

Unverzichtbare Gesetzgebungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Haushaltsuntreue und der Verschwendung öffentlicher Mittel

Gutachten erstattet für den Bund der Steuerzahler e. V.

Von Prof. Dr. jur. habil. Dr. jur. h. c. mult.
Bernd Schönemann
Ordinarius für Straf- und Strafprozessrecht,
Rechtsphilosophie und -soziologie an der
Ludwig-Maximilians-Universität in München

November 2011

Hersteller: Bonner Universitäts-Buchdruckerei, Bonn
Januar 2012

Inhaltsübersicht

A. Warum wird nach über 30 Jahren ein neues Gutachten erstattet?	5
I. Die auf allen Ebenen der Strafrechtspflege stattfindende Verschärfung der Strafverfolgung wegen Steuerhinterziehung	6
1. Die gesetzliche Verschärfung der Verfolgung von Steuerhinterziehung in den letzten 30 Jahren	7
2. Die Verschärfung der Verfolgung von Steuerhinterziehung in der Rechtsprechung des 1. Strafsenats des BGH	10
3. Die Verschärfung der Verfolgung von Steuerhinterziehung in der Verwaltungspraxis	12
II. Die drastische Einschränkung des Anwendungsbereiches der Amts- und Haushaltsuntreue in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	13
1. Die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	13
2. Die Wende im „Bugwellenfall“	14
3. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	16
III. Die grundsätzliche Gewichtsverschiebung zu Gunsten der Verwaltung und das daraus resultierende allgemeine Kontrolldefizit	17
IV. Die Wandlungen der Finanzsituation	19
V. Ergebnis	20
B. Die Beurteilung des Reformvorschlages von Kohlmann/Brauns	23
I. Inhalt	23
II. Die Kriminalisierung jeder unzulässigen Bewilligung oder Ausgabe?	23
III. Reduzierung der relevanten Pflichtverstöße?	28
IV. Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Haushaltsverschwendung auf leichtfertiges Verhalten?	30
V. Der Vorschlag zur Bestrafung der nicht sachgerechten Bewirtschaftung öffentlicher Mittel	33

C. Entwicklung eigener Reformvorschläge	38
I. Grundsätzliches	38
II. Gesetzgebungsvorschlag für die Schaffung eines neuen § 349 StGB: Haushaltsuntreue	40
III. Das Sonderproblem der Verletzung von Vergabevorschriften ..	46
IV. Verfahrensrechtliche Neuerungen	50
D. Exemplarisches Fallmaterial	64
I. Fälle aus der neueren Rechtsprechung	64
II. Fälle aus Rechnungshofberichten und Schwarzbüchern des Bundes der Steuerzahler	75
E. Zusammenfassende Wiedergabe der Reformvorschläge	90
F. Literaturverzeichnis	92

A. Warum wird nach über 30 Jahren ein neues Gutachten erstattet?

Nachdem vor nunmehr 33 Jahren *Günther Kohlmann* und *Uwe Brauns* dem Bund der Steuerzahler ein Rechtsgutachten „Zur strafrechtlichen Erfassung der Fehlleitung öffentlicher Mittel“ erstattet haben¹, welches sich wiederum an den vom Bund der Steuerzahler 1975 herausgegebenen Diskussionsbeitrag „Die Amtsuntreue“ anschloss und in einer vom Bundesministerium der Justiz 1979 vervielfältigten Studie von *Klaus Volk* „Bewirtschaftung öffentlicher Mittel und Strafrecht“ bereits verarbeitet und gewürdigt wurde, muss sich jede neue Untersuchung auf diesem Gebiet zunächst die Frage vorlegen, ob die Verhältnisse in den letzten 3 Jahrzehnten sich so wesentlich gewandelt oder so grundlegend neue Erkenntnisse gezeitigt haben, dass eine erneute strafrechtswissenschaftlich-kriminalpolitische Untersuchung des Gegenstandes angezeigt ist. Und nicht nur das, im Jahre 1998 ist die ebenfalls vom Bund der Steuerzahler in Auftrag gegebene Untersuchung von *Gerhard Wolf* über „Die Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel“ publiziert worden, nachdem kurz nach Kohlmann und Volk für den Bereich des Verfahrensrechts von *Stefan Püttner* eine flankierende Maßnahme in Gestalt eines speziellen „Amtsanklägers“ vorgeschlagen worden war².

Zwar ließe sich entgegnen, dass gerade wegen der vollständig fehlenden Reaktion des Gesetzgebers auf die von *Kohlmann*, *Volk*, *Püttner* und zuletzt *Wolf* bezogenen Positionen und unterbreiteten Vorschläge eine abermalige Untersuchung und (je nach dem Ergebnis) Einforderung durchgreifender Maßnahmen nötig sei, damit nicht länger jene Einschätzung gültig bleibe, die nach der Vorlage der Rechtsgutachten von Kohlmann und Volk am Ende des SPIEGEL-Artikels „Mit dem Hammer drauf“ in Heft 6/1980 vom 04.02.1980 vorgenommen worden ist:

„Dass am Ende eine Regelung verabschiedet wird, die Staatsdiener weitgehend schont, scheint schon jetzt gewiss: Es sind Beamte, die nun im Justiz-, Innen- und Finanzministerium über die Verfolgung von Verschwendern nachdenken. Und im Bundestag sorgen 158 Kollegen dafür, dass ihr Berufsstand vor Unbill bewahrt bleibt.“

Aber wenn diese Einschätzung 30 Jahre lang gültig geblieben und von der Wirklichkeit sogar noch übertroffen worden ist (weil es ja nicht einmal eine die Staatsdiener „weitgehend schonende“, sondern überhaupt keine neue strafrechtliche Regelung in diesem Bereich gegeben hat), dann kann dies entweder an inhaltlichen Mängeln der früheren Vorschläge gelegen haben, auf die

1 Publiziert Wiesbaden o. J. (1979).

2 Püttner, Der Amtsankläger, 1981.

der Gesetzgeber deshalb mit Fug und Recht nicht reagiert hätte, oder die vom „SPIEGEL“ georgwöhnte berufliche Voreingenommenheit der Ministerialbeamten und der nach einer Beamtenkarriere in den Bundestag gewählten Volksvertreter wäre ohnehin so festgefügt, dass auch eine erneute strafrechtswissenschaftlich-kriminalpolitische Analyse davor verblassen würde.

Ohne den Nachweis einer Veränderung der Verhältnisse in einer Größenordnung, an der kein redlicher Diskussionsteilnehmer vorübergehen kann, wird sich deshalb eine erneute Arbeit auf dem in den letzten 3 Jahrzehnten mehrfach durchgepflügten Feld und eine erneute Präsentation rechtspolitischer Vorschläge nicht rechtfertigen lassen. Tatsächlich ist nun aber diese Veränderung in vierfacher Weise zu registrieren, nämlich erstens bei dem Vergleich der strafrechtlichen Verfolgung einer Schmälerung der Staatseinnahmen durch Steuerverkürzung einerseits, durch Steuerverschwendung andererseits; zweitens in Gestalt der neueren Rechtsprechung zur Haushalts- und Amtsuntreue, die die früher auf diesem Gebiet existierende strafrechtliche Kontrolle ganz entscheidend reduziert hat; drittens durch die zunehmende Emanzipation der Bürokratie von anderweitiger Kontrolle; und viertens in Gestalt der enormen Zunahme der Verschuldung und Anspannung der öffentlichen Haushalte.

I. Die auf allen Ebenen der Strafrechtspflege stattfindende Verschärfung der Strafverfolgung wegen Steuerhinterziehung

Dass die Maßnahmen zur Strafverfolgung von Steuerhinterziehungen im vorliegenden Zusammenhang Berücksichtigung finden müssen, folgt aus der vom Bund der Steuerzahler seit langem hervorgehobenen zweiseitigen Gefährdung der staatlichen Finanzmittel: einerseits durch unzulängliche Abführung der von den Bürgern geschuldeten Steuern und andererseits durch Verschwendung der eingenommenen Steuern seitens der Staatsorgane. In dem bereits erwähnten, jetzt mehr als 30 Jahre alten SPIEGEL-Artikel vom 04.02.1980 wird dieser Gesichtspunkt wie folgt in salopper Weise formuliert:

„Ob von listigen Bürgern privat verwendet oder von unfähigen Beamten öffentlich verwendet – die Staatskasse wird um Millionen geschmälert und muss von Steuerzahlern wieder aufgefüllt werden. Die Konsequenzen für jene, die diese Schäden verursacht haben, sind dagegen höchst unterschiedlich. Die einen sitzen mit dem Makel des Straftäters hinter Gittern, die anderen mit Pensionsanspruch hinter ihren Schreibtischen. Steuerhinterzieher müssen nach § 370 der Abgabenordnung mit Haftstrafen bis 10 Jahren rechnen; Politiker und Beamte, die das Geld ihrer Mitbürger verpulvern, können gelassen bleiben – Strafe droht ihnen nur in Ausnahmefällen. So machtvoll der Staat einerseits mit einem Heer von 11.000 Steuerfahndern und Betriebsprüfern, mit Finanzzämtern und

Gerichten für die peinlich genaue Einhaltung seiner Steuergesetze sorgt, so lasch kontrolliert er andererseits, ob die vereinnahmten Steuergelder (1979: Rund 350 Milliarden Mark) auch wirtschaftlich verwaltet und ausgegeben werden. ‚Der Steuerzahler‘, ärgert sich der Saarbrücker Rechtsprofessor Willi Haubrichs, Präsident des Bundes der Steuerzahler, ‚ist der Depp der Nation. Denn seine sauer verdienten Groschen wirft der Staat mit vollen Händen zum Fenster hinaus.‘ “

Natürlich bedarf es der Überprüfung, ob es sich hierbei nicht nur um ein populistisches Vorurteil handelt. Wegen des unleugbar gleichen Effekts für die Staatsfinanzen, ob dem Staat geschuldete Steuern vorenthalten oder eingenommene Steuern verschwendet werden, folgt aber sowohl aus einer ökonomischen Analyse des Rechts unter dem Leitaspekt eines effizienten Rechtsgüterschutzes (hier: der Staatsfinanzen) als auch im Hinblick auf den das Fundament der Gerechtigkeit bildenden Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG), dass die Kriminalisierung im Bereich der Vorenthaltung öffentlicher Mittel prinzipiell von den gleichen Maximen geleitet werden muss wie die Kriminalisierung im Bereich der Verschwendung öffentlicher Mittel. Und hieraus folgt wiederum, dass wesentliche Verschärfungen des Steuerstrafrechts im Bereich der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der Strafverfolgung die Frage der angemessenen Verfolgung einer Verschwendung der öffentlichen Mittel zwangsläufig erneut auf die Tagesordnung setzen.

1. Die gesetzlichen Verschärfungen der Verfolgung von Steuerhinterziehung in den letzten 30 Jahren

a) In der Gesetzgebung zum Steuerrecht und Steuerstrafrecht ist zwischen 1995 und 2011 eine sich wechselseitig verstärkende und dadurch kumulativ wirkende Verschärfung realisiert worden, durch die der auf den Steuerpflichtigen insgesamt lastende Sanktionsdruck geradezu potenziert worden ist. Das ist zwar noch nicht am Tatbestand der Steuerhinterziehung selbst (§ 370 AO) zu erkennen, bei dem die wichtigste Verschärfung durch eine (nachfolgend unter 2. näher zu behandelnde) Rechtsprechungsänderung bewirkt worden ist. Immerhin ist außer der Ausdehnung der besonders schweren Fälle auf bandenmäßige Begehung in Abs. 3 Nr. 5 vor allem eine wesentliche Ausdehnung des Anwendungsbereiches erfolgt, indem der Straftatbestand nunmehr gem. Abs. 6 S. 2 auch auf die Hinterziehung einer ausländischen Umsatzsteuer innerhalb der EU im Rahmen des innergemeinschaftlichen Handels mit diesem Staat erstreckt worden ist. Durch eine sogleich unter 2. näher zu betrachtende, prekäre Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist dadurch sogar das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG) für den Bereich der Umsatzsteuerhinterziehung beiseitegeschoben worden.

Die Verfolgung von Steuerhinterziehungen im Zusammenhang mit ausländischem Schwarzgeld ist vergleichsweise noch weitaus intensiver verschärft

worden, wobei dies durch eine Verschärfung der Rechtsprechung vorbereitet wurde und durch eine extreme Verschärfung der Verfolgungspraxis begleitet wird. Die Regelung der Strafbefreiung aufgrund einer Selbstanzeige in § 371 AO ist, inspiriert durch eine nachfolgend anzuspreekende BGH-Entscheidung, durch Art. 2 des Schwarzgeldbekämpfungsgesetzes vom 28.04.2011 (BGBl I S. 676) dadurch wesentlich eingeschränkt worden, dass keine sektorale strafbarkeitsausschließende Selbstanzeige mehr möglich ist, sondern alle unverjährten Steuerstraftaten insgesamt und vollständig offenbart werden müssen (Abs. 1). Noch gravierender ist die Einschränkung nach der neuen Vorschrift von Abs. 2 Nr. 3, wonach Steuerbefreiung nur eintritt, wenn der nicht gerechtfertigte Steuervorteil je Tat maximal den Betrag von 50.000,00 € erreichte, womit das Gesetz die in der neuesten Rechtsprechung des BGH vorgenommene Quantifizierung des „großen Ausmaßes“ als Regelbeispiel eines besonders schweren Falles gem. § 370 Abs. 3 AO als Grenzlinie einer strafbefreienden Selbstanzeige übernommen hat (s. aber auch das Absehen von Verfolgung gem. § 398 a. AO n.F.). Ob das eine kriminal- und fiskalpolitisch weise Maßnahme war, spielt im vorliegenden Zusammenhang keinerlei Rolle, denn für die Zwecke dieses Gutachtens geht es allein darum, die Ausgestaltung des gesamten Sanktionierungsdrucks, der auf dem Steuerpflichtigen für den Fall einer Steuerverkürzung beruht, mit dem Sanktionierungsdruck zu vergleichen, der auf dem Amtsträger für den Fall der Verschwendung von Steuereinnahmen ruht.

b) Die Verschärfung des Sanktionsdrucks für den Steuerpflichtigen darf dabei nicht allein durch die Strafvorschriften i. e. S., sondern muss auch ebenso sehr von der Ausdehnung des materiellen Steuerrechts und des Steuerverfahrensrechts her gesehen werden. Eine zentrale Rolle spielt hierbei die Behandlung der früher so genannten „nützlichen Aufwendungen“, also der Schmiergeldzahlungen zur Erlangung eines lukrativen Geschäftsabschlusses und damit zur Generierung von Betriebseinnahmen. Bis zum 21.10.1995 wurden Schmiergelder zum Betriebsausgabenabzug zugelassen, was nach der Konstruktion des Einkommensteuerrechts insoweit konsequent war, wie Betriebseinnahmen nur mithilfe dieser Schmiergelder zu erzielen gewesen waren. Ab dem 21.10.1995 wurde durch das Jahressteuergesetz 1996 vom 11.10.1995 (BGBl I S. 1250) mit der Einfügung von § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG der Abzug von Schmiergeldern ausgeschlossen, sofern deshalb eine rechtskräftige Verurteilung oder eine Opportunitätseinstellung oder eine Bußgeldfestsetzung erfolgt war, was wiederum durch eine diesbezügliche Mitteilungspflicht der Finanzbehörde gegenüber den Verfolgungsbehörden (S. 2) ermöglicht oder zumindest erleichtert wurde. Ab 01.01.1999 wurde von der Voraussetzung einer vorherigen Verurteilung etc. abgesehen und eine Mitteilungspflicht auch seitens der Verfolgungsbehörden gegenüber den Finanzbehörden hinzugefügt (S. 2), damit diese den Verdacht im Besteuerungsverfahren und auch zur Verfolgung von Steuerstraftaten und Steuerordnungswidrigkeiten auswerten könnten.

Mit der Ausdehnung der Strafbarkeit auf im Ausland gezahlte Schmiergelder durch das Gesetz zur Bekämpfung der internationale Bestechung³ und mit der Ausweitung des § 299 StGB auf den „ausländischen Wettbewerb“ durch das Gesetz zur Ausführung der Gemeinsamen Maßnahme pp.⁴ ist diese Regelung auch auf die entsprechende Akquisition von Auslandsaufträgen ausgedehnt worden einschließlich solcher Märkte (die nach den Erfahrungen von Transparency International den bei weitem größeren Teil des Globus ausmachen), auf denen Schmiergeldzahlungen zum Alltag gehören und Akquisitionen ohne Schmiergeldzahlung dementsprechend außerordentlich erschwert sind (nach den „Corruption Perceptions Index 2010 Results“ von Transparency International liegen auf einer Zehnerskala von 10 bis 1 zwischen „sehr sauber“ und „hoch korrupt“ nur Kanada und die USA, Japan, Australien und Neuseeland, Chile und Uruguay, die Schweiz, Island und Norwegen sowie die alten EU-Staaten vor der Ost-Erweiterung, jedoch mit Ausnahme von Italien und Griechenland, bei 7–10, während alle anderen Länder darunter liegen). Die Mitteilungsregelung von § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG führt hierbei dazu, dass eine Aufdeckung der Schmiergeldzahlungen durch die Betriebsprüfung regelmäßig auch zu einem Strafverfahren wegen privater Bestechung nach § 298 StGB führt, die wiederum (wie der Fall Siemens gezeigt hat) regelmäßig über § 130 OWiG i.V.m. § 30 OWiG zu einer Unternehmensgeldbuße zwecks Abschöpfung des gesamten Akquisitionsgewinns führt. In den Fällen der Auslandsschmiergelder bedeutet das, dass sich der Fiskus des betreffenden Bundeslandes über den von ihm abgeschöpften Gewinn regelmäßig an dem Schaden bereichert, den die Volkswirtschaft des betreffenden ausländischen Staates infolge des Abschlusses eines Geschäftes erleidet, bei dem regelmäßig mithilfe des Schmiergeldes eine über dem eigentlichen Marktwert liegende Vertragssumme vereinbart wird. Wirtschaftlich gesehen wirkt infolgedessen die Unternehmensgeldbuße wie eine weitere dem Unternehmen auferlegte Abgabe. Gerade bei Auslandssachverhalten führt deshalb die heutige Regelung des deutschen Steuerrechts zu einem außerordentlich starken Sanktionsdruck, durch die der insgesamt auf dem Steuerpflichtigen lastende Sanktionsdruck geradezu potenziert worden ist.

c) Diese Verschärfung des Steuerstrafrechts in solchen Bereichen, in denen der deutsche Fiskus nach der Natur der Sache kein originäres eigenes Besteuerungsinteresse besitzt und nicht an eigenen Rechtsgütern geschädigt ist, hat sich durch das Jahressteuergesetz 2010⁵ wiederholt, welches in Art. 9 Nr. 10 die Vorschriften des § 370 Abs. 6 Satz 3 und 4 AO ersatzlos aufgehoben haben. Damit werden nunmehr gem. § 370 Abs. 6 Satz 2 AO ohne Einschrän-

3 Vom 10.09.1998 (BGBl II S.2327), dazu Schönemann, GA 2003, 299, 308 ff.

4 Vom 22.08.2002 (BGBl I S. 3387), dazu Schönemann, Festschrift f. Achenbach, 2011, S. 509 ff.

5 Vom 08.12.2010 (BGBl 2010 I S.1768).

kung alle Steuerhinterziehungen gem. Abs. 1 nach deutschem Recht bestraft, die sich auf Umsatzsteuer beziehen, „die von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften verwaltet wird“, auch wenn der andere EU-Staat keine Gegenseitigkeit praktiziert.

2. Die Verschärfungen der Verfolgung von Steuerhinterziehung in der Rechtsprechung des 1. Strafsenats des BGH

Diese enorme Verschärfung des auf dem Steuerpflichtigen ruhenden Sanktionsdrucks, die durch die Gesetzgebung der letzten Jahre bewirkt worden ist, ist durch die Rechtsprechung weiter verstärkt worden, seitdem der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes die Zuständigkeit im Steuerstrafrecht erlangt hat.

a) In einer seiner ersten Entscheidungen zu § 370 AO hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes die Grundvoraussetzung eines Regelfalles für einen besonders schweren Fall gem. § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO, nämlich die Steuerverkürzung „in großem Ausmaß“, auf 50.000,00 € festgelegt⁶. Zwar ist diese Grenze aus mehreren Gründen dogmatisch nicht überzeugend und deshalb auch im Schrifttum kritisiert worden⁷. Und sie steht auch in einem Konflikt zur Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Interpretation unbestimmter Merkmale, die grundsätzlich restriktiv ausfallen müsse und nicht über die frühere, lange Zeit anerkannte Rechtsprechung hinausgehen dürfe⁸. Aber diese dogmatischen Fragwürdigkeiten der Entscheidung sind nicht nur vom Gesetzgeber dadurch gewissermaßen plombiert worden, dass er (wie oben dargelegt) bei der Neufassung des § 370 AO in einer bemerkenswerten Umkehrung des Anordnungsverhältnisses von Gesetzgebung und Rechtsprechung die Maxime der BGH-Entscheidung zur Richtschnur des neuen § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO genommen hat, sondern spielen vor allem in der vorliegend relevanten Perspektive keinerlei Rolle: Bei der Analyse der Veränderung des staatlichen Sanktionierungsdrucks gegenüber Steuerverkürzung einerseits, Steuerverschwendung andererseits kommt es allein darauf an, wie Gesetzgebung und Rechtspraxis tatsächlich vorgehen, nicht aber darauf, ob die ergriffenen Schritte aus rechtsdogmatischer Sicht zu überzeugen vermögen.

b) Der nächste Schritt des 1. Strafsenats zur Verstärkung des Sanktionierungsdrucks bestand in der drastischen Einschränkung des Anwendungsbereichs der strafbefreienden steuerlichen Selbstanzeige, indem er ohne Anhalt im Gesetzeswortlaut des § 371 AO und im Widerspruch zu der vorherigen

6 BGHSt 53, 71, 79 ff.

7 Eingehend und m.z.w.N. Schünemann, Festschrift f. Mehle, 2009, S. 613, 616 ff.

8 BVerfGE 126, 170, 197 oben.

Rechtsprechung⁹ die strafbefreiende Wirkung von einer nicht nur sektoralen, sondern umfassenden Selbstanzeige abhängig gemacht hat¹⁰. Auch hier zeigt sich dasselbe Bild wie bei der extensiven Interpretation des „großen Ausmaßes“ der Steuerverkürzung: Gegen die Entscheidung bestehen durchgreifende dogmatische Bedenken, sie setzt sich über die in BVerfGE 126, 170, 199 angesprochenen „über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutz hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen“ hinweg, ist aber vom Gesetzgeber durch die anschließende Anpassung des § 371 AO nachträglich legitimiert worden und fällt schon wegen ihrer bloßen Existenz für den Vergleich mit der Sanktionierung von Steuerverschwendung unabhängig von der Überzeugungskraft ihrer dogmatischen Herleitung ins Gewicht.

c) Als 3. Beispiel für eine Verstärkung des Sanktionsdrucks gegenüber Steuerpflichtigen ist exemplarisch auf die Ausdehnung von Steuertatbeständen zu verweisen, die wegen der Blankettnatur des § 370 AO automatisch zu einer Ausdehnung der Strafbarkeit führt. So hat abermals der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes unter Überschreitung der Wortlautgrenze des § 6a UStG die Entstehung eines deutschen Umsatzsteueranspruches für den Fall bejaht, dass bei einem Exportgeschäft in ein anderes EU-Land der deutsche Exporteur weiß, dass der ausländische Importeur die nach der EU-Umsatzsteuerrichtlinie prinzipiell nur in seinem Heimatland bei der Veräußerung an den Letztverbraucher anfallende Umsatzsteuer hinterziehen will¹¹. Indem diese Entscheidung vom Bundesverfassungsgericht gebilligt worden ist¹², und zwar trotz des Umstandes, dass der Gesetzgeber durch das Jahressteuergesetz 2010, wie bereits erwähnt, nunmehr ausdrücklich auch den ausländischen Umsatzsteueranspruch zum Schutzgegenstand des deutschen Strafrechts erklärt hat, existiert nunmehr materiell eine doppelte Strafbarkeit sowohl wegen Hinterziehung der nach der Entscheidung von BGH und BVerfG *contra legem* auch in Deutschland anfallenden Umsatzsteuer als auch wegen der Teilnahme an der Hinterziehung der zusätzlich im Importland anfallenden Umsatzsteuer. Die schweren dogmatischen Bedenken gegenüber einer derartigen Rechtsprechung, die sich sowohl über das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG als auch über das Doppelbestrafungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG hinwegsetzt, können nichts daran ändern, dass das Bundesverfassungsgericht selbst diese Rechtsprechung abgesegnet hat und damit in der Praxis das letzte Wort gesprochen worden ist. Und damit zeigt sich auch hier wieder die Bereitschaft der Rechtsprechung, den strafrechtlichen Druck zur Sicherung

9 BGH (5. StS) NStZ 1999, 38.

10 BGHSt 55, 180.

11 BGHSt 53, 45.

12 BVerfG 2. Senat 1. Kammer V. 16.06.2011 (2 BvR 542/09).

des (hier abermals auf genuin ausländische Vorfälle ausgedehnten) Steuer-
aufkommens maximal zu steigern.

3. Die Verschärfungen der Verfolgung von Steuerhinterziehung in der Verwaltungspraxis

Das bisher für die Gesetzgebung und Rechtsprechung gezeichnete Bild setzt sich in der Verwaltungs- und Verfolgungspraxis unter nochmaliger Steigerung fort. Auf die wechselseitigen Informationspflichten zwischen den Verfolgungsbehörden und den Steuerveranlagungsbehörden, durch die insbesondere die Ergebnisse der Betriebsprüfung sogleich zu der Eröffnung von Straf- oder Bußgeldverfahren und zur Einspeisung der erlangten Informationen führen, ist bereits oben hingewiesen worden. Die Einführung der Online-Kontenabfrage bei deutschen Banken hat zu einer entsprechenden Ausweitung des Informationszugriffs geführt. Dieser Zugriff ist wiederum unter Übergehung der Regelungen und damit auch Begrenzungen der internationalen Rechts- und Amtshilfe dadurch ins Ausland hinein ausgeweitet worden, dass die deutschen Steuerbehörden, teilweise unter Vermittlung des Bundesnachrichtendienst, ausländische Kontendaten deutscher Staatsbürger, die von ausländischen Bankmitarbeitern auf strafbarem Wege erlangt worden waren, angekauft und für die Steuerfestsetzungs- und Strafverfahren gegen die deutschen Staatsbürger verwendet haben. Diese Verwaltungspraxis, die ursprünglich unter dem Schlagwort „Lichtensteiner Steuer-CD“ begonnen hat, wird zwar im strafprozessualen Schrifttum ganz überwiegend als ein Verstoß gegen strafrechtliche, verfahrensrechtliche und völkerrechtliche Normen angesehen¹³, ist aber vom Bundesverfassungsgericht (wenn auch abermals ohne erschöpfende Erörterung der einschlägigen Problematik, insbesondere unter Außerachtlassung der möglichen Strafbarkeit der deutschen Organe) für zulässig erklärt worden¹⁴, womit die dagegen von der Wissenschaft erhobenen Einwände ebenfalls in der Praxis keine Rolle mehr spielen. Man kann hierin mit guten Gründen die Bereitschaft des Staates sehen, sein Steueraufkommen auch mit kriminellen Methoden, jedenfalls unter Ausnutzung des kriminellen Verhaltens anderer zu schützen. Anders formuliert, kommt hierin die Bereitschaft des Staates zum Ausdruck, dem Schutz des staatlichen Steueraufkommens einen Höchstwert zuzuschreiben und im Interesse eines effizienten Schutzes alle überhaupt nur in Betracht kommenden Maßnahmen auszuschöpfen.

13 Heine, Festschrift f. Roxin II, 2011, S. 1087 ff., der freilich zu Unrecht lediglich Beihilfe annimmt anstatt richtigerweise Anstiftung, dazu näher Schönemann, GA 2008, 314, 324 ff.; ders. NSTz 2008, 305, 309; Roxin/Schönemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn 54 m. w. N.; a. M. Erb, Festschrift f. Roxin II, 2011, S. 1103 ff

14 NSTz 2011, 103.

II. Die drastische Einschränkung des Anwendungsbereiches der Amts- und Haushaltsuntreue in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Als nächstes ist, um die eingangs gestellte Frage nach einer Veränderung der Verhältnisse im Vergleich zu den Zeiten der von *Kohlmann* und *Volk* erstatteten Gutachten erschöpfend zu beantworten, die Frage nach der heutigen Reichweite der Haushaltsuntreue, also der Auslegung des § 266 StGB im Hinblick auf die mögliche Verschwendung von Haushaltsmitteln, in der Entwicklung der Rechtsprechung zu analysieren. Eine Durchmusterung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zeigt, dass sie bis in die 90iger Jahre des vergangenen Jahrhunderts die Fälle der Zweckentfremdung von Haushaltsmitteln für im Haushaltsplan dafür nicht vorgesehene, aber öffentliche Zwecke grundsätzlich als Untreue bestrafte, während anlässlich eines spektakulären Falles im Jahr 1997 ein deutlicher Umschwung stattgefunden hat, der ganz generell die auch nach der neuesten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht veränderte Tendenz aufweist, den Anwendungsbereich auf klare oder zu vermutende Fälle von Korruption, also von Zweckentfremdung zum Nutzen einzelner Privatleute, einzuschränken.

1. Die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

a) Die häufigste Fallgruppe bildete in der Rechtsprechung die Einrichtung und Führung schwarzer Kassen¹⁵, wenn also ein Beamter staatliche Mittel aus dem amtlich kontrollierten Bereich in eine allein ihm zur Verfügung stehende Kasse überführt, um daraus von Fall zu Fall zugunsten öffentlicher Interessen nach eigenem Befinden zu disponieren. Im staatlichen Bereich hat die Rechtsprechung darin seit langem und unter Billigung der herrschenden Lehre¹⁶ eine schädigende Vermögensgefährdung und deshalb eine (vollendete) Untreue gesehen¹⁷, weil die ordnungsmäßige Haushaltsüberwachung beeinträchtigt, der Staat in der Verfügungsfreiheit über seine Mittel eingeeengt werde und diese ihm dort fehlten, „wo sie hätten sein sollen“; die spätere Verwendung im

15 Dazu Bruns, Untreue durch Bildung schwarzer Kassen, ZAKDR 1941, 268; Weimann, Die Strafbarkeit der Bildung sog. schwarzer Kassen gem. § 266 StGB (Untreue), Tübingen jur. Diss. (1996).

