹⁸ Bock, a.a.O. (Fn 61), § 113, Rn 17; Zöller GA 2007, 393, 400.

¹¹⁹ Bock, a.a.O. (Fn 61), § 96, Rn 4.

¹²⁰ BT-Drucks. 16/5846, S. 51.

¹²¹ Zöller GA 2007, 393, 401.

cc) Verzicht auf Verbindung

Durch den Verweis auf §§ 96 Abs. 1, 113 a TKG n.F. entfällt auch das bisher in § 100g Abs. 3 Nr. 1 StPO a.F. enthaltende, einschränkende Merkmal „im Falle einer Verbindung“. Die Erhebungsbefugnis der Strafverfolgungsbehörden setzt somit keine tatsächlich zustande gekommene Kommunikationsverbindung mehr voraus. Mithin dürfen die Standortdaten eines eingeschalteten Mobiltelefons auch dann erhoben werden, wenn dieses aktuell nicht genutzt wird.¹²² Die Erhebung dieser Daten in Echtzeit ist nach § 100g Abs. 1 S. 3 StPO n.F. jedoch nur zulässig, bei Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung i.S.v. § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO n.F.

dd) Ausweitung in zeitlicher Hinsicht

Wie schon nach § 100g StPO a.F. können die Strafverfolgungsbehörden auch heute sowohl auf vergangene als auch auf zukünftige Telekommunikationsverbindungen zurückgreifen. Eine massiv erhöhte Eingriffsintensität entsteht jedoch dadurch, dass die Strafverfolgungsbehörden aufgrund der Vorratsdatenspeicherung nun sechs Monate rückwirkend auf die Verkehrsdaten zugreifen. Die eigentliche Änderung ergibt sich daraus, dass das bislang bestehende Recht der Nutzer nach § 97 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 TKG a.F., die Löschung der sie betreffenden Verkehrsdaten mit Rechnungsversand zu verlangen, für Daten, die der Speicherungspflicht nach § 113a TKG n.F. unterliegen, gestrichen wurde. Die Speicherdauer ist für die Nutzer folglich unabänderbar.¹²³ Auch die Standortdaten von Mobiltelefonen unterfallen der Vorratsdatenspeicherungspflicht, gem. § 113a Abs. 2 Nr. 4c TKG n.F. Zusätzlich zur Zulässigkeit der Erhebung der stand-by Daten wird damit auch der bislang, entsprechend den gesetzlichen Vorschriften, praktisch leer laufende in die Vergangenheit gerichtete Zugriff auf Standortdaten möglich.¹²⁴

d) Formelle Eingriffsvoraussetzungen

Die formellen Voraussetzungen für die Erhebung von Verkehrsdaten ergeben sich aus dem Verweis des § 100g Abs. 2 StPO n.F. auf § 100b Abs. 1 - 4 S. 1 StPO n.F. § 100b StPO n.F. wurde damit zur zentralen Regelung der formalen Anforderungen für die Telekommunikationsüberwachung gemacht. Wesentliche Änderungen im Vergleich zur bisherigen Regelung der formellen Voraussetzungen in § 100h StPO a.F. ergeben sich daraus jedoch nicht. § 100g Abs. 2 S. 2 StPO n.F. ermöglicht den Strafverfolgungsbehörden auch weiterhin die sog. Funkzellenabfrage. Darüber hinaus enthält § 101 StPO n.F. für alle speziellen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen die gebotenen grundrechtssichernden Verfahrensregelungen.¹²⁵ Er regelt einheitlich die Vorgaben zur Aktenführung, Kenn-

¹²² Eckhardt CR 2007, 336, 342; Meyer-Göfner, a.a.O. (Fn 34), § 100g, Rn 10; Nöding StraFo 2007, 456, 460; Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 114.

¹²³ Zöller GA 2007, 393, 405.

¹²⁴ Vgl. §§ 96 Abs. 2, 97 Abs. 3 TKG a.F.; Nöding StraFo 2007, 456, 460.

¹²⁵ Vgl. ausführlich zu § 101 Glaser/Gedeon GA 2007, 414, 417 ff.

zeichnungspflichten, Benachrichtigungspflichten und -verfahren, die Möglichkeit der nachträglichen gerichtlichen Rechtmäßigkeitsprüfung und Löschungspflichten.

3. Verfassungsrechtliche Würdigung

Im Folgenden ist die Neuregelung zur Erhebung der Verkehrsdaten in § 100g StPO n.F. und die damit verbundene Ausweitung der Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden dahingehend zu untersuchen, inwieweit sie verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt. Zweifel bestehen zunächst an der Prüfungskompetenz des BVerfG, insofern es sich hier um Regelungen handelt, durch die zwingende Vorgaben der Richtlinie 2006/24/EG umgesetzt werden. Solange nämlich auf Gemeinschaftsebene ein Grundrechtsschutz bestehe, der im Wesentlichen dem unabdingbaren Grundrechtsschutz des Grundgesetzes gleich zu achten ist, überprüft das BVerfG aufgrund des Vorrangs des europäischen Rechts, Gemeinschaftsrechtakte nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes.¹²⁶ Entscheidend ist allein die Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsgrundrechten. Konsequenz dessen ist, dass auch innerstaatliche Rechtsakte, die eine Richtlinie in deutsches Recht umsetzen, nicht am Maßstab des Grundgesetzes gemessen werden.¹²⁷ Soweit das Gemeinschaftsrecht jedoch einen Umsetzungsspielraum lässt und der Gesetzgeber die Vorgaben der Richtlinie konkretisiert oder über die Vorgaben hinausgeht, kann die Norm des deutschen Rechts mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden.¹²⁸ Dies ist hier der Fall, da die Richtlinie 2006/24/EG den Mitgliedsstaaten weitreichende Regelungsspielräume lässt, beispielsweise hinsichtlich der Speicherungsfristen, der zugriffsberechtigten Sicherheitsbehörden oder bei der Bestimmung der „schweren Straftaten“, zu deren Verfolgung die Daten genutzt werden dürfen.¹²⁹ Zudem geht gerade § 100g StPO n.F. über die Vorgaben der Richtlinie hinaus, indem er die Erhebung der Vorratsdaten auch zur Aufklärung der mittels Telekommunikation begangenen Straftaten zulässt und nicht auf „schwere Straftaten“, wie dies von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehen ist, beschränkt. Damit ist Raum für eine Prüfung des § 100g StPO n.F. durch das BVerfG am Maßstab der deutschen Grundrechte.

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht bestehen gegen die Vorschrift des § 100g StPO n.F. keine Bedenken. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Art. 72, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Insbesondere hat der Gesetzgeber auch dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG Genüge getan, indem Art. 15 des Änderungsgesetzes¹³⁰ den erforderlichen Hinweis auf die Einschränkung des Art. 10 GG enthält.

¹²⁶ BVerfGE 73, 339, 387 („SOLANGE II“).

¹²⁷ BVerfGE 118, 79, 95; *Degenhart*, Staatsrecht I, 24. Aufl. (2008), Rn 247.

¹²⁸ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 11.03.2008, Abs.-Nr. 135 = HRRS 2008 Nr. 261.

¹²⁹ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 11.03.2008, Abs.-Nr. 136 = HRRS 2008 Nr. 261, *Westphal* EuR 2006, 706, 719.

¹³⁰ BGBl. I 2007, 3198, 3211.

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Für die Beurteilung, ob § 100g StPO n.F. auch materiell verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt, kann die Vorschrift m.E. jedoch nicht isoliert betrachtet werden. So schaffen die §§ 96 Abs. 1, 113a TKG n.F. überhaupt erst die Grundlage dafür, dass die Diensteanbieter im Verhältnis zu ihren Kunden die von den Strafverfolgungsbehörden begehrten Daten erheben dürfen. Schon die Speicherung der Daten durch den Diensteanbieter stellt einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG dar, der durch die Preisgabe des geschützten Wissens an die Strafverfolgungsbehörden intensiviert wird.¹³¹ Die Frage der Rechtmäßigkeit der Erhebung ist damit von der Frage der Rechtmäßigkeit der Speicherung der Verkehrsdaten abhängig.¹³² Dies spielt insbesondere eine Rolle, als § 100g StPO n.F. auch den Zugriff auf die nach § 113a TKG n.F. auf Vorrat gespeicherten Verkehrsdaten gestattet, was zu einer stark erhöhten Eingriffsintensität der Maßnahme führt. Zur materiellen Verfassungsmäßigkeit des § 100g StPO n.F. ist daher insbesondere vor dem Hintergrund der Vorratsdatenspeicherung Stellung zu nehmen.¹³³ Über den Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung hinaus gibt jedoch auch die Ausweitung der Datenkategorien und die Zulässigkeit der Echtzeiterhebung zu verfassungsrechtlicher Kritik Anlass.

aa) Bestimmtheit

Zunächst müsste § 100g StPO n.F. hinreichend bestimmt sein, also Voraussetzungen und Umfang der Beschränkung klar und für den Bürger erkennbar regeln. Insbesondere müsste hier der Zweck, zu dem Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG vorgenommen werden, bereicherspezifisch und präzise bestimmt sein. § 113b Nr. 1 TKG n.F. bestimmt für die auf Vorrat gespeicherten Daten nur pauschal, dass sie „zur Verfolgung von Straftaten“ verwendet werden dürfen. Schon im Volkszählurteil hat das BVerfG jedoch festgestellt, dass die Sammlung nicht anonymisierter Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken mit Grundsatz der engen und konkreten Zweckbindung nicht zu vereinbaren ist.¹³⁴ Die Regelung zur Vorratsdatenspeicherung wird diesem Erfordernis somit nicht gerecht.¹³⁵ Vielmehr wäre eine Umschreibung nötig, anhand derer sich eindeutig und unzweifelhaft die Straftatbestände ableiten lassen, die einen Datenzugriff rechtfertigen, eine katalogartige Aufzählung wie in § 100a StPO n.F. wird jedoch nicht unbedingt erforderlich sein.¹³⁶ Hier muss nun § 100g StPO n.F. als Begrenzung einbezogen werden, der die Erhebung der Verkehrsdaten durch die Strafverfolgungsbehörden nur vorsieht, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass eine Straftat von erheblicher

¹³¹ Siehe II. 1.