16 Bruns, ZAKDR 1941 268 m. w. Nachw.; Fischer, StGB, § 266 Rdn. 129–131; Lackner/Kühl, StGB, § 266 Rdn. 17a; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1 § 45 Rdn. 41; Sch/Schröder/Perron, StGB, § 266 Rdn. 45c; Ransiek, NJW 2007, 1727; ders., NJW 2009, 95; differenzierend Sax, JZ 1977, 749.

17 RGSt 71, 155; 75 227; BGH GA 1956 121, 154; BGH LM Nr. 16 zu § 266 StGB; krit. Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen (1994) S. 288 ff; eingehend Schünemann StraFo 2010 1, 4 ff.

Staatsinteresse sei nur tatbestandsunerhebliche Wiedergutmachung.¹⁸ Nach der Gegenmeinung soll die bloße Bildung einer schwarzen Kasse aber für den Fall, dass der Täter den Inhalt entsprechend der Haushaltslage verwenden will, noch keine schädigende Vermögensgefährdung begründen, weil für diese Konstellation keine strengere Beurteilung Platz greifen könne als für den Fall, dass die Vermögenseinbuße durch mit Ersatzwillen bereitgehaltene flüssige Mittel kompensiert wird.¹⁹ Aber das kann nur für den fiskalischen Bereich gelten, weil im Bereich der Transferzahlungen eine Verausgabung ohne (in der Regel nur durch den Haushaltsansatz zu leistende) Legitimation immer einen Schaden der öffentlichen Hand verursacht.

b) Auch sonst hat es die Rechtsprechung bis in die 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts durchweg als eine Untreue qualifiziert, wenn wie im *BND-Fall* Haushaltsmittel, die am Jahresende verfallen wären, durch haushaltstechnische Verlagerung einer anderen Behörde zur Verfügung gestellt wurden, falls hier über sie nach Gutdünken eigenmächtig verfügt werden kann²⁰, oder wenn wie im *Kulturamtsleiter-Fall* eine Verpflichtung begründet oder Ausgabe für eine Anschaffung getätigt wurde, die nicht zwingend ist und bei der der Verwalter des Haushaltstitels an Stelle der dafür zuständigen Institution sein eigenes Ermessen ausübt²¹. Ähnlich gelagert war auch der *Schulleiterfall*²², bei dem ein Schulleiter den Träger der Schule vorgetäuschte Portokosten bezahlen ließ, um davon die Teilnahme der Schule an einer Ausstellung zu unterstützen, deren Bezuschussung der Träger abgelehnt hatte.

2. Die Wende im „Bugwellenfall“

Aufgrund der neueren Entscheidungen des BGH muss heute aber ernsthaft die Frage gestellt werden, ob die Rechtsfigur der Haushaltsuntreue danach überhaupt noch einen nennenswerten Anwendungsbereich aufweist.

a) In der sog. *Bugwellen*-Entscheidung hat der 1. StS anlässlich des Verhaltens eines Generalintendanten, der für das bevorstehende Haushaltsjahr mit einer Haushaltsüberschreitung in Höhe von 2 Mio. DM rechnete, bei der Planung des Theaterbetriebes aber keine Maßnahmen ergriff, um diese Überschreitung auszuschließen, eine *dreistufige* Prüfung entwickelt: Zunächst sei zu untersuchen, ob die Mittel überhaupt dem öffentlichen Zweck gemäß ein-

18 Zahlr. weit. Nachw. aus der unveröff. BGH-Rechtsprechung bei Hübner LK¹⁰ § 266 Rdn. 98.

19 Hefendehl (Fn. 17), S. 288 ff; Hübner LK¹⁰ Rdn. 98; Sch/Schröder/Lenckner²⁵ Rdn. 45; Saliger SSW-StGB Rdn. 77.

20 BGHSt. 40, 287, 294 ff. Zu dem Sachverhalt im einzelnen S. die Fallschilderungen., u. Teil D.

21 BGH Wistra 1985, 69 = NSTZ 1984, 549.

22 BGH NSTZ 1986, 455 (wobei der BGH konstruktiv auf den rein formalen Gesichtspunkt abhebt, dass der Schaden schon mit der nicht geschuldeten Auszahlung eingetreten sei; statt Untreue kam Betrug in Betracht).

gesetzt worden sind, wofür es ausreiche, dass der Mitteleinsatz „grundsätzlich den vorgegebenen Zwecken“ entspricht²³. Auf der zweiten Stufe sei zu unterscheiden, ob es um ein normales fiskalisches Geschäft geht oder aber um staatliche Subventionen und Kunstförderung. Hier würde es darauf ankommen, ob die durch die beanstandete Verfügung erlangte Gegenleistung „ihren Preis wert ist“²⁴. Auch wenn dies zu bejahen ist, könne jedoch auf der dritten Stufe unter „besonderen Voraussetzungen“ eine Untreue in Betracht kommen, indem die für den individuellen Schadenseinschlag bei Privatpersonen geltenden Grundsätze auf die Fälle der Haushaltsuntreue übertragen würden. Von einem Schaden sei dann zu sprechen, wenn (1) eine wirtschaftlich gewichtige Kreditaufnahme erforderlich, wenn (2) die Dispositionsfähigkeit des Haushaltsgesetzgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt oder wenn dieser (3) durch den Mittelaufwand insbesondere in seiner politischen Gestaltungsbefugnis beschnitten wird²⁵.

b) Die nächste Grundsatzentscheidung („*Brandenburger Sozialministerium*“) betraf die Entscheidung auf Abteilungsleiterebene, Ende des Jahres noch im Rahmen von Subventionen im Gesundheitswesen Haushaltsmittel dieses Jahres an ein mit der Betreuung der Subvention betrautes privates Gesundheitsinstitut auszuzahlen, obwohl dafür kein aktueller Bedarf bestand, die Auszahlung deshalb gegen Haushaltsrecht verstieß und es zudem um freiwillige Leistungen ging. Gleichwohl hat der 5. StS (neben anderen Überlegungen) eine ausreichende Kompensation im Wege der Gesamtsaldierung von Leistung und Gegenleistung in der Erfüllung sozialer Aufgaben gesehen, weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Haushaltsgesetzgeber die verspätete Verwendung der Mittel in einem folgenden Haushalt als nutzlos ansehe, so dass bei Verstößen gegen die zeitliche Bindung des Haushaltsplans für sich allein noch kein Vermögensnachteil anzunehmen sei²⁶. Anders und weit strenger lehnte der 2. StS im Fall „*Aussiedlergemeinschaftsunterkunft*“ eine Kompensation der wegen einer fiktiv vermehrten Platzzahl vom Landrat überhöhten Subventionen durch den Verzicht des Betreibers auf einen noch nicht fälligen Anspruch ab²⁷, und im Fall „*Holzbackstube*“ hat der 5. StS trotz zweckentsprechender Subventionsgewährung wegen des Verstoßes gegen von ihm als „materiell“ qualifizierte Vergaberichtlinien (konkret: Verbot der Förderung eines vorzeitig begonnen Vorhabens des Bruders des die Förderung forcierenden Ministers) ebenfalls einen Schaden bejaht.²⁸

23 BGHSt. 43, 293, 298.

24 BGHSt. 43, 298.

25 BGHSt. 43, 299.

26 BGH NSTZ 2001, 248, 251.

27 BGH Wistra 2002, 300 ff.; näher dazu Schönemann, StV 2003, 463, 467 ff.

28 BGH NJW 2003, 2179.

3. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

An dieser Tendenz der neueren BGH-Rechtsprechung ist auch durch die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 126, 170 nichts geändert worden. Zwar hat das BVerfG auf S.217 f. ausdrücklich ausgesprochen, dass die Einhaltung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nach § 4 Abs. 4 SGB V (ebenso § 7 BHO) zu den vermögensrelevanten Pflichten im Rahmen des § 266 StGB gehöre. Wie die Sachverhaltsdarlegung auf S. 180 f. (dazu näher unten D.) zeigt, ging es jedoch um einen Fall, in dem der Vorstand einer Betriebskrankenkasse 2 Bediensteten, die mit ihm gemeinsam angeklagt worden sind, über mehrere Jahre hinweg Prämien zugebilligt hatte, die praktisch zu einer Verdoppelung ihres Gehalts führten und deutlich von der üblichen Prämienpraxis abwichen, wonach lediglich einmalige Zahlungen über einen bestimmten Betrag erbracht wurden, die üblicherweise das Monatsgehalt eines Beschäftigten nicht überstieg. Die beiden Bediensteten und Mitangeklagten erhielten jeweils über 100.000,00 € zusätzlich zu ihren vergleichsweise hohen Gehältern und der gesondert erfolgten Vergütung von Überstunden, wobei allerdings eigene finanzielle Vorteile des Kassenvorstands nicht festgestellt werden konnten. Hierzu hatte bereits der Generalbundesanwalt unter Billigung durch den Bundesgerichtshof ausgeführt, dass die Praxis der Gewährung eines „2. Gehalts“ als über den Einzelfall hinausgehende und der regulären Vergütungspraxis widersprechende Grundsatzentscheidung dem Kassenvorstand nicht zugestanden habe, sondern dem Verwaltungsrat hätte vorbehalten werden müssen. Bemerkenswert ist angesichts eines Schadens von insgesamt über 200.000,00 €, dass unter Einbeziehung einer weiteren Verurteilung wegen Begünstigung nur eine Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr und 9 Monaten ausgesprochen worden ist, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Auch dieser Fall, bei dem die Verurteilung vom BVerfG für verfassungsgemäß erklärt wurde, weicht deshalb nicht von der neueren Rechtsprechung seit 1997 ab, den Straftatbestand der Untreue auf haushaltswidrige Maßnahmen zu konzentrieren, durch die einer Privatperson ein von ihr nicht zu beanspruchender und deshalb rechtswidriger Vorteil zugewendet wurde. Der Einsatz von Haushaltsmitteln für haushaltsrechtlich unzulässige Zwecke, die aber noch innerhalb des allgemeinen öffentlichen Auftrages des Staates liegen (Beispiel: Förderung der Kultur, Subvention des Krankenhauswesens, wie in der „Bugwellenentscheidung“ und „Brandenburger Sozialministerium“) wird deshalb auch von dem Fall der Betriebskrankenkasse, über den letztlich das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, nicht in Frage gestellt.

III. Die grundsätzliche Gewichtsverschiebung zu Gunsten der Verwaltung und das daraus resultierende allgemeine Kontrolldefizit

1. Zwar ist für die Herrschaftsausübung in modernen Industrienationen im Gegensatz zu früheren Epochen immer schon eine Struktur bestimmend gewesen, die *Max Weber* in „Wirtschaft und Gesellschaft“ als bürokratische Herrschaft charakterisiert hat²⁹ – d. h. die staatliche Machtausübung und Kontrolle erfolgt durch Verwaltungsstäbe, deren Handeln durch förmlich gesetzte Normen bestimmt wird. Ursprünglich war aber das Verhältnis von demokratischem Gesetzgeber und bürokratischer Verwaltung dabei so gedacht, dass die maßgeblichen Rechtsnormen von den Parlamenten als Ausdruck von deren souveränem politischen Gestaltungswillen erlassen werden sollten. Der bürokratische Apparat sollte die politischen Vorgaben des demokratisch legitimierten Gesetzgebers lediglich umsetzen. Doch im Laufe der Zeit kam es zu einem schleichenden Übergang von einer demokratischen Herrschaft der Parlamente zu einer bürokratischen Alleinherrschaft der Verwaltung, die es verstanden hat, den Gesetzgeber zu einem Erfüllungsgehilfen ihrer Vorstellungen und Bedürfnisse zu machen. Am deutlichsten ist dies in der EU zu beobachten, wo die Initiativen für neue Regelungen praktisch ausschließlich von der EU-Kommission und dem ebenfalls exekutivisch geprägten Rat stammen, während dem Europäischen Parlament nur eine Statistenrolle zukommt, auch wenn die neuesten Fassungen der Verträge ihm formal erweiterte Mitsprachemöglichkeiten einräumen. Doch kann das Parlament von diesen kaum einen aktiven, die europäische Politik wirklich prägenden Gebrauch machen, weil ihm dazu erstens Sachkenntnis und Gestaltungswille abgehen und weil zweitens mangels einer einheitlichen europäischen Öffentlichkeit sozusagen der Nährboden in der Bevölkerung für die Entfaltung eines parlamentarischen Prestiges fehlt. Laut *Max Weber* ist die bürokratische Herrschaft ihrer Natur nach auch eine Herrschaft kraft Wissens. Das Herrschaftswissen, das benötigt wird, um die komplexen Apparate moderner Staate am Laufen zu halten und die Bedürfnisse der Bürger nach staatlichen Leistungen zu befriedigen, konzentriert sich aber in den spezialisierten bürokratischen Expertenstäben und nicht in den Parlamenten.

Dabei sticht es besonders ins Auge, dass die Rechtsetzungsprozesse in der EU stark von „Experten“ dominiert sind, wobei die Legitimation durch die Prinzipien der repräsentativen oder auch deliberativen Demokratie in den Hintergrund tritt. So werden im Rat, einem ohnehin aus demokratisch nur mittelbar legitimierten Vertretern der Exekutive zusammengesetzten Organ, zahlreiche

29 *Wirtschaft und Gesellschaft*, Ausgabe. Mohr-Verlag 1972, S. 124 ff.

Sachfragen nur im sogenannten COREPER, also auf der Ebene hoher Beamter erörtert. In einer solchen COREPER-Sitzung ist etwa bei den Beratungen zur „Europäischen Beweisanzordnung“, durch die die Strafverfolgung der Einzelstraftaten weitgehend in der ganzen EU operieren kann, eine Vorschrift über bestimmte „Schutzgarantien“ für die Beschuldigten gestrichen worden, ohne dass das Europäische Parlament mit seiner anschließenden Anregung ihrer Wiederaufnahme in den Text der Regelung Erfolg gehabt hätte.

2. Es ist auffällig, dass gerade von Seiten der Politologen eine solche Dominanz der Exekutive und „nicht-gewählter Spezialisten“ begrüßt und als nahezu konstitutiv für die europäische Integration angesehen wird. *Jan-Werner Müller* etwa stellt in einem Beitrag in der Süddeutschen Zeitung vom 4.10.2011 diesen Niedergang des Parlamentarismus in den Kontext der Angst vor den (unberechenbaren) „Völkern“ nach 1945. Auch auf nationaler Ebene stellt *Müller* seit den sechziger Jahren eine vermehrte Übertragung von Aufgaben auf Expertengremien fest. Vielfach findet sich auch der Gedanke, dass Europa mehr Output-Legitimation vorzuweisen habe als Input-Legitimation, mit anderen Worten, dass seine Normenproduktion durch die „Schaffung bedeutender Gemeinschaftsgüter, die den individuellen Lebensstandard anheben“, gerechtfertigt werde anstatt über demokratische Legitimation. *Pollak*³⁰ stellt dies in einen Kontext, in dem negative Integration (beschrieben als „inhärente neoliberale Neigung, die Marktliberalisierung“) vorherrsche gegenüber positiver („wohlfahrtsstaatlicher Sozialpolitik“), wobei dieser Schiefelage nur durch mehr output abgeholfen werden könne, was wiederum effiziente Entscheidungen erfordere. Und die könnten ihrerseits in bürokratischen Institutionen besser getroffen werden. Von anderen wie etwa *M. Kaufmann*³¹ wird, ganz ähnlich, die in der Übertragung von Souveränitätsrechten liegende Einbuße an demokratischer Legitimation dadurch gerechtfertigt, dass dadurch die (gemeinsamen) Handlungsmöglichkeiten erweitert würden. Und bereits im Jahr 2000 hat *v. Bogdandy* programmatisch von der „gubernativen Rechtsetzung“ als Modell der Zukunft gesprochen.³²

3. Angesichts dieser Entwicklung erscheint es nicht übertrieben, in den modernen politischen Herrschaftsmodellen von einer Abschwächung der alten Institutionen der Gewaltenteilung zu sprechen und deshalb die Rolle des Strafrechts als Mittel, die so viel mächtiger gewordene Exekutive zur Beachtung der gesetzlichen Grenzen ihrer Macht zu zwingen, heute um Vieles wichtiger zu qualifizieren als noch vor drei Jahrzehnten.

30 Repräsentation ohne Demokratie, 2007, S. 134 ff.

31 Europäische Integration und Demokratieprinzip, 1997, S. 485.

32 Gubernative Rechtssetzung, 2000.

IV. Die Wandlungen der Finanzsituation

1. Im Vorwort zum Bericht des Bundesrechnungshofes „Bemerkungen 2010 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes“ vom November 2010 hat der Präsident Folgendes ausgeführt:

„Die Wirtschafts- und Finanzkrise hat tiefgreifende Spuren in den öffentlichen Haushalten hinterlassen. Der Bund entfernte sich von dem zuvor eingeschlagenen Weg der Haushaltskonsolidierung und nahm neue Kredite auf, um dem Konjunkturereinbruch mit milliarden schweren Programmen entgegenzuwirken. Als Folge haben sich die Bundesfinanzen deutlich verschlechtert. Der Haushalt 2010 weist eine historisch hohe Neuverschuldung auf. Etwa jeder 5. Euro, der ausgegeben wird, muss über neue Kredite gedeckt werden. ... Im Finanzplan des Bundes sind bis zum Jahre 2014 neue Schulden von insgesamt 150 Milliarden € vorgesehen. Zusätzliche Risiken bergen die angestiegenen Bürgschaften, Garantien und Gewährleistungen. ... Erstmals gibt die neue verfassungsrechtliche Schuldenregel ein verbindliches Ziel für solide Staatsfinanzen vor. Sie verpflichtet dazu, die strukturelle Neuverschuldung erheblich abzubauen. Spätestens ab dem Jahre 2016 darf sie im Bundeshaushalt nicht mehr als 0,35% des Bruttoinlandsprodukts betragen. Das sind nach derzeitigem Stand rund 9 Milliarden €. Mit dem Haushalt 2011 und dem Haushaltsbegleitgesetz haben Regierung und Parlament einen ersten Schritt in diese Richtung getan. Bereits die Umsetzung dieser geplanten Einsparungen wird erhebliche Anstrengungen erfordern. Der eingeschlagene Konsolidierungskurs muss unterstützt werden durch wirtschaftliches und zielgerichtetes Verwaltungshandeln.“

Seit diesen Ausführungen des Bundesrechnungshofes haben sich die Risiken für den Bundeshaushalt weiterhin dramatisch erhöht. Am 29.09.2011 hat der Bundestag dem „Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen eines europäischen Stabilisierungsmechanismus“³³ zugestimmt, durch das die Gewährleistung der Bundesrepublik Deutschland für den sog. Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF), der am 21.7.2011 durch Beschluss der Staats- und Regierungschefs der Eurozone und der EU-Organe auf ein Volumen von 780 Milliarden € erweitert wurde, auf 211,0459 Milliarden € erhöht wurde. In der nächsten Zeit stehen Abstimmungen über das sog. 2. Hilfspaket für Griechenland und über den dauerhaften sogenannten Rettungsschirm „ESM“ an, durch die aller Voraussicht nach weitere Belastungen in Höhe eines zwei- bis dreistelligen Milliardenbetrages auf den bundesdeutschen Haushalt zukommen werden.

2. Was aus diesen neuen Ereignissen in tatsächlicher Hinsicht folgt, liegt auf der Hand: Der Bundeshaushalt und indirekt dadurch alle öffentlichen Haushalte werden in der Zukunft, ungeachtet aller ab 2016 durch die Verankerung

³³ Vom 9.10.2011, BGBl I S. 1992.

im Grundgesetz angeordneten, mit verfassungsändernder Mehrheit aber auch wieder eliminierbaren Beschränkungen der zulässigen Kreditaufnahmen unter einer enormen, in dieser Größenordnung vor 2 oder 3 Jahrzehnten nicht einmal vorstellbaren Belastung stehen. Auch die daraus zu ziehenden normativen Konsequenzen sind so lange eindeutig, wie die politischen Machtkonglomerate nicht eine verfassungsändernde Mehrheit im Bundestag erreichen und unter Tolerierung durch das Bundesverfassungsgericht einen „griechischen Weg“ beschreiten, demgemäß die ins Haus stehenden gewaltigen Haushaltslücken durch exorbitante Kreditaufnahmen in die Zukunft vorgetragen werden. Solange das noch nicht der Fall ist, können die weiteren Haushaltsbelastungen nur mithilfe einer strikten Ausgabendisziplin aufgefangen werden. Und daraus folgt wiederum für die Ergebnisse des vorliegenden Gutachtens, dass auf der Basis der gegenwärtigen Verfassungsrechtslage in Deutschland die Verhütung der Verschwendung von Haushaltsmitteln eine Dringlichkeitsstufe erreicht hat, die vor Jahrzehnten noch nicht existierte, im Grunde damals noch nicht einmal vorstellbar war.

V. Ergebnis

1. Die Ausgangsfrage lässt sich damit aufgrund von eindeutigen und auf allen Ebenen in die gleiche Richtung weisenden Befunden wie folgt klar beantworten: Die Frage einer wirksamen strafrechtlichen Unterbindung der Verschwendung öffentlicher Mittel stellt sich heute in einer faktisch wie normativ um mehrere Quantensprünge verschärften Form als zu derjenigen Zeit, als die maßgeblichen Gutachten von *Günther Kohlmann* und *Klaus Volk* erarbeitet worden sind. Das Rechtsgut, das staatliche Steueraufkommen und dessen im Gemeinwohl erfolgende Verwendung, befindet sich gegenwärtig in einer weitaus akutereren, geradezu existentiellen Gefährdung im Vergleich zur Situation etwa vor 3 Jahrzehnten. In der gleichen Zeit sind die strafrechtlichen Mechanismen zum Schutz dieses Rechtsguts auf der Seite der Steuererhebung in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis in einer vorher unbekannteren, radikalen Weise verschärft worden, während gleichzeitig die Tauglichkeit des Untreuetatbestandes zur Erfassung und damit Verhütung der Verschwendung öffentlicher Mittel durch die höchstrichterliche Rechtsprechung entscheidend reduziert, ohne eine hinzukommende ungerechtfertigte Bereicherung von Privatpersonen nahezu marginalisiert worden ist. Und daraus ergeben sich wieder mit logischer Stringenz eine ganze Reihe von Konsequenzen: Was vor drei Jahrzehnten als Forderung einer Ausdehnung des Strafrechts gelten konnte und deshalb auf alle Einwendungen gefasst sein musste, die sich aus dem damals in voller Blüte stehenden liberalen Rechtsstaat gegen eine Ausdehnung des Strafrechts geltend machten, ist heute sowohl unter tatsächlichen (d. h. effizienzbezogenen) Gesichtspunkten als auch

im Hinblick auf den fundamentalen Verfassungsgrundsatz der Gleichbehandlung schlechthin unbestreitbar geworden. Während das Bedürfnis nach einer korrekten Bewirtschaftung der Staatsausgaben in der gegenwärtigen Situation gewissermaßen zu einer Überlebensfrage der Staatsfinanzen geworden ist, ist gleichzeitig und in dazu gegensätzlicher Bewegung die Tauglichkeit des Untretuetatbestandes zur Erfüllung dieser Aufgabe infolge der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes immer weiter reduziert und in manchen Bereichen geradezu marginalisiert worden. Umgekehrt dazu ist die Strafverfolgung der Steuerverkürzung als spiegelbildliche Bedrohung der Staatsfinanzen auf allen Ebenen intensiviert und teilweise durch die Einführung von strafrechtlich dubiosen Geschäften mit kriminellen Informationsbeschaffern in einer das Steueraufkommen über die rechtsstaatlichen Erfordernisse stellenden Weise durchgesetzt worden. In Verbindung mit dem gleichzeitigen Abbau traditioneller Kontrollformen der parlamentarischen Demokratie infolge der Stärkung der Bürokratie hat sich die Ungleichbehandlung der Steuerverkürzung einerseits, der Steuerverschwendung andererseits geradezu zu einer Gefährdung der rechtsstaatlichen Struktur der Bundesrepublik Deutschland ausgewachsen. Eine erneute Untersuchung der Frage, inwieweit die Verschwendung öffentlicher Mittel strafrechtlich wirksam bekämpft werden kann und auch unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze bekämpft werden darf, ist deshalb heute noch weitaus dringlicher als vor drei Jahrzehnten.

2. Selbstverständlich muss bei jedem Reformvorschlag vorab geprüft werden, ob die bisherigen rechtlichen Institute nicht bereits ausreichend sind. Diese Auffassung ist in einem Schreiben des Chefs des Bundeskanzleramtes, Bundesminister *Roland Pofalla*, vom 21.06.2011 an den Präsidenten des Bundes der Steuerzahler in Beantwortung von dessen Schreiben vom 09.06.2011, in der der Präsident um Mitteilung bat, ob das Bundeskanzleramt spezielle Schritte zur Umsetzung der im Koalitionsvertrag niedergelegten entschlossenen Bekämpfung der Steuerverschwendung plane, in folgender Weise vertreten worden:

„In Bezug auf das Thema ‚Steuerverschwendung‘ bestehen in seiner rechtlichen Dimension zahlreiche Instrumentarien, mit denen die unrechtmäßige Verwendung von Haushaltsmitteln sanktioniert werden kann. Abgesehen von den bekannten Kontrollmechanismen im Verhältnis zwischen Regierung und Parlament unter Mitwirkung des Bundesrechnungshofes, die schon im Grundgesetz verankert sind, bietet das Beamten- und das Strafrecht aus meiner Sicht ein umfangreiches Instrumentarium, um konkretes Fehlverhalten einzelner Beamter entsprechend sanktionieren zu können Letztlich entscheiden die jeweiligen gewählten Parlamente auf Kommunal-, Landes- und Bundesebene mit Mehrheit darüber, für welchen Zweck die jeweils zur Verfügung stehenden Mittel verwendet werden sollen. ... Ich bin davon überzeugt, dass wir mit der neuen, im Grundgesetz verankerten Schuldenregel und den daraus resultierenden Konsolidierungserfordernissen in Zukunft noch stärker auf

die Effizienz der Mittelverwendung achten werden. Mit dem eingeleiteten Konsolidierungskurs kommt die Bundesregierung dem Auftrag aus dem Koalitionsvertrag, die Steuermittel noch wirtschaftlicher und sparsamer einzusetzen, bereits nach.“

Falls man diesen Brief beim Wort nimmt und darin nicht nur eine diplomatisch elegante Verbrämung der Tatsache sieht, dass im Koalitionsvertrag der Bundesregierung die Floskel von der „entschlossenen Bekämpfung der Steuerver Verschwendung“ reine politische Rhetorik ohne ernsthafte Handlungsabsichten gewesen ist, lässt sich Folgendes feststellen: Dass „die zahlreichen Instrumentarien, mit denen die unrechtmäßige Verwendung von Haushaltsmitteln“ nach Meinung des Kanzleramtsministers „sanktioniert werden kann“ (wobei insbesondere das „Strafrecht ein umfangreiches Instrumentarium bietet, um konkretes Fehlverhalten einzelner Beamter entsprechend sanktionieren zu können“), durch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes weitgehend paralytisiert worden sind, ist der vom Kanzleramtsminister zitierten eigenen „Sicht“ offensichtlich entgangen. Auch seine „Sicht des vom Beamtenrecht gelieferten umfangreichen Instrumentariums“ geht an der Realität durchweg vorbei, denn man braucht sich nur die Mühe zu machen, die zahlreichen Verschwendungsfälle nachzuvollziehen, die in den jährlichen Berichten des Bundesrechnungshofes und der Landesrechnungshöfe sowie in den Jahresberichten „Die öffentliche Verschwendung“ des Bundes der Steuerzahler verzeichnet sind, um angesichts des weitestgehenden Fehlens entsprechender Entscheidungen der Disziplinargerichte den Schluss zu ziehen, dass das Beamtenrecht nicht häufiger als das Strafrecht zur Sanktionierung der Fehlleitung öffentlicher Mittel verwendet wird. Das letzte Argument des Kanzleramtsministers schließlich, dass die Bundesregierung mit dem eingeleiteten (scil. Haushalts-) Konsolidierungskurs dem Auftrag aus dem Koalitionsvertrag nach noch (sic!) wirtschaftlicherem und sparsamerem Einsatz der Steuermittel nachkomme, verwechselt die Vorgaben des Haushaltsrechts mit deren Erfüllung und geht deshalb am Problem vorbei.

B. Die Beurteilung des Reformvorschlages von Kohlmann/Brauns

I. Inhalt

1. Der gewichtigste und am gründlichsten ausgearbeitete Reformvorschlag findet sich ohne Zweifel in dem im Auftrag des Bundes der Steuerzahler ausgearbeiteten Gutachten „Zur strafrechtlichen Erfassung der Fehlleitung öffentlicher Mittel“ von *Kohlmann* und *Brauns*, die auf S.124 die Einführung folgender neuer Strafvorschrift empfohlen haben:

- I. Wer als Amtsträger i. S. des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder als sonst für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter i. S. des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB die Ausgabe öffentlicher Mittel bewilligt oder vornimmt und weiß, dass die Bewilligung oder Ausgabe unzulässig oder nicht sachgerecht ist, wird bestraft.
- II. 1) Die Bewilligung oder Ausgabe öffentlicher Mittel ist unzulässig, wenn sie unter Verstoß gegen die für das Verfahren bei der Ausgabe öffentlicher Mittel geltenden einschlägigen Gesetze, Verordnungen oder sonstigen Rechtsvorschriften erfolgt.
- II. 2) Die Bewilligung oder Ausgabe öffentlicher Mittel ist nicht sachgerecht, wenn zwischen ihr und dem wirtschaftlichen Nutzen oder der Leistungsfähigkeit der Stelle, die die öffentlichen Mittel verwaltet, ein auffälliges Missverhältnis besteht.
- III. Der Täter wird ebenso bestraft, wenn er leichtfertig nicht weiß, dass die Bewilligung oder Ausgabe der öffentlichen Mittel unzulässig oder nicht sachgerecht ist.

2. Zu diesem Vorschlag ist bereits in dem vom Bundesjustizministerium vielfältigten Gutachten von *Volk* eine kritische Analyse vorgetragen worden. Das besondere Patent des Vorschlages *Kohlmann/Brauns* besteht darin, dass darin drei verschiedene Formen der Tatbestandsbildung unterschieden werden: Unter der Rubrik „Unzulässigkeit“ wird ein formeller Verstoß gegen das Haushaltsrecht als solcher pönalisiert; unter der Rubrik der „fehlenden Sachgerechtigkeit“ wird eine Verletzung der haushaltsrechtlichen Prinzipien von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit für den Fall pönalisiert, dass ein „auffälliges Missverhältnis besteht“; und schließlich wird in Abs. 3 ganz allgemein die leichtfertige Begehungsweise unter Strafe gestellt.

II. Die Kriminalisierung jeder unzulässigen Bewilligung oder Ausgabe?

Im Vergleich mit der strafrechtlichen Regelung der Haushaltsuntreue in § 266 StGB wird dabei der weitestgehende Reformvorschlag von der Alternative

der „unzulässigen Bewilligung oder Ausgabe öffentlicher Mittel“ gebildet, die die bloße Missachtung des Haushaltsrechts als solche pönalisiert. Mit dessen Überprüfung soll deshalb begonnen werden.

1. Nach dem Urteil von *Volk* (S. 63) „ist dieser Vorschlag nicht haltbar“. Hierbei bezieht sich *Volk* insbesondere auf die von *Kohlmann/Brauns* selbst gegebene Erläuterung, dass das Merkmal der Unzulässigkeit auch durch die Missachtung solcher Anordnungen erfüllt werden solle, die lediglich den „technischen Ablauf ausgabenwirksamer Vorgänge im Einzelnen“ regeln wie etwa Zuständigkeits- oder Geschäftsverteilungsvorschriften und Gegenzeichnungserfordernisse³⁴. Da die Kritik von *Volk* (im Unterschied zum Gutachten von *Kohlmann/Brauns*) nicht veröffentlicht worden, sondern nur im Bundesministerium der Justiz vervielfältigt worden und selbst in Universitätsbibliotheken nur ausnahmsweise greifbar ist, erscheint es sinnvoll, diese Kritik, soweit sie durchgreifend erscheint, vorstehend wiederzugeben:

„Dieses Merkmal (scil. der Unzulässigkeit) erfasst also sowohl die fundamentalen haushaltsrechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes wie auch Anordnungen, die lediglich den technischen Ablauf usw. regeln. Normverstöße, über deren strafrechtlichen Unrechtsgehalt sich reden ließe, werden mit solchen gleichgestellt, die allenfalls über das Recht der Ordnungswidrigkeiten sanktioniert werden dürften. Die Verfasser ... verweisen ... darauf, dass der Verstoß ja schuldhaft erfolgen müsse. Das aber ist im Ordnungswidrigkeitenrecht nicht anders. Von der Vorwerfbarkeit kann selbstverständlich nicht auf das kriminelle Gewicht des Vorwurfs geschlossen werden. Noch verwirrender ist der zweite Gegeneinwand, die Bedeutung des Merkmals ‚unzulässig‘ sei bei Verstößen gegen Verwaltungsvorschriften und Dienstanordnungen ‚verhältnismäßig gering‘, weil ‚durchweg auch die §§ 246, 263 oder 266 StGB eingreifen dürften‘³⁵. Andererseits plädieren die Verfasser deshalb für ein rigoroses Gefährdungsdelikt, weil der herkömmliche Schadensbegriff ausgeklammert werden müsse – zum ‚Eintritt eines solchen Schadens‘ kommt es in der Tat ‚in vielen der hier aufgeführten Fälle gerade nicht‘³⁶. Man kann nicht energischen Vorfeldschutz betreiben und zugleich behaupten, dass man sich noch immer in dem Bereich befindet, den es zu verlassen gelte: im Kernreich des Strafrechts nämlich.

Schwächen in der Verteidigung des Entwurfs müssen noch nicht Schwächen des Entwurfs selbst sein. Dass sie aber bestehen, lässt sich durch ein einfaches Beispiel aus dem Anwendungsbereich leicht bekräftigen. Zu den zentralen Verfahrensvorschriften des Haushaltsrechts zählt § 37 BHO. Danach bedürfen über- und außerplanmäßige Ausgaben der Zustimmung des Finanzministers. In den Rechnungshofberichten der Bundesländer ist es üblich, eingangs derartige Fälle aufgeschlüsselt mitzutei-

34 Kohlmann/Brauns, S. 134.

35 Unter Hinweis auf Kohlmann/Brauns, S. 134 Anmerkung 328.

36 Unter Hinweis auf Kohlmann/Brauns, S. 123.

len. Zu den typischen Ursachen der Überschreitungen gehört, dass man Anträge verspätet oder deshalb nicht stellt, weil man es versäumt hat, sich rechtzeitig über den Stand der verfügbaren Mittel zu unterrichten. Dies dürfte zumindest in einigen Fällen wenigstens gleichzeitig geschehen sein, so dass die Verantwortlichen nach dem Entwurf des Bundes der Steuerzahler strafbar gehandelt hätten. Die typische Bewertung durch die Rechnungshöfe jedoch lautet: „Die Notwendigkeit der Ausgaben, die zu den Überschreitungen geführt haben, wird in allen Fällen anerkannt“³⁷. Das Beispiel bekräftigt noch einmal, weshalb es nicht angeht, den Verstoß gegen Haushaltsrecht schlechthin unter Strafe zu stellen.“ (Volk S. 63 f.) ... Ob und in welchen Grenzen es legitim ist, mit Auffangtatbeständen zu arbeiten, braucht nicht grundsätzlich erörtert zu werden. Tolerabel sind sie nur, sofern sie, isoliert bewertet, kriminalpolitischen Maßprinzipien standhalten. Und das ist, wie sich gezeigt hat, für die 1. Alternative des Entwurfs nicht der Fall (Volk S. 66).“

2. Ob diese Kritik ganz oder vielleicht nur teilweise durchschlagend ist, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob bzw. inwieweit der Vorschlag der ausnahmslosen Bestrafung „unzulässigen“ Haushaltsgebarens die Grundvoraussetzung des Strafrechts beachtet, nämlich dass die Handlung des Täters Rechtsgüter verletzt oder gefährdet. Auf diese im Schrifttum ganz überwiegend vertretene Anforderung an die Legitimation von Straftatbeständen³⁸ ist auch vom BVerfG nur scheinbar verzichtet worden, indem es zwar einen dem Grundgesetz vorausliegenden und damit den Strafgesetzgeber einschränkenden Rechtsgutsbegriff abgelehnt³⁹, anschließend aber in seinen konkreten Überlegungen zur Strafwürdigkeit des Inzests durchweg Argumente angeführt hat, die⁴⁰ ohne Schwierigkeiten in die Rechtsgutstheorie integriert werden können.⁴¹

3. Dementsprechend muss man auch nach der Rechtsprechung des BVerfG angeben können, zum Schutze welchen Gutes das Strafrecht die ultima ratio

37 Unter Hinweis auf Rechnungshof Baden-Württemberg 1974, S.20.

38 Schünemann, in: Hefendehl u. a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 133 ff.; ders. in: v. Hirsch/Seelmann/Wohlens (Hrsg.), Mediating principles, 2006, S. 18, 19 ff.; Roxin, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 135; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7; ders. Festschrift f. Hassemer, 2010, S. 573 ff.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 5 ff., 42 ff.; ders. in: Hefendehl u. a., S. 119 ff.; ders. GA 2007, 1; Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 303 ff., 353 f.

39 BVerfGE 120, 224, 241 f. hat die Rechtsgutsdoktrin auf der sprachlichen Oberfläche ausdrücklich verworfen, ohne dafür mehr als einige oberflächliche Zitate vorwiegend Freiburger Autoren anzubieten und ohne die daran seit langem ausgearbeitete Antikritik (Schünemann, in: Hefendehl u. a. [Fn. 37], S. 147; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter [Fn. 37], S. 92 ff.; Neumann, GA 1999, 35, 39) zu berücksichtigen.

40 Freilich mit negativem Ergebnis, s. Duttge, Festschrift f. Roxin II, 2011, S. 227 ff.

41 S. die Kritik von Greco, ZIS 2008, 234; Hörnle, NJW 2008, 2085; Zabel, JR 2008, 453; Böttke, Festschrift f. Volk, 2009, S. 93 ff.; Roxin, StV 2009, 545 ff.

ist, und die spezifische und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz standhalten- de Schutzwürdigkeit dieses Gutes belegen können. Während dies für das Finan- zaufkommen des Staates noch niemals angezweifelt worden ist und auch dadurch bewiesen wird, dass unter allgemeiner Zustimmung die staatlichen Einnahmen mithilfe des Steuerstrafrechts streng geschützt werden – was die Notwendigkeit des Schutzes des Steueraufkommens gegen Verschwendung auf der anderen Seite nach sich zieht –, lässt sich der bloße Schutz des im Haushaltsrecht vorgeschriebenen Verfahrens mit der Parallele zur Steuer- hinterziehung nicht begründen. Denn bloße Verfahrensverletzungen sind ja im Steuerrecht gerade nicht pönalisiert. Sollte der Vorschlag von *Kohlmann/ Brauns* nur das Verfahren bei der Verausgabung von Haushaltsmitteln als sol- ches schützen, so würde das in ähnlicher Weise zu einem Ungleichgewicht führen, wie dies oben durch die Verschärfung des Steuerstrafrechts auf allen Ebenen gegenüber der gleichzeitigen Einschränkung des Untreuetatbestandes belegt worden ist.

4. Zwar gibt es vereinzelte Strafnormen, die eine Beeinträchtigung des Verfahrens als solches verhindern sollen, aber außerhalb einer besonderen Dignität des Verfahrens sind sie ausnahmslos dubios und umstritten, und sie kommen auch nicht als Generalklauseln vor, sondern in Form einer tatbestand- lichen Umschreibung. Ein Beispiel bieten etwa die Falschaussagetatbestände der §§ 153 ff. StGB, bei denen die mit der größten Dignität überhaupt ausge- statteten Verfahren, eben die Gerichtsverfahren, geschützt werden und bei denen die Tathandlung (die Falschaussage) genau bezeichnet ist. Schon die in § 264 StGB vorgenommene Erstreckung dieser Deliktsstruktur auf staatliche Subventionsverfahren wird vielfach im Schrifttum als eine Übersteigerung des Strafrechtsschutzes gebrandmarkt⁴². Von einer Erstreckung der Strafbarkeit auf jede Verfahrensverletzung ist aber auch das Subventionsstrafrecht weit entfernt.

5. Die angemessene Reaktion auf bloße Verletzungen des vorgeschriebenen Verfahrens muss also auf jeden Fall unterhalb der Schwelle des Strafrechts angesiedelt werden. Während für den Bürger hierfür nur das Ordnungswid- rigkeitenrecht in Betracht kommt, bietet sich für den Amtsträger auch das Disziplinarrecht an. Indem § 77 BBG (entsprechend die Beamtengesetze der Länder) ein Dienstvergehen in Form einer Generalklausel dahin definiert, dass der Beamte schuldhaft die ihm obliegenden Pflichten verletzt, und die Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens selbstverständlich zu den Pflichten des Beamten gehört, schildert Abs. 2 des Vorschlages von *Kohl- mann/Brauns* also exakt ein spezifisches Dienstvergehen, dessen Verfolgung

42 Zahr. Nachw. b. Fischer, StGB, § 264 Rdn. 3.

gem. § 77 Abs.3 BBG nach dem Bundesdisziplargesetz erfolgt. Indem ein Dienstvergehen bei jeder schuldhaften Pflichtverletzung eingreift, geht die mögliche Verfolgung hier sogar über die in Abs.3 des Vorschlages von *Kohlmann/Brauns* vorgesehene Verantwortlichkeit bei leichtfertigem Handeln hinaus, denn grundsätzlich genügt nach § 77 BBG einfache Fahrlässigkeit. Und auch die Sanktionen des Disziplinarrechts sind durchaus fühlbar: Gem. § 5 Abs.1 BDG können empfindliche Vermögenssanktionen verhängt werden (von der Geldbuße gem. Nr.2 über die Kürzung der Dienstbezüge gem. Nr.3 bis zur Zurückstufung gem. Nr.4), und gem. § 13 Abs.2 kann sogar die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis ausgesprochen werden, wenn der Beamte durch ein schweres Dienstvergehen das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit endgültig verloren hat.

6. Zwar lässt sich anhand der zugänglichen Urteile von Disziplinargerichten die Feststellung treffen, dass die Sanktionierung von Haushaltsverstößen im öffentlichen Dienst nicht besonders häufig erfolgt, so dass der vom Disziplinarrecht in der Praxis ausgeübte Sanktionsdruck relativ geringfügig ist. Auf ein praktisches Defizit bei der Normdurchsetzung trotz vorhandener Tatbestände für die disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit kann und sollte aber mit entsprechenden verfahrensrechtlichen Verbesserungen reagiert werden, auf die noch einzugehen ist. Ferner ergibt sich eine Sanktionslücke zweifellos daraus, dass das Disziplinarrecht nur für Beamte gilt, während im Bereich der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes nur das allgemeine Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, dessen einzige scharfe Waffe im Ausspruch der Kündigung besteht, so dass die elastischen Sanktionsmöglichkeiten von der Geldbuße über die Gehaltskürzung bis zur Versetzung in ein niedrigeres Amt in diesem Bereich fehlen. Auch diese Lücke kann aber keine Kriminalisierung rechtfertigen, weil es diesbezüglich an der ultima ratio fehlt: Als mildere Maßnahme käme in Betracht, entweder die Disposition über Haushaltsmittel (jedenfalls in größerem Umfange) allein Beamten vorzubehalten, oder aber auch bei Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst eine dem Disziplinarrecht nachgebildete Ahndungsmöglichkeit zu schaffen⁴³.

7. Als Ergebnis lässt sich deshalb festhalten, dass der Pönalisierungsvorschlag von *Kohlmann/Brauns* gem. Abs.2 S.1, wonach die bloße Verletzung von Verfahrensregeln bei der Verfügung über Haushaltsmittel generell unter Strafe gestellt werden soll, mit den allgemeinen Grundsätzen für den Einsatz des staatlichen Strafrechts nicht vereinbar ist; hierfür sollte es bei der gegenwärtigen Möglichkeit verbleiben, Dienstpflichtverletzungen von Beamten disziplinarisch zu ahnden.

43 Zur vermögensrechtlichen Haftung bereits *Kohlmann/Brauns*, S.51.

III. Reduzierung der relevanten Pflichtverstöße?

1. Zu prüfen bleibt, ob durch eine Einschränkung der relevanten Verstöße eine Reduktion auf den strafwürdigen Bereich möglich ist und der Verschlag eines neuen Straftatbestandes der unzulässigen Bewilligung oder Ausgabe öffentlicher Mittel dadurch mit rechtsstaatlichen Erfordernissen in Einklang gebracht werden kann, indem man den „Verstoß gegen die für das Verfahren bei der Ausgabe öffentlichen Mittel geltenden einschlägigen Gesetze, Verordnungen oder sonstigen Rechtsvorschriften“ entsprechend Abs.2 Nr.1 des Entwurfes von *Kohlmann/Brauns* dahin einschränkt, dass die Vorschriften dadurch charakterisiert werden, dass

„deren Zweck in der Sicherstellung einer wirtschaftlichen und sparsamen Bewirtschaftung öffentlicher Mittel besteht“.

2. Damit würde dem Vorwurf die Spitze genommen, dass hier ein reiner Formalverstoß mit Kriminalstrafe geahndet würde. Ein in dieser Weise die bloße Verletzung solcher Vorschriften pönalisierender Tatbestand, die auf den Schutz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit öffentlicher Haushaltsführung gerichtet sind, würde den von *Kohlmann/Brauns* vorgeschlagenen Straftatbestand auf den Bereich eines abstrakten Gefährdungsdelikts einschränken, das geradezu zum Kennzeichen des modernen Strafrechts avanciert ist und nach völlig überwiegender Auffassung in der Wissenschaft und nach einhelliger Rechtsprechung eine im Prinzip legitime Form strafrechtlicher Tatbestandsbildung darstellt. So hat das BVerfG etwa in der Kammerentscheidung NJW 2009, 2805 die Vorschrift des § 86 a StGB, die allein schon die Verwendung von nationalsozialistischen Symbolen unter Strafe stellt, als ein zulässiges abstraktes Gefährungsdelikat angesehen (Tz.13). Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Beispielsweise ist bereits in BVerfGE 28, 175 ff. lakonisch ausgesprochen worden, es könne keine Rede davon sein, dass abstrakte Gefährungsdelikte, weil sie sich nicht gegen die konkrete Gefährdung eines Rechtsguts richten, schlechthin verfassungswidrig seien. Im konkreten Fall ging es um den ehemaligen § 100e StGB, der die Unterhaltung von Beziehungen zu fremden Nachrichtendiensten als solche bestrafte; das war laut BVerfG verfassungsgemäß, weil diese eine Gefahrenlage zur Folge hätte, die wegen der ihr innewohnenden Entwicklungsmöglichkeiten eine möglichst frühzeitige Unterbindung durch strafrechtliche Repression geboten erscheinen lasse (Tz.44).

3. Die grundsätzliche Zulässigkeit abstrakter Gefährungsdelikte entbindet aber selbstverständlich nicht von der Prüfung, unter welchen Voraussetzungen sie im Einzelnen angemessen sind. Hierfür lassen sich allgemeine Regeln entwickeln, indem das Prinzip des Rechtsgüterschutzes durch Strafrecht auf seine Durchsetzbarkeit unter den Bedingungen der modernen industri-

ellen Massengesellschaft hin untersucht wird. Eine derartige Vorverlagerung der Strafbarkeit ist zwar entgegen der Meinung der sog. Frankfurter Schule nicht schlechthin rechtsstaatswidrig⁴⁴, denn sie kann insoweit, aber eben nur insoweit legitimiert werden, wie sie eine notwendige Anpassung des Strafrechts an den Wandel der sozialen Verhältnisse in der modernen Industriegesellschaft bedeutet. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass beispielsweise Lebensmittel anonymer Hersteller über mit der Massendistribution befasste Warenhausketten an anonyme Verbraucher verteilt werden, so dass sich die Kausalketten in der Anonymität der Massengesellschaft verlieren. Wenn unter deren Bedingungen gleichwohl noch ein Rechtsgüterschutz aufrecht erhalten werden soll, so muss der Hebel des Strafrechts bei der unerträglich gefährlichen Handlung als solcher einsetzen, also etwa bei der Herstellung und dem Inverkehrbringen von zur Gesundheitsbeschädigung geeigneten Lebensmitteln, weil ein Erfolgsdelikt für den Rechtsgüterschutz hier gewissermaßen zu spät kommen würde. Nichts anderes gilt für die Distribution von Kapitalanlagen auf einem Kapitalmarkt, auf dem der Emissionsprospekt längst die Rolle eines persönlichen Vertrauens übernommen hat und bei dem es außerdem für das Äquivalenzverhältnis von Investition und Beteiligungswert entscheidend auf den Risikowillen des korrekt informierten Anlegers ankommt. Der moderne Straftatbestand des Kapitalanlagebetruges gemäß § 264a StGB setzt infolgedessen mit Recht den strafrechtlichen Hebel bei der Verbreitung unrichtiger vorteilhafter Angaben in den an die Allgemeinheit adressierten Emissionsprospekten an und bestraft schon einen falschen Emissionsprospekt als solchen, nicht erst die Herbeiführung einer Vermögensbeschädigung. Die mit den abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten bewirkte Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes ist infolgedessen nur dann legitim, wenn eine für den Rechtsgüterschutz unentbehrliche kollektive Schaltstation geschützt wird.⁴⁵

4. Wenn man den von *Kohlmann/Brauns* vorgeschlagenen Tatbestand der Verletzung des Haushaltsrechts in der hier zur Diskussion gestellten Ein-

44 Die Frankfurter Kritik an den abstrakten Gefährdungsdelikten befindet sich etwa bei Hassemer, NSTz 1989, 553, 558; ders. in Philipps/Scholler (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, S. 89; ders., ZRP 1992, 378, 381; ders. in Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, S. 259, 299, 307; ders., StV 1995, 483, 484; Lüderssen, *Abschaffen des Strafrechts?*, 1995, S. 68; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, S. 54 ff. Eine Verteidigung der abstrakten Gefährdungsdelikte bei Kratzsch, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, S. 277 ff.; Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1989, S. 277 ff.

45 Damit sind diejenigen sensiblen Punkte im Rahmen einer weitgehend anonym und damit unkontrollierbar ablaufenden Massendistribution gemeint, an denen der Rechtsgüterschutzmechanismus durch Androhungsgeneralprävention effektiv ansetzen kann, am Beispiel des Vertriebs von Kapitalanlagen der Emissionsprospekt (Schünemann, in: Hefendehl u. a. [Fn. 37], S. 151; ders. in: v. Hirsch u. a. [Fn. 37], S. 29); der Begriff findet sich erstmals bei Schünemann, GA 1995, 213.

schränkung auf die der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Verwaltung dienenden Normen an den vorstehend entwickelten Kriminalisierungsmaximen misst, so ergibt sich Folgendes: Während beim Kapitalanlagebetrug der Prospekt als „kollektive Schaltstation“ identifiziert worden und der Straftatbestand des § 264 a dementsprechend als legitim befunden worden ist, wird dies für die Straftatbestände des Versicherungs- und Kreditbetruges (§§ 265, 265 b StGB) vielfach bezweifelt⁴⁶. Die in dem Entwurf von *Kohlmann/Brauns* in der hier zur Diskussion gestellten Einschränkung im Zentrum des Tatbestandes stehende Verletzung einer die Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit schützenden Norm kann ebenso wenig als eine kollektive Schaltstation angesprochen werden, weil die Normverletzung nämlich entweder direkt zur Beeinträchtigung der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit führt (und dann könnte diese Beeinträchtigung als solche bestraft werden) oder aber im konkreten Fall folgenlos geblieben ist, beispielsweise in der bei der Ausarbeitung des eigenen Vorschlages noch genauer zu analysierenden Konstellation, dass der Amtsträger das vorgeschriebene Ausschreibungsverfahren unterlassen, der im Wege einer freihändigen Vergabe abgeschlossene Vertrag sich aber nicht vom gerechten Preis entfernt, sondern für die öffentliche Hand und für den Vertragspartner gleichermaßen einen fairen Interessenausgleich bewirkt hat.

Damit ergibt sich, dass auch in der hier erwogenen Einschränkung die von *Kohlmann/Brauns* vorgeschlagene neue Strafvorschrift des hausrechtlichen Verstoßes als solchen nicht zu überzeugen vermag.

IV. Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Haushaltsverschwendung auf leichtfertiges Verhalten?

1. Wenn der Vorschlag von *Kohlmann/Brauns* gem. Abs.2 Nr.1, bereits die Vergabe von Haushaltsmitteln unter Verletzung haushaltsrechtlicher Regeln als solche zu pönalisieren, in Ermangelung der Erfüllung der vom Grundsatz „ultima ratio zum Rechtsgüterschutz“ an eine Strafnorm gestellten Anforderungen abzulehnen ist, so kommt die Bestrafung der bloßen Leichtfertigkeit gem. Abs.3 des Vorschlages erst recht nicht in Betracht. Aber selbst wenn der objektive Tatbestand für sich allein den Kriminalisierungsvoraussetzungen genügen würde, könnte die Ausdehnung der Strafbarkeit auf leichtfertiges Verhalten vor den traditionellen rechtsstaatlichen Grundsätzen der deutschen Strafgesetzgebung keinen Bestand haben. Zwar hat der bereits angesproche-

⁴⁶ Nachw. b. Fischer, StGB, § 265 Rdn, 2, § 265b Rdn. 5; Schönemann in Hefendehl u. a. (Fn.37), S. 151 f.

ne Straftatbestand des Subventionsbetruges (§ 264 StGB) den im Strafgesetzbuch mehr als ein Jahrhundert lang nahezu unverbrüchlich anerkannten Grundsatz, dass die Strafbarkeitsschwelle bei Delikten gegen Vermögensgüter erst im Falle eines mindestens bedingten Tatbestandsvorsatzes überschritten wird, preisgegeben und in Abs.4 auch leichtfertige Täuschungshandlungen unter Strafe gestellt. Hiergegen werden aber sogar ernste verfassungsrechtliche Bedenken erhoben⁴⁷, und ihre dogmatische Stimmigkeit wie ihre kriminalpolitische Legitimität wird ganz überwiegend verneint⁴⁸. Immerhin ließe sich für die Strafbarkeit der Leichtfertigkeit bei § 264 Abs.4 StGB noch geltend machen, dass der Bürger hier von sich aus im Eigeninteresse eine Subvention beantragt, auf die er verzichten könnte, wenn er sich über die Tatsachengrundlage seines Antrages nicht zuverlässig klar werden kann. Diese (schwache, aber immerhin existierende⁴⁹) Rechtfertigung würde aber bei der Disposition des Beamten über Haushaltsmittel nicht zur Verfügung stehen, weil der Beamte hierbei anders als der eine Subvention begehrende Bürger nicht im eigenen Interesse handelt und auch auf die Amtshandlung nicht verzichten kann, d.h. im Falle irgendwelcher Zweifel nicht einfach untätig bleiben darf, sondern nach der aus seiner Sicht besten Problemlösung suchen und diese durchführen muss. Leichtfertiges Verhalten ist dann eben ein Dienstvergehen gem. § 77 BBG, erreicht aber nicht die Schwelle der Strafwürdigkeit.

2. Zwar haben *Kohlmann/Brauns* die Strafbarkeit der Leichtfertigkeit keinesfalls selbst leichtfertig vorgeschlagen, sondern eine ganze Anzahl an Argumenten vorgeführt. Sie heben darauf ab, dass gerade im Bereich der Fehlleitung öffentlicher Mittel sich beobachten lasse, dass das Verhalten der Täter häufig von erstaunlicher Sorglosigkeit geprägt sei. Würden sie sich vor Bewilligung oder Ausgabe der in Rede stehenden Mittel über die bestehenden und zu beachtenden Vorschriften des Verwaltungsrechts informieren und ihr Handeln daran orientieren, käme es nicht zu Missgriffen, die dann den Unwillen der öffentlichen Meinung hervorrufen würden (*Kohlmann/Brauns*, S.140 f.). In diesen Fällen bestehe trotz des fehlenden Vorsatzes „gleichwohl ein Strafbedürfnis“. Eine Ausweitung des Strafrechts auf jedes fahrlässige Verhalten würde jedoch auf Kosten der für die Funktion der Verwaltung unerlässlichen Initiative des Einzelnen gehen, weshalb eine Beschränkung auf solche Sachverhalte angezeigt sei, in denen (entsprechend der im Zivilrecht

47 Hellmann NK-StGB § 264 Rn.7; Heinz GA 1977, 210 f.; Löwer JZ 1979, 621.

48 Eingehend Detzner, Rückkehr zum „klassischen“ Strafrecht und die Einführung einer Beweislastumkehr, 1998, S.57 ff.; Hack, Probleme des Tatbestandes Subventionsbetrug, 1982, S.125 ff.; Eberle, Der Subventionsbetrug nach § 264 StGB, 1983, S.148 ff.; Fischer, StGB, § 264 Rn.3, 3a, 36, der einen „offenkundigen Wertungswiderspruch“ sieht und von einer Bestrafung auf unklarer Grundlage und mit einem kaum mehr überblickbaren Strafbarkeitsrisiko spricht, Rn.36.

49 Vgl. Tiedemann NJW 1990, 2228; ders. in LK, § 264 Rn.6.

geläufigen Definition der groben Fahrlässigkeit) die Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden sei bzw. der Täter nicht beachtet habe, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Die Erfassung solch schwerwiegender Verstöße (scil. durch ihre Pönalisierung) sei geboten, um eine allzu große Sorglosigkeit im Umgang mit öffentlichen Mitteln auch (sic!) mithilfe des Strafrechts zu verhindern.

Aber diese Argumente können letztlich nicht überzeugen. Abgesehen davon, dass eine Prüfung der Unerlässlichkeit im Sinne der ultima-ratio-Regel nicht durchgeführt wird, wird die drohende „Kumulation“ der Ausdehnung des Strafrechts „nach unten“ nicht beachtet: Der vorgeschlagene Straftatbestand von Abs.1 i.V.m. Abs.2 Nr.1 und Abs.4 bestraft den bloßen Formalverstoß auch ohne einen entsprechenden Vorsatz des Täters und verlegt dabei die Strafbarkeit sowohl im objektiven als auch im subjektiven Bereich in einen doppelten Vorfeldbereich hinein. *Tiedemann*, von dem diese Konzeption ursprünglich am Beispiel des Subventionsbetruges entwickelt worden ist, hat mit folgenden Worten selbst eingeräumt, dass es hierbei darum geht, Beweisschwierigkeiten beim Nachweis des Vorsatzes durch einen Auffangtatbestand auszumanövrieren:

„Praktisch geht es darum dass die Strafgerichte häufig sehr weit gespannte, z.T. auch übertriebene Anforderungen an den Vorsatznachweis beim Subventionsbetrug stellen ... Die Forderung nach Inkriminierung der leichtfertigen Subventionserschleichung bedeutet daher die Einführung eines materiell-rechtlichen Auffangtatbestandes für Fälle, in denen der Vorsatznachweis prozessual auf der Grenze steht, weil z.B. ein Tatbestandsirrtum nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Gerade diese in der neueren Lehre zunehmend anerkannte Funktion der Leichtfertigkeitssanktionierung als Auffangtatbestand (Hinweis auf Cramer, Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971, S.90) hat auch im Steuerstrafrecht dazu geführt, leichtfertig begangene Steuerdelikte ausdrücklich zu erfassen.“⁵⁰

„Als wichtigste, freilich infolge ihrer einschneidenden Wirkung auf das Wirtschaftsleben keinesfalls generalisierbare Auffangmöglichkeit kommt die Inkriminierung leichtfertiger (grob fahrlässiger) Begehungsweisen in Betracht, wie sie in § 304 AO (entsprechend § 367 AO 1919) für die Steuerverkürzung von Anfang an vorgesehen ist“, mit der unmissverständlichen Formulierung auf S.49 Mitte: „Auch abgesehen von der Quasi-Vorsatzbestrafung bei der Inkriminierung der Leichtfertigkeit ...“⁵¹

Diese Ausführungen *Tiedemanns* machen unmissverständlich deutlich, dass es bei der Bestrafung der Leichtfertigkeit von der Zielrichtung her um nichts anderes als um einen Verdachtstatbestand geht und damit um einen Rückfall

50 Subventionskriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, 1974, S.326.

51 Tiedemann, Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, Gutachten C zum 49. Deutschen Juristentag 1972, S.48 f.

in den zu Beginn des 19. Jahrhunderts wegen seiner unerträglichen rechtsstaatlichen Mängel abgeschafften Inquisitionsprozess, in dem ganz allgemein bei einem fehlenden Tatnachweis die (freilich mildere) Bestrafung wegen des fortbestehenden Verdachts möglich war.⁵² Auch der Hinweis von *Tiedemann* auf die Darstellung des Ordnungswidrigkeitenrechts durch *Cramer* macht deutlich, dass es bei der Sanktionierung der Leichtfertigkeit richtigerweise nicht um eine Strafe, sondern nur um ein Bußgeld gehen kann. Dementsprechend hat auch der Gesetzgeber in der Abgabenordnung von 1977 die Strafbarkeit der Leichtfertigkeit abgeschafft und in § 378 AO die leichtfertige Steuerverkürzung lediglich als eine Ordnungswidrigkeit ausgestaltet, und hieran ist bis heute nicht gerüttelt worden.