¹³² *Welp* NStZ 1994, 209, 212.

¹³³ Zur Verfassungsmäßigkeit der Vorratsdatenspeicherung selbst vgl. *Gola/Klug/Reif* NJW 2007, 2599, 2599f.; *Breyer* StV 2007, 214, 218 ff.; *Puschke/Singelnstein* NJW 2008, 113, 118 f.

¹³⁴ BVerfGE 65, 1, 46.

¹³⁵ *Gitter/Schnabel* MMR 2007, 411, 413 f.; *Puschke/Singelnstein* NJW 2008, 113, 118.

¹³⁶ *Breyer* StV 2007, 214, 217; *Gola/Klug/Reif* NJW 2007, 2599, 2599.

Bedeutung bzw. eine Straftat mittels Telekommunikation begangen wurde. Teilweise wird an der hinreichenden Bestimmtheit des Begriffs der „Straftat von erheblicher Bedeutung“ noch immer gezweifelt.¹³⁷ Der unbestimmte Rechtsbegriff ist jedoch inzwischen von Literatur und Rechtsprechung weitgehend präzise erfasst worden und auch vom BVerfG mit diesem Verständnis anerkannt, weshalb gegen ihn keine Bedenken bestehen.¹³⁸ Zu einer weiteren Konkretisierung führt, dass die Straftat nicht nur abstrakt, sondern auch im Einzelfall von erheblicher Bedeutung sein muss. § 100g StPO n.F. bestimmt folglich die Voraussetzungen und den Zweck, zu dem Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG vorgenommen und insbesondere die Vorratsdaten erhoben werden dürfen, hinreichend.

Fraglich ist jedoch, ob § 100g StPO n.F. auch den Umfang der Beschränkung klar bestimmt. Dies ist insoweit problematisch, als der Verweis auf die Verkehrsdaten nach § 96 Abs. 1 TKG zu einer nicht unerheblichen Ausweitung der Datenkategorien führt, die auf der Grundlage von § 100g StPO n.F. erhoben werden können. So werden nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 TKG insbesondere auch personenbezogene Berechtigungskennungen, also beispielsweise PIN-Nummern und PUK-Codes, erfasst, über welche die Strafverfolgungsbehörden mittelbar Zugriff auf Telekommunikationsinhalte erhalten.¹³⁹ Wenn die Norm also auch Inhaltsdaten erfasst, stellt sie jedoch keine bereichsspezifische Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung bloß der Verkehrsdaten dar.¹⁴⁰ Zudem erschließt sich die mögliche Erfassung der Inhaltsdaten für den Betroffenen nicht unmittelbar aus dem Verweis auf § 96 Abs. 1 TKG. Hinsichtlich der Bestimmtheit ist auch der Verweis auf den Auffangtatbestand des § 96 Abs. 1 Nr. 5 TKG problematisch. Für den einzelnen Kommunikationsteilnehmer ist hier nicht mehr absehbar, welche Daten die Strafverfolgungsbehörden in einigen Jahren aufgrund der technischen Weiterentwicklung über ihn erheben können. Soweit § 100g StPO n.F. also auch die personenbezogenen Berechtigungskennungen und den Auffangtatbestand des § 96 Abs. 1 Nr. 5 TKG mit einbezieht genügt die Vorschrift dem Bestimmtheitsgebot nicht.

bb) Verhältnismäßigkeit

Problematisch ist auch, ob § 100g StPO n.F. und insbesondere der damit verbundene Zugriff auf die Vorratsdaten verhältnismäßig ist. Dies ist nur der Fall, wenn mit der Erhebung der Verkehrsdaten ein legitimer Zweck verfolgt wird und die Verkehrsdatenerhebung zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(1) Legitimer Zweck

Ziel des Gesetzes vom 21. Dezember 2007¹⁴¹, durch das die Vorratsdatenspeicherung eingeführt und § 100g StPO n.F. umfassend geändert wurde, ist die Verfolgung von

schweren Straftaten.¹⁴² § 100g StPO n.F. konkretisiert dies dahingehend, dass die Erhebung der Verkehrsdaten zur Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung bzw. mittels Telekommunikation begangener Straftaten zulässig sein soll. An der Legitimität dieses Ziels lässt sich nicht zweifeln.

(2) Geeignetheit

In Frage zu stellen ist jedoch bereits die Geeignetheit der Erhebung der auf Vorrat gespeicherten Verkehrsdaten zur Verfolgung dieses Ziels. Denn durch das Datenvolumen, welches bei der verdachtsunabhängigen Speicherung sämtlicher Verkehrs- und Standortdaten entsteht, wird die Dauer des für die Erhebung notwendigen Suchlaufs stark erhöht bzw. eine angemessene Analyse der Daten unmöglich gemacht.¹⁴³ Dazu kommt, dass gerade potentielle Straftäter aus dem Umfeld schwerer Kriminalität zahlreiche Möglichkeiten haben, um einer Entdeckung durch Erhebung ihrer Verkehrsdaten zu entgehen. Sie verhindern die Verfolgbarkeit ihrer Telekommunikationsdaten beispielsweise durch Erwerb von Telefonkarten über Strohleute, Einsatz von Mobiltelefonen ausländischer Anbieter oder Nutzung von Internetcafes und Telefonzellen.¹⁴⁴ Soweit § 100g StPO n.F. also auch die Erhebung der nach § 113a TKG n.F. gespeicherten Daten gestattet, bestehen schon erhebliche Zweifel an der Geeignetheit zur Verfolgung von schweren Straftaten.

(3) Erforderlichkeit

Große Bedenken bestehen auch an der Erforderlichkeit eines Zugriffs auf die nach § 113a TKG n.F. gespeicherten Verkehrsdaten. Nicht erforderlich ist eine Regelung, wenn der Zweck durch ein gleich wirksames, aber weniger belastendes Mittel erreichbar wäre.¹⁴⁵ Schon nach § 100g StPO a.F. hatten die Strafverfolgungsbehörden jedoch Zugriff auf die Verbindungsdaten, die die Diensteanbieter zu Abrechnungszwecken speichern. Wie sich aus einer Studie des BKA vom November 2005 ergibt, waren fehlende Verkehrsdaten in nur 0,01 % der Fälle, von jährlich 2,8 Mio. unaufgeklärten Straftaten, die Ursache.¹⁴⁶ Die Erhebung der auf Vorrat gespeicherten Daten wird den Ermittlungsbehörden daher nur in einzelnen Fällen nützlich sein. Festgehalten werden muss zudem, dass sich behördliche Datenabfragen, wie Untersuchungen in Großbritannien und Schweden zeigen, zu 80 – 85 % auf die letzten drei Monate beziehen.¹⁴⁷ Es ist somit nicht erforderlich, dass die Behörden mit Hilfe von § 100g StPO n.F. sechs Monate rückwirkend auf die Daten zugreifen können.

Nicht in § 100g StPO n.F. aufgenommen wurde das vom Europarat-Übereinkommen über Computerkriminalität in Art. 16 Abs. 2 vorgesehene und in den USA seit länge-

¹³⁷ Breyer StV 2007, 214, 217.

¹³⁸ BVerfGE 103, 21, 34; Rieß GA 2004, 623, 641.

¹³⁹ Siehe V. 2. c) bb).

¹⁴⁰ Zöller GA 2007, 393, 400.

¹⁴¹ BGBl. I 2007, 3198 ff.

¹⁴² BT-Drucks. 16/5846, S. 22.

¹⁴³ Gitter/Schnabel MMR 2007, 411, 414; Westphal EuR 2006, 706, 714.

¹⁴⁴ Breyer StV 2007, 214, 218; Zöller GA 2007, 393, 411.

¹⁴⁵ Pieroth/Schlink, Grundrechte, 24. Aufl. (2008), § 6, Rn 285.

¹⁴⁶ Breyer StV 2007, 214, 218; Gitter/Schnabel MMR 2007, 411, 414.

¹⁴⁷ Gitter/Schnabel MMR 2007, 411, 414; Gola/Klug/Reif NJW 2007, 2599, 2600; Westphal EuR 2006, 706, 715.

rem praktizierte sog. „Quick-Freeze“ Verfahren, wobei die Daten nur bei dringendem Verdacht gespeichert werden.¹⁴⁸ Dieses Verfahren verspricht ähnliche Erfolgschancen, vermeidet jedoch einen Grundrechtseingriff für Millionen von Bürgern, so dass hierin ein milderer, gleich geeignetes Mittel zu sehen ist. § 100g StPO n.F. ist somit, insoweit er auch die Erhebung der Vorratsdaten gestattet, nicht erforderlich.