Wenn selbst bei einer egoistischen Tat wie der Steuerhinterziehung die Leichtfertigkeit nicht bestraft, sondern nur mit Bußgeld bedroht wird, so verbietet sich eine Kriminalisierung der Leichtfertigkeit bei der nicht von persönlichem Egoismus beherrschten Bewirtschaftung öffentlicher Mittel erst recht. Nachdem *Kohlmann* als Kommentator des Steuerstrafrechts selbst auf die Angemessenheit einer bloßen Bußgeldandrohung im Falle einer leichtfertigen Steuerhinterziehung hingewiesen hat (*Kohlmann*, Steuerstrafrecht, § 378 AO Rn. 7), ist es nicht überzeugend, dass er bei dem Gegenstück der fehlerhaften Bewirtschaftung öffentlicher Mittel ohne Berücksichtigung dieser Parallele die Bestrafung der Leichtfertigkeit vorgeschlagen hat. Dieser Reformvorschlag kann deshalb nicht gebilligt werden.

V. Der Vorschlag zur Bestrafung der nicht sachgerechten Bewirtschaftung öffentlicher Mittel

1. Äußerst beachtlich ist dagegen folgender im Gutachten von *Kohlmann/Brauns* als Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. Abs. 1 vorgeschlagene neue Straftatbestand:

Wer als Amtsträger pp. die Ausgabe öffentlicher Mittel bewilligt oder vornimmt und weiß, dass die Bewilligung oder Ausgabe ... nicht sachgerecht ist, wird bestraft. (Sie ist nicht sachgerecht,) wenn zwischen ihr und dem wirtschaftlichen Nutzen oder der Leistungsfähigkeit der Stelle, die die öffentlichen Mittel verwaltet, ein auffälliges Missverhältnis besteht.

Wenn man den Inhalt dieser 2. Alternative mit demjenigen der 1. vergleicht, so ist eine enorme Anreicherung der Unrechtsmaterie unverkennbar: Indem die Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung in den Tatbestand aufgenommen wird, geht es direkt um den schonenden Umgang mit dem öffent-

⁵² Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 177 f.; Schmoeckel, Humanität und Staatsräson, 2000, S. 295 ff.

lichen Vermögen, regelmäßig also mit dem Steueraufkommen. Bei diesem Tatbestand, mit dem „auf eine inhaltliche Bewertung der einzelnen Ausgabe“ abgestellt werden sollte (*Kohlmann/Brauns*, S. 135), sollten die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in einer Weise gesetzestechisch verarbeitet werden, dass die Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit dieser Begriffe, die auch von *Kohlmann/Brauns* geteilt wurden, ausgeräumt würden (*Kohlmann/Brauns*, S. 135, 138). Im Text des Gesetzesvorschlages wird ausdrücklich auf das Verhältnis zwischen den aufgewendeten öffentlichen Mitteln und dem wirtschaftlichen Nutzen abgestellt, womit direkt an das gängige Verständnis des haushaltsrechtlichen Prinzips der „Wirtschaftlichkeit“ (§§ 5, 6 HGrG; 6, 7 BHO; 17, 26 RHO etc.) angeschlossen wird, wonach ein optimales Verhältnis zwischen eingesetzten Mitteln und angestrebtem Nutzen zu erzielen ist – so dass dieser Grundsatz verletzt ist, wenn der Nutzen im konkreten Fall mit einem erheblich geringeren finanziellen Einsatz zu erreichen gewesen wäre⁵³. Außer den Bedenken wegen der Bestimmtheit bzw. Unbestimmtheit dieser Grundsätze haben *Kohlmann/Brauns* auch die Bedenken wegen des unklaren und umstrittenen logischen Verhältnisses von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dadurch zu eliminieren versucht, dass sie den Oberbegriff der fehlenden Sachgerechtigkeit in ein Missverhältnis der Aufwendungen zum „wirtschaftlichen Nutzen“ einerseits und zur „Leistungsfähigkeit der Stelle andererseits“ ausdifferenziert haben. Die unterschiedlichen Perspektiven werden am Beispiel des Erwerbs eines Rembrandt-Gemäldes für 5 Mio. DM durch eine Gemeinde zu Repräsentationszwecken erläutert: Wenn dieses Gemälde oder ein anderes dieser Art und Qualität nur zu diesem Preis auf dem Markt zu erwerben war, sei der wirtschaftliche Erfolg der Ausgabe durchaus gegeben (weshalb ausdrücklich ein „Schaden“ verneint wird); dagegen fehle es an dem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde, wenn deren Mittel gering und zu einem hohen Anteil für bestimmte Aufgaben gebunden sind und dadurch die Verfügbarkeit genügender Mittel für die Erfüllung anderer Aufgaben gefährdet wird, deren Erfüllung aber (etwa infolge gesetzlicher Pflichten) geboten oder unumgänglich ist (*Kohlmann/Brauns*, S. 139 f.). Das bei der Formulierung des Gesetzgebungsvorschlages neue und für ihr Profil entscheidende Patent, nämlich die Forderung eines „auffälligen“ Missverhältnisses, wird dabei von *Kohlmann/Brauns* nur mit dem knappen Hinweis begründet, dass dieser Begriff bereits Eingang in das StGB gefunden habe, nämlich in Gestalt des Wucherparagrafen § 202a (S. 139).

53 Vgl. VV Nr. 1 zu § 7 BHO, wo die bestmögliche Nutzung der Ressourcen verlangt wird; Wiesner/Westermeier, Das staatliche Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen, 8. Auflage 2007, S. 50 ff.; zum umstrittenen Verhältnis von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit siehe von Armin, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 19, 119 u.ö.; Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 48 ff.; B. Fischer, JZ 1982, 6 ff.; Grupp, JZ 1982, 231 ff.; Wolf, Strafbarkeit, S. 134 ff.; Kohlmann/Brauns, Fehlleitung, S. 21 f.

2. Die Beurteilung dieses Vorschlages in den beiden ausführlichsten Kritiken durch *Volk* einerseits, *Wolf* andererseits ist unterschiedlich ausgefallen.

a) *Volk* weist zunächst darauf hin, dass man nicht allein auf den wirtschaftlichen Nutzen abstellen könne, weil ja auch der soziale, kulturelle etc. Nutzen einbezogen werden müsse, wenn nicht der Strafrichter ohne Legitimation die Prioritäten zu verändern und die Wertentscheidungen der Verwaltung durch eigene zu ersetzen befugt sein solle, was nicht statthaft sei. Infolgedessen komme es schlicht auf einen Vergleich von Nutzen und Aufwand an, wonach die Formel gegenüber dem allgemeinen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit keinen Präzisionsvorteil mehr besitze (*Volk* S. 67). Entsprechendes gilt nach der Kritik von *Volk* auch für das Kriterium der „Leistungsfähigkeit“, das gegenüber dem Haushaltsgrundsatz der „Sparsamkeit“ keinen Präzisierungsvorteil bringe, weil es auch hier wiederum letztlich darum gehen würde, in welchem Umfang die Strafjustiz befugt sein könnte, die Entscheidung der für die Auswahl der zu verwirklichenden Zwecke und deren Reihenfolge zuständigen Organe durch eine eigene Entscheidung zu ersetzen, mit der die Rechtsprechung in die Bereiche der Legislative oder Exekutive eingreifen würde. Letztlich kann die Rechtsprechung nach Auffassung von *Volk* nur befugt sein, eine schädigende Verwendung der Haushaltsmittel festzustellen, so dass durch die Umformulierung von *Kohlmann/Brauns* letzten Endes wieder der Vermögensschaden in Gestalt der Zweckverfehlung zum entscheidenden Strafbarkeitskriterium genommen werde (S. 69). *Volk* zieht daraus die Konsequenz, dass es nur darum gehen könne, „die verhältnismäßig wenigen Fälle eklatanter Misswirtschaft zu unterbinden und zu sanktionieren“, nicht aber darum, „dass das Qualitätsniveau der ordentlichen Verwaltung durch verstärkten Druck auf alle gesenkt wird“ (S. 74). Auf der von ihm bei der Interpretation des Schadensbegriffs gelegten Basis, dass für die Wirtschaftsführung der öffentlichen Hand der Vermögensbegriff überhaupt in der planvollen Disposition und dementsprechend der Schaden in deren Beeinträchtigung bestehe (S. 29), sucht *Volk* einen neuen Straftatbestand, der dem § 266 StGB qualitativ äquivalent sei, und schlägt hierfür folgende Formulierung vor:

„Wer als Amtsträger etc. gegen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften zur Sicherung einer ordnungsgemäßen Haushalts- und Wirtschaftsführung verstößt und dadurch öffentliche Mittel sachwidrig verkürzt, wird bestraft.“

Volk selbst meint, ob dieser Vorschlag inhaltlich etwas Neues bringe, hänge davon, wie man den Schadensbegriff definiere, weshalb man den Vorschlag dogmatisch als überflüssig bezeichnen könne, doch würde er unter dem pragmatischen Aspekt der Gesetzesanwendung und aus kriminalpolitischen Gründen zweckmäßig sein können. Den Vorteil gegenüber der Formulierung von *Kohlmann/Brauns* sieht *Volk* darin, dass es sich um einen zweistufigen Tatbestand handelt, bei dem zusätzlich zu dem materiellen Fehler (der „Verkür-

zung“) eine Verletzung der maßgeblichen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften hinzukomme (S. 76). Da von *Volk* aber insbesondere auch die materiellen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit hierunter subsumiert werden (ebenfalls S. 76), stellt sein Vorschlag in dieser Hinsicht nur eine sprachliche Umformulierung, aber keine sachliche Veränderung gegenüber dem Vorschlag von *Kohlmann/Brauns* dar. *Volk* nähert sich sogar dem Vorschlag von *Kohlmann/Brauns* dadurch an, dass er eine Legaldefinition der „sachwidrigen Verkürzung“ dahingehend zur Debatte stellt, dass

„der Einsatz der Mittel dem im Haushaltsplan vorgesehenen Zweck nicht entspricht, ... das Maß des Notwendigen und Üblichen wesentlich übersteigt oder wenn zwischen Aufwand und Nutzen ein auffälliges Missverhältnis besteht.“ (S. 78)

Indem *Volk* zusätzlich bekräftigt, dass nicht jeder Abweichung vom Optimum der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als schädliche Folge gelte, die Divergenz vielmehr wesentlich und das Missverhältnis auffällig sein müsse (S. 81), schwenkt er im Grunde genommen vollständig auf den Vorschlag von *Kohlmann/Brauns* ein.

b) Während *Volk* damit ungefähr auf der inhaltlichen Linie von *Kohlmann/Brauns* liegt, darin aber zugleich nur eine Klarstellung durch eine äquivalente Formulierung zu § 266 StGB sieht, lehnt *Wolf* jede Schaffung zusätzlicher Straftatbestände (auch wenn sie ausdrücklich auf den Schaden verzichten würden) mit der Begründung ab, dass nach richtiger Interpretation des § 266 StGB jede haushaltsgesetzwidrige Ausgabe der Mittel für die öffentliche Hand diesen Tatbestand erfülle. Für die Schaffung eines ergänzenden Tatbestands sei deshalb kein Raum; umgekehrt entstünde dadurch die Gefahr, dafür einen geringeren Strafraum vorzusehen und dementsprechend die Vergeudung öffentlicher Mittel zu privilegieren⁵⁴. Erst wenn man nicht von der Gesetzeslage, sondern von der fehlerhaften Praxis ausgehe, die rechtswidrige Verwendung von öffentlichen Mitteln wegen angeblichen Fehlens eines Schadens regelmäßig nicht zu verfolgen, sei die Forderung nach einem ergänzenden Tatbestand wohlbegründet. Denn durch die heutige Praxis würden die viel beschworenen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu einer Farce. Der Vorschlag von *Kohlmann/Brauns* gem. Abs. 2 Nr. 2 sei aber deshalb abzulehnen, weil er nur solche regelwidrigen Ausgaben erfasse, bei denen ein „auffälliges“ Missverhältnis vorliege, während auch „unauffällige“ Verstöße gegen haushaltsgesetzliche Bestimmungen strafwürdig seien. Dasselbe ergebe sich bezüglich des Verhältnisses zur „Leistungsfähigkeit der Stelle“, weil rechtswidrige Ausgaben auch bei leistungsfähigen Stellen strafrechtlich verfolgt werden müssten. Richtigerweise reiche eben für die Strafwürdigkeit wegen Untreue jede Verfügung über fremdes Vermögen aus, bei der der Ver-

54 Wolf, Strafbarkeit, S. 180.

fügende eine ihm auferlegte Beschränkung verletze – weshalb jede Schaffung von Sondertatbeständen einen historischen Rückschritt gegenüber dem in § 266 StGB erreichten Niveau bedeute (S. 182 f.).

Was die Strafbarkeit der Leichtfertigkeit anbetrifft, so hält *Wolf* sie ebenfalls für verfehlt; stattdessen genügen, so muss er verstanden werden, die disziplinarrechtlichen Regelungen bis hin zu einer Entfernung des leichtfertig handelnden Beamten von seiner Stelle (S. 183–186).

Diese Kritik von *Wolf* hat aber zur Prämisse, dass in praktisch allen in der Diskussion befindlichen Fällen die Erfüllung des Untreuetatbestandes bejaht werden kann, was wiederum auf seinem eigenwilligen Begriff des Vermögensschadens beruht. Der kann aber aus zwei Gründen nicht überzeugen. Weil für die in diesem Gutachten angestellten Reformüberlegungen wegen ihrer praktischen Ziele die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zugrunde zu legen ist, könnte die dogmatische Position von *Wolf* dahingestellt bleiben, denn der Bundesgerichtshof ist ihm nicht gefolgt, sondern hat genau umgekehrt den Anwendungsbereich der Amtsuntreue noch stärker eingeschränkt, als zum Zeitpunkt der Erstattung des Gutachtens von *Wolf* bekannt war. Der Schadensbegriff von *Wolf* kann aber auch in der Sache nicht überzeugen, weil er sich vollständig vom wirtschaftlichen wie auch von dem verbesserten integrierten Vermögensbegriff⁵⁵ entfernt und einen rein personalen Vermögensbegriff vertritt, der keinerlei Kompensationen zulassen will⁵⁶. Ein derartiger Schadensbegriff wird nicht nur einhellig abgelehnt, sondern ist auch in der Sache nicht akzeptabel, weil er aus Vermögensdelikten reine Delikte gegen die bloße Dispositionsfreiheit machen würde.

Der auch von Volk übernommene Vorschlag von *Kohlmann/Brauns* bietet sich deshalb als Ausgangspunkt für die weiteren Reformüberlegungen an, bedarf aber im Hinblick auf die eingangs ausführlich dargestellten Wandlungen in den normativen und politischen Randbedingungen einer weiteren Untersuchung und ggf. Fortentwicklung und Ergänzung.

55 Zu den Begriffen des Vermögens und des Vermögensschadens eingehend Tiedemann LK § 263 Rdn. 127 ff.; Hefendehl MüKo § 263 Rdn. 294 ff. und Sch/Schröder/ Cramer/ Perron § 263 Rdn. 78 ff. zufolge der seit RGSt. 44, 230, 233 ständig festgehaltenen Rechtsprechung des RG und des BGH ist Vermögen die Summe aller geldwerten Güter nach Abzug der Verbindlichkeiten s. nur BGHSt. 16, 220, 221; BGH NJW 1975, 3235; BGH NSTZ 1986, 455; BGH wistra 1986, 24. Zum integrierten Vermögensbegriff, der das Vermögen als eine in Geldeswert ausdrückbare, rechtlich konstituierte Herrschaft über Gegenstände oder soziale Interaktionen versteht, LK/Schünemann, § 266 Rdn. 166. Ebenso im Kern Hefendehl S. 115 ff.; Hefendehl MüKo § 263 Rdn. 33 ff. als sog. „normativ-ökonomischer Vermögensbegriff“; Tiedemann LK¹¹ § 263 Rdn. 132 als sog. „integrierte (institutionelle) Vermögenslehre“.

56 *Wolf*, Strafbarkeit, S. 58 ff., 246 ff.

C. Entwicklung eigener Reformvorschläge

I. Grundsätzliches

1. Wie eingangs dieses Gutachtens ausführlich dargelegt worden ist, hat sich zwar nicht die Gesetzeslage, aber die rechtliche Handhabung durch die Strafverfolgungsbehörden, vor allem die Strafgerichte und auch das Bundesverfassungsgericht gegenüber den Entstehungszeiten der über die gleichen Rechtsfragen ergangenen Gutachten von *Kohlmann/Brauns, Volk und Wolf* wesentlich geändert, soweit es den Bereich der Steuerverschwendung betrifft. Soweit es den Referenzbereich der Steuerverkürzung auf der Einnahmenseite betrifft, hat sich auch die Gesetzeslage dramatisch verändert, und zwar im Sinne eines immer intensiveren Schutzes der Steuereinnahmen und einer Verstärkung des auf den Steuerbürger ausgeübten Sanktionsdrucks. Diese Entwicklung fügt sich zugleich unter wechselseitiger Verstärkung in die allgemeine Tendenz eines unerhörten Machtzuwachses der Exekutive auf nationaler und europäischer Ebene, wodurch die in einem auf dem Prinzip der Gewaltenteilung aufgebauten Rechtsstaat unverzichtbare Anweisungsgewalt der Legislative und Kontrollgewalt der Judikative wesentlich geschwächt worden sind. Die unzulängliche Verfolgung und Sanktionierung von Steuerverschwendungen durch Amtsträger, die in allen drei Gutachten übereinstimmend festgestellt und zum Anlass unterschiedlicher Handlungsempfehlungen genommen worden ist, hat sich demzufolge bis heute sowohl auf der Legitimationsebene als auch auf der Effizienzebene wesentlich intensiviert: Das inzwischen extreme Ungleichgewicht zwischen der ständigen Verschärfung des Strafrechts bei der Sicherung der Steuererhebung bei gleichzeitigem weitestgehendem Zurückweichen bei der Verhinderung der Steuerverschwendung führt unabhängig davon zu einer vom Gesetzgeber nicht mehr tolerierbaren Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes, ob bereits die vom Bundesverfassungsgericht nur nachprüfbare Willkürschwelle überschritten ist. Diese Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wird durch die Regierungspraxis der letzten Jahre in ein besonders grelles Licht gestellt, indem zunächst die gigantischen und selbstverschuldeten Verluste der deutschen Banken aufgrund von unverantwortlichen Spekulationsgeschäften, die von *Sinn* als „*Kasino-Kapitalismus*“ bezeichnet worden sind und die zumindest den objektiven Untretetatbestand in bisher noch niemals gekannter Dimension erfüllt haben⁵⁷, mit Finanzhilfen in einem Gesamtumfang von 590 Milliarden € aufgefangen und damit quasi „belohnt“ worden sind, ohne dass gleichzeitig auf einer Rückzahlung der zuvor auf die letztlich wertlosen Papiere in großem Umfange vergüteten Boni oder

57 Siehe *Sinn, Kasino-Kapitalismus, 2009*; *Schünemann – Hrsg. – , Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, 2010.*

auf der Sicherstellung einer grundlegend anderen Geschäftspolitik bestanden worden wäre; und indem diese Politik schon unmittelbar darauf weiter fortgesetzt worden ist, indem mehreren Staaten der Euro-Zone nach ihrer die Maastricht-Kriterien missachtenden Schuldenpolitik „Rettungsschirme“ in unterschiedlichen Konstruktionsformen zugewendet worden sind, deren Ausdehnung auf erneute Bankenrettungsaktionen bei Abfassung dieses Gutachtens unmittelbar bevorsteht, so dass die Banken abermals für eine unsolide Politik der Vergabe viel zu hoher Kredite an fragwürdige Schuldner mit der Zuführung neuer Liquidität „belohnt“ würden. Unabhängig von der Frage, ob solche Maßnahmen aufgrund von notstandsähnlichen Situationen zur Verhinderung noch schlimmerer Übel getroffen werden mussten bzw. müssen, etabliert sich dadurch ein ständig neue Dimensionen der Quantität erreichendes Paradigma der Inanspruchnahme von Steuermitteln zur Abwehr von Konsequenzen schlimmster Misswirtschaft.

2. Aus der verfassungsrechtlichen Zweckbestimmung des Strafrechts, die ultima ratio zum Rechtsgüterschutz zu bilden, lässt sich unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Standes von Gesetzgebung und Rechtsprechung, der heutigen Emanzipation der Bürokratie von den in der Verfassung vorgesehenen Kontrollen und der gegenwärtigen prekären Haushaltsverhältnisse, die sich sämtlich von der Situation bei Ausarbeitung der Gutachten von *Kohlmann/Brauns, Volk und Wolf* grundlegend unterscheiden, mit praktischer Notwendigkeit der Schluss ziehen, dass nur durch eine Änderung auf der Gesetzgebungsebene ein in der Praxis wirksamer Schutz der öffentlichen Haushalte vor Verschwendung hergestellt werden kann. Dass die Rechtsprechung ohne eine solche Gesetzesänderung allein wegen der Überzeugungskraft der im Gutachten von *Wolf* entwickelten Interpretation des § 266 StGB die weitgehende faktische Entkriminalisierung seit der Bugwellen-Entscheidung BGHSt 43, 293 zurücknehmen wird, ist umso weniger zu erwarten, als das BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung zur Untreue an eine (abermalige) Rechtsprechungsänderung zum Nachteil der Betroffenen verschärfte Anforderungen stellen will (BVerfGE 126, 170, 199). Andererseits hat das BVerfG in dieser Entscheidung die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als grundsätzlich zulässige Maßstäbe zur Abgrenzung des Strafbarkeitsbereiches anerkannt, sofern hierbei eine restriktive Auslegung im Sinne eines „Eingrenzungsgebots“ beachtet wird (BVerfGE 126, 170, 217 f.). Ferner hat es in dieser Entscheidung die neuere Rechtsprechung des BGH, die die Führung schwarzer Kassen sogar in der Privatwirtschaft als eine Untreue per se qualifiziert, als mit den Anforderungen des Grundgesetzes an die Interpretation von Strafgesetzen vereinbar angesehen (BVerfGE 126, 170, 212 ff.), woraus erst recht folgt, dass der Gesetzgeber nicht gehindert ist, in einer wirtschaftlich vielleicht vernünftigen, aber eben nach den allein maßgeblichen Entscheidungen des Geschäftsherrn nicht gestatteten Vermögensdisposition ein strafwür-

diges Verhalten zu sehen und dementsprechend ausdrücklich zu kriminalisieren. Allerdings muss dabei auch auf die qualifizierten Anforderungen an einen Amtsträger Rücksicht genommen werden, der nicht im eigenen, sondern im öffentlichen Interesse handelt und nicht untätig bleiben darf, weshalb ihm in Zweifelsfällen ein Weg zur Verfügung gestellt werden muss, mit dem er das Strafbarkeitsrisiko ausschließen kann.

Aus allen diesen Prämissen lässt sich das nachfolgende Konzept eines Spezialtatbestandes der Haushaltsuntreue ableiten, dessen praktische Notwendigkeit von der Frage, ob „eigentlich“ der § 266 StGB bereits so hätte ausgelegt werden müssen, vollständig unabhängig ist.

II. Gesetzgebungsvorschlag für die Schaffung eines neuen § 349 StGB: Haushaltsuntreue

1. Als Ergebnis der eine Erweiterung im StGB betreffenden Überlegungen wird folgende neue Vorschrift als § 349 StGB vorgeschlagen:

Abs. 1: Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der die Ausgabe öffentlicher Mittel bewilligt oder vornimmt und dabei wesentliche haushaltsrechtliche Vorschriften missachtet, die zur Sicherung des Entscheidungsmonopols der für die Aufstellung des Haushaltsplanes zuständigen Stelle oder der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Haushaltsführung dienen, ohne durch ein unabweisbares Bedürfnis hierzu gezwungen zu sein, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Abs. 2: Ebenso wird ein Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter bestraft, der im Rahmen seines Zuständigkeitsbereichs über die Bewilligung oder Ausgabe öffentlicher Mittel entscheidet, wenn zwischen dieser und dem mit dem Haushaltsansatz verfolgten Nutzen oder der Leistungsfähigkeit der Stelle, die die öffentlichen Mittel verwaltet, ein auffälliges Missverhältnis besteht.

Abs. 3: Folgende haushaltsrechtliche Vorschriften sind wesentlich im Sinne von Abs. 1: Die Beschränkung von Verpflichtungsermächtigungen und die Einhaltung der für Ausnahmen geltenden Bedingungen (§ 22 HGrG); die Begrenzung von Gewährleistungen und Kreditzusagen (§ 23 HGrG); die Bedingung für die Gewährung von Zuwendungen (§ 26 HGrG); die Regelung der sachlichen und zeitlichen Bindung (§ 27 HGrG); die Regelung für Personalausgaben (§ 28 Abs. 2 HGrG) und die Regelungen über Baumaßnahmen und größere Beschaffungen (§ 29 HGrG). Dasselbe gilt für die entsprechenden Vorschriften des kommunalen und für vergleichbare Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts geltenden Haushaltsrechts.

Abs.4: Die Strafbarkeit entfällt, wenn der Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete die geplante Maßnahme der zur Rechnungsprüfung berufenen Stelle mitgeteilt und diese die Unbedenklichkeit bestätigt hat.

Abs.5: Amtsträger im Sinn dieser Vorschrift sind auch die Mitglieder von kommunalen oder vergleichbaren Vertretungsorganen, die mit haushaltswirksamen Entscheidungen befasst sind.

2. Zur Begründung ist über die bisher angestellten und die Herleitung des Vorschlages im Einzelnen plausibel machenden Überlegungen noch Folgendes auszuführen:

a) Abs.2 entspricht im Kern den Vorschlägen von *Kohlmann/Brauns* und *Volk*, deren Verwirklichung angesichts der seither eingetretenen Entwicklung eine von redlichen Diskussionsteilnehmern nicht mehr zu bestreitende Dringlichkeit erlangt hat. Das erstmals im Vorschlag von *Kohlmann/Brauns* enthaltene Tatbestandsmerkmal des „auffälligen Missverhältnisses“ wirkt aus zwei Gründen geradezu wie die alexandrinische Lösung des Gordischen Knotens: Das BVerfG hat in der oben zitierten Entscheidung BVerfGE 126, 270 durch die Aufstellung eines „Eingrenzungsgebots“ den dadurch bewirkten Sicherheitskordon im Interesse des sonst einem unkalkulierbaren Strafbarkeitsrisiko ausgesetzten Beamten ausdrücklich gefordert, wenn auch ohne dafür bereits eine Formulierung vorzugeben. Die Formulierung des „auffälligen Missverhältnisses“ ist aber deshalb geradezu eine Ideallösung zur Beschwichtigung etwaiger aus dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art.103 Abs.2 GG abzuleitender Bedenken, weil sich dieses Kriterium im Wuchertatbestand des § 291 (früher: § 301 a) StGB seit langem findet und hier sogar die Funktion besitzt, der der Idee nach unbegrenzten Privatautonomie des Bürgers eine strafrechtliche Schranke zu setzen. Was hier dem Bürger ohne weiteres als Grenze seiner privaten Willkür zugemutet wird, kann aber einen Beamten, der auch im Rahmen seiner Kompetenz nur nach pflichtmäßiger Ermessensausübung tätig werden darf, nicht unangemessen belasten. Indem der Tatbestand, wie aus § 15 StGB folgt, Vorsatz voraussetzt, besteht auch für den Beamten, der über die das auffällige Missverhältnis begründenden Tatsachen irrt, kein Strafbarkeitsrisiko, weil er dann einem Tatbestandsirrtum gem. § 16 StGB erliegt. Kennt er dagegen alle Gesichtspunkte, die das auffällige Missverhältnis begründen, so ist die falsche Bewertung ein bloßer Subsumtionsirrtum, der den Vorsatz unberührt lässt und nur einen Verbotsirrtum gem. § 17 StGB zur Folge hat⁵⁸.