(4) Angemessenheit

Bezweifelt werden kann hier schließlich, ob der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel steht. Erforderlich ist hier eine Abwägung zwischen der Intensität des Eingriffs und der Wertigkeit des verfolgten Zwecks.

Die Beeinträchtigung des Fernmeldegeheimnisses durch die Erhebung der Verkehrsdaten nach § 100g StPO n.F. wiegt schwer. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass die fernvermittelte Kommunikation zunehmend unverzichtbarer Bestandteil in allen Lebensbereichen ist.¹⁴⁹ Zwar werden über § 100g StPO n.F. i.d.R. nur Verbindungsdaten und keine Inhaltsdaten übermittelt, gerade diese weisen jedoch auch einen besonderen Aussagegehalt auf, weshalb sie nicht weniger schutzwürdig sind als die Inhaltsdaten.¹⁵⁰ Auch bilden die durch den Verkehrsdatenabruf erlangten Erkenntnisse die Grundlage für weitere Ermittlungsmaßnahmen.¹⁵¹ Bedeutsam ist auch die große Streubreite der Maßnahmen nach § 100g StPO n.F., da sie neben den Zielpersonen notwendigerweise auch deren Kommunikationspartner erfassen, also Personen, die in keiner Beziehung zu dem Tatvorwurf stehen.¹⁵²

Dem stehen auf der Seite des verfolgten Zwecks die staatlichen Strafverfolgungsinteressen gegenüber. Diese besitzen nach dem BVerfG hohe verfassungsrechtliche Bedeutung.¹⁵³ Jedoch ist das Gewicht der Strafverfolgungsinteressen von der Schwere und Bedeutung der aufzuklärenden Straftat abhängig.¹⁵⁴ § 100g StPO n.F. dient der Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere der in § 100a Abs. 2 StPO n.F. genannten Straftaten. Damit wird verdeutlicht, dass Eingriffe nur bei Straftaten gerechtfertigt sind, denen der Gesetzgeber allgemein ein besonderes Gewicht beimisst.¹⁵⁵ Auch die mittels Telekommunikation begangenen Straftaten hat das BVerfG als Anordnungsvoraussetzung nicht beanstandet, da sich, indem er die Telekommunikationsanlage zum Tatmittel mache, der Anspruch des Beschuldigten auf Wahrung des Schutzes der Vertraulichkeit der Kommunikation mindere.¹⁵⁶ Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird hier zudem durch die Einführung einer strengeren Subsidiaritätsklausel Rech-

nung getragen. Für beide Fallgruppen verlangt das Gesetz darüber hinaus das Vorliegen eines konkreten Tatverdachts gegen den Beschuldigten, was ebenfalls entscheidend für das Gewicht des verfolgten Anliegens ist.¹⁵⁷ Beurteilt man also die Schwere des Eingriffs durch § 100g StPO n.F. nur anhand der Bedeutung der Verkehrsdaten und der Streubreite des Abrufs, wäre dies für sich allein genommen wohl noch durch den hohen Rang staatlicher Interessen an wirksamer Strafverfolgung gerechtfertigt.

Nicht berücksichtigt bleibt dabei aber die erhebliche Ausweitung der Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden durch die Zulässigkeit der Erhebung der Vorratsdaten, der Echtzeiterhebung und der Erhebung der stand-by Daten von Mobiltelefonen. So wird die Eingriffsintensität des § 100g StPO n.F. besonders dadurch verstärkt, dass er auch die Erhebung der nach § 113a TKG n.F. auf Vorrat gespeicherten Daten gestattet. Bei der Vorratsdatenspeicherung handelt es sich um eine verdachtslose Maßnahme, von der nahezu ausschließlich Personen betroffen sind, die den Eingriff in ihre subjektiven Rechte durch ihr Verhalten in keiner Weise veranlasst haben.¹⁵⁸ Zwar geht es hier nicht um die Verhältnismäßigkeit der Vorratsdatenspeicherung selbst, die Tatsache jedoch, dass ein umfassender Datenbestand ohne konkreten Anlass bevorratet wird, prägt auch das Gewicht der dadurch ermöglichten Verkehrsdatenabrufe.¹⁵⁹ Dies erklärt sich zum einen daraus, dass durch die Vorratsdatenspeicherung das Datenvolumen, auf das die Ermittlungsbehörden zugreifen können, erheblich ausgeweitet wird. Zudem können die Strafverfolgungsbehörden nun sechs Monate rückwirkend auf die Daten zugreifen. Vor allem erhöht sich aber angesichts der flächendeckenden Erfassung der Verkehrsdaten auch das Risiko des einzelnen Bürgers, zu Unrecht einer Straftat verdächtigt zu werden.¹⁶⁰ Bezieht man nun ein, dass § 100g StPO n.F. die Erhebung der Vorratsdaten nicht auf schwere Straftaten beschränkt, wie dies von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung vorgesehen ist, tritt die offensichtliche Unverhältnismäßigkeit zu Tage. Vor diesem Hintergrund wurde noch vor Inkrafttreten der Vorschrift teilweise gefordert, die Erhebung der Vorratsdaten auf Straftaten nach § 139 Abs. 3 StGB bzw. nach § 100a Abs. 2 StPO n.F. zu begrenzen.¹⁶¹ Eine Tendenz zeigt auch das BVerfG in seiner Entscheidung über den Eilantrag zur Aussetzung der Vorratsdatenspeicherung auf, in der es anordnet, die Vorratsdaten bis zur Entscheidung über die Hauptsache nur noch an die ersuchende Behörde zu übermitteln, wenn Gegenstand des Ermittlungsverfahrens gemäß der Anordnung des Abrufs eine Katalogtat i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO n.F. ist und die Voraussetzungen des § 100a Abs. 1 StPO n.F. vorliegen.¹⁶² Die Festbeschreibung bestimmter Taten im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO n.F. indiziert, dass der Gesetzgeber diesen eine besondere Bedeutung beimisst, so dass nur bei Vorliegen

¹⁴⁸ Siehe V. I. b).

¹⁴⁹ Gitter/Schnabel MMR 2007, 411, 414.

¹⁵⁰ Siehe III.

¹⁵¹ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 11.03.2008, Abs.-Nr. 157 = HRRS 2008 Nr. 261.

¹⁵² BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 11.03.2008, Abs.-Nr. 156 = HRRS 2008 Nr. 261.

¹⁵³ BVerfG NJW 2000, 55, 65.

¹⁵⁴ Welp, a.a.O. (Fn 17), S. 88.

¹⁵⁵ BVerfGE 107, 299, 322.

¹⁵⁶ BVerfG NJW 2006, 3197, 3198 = HRRS 2006 Nr. 617; Schenke AÖR 125 (2000), 1, 30.

¹⁵⁷ BVerfGE 107, 299, 322.

¹⁵⁸ Zöller GA 2007, 393, 412.

¹⁵⁹ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 11.03.2008, Abs.-Nr. 155 = HRRS 2008 Nr. 261.

¹⁶⁰ Breyer StV 2007, 214, 219.

¹⁶¹ Gitter/Schnabel MMR 2007, 411, 416; Gola/Klug/Reif NJW 2007, 2599, 2602.

¹⁶² BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 11.03.2008, L 1 = HRRS 2008 Nr. 261.

einer solchen Tat das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung die Beeinträchtigung durch Erhebung der Vorratsdaten überwiegen würde. § 100g StPO n.F. könnte damit nur als verhältnismäßig angesehen werden, wenn der Gesetzgeber die Erhebung der Vorratsdaten in Zukunft auf die Straftaten nach § 100a Abs. 2 StPO n.F. beschränkt.

Dies muss meiner Ansicht nach auch für die Zulässigkeit der Echtzeiterhebung der Verkehrsdaten gelten. Obwohl sogar die Vorgabe des Übereinkommens über Computerkriminalität es ermöglicht hätte, bleibt die Echtzeitausleitung der Verkehrsdaten nicht auf die Fälle nach § 100a StPO n.F. beschränkt. Dem Argument des Gesetzgebers, dies sei aufgrund der unterschiedlichen Eingriffsintensität der Maßnahmen nicht erforderlich,¹⁶³ kann angesichts der enormen Bedeutung und Verwendungsmöglichkeiten der Verkehrsdaten nicht gefolgt werden. Die Echtzeiterhebung ist nicht vergleichbar mit einer Auskunft über Verkehrsdaten, so dass sie nur unter den Voraussetzungen des § 100a StPO n.F. zugelassen werden kann.¹⁶⁴

In Bezug auf die Angemessenheit nicht unproblematisch ist auch die Möglichkeit, Standortdaten eines Mobiltelefons unabhängig von einer Verbindung zu erheben. Damit wird die Erstellung eines lückenlosen Bewegungsprofils möglich, es kann der gesamte Tagesablauf einer Person nachvollzogen werden. Zusätzlich muss mit einbezogen werden, dass bei Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung die Erhebung der Standortdaten sogar in Echtzeit zulässig ist. Dem Handy wird hier die Funktion eines Peilsenders zugesprochen, so dass es sich beim Einsatz eines Handys zur reinen Ortung um nichts anderes als eine kommunikationsunabhängige Observationsmaßnahme handelt, für die eine eigenständige Rechtsgrundlage notwendig wäre.¹⁶⁵ Die Erhebung der stand-by Daten geht damit weit über eine Verbindungsdatenauskunft hinaus, so dass diese Maßnahme nicht mehr verhältnismäßig i.e.S. ist.

Im Ergebnis muss festgehalten werden, dass § 100g StPO n.F., soweit er die Erhebung der nach § 113a TKG auf Vorrat gespeicherten Daten, die Erhebung der Verkehrsdaten in Echtzeit und die Erhebung der stand-by Daten zulässt, nicht angemessen ist.

¹⁶³ BT-Drucks. 16/5846, S. 50.

¹⁶⁴ Eckhardt CR 2007, 336, 341.

¹⁶⁵ Demko NStZ 2004, 57, 63; Wohlers/Demko StV 2003, 241, 247.

c) Ergebnis

§ 100g StPO n.F. ist mithin in seiner jetzigen Fassung materiell verfassungswidrig. Er hat die Eingriffsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden erheblich intensiviert, was auch die Strafverfolgungsinteressen nicht zu rechtfertigen vermögen.

VI. Fazit

Unter dem Deckmantel der Schaffung eines harmonischen Gesamtsystems der strafprozessualen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen verbirgt das zu Beginn des vergangenen Jahres in Kraft getretene „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“ eine erhebliche Ausweitung der Befugnisse zur Telekommunikationsüberwachung und stellt einen weiteren Schritt in Richtung Überwachungsstaat dar. Besonders deutlich zeigt sich dies an § 100g StPO n.F., der umfassend neu gefasst wurde und nun als allgemeine Befugnis zur Erhebung der Verkehrsdaten ausgestaltet ist. Die Vorschrift ist insbesondere vor dem Hintergrund der Vorratsdatenspeicherung erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Es ist eben ein Unterschied, ob eine gegebene Erkenntnisquelle für eine strafrechtliche Untersuchung ausgeschöpft wird, oder Verhältnisse geschaffen werden sollen, die die Kontrolle der Bürger erst ermöglichen. Insgesamt ist die Ausweitung der Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden zur Verkehrsdatenerhebung Ausdruck eines verfehlten Sicherheitsstrebens, das den Schutz der Verkehrsdaten und damit des Fernmeldegeheimnisses immer mehr aushöhlt. Noch deutlicher wurde schon im Jahre 2002 Jutta Limbach, die ehemalige Präsidentin des BVerfG in einer Rede, in der sie sagte: „Eine demokratische politische Kultur lebt von der Meinungsfreiheit und dem Engagement der Bürger. Das setzt Furchtlosigkeit voraus. Diese dürfte allmählich verloren gehen, wenn der Staat seine Bürger biometrisch vermisst, datenmäßig durchrastert und seine Lebensregungen elektronisch verfolgt.“¹⁶⁶

¹⁶⁶ Ist die kollektive Sicherheit Feind der individuellen Freiheit? Rede vom 10. Mai 2002, http://www.zeit.de/reden/deutscheinnenpolitik/200221_limbach_sicherheit?page=4.

Schrifttum

Hans Achenbach / Andreas Ransiek (Hrsg.): Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 1303 Seiten, C.F. Müller, 2. Aufl. Heidelberg 2008.

1. Es braucht keine hellseherischen Gaben, um vorauszusagen, dass die im Zuge der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise in Gang gesetzte Rückkehr des Staates in den Markt auf kurz oder lang auch das Strafrecht erreichen wird. Erste Rufe nach einem verschärften Einsatz des Strafrechts sind erklingen und haben bereits Kritik seitens der Strafrechtswissenschaft erhalten. Ein Beispiel hierfür sind die Vorschläge von Altbundeskanzler *Helmut Schmidt* zur Eindämmung der „Spekulation“ auf den Finanzmärkten (Die Zeit v. 15.01.2009). Vier von sechs Vorschlägen sehen vor, bestimmte Verhaltensweisen „unter Strafe“ zu stellen, u.a. das Tätigen von Geschäften außerhalb der Bilanz, der Handel mit nicht an einer Wertpapierbörse zugelassenen Finanzinstrumenten oder der Verkauf von Finanzinstrumenten, die dem Verkäufer nicht gehören. *Lüderssen* demgegenüber fordert eine genaue „Rechtsfolgenabschätzung“ der Neukriminalisierungen ein und warnt vor der (trügerischen) „Bequemlichkeit“ einer obrigkeitlichen Zwangsausübung durch Strafrecht (FAZ v. 19.01.2009, S. 10). Gleichwohl oder gerade mit Blick auf den drohenden Einsatz des Strafrechts lohnt der Blick auf die bisherigen Grundprinzipien des Strafrechts im Bereich des Wirtschaftslebens. Das nunmehr in zweiter Auflage von *Hans Achenbach* und *Andreas Ransiek* herausgegebene *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* begünstigt dieses Unternehmen in vorbildlicher Weise. Die Neuauflage des „Achenbach/Ransiek“ ist im Umfang zur Erstauflage aus dem Jahr 2004 leicht gewachsen und versammelt nun 50 Beiträge von 29 Experten aus Lehre und Praxis des Wirtschaftsstrafrechts. Die Fülle der behandelten wirtschaftsstrafrechtlichen Themen ist beeindruckend: Sie reicht von den allgemeinen Vermögensdelikten wie Betrug und Untreue, den Spezialtatbeständen des StGB (wie etwa die Insolvenzdelikte nach §§ 283 ff. StGB), über außer- und nebenstrafrechtliche Vorschriften (z.B. aus HGB, AktG, GmbHG oder WpHG) bis hin zu Bußgeldtatbeständen wie etwa nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Ausgeklammert bleiben allein die eigenständig zu behandelnden Bereiche Steuerstrafrecht und Umweltstrafrecht (zu Letzterem neuestens *Saliger*, Umweltstrafrecht, 2009, i.E.). Diese Bandbreite zwingt den Rezensenten zu Beschränkungen, weswegen sich die Besprechung auf einige Schlaglichter zu den Grundprinzipien eines Wirtschaftsstrafrechts konzentriert.

a) Ein von Hause aus problematischer Punkt des Wirtschaftsstrafrechts betrifft dessen Begriffsbildung. In eini-

gen Bereichen hat die wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Aufweichung der normativen Anforderungen strafgesetzlich bestimmter Begriffsbildung geführt. Eines der Beispiele ist die von der Rechtsprechung entwickelte und mittlerweile auch in weiten Teilen der Literatur anerkannte Rechtsfigur des faktischen Organs. Nach dieser Konzeption können auch denjenigen Pflichten eines Organs, etwa des Geschäftsführers, treffen, der zwar nicht förmlich bestellt ist, der aber gleichwohl im Einverständnis der Gesellschafter maßgebliche geschäftsführende Funktionen tatsächlich ausübt (grundlegend BGHSt 3, 32 [GmbH], 21, 101 [AG]). Die Bearbeitung der gesellschaftsrechtlichen Bilanz-, Prüfer- und Falschangabedelikte von *Ransiek* (Kap. VIII 1–3, S. 675 ff.) zeichnet sich in der Bearbeitung dieses Themas durch eine bemerkenswerte Prinzipientreue aus. *Ransiek* lehnt die Lehre vom „faktischen Organ“ ab, da er in deren Einsatz einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG ansieht (Kap. VIII 1, Rn. 22 ff., insb. 26 [Bilanzdelikte, etwa § 331 HGB]; ebenso Kap. VIII 2, Rn. 11 und Kap. VIII 3, Rn. 11). Er kann sich dabei auf beachtliche Gründe stützen. So vernachlässigt diese Lehre die in vielen Delikten tatbestandlich vorgesehene Beschränkung auf einen bestimmten Täterkreis (sog. Sonderdelikte). Dass damit sowohl das formell bestellte, aber wirtschaftlich-machtlose Organ als auch das nicht-formell bestellte, faktische Organ strafrechtlich zu Verantwortung gezogen wird, bedeutet eine Ausweitung der Strafbarkeit und stellt die ursprüngliche Anlage als Sonderdelikt – wie *Ransiek* zu Recht bemerkt – „auf den Kopf“ (Kap. VIII 1, Rn. 28; zur allgemeinen Bedeutung des Bestimmtheitsgebots für das Verhältnis von Gesellschafts- und Strafrecht s. auch *Ransiek*, Kap. VIII 3, Rn. 2 f.; VIII 1, Rn. 6 ff.).