58 LK/Wolff, § 291 Rn.58 m.w.N.; LK/Schünemann, § 266 Rn.153 f. zur Pflichtwidrigkeit bei der Untreue; dagegen ein Teil der Literatur, nachgewiesen bei Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3. Auflage 2010, Rn.230

b) Wie in den Vorschlägen von *Kohlmann/Brauns* im Prinzip zutreffend erkannt worden ist, reicht die Strafvorschrift des Abs.2 aber nicht aus, um alle unbedingt strafwürdigen und strafbedürftigen Konstellationen zu erfassen. Denn auch wenn eine Finanzmaßnahme für sich gesehen den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit genügt, muss es doch in der Verantwortung der für die Aufstellung des Haushaltsplans zuständigen Stelle verbleiben, über die Prioritäten bei der Verteilung der Finanzmittel zu befinden und etwa eine vielleicht wirtschaftliche und sparsame, aber nicht dringliche Maßnahme zurückzustellen, um stattdessen eine andere Maßnahme zu finanzieren. Im Rahmen des privaten Vermögensschutzes kann in derartigen Fällen, wo dem Vermögensinhaber ein ihm völlig unerwünschter und deshalb rückgängig zu machender Tausch von Vermögensgegenständen pflichtwidrig aufgedrängt wird, über die Doktrin vom sog. individuellen Schadensanschlag unproblematisch ein Vermögensschaden festgestellt werden, weil der aufgedrängte Vermögenswert nicht mit dem Anschaffungspreis, sondern nur mit dem Veräußerungspreis angesetzt werden kann. Wenn etwa ein Treupflichtiger den Auftrag hat, für den Geschäftsherrn ein Kraftfahrzeug zu erwerben, und stattdessen ein teures Reitpferd oder eine seltene Briefmarke erwirbt, so ist der Geschäftsherr regelmäßig um die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem stets niedriger liegenden Veräußerungspreis geschädigt. Diese Möglichkeit ist aber im Bereich der Haushaltsuntreue durch die falsche Weichenstellung der Bugwellen-Entscheidung verbaut worden, indem der BGH die Schadensprüfung im Bereich kultureller Transferleistungen nicht am Zuwendungsverhältnis zwischen dem Staat und dem Kulturkonsumenten, sondern am Deckungsverhältnis zwischen dem Staat und dem Kulturproduzenten orientiert und dementsprechend einen Schaden verneint hat, wenn beispielsweise die mit dem Weltstar vereinbarte Gage den von diesem weltweit verlangten Gagen entsprach. Wenn die für den Haushaltsansatz zuständige Stelle dies entschieden oder gegebenenfalls im Rahmen einer dezentralen Budgetierung gem. § 6a HGrG auf eine dezentrale Stelle delegiert hätte, so käme eine Haushaltsuntreue nur gem. Abs.2 in Betracht, wenn ein auffälliges Missverhältnis zur Leistungsfähigkeit der betreffenden Einheit vorlag, also wenn etwa eine kleine Kommune sich in ihrem Theater einen Weltstar geleistet und dadurch die eigenen Haushaltsmöglichkeiten auf lange Zeit verstopft hätte. Der kriminalpolitisch inakzeptable Fehler der Bugwellen-Entscheidung liegt nun aber darin, dass der BGH dieses Kriterium für die Entscheidungen der haushaltsrechtlich zuständigen Stelle auch auf die Haushaltsüberschreitung, also auf die Entscheidung eines hierfür unzuständigen Amtswalters angewendet hat. Denn die Formel in BGHSt 43, 293, 299, dass „ungeachtet der Gleichwertigkeit für Leistung und Gegenleistung Haushaltsuntreue in Betracht kommt, wenn durch die Haushaltsüberziehung eine wirtschaftlich gewichtige Kreditaufnahme erforderlich wird, wenn die Dispositionsfähigkeit des Haushaltsgesetzgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird und er durch

den Mittelaufwand insbesondere in seiner politischen Gestaltungsbefugnis beschnitten wird“, ist an sich eine durchaus brauchbare Umschreibung für das auffällige Missverhältnis zwischen dem durch die Verausgabung erzielten Nutzen und der Leistungsfähigkeit der die öffentlichen Mittel verwaltenden Stelle. Damit wird aber der zusätzliche Unwert, der in der Usurpation des Budgetrechts durch den unzuständigen Amtswalter liegt, nicht erfasst. Gegen die Erfassung dieses Unwerts lässt sich auch nicht das im Schrifttum wiederholt benutzte Argument anführen, dass es hierbei ja nicht um einen Vermögensschutz, sondern um einen Dispositionsschutz gehe. Denn wegen der besonderen Zweckrichtung öffentlicher Haushalte, die eben nur ausnahmsweise am Prinzip der Profitmaximierung geführt werden, dagegen in allergrößtem Umfang Transferleistungen erbringen, über deren Auswahl nur die für die Budgetierung zuständige Stelle entscheiden darf, verwirklicht jede diesbezügliche Usurpation einen für die Pönalisierung völlig ausreichenden und sie geradezu notwendig machenden Unwert. Anderenfalls würde man sich auch in einen unauflösbaren Widerspruch zu der in der Rechtsprechung unstreitigen Qualifikation schwarzer Kassen als Untreuehandlung (jedenfalls im öffentlichen Bereich) setzen, weil die im Bugwellen-Fall vom unzuständigen Amtswalter eigenmächtig vorgenommene Haushaltsüberziehung im Grunde den bei einer schwarzen, dann aber im öffentlichen Interesse verwalteten Kasse gestreckten Vorgang in eine einzige Handlung der Haushaltsüberziehung zusammenführt.

c) Als strafbare Haushaltsuntreue muss deshalb auch die Konstellation einer (notabene vorsätzlichen) Usurpation eigener Dispositionsmacht unter Missachtung der öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten erfasst werden. Freilich ist die Lösung von *Kohlmann/Brauns* insoweit über das Ziel hinausgeschossen, als sie jede Verletzung einer haushaltsrechtlichen Vorschrift für sich allein für strafbar erklärt und damit nicht die allein strafwürdige Höhenmarke der „Haushaltsusurpation“ zur Voraussetzung der Strafbarkeit macht. In dem vorstehenden Vorschlag wird dagegen eine Beschränkung auf den Kernbereich der Haushaltsregeln vorgenommen, die durchweg eine direkte Beziehung zu dem Kern des Bestimmungsrechts haben.

Ein Beispiel bietet die sachliche und zeitliche Bindung gem. § 37 HGrG in Verbindung mit der exemplarisch in den Blick zu nehmenden Ausfüllung für den Bund in § 37 BHO: Überplanmäßige und außerplanmäßige Ausgaben sind hier nach schlechthin ausgeschlossen, bedürfen aber der Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen, deren Voraussetzungen nachfolgend im Einzelnen geregelt sind. Weil der vorgeschlagene Straftatbestand nur vorsätzliche Verletzungen des Haushaltsrechts erfasst, weiß der Täter, der eigenmächtig über- oder außerplanmäßige Ausgaben tätigt, sowohl um die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens als auch um die notwendigen Schritte zur Einholung einer Erlaubnis. Infolgedessen droht durch die vorgeschlagene Regelung auch nicht

etwa eine Lähmung der Entschlusskraft des Beamten, sondern umgekehrt eine Anregung, die rechtlich vorgeschriebenen Entschlüsse zu fassen.

d) Überdies sieht der Entwurf zwei weitere Institute vor, durch die eine bloß aus formellen Gründen stattfindende, aber inhaltlich unangemessene Kriminalisierung des Amtsträgers ausgeschlossen wird.

aa) Wenn dieser seine Haushaltsusurpation zur Befriedigung eines unabweisbaren Bedarfs einsetzt, so ist er in Eilfällen (etwa Beauftragung einer Rettungsmannschaft, für deren Bezahlung es keinen Haushaltsansatz gibt) bereits nach den Regeln des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) gerechtfertigt. Sollten die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht eingreifen, aber dennoch ein unabweisbarer Bedarf befriedigt werden, für den (weil er vorhergesehen, aber zu Unrecht nicht abgedeckt worden war) eine Befriedigung mit Einwilligung der Überwachungsstelle nicht möglich ist, so entfällt dennoch nach dem Entwurf die Strafbarkeit, weil der verwaltungsrechtliche Fehler, einen vorhergesehenen unabweisbaren Bedarf im Haushalt nicht zu befriedigen, sich nicht zu Lasten des Beamten auswirken darf.

bb) Zusätzlich hat der Beamte noch gem. Abs. 4 die Möglichkeit, vor der Maßnahme eine Erkundigung bei der zuständigen Rechnungsprüfungsstelle einzuziehen, deren Beantwortung selbst im Falle ihrer Unrichtigkeit aus Gründen des Vertrauensschutzes eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten ausschließt.

e) Zwei besondere Vorschriften müssen für den Bereich der **kommunalen Haushaltswirtschaft** geschaffen werden, in dem sich erfahrungsgemäß ein großer Teil der Fehlleitung und Verschwendung öffentlicher Mittel abspielt. Vor allem die hier vorgeschlagene Vorschrift des § 349 Abs. 2 StGB n. F. über die Bewilligung oder Ausgabe öffentlicher Mittel, wenn zwischen dieser und dem mit dem Haushaltsansatz verfolgten Nutzen oder der Leistungsfähigkeit der Stelle, die die öffentlichen Mittel verwaltet, ein auffälliges Missverhältnis besteht, findet im kommunalen Gefilde zwar nicht ihren ausschließlichen, aber doch ihren hauptsächlichen Anwendungsbereich.

aa) Soweit derartige Entscheidungen von kommunalen Beamten getroffen werden, ist das Amtsdelikt des § 349 StGB ohne weiteres auf sie anwendbar. Etwas Anderes gilt dagegen für die gewählten Mitglieder der kommunalen Vertretungskörperschaften, also für die Gemeinde- und Stadträte, die nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zwar in der Hauptsache Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, aber nicht unter den Amtsträgerbegriff fallen⁵⁹. In dem bisherigen (kriminalpolitisch insuffizienten) Rahmen des Untreuetatbestandes § 266 StGB hat das deswegen keine Rolle

59 Eingehend BGHSt 51, 44, 49 ff.; zahlreiche weitere Nachweise bei Fischer, StGB, § 11 Rn. 23 f.

gespielt, weil es sich hierbei nicht um ein Amtsdelikt handelt, weshalb die Mitglieder der kommunalen Vertretungsorgane insoweit, wie sie die haushaltswirksamen Entscheidungen treffen, ganz überwiegend als taugliche Untreuetäter qualifiziert werden⁶⁰. Durch die Ausgliederung der Haushaltsuntreue als eigenes Amtsdelikt können diese Grundsätze aber ohne Verletzung des Analogieverbots nicht mehr einfach übertragen werden. Es bedarf deshalb einer Ausdehnung auf die Angehörigen kommunaler Vertretungsorgane, die in Ausübung der Verwaltungskompetenz des Gemeinderats in großem Umfang diejenigen Entscheidungen treffen (können), durch die die öffentlichen Mittel verschwendet werden. In der deshalb in § 349 Abs. 5 StGB ausdrücklich vorzusehenden Ausdehnung des Täterkreises liegt auch nicht etwa eine illegitime Erweiterung, denn die Argumente, mit denen die Rechtsprechung die Ausdehnung des Amtsträgerbegriffs auf die Mitglieder kommunaler Vertretungsorgane abgelehnt hat, betreffen nicht deren Schlüsselstellung in Bezug auf das geschützte Rechtsgut der staatlichen Finanzmittel, sondern den rein formalen Gesichtspunkt, dass kommunale Mandatsträger nicht „im Auftrag einer Behörde“ handeln würden und auch nicht „bei einer Behörde bestellt“ seien (BGHSt 51, 44, 53). Aber anstelle solch formalistischer Gesichtspunkte muss die Dispositionsmacht über die öffentlichen Mittel zum Angelpunkt der Täterschaft genommen werden, was de lege ferenda ohne Probleme möglich ist und gerade bei den gewichtigen Finanzdispositionen der Gemeinde die Mitglieder der Vertretungskörperschaft betrifft, während bei den die laufende Verwaltung betreffenden Geschäften der Bürgermeister zuständig ist (etwa Art. 37 Abs. 1 BayGO). Die allein in Bayern in Art. 51 Abs. 2 S. 2 BayGO angeordnete Indemnität für Abstimmungen im Gemeinderat kann eine durch Bundesgesetz angeordnete strafrechtliche Verantwortlichkeit a limine nicht blockieren (Esser, aaO. Fn. 60, Rn. 276).

bb) So wie auf der Täterseite einer fehlerhaften Verengung vorgebeugt werden muss, muss bei dem Verweis auf die wesentlichen Haushaltsgrundsätze, deren Verletzung das strafrechtliche Unrecht begründet, auf die über viele verschiedene Gesetze und Verordnungen verstreuten Grundsätze des kommunalen Haushaltsrechts Bedacht genommen werden, die inhaltlich den in § 349 Abs. 3 des Entwurfs ausdrücklich aufgezählten Vorschriften des Haushaltsgrundsätzegesetzes entsprechen. Eine Gefährdung des Bestimmtheitsgrundsatzes ist hierin nicht zu sehen, weil durch den Bezug auf den Inhalt der entsprechenden Vorschriften des HGrG hinreichend klargestellt ist, welche Vorschriften des zersplitterten kommunalen Haushaltsrechts dadurch als für die Begründung einer Haushaltsuntreue wesentlich gelten.

60 Näher Mansdörfer DVBl. 2010, 479 ff.; Leipold/Tsambikakis/Zöller-Esser, Anwaltkommentar zum StGB, 2011, § 266 Rn. 276 ff.; siehe auch die frühere Kontroverse von Nettessheim, Weber und Kuhn in BayVBl. 1989, 161, 166, 169.

3. Der vorstehend unterbreitete Vorschlag eines neuen § 349 StGB konzipiert deshalb ein Amtsdelikt, an dessen Notwendigkeit und geradezu potenziertes Dringlichkeit aufgrund der Entwicklung, die die einschlägige Materie in der Praxis seit den früheren Gutachten von *Kohlmann/Brauns*, *Volk* und *Wolf* genommen hat, unter redlichen Gesprächsteilnehmern nicht gezweifelt werden kann. Zugleich ist in dem Entwurf aber auch darauf Bedacht genommen worden, dass weder die Entschlussfreude eines Beamten gelähmt noch ihm ein nicht kalkulierbares Strafbarkeitsrisiko zugemutet wird.

III. Das Sonderproblem der Verletzung von Vergabevorschriften

Neben den vorstehend dargestellten staatlichen Vergabevorschriften, die die Chance des Bürgers auf gleichmäßige Beteiligung an staatlichen Aufträgen sichern sollen, schreibt auch das Haushaltsrecht vor, dass öffentliche Aufträge grundsätzlich nur vergeben werden dürfen, wenn dem eine Ausschreibung vorangegangen ist. Nach § 30 HGrG, § 55 BHO etc. muss der Vergabe öffentlicher Bauvorhaben grundsätzlich eine Ausschreibung der zu vergebenden Arbeiten vorausgehen.

1. Wie die Beispielfälle unter D. zeigen, kommt es relativ häufig vor, dass die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung bei der Vergabe staatlicher Aufträge nicht eingehalten wird. In einem solchen Fall soll nach Meinung sowohl von *Kohlmann/Brauns* als auch von *Wolf* eo ipso der Straftatbestand der Untreue erfüllt sein. Während *Wolf* das aus seinem eigenwilligen und bereits oben abgelehnten Schadensbegriff ableitet (Strafbarkeit, S. 205), wollen *Kohlmann/Brauns* bereits wegen der Ausschaltung des Wettbewerbs einen Gefährdungsschaden für den Auftraggeber bejahen (Fehlleitung, S. 83 f.). Auch diese Konstruktion einer Untreue über die Figur der konkreten Vermögensgefährdung bei fehlender Ausschreibung ist aber dogmatisch nicht haltbar, weil ohne eine Ausschreibung keine Anwartschaft auf einen bestimmten niedrigeren Vertragsabschluss existierte, wie sie nach der allein dogmatisch haltbaren Konstruktion der Vermögensschädigung durch Verzicht auf einen ohne weiteres möglichen, günstigeren Vertragsabschluss unter den Nachteilsbegriff in § 266 StGB subsumiert werden kann. Den Prototyp der Zufügung eines Vermögensnachteils durch Zerstörung einer Anwartschaft bildet der Fall des Kickback, wenn also der Treupflichtige in Verhandlungen mit einem dritten Partner dessen Bereitschaft herausgefunden hat, als Entgelt statt mit dem zunächst genannten Betrag x auch mit einem Betrag x minus y zufrieden zu sein. Diese sofort realisierbare Position des Geschäftsherrn stellt dann im Verhältnis zum Treupflichtigen eine rechtlich geschützte vermögenswerte Anwartschaft dar, die vom Treupflichtigen zerstört wird, wenn er dennoch mit

dem Dritten den Vertrag zum Preise x abschließt und den Betrag y an sich selbst als Kick back bezahlen lässt. Anders ist es dagegen, wenn nur die (bei keinen Vertragsverhandlungen je ausschließbare) Möglichkeit besteht, noch weiter zu verhandeln und evtl. den Vertragspartner weiter zu drücken: Hier handelt es sich um keine selbständig bewertbare Möglichkeit, die selbst dann keinen Vermögensbestandteil des Geschäftsherrn bildet, wenn sich etwa eine statistische Aussage über die Wahrscheinlichkeit weiterer Konzessionen des Vertragspartners formulieren lassen würde. Wenn die Konzessionsbereitschaft des Vertragspartners nicht bis zum letzten ausgelotet wird, kann dies also nur dann den Untreuetatbestand erfüllen, wenn der vereinbarte Preis über dem Marktpreis liegt.⁶¹

Die Annahme einer Untreue allein schon wegen Verzichts auf eine Ausschreibung ist deshalb nicht tragfähig. Erst recht ist diese Konstruktion heute nicht mehr haltbar, seitdem das Bundesverfassungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung gefordert hat, dass der Vermögensnachteil quantifizierbar sein muss (BVerfGE 126, 170, 228).

2. Da der Verzicht auf die vorgeschriebene Ausschreibung vor der Vergabe eines öffentlichen Auftrages somit entgegen *Kohlmann/Brauns* und *Wolf* nicht per se unter den Untreuetatbestand subsumiert werden kann, stellt sich die Frage, ob hierfür ein Sonderstrafatbestand oder eine andere Sanktionsform geschaffen werden soll. Es fällt in den veröffentlichten Prüfungsberichten und Fallbeispielen (unten D.) auf, dass die Vorschriften über die Ausschreibung öffentlicher Aufträge relativ häufig von der Verwaltung missachtet werden. Gegen eine Gleichstellung dieses Verstoßes gegen die Ausschreibungspflicht mit den in § 349 StGB-Entwurf erfassten Fällen spricht jedoch, dass hier keine prinzipielle Überschreitung der eigenen Verfügungsmacht und damit keine Zweckentfremdung von Haushaltsmitteln vorliegt, sondern lediglich eine abstrakte Vorschrift zur Sicherstellung einer effizienten Disposition betroffen ist. Die Möglichkeit, im Wege einer Ausschreibung ein günstigeres Ergebnis zu erzielen, ist hier noch völlig abstrakt und wird in der Rechtswirklichkeit auch häufig durch andere, in sich womöglich triftige, rechtlich freilich im Haushaltsrecht nicht exakt gefasste Gründe ausgeschlossen.

Um die Frage beantworten zu können, erscheint ein genauerer Blick auf die komplizierte systematische Regelung des Vergaberechts und der Ausschreibungspflichten nötig. Zu unterscheiden ist die früher nur „innenrechtlich“ geschaffene und die durch den Einfluss des Europarechts hinzugekommene „außenrechtliche“ Regelung. Zwar hatte der Gesetzgeber zunächst durch Gesetz vom 26.11.1993 (BGBl I, S. 1928) das Haushaltsgrundsätzegesetz um die

61 Grundlegend BGH NJW 1983, 1807, 1808 ff – in BGHSt. 31, 232 nur z. T. abgedr.

§§ 57a ff. und die auf dieser Grundlage ergangene Vergabeverordnung von 1994 ergänzt, wodurch das gemeinschaftsrechtliche Vergaberecht der EG und die darin vorgesehenen Schwellenwerte auch haushaltsrechtlich zwingend vorgeschrieben wurden, wobei für deren Garantie ein zweistufiges Nachprüfungsverfahren durch verwaltungsinterne Vergabepflichten und Vergabeüberwachungsausschüsse eingeführt wurde. Durch das Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26.08.1998 (BGBl I, S. 2512) wurde diese haushaltsrechtliche Lösung jedoch fallengelassen und entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben das Vergaberecht nunmehr in den §§ 97 ff. GWB im Wege der sog. kartellrechtlichen Lösung geregelt. Von diesem Zeitpunkt an wurde die Vergabe öffentlicher Aufträge mit Beträgen über den gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerten nach den die Wettbewerber mit eigenen Rechten ausstattender GWB-Regelung behandelt, während für Vergaben unterhalb dieser Schwellenwerte die alte haushaltsrechtliche Rechtslage bestehen blieb. Diese Zweiteilung ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.06.2006 mit dem Grundgesetz zu vereinbaren (BVerfGE 116, 135 ff.).

In den durchweg gleichlautenden haushaltsrechtlichen Vorschriften zur Notwendigkeit einer öffentlichen Ausschreibung (etwa § 55 BHO) wird eine Ausnahme für den Fall gemacht, dass „die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen“. Dabei sind die Rechtsfolgen im Außenrechtsverhältnis einer gegen § 55 BHO u.ä. verstoßenden freihändigen Vergabe noch nicht endgültig geklärt. Beispielsweise hat das Schifffahrtsobergericht Karlsruhe einem Schädiger das Recht zugesprochen, sich bezüglich der Höhe des Schadenersatzanspruches darauf zu berufen, dass bei einer Ausschreibung geringere Reparaturkosten angefallen wären⁶². Obwohl die gemeinschaftsrechtliche Ausschreibungspflicht außerordentlich strikt gehandhabt wird⁶³, enthält das Vergaberecht keine eigenständigen Bußgeld- oder gar Straftatbestände⁶⁴. Offenbar ist es im Rahmen des GWB vom Gesetzgeber für ausreichend gehalten worden, den durch einen Vergaberechtsverstoß benachteiligten Mitbewerbern eigene Klagerechte einzuräumen. Damit ist naturgemäß aber noch nicht die Frage entschieden, ob auch im Innenverhältnis auf einen Bußgeld- oder gar Straftatbestand verzichtet werden soll, weil es im Innenverhältnis um die Vermögensinteressen der öffentlichen Hand geht, während das GWB die Interessen des europäischen Wettbewerbs schützt.

3. Das Haushaltsrecht muss also selbständig die Frage beantworten, ob nicht im Innenbereich und zum Schutz der Haushaltsmittel vor dem abstrakt ge-

62 OLGR Karlsruhe 2009, 355 ff., Schaller, Kommunalpraxis Bayern 2006, 56 ff.; Wagner/Steinkemper, NZ Bau 2006, 550 ff. mit weiteren Überlegungen.

63 Vgl. etwa Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 07.05.2007, VK 10/07 aus Juris: „Das Absehen von einer gebotenen europaweiten Bekanntmachung ist als einer der schwerwiegendsten Vergaberechtsverstöße überhaupt anzusehen“.

64 Müller-Gugenberger/Bieneck/Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, § 57 Rn. 75.

fährlichen Verzicht auf die an sich vorgeschriebene Ausschreibung ein Bußgeldtatbestand geschaffen werden sollte. Ein Straftatbestand kommt dagegen, weil es nur um eine abstrakte Gefahr und damit letzten Endes nur um eine Missachtung des Haushaltsrechts, nicht aber um eine konkrete Rechts-
gutsgefährdung geht, nicht in Betracht. Dafür besteht auch neben Strafbarkeit einer offensichtlich unwirtschaftlichen Vergabe nach dem vorgeschlagenen § 349 Abs. 2 StGB kein Bedürfnis. Für einen speziellen Bußgeldtatbestand spricht, dass es gerade wegen des Fehlens einer Ausschreibung selten möglich sein wird, die Vereinbarung eines unangemessen und deshalb die öffentliche Hand schädigenden Entgelts festzustellen, so dass die Verstöße, die im Außenrechtsverhältnis zu komplizierten rechtlichen Auseinandersetzungen führen können, im Innenverhältnis folgenlos blieben. Zwar käme im Falle der Verursachung von Schadenersatzansprüchen der Mitbewerber grundsätzlich auch eine Untreuehandlung durch Auslösung nachteiliger Rechtsfolgen in Betracht⁶⁵, aber in der Praxis dürfte es hier regelmäßig am Vorsatz fehlen, selbst wenn das Ausschreibungserfordernis bewusst missachtet worden ist.

4. Nach Abwägung aller Gesichtspunkte wird die Einfügung des folgenden Ordnungswidrigkeitentatbestandes in Form eines neuen

§ 59 HGrG vorgeschlagen:

Abs. 1: Wer als Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter die Entscheidung trifft, entgegen § 30 keine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen, obwohl er weiß, dass weder die Natur des Geschäfts noch besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen, handelt ordnungswidrig. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis 100.000,00 € geahndet werden.

Abs. 2: Die Vorschrift des § 349 Abs. 5 StGB gilt entsprechend.⁶⁶

Weil es sich bei der „Natur des Geschäfts“ und den „besonderen Umständen“ um normative Tatbestandsmerkmale handelt, bei denen der Vorsatz bereits dann gegeben ist, wenn der Täter die erforderliche Parallelwertung in der Laiensphäre hatte⁶⁷, schützt dieser Tatbestand einerseits durch das Vorsatzerfordernis den gutgläubigen Beamten, ist aber andererseits gegenüber der Schutzbehauptung, man habe eine solche Natur bzw. derartige besondere Umstände angenommen, deshalb stabil, weil eine nur vorgeschützte Fehleinschätzung trotz Kenntnis der gesamten, keinerlei Anhaltspunkt für eine Ausnahme bietenden Sachlage den Vorsatz nicht ausschließen würde.

65 Dazu LK/Schünemann, 12. Auflage, § 266 Rn.184 m.z.w.N.

66 Wegen der notwendigen Ausdehnung auf den kommunalen Bereich muss die Vorschrift des § 349 Abs. 5 StGB für entsprechend anwendbar erklärt werden.

67 Eingehend Roxin, Strafrecht AT I, 4. Auflage 2006, § 12 Rdn. 101 ff.

IV. Verfahrensrechtliche Neuerungen

1. In allen vorangegangenen Untersuchungen ist neben der Frage der materiellrechtlichen Defizite auch der unzulängliche Gesetzesvollzug durch eine unvertretbar zurückhaltende Verfolgungspraxis festgestellt und gerügt worden. In einer Sitzung des Bundestages hat der Abgeordnete *Purps* sogar festgestellt, dass ihm in den letzten 5 Jahren kein einziger Fall bekanntgeworden sei, bei dem in der Bundesverwaltung grob fahrlässige Amtstätigkeiten festgestellt worden wären, die zu Regressforderungen gegenüber Mitarbeitern der Ministerien oder der nachgeordneten Behörden geführt hätten⁶⁸. *Wolf* selbst resümiert seine Untersuchungen dahin, dass die bestehende Gesetzeslage in der Vergangenheit weitgehend ignoriert worden sei, die vorhandenen Verfolgungsbehörden also unzureichend erscheinen würden, um der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel wirksam zu begegnen (Strafbarkeit S.187). Allerdings handelt es sich hierbei mehr um allgemeine Einschätzungen, während keine belastbaren empirischen Untersuchungen dazu vorliegen, dass die Staatsanwaltschaften etwa einem an sie herangetragenen Verdacht einer Untreue nach § 266 StGB in pflichtwidriger Weise nicht nachgehen würden. Das von *Wolf*, Strafbarkeit, S.29 ff., exemplarisch geschilderte Verfahren gegen Gönnerwein, welches zu der „Bugwellen-Entscheidung“ des BGH geführt hat, zeigt auch sehr deutlich, dass jedenfalls die zuständige Staatsanwaltschaft Stuttgart ihre Amtspflicht in dieser Sache ernst genommen hatte (vgl. die Äußerung des zuständigen Oberstaatsanwalts, mitgeteilt bei *Wolf* auf S.32). Allerdings sind dort auch Fälle aufgeführt, bei denen es offenbar ohne größere Probleme zu einer Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO gekommen ist, was möglicherweise in vielen weiteren Verfahren seither ebenso erfolgt ist. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Einfügung eines neuen Straftatbestandes der Haushaltsuntreue durch verfahrensrechtliche Maßnahmen flankiert werden müsste, um in der Praxis nicht ineffektiv zu bleiben.

2. Hierzu hat *Püttner* in seinem 1981 für den Bund der Steuerzahler erstatteten Gutachten „Der Amtsankläger“ den Vorschlag unterbreitet, sowohl zur Verwirklichung zivilrechtlicher Ersatzansprüche als auch zur Durchführung von Disziplinar- und Strafverfahren einen unabhängigen Amtsankläger als Behörde zu schaffen, der auf Vorschlag der Bundes-/Landesregierung im Benehmen mit dem Präsidenten des zuständigen Rechnungshofes vom Bundestag oder Landtag auf die Dauer von 7 Jahren zu wählen wäre und neben einem weitreichenden Informationsrecht sowie der Mitwirkung in Schadensersatz- und Disziplinarverfahren für das Strafverfahren folgende Aufgaben und Befugnisse hätte:

68 Mitgeteilt bei *Wolf*, Strafbarkeit, S.25.

§ 7 Mitwirkung des Amtsanklägers im Strafverfahren/Bußgeldverfahren

- (1) Der Amtsankläger berichtet der Staatsanwaltschaft, wenn der Verdacht der strafbaren Handlung eines Amtsträgers zum Nachteil des Vermögens oder Eigentums der öffentlichen Hand vorliegt.
- (2) Die Einstellung des Verfahrens nach § 153, § 153 a oder § 153 b StPO durch die Staatsanwaltschaft im Falle einer Straftat nach Abs. 1 bedarf, auch wenn der Amtsankläger vorher nicht beteiligt war, dessen Zustimmung. Die Zustimmung ist unter Würdigung des öffentlichen Interesses und des Dienstverhaltens sowie sonstiger Belange des Amtsträgers zu erteilen oder zu versagen. Erhebt die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage nicht, so hat der Amtsankläger die Rechte nach § 172 StPO.

Für die Dienstvorgesetzten, sonstige Vorgesetzte oder die Staatsanwaltschaft soll gem. § 4 Abs. 2 des Vorschlages eine Anzeigepflicht an den Amtsankläger eingeführt werden, wenn diese Kenntnis vom Verdacht einer pflichtwidrigen Handlung eines Amtsträgers mit der Folge eventueller Schadensersatzansprüche oder der Einleitung eines Disziplinar- oder Strafverfahrens erlangen. Auch die zuständige kommunale Rechnungsprüfungsbehörde soll unter gewissen Voraussetzungen eine Anzeigepflicht treffen. Den zentralen Grund für die Einführung einer derartigen Behörde sieht *Püttner* in der Tendenz zur „kameradschaftlichen Bürokratie“, die normalerweise dazu führe, dass der Vorgesetzte keine Anzeige erstattet, auch wenn ihm ein Verdacht zur Kenntnis kommt (Amtsankläger S. 8).

3. *Wolf* hat sich gegen diesen Vorschlag mit der Begründung gewendet, dass es einen Amtsankläger bereits gebe, nämlich den Staatsanwalt. Die nach dem Vorschlag von *Püttner* zu schaffenden Aufgaben würden schon jetzt existieren, freilich in der Erfüllung dieser Aufgabe versagen (Strafbarkeit S. 189). Die Schaffung eines Amtsanklägers könne sogar kontraproduktiv sein, weil die Staatsanwaltschaften dann erst recht nicht von Amts wegen tätig würden, sondern darauf warteten, dass der Amtsankläger die Initiative ergreife. Die bisherige Passivität der Staatsanwaltschaften sei auch vornehmlich dadurch veranlasst, dass verfehlte Lehrmeinungen in der Wissenschaft kultiviert würden, nach deren Preisgabe keine unüberwindlichen Schwierigkeiten für ein Einschreiten der Staatsanwaltschaften mehr bestehen dürften (Strafbarkeit, S. 190).