b) Ein fast notorischer Kandidat mangelnder Bestimmtheit ist die Strafvorschrift der Untreue gemäß § 266 StGB. Als zunehmend „alles überstrahlende[s] Universaldelikt“ (Rn. 201) wird der Untreuetatbestand mit großer Sicherheit auch im Rahmen der strafrechtlichen Aufarbeitung der Wirtschafts- und Finanzkrise eine herausragende Bedeutung einnehmen. Die umfangreiche Bearbeitung von *Seier* (Kap V 2, S. 366–457) zeichnet sich dadurch aus, dass sie einen deutlichen Schwerpunkt auf die fallgruppenorientierte Darstellung legt („Lexikon besonderer Untreue-Konstellationen im Wirtschaftsleben“, Rn. 207–364; ähnlich MüKo-Dierlamm, § 266 StGB, Bd. 4, 2006, Rn. 200–233). Entsprechend differenziert *Seier* unter anderem nach Gesellschaftsformen (z.B. AG Rn. 217 ff.), Berufsgruppen (z.B. Ärzte Rn. 247 ff.), Wirtschaftsbereichen (z.B. Bauwirtschaft, Rn. 263 ff.) und Geschäftsformen (z.B. Risikogeschäfte Rn. 339 ff.). Die Probleme des Untreuetatbestandes sind bekannt und

gehen weit über die häufig beklagte Unbestimmtheit des Tatbestandes hinaus (Nachw. bei *Seier*, Rn. 19). Strukturelle Probleme gibt es etwa im – in der Praxis häufig vernachlässigten – „Zurechnungszusammenhang“ zwischen Pflichtverletzung (Missbrauch oder Treubruch) und Schaden bzw. Vermögensnachteil (Kap. V 2, Rn. 196 ff.). *Seier* unterscheidet hier Fragen der Kausalität, des Pflichtwidrigkeits- und Schutzzweckzusammenhangs sowie der Unmittelbarkeit (zur restringierenden Bedeutung einer objektiven Zurechnung bei der Untreue s. auch *Saliger*, HRRS 2006, 10 [21 ff.]). Nicht nur, dass der Schaden auf die Pflichtverletzung „rückführbar“ sein müsse (Rn. 197) und sich Rückschlüsse vom Schaden auf die Pflichtverletzung verbieten (Rn. 196; kritisch zu dieser häufigen Praxis *Saliger*, aaO., 14). Die vom Täter verletzte Verhaltensnorm müsse auch auf den Schutz des Vermögens des Geschädigten angelegt sein, wodurch *Seier* insbesondere nicht-vermögensbezogene Treupflichten, etwa aus § 30 OWiG, aus der Untreue ausklammern möchte (Rn. 200). Ein weiteres Problem der Untreue betrifft die Anforderungen an den Vermögensnachteil bzw. Schaden und hier insbesondere die „in geradezu inflationärer Weise eingesetzt[e]“ (Rn. 183) Rechtsfigur der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung. Neben der Diskussion um die objektive Schadensberechnung eines Gefährdungsschadens (Rn. 183) gibt es neuerdings eine Kontroverse um die subjektive Tatseite einer Vermögensgefährdung (Rn. 184 ff.). Ausgehend von der Kanther-Entscheidung des BGH (BGHSt 51, 100) stellt sich die Frage, ob der Untreuevorsatz nicht nur die Gefährdung umfassen muss, sondern auch die realisierte Gefahr, also den Schaden (BGH, NJW 2007, 1760; s. hierzu auch die Stellungnahmen von *Nack*, StraFo 2008, 277 ff.; *Fischer*, StraFo 2007, 269 ff.). Zwar ist diese Entwicklung in seiner strafbarkeitseinschränkenden Stoßrichtung zu begrüßen, doch bleibt mit *Seier* zu fordern, die vom BGH eingeforderten Restriktionen „generell schon in die objektive Schadensbeurteilung“ einzubeziehen (Rn. 186).

c) Neue Kriminalisierungen sind in vielen Bereichen zu verzeichnen und weiter zu befürchten. Eine Neuerung, die ihren Ursprung schon vor der Wirtschafts- und Finanzkrise hatte, ist im Bilanzstrafrecht zu verzeichnen. Hier wurde vor zwei Jahren nach US-amerikanischem Vorbild und aufgrund einer europäischen Richtlinie eine neue Strafvorschrift in das HGB eingeführt (§ 331 Nr. 3a HGB), die u.a. die Abgabe einer unrichtigen Versicherung über die Richtigkeit des Jahresabschlusses unter Strafe stellt (*Ransiek*, Kap. VIII 1, Rn. 60a–60b; Übersicht bei *Ziemann*, wistra 2007, 292 ff.). Man mag dem sog. „Bilanzzeit“ mit Blick auf die übrigen Strafvorschriften des § 331 HGB wohl zu Recht eine nur geringe praktische Relevanz zusprechen (*Ransiek* Rn. 60b), doch könnte die Vorschrift wegen ihrer transatlantischen Entstehungsgeschichte (Sarbanes-Oxley-Act/EU-Transparenzrichtlinie) und wegen ihrer betont symbolgesetzlichen Ausrichtung zu einem Musterfall zukünftiger Wirtschaftsstrafgesetzgebung werden (hierzu auch *Hefendehl*, in: FS Tiedemann, 2008, S. 1065 ff., der die Einführung des Bilanzzeit – in kritischer Absicht – auf eine „Amerikanisierung der Kriminalpolitik“ und symbolische Gesetzgebungspolitik zurückführt [aaO., 1083 f.]).

d) Eine weitere, derzeit in Planung befindliche Neukriminalisierung betrifft dagegen die Strafvorschrift der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 StGB, die von *Rönnau* in einem mit „Wirtschaftskorruption“ überschriebene Abschnitt bearbeitet wird (Kap. III 2, S. 76–126). Der Sache nach erfasst § 299 StGB die Annahme oder Gewährung eines Vorteils als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb (Rn. 27 ff.). Die geplante Neukriminalisierung (Gesetzesentwurf der BReg, BT-Drucks. 16/6558), die der Umsetzung europäischer und internationaler Vorgaben dient, will auch solche Fälle erfassen, in denen der Vorteil als Gegenleistung für eine „Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherrn“ dient (Rn. 65). Diese Erweiterung ist nicht nur deliktssystematisch zweifelhaft, da sie der Angestelltenbestechung einen „untreueähnlich[en] Charakter“ gibt (zutreffend *Rönnau*, Rn. 67); sie ist auch kriminalpolitisch problematisch, da sie die Strafbarkeit auch auf Verletzungen von Nebenpflichten und nicht-vermögensbezogene Pflichten erweitert, deren Strafwürdigkeit nicht ohne Weiteres einleuchtet (Rn. 68 f.). Einen Wertungswiderspruch bedeutet es schließlich, wenn durch die Neuregelung auch „Vorbereitungshandlungen zur Untreue“ unter Strafe gestellt werden, die würde man sie als versuchte Untreue ansehen, straflos wären (Rn. 69; ebenso jüngst *Lüderssen*, FS Tiedemann, 2008, S. 889 [891]).

e) Der durch *Salvenmoser* und *Schreier* bearbeitete Abschnitt zum Thema „Private Ermittlungen“ (Kap. XV, S. 1229–1270) ist eine der Neuerungen der 2. Auflage und versteht sich als eine Reaktion auf den zunehmenden Einsatz privater Ermittler zur Ermittlung von Wirtschaftsstraftaten. Mit der Etablierung sog. „Forensic Services“-Abteilungen haben sich Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer ein neues Betätigungsfeld erschlossen, das angesichts des vielerorts zu beobachtenden Misstrauens in die Effektivität der Strafverfolgungsbehörden ein Wachstumsmarkt ist. So sind laut einer von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PricewaterhouseCoopers in Zusammenarbeit mit der Universität Halle-Wittenberg durchgeführten Studie über „Wirtschaftskriminalität 2005“ nur 27% der deutschen Unternehmen mit der Arbeit der Strafverfolgungsbehörden zufrieden (Nachw. bei *Salvenmoser/Schreier*, Kap. XV, S. 1229 ff., Rn. 1 mit Fn. 5). Die Behandlung des Themas ist also gut begründet, wenngleich die Umsetzung an einigen Stellen – zugegebenermaßen nicht immer unvermeidlich – stark kompilatorische Züge trägt (etwa bei den materiell-strafrechtlichen Grenzen der privater Ermittlungstätigkeit, Rn. 37 ff.). Sehr informativ ist dagegen die Übersicht einzelner Ermittlungshandlungen, angefangen von der Informationsbeschaffung aus öffentlichen Quellen über die Auswertung des E-Mail-Verkehrs bis hin zur Videoüberwachung (Rn. 73 ff.).

2. Die vorstehend gemachten Ausführungen konnten zwar nur wenige Schlaglichter setzen, geben aber doch einen Eindruck vom Grundton der verschiedenen Bearbeitungen. Das *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* will nicht nur konsultativ zur Hand genommen werden, sondern ermöglicht und verlangt an vielen Stellen auch strafrechtsdogmatische Grundlagenarbeit, wobei auch straf-

rechtskritischen Positionen Gehör verschafft wird (siehe z.B. *Ransiek* zum faktischen Organ und *Seier* zur Untreue). Wie bereits zur Voraufgabe bemerkt, verzichtet das *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* auf einen Allgemeinen Teil des Wirtschaftsstrafrechts. Allenfalls in der Bearbeitung *Achenbachs* über „Zurechnung unternehmensbezogenen Handelns“ (*Achenbach*, Kap. I 3, S. 3–37) finden sich solche allgemeinen Ausführungen. Die Gründe hierfür mögen gut überlegt sein, sollten aber mit Blick auf die zunehmende Zerfaserung der Rechtsmaterie Wirtschaftsstrafrecht und dem damit verbundenen Bedürfnis

nach themenübergreifenden Grundsätzen rechtsstaatlicher Wirtschaftsstrafgesetzgebung noch einmal überdacht werden. Eine sinnvolle und praxisbezogene Ergänzung könnte hier in einem Beitrag zur Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen liegen, der sich mittlerweile eigene Handbücher widmen (etwa *Volk* [Hrsg.], *Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen*, 2006).

Dr. **Sascha Ziemann**, Frankfurt am Main

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-straftrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

226. BGH 1 StR 158/08 - Urteil vom 14. Januar 2009 (LG Münster)

BGHSt; Wesen des militärischen Dienstes und sozialwidrige Behandlungen von Untergebenen in der Bundeswehr; entwürdigende Behandlung von Untergebenen in der Bundeswehr bei „Geiselnahmeübungen“; Irrtum eines Untergebenen in der Bundeswehr über die Rechtmäßigkeit seines Handelns (gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften oder rechtmäßiger Befehl; Schuldausschließungsgrund des § 5 Abs. 1 WStG: offensichtlich); Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum; gefährliche Körperverletzung; Zurechnung bei der Mittäterschaft; Schutz der Menschenwürde und Einwilligung. § 30 Abs. 1 WStG; § 31 Abs. 1 WStG; § 5 Abs. 1 WStG; § 16 Abs. 1 StGB; § 17 StGB; § 224 StGB; § 223 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; Art. 1 GG

227. BGH 1 StR 354/08 - Beschluss vom 5. Februar 2009

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

228. BGH 1 StR 399/08 - Urteil vom 13. Januar 2009 (LG Nürnberg)

Unbegründete Revision der Staatsanwaltschaft.
§ 349 StPO

229. BGH 1 StR 470/08 - Beschluss vom 14. Januar 2009 (LG Bochum)

Bestechung; Amtsträgereigenschaft (Durchführung einer medizinisch-psychologischen Prüfung für die Fahrerlaubniserteilung; medizinisch-psychologische Begutachtungsstelle für die Fahreignung; sonstige Stelle); Bestech-

lichkeit im geschäftlichen Verkehr; Grenzen der Bindung an eine zugesagte Strafobergrenze (Vertrauensschutz; Hinweispflicht; Recht auf ein faires Verfahren).

Art. 6 EMRK; § 334 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 66 FeV; § 299 StGB

230. BGH 1 StR 554/08 - Urteil vom 14. Januar 2009 (LG Münster)

Wesen des militärischen Dienstes und sozialwidrige Behandlungen von Untergebenen in der Bundeswehr; entwürdigende Behandlung von Untergebenen in der Bundeswehr bei „Geiselnahmeübungen“; Irrtum eines Untergebenen in der Bundeswehr über die Rechtmäßigkeit seines Handelns (gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften oder rechtmäßiger Befehl; Schuldausschließungsgrund des § 5 Abs. 1 WStG: offensichtlich); Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum; gefährliche Körperverletzung; Zurechnung bei der Mittäterschaft; Schutz der Menschenwürde und Einwilligung. § 30 Abs. 1 WStG; § 31 Abs. 1 WStG; § 5 Abs. 1 WStG; § 16 Abs. 1 StGB; § 17 StGB; § 224 StGB; § 223 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; Art. 1 GG

1. Der Irrtum eines Untergebenen in der Bundeswehr, sein Verhalten sei durch gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften oder einen rechtmäßigen Befehl gerechtfertigt, unterfällt dem besonderen Schuldausschließungsgrund des § 5 Abs. 1 WStG.

2. Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als Mittäter begeht, ist nach den gesamten Umständen des konkreten Falles in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte hierfür sind der Grad des eigenen Tatinteresses

ses, der Umfang der Tatbeteiligung sowie die Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille hierzu, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen (st. Rspr. - vgl. nur BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 13 m.w.N.). Zwar haftet jeder Mittäter für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines - zumindest bedingten - Vorsatzes, ist also für den Erfolg nur insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht, so dass ihm ein Exzess der anderen nicht zur Last fällt. Jedoch werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Einzelfalles gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er diese sich nicht besonders vorgestellt hat. Ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seiner Tatgenossen gleichgültig ist (vgl. BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 32 m.w.N.). Dabei kann bei einem mehraktigen Geschehen Täter auch derjenige sein, welcher nicht sämtliche Akte selbst erfüllt. Es genügt, wenn er auf der Grundlage gemeinsamen Wollens einen die Tatbestandsverwirklichung fördernden Beitrag leistet (vgl. BGHR StGB § 25 Abs. 2 Willensübereinstimmung 3). (Bearbeiter)

3. Der Begriff der Misshandlung des § 30 WStG setzt ebenso wie der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB eine üble und unangemessene Einwirkung auf den Körper des Verletzten voraus, die dessen körperliches Wohlbefinden mehr als bloß unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 14, 269, 271). Die Beurteilung der Erheblichkeit bestimmt sich dabei nach der Sicht eines objektiven Betrachters - nicht nach dem subjektiven Empfinden des Betroffenen - und richtet sich insbesondere nach Dauer und Intensität der störenden Beeinträchtigung. (Bearbeiter)

4. Ob eine üble, unangemessene, sozialwidrige Behandlung gegeben ist, entscheidet sich nach dem Wesen des militärischen Dienstes, der seiner Natur nach hohe körperliche Anforderungen an den Soldaten stellt. Mutet ein Vorgesetzter im Rahmen seiner allgemeinen Befugnisse und zu Zwecken der Ausbildung einem Soldaten besondere Anstrengungen zu und verstößt er dabei nicht offensichtlich gegen gesetzliche Bestimmungen, rechtmäßige Dienstvorschriften und Befehle, so fehlt es an einer Misshandlung (BGHSt 14, 269, 271). (Bearbeiter)

5. Erkennt der Untergebene die Strafrechtswidrigkeit des Befehls nicht, beurteilt er sie unzutreffend oder hat er insoweit Zweifel, so handelt er nur dann schuldhaft, wenn die Strafrechtswidrigkeit nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist. § 17 StGB ist im Rahmen des § 5 WStG angesichts der ausdrücklichen Regelung der militärischen Befehlsverhältnisse nicht anwendbar (BGHSt 5, 239, 244; 22, 223, 225 [zu § 47 MStGB]). (Bearbeiter)

6. Der Begriff „offensichtlich“ ist objektiv zu verstehen. Er umfasst das, was jedermann ohne weiteres Nachdenken erkennt, was jenseits aller Zweifel liegt (vgl. BGHR WStG § 5 Abs. 1 Schuld 2). Abzustellen ist damit auf die Erkenntnisfähigkeit eines gewissenhaften, pflichtbewussten Durchschnittsoldaten. Beurteilungsgrundlage für diesen sind allerdings die dem Täter subjektiv bekannten Umstände - und zwar nicht nur die allgemeinen Tatumstände, sondern alle für die Beurteilung des Sachverhalts

bedeutsamen Umstände - wie etwa die Kenntnis von vorangegangenen Ereignissen, von Befehlen, Belehrungen, Dienstvorschriften und dergleichen. Auch wenn einem Untergebenen regelmäßig keine Sachverhaltsprüfungspflicht obliegt (vgl. BGHR WStG § 5 Abs. 1 Schuld 2) und er grundsätzlich zu unverzüglichem Gehorsam verpflichtet ist, so muss er dennoch Gegenvorstellung erheben oder den Gehorsam verweigern, wenn er aufgrund der ihm bekannten Umstände der Überzeugung ist oder er ohne den berechtigten Vorwurf der Rechtsblindheit die Überzeugung haben müsste, dass der Befehl strafrechtswidrig ist. (Bearbeiter)

7. Entwürdigende Behandlung ist jedes Verhalten eines Vorgesetzten gegenüber einem Untergebenen, das dessen Stellung als freie Persönlichkeit nicht unerheblich in Frage stellt, das die Achtung nicht unerheblich beeinträchtigt, auf die der Untergebene allgemein als Mensch in der sozialen Gesellschaft und im besonderen als Soldat innerhalb der soldatischen Gemeinschaft Anspruch hat. Der Untergebene darf keiner Behandlung ausgesetzt werden, die ihn zum bloßen Objekt degradiert und seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt (BayObLG NJW 1970, 769, 770). Ob eine entwürdigende Behandlung vorliegt, beurteilt sich, wenn die Handlung nicht bereits wegen ihres absolut entwürdigenden Charakters unter § 31 Abs. 1 WStG fällt, aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Tatumstände (BayObLG NJW 1970, 769, 770). (Bearbeiter)

8. Eine Einwilligung in eine entwürdigende Behandlung hat zu den §§ 30, 31 WStG keine rechtfertigende Wirkung. (Bearbeiter)

9. An die Bewertung der Einlassung eines Angeklagten sind die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die Beurteilung von Beweismitteln. Der Tatrichter darf diese seiner Entscheidung nur dann zu Grunde legen, wenn er in seine Überzeugungsbildung auch die Beweisergebnisse einbezogen hat, die gegen die Richtigkeit der Einlassung sprechen können (vgl. BGH NJW 2006, 522, 527). Das Tatgericht ist nicht gehalten, entlastende Einlassungen der Angeklagten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine Beweise gibt, den Urteilsfeststellungen ohne weiteres als unwiderlegbar zugrunde zu legen. Der Tatrichter hat nach ständiger Rechtsprechung vielmehr auf der Grundlage des gesamten Beweisergebnisses zu entscheiden, ob derartige Angaben geeignet sind, seine Überzeugungsbildung zu beeinflussen (vgl. BGHSt 34, 29, 34; BGH NJW 2007, 2274; Senat, Urt. vom 1. Juli 2008 - 1 StR 654/07). (Bearbeiter)

10. § 30 WStG kann mit § 224 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen. § 30 WStG geht nur § 223 StGB vor, enthält aber keine alle Körperverletzungsdelikte ausschließende Sonderregelung (vgl. BGH NJW 1970, 1332 zu § 226 StGB aF).