4. Es ist das Verdienst des Gutachtens von *Püttner*, die Frage der Notwendigkeit einer verfahrensrechtlichen Flankierung zur Garantie der Wirksamkeit materiell-rechtlicher Änderungen einer ersten vertieften Untersuchung unterzogen zu haben. Dass jedoch bereits eine endgültige Lösung für dieses Problem gefunden worden ist, muss bezweifelt werden.

a) Die möglichen Einwände gegen das Konzept von *Püttner* beginnen bereits bei der Bezeichnung, denn der von ihm konzipierte „Amtsankläger“ ist überhaupt kein Ankläger, weil die Anklage weiterhin bei der Staatsanwaltschaft liegt. Dementsprechend könnte auch das wichtigste ihm nach dem Püttner-Entwurf zu verleihende Recht, nämlich auf Information aufgrund einer korrespondierenden Anzeigepflicht der Dienstvorgesetzten und Rechnungsprüfungsbehörden, auf einen Umweg hinauslaufen: Stattdessen könnte ja eine direkte Anzeigepflicht gegenüber der Staatsanwaltschaft eingeführt werden, so wie dies im Steuerrecht durch § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG seit langem und ohne Hindernisse im Gesetzgebungsverfahren statuiert ist. Um die Hindernisse einer „kameradschaftlichen Bürokratie“ zu überwinden, reicht aber eine bloße Anzeigepflicht ohnehin nicht aus, solange man sich nicht kraft Gesetzgebung oder Rechtsprechung zu der Konsequenz verstünde, die Verletzung dieser Anzeigepflicht als eine Strafvereitelung durch Unterlassen zu qualifizieren. Im Übrigen werden die Rechnungshofberichte ohnehin veröffentlicht, und wie die regelmäßigen Schwarzbücher des Bundes der Steuerzahler zeigen, fehlt es nicht eigentlich an Informationen über die Verschwendung von Steuergeldern, sondern daran, dass aus diesen Informationen die notwendigen Konsequenzen gezogen werden.

b) Zu prüfen bleibt, ob mit den beiden weiteren von *Püttner* vorgeschlagenen Rechten des Amtsanklägers, nämlich der Notwendigkeit, einer Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen zuzustimmen, sowie der Kompetenz zur Einleitung eines Klageerzwingungsverfahrens, ein kriminalpolitischer Effekt erreicht werden kann. Das erste Recht dürfte über das Ziel hinausschießen, weil nicht einmal das private Opfer einer Straftat gegen personale Rechtsgüter eine derartige Position besitzt; richtigerweise müsste ihm allerdings ein nach der gegenwärtigen Rechtslage ebenfalls nicht existierendes Anhörungsrecht verliehen werden⁶⁹. So bleibt das Recht, gem. § 172 StPO gegenüber einer Einstellung der Staatsanwaltschaft nach § 170 StPO das Klageerzwingungsverfahren zu beschreiten. Auch wenn dieses Verfahren in der Praxis so gut wie aussichtslos ist,⁷⁰ übt es doch allein durch seine Existenz einen Druck auf die Staatsanwaltschaft aus, Einstellungsentscheidungen reiflich zu überlegen und schlüssig zu begründen. Dem könnte bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter eine qualifizierte Bedeutung zukommen, weil hier die Versuchung für die Staatsanwaltschaft besonders groß sein kann, sich in Ermangelung eines individuell Verletzten und Beschwerdeführers des weiteren Verfahrens und der daraus resultierenden Arbeitsbelastung auf möglichst einfache Weise zu entledigen. Auch von den oben angesprochenen, grundsätzlichen Entwicklungen in der modernen Demokratie hin zu einer enormen Stärkung der Bürokratien

69 Näher dazu Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage 2009, S. 299 f.

70 Näher Roxin/Schünemann (Fn. 57), S. 300.

und Abschwächung der Kontrollinstrumente könnte es prinzipiell in Erwägung gezogen werden, bei Straftaten gegen öffentliche Interessen diejenigen Personengruppen, die die Interessen repräsentieren, ähnlich wie den Verletzten bei Straftaten gegen Individualrechtsgüter als „natürliche Kontrollagenturen“ einzusetzen.

c) Die Frage bedarf aber gründlicher Erwägung. Auf der einen Seite lässt sich kaum bestreiten, dass die oben beschriebenen Wandlungen im Organisationsgefüge des modernen Staates, die zu einer enormen Stärkung der exekutivischen und bürokratischen Macht geführt haben, nach einer neuen Ausbalancierung verlangen, wenn das in der gewissermaßen „klassischen“ Epoche der Bundesrepublik von 1950–1980 herrschende Gleichgewicht der Kräfte wiederhergestellt werden soll. Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, dass es hier um eine prinzipielle Frage der Staatsorganisation geht, in die sich auch die Kontrolle des Haushaltswesens einfügen muss. Die in Gestalt von Art. 114 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich geregelte Haushaltsüberwachung durch den Bundesrechnungshof muss deshalb im Zentrum der Haushaltskontrolle verbleiben und darf nicht durch zusätzliche Institutionen durchkreuzt werden. Infolgedessen muss als erstes die Frage untersucht werden, ob die Effizienzängel der bisherigen Überwachung durch eine Intensivierung dieser Kontrolle selbst behoben werden können.

5. a) Funktional lässt sich die Haushaltskontrolle durch den Bundesrechnungshof und die Rechnungshöfe der Länder sowie die kommunale Rechnungsprüfung (z. B. Art. 105 ff. BayGO) mit der steuerlichen Betriebsprüfung vergleichen, die das Steueraufkommen schützen soll, während die Rechnungsprüfung die Steuerverwendung vor Steuerverschwendung schützen soll. Durch die in Art. 114 Abs. 2 GG angeordnete richterliche Unabhängigkeit hat der Verfassungsgeber auch die Rechnungsprüfung aus dem hierarchischen Aufbau der Exekutive herausgenommen und ihr eine ähnliche verfassungsunmittelbare Gewalt verliehen wie dem als eigene Staatsgewalt in der Republik China installierten Kontroll-Yuan entsprechend dem dortigen System der Teilung der Staatsgewalt in 5 selbständige Gewalten, die 1931 eingerichtet wurde und heute noch in der Republik China auf Taiwan existiert⁷¹. Es wäre deshalb mit dieser Grundsatzentscheidung nicht zu vereinbaren, wenn man auf der gleichen Ebene und mit vergleichbaren funktionalen Zuständigkeiten weitere Organe schaffen würde. Stattdessen ist zu untersuchen, inwieweit die Ineffektivität dieser Prüfungsgewalt, die an sich oder jedenfalls keine ausreichende generalpräventive Wirkung entfaltet, intrasystematisch behoben werden kann.

71 Dazu Weng, in: Festschrift für Starck, 2007, S. 1053, 1057 f.

b) Trotz der intensiven Prüfungstätigkeit des Bundesrechnungshofes, der Landesrechnungshöfe und der Behörden für die kommunale Rechnungsprüfung fehlt, wie der jeweilige Vergleich eines Rechnungshofberichts mit dem des Vorjahres sowie der Schwarzbücher des Bundes der Steuerzahler zeigt, den kritischen Prüfungsfeststellungen ersichtlich eine hinreichende Abschreckungswirkung, um in der Folgezeit Verstöße derselben Art von vornherein nicht vorkommen zu lassen. Daraus kann man folgern, dass die bloße Aufdeckung von Verstößen durch die Rechnungsprüfung, der keine persönlichen Konsequenzen folgen, bildlich gesprochen wie ein Rauch ohne Feuer oder wie das Abfeuern von Platzpatronen wirkt, die Wirklichkeit aber nicht verändern können.

c) Zu prüfen ist deshalb, inwieweit innerhalb der Rechnungsprüfungskompetenz erreicht werden kann, dass festgestellte Verstöße zu persönlichen Konsequenzen führen. Gegenwärtig enthält die Bundeshaushaltsordnung in § 98 das Institut der „Aufforderung zum Schadenausgleich“, wonach der Bundesrechnungshof der zuständigen Stelle unverzüglich Mitteilung macht (= zu machen hat), wenn nach seiner Auffassung ein Schadenersatzanspruch geltend zu machen ist. Eine generalpräventive Wirkung dieser Aufforderungspflicht ist jedoch aufgrund der verfügbaren öffentlichen Quellen nicht festzustellen, was sich auch unschwer erklären lässt. Auffallenderweise sind in den gängigen juristischen Informationssystemen (Juris und Beck-Online) weder Gerichtsentscheidungen noch Literaturfundstellen noch Verwaltungsanweisungen zu § 98 BHO feststellbar. Nach weiteren Recherchen hat sich lediglich ein einschlägiges Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen feststellen lassen, das nicht einmal in einer juristischen Fachzeitschrift veröffentlicht worden, aber über Juris greifbar und in dem Materialteil des Gutachtens unter D. in den wesentlichen Passagen wiedergegeben ist. Es ging dabei um die Möglichkeit nach § 28 k Abs. 1 SGB IV, dass Arbeitgeber, die Beiträge zu mehreren Kassen abführen mussten, bei dem Bundesverband einer Kassenart beantragen konnten, alle Sozialversicherungsbeiträge hier einzuzahlen, wonach der Bundesverband die Beträge an die jeweilige Einzugsstelle weiterzuleiten hatte, die die Beträge dann wiederum an den zuständigen Träger der Rentenversicherung und die Bundesanstalt für Arbeit weiterleitete. Infolge des enormen Gesamtvolumens von 31 Milliarden DM führte die früher übliche Weiterleitung durch Orderscheck per Briefpost dazu, dass der das Geld zunächst empfangende Bundesverband erhebliche Zinsgewinne tätigen konnte, die eigentlich dem zuständigen Träger der Landesversicherung zustanden. In seinem Bericht vom 14.10.1997 forderte der Bundesrechnungshof ein Einschreiten der Aufsichtsbehörden, woraufhin es zu einer Klage des zuständigen Sozialversicherungsträgers auf Weiterleitung der gezogenen Zinsen in Höhe von über 10 Mio. DM kam, die durch das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 05.10.2004 (L 5 KR 223/02)

wegen einer hier nicht weiter interessierenden Interpretation zwischenzeitlich geschlossener Vergleichsvereinbarungen und der Zuständigkeit für Mahnungen abgewiesen wurde. Der Fall ist deshalb für die Frage der Wirkung von Prüfungsberichten des Bundesrechnungshofes von Bedeutung, weil der Bundesverband, an den der Arbeitgeber auch für andere Rentenversicherungsträger bestimmte Zahlungen abführen kann, hierbei als Inkassobeauftragter des zuständigen Rentenversicherungsträgers auftritt, woraus ihm kraft Gesetzes eine Vermögensfürsorgepflicht für denjenigen Versicherungsträger erwächst, dem die eingezahlten Beiträge letztlich zustehen⁷².

Wie die dem Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vorangegangenen Streitigkeiten zwischen dem das Geld zunächst vereinnahmenden und für eigene Zinsgewinne nutzenden Bundesverband, dem dieses Verfahren immer wieder monierenden Bundesrechnungshof und den verschiedenen Aufsichtsbehörden zeigen, wurde die ganze Auseinandersetzung ohne jedes Bewusstsein dafür geführt, dass die zügige Ablieferungspflicht strafrechtlich garantiert war und ihre vorsätzliche Verletzung infolgedessen strafrechtliche Konsequenzen für den handelnden einzelnen Amtsträger zeitigen konnte. Die Kraftlosigkeit einer vom Bundesrechnungshof ausgehenden Aufforderung wird dadurch in einer exemplarischen Weise manifestiert.

d) Diese Kraftlosigkeit der Rechnungsprüfung tritt besonders deutlich hervor, wenn man sie mit der analogen Form der Prüfung auf der Einnahmenseite, also der steuerlichen Außenprüfung, vergleicht. Nach § 10 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Betriebsprüfung (BpO) ist dann, wenn sich während einer Außenprüfung zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat (§ 152 Abs. 2 StPO) ergeben, deren Ermittlung der Finanzbehörde obliegt, die für die Bearbeitung dieser Straftat zuständige Stelle unverzüglich zu unterrichten. Wörtlich heißt es in S. 2: „Dies gilt auch, wenn lediglich die Möglichkeit besteht, dass ein Strafverfahren durchgeführt werden muss.“ Gem. Abs. 2 gilt dies beim Verdacht einer (bloßen) Ordnungswidrigkeit sinngemäß. Die Prüfungsaufgabe der Betriebsprüfung wird also zur Sicherstellung der Steuereinnahmen des Staates aufgrund der Anzeigepflicht bei dem Verdacht von Straftaten mit der gesamten generalpräventiven Wucht der Strafrechtsordnung armiert. Diese Armierung wird bei Bestechungshandlungen dadurch ergänzt und verstärkt, dass hier gem. § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 3 eine Mitteilungspflicht der Finanzbehörden an die Staatsanwaltschaft oder die Verwaltungsbehörde statuiert wird, wenn die Finanzbehörde Tatsachen erfährt, die den Verdacht einer derartigen Straftat oder Ordnungswidrigkeit begründen. Diese Mitteilungspflicht besteht sogar dann, wenn der Unternehmer davon abgesehen hat, den (durch § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG untersagten) Betriebsaus-

72 Zur Stellung eines Inkassobeauftragten als tauglicher Untreuetäter im Rahmen des § 266 StGB siehe LK/Schünemann, § 266 Rdn. 142.

gabenabzug geltend zu machen⁷³. Im Schreiben des Bundesfinanzministers betreffend Abzugsverbot für die Zuwendung von Vorteilen i. S. des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG vom 10. Oktober 2002 (BStBl. I S. 1031) sind die einzelnen Bewandnisse dieser Mitteilungspflicht dargelegt worden, wobei insbesondere auch eingeschärft worden ist, der Mitteilungspflicht beispielsweise im Fall von Auslandskorruption nachzukommen (Tz. 17–19).

e) Hieraus ergibt sich eine eklatante Ungleichgewichtigkeit zwischen der Kontrolltätigkeit der Betriebsprüfung auf der Seite der Steuererhebung und der Kontrolltätigkeit der Rechnungsprüfungsbehörden auf der Seite der Steuererwendung. Die sich aus diesem Befund aufdrängende Konsequenz, die Gleichbehandlung durch Einführung entsprechender Mitteilungs- und Anzeigepflichten der Rechnungsprüfungsbehörden wieder herzustellen, ist bisher eigenartigerweise nur selten diskutiert worden. *Püttner* hat sie in seinem Gutachten zum „Amtsankläger“ thematisiert, letztlich aber „vor allem aus Zweckmäßigungsgründen“ verworfen (Amtsankläger, S. 13). Nach Auffassung von *Püttner* werde man zu beachten haben, dass nach gewachsenem Verständnis sowohl Rechnungsprüfer im staatlichen Bereich als auch Wirtschaftsprüfer im Unternehmensbereich immer nur zu prüfen und zu berichten hätten, aber nicht dazu aufgerufen seien, bei festgestellten Mängeln Folgerungen zu ziehen, insoweit seien sie auf eine Beratungsfunktion beschränkt. Es sei auch sehr fraglich, ob die Prüfer die ihnen letztlich fremde Rechtsverfolgungsfunktion wirkungsvoll wahrnehmen würden. Insbesondere bestünde die Gefahr, dass sie sich mehr als bisher vom Opportunitätsprinzip leiten ließen oder aber, wenn sie bei der Prüfung Verständnis für die Lage der Kollegen in der Verwaltung verspürten, entgegen der bisherigen Praxis „die Augen zudrücken“ würden. Der Prüfer sei gegenwärtig weniger den atmosphärischen Pressionen seitens der Verwaltung ausgesetzt, wenn er darauf verweisen könne, dass nicht er, sondern eine andere Stelle über die Folgerungen zu entscheiden habe. Bei dieser Gelegenheit zeige sich, dass die unbedingte Verfolgung aller Verstöße nach dem Legalitätsprinzip sich als Irrweg erweisen könne, weil dann die betroffenen und die „einsichtsvollen“ Prüfer noch mehr als heute (sic!) geneigt sein würden, Verstöße zu vertuschen oder zuzudecken (Amtsankläger S. 13 f.).

Die pragmatischen Erwägungen, mit denen *Püttner* hier eine Ausdehnung der Aufgaben der Rechnungsprüfungsbehörden für unklug erklärt, beruhen offensichtlich auf den reichen Kenntnissen und Erfahrungen eines Verwaltungswissenschaftlers und sind also auf der einen Seite unbedingt ernst zu nehmen, lassen aber auf der anderen Seite aus rechtstheoretischer und rechtsstaatlicher Sicht geradezu in einen Abgrund blicken. Die von *Püttner* befürchtete

⁷³ Randt BB 2000, 106; Dörn DStZ 2001, 736; Wied in Blümich, Einkommensteuergesetz etc. 111. Auflage, § 4 EStG Rn. 911.

„Kumpanei“ bedeutet ja, dass selbst die richterliche Unabhängigkeit des Bundesrechnungshofes nicht ausreichend sei, um die Kollegialität des Berufsstandes „Staatsdiener“ hinter die Achtung des Gesetzes zurücktreten zu lassen. Dass in der Sache diese Befürchtungen überaus triftig erscheinen, folgt nicht nur aus der alltäglichen Erfahrung und aus der speziellen Expertise eines Verwaltungswissenschaftlers wie *Püttner*, sondern auch durch die Parallele zu einem entsprechenden Feld, nämlich dem Strafverfahren, wo zwischen der Staatsanwaltschaft als der innerhalb der Hierarchie der Justiz stehenden Behörde und dem unabhängigen Gericht rechtlich und institutionell eine strenge Trennlinie gezogen ist, dennoch aber eine enorme tatsächliche Beeinflussung der richterlichen Entscheidungen durch die Amtshandlungen der Staatsanwaltschaft empirisch nachgewiesen ist und vom Autor dieses Gutachtens als „Schulterschlusseffekt“ charakterisiert worden ist.⁷⁴

Dennoch ist letztlich aus den Befürchtungen *Püttners* nicht die Folgerung zu ziehen, es bei den Pflichten der Rechnungsprüfungsbehörden beim Alten zu lassen, sondern es ist nur von einer allzu weitreichenden Umgestaltung Abstand zu nehmen. In der Ausarbeitung von *Püttner* geht es um die Frage, ob den Rechnungsprüfungsbehörden die Stellung des Amtsanklägers übertragen werden solle, was von *Püttner* verneint wird. Auf einer weitaus weniger anspruchsvollen Ebene würde jedoch die Erstreckung von Mitteilungs- und Anzeigepflichten stehen, wie sie Abgabenordnung und Einkommensteuergesetz den Finanzbehörden und insbesondere den Betriebsprüfern auferlegt haben. Zwar bestehen gegenüber den Finanzbeamten nicht die von *Püttner* erhobenen Bedenken einer die rechtlichen Grenzen überspringenden Kumpanei und Kollegialität, weil etwa die Betriebsprüfer gegenüber dem Steuerbürger ebenso eine inquisitorische Einstellung besitzen und auch von Rechts wegen besitzen sollen wie eine Staatsanwaltschaft. Aber zum Ersten ist das rein psychologisch-faktische Argument, man solle einer mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestatteten Behörde keine Mitteilungspflichten auferlegen, weil diese wegen der zu befürchtenden Kumpanei doch nicht erfüllt würden, als Bankrotterklärung des Rechtsstaates im normativen Bereich im Grunde indiskutabel, weil sie auf die Selbstabschaffung des Rechtsstaats und dessen Kapitulation vor der heute sprichwörtlichen „Willkür der Ämter“ hinausliefe, gegen die im 19. Jahrhundert der Rechtsstaat erkämpft worden ist.

Zum Zweiten geht es eben auch nicht darum, die von *Püttner* im Einzelnen ausgearbeiteten Kompetenzen eines „Amtsanklägers“ den Rechnungsprüfungsbehörden zuzuweisen, sondern um eine eingeschränkte, aus der Parallele zur Betriebsprüfung und den Finanzbehörden zu entwickelnde Lösung: nämlich um Mitteilungspflichten bei der Existenz von Anhaltspunkten für die Begehung von strafbaren Handlungen oder Ordnungswidrigkeiten. Dass

74 Dazu Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 46.

derartige Pflichten sogar den eigenen Vertrauenspersonen eines womöglich Verdächtigen durchaus zugemutet werden können und offenbar auch vom Gesetzgeber als realistischerweise erfüllbar und damit effizient eingeschätzt werden, zeigt die Geldwäschegesetzgebung, in der solche Pflichten geschaffen und im Laufe der Jahre immer weiter ausgedehnt worden sind. Nach den §§ 2 und 11 des Geldwäschegesetzes haben geradezu alle Personen, denen typischerweise Vertrauen entgegengebracht wird, die Verpflichtung, ihre Partner auf das eventuelle Vorliegen einer Geldwäsche hin zu überprüfen und hierüber gegebenenfalls zur Ermöglichung der Strafverfolgung eine Anzeige beim Bundeskriminalamt – Zentralstelle für Verdachtsanzeigen – zu erstatten, auf Deutsch: sie ggf. zu verraten. Diese Pflichten obliegen Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten, Instituten im Sinne des Zahlungsdienstleistungsgesetzes und Agenten in diesem Sinne, anderen Finanzunternehmen im Sinne des Kreditwesengesetzes, Versicherungsunternehmen, Versicherungsvermittlern, Investmentaktiengesellschaften, Rechtsanwälten u.ä., Patentanwälten und Notaren bei Finanz- und Immobilientransaktionen jeder Art, Wirtschaftsprüfern, vereidigten Buchprüfern, Steuerberatern und Steuerbevollmächtigten, Dienstleitern für Gesellschaften und Treuhändern, Immobilienmaklern, Spielbanken und Personen, die gewerblich mit Gütern handeln (§ 2 Abs. 1 GWG). Die in § 3 GWG im Einzelnen geregelten Sorgfaltspflichten erfassen, um nur ein einziges Beispiel zu nennen, gem. Abs. 1 Nr. 4 „die kontinuierliche Überwachung der Geschäftsbeziehung, einschließlich der in ihrem Verlauf durchgeführten Transaktionen, um sicherzustellen, dass diese mit den beim Verpflichteten vorhandenen Informationen über den Vertragspartner und gegebenenfalls über den wirtschaftlich Berechtigten, deren Geschäftstätigkeit und Kundenprofil und soweit erforderlich mit den vorhandenen Informationen über die Herkunft ihrer Vermögenswerte übereinstimmen“. Zu den Anzeigepflichten der Finanzbehörden siehe § 31 b AO, zur Weiterleitung der Taten an Strafverfolgungsbehörden durch Kreditinstitute siehe § 24 c KWG, zum automatisierten Kontenabrufverfahren § 93 Abs. 7 i. V. m. § 93 b AO, zur Möglichkeit eines „Konten-Screening“ siehe § 25 a KWG, zur Einbeziehung von Kreditkartenunternehmen § 1 Abs. I a S. 2 Nr. 8 KWG, zu den Verpflichtungen zur Verhinderung von Geldwäsche die §§ 25 c ff. KWG und für die Versicherungsunternehmen §§ 80 c ff. Versicherungsaufsichtsgesetz. Der Gesetzgeber hat also nicht die mindesten Bedenken getragen, gerade die engsten Vertrauenspersonen eines möglicherweise Verdächtigen, bei denen „Kumpaneie“ nicht nur faktisch zu befürchten, sondern eigentlich sogar vom Recht regelmäßig zur Pflicht gemacht worden ist, mit Ermittlungs- und Anzeigepflichten gegen den eigenen Mandanten zu belasten. Dabei kann es völlig außer Betracht bleiben, dass diese Pflichten in einem Umfeld statuiert werden, in dem „eine tatsächliche Verfolgung und Bestrafung von Geldwäsche-Tätern – die es definitionsgemäß immerhin zu Hunderttausenden geben muss – nur in verschwindend geringem Umfang stattfindet, (so dass) das Konzept sich als eklatant

unwirksam erwiesen hat, die Anzahl der Verurteilungen minimal und die der Gewinn-Abschöpfungen noch geringer ist⁷⁵. Unabhängig davon zeigt die Statuierung derartiger Pflichten in einem monströs fehlkonstruierten Gebiet (weil nämlich die organisierte Kriminalität die Geldwäschehandlungen in beliebigen Weltgegenden außerhalb Deutschlands ohne jede Probleme durchführen kann und auch tatsächlich durchführt), dass man eine sinnvolle Statuierung von Anzeigepflichten von Behörden in einem kriminalpolitisch ohne jede Frage in Deutschland selbst situierten Raum (dem Schutz der öffentlichen Haushalte) nicht mit der Begründung ablehnen darf, wegen üblicher Kumpanei sei jedoch kein Erfolg zu erwarten.

f) Das einzige beachtliche Gegenargument gegen eine Statuierung von Anzeigepflichten der Rechnungsprüfungsbehörden würde deshalb darin bestehen, dass ja die Berichte wie etwa diejenigen des Bundesrechnungshofes und der Landesrechnungshöfe veröffentlicht werden, so dass es für die Staatsanwaltschaften ein Leichtes wäre, durch die gründliche Auswertung dieser Berichte einen Anfangsverdacht festzustellen und sodann weiter zu ermitteln, notfalls durch Beschlagnahme der bei den Rechnungsprüfungsbehörden vorhandenen Unterlagen⁷⁶. Zwar sind die Staatsanwaltschaften gem. § 152 Abs. 2 StPO verpflichtet, wegen aller verfolgbarer Straftaten einzuschreiten, „sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.“ Und man kann durchaus derartige Anhaltspunkte auch aus den Prüfungsberichten der Rechnungshöfe entnehmen, wie die exemplarische Darstellung im Rahmen dieses Gutachtens im Teil D. zeigt. Das Problem besteht jedoch darin, dass es keine Pflicht gibt, sich diese Anhaltspunkte zu beschaffen. Zwar werden Vorermittlungen zur Klärung, ob aufgrund vorliegender, aber noch schwacher tatsächlicher Anhaltspunkte die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens veranlasst ist, allgemein für zulässig gehalten⁷⁷. Das soll aber nicht für die sog. Vorfeldermittlungen gelten, bei denen noch keinerlei Anfangsverdacht besteht⁷⁸. Selbstverständlich darf der Staatsanwalt allgemein zugängliche Quellen benutzen, es besteht aber keine förmliche Pflicht, die Berichte der Rechnungshöfe auf Möglichkeiten eines Anfangsverdachts, der wenigstens zu Vorermittlungen legitimiert, hin auszuwerten. Infolgedessen könnte zwar daran gedacht werden, lediglich eine solche Pflicht der Staatsanwaltschaften zu begründen, die dann allerdings über die Berichte des Bundesrechnungshofes und der Landesrechnungshöfe hinaus auch auf alle Prüfungsberichte im Rahmen der Prüfung kommunaler Finanzen ausgedehnt werden müsste. Eine solche Norm wäre aber im Vergleich zur

75 Fischer, StGB, § 261 Rn. 4 b m.z.w.N.

76 Zur Möglichkeit einer Beschlagnahme bei Behörden selbst siehe Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 253.

77 Dazu Senge, Festschrift für Hamm, 2008, S. 706; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Auflage, § 152 Rn. 4 a.

78 Eingehend Weßlau, Vorfeldermittlungen, 1989; Löwe-Rosenberg/Beulke, StPO, § 152 Rn. 22.

Statuierung einer Anzeigepflicht außerordentlich ineffizient. Denn es müssten dann zum Ersten alle möglichen Prüfungshandlungen vorgenommen werden, die ja in vielen Fällen keinen Anfangsverdacht ergeben würden, aber durch die großflächig vorzunehmende Prüfung zahlloser Berichte die staatsanwaltschaftliche Kapazität außerordentlich stark in Anspruch nehmen würden, ohne dass Aufwand und Ertrag hier in einem rechten Verhältnis zueinander stehen würden. Außerdem geben die Berichte immer nur ein Gerippe wieder, so dass das von den Prüfungsbeamten bereits erlangte Wissen dadurch nur in einer sinnlos undeutlich gemachten Form weitergegeben würde.

g) Daraus folgt, dass die Statuierung einer sozusagen flächendeckenden Auswertungspflicht der Staatsanwaltschaften nicht als Alternative zur Statuierung einer Mitteilungspflicht der Prüfungsbehörden in Betracht kommt. Und damit steht auch die endgültige Empfehlung fest: Dem Bundesrechnungshof, den Landesrechnungshöfen und allen Prüfungsinstanzen für die Prüfung öffentlicher Haushalte muss ebenso wie der steuerlichen Betriebsprüfung eine Mitteilungspflicht an die Staatsanwaltschaft oder (bei dem Verdacht von Ordnungswidrigkeiten) an die zuständige Verwaltungsbehörde auferlegt werden, wenn sie im Rahmen ihrer Prüfungen auf einen Anfangsverdacht stoßen, dass eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit bei der Disposition über öffentliche Haushaltsmittel begangen worden ist.

Die betreffende Regelung sollte in das HGrG eingestellt werden, wobei Formulierung an die Regelung für die Betriebsprüfer anknüpfen sollte. Demgemäß wird die Einfügung der folgenden neuen Vorschrift vorgeschlagen:

§ 59a HGrG:

Wenn sich während einer Rechnungsprüfung zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit wegen Verletzung der haushaltsrechtlichen Vorschriften (§ 152 Abs. 2 StPO) ergeben, so ist die für die Aufklärung dieses Verdachts zuständige Stelle unverzüglich zu unterrichten. Dies gilt auch, wenn lediglich die Möglichkeit besteht, dass ein Straf- oder Bußgeldverfahren durchgeführt werden muss.

6. Diese direkte Mitteilungspflicht zwischen den Rechnungsprüfungsbehörden und den Verfolgungsbehörden erübrigt den „Amtsankläger“ vollständig in derjenigen Funktion, die im Gutachten von *Püttner* in den Vordergrund gestellt wurde, nämlich in Gestalt seiner Berichtspflicht gegenüber der Staatsanwaltschaft nach § 7 des Entwurfs⁷⁹. Im Grunde genommen ist der Amtsankläger in der Konzeption *Püttners* auch nur eine zwischen Rechnungsprüfungsbehörden und Staatsanwaltschaft geschaltete Zwischen-Ermittlungsbehörde, die neben der Staatsanwaltschaft und den von dieser zu erfüllenden

79 *Püttner, Amtsankläger*, S. 71 f.

Aufgaben gänzlich überflüssig ist⁸⁰. Gem. § 4 Abs.3 des Entwurfes sollen die Mitteilungen über mögliche Schadenersatzforderungen gem. § 98 BHO, die normalerweise weitergehen als Straftatbestände und deshalb diese einschließen, auch dem Amtsankläger gegenüber erfolgen⁸¹, der dann wiederum gem. § 4 Abs.1 Informationsrechte besitzt, die auch die Staatsanwaltschaft im Rahmen von Vorermittlungen hat. Dass kommunale Rechnungsprüfungsbehörden gem. § 4 Abs. 4 des Entwurfs nur eine Meldung an den zuständigen Hauptverwaltungsbeamten abgeben sollen und eine Weiterleitung an den Amtsankläger erst in Frage kommt, wenn binnen eines halben Jahres dem Anspruch nicht genügt und er auch nicht rechtshängig geworden ist (so dass etwa durch die Erfüllung eines geringfügigen Schadenersatzanspruches eine Straftat leicht verdeckt werden könnte), kann erst recht nicht überzeugen. Auch die Berichtspflicht gem. § 8 des Entwurfs (*Püttner, Amtsankläger, S. 72*) gegenüber der Regierung und dem Parlament lässt schließlich gegenüber den Berichtspflichten, die den Rechnungshöfen ohnehin obliegt, keinen Mehrwert erkennen.