231. BGH 1 StR 618/08 - Beschluss vom 22. Januar 2009 (LG Augsburg)

Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (neue Tatsachen aus dem Vollzug; erforderliche Erheblichkeit).

§ 66b StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

232. BGH 1 StR 662/08 - Beschluss vom 20. Januar 2009 (LG Mosbach)

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

233. BGH 1 StR 664/08 - Beschluss vom 17. Dezember 2008 (LG Nürnberg)

Vertyppter Milderungsgrund des Täter-Opfer-Ausgleichs (kommunikativer Prozess; keine Anwendung auf die reine Abgeltung von Schadensersatzansprüchen).
§ 46a StGB; § 46 StGB

234. BGH 1 StR 666/08 - Beschluss vom 3. Februar 2009 (LG Rottweil)

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

235. BGH 1 StR 687/08 - Beschluss vom 3. Februar 2009 (LG München)

Abfassung der Urteilsgründe.
§ 267 StPO

236. BGH 1 StR 697/08 - Beschluss vom 5. Februar 2009 (LG München)

Keine Einsicht in das „Senatsheft“ im Revisionsverfahren und für die Anhörungsrüge (Akteneinsichtsrecht).
§ 147 StPO; § 356a StPO

237. BGH 1 StR 722/08 - Beschluss vom 21. Januar 2009 (LG Karlsruhe)

BGHR; Überzeugungsbildung (ausreichendes Ergebnis einer DNA-Analyse zur Tatortspur des Angeklagten; Berechnungsdarstellung).
§ 261 StPO

238. BGH 1 StR 727/08 - Beschluss vom 21. Januar 2009 (LG München)

Bandenmäßige Geldfälschung (besonderes persönliches Merkmal der Bandenmitgliedschaft).
§ 146 Abs. 2 StGB; § 28 Abs. 2 StGB

239. BGH 1 StR 727/08 - Beschluss vom 17. Februar 2009 (LG München)

Berichtigungsbeschluss.
§ 267 StPO

240. BGH 1 ARs 2/09 - Beschluss vom 21. Januar 2009 (BGH)

Anfrageverfahren; kein Härteausgleich bei der Strafzumessung in Fällen, in denen eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung mit Strafen aus ausländischen Verurteilungen nicht vorgenommen werden kann.
§ 55 StGB

241. BGH 1 ARs 3/2008 (1 BGs 20/2009) – Beschluss des Ermittlungsrichters vom 20. Februar 2009

Beweisantragsrecht der Minderheit in Untersuchungsausschüssen (Antrag auf Entscheidung: Zulässigkeit; BND-Untersuchungsausschuss; Begriff des Beweisantrages und Prüfung der Ablehnungsgründe: Unzulässigkeit, Unerreichbarkeit; Antrag auf Beiziehung von Unterlagen der Bundesregierung zu Mitteilungen eines BND-Mitarbeiters).

Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG; § 17 PUAG; § 18 PUAG; § 244 Abs. 3 StPO

242. BGH 2 StR 383/08 - Beschluss vom 19. Dezember 2008 (LG Gera)

Schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (Eindringen in den Körper; Ejakulation in den Mund des Tatopfers; sexuelle Handlung mit Körperkontakt).
§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 184g StGB

243. BGH 2 StR 401/08 - Beschluss vom 19. Dezember 2008 (LG Frankfurt)

Vorwegvollzug der Freiheitsstrafe vor der Maßregel (Bemessung nach der Halbstrafe).
§ 67 Abs. 2, Abs. 5 StGB

244. BGH 2 StR 412/08 - Beschluss vom 28. Januar 2009 (LG Köln)

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

245. BGH 2 StR 479/08 - Beschluss vom 12. Dezember 2008 (LG Gera)

Unbegründete Befangenheitsrügen (gesetzlicher Richter; Willkür; absoluter Revisionsgrund: Prüfung nach Beschwerdegundsätzen); Verfall von Wertersatz (Härtefallregelung; unbillige Härte; Ermessensausübung).
Art. 6 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 StPO; § 73c StGB; § 73a StGB

246. BGH 2 StR 481/08 - Beschluss vom 17. Dezember 2008 (LG Bonn)

(Versuchte) Vergewaltigung einer Prostituierten; Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung (Warnfunktion).
§ 177 StGB; § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB

247. BGH 2 StR 511/08 - Urteil vom 28. Januar 2009 (LG Gießen)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Vollstreckungslösung; überlange Verfahrensdauer).
Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB; § 51 StGB

248. BGH 2 StR 531/08 - Urteil vom 28. Januar 2009 (LG Frankfurt am Main)

Rüge der rechtsfehlerhaften Beweiswürdigung (vom Verteidiger vorgetragene Einlassung des Angeklagten; Zweifelssatz).
§ 261 StPO

249. BGH 2 StR 541/08 - Beschluss vom 9. Januar 2009 (LG Gera)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (lückenhafte; Würdigung der Aussagen von Mitangeklagten bei Aussage gegen Aussage); Unterschlagung.
§ 246 StGB; § 261 StPO

250. BGH 2 StR 541/08 – Beschluss vom 9. Januar 2009 (LG Gera)

Vortäuschen einer Straftat; wirksamer Rechtsmittelverzicht (behaupteter Irrtum über die Tragweite der Erklärung); mangelnde Verwerfungskompetenz des mit der Revision angegriffenen Gerichts; Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.
§ 145d StGB; § 302 StPO; § 346 Abs. 2 StPO

251. BGH 2 StR 544/08 - Beschluss vom 4. Februar 2009 (LG Wiesbaden)

Festsetzung einer Einzelstrafe in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO.
§ 354 Abs. 1 StPO

252. BGH 2 StR 554/08 - Beschluss vom 6. Februar 2009 (LG Koblenz)

Fortwirkende Bestellung eines Beistands der Nebenklägerin.
§ 397a Abs. 1 StPO

253. BGH 2 StR 565/08 - Beschluss vom 14. Januar 2009 (LG Darmstadt)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (hirnorganische Erkrankung mit der Folge unkontrollierter Wut; erheblich verminderte oder vollständig aufgehobene Steuerungsfähigkeit; Teppichreparateur-Fall).
§ 63 StGB; § 21 StGB; § 20 StGB

254. BGH 2 StR 586/08 - Beschluss vom 4. Februar 2009 (LG Trier)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (erkennbare Ermessensausübung); Verfall von Wertersatz (teilweises Absehen von der Anordnung bei unbilliger Härte).
§ 64 StGB; § 73a StGB; § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB

255. BGH 2 ARs 547/08 / 2 ARs 324/08 - Beschluss vom 28. Januar 2009

Voraussetzung der Zuständigkeitsbestimmung durch den BGH (bestehender Streit über die Zuständigkeit).
§ 14 StPO; § 15 StPO

256. BGH 4 StR 196/08 - Beschluss vom 13. Januar 2009 (LG Bochum)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

257. BGH 4 StR 272/08 - Beschluss vom 7. Oktober 2008 (LG Gera)

Verwertung der Erkenntnisse aus der Telekommunikationsüberwachung (Verlesung von Niederschriften); vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs (Schluss auf die Fahruntüchtigkeit bei Drogenkonsum und bei Fahrfehlern im Zusammenhang mit überhöhter Geschwindigkeit).
§ 100a StPO; § 261 StPO; § 315c Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 3 Nr. 1 StGB

258. BGH 4 StR 300/08 - Beschluss vom 14. Januar 2009 (LG Bielefeld)

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

259. BGH 4 StR 429/08 - Beschluss vom 14. Januar 2009 (LG Saarbrücken)

Verfahrenseinstellung.
§ 154 Abs. 2 StPO

260. BGH 4 StR 455/08 - Urteil vom 18. Dezember 2008 (LG Arnsberg)

Gebotenheit einer qualifizierten Belehrung nach Belehrungsverstoß bei der Vernehmung eines Beschuldigten (wirksamkeitsverpflichtete Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit und des Schweigerechts; Beweiserhebungsverbot; Beweisverwertungsverbot; Recht auf ein faires Verfahren; Widerspruchslösung; Abwägungslösung; Schutzzwecklehre); Begriff des Beschuldigten; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

261. BGH 4 StR 529/08 - Urteil vom 12. Februar 2009 (LG Saarbrücken)

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit trotz vorheriger, telefonischer Ankündigung eines Schlachtfestes; niedrige Beweggründe bei Motivbündel); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Bedeutung anderer Persönlichkeitsmängel).
§ 211 StGB; § 64 StGB

262. BGH 4 StR 537/08 - Beschluss vom 15. Januar 2009 (LG Stralsund)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bei mehrfacher Urteilsaufhebung wegen eines Verfahrensfehlers; Umsetzung des Kompensationsanspruches aus Art. 13 EMRK in dieser Fallgruppe); Recht auf Beschwerde; redaktioneller Hinweis.
Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 51 StGB; § 46 StGB

263. BGH 4 StR 556/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Essen)

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

264. BGH 4 StR 563/08 - Beschluss vom 14. Januar 2009 (LG Dortmund)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anbringung von Verfahrensrügen (fehlende Akteneinsicht; Anforderungen an die Zulässigkeit; Frist; erforderliche Angaben).
§ 345 Abs. 1 StPO; § 44 Satz 1 StPO

265. BGH 4 StR 579/08 - Beschluss vom 14. Januar 2009 (LG Landshut)

Strafausspruch (unauflöbliche Widersprüche; unzulässiger Berichtigungsbeschluss).
§ 46 StGB; § 267 StPO

266. BGH 4 StR 593/08 - Beschluss vom 3. Februar 2009 (LG Augsburg)

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

267. BGH 4 StR 603/08 - Beschluss vom 7. Januar 2009 (LG Bochum)

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

268. BGH 4 StR 609/08 - Beschluss vom 5. Februar 2009 (LG Halle)

Absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit des Angeklagten (unstatthafte Beurlaubung; Reichweite der Aufhebung: Aufhebung nur des Strafausspruchs).
Art. 6 EMRK; § 338 Nr. 5 StPO; § 231c StPO

269. BGH 4 StR 614/08 - Beschluss vom 22. Januar 2009 (LG Paderborn)

Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anlasstaten im unteren Kriminalitätsbereich: Betrug und Hausfriedensbruch).