7. a) Von dem Gesetzesvorschlag des Amtsanklägers bleibt also nach detaillierter Überprüfung allein dessen schon oben unter 4.b) angesprochenes Recht nach § 7 Abs.2 des Püttner-Entwurfs übrig, eine Opportunitätseinstellung durch Verweigerung der Zustimmung zu verhindern und im Falle einer Einstellung des Verfahrens nach § 170 Abs.2 StPO das Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO zu betreiben. Als Vorbilder für eine aus der Gesellschaft heraus wahrzunehmende Erfüllung dieser Funktionen kann auf den Vorschlag auf europäischer Ebene verwiesen werden, eine Stärkung der Verteidigung in transnationalen Strafsachen durch den sog. „Eurodefensor“ zu bewirken, durch die eine vorgezogene Kontrolle der Verfolgungsbehörden in solchen Verfahren ermöglicht werden soll, die mit geheimdienstähnlichen Methoden arbeiten⁸². In Österreich gibt es bereits die Figur des Rechtsschutzbeauftragten, der gem. § 91a ff. des Sicherheitspolizeigesetzes von den Sicherheitsbehörden von jeder Ermittlung personenbezogener Daten durch heimliche Methoden unter Angabe der für die Ermittlung wesentlichen Gründe in Kenntnis gesetzt werden muss (§ 91 c), der umfassende Ermittlungsrechte besitzt (§ 91d) und der damit die Rechte der Bürger in geheimdienstähnlichen Verfahren, in denen diese nicht selbst auftreten können, wahrzunehmen hat. Allerdings wird der Rechtsschutzbeauftragte ausschließlich durch Zusammenarbeit von Staatsorganen bestellt (gem. § 91a Abs.2 durch den österreichischen Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung nach

80 Treffend Wolf, Strafbarkeit, S. 189: „Es gibt bereits einen Amtsankläger – den Staatsanwalt!“

81 Püttner, Amtsankläger, S. 70.

82 Näher Schünemann – Hrsg. –, Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 166 ff.

Anhörung der Präsidenten des Nationalrates, des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes), während der „Euro-Defensor“ nach den Vorschlägen des „Gesamtkonzepts für die europäische Strafrechtspflege“ eine von den europäischen Anwaltsorganisationen getragene Körperschaft sein würde⁸³. Als legitimerweise interessierte Gruppe in der Gesellschaft, die ein besonderes Interesse an der Vermeidung von Verschwendung von Steuermitteln besitzt, können unschwer die Steuerzahler identifiziert werden. Weil diese zahlenmäßig ungewöhnlich große Gruppe der Bevölkerung allerdings nicht öffentlich-rechtlich korporativ organisiert ist, müsste für sie zunächst eine allgemeine Repräsentation im öffentlichen Bereich geschaffen werden, die als Treuhänderin der berechtigten Erwartungen der deutschen Steuerbürger fungieren könnte, dass die von ihnen aufgebrauchten Steuern nicht verschwendet werden. Die Steuerbürger haben hieran auch ein qualifiziertes rechtliches Interesse im Unterschied zu allen Staatsbürgern, denn während die Staatsbürger als solche nur Destinatäre der staatlichen Finanzwirtschaft sind, ist es das Geld der Steuerbürger, über das der Staat gewissermaßen treuhänderisch im Interesse des Gemeinwohls verfügt. Für eine solche korporative Organisation gibt es auch durchaus Vorbilder im heutigen Staats- und Gesellschaftsaufbau der Bundesrepublik Deutschland, nämlich in Gestalt der Selbstverwaltungsorgane der Sozialversicherung, durch die die Sozialversicherten ihre Interessen selbst wahrnehmen.

b) Als Option für einen besseren Schutz des Steueraufkommens vor Verschwendung bleibt deshalb die Schaffung einer korporativen Organisation der Steuerbürger festzuhalten, die wiederum den Hintergrund für die Einrichtung eines neuen *Strafverfahrensbeteiligten* abzugeben hätte, der vor einer Opportunitätseinstellung der einschlägigen Strafverfahren ein Anhörungsrecht und im Falle einer Einstellung aus Sach- oder Rechtsgründen ein Beschwerderecht besitzen würde und der, um die zunehmende Abstreifung effizienter Kontrollen im Zuge der Bürokratisierung und Gouvernentalisierung der modernen Demokratie zu kompensieren, unter der Kontrolle der vorstehend angesprochenen korporativen Repräsentation der Steuerbürger arbeiten sollte. Im Einzelnen wäre dabei an die Schaffung einer die Steuerbürger repräsentierenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft auf Bundesebene und von dieser abgeleitete, für die Wahrnehmung der konkreten Verfahrensrolle zuständige Anstalten auf Landesebene zu denken sein. Die Präsidenten dieser Anstalten, die mit der notwendigen Anzahl von zum Richteramt befähigten Mitarbeitern auszustatten wären, müssten von der Bundeskörperschaft bestimmt werden, der auch die Rechtsaufsicht obliegen würde. Als Name für die Verfahrensbeteiligten käme etwa „*Haushaltsschutzbeauftragter*“ oder „*Steuerwächter*“ in Betracht, für die Bundeskörperschaft „*Bundessteuerbürgerkammer*“.

83 Schünemann, Gesamtkonzept, S. 49 ff.

c) Von einem ausformulierten Gesetzesvorschlag kann aber zum gegenwärtigen Zeitpunkt deshalb abgesehen werden, weil zunächst einmal die beiden Säulen des hier vorgeschlagenen Reformkonzepts, nämlich die Erweiterung des materiellen Rechts und die Statuierung von Mitteilungspflichten im Verfahrensrecht, verwirklicht werden müssen. Danach wäre aufgrund verfahrenssoziologischer Untersuchungen zu ermitteln, ob die heutigen Defizite beim strafrechtlichen Schutz des Steueraufkommens nicht schon hierdurch vollständig beseitigt würden, wofür die eingangs angestellten Analysen und Überlegungen sprechen. Denn es sind ja nicht die Staatsanwaltschaften, sondern es ist die Rechtsprechung gewesen, die den Anwendungsbereich der Haushaltsuntreue entscheidend eingeschränkt hat, und es ist die Exekutive und auch die Legislative gewesen, die einen besseren Schutz verweigert und durch eine in der Regel außerordentlich defensive Verarbeitung der Beanstandungen der Rechnungsprüfungsbehörden bereits die Einleitung strafrechtlicher Ermittlungsverfahren unterbunden haben.

D. Exemplarisches Fallmaterial

Das im Rahmen dieses Gutachtens relevante Fallmaterial ist bereits im Gutachten von *Kohlmann/Brauns* anhand vieler Beispielfälle geordnet worden (Fehlleitung S.28 ff. mit insgesamt 54 Beispielen). Durch jeden Rechnungshofbericht und jedes Schwarzbuch des Bundes der Steuerzahler kommen jedes Jahr zahllose weitere Fälle hinzu. Es kann nicht Aufgabe dieses Gutachtens sein, hier eine erschöpfende oder auch nur auszugsweise erfolgende Anreicherung des Fallmaterials vorzunehmen, ohne dass dadurch die Rechtsprobleme eine weitere Verdeutlichung erfahren würden. Nachfolgend wird deshalb eine Ergänzung nur unter zwei Aspekten vorgenommen: zum einen, um die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu verdeutlichen, die gegenüber den früheren Gutachten zu weitaus größeren Strafbarkeitslücken geführt hat; und zum anderen vor allem durch eine Auswertung der „Bemerkungen 2010“ des Bundesrechnungshofes als exemplarischen Nachweis dafür, dass auch heute noch die im Gutachten von Kohlmann/Brauns zusammengestellten Fallgruppen vorkommen.

I. Fälle aus der neueren Rechtsprechung

1. Bugwellenfall

Gegenstand war die Überschreitung des Haushalts der württembergischen Staatstheater in Stuttgart für das Jahr 1990, für die der Angeklagte Prof. G. als Generalintendant, der Angeklagte Q. als Verwaltungsdirektor und Beauftragter für den Haushalt verantwortlich waren. Die württembergischen Staatstheater in Stuttgart sind Teil der Verwaltung des Landes Baden-Württemberg. Für ihre Finanzierung erhalten sie Gelder des Landes und Zuschüsse der Stadt Stuttgart; hinzu kommen eigene Einnahmen, Sponsorengelder und Spenden. Die Mittel werden im Staatshaushaltsplan festgelegt. Für das Haushaltsjahr 1990 waren dies 104.846.300 DM. Dieser Haushalt wurde – nach den Feststellungen ausschließlich durch zweckentsprechende Aufwendungen – um rund 5,1 Millionen DM überschritten, die das Land Baden-Württemberg im Jahre 1991 durch einen Nachtragshaushalt (ohne Kreditaufnahme) aufbrachte. Den Angeklagten hat das Landgericht die Haushaltsüberschreitung um zwei Millionen DM strafrechtlich zugerechnet. Der Angeklagte Prof. G. war seit dem Jahre 1985 Generalintendant und aufgrund seines Dienstvertrages „verpflichtet, die Haushaltsansätze einzuhalten“. Er war „berufen worden mit dem Auftrag, das nationale Renommee der Staatstheater zu heben.“ Nach der politischen Zielsetzung sollten durch verstärkte Engagements bekannter Künstler Standortvorteile gesichert werden. Dazu war der Etat der Staatstheater in den Jahren 1985 bis 1990 kontinuierlich erhöht worden. Trotzdem kam es jeweils zu Überschreitungen. Die Angeklagten erkannten im November 1989 die

Möglichkeit, daß der Haushalt für das Jahr 1990 um mindestens zwei Millionen DM überzogen werden könnte. Aber erst im März 1990 wurden erste Einsparungsvorschläge erarbeitet. Die Angeklagten bezogen auch die neue Spielstätte „Theater im Depot“ in den Theaterbetrieb ein, für die im Haushaltsplan – von einem Ansatz für Technikerstellen abgesehen – keine Mittel vorgesehen waren. Am 6. November 1990 veranlaßte ein Mitarbeiter einen Kassenstopp, weil die Mittel für Sachausgaben verbraucht seien. Nachdem der Angeklagte Prof. G. eine feste Zusage eines Sponsorenbetrags erhalten hatte, wies er den Mitarbeiter an, „die zur Aufrechterhaltung des Proben- und Spielbetriebs erforderlichen Zahlungen sowie die sonstigen unabweisbaren Zahlungen zu leisten. In Zweifelsfällen sei die Entscheidung von Verwaltungsdirektor Q. einzuholen“. Am 24. November 1990 unterrichtete der Angeklagte Prof. G. die Landesregierung darüber, daß ein Haushaltsdefizit in Millionenhöhe entstanden sei. Für die von ihm vorgenommene interne Aufteilung der verfügbaren Mittel hatte der Angeklagte Prof. G. sich auf wenig aussagekräftige Hochrechnungen der Ausgaben gestützt. Seine Haushaltsplanung enthielt auch keine Veranschlagung von nachträglich anfallenden, haushaltsrechtlich verwendbaren Einnahmen, Spenden und Sponsorengeldern. Wegen der bisher nur vagen Planungsgrundlagen veranlaßte er eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die von März 1989 bis Januar 1990 durchgeführt wurde und deren Ergebnisse im April 1990 vorlagen. Durch Beachtung der darin gemachten Vorschläge wurde der Haushalt ab 1991 nicht mehr überschritten.

Nachdem das LG Stuttgart durch Urteil vom 3.12.1996 (6 KLS 276/95) eine Verwarnung mit Strafvorbehalt einer Geldstrafe von 50.000 DM⁸⁴ aussprach, hat der Bundesgerichtshof die Verurteilung des Angeklagten auf dessen Revision und auf diejenige der Staatsanwaltschaft hin aufgehoben (BGHSt 43, 293–300 v. 4.11.1997). Im März 1998 wurde das Verfahren sodann gem. § 153a StPO gegen die Auflage eingestellt, auf eine dem ehemaligen Generalintendanten noch zustehende Abfindung von 130.000 DM zu verzichten (Hamburger Abendblatt v. 27.3.1998, S. 6).

2. Brandenburger Sozialministerium

Der Angeklagte A. als Staatssekretär, die Angeklagte S. als Leiterin der Abteilung 4 (Gesundheit) sowie der Angeklagte B. als Leiter des Referats 4.5 (gesundheitliche Prävention und Rehabilitation) waren im Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen (MASGF) des Landes Brandenburg seit 1990/91 tätig. Während der Angeklagte A., der vorher im Gesundheitsministerium des Landes Nordrhein-Westfalen Abteilungsleiter war, über Verwaltungserfahrung verfügte, fehlten bei der Angeklagten S. sowie dem Angeklagten B., die beide zuvor außerhalb der Ministerialverwaltung im Bereich der medizinischen bzw. psychologischen Betreuung beschäftigt waren, entspre-

84 Dies ist die mildeste strafrechtliche Reaktion überhaupt, bei der gem. § 59 StGB die Geldstrafe vorbehalten, d.h. zur Bewährung ausgesetzt wird.

chende Kenntnisse. Die Zeit nach dem Beitritt der ehemaligen DDR zur Bundesrepublik Deutschland war im Gesundheitswesen durch erhebliche Umstrukturierungsmaßnahmen geprägt, weil die aus der DDR-Zeit fortbestehenden Polikliniken von den Kommunen nicht mehr finanziert werden konnten und in der Auflösung begriffen waren. Im MASGF wurde deshalb die Idee entwickelt, Gesundheitszentren und Betreuungsdienste für chronisch Kranke zu etablieren und deren Finanzierung durch die Sozialversicherungsträger zu erreichen. Für entsprechende Umstrukturierungsmaßnahmen stellte der Landeshaushalt im Jahre 1991 insgesamt 117 Millionen DM zur Verfügung. Im Landeshaushalt 1992 waren dafür zusätzlich als „Zuschüsse für Dispensairebetreuung“ zwölf Millionen DM und für 1993 sieben Millionen DM veranschlagt. Hiervon sollten bis zur Erreichung einer Regelfinanzierung durch die Krankenkassen die Sach- und Personalkosten der „Betreuungsdienste chronisch Kranker“ (BcK) gedeckt werden. Man ging davon aus, daß für diese Umstrukturierungsaufgabe zwei Jahre benötigt würden und sie Ende 1993 abgeschlossen sein sollte. Für das Jahr 1994 war deshalb kein entsprechender Mittelansatz mehr vorgesehen. Zur Umsetzung des Vorhabens, von den Krankenkassen finanzierte Betreuungseinrichtungen für chronisch Kranke zu etablieren, arbeitete das MASGF mit dem Institut für Gesundheits- und Sozialforschung GmbH (IGES) in Berlin zusammen, das bereits die Umwandlung der Polikliniken und die Einrichtung der Gesundheitszentren durchführte. IGES entwickelte zusammen mit dem MASGF eine entsprechende Förderrichtlinie des Landes Brandenburg, die rückwirkend zum 1. Juli 1992 in Kraft trat. Aufgrund der nun vorhandenen Förderrichtlinie hob der Minister der Finanzen die bislang bestehende Sperre bezüglich der für die Dispensairebetreuung vorgesehenen Haushaltsmittel auf. Da das MASGF nicht über entsprechendes Personal verfügte, sollten Aufbau und Finanzierung der BcK über IGES erfolgen. Es kam zu Verhandlungen, in die neben dem Angeklagten B. und Vertretern von IGES auch der Haushaltsbeauftragte des MASGF, D., einbezogen war. Als Haushaltsbeauftragtem oblag dem früheren Mitangeklagten D. (gegen den das Verfahren nach § 153a Abs.2 StPO erledigt wurde) die Verantwortung für die Ausführung des Haushaltsplanes und er war bei Maßnahmen von finanzieller Bedeutung zu beteiligen. Mit Billigung von D. unterzeichnete die Angeklagte S. am 18. September 1992 seitens der MASGF einen Vertrag mit IGES. In dem Vertrag war vorgesehen, daß die haushaltsrechtlich angesetzten Fördermittel für 1992 und 1993 in Höhe von insgesamt 19 Millionen DM von IGES treuhänderisch verwaltet werden sollten, wobei in diesem Betrag ein Honorar in Höhe 1,6588 Millionen DM für IGES enthalten war. Auf Anforderung von IGES wurde auf Anordnung der Angeklagten S. am 26. Oktober 1992 ein Betrag in Höhe von zehn Millionen DM angewiesen; der Angeklagte B. veranlaßte die am 4. Januar 1993 erfolgte Auszahlung des restlichen, zunächst als Sicherungsrücklage einbehaltenen Betrages von rund 700.000 DM an IGES entsprechend der vertraglich getroffenen Treuhandabrede. Bis zum 31. Dezember 1992 waren bei IGES noch nicht verbrauchte Fördergelder in Höhe von 9,89 Millionen DM vorhanden. Den hieraus erwirtschafteten Zinsertrag überwies IGES an das MASGF und beantragte eine Verlängerung des Bewilligungszeitraums. Diesem

Antrag kam der Angeklagte B. nach, ohne allerdings eine konkrete Befristung anzugeben. In der Folge schloß IGES mit den einzelnen Einrichtungen Förderverträge, die insgesamt ein Volumen von 7,1 Millionen DM hatten. Den einzelnen Vereinbarungen lag ein Mustervertrag zugrunde, den IGES nach Abstimmung mit dem MASGF ausgearbeitet hatte. In der Folgezeit wurden – auf reduziertem Niveau – im August und September 1993 vier weitere Förderverträge abgeschlossen, wodurch die an IGES ausgereichten Treugutmittel im wesentlichen aufgebraucht waren. Mit Überweisung vom 29. Dezember 1993 zahlte IGES die restlichen Fördermittel an die einzelnen Einrichtungen aus und legte gegenüber dem MASGF eine Schlußrechnung. Bereits ab September 1993 sollte auf Betreiben des zuständigen Referatsleiters im Finanzministerium, des Zeugen Br., die zukünftige Förderung der BcK nicht mehr über die Bildung von Treugut erfolgen, sondern die Mittel sollten auf der Grundlage von Zuwendungsbescheiden des MASGF, die dann allerdings von IGES vorbereitet wurden, direkt an die einzelnen Einrichtungen ausgereicht werden. Auf Antrag der jeweiligen Fördereinrichtungen ergingen insgesamt 13 Zuwendungsbescheide im November/Dezember 1993, die der Angeklagte B. mit Wissen und Billigung der Angeklagten S. unterzeichnete. In allen Zuwendungsbescheiden war ein Bewilligungszeitraum bis zum 31. Dezember 1993 angegeben. Obwohl bei den Fördereinrichtungen zum damaligen Zeitpunkt noch kein aktueller weiterer Bedarf bestand, wurden sämtliche – den gekürzten Haushaltsansatz für 1993 in Höhe von 6,3 Millionen DM ausschöpfende – Mittel noch im Dezember 1993 ausgezahlt. Die Verwendung der Haushaltsmittel wurde weiterhin von IGES überwacht, das hierüber auch gegenüber dem MASGF berichtete. Mit Schreiben vom 29. Juni 1994 an die Angeklagte S. wies IGES darauf hin, daß aus den Förderverträgen (welche den Haushaltsansatz 1992 betrafen) knapp drei Millionen und aus den Zuwendungsbescheiden noch über sechs Millionen DM bei den Trägern der BcK unverbraucht vorhanden waren. Aufgrund dieser Information kam es innerhalb der MASGF zu Gesprächen, an denen auch der Haushaltsbeauftragte D. beteiligt war. Dieser legte für die Leitung des Ministeriums das Problem in einem Vermerk dar. Der Vermerk gelangte am 1. September 1994 dem Angeklagten A. zur Kenntnis. Dieser erkannte, daß ein Widerruf der Zuwendungen bzw. die Rückforderung der nicht verbrauchten Gelder in Betracht gezogen werden mußte. Nach Kontaktaufnahme mit dem Vorsitzenden der AOK war ihm klar, daß eine vollständige Überführung der Betreuungseinrichtungen in die Trägerschaft dieser Krankenkasse wohl ausscheiden werde. Er ging aber davon aus, die Mehrheit der Einrichtungen würde andere Krankenkassen als Träger finden. Nachdem eine zunächst auf Ministerebene in Aussicht genommene Zwischenlösung sich nicht realisieren lassen, wurden Teilwiderrufsbescheide in Höhe von insgesamt 1,6 Millionen DM erlassen. Dieser Betrag ergab sich aus Berechnungen, welche Summen die Betreuungseinrichtungen bis Mitte 1995 noch benötigen würden. Um die noch nicht gescheiterte spätere Übernahme durch die Krankenkassen offenzuhalten, wurde zunächst nur der überschießende Betrag zurückgefordert. Nachdem – wie sich später aufgrund von Verwendungsnachweisprüfungen herausstellte – weit weniger Gelder verbraucht worden

waren, sind schließlich mehrere Millionen DM nach Widerruf der Zuwendungsbescheide zurückgezahlt worden. Im Haushaltsplan 1994 waren für die „pauerschale Förderung für Rehabilitations- und Erholungseinrichtungen“ fünf Millionen DM veranschlagt. Der Angeklagte B. entwickelte die Idee, nach dem Vorbild Nordrhein-Westfalens ein Gesundheitshaus einzurichten, das an einem Kur- oder Erholungsort gelegen sein sollte. Nach Vorklärunen fiel die Wahl auf den Erholungsort Ringenwalde. Als Vertreterin des zuständigen Amtes Templin-Land stellte die Zeugin Dr. am 3. November 1994 einen Antrag auf Gewährung einer Förderung in Höhe von 3,16 Millionen DM, was 90 Prozent der Baukosten entsprach. Am 9. November 1994 erging eine Förderunbedenklichkeitsmitteilung. Da sich aufgrund neuer bautechnischer Schätzungen die voraussichtliche Bausumme – und damit auch die 90-Prozent-Fördersumme auf 3,5 Millionen DM – erhöhte, zeichneten die Angeklagten B. und S. den Entwurf eines Zuwendungsbescheides in entsprechender Höhe ab und leiteten diesen dem Angeklagten A. zu. Nach Rücksprache mit B. und S. zeichnete der Angeklagte A. am 30. November 1994 den Zuwendungsbescheid, der – nach einer Korrektur D., der aber im übrigen den Entwurf ebenfalls billigte – einen Bewilligungszeitraum bis 28. Februar 1995 haben sollte. Diese Änderung wurde allerdings versehentlich in dem der Antragstellerin übermittelten Schreiben nicht übernommen, so daß dort weiterhin als Ende des Bewilligungszeitraums der 31. Dezember 1994 ausgewiesen war. Die Auszahlung der Mittel erfolgte noch im Dezember 1994. Die Aufträge für das Bauvorhaben wurden vom Amt Templin-Land allerdings erst bis zum 24. Februar 1995 vergeben. Die Unternehmen, die den Zuschlag erhalten hatten, stellten sogleich Rechnungen in Höhe des Kostenangebots. In Höhe dieser Rechnungen legte das Amt Sperrkonten an, auf welche die Zeugin Dr. die Rechnungsbeträge überweisen ließ und als verbrauchte Mittel deklarierte. Im weiteren Verlauf – was im übrigen schon aufgrund eines Bauablaufplans des Architekten zu erkennen gewesen wäre – zeigte sich, daß die Bauarbeiten bis Oktober 1995 andauern würden.

Nachdem die Angeklagten bereits vom LG Potsdam freigesprochen worden waren, hat der Bundesgerichtshof dies unter Verwerfung der Revision der Staatsanwaltschaft bestätigt (BGH NStZ 2001, 248–252 v. 14.12.2000).

3. Holzbackstube

Im Rahmen der in Berlin stattfindenden „Internationalen Grünen Woche 1997“ fand am 20. Januar 1997 eine Unterredung statt zwischen dem Angeklagten Z., damaliger Minister des Ministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten (MELF) im Land Brandenburg, dem Angeklagten Dr. D., der im MELF Leiter des für die Förderpolitik zuständigen Referates war, dem Zeugen R., damals Sachbearbeiter in dessen Referat, und den Vorstandsmitgliedern des Fördervereins D./M e.V. Si. und De. Dabei wurde auch über die Möglichkeit der Förderung eines auf dem bäuerlichen Anwesen der Familie Z. in Schöna/Kolpien betriebenen Projekts „Holzbackofen“ gesprochen. Bei einer am 12.

März 1997 abgehaltenen Vorstandssitzung des Fördervereins veranlaßte der Angeklagte Z. die Vorstandsmitglieder Si. und Sch., einen Formularantrag auf Gewährung einer Zuwendung des Landes Brandenburg nach der Richtlinie des MELF über die Gewährung von Zuwendungen für die Förderung der Entwicklung des ländlichen Raums vom 14. Oktober 1994 (ELR-Richtlinie) blanko, auch ohne Angabe von Zeit und Ort der Antragstellung, zu unterschreiben. Ziel des Antrags war die Unterstützung des Projekts „Holzbackofen“. Sodann beauftragte der Angeklagte Z. den Angeklagten Dr. D., sich „vorrangig“ der weiteren Bearbeitung des Förderantrags anzunehmen. In ständigem Kontakt mit dem Angeklagten Z. und dem Vereinsvorstand trug der Angeklagte Dr. D. Unterlagen zusammen und genehmigte am 22. April 1997 den vorzeitigen Beginn der Maßnahme des Fördervereins. Das entsprechende Schreiben ließ er auf den 22. Januar 1997 zurückdatieren. Nach vollständiger Ausfüllung wurde der Förderantrag dem zuständigen Amt für Agrarordnung zugeleitet, wo er am 22. Mai 1997 einging. Als zu fördernde Maßnahme war die „Wiedereinrichtung und Betreibung einer traditionell-dörflichen Holzbackstube mit integrierter Landschaftspflege“ angegeben. Es wurde unter anderem beantragt, Umbauarbeiten der Firma T. sowie den Erwerb und Einbau zweier Backöfen zu fördern. Das Antragsformular enthielt den Hinweis, daß mit dem zu fördernden Projekt noch nicht begonnen sein durfte. Die Rückdatierung des Förderantrags und der schriftlichen Genehmigung zum vorzeitigen Beginn der Maßnahme des Fördervereins erfolgte im Hinblick auf Nr.1.3 der Verwaltungsvorschriften zu § 44 der Landeshaushaltsordnung (LHO) des Landes Brandenburg, wonach Zuwendungen nur für solche Projekte bewilligt werden dürfen, die noch nicht begonnen worden sind. Am 20. August 1997 wurde dem Verein nach Zustimmung durch Dr. D. vom für die Förderung zuständigen Amt für Agrarordnung eine Zuwendung in Höhe von 488.768,00 DM gewährt. Der Angeklagte Z. hat sich zur Sache nicht eingelassen. Der Angeklagte Dr. D. hat sich dahin eingelassen, er habe am 21. Januar 1997 auf Geheiß des Vereinsvorsitzenden S. Ort und Datum auf dem Antragsformular eingetragen und am folgenden Tag, nachdem der Mitarbeiter R. den Entwurf eines Genehmigungsschreibens zum vorzeitigen Beginn des Fördervorhabens entworfen habe, das Schreiben mit der Genehmigung zum vorzeitigen Maßnahmebeginn unterschrieben. Diese Einlassung hat das Landgericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere aufgrund der Zeugenaussagen einer Sekretärin und einer Registratorin im MELF, für widerlegt erachtet. Das Landgericht hat die Angeklagten gleichwohl aus tatsächlichen Gründen freigesprochen, weil es nicht auszuschließen vermochte, daß alsbald nach dem 21. Januar 1997 „der Angeklagte Dr. D. ... den Vorgang mit dem Angeklagten Z. erörterte, diesem signalisierte, daß er den Entwurf für richtig halte und einen vorzeitigen Beginn des Vorhabens mündlich genehmige“ (UA S.17). Bei einem solchen Ablauf liege es „dann auch nicht fern, daß der Angeklagte Z. darüber alsbald den (verstorbenen) Vorsitzenden (des Vereins) unterrichtete“ (UA S.27). Das Verteidigungsverhalten insbesondere des Angeklagten Dr. D. stünde „dem als nicht ausschließbare Möglichkeit hier zugrunde gelegten Geschehensablauf nicht entgegen“; der Angeklagte Dr. D. „hielt vermutlich eine

Änderung seines Verteidigungsvorbringens für schädlich und risikoreich“ (UA S. 28). Hilfsweise hat das Landgericht die Angeklagten in Ermangelung eines Vermögensschadens aus Rechtsgründen freigesprochen. Die rechtlichen Voraussetzungen eines Subventionsbetruges hat es ebenfalls verneint.

Der Freispruch des LG Potsdam durch Urteil v. 22. Februar 2002 (496 Js 175/98) wurde vom Bundesgerichtshof aufgehoben (BGH NJW 2003, 2179–2181 v. 8.4.2003). In der neuen Verhandlung verurteilte das LG Potsdam den Ex-Minister am 18.2.2004 zu einer Freiheitsstrafe von 11 Monaten mit Bewährung (496 Js 175/98), am 16.6.2005 wurde die dagegen eingelegte Revision vom BGH durch Beschluss verworfen (5 StR 440/04. Pressemitteilung Nr. 88/2005).