§ 63 StGB; § 123 StGB; § 263 StGB

270. BGH 4 StR 624/08 - Beschluss vom 5. Februar 2009 (LG Münster)

Konkurrenz von gefährlicher Körperverletzung und schwerer Misshandlung von Schutzbefohlenen.

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB

271. BGH 4 StR 640/08 - Beschluss vom 5. Februar 2009 (LG Paderborn)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (mangelnde Feststellungen; nötige Tatkonkretisierung; Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte durch zu geringe Anforderungen an die Überzeugungsbildung; Unschuldsvermutung).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 EMRK; § 261 StPO; § 267 StPO

272. BGH 4 ARs 2/09 - Beschluss vom 27. Januar 2009

Anfrageverfahren; kein Härteausgleich bei der Strafzumessung in Fällen, in denen eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung mit Strafen aus ausländischen Verurteilungen nicht vorgenommen werden kann.

§ 55 StGB; § 46 StGB

273. BGH 3 StR 203/08 - Beschluss vom 2. Dezember 2008 (LG Mannheim)

Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung gerichtlicher Entscheidungen als Urkunden); Nötigung (Einfluss des Nötigenden auf den Eintritt des in Aussicht gestellten Übels); tatbestandliche Handlungseinheit (Zäsur; Klammerwirkung); Volksverhetzung; Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole; Berufsverbot; Beihilfe zum Verstoß gegen ein Berufsverbot beim Rechtsanwalt; Recht auf Verteidigung (verteidigungsfremdes Verhalten); Fall Stolz; Fall Zündel.

§ 249 Abs. 1 StPO; § 250 StPO; § 240 StGB; § 52 StGB; § 130 Abs. 3 StGB; § 90a Abs. 1 StGB; § 70 StGB; § 145c StGB; § 27 StGB

274. BGH 3 StR 467/08 - Beschluss vom 17. Februar 2009

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Gegeuvorstellung.

§ 44 StPO; § 45 StPO

275. BGH 3 StR 482/08 - Beschluss vom 22. Januar 2009 (LG Hannover)

Unzulässige Aufklärungsrüge; unbegründete Revision.

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

276. BGH 3 StR 557/08 - Beschluss vom 22. Januar 2009 (LG Hildesheim)

Beweisantrag (Vernehmung eines Zeugen; in das Wissen des Zeugen gestellte Tatsache).

§ 244 Abs. 3 StPO

277. BGH 3 StR 595/08 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Kiel)

Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes; Beruhen (rechtsfehlerhafte Einführung einer eingeräumten Tatsache).

§ 201 StGB; § 337 StPO; § 261 StPO

278. BGH 3 StR 7/09 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Düsseldorf)

Unbegründete Revision; Verfall von Wertersatz; Einziehung.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 73a StGB; § 74 StGB

279. BGH 3 StR 601/08 - Beschluss vom 15. Januar 2009 (LG Düsseldorf)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Ergänzung der Urteilsgründe.

§ 44 StPO; § 45 StPO; § 267 Abs. 4 StPO; § 275 Abs. 1 StPO

280. BGH 5 StR 11/09 - Beschluss vom 11. Februar 2009 (LG Berlin)

Unterschlagung (Anvertrautsein bei Leasingverträgen und einem Rechtsübergang); Strafzumessung (Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe); nicht sorgfältig abgefasste Urteilsgründe.

§ 246 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 267 StPO

281. BGH 5 StR 12/09 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Braunschweig)

Vergewaltigung; Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Gesamtwürdigung der für und gegen die Glaubhaftigkeit einer Aussage sprechenden Umstände).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

282. BGH 5 StR 13/09 - Beschluss vom 11. Februar 2009 (LG Berlin)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Strafzumessung; erschöpfende Beweiswürdigung (klassische Drogenkarriere).

§ 64 StGB; § 261 StPO

283. BGH 5 StR 260/08 - Beschluss vom 4. Februar 2009 (LG Berlin)

Untreue durch Kreditvergabe (Nachteil; schadensgleiche Vermögensgefährdung; alternative Schadensberechnung durch das Revisionsgericht; Fall Landowsky).

§ 266 StGB

284. BGH 5 StR 339/08 - Beschluss vom 11. Februar 2009 (LG Frankfurt/Oder)

Verminderte Schuldfähigkeit (Ausschluss in den Urteilsgründen; plausible Darlegung).

§ 21 StGB; § 267 StPO

285. BGH 5 StR 428/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Görlitz)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Revision.

§ 44 StPO; § 45 StPO

286. BGH 5 StR 574/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Bremen)

Attest (Urkunde; Vernehmungsbehelf); unzulässige Verfahrensfrage (fehlender Vortrag der Umstände der Ver-

wendung einer Urkunde in der Hauptverhandlung); Inbegriff der Hauptverhandlung; Entscheidung des Gerichts nach Beanstandung einer Anordnung des Vorsitzenden.
§ 256 Abs. 1 StPO; § 261 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

287. BGH 5 StR 582/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Bremen)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

288. BGH 5 StR 587/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Cottbus)

Unbegründete Revision; Anrechnung in Frankreich erlittener Untersuchungshaft (1:1).
§ 349 Abs. 2 StPO; § 51 Abs. 1 StGB

289. BGH 5 StR 590/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Frankfurt/Oder)

Recht des Angeklagte auf das letzte Wort (Antrag auf Haftfortdauer).
§ 258 StPO

290. BGH 5 StR 592/08 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Potsdam)

Unbegründete Revision (überflüssige Erwähnung nicht vorliegender Milderungsgründe).
§ 349 Abs. 2 StPO; § 46 StGB

291. BGH 5 StR 599/08 - Beschluss vom 11. Februar 2009 (LG Cottbus)

Unzulässige Verfahrensrüge (Beweisantrag; unvollständiger Sachvortrag).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

292. BGH 5 StR 606/08 - Beschluss vom 28. Januar 2009 (LG Cottbus)

Strafzumessung (Eintragungen im Erziehungsregister); Beruhen.
§ 46 StGB; § 63 BZRG; § 51 Abs. 1 BZRG; § 337 StPO

293. BGH 5 StR 612/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Bremen)

Urteilsgründe (formelle Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung).
§ 66 StGB; § 267 StPO

294. BVerfG 2 BvR 455/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 4. Februar

2009 (HansOLG/Untersuchungshaftanstalt Hamburg)

Entkleidung und Anusinspektion bei Aufnahme in die Untersuchungshaftanstalt (kein Ausreichen vollzugspolitischer Zweckmäßigkeiten; Verhältnismäßigkeit); allgemeines Persönlichkeitsrecht.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 119 Abs. 3 StPO; § 119 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 76 UVollzO; § 84 Abs. 3 StVollzG

295. BVerfG 2 BvR 728/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 18. September 2008 (OLG Köln/LG Aachen)

Überprüfung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung (Aussetzung der Unterbringung zur Bewährung; Pflicht zur Einholung eines Sachverständigengutachtens bei alleinigem Vorliegen eines acht Jahre alten Gutachtens; Gefahr repetitiver Routinebegutachtungen).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 5 EMRK; § 67d Abs. 2 StGB; § 463 Abs. 4 StPO

296. BVerfG 2 BvR 2044/07 (Zweiter Senat) - Beschluss vom 15. Januar 2009 (BGH)

Zulässigkeit der Rügeverkümmern im Revisionsverfahren (Beachtlichkeit nachträglicher Protokollberichtigungen; BGH 1 StR 466/05); verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Vorrang des Gesetzes); Gewohnheitsrecht; Recht auf ein faires Verfahren; Vertrauensschutz; Erfordernis einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege; Beschleunigungsgrundsatz; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Vorlageverfahren); abweichende Meinung Voßkuhle, Osterloh, Di Fabio.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 274 StPO

297. EuGH C-301/06 - Urteil vom 10. Februar 2009 (Irland gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union)

Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung (Kompetenz der EU; Angleichung von Rechtsvorschriften zur Verwirklichung des Binnenmarktes; Strafverfolgung); Recht auf Achtung der Privatsphäre und Datenschutz; redaktioneller Hinweis.

Art. 8 EMRK; Art. 95 EG; Art. 30 EU; Art. 31 Abs. 1 Buchst. c EU; Art. 34 Abs. 2 Buchst. b EU; Art. 47 EU; Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006