4. Aussiedlergemeinschaft

Nach den Feststellungen des Landgerichts schloß der Angeklagte M. als damaliger Landrat des ehemaligen Landkreises B. am 24. Februar 1993 mit den Angeklagten H. und N. einen sogenannten „Betriebervertrag“ mit einer Laufzeit von zehn Jahren über die Nutzung einer von der H. und N. GbR zu erwerbenden Liegenschaft („Objekt A. „) als Gemeinschaftsunterkunft für Aussiedler und ausländische Flüchtlinge. Darin verpflichtete sich die Gesellschaft als Betreiber, insgesamt 620 Plätze zur Verfügung zu stellen; die Belegung sollte nach Erwerb und Umbau des Objekts beginnen. Als Entgelt wurde pro untergebrachte Person und Tag ein Betrag von 25,99 DM vereinbart. Dem lag ein „Finanzierungskonzept“ zugrunde, welches u.a. einen Aufwand für „Kauf einschl. Zinsen und Umbau der Gebäude sowie Schaffung Außenanlagen einschl. Bearbeitungsgebühr“ in Gesamthöhe von ca. 16,1 Millionen DM vorsah. Unabhängig von der tatsächlichen Belegung sollte der Betreiber den Unterkunftssatz für 80% der jeweils belegbaren Plätze abrechnen können. Bei einer Über- oder Unterschreitung „der Investitionssumme“ waren Betreiber und Nutzer berechtigt, eine Anpassung des Tagessatzes pro Person um 0,15 DM je 100.000 DM zu verlangen; der Betreiber war verpflichtet, „über die Investitionssumme dem Nutzer Nachweis zu führen“. Die Parteien gingen davon aus, daß die volle Belegkapazität am 1. April 1994 hergestellt sein würde. Die Aufwendungen für die Unterbringung der genannten Personen waren vom Freistaat Thüringen zu tragen. Die Titelverwaltung oblag dem Landesamt für Soziales und Familie; die Angelegenheiten der Unterbringung waren den kreisfreien Städten und Landkreisen übertragen. Die erforderliche Zustimmung des Landes zu dem Vertrag vom 24. Februar 1993 wurde erteilt. Nachdem der Betreiber das Grundstück im April 1993 für einen Kaufpreis von 8,5 Millionen DM von dem Landkreis erworben hatte, kam es in der Folge zu unvorhergesehenen Schwierigkeiten beim Umbau und Ausbau des Objekts, so daß eine Fertigstellung zum 1. April 1994 nicht möglich war. Als sich bei einer Begehung am 16. März 1994 erwies, daß ab 1. April 1994 „allenfalls 500“ Plätze zur Verfügung stehen würden, verlangten die Angeklagten H. und N. von dem Angeklagten M., gleichwohl bereits ab 1. April 1994 80% der vollen

Kapazität, also 496 Plätze abrechnen zu können. Der Angeklagte M. war hiermit einverstanden, „erwartete“ aber im Gegenzug einen Verzicht der Mitangeklagten auf eine mögliche Anhebung des Tagessatzes. Hierauf einigten sich die Angeklagten mündlich; Dritte wurden hierüber nicht in Kenntnis gesetzt. Ebenfalls am 16. März 1994 teilte der Angeklagte M. bewußt wahrheitswidrig dem Landesamt für Familie und Soziales des Freistaats Thüringen mit, eine Belegkapazität von 620 Plätzen sei ab 1. April 1994 gewährleistet. Vom 1. April bis zum 31. Dezember 1994 rechneten die Angeklagten H. und N. daraufhin jeweils 80% von 620 Plätzen ab, obgleich diese Anzahl tatsächlich nicht zur Verfügung stand; vielmehr wurde die Kapazität von 620 Plätzen erst nach Abschluß der Bauarbeiten im Januar 1995 erreicht. Der Landkreis erstattete den Angeklagten H. und N. auf Veranlassung des Angeklagten M. jeweils die abgerechneten Sätze für 496 Plätze und erhielt diese Aufwendungen wiederum vom Freistaat Thüringen (Landesamt für Soziales und Familie) erstattet; Grundlage hierfür war die unzutreffende Freimeldung des Angeklagten M. vom 16. März 1994. Als unberechtigte Zuvielleistung für diesen Zeitraum hat das Landgericht – auf der Basis von 500 zur Verfügung stehenden Plätzen – einen Betrag von ca. 686.000 DM festgestellt, weiterhin, daß die Gesamtsumme der Um- und Neubaukosten einschließlich der Zinsaufwendungen hierfür um 564.000 DM überschritten wurde. Eine Anhebung des Tagessatzes gemäß § 13a des Betreibervertrags machten die Angeklagten H. und N. nicht geltend. Das Landgericht hat auf der Grundlage dieser Feststellungen sowohl das Vorliegen einer Untreue als auch eines Betrugs durch den Angeklagten M. verneint, weil es an einem Vermögensschaden fehle; dem Freistaat Thüringen sei nämlich infolge der Vermögensverfügung über Haushaltsmittel, welche dem vorgesehenen Verwendungszweck entsprochen hätten, zugleich ein Vermögensvorteil durch den Verzicht auf die mögliche Tagessatzerhöhung zugeflossen. Dieser Vorteil habe etwa 1,1 Millionen DM betragen. Auch eine schadensgleiche Vermögensgefährdung sei nicht eingetreten, da es bei der Vereinbarung am 16. März 1994 keine Anhaltspunkte dafür gegeben habe, die Angeklagten H. und N. würden sich an die Vereinbarung nicht halten.

Der Freispruch des LG Mühlhausen durch Urteil v. 22.2.2001 (6 Kls –Ss 242 – 244/01) wurde vom Bundesgerichtshof durch Urteil vom 17.4.2002 aufgehoben (BGH wistra 2002, 300–302). Der endgültige Ausgang des Verfahrens ist nicht bekannt.

5. Kulturamtsleiter

Nach den Urteilsfeststellungen war der Angeklagte im Angestelltenverhältnis Leiter des Kulturamts der Stadt N-I und des (aus steuerlichen Gründen privatrechtlich organisierten) „Bundes für Volksbildung“. „Die Tätigkeit des Angeklagten und seiner Abteilung bestand darin, daß er neben zahlreichen anderen Aufgaben Veranstaltungen für die H-Halle zu organisieren und die auftretenden Künstler auszuzahlen hatte. Er entwickelte in jedem Jahr ein Veranstaltungskonzept, aufgrund dessen der Etat für die Hugenotten- Hal-

le und die übrigen Veranstaltungsstätten im Gemeindehaushalt festgesetzt wurde. Hierbei trat eine nicht eingeplante Besonderheit auf: Oftmals waren bestimmte Künstler bzw. Veranstaltungen im Haushalt mit einer bestimmten Gagensumme vorgesehen. Da zwischen der Haushaltsverabschiedung und dem Auftritt längere Zeiträume liegen, kam es vor, daß die Veranstaltung durch zwischenzeitlich eingetretene Popularitätssteigerungen der beteiligten Künstler wesentlich teurer wurden, als ursprünglich geplant war. Es wäre nun möglich gewesen, die Auftritte aufgrund der nicht ausreichenden Haushaltsmittel abzusagen. Diesen Weg wollte der Angeklagte nicht gehen, da oftmals bereits eine aufwendige Werbung durchgeführt worden war und eine Absage der Veranstaltung bei den betroffenen Künstlern aber auch bei den interessierten Bürgern, einen sehr ungünstigen Eindruck gemacht hätte. Stattdessen wählte der Angeklagte eine andere Methode: Gegen Ende des Haushaltsjahres war oftmals in anderen Haushaltstiteln, die der Angeklagte ebenfalls zu verwalten hatte, noch Geld vorhanden. Die Mittel, die für die H- Halle Verwendung finden sollten, waren jedoch erschöpft. Da es aus kassentechnischen Gründen nicht möglich war, Haushaltsmittel einfach auf einen anderen Titel umzubuchen, ließ der Angeklagte unrichtige Rechnungen ausstellen, die einen Haushaltsposten betrafen, der noch nicht erschöpft war. Dann ließ er den Rechnungsgegenwert in bar abholen und führte ihn über eine „schwarze Kasse“ dem Etat der H-Halle zu“. In manchen Fällen überwies er jedoch den Betrag an die als Rechnungsaussteller erscheinende Firma und ließ sich das Geld wieder zurückgeben. In der Anklageschrift war dem Angeklagten zur Last gelegt worden, fortgesetzt Untreue in 20 Teilakten und in Tateinheit hiermit in 14 dieser Teilakte Urkundenfälschung begangen zu haben. Untreue – in Form des Treubruchstatbestandes – hat die Strafammer nur in einer dieser 20 Handlungen gesehen. Hinsichtlich der übrigen hat sie (teilweise fortgesetzte) Urkundenfälschung angenommen, jedoch das Vorliegen eines Vermögensschadens und damit des Tatbestands der Untreue verneint. Zur Begründung hat sie ausgeführt: Die durch vorschriftswidrige Transaktionen „frei“ gewordenen Geldbeträge seien „stets dem Gesamtvermögen der Stadt N-I zurückgeführt worden... Soweit die Gelder für die Veranstaltungen in der Hugenotten- Halle ausgegeben wurden..., stand den Ausgaben auf der einen Seite jeweils ein Gegenwert in Form der durchgeführten Veranstaltung gegenüber... Soweit den Firmen lediglich ihnen tatsächlich zustehende Gelder zugeflossen sind, hat das Kulturamt ohnehin nur berechnete Forderungen erfüllt“ (und die Stadt in entsprechendem Umfang von Verbindlichkeiten befreit). Hinsichtlich der vor der genannten endgültigen Verwendung zunächst in die „schwarze Kasse“ verbrachten Geldbeträge sei auch auf dem Weg dorthin keine konkrete Vermögensgefährdung eingetreten. Bei den Firmen, die auf Grund fingierter oder überhöhter Rechnungen ihnen nicht zustehende Beträge erhalten hätten, habe zu keiner Zeit die Gefahr bestanden, daß sie sich nicht an die Rückgabvereinbarung halten wollten oder könnten. Jedenfalls habe der Angeklagte damit nicht rechnen müssen. Entsprechendes gelte für die Fälle, in denen der Angeklagte Hausmeister mit dem Abholen und Überbringen von Bargeld beauftragt habe.

Das LG Darmstadt hatte den Angeklagten wegen Untreue u. a. verurteilt und unter Vorbehalt einer Geldstrafe von 21.600 DM verwarnt. Der Bundesgerichtshof hob das Urteil auf Revision der Staatsanwaltschaft auf, weil das Landgericht nicht geprüft hatte, ob nicht schon in den Vertragsschlüssen ungetreue Vermögensschädigungen zu sehen seien (BGH wistra 1985, 69–71).

6. Schulleiterfall

Nach den Feststellungen hat der Angeklagte die Portokasse der von ihm geleiteten Rheinisch-Westfälischen Berufsschule für Gehörgeschädigte in E, die aus einem Handvorschuß von 600,- DM gespeist wurde, in der Weise „manipuliert“, daß er durch die Sekretärin der Schule in die Postquittungen über den Ankauf von Briefmarken im Anschluß an die jeweils letzte Eintragung und den Stempel weitere Briefmarkenpositionen eintragen und danach die so veränderten Quittungen dem Träger der Schule, dem Landschaftsverband Rheinland, zur Erstattung vorlegen ließ. Dieser wurde dadurch in „drei bis höchstens sechs Einzelfällen“ veranlaßt, „insgesamt rund 1.300 DM vermeintliche Portokosten, denen in Wirklichkeit keine entsprechenden Briefmarkenkäufe zugrunde liegen“, zu erstatten. Die „auf diese Weise erlangten Beträge“ hat der Angeklagte „für Zwecke der Schule“ verwendet, insbesondere zur Bestreitung der Kosten für deren Teilnahme an der Fachausstellung „Interschul 80“.

Das LG Essen hatte nur wegen Urkundenfälschung zu einer Geldstrafe verurteilt. Der Bundesgerichtshof erweiterte den Schuldspruch auf Revision der Staatsanwaltschaft hin auf Untreue und hob den Strafausspruch auf (BGH NStZ 1986, 455–456.)

7. BND-Fall

Es ging um ein Projekt, das der BND in Zusammenarbeit mit dem Geheimdienst eines Partnerlandes unter dem Deckwort „P.“ durchführte. Für die Finanzierung dieses Projekts war 1983 eine Beteiligung des Bundesverteidigungsministeriums vereinbart. Dafür wurden im Haushalt des Ministeriums in Kapitel 1420 Titel 55111 jährliche Beiträge von zusammen 5,4 Mio. DM (1983: 0,5, 1984: 0,6, 1985: 1,4, 1986: 1,4 und 1987: 1,5 Mio. DM) bereitgestellt. Die Mittel waren jeweils bedarfsorientiert auf entsprechende Anforderungsschreiben an den BND zu überweisen. Dies zu veranlassen, fiel in die Zuständigkeit des Angeklagten, der als Deckwortverpflichteter insoweit weitgehend alleinverantwortlich war. Zur Abwicklung schloß der BND über eine Scheinfirma mit dem Unternehmen, das die projektierte Anlage herstellen sollte, einen Grundvertrag. Das Auftragsvolumen von 17,1 Mio. DM erhöhte sich durch spätere Änderungsverträge. Im August 1986 fand im Beisein des Angeklagten die Übergabe der Anlage statt; damit war das Projekt „zunächst abgeschlossen“. Es folgten noch Änderungsverträge vom 26. November 1986 über die Lieferung von Ersatzteilen (etwa 1,568 Mio. DM) und vom 3. Februar 1987 (rund 215.000 DM); Verträge über Folgeprojekte kamen erst Ende

1987 (Fernmeldeanlage „Ec.“) und Ende 1988 (Erweiterung der „P.“-Anlage) zustande. Von Anfang an wurden die vorgesehenen Jahresbeiträge des Bundesverteidigungsministeriums überschritten. Nachdem das Ministerium eine vom BND gewünschte Aufstockung der Mittel auf 3,9 Mio DM für 1985 aus haushaltsrechtlichen Gründen abgelehnt hatte, nahm der Angeklagte die erste, ihm als Untreue zur Last gelegte Handlung vor: Am 8. Oktober 1985 wies er das zuständige Referat für Kassenwesen an, aus noch unverbrauchten Ausgabeermächtigungen des Titels 55111, die zum Jahresende 1985 erloschen wären (sogenannten „Überkippern“), 797.000 DM auf ein Postscheckkonto des BND zu überweisen. Der Angeklagte handelte dabei ohne Beteiligung seiner Vorgesetzten; ein entsprechendes Anforderungsschreiben des BND gab es nicht. Dem BND teilte er mit, daß 600.000 DM für „P.“ und 197.000 für „W.“ (ein anderes Projekt) bestimmt seien. Da der BND bei Eingang der Gelder für das laufende Jahr nur im Projekt „W.“ eine Verwendungsmöglichkeit in Höhe von 46.000 DM sah, wurde der überschießende Betrag zunächst auf ein Verwahrkonto genommen und ging dann in die sogenannte „Betriebsmitteldisposition“ des Dienstes (allgemeine Ausgaben) ein; er wurde erst Anfang 1986 für die genannten Projekte haushaltsmäßig verbucht. Im Herbst 1986 bereitete der Angeklagte den zweiten Geldtransfer vor, den ihm die Anklage als Untreuehandlung zur Last gelegt hat. Aus dem genannten Haushaltstitel drohten mit dem Jahresende etwa 2,8 Mio. DM zu verfallen. Um diese „Überkipper“ dem BND zukommen zu lassen, gab der Angeklagte einem Beamten des BND den Inhalt eines Anforderungsschreibens vor, wonach die „P.“-Anlage wegen zu geringer Erfassungskapazität der Erweiterung bedürfe und hierzu 2,79 Mio. DM erforderlich seien. Nach Eingang dieses Schreibens veranlaßte er unter Mitwirkung von Ministerialbeamten, die über den Sachstand im Projekt „P.“ nicht informiert waren, daß am 21. November 1986 2,79 Mio. DM aus den „Überkippern“ an den BND überwiesen wurden. Der Betrag fand dort, da für projektbezogene Ausgaben im laufenden Jahr nicht benötigt, keine Verwendung und wurde in Verwahrung genommen. Mit einem Mitarbeiter des BND vereinbarte der Angeklagte, daß der Betrag zurücküberwiesen, die Rücküberweisung dann aber unter dem Vorwand eines „Irrtums“ rückgängig gemacht werden solle. Dies geschah. Der Angeklagte sorgte dafür, daß der Betrag am 29. Dezember 1986 erneut dem BND überwiesen wurde; dort ging er am 2. Januar 1987 ein und wurde haushaltsmäßig verbucht (nach UA S. 94: für „P.“, nach UA S. 103 f: im Titel „Einnahmen für operationelle Zwecke“). Da der Betrag nicht sogleich projektbezogen verauslagt werden konnte, floß er ebenfalls zunächst in die „Betriebsmitteldisposition“ des Dienstes. Im Jahr 1987 wurden für das Projekt „P.“ noch rund 2,585 Mio. DM ausgegeben. Der Differenzbetrag zu den überwiesenen 2,79 Mio. DM und der für 1987 vorgesehene Jahresbeitrag des Ministeriums von 1,5 Mio. DM wurden in das nächste Haushaltsjahr transferiert und dann projektbezogen verauslagt.

Das LG Bonn hatte den Angeklagten wegen Bestechlichkeit verurteilt, aber wegen Untreue freigesprochen. Der Bundesgerichtshof hob den Freispruch in 2 Punkten auf und verwies die Sache an eine andere Strafkammer des

Landgerichts zur weiteren Verhandlung und Entscheidung zurück (BGHSt 40, 287–298). Der endgültige Ausgang ist nicht bekannt.

8. Betriebskrankenkassenfall

Der Beschwerdeführer zu II. war als Vorstand der Betriebskrankenkasse (BKK) H... P... in Kassel tätig. In dieser Funktion bewilligte er zwei Bediensteten – seinen späteren Mitangeklagten – über mehrere Jahre hinweg Prämien, die praktisch zu einer Verdopplung des Gehalts der beiden Mitangeklagten führten und deutlich von der üblichen Prämienpraxis abwichen, wonach lediglich einmalige Zahlungen über einen bestimmten Betrag erbracht wurden, die üblicherweise das Monatsgehalt eines Beschäftigten nicht überstiegen. Nach den Feststellungen des Landgerichts erhielten die beiden Mitangeklagten hierdurch jeweils über 100.000 € zusätzlich zu ihren vergleichsweise hohen Gehältern und der gesondert erfolgten Vergütung von Überstunden. Eigene finanzielle Vorteile aus dem Verhalten des Beschwerdeführers zu II. sind nicht festgestellt.

Das Landgericht Kassel verurteilte den Beschwerdeführer zu Einzelfreiheitsstrafen von jeweils einem Jahr, die zusammen mit einer nicht verfahrensgenständlichen Verurteilung wegen Begünstigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten führten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Der Bundesgerichtshof verwarf die Revision, ebenso wie das Bundesverfassungsgericht die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde (BVerfGE 126, 170–233).

II. Fälle aus Rechnungshofberichten und Schwarzbüchern des Bundes der Steuerzahler

1. Ganzkörper-Nacktschanner:

Im Jahre 2005 erwarb das europäische Parlament 6 Ganzkörper-Scanner für zusammen 720.000,00 €. Nachdem das europäische Parlament gegen den Einsatz von Nacktschannern auf Flughäfen votiert hatte und die angeschafften Nacktschanner niemals benutzte, wurde 2009 ein Beschluss zu deren Veräußerung gefasst. Obwohl sich hierbei keine Käufer fanden, die das Mindestgebot von 65.000,00 € abgaben, wurde der Versuch eines Abgeordneten, sie bei Ebay zu versteigern, zu einem Zeitpunkt abgebrochen, als das Höchstgebot bei 2.565,00 € lag (Quelle: Steuerzahler-Schwarzbuch 2010, S. 95 f.; Europäisches Parlament, Plenarsitzung Dokument A 6 – 0184/2009 vom 23.03.2009).

Rechtliche Bewertung:

Eine Untreue läge nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht vor, weil die Nacktschanner zum korrekten Preis erworben wurden und ein

Ausnahmetatbestand entsprechend der Bugwellen-Entscheidung nicht erfüllt wäre.

Bezüglich der Anschaffung käme eine Haushaltsuntreue nach § 349 Abs.2 E-StGB wegen eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Nutzen und Mitteleinsatz in Betracht, wenn damals kein Einsatz geplant war und der zu veranschlagende Nutzen also bei Null lag. Anders wäre es, wenn damals eine konkrete Nutzungsabsicht der dafür maßgeblichen Stellen bestand, die lediglich wegen nachträglicher Änderung der politischen Verhältnisse nicht realisiert worden ist. Da die Nacktscanner niemals zum Einsatz gekommen sind, besteht ein Anfangsverdacht für eine Haushaltsuntreue, dem durch genaue Aufklärung der Bewandnisse rund um deren Bestellung nachzugehen ist.

Für die unterlassene Veräußerung gilt Folgendes: Der Verzicht auf die Verschwendung nicht mehr benötigten Büromaterials kann nicht unter § 349 subsumiert werden, weil es sich dabei nicht um die Vergabe von „Haushaltsmitteln“ handelt.

2. Pauschale Leistungszulage:

Nach der niedersächsischen Verordnung über die Gewährung von Prämien und Zulagen für besondere Leistungen (NLBZVO vom 05.10.1999, publiziert in NdS. GVBl. 1999, S. 359) ist die Anzahl der Zulagenempfänger auf maximal 15% der Beamtenschaft beschränkt (§ 5 a), ferner ist die Gewährung von Zulagen auf maximal 1 Jahr beschränkt und eine formelle Verlängerung bzw. neue Bewilligung der Zulagen explizit vorgeschrieben (§ 3 Abs.2). Gem. § 3 Abs. 2 S. 2 ist die Neubewilligung einer Leistungszulage frühestens 1 Jahr nach Ablauf des Zeitraums zulässig, für den die Zulage gewährt wurde. Im Landkreis Osnabrück und in der Stadt Osnabrück und in zahlreichen Gemeinden des Landkreises Osnabrück werden 90% der Beamten Prämien ausbezahlt, wenn sie zuvor vereinbarte Ziele erreicht haben. Damit sollte eine Gleichstellung mit den Angestellten erreicht werden, für die derartige Zulagen tarifgemäß gewährt werden. (Quelle: Bericht des Bundes der Steuerzahler)

Rechtliche Bewertung:

Es liegt eine Untreue nach § 266 StGB vor. Nach den Vorschlägen des Entwurfs ist § 349 Abs. 1 und Abs. 3 n.F. i.V.m. § 28 Abs. 2 HGrG erfüllt. Auch nach dem geltenden Recht ist eine Strafbarkeit gegeben, denn die Zahlung einer Zulage, die vom Beamtenrecht expressis verbis untersagt worden ist, erfüllt in ähnlicher Weise den Straftatbestand des § 266 StGB, wie wenn man einem Beamten ein höheres Gehalt bezahlen würde, als den Laufbahnvorschriften entspricht. Auffällig ist allerdings, dass die betreffende Praxis aufgrund einer entsprechenden Richtigkeitsüberzeugung beobachtet zu sein scheint, woraus sich für den Untreuetatbestand das Problem des Pflichtwidrigkeitsvorsatzes ergibt. Wegen der bis heute in Rechtsprechung und Schrifttum außerordentlich umstrittenen und verworrenen Beurteilung der Anforderungen, die an

den Pflichtwidrigkeitsvorsatz zu stellen sind (zahlreiche Nachweise bei LK/Schünemann, § 266 Rn. 193 f., wo für die kriminalpolitisch allein angemessene Qualifikation der Pflichtwidrigkeit als sog. gesamtatbewertendes Merkmal plädiert wird, was aber bis heute nicht der herrschenden Meinung entspricht), wird erst durch die Einordnung in § 349 StGB und durch die in Abs. 3 zu findende Verweisung auf § 28 Abs. 2 HGrG sichergestellt, dass eine in Kenntnis der Gesetzeswidrigkeit einer Ausgabe getätigte Fehlleitung öffentlicher Mittel auch in subjektiver Hinsicht den Straftatbestand erfüllt.

3. Überteuerte Dienstwohnungen in Mauretanien

Das Auswärtige Amt hat für 3,5 Mio. € 5 Dienstwohnungen in Fertigbauweise in Mauretanien gebaut. Die Fertigbauteile ließ es in Deutschland herstellen, sie nach Mauretanien verschiffen und dort von 35 aus Deutschland eingeflogenen Handwerkern zusammensetzen. Die Dienstwohnungen sind größer, als die Bauvorschriften es vorsehen, und demzufolge teurer als notwendig. Das Auswärtige Amt versäumte, die staatliche Bauverwaltung zu beteiligen.

Nach den Grundsätzen und Richtlinien für Bauaufgaben des Bundes im Ausland sind für Bedienstete der unteren Besoldungsgruppen maximal 120 qm Wohnfläche als verbindliche Obergrenze vorgesehen. Von den 5 Wohnungen haben 4 jeweils 182 qm, die fünfte 204 qm Wohnfläche. Ursprünglich war für die gesamte Baumaßnahme ein Betrag von 1 Mio. € veranschlagt, so dass die endgültige Baumaßnahme das 3 ½-fache kostete. Der mit der Planung beauftragte Architekt und die für das Projekt gegründete deutsche Arbeitsgemeinschaft wurden freihändig ohne Wettbewerb beauftragt. Die Wirtschaftlichkeit des Projekts wurde nicht untersucht, keine Alternativen geprüft. Das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (Bundesamt), welches baufachlich für alle Baumaßnahmen im Ausland zuständig ist, die besonderen ingenieurtechnischen Sachverstand erfordern, wurde nicht eingeschaltet; dieses hatte zuvor in Afghanistan 23 Dienstwohnungen für das Auswärtige Amt in einem beschleunigten Modulbauverfahren aus Fertigbauelementen errichtet und dabei die Leistungen europaweit im Wettbewerb ausgeschrieben. Aufgrund der EU-Richtlinien und dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts ist eine freihändige Vergabe bei Bauleistungen nur bis zu einem Volumen von 100.000,00 € zulässig, während bis 1 Mio. € eine beschränkte Ausschreibung und darüber ein EU-Vergabeverfahren durchgeführt werden muss.

Der Bundesrechnungshof hat die deutliche Überschreitung der zulässigen Wohnungsgröße beanstandet, ebenso die frühzeitige Festlegung auf einen bestimmten Architekten und eine Arbeitsgemeinschaft, denn bei einer Ausschreibung hätten sich im Wettbewerb Preisvorteile erzielen lassen. Es hätte auch vorab die Wirtschaftlichkeit der großen Baumaßnahme untersucht werden müssen. Schon wegen der Umweltbedingungen und den damit verbundenen Anforderungen an die betriebstechnischen Anlagen wäre der besondere ingenieurtechnische Sachverstand des Bundesamtes erforderlich gewesen. Dies habe erst recht gegolten, weil das Auswärtige Amt die Wohnungen als

Referenzlösung bezeichnet habe. Das Auswärtige Amt hätte auch auf die Erfahrungen mit dem Bundesamt in Kabul zurückgreifen können.

Das Auswärtige Amt hat entgegnet, die Baumaßnahme sei wegen der schlechten Sicherheitslage dringlich gewesen. Der erhöhte Flächenansatz sei zum Ausgleich der eingeschränkten Bewegungsfreiheit vor Ort unter schlechten klimatischen Bedingungen geboten gewesen. Die notwendige Qualität habe nur durch den Einsatz deutscher Bauelemente und Handwerker gewährleistet werden können.

Die Bundesrechnungshof hat diese Einwendungen für nicht überzeugend erklärt, weil zusammen mit dem Bundesamt in Afghanistan unter wesentlich schwierigeren Bedingungen eine beschleunigte Bauausführung stattgefunden habe. Bei der Obergrenze für Wohnflächen seien bereits die besonderen Bedingungen des Auswärtigen Dienstes berücksichtigt, sie seien verbindlich. Die Behauptung bezüglich deutscher Qualitätsanforderungen überzeuge angesichts europaweit gültiger Standards nicht, umso mehr als die Botschaft selbst die Ausführung durch einen lokalen Anbieter aus Mauretanien vorgeschlagen habe. Eine unverbindliche Anfrage bei einer Firma, auf die sich das Auswärtige Amt berufen hat, hätte die Ausschreibung im Wettbewerb nicht ersetzen können, wie auch der Vorgang in Afghanistan gezeigt habe. Schließlich forderte der Bundesrechnungshof das Auswärtige Amt auf, zukünftig während der gesamten Planungs- und Umsetzungsphase das Haushalts- und Vergaberecht zu beachten.

Rechtliche Würdigung:

Eine Subsumtion unter § 266 StGB, die sich eigentlich aufdrängt, wäre nach den Grundsätzen der Bugwellen-Entscheidung des BGH zu verneinen, weil sich nicht feststellen lässt, dass der Unternehmer für seine Leistung einen überhöhten Preis verlangt und bekommen hat; auch waren die größeren Wohnungen selbstverständlich ebenfalls als Dienstwohnungen nutzbar. Dagegen liegt eine Haushaltuntreue nach § 349 E-StGB vor. Im Hinblick auf den vorgeschlagenen § 349 StGB erfüllt das Geschehen sowohl Abs. 1 als Abs. 2. Es sind zentrale Vorschriften des Haushalts- und Vergaberechts verletzt worden, deren Schutzzweck darin liegt, überteuerte Vertragsabschlüsse zu verhindern. Es ist auch zu der Verausgabung der Mittel gekommen, so dass die Pflichtverletzung sich nicht auf den internen Dienstbereich beschränkt hat. Durch die Überschreitung der Richtlinien für die Größe der Dienstwohnungen sind erhebliche Mehrkosten entstanden, so dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verletzt ist. Das „auffällige Missverhältnis“ ist ebenfalls gegeben, weil die zulässige Obergrenze numerisch festgelegt war und weil die Überschreitung auch nicht nur geringfügig, sondern erheblich war.

Insgesamt ist damit bei den Dienstwohnungen in Mauretanien ein besonders drastischer Fall gegeben, der die Notwendigkeit des vorgeschlagenen Tatbestandes in seinen beiden Alternativen deutlich zeigt.

4. Dreiecksgeschäft bei der Spende von IT-Geräten

Im Jahr 2000 hat das Auswärtige Amt 2.800 funktionsfähige Computer sowie 2.000 Monitore unentgeltlich an ein Unternehmen überlassen, welches diese Geräte an einen Gebrauchtgeräthändler verkaufte, von diesem 1.000 Computer und 1.000 Monitore erwarb und diese sodann für die Entwicklungszusammenarbeit im Irak spendete. Während die Computer jeweils ungefähr gleich alt und leistungsfähig waren, waren die Monitore des Auswärtigen Amtes erheblich jünger und auch größer. Das Verfahren war nicht dokumentiert. Als der Bundesrechnungshof den Vorgang erstmals beanstandete, teilte das Auswärtige Amt wahrheitswidrig mit, es habe die eigenen Geräte an Bildungseinrichtungen im Irak gespendet; später wurde im Widerspruch zu den Tatsachen behauptet, die ausgesonderten Geräte seien zu alt und zu 20% defekt gewesen. Hätte das Auswärtige Amt 1.000 Geräte direkt gespendet und die übrigen verwertet, hätte es Einnahmen erzielen können. Der Bundesrechnungshof hat deshalb erklärt, dass die Angabe des Auswärtigen Amtes, es sei kein Schaden entstanden, nicht haltbar sei.

Rechtliche Beurteilung:

In diesem Fall ist auch nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der Untreuetatbestand des § 266 StGB erfüllt, weil zum Vorteil eines Dritten gehandelt wurde. Das Auswärtige Amt hat 1.800 und weitere 1.000 IT-Geräte ohne Gegenleistung weggegeben, die nach den Ausführungen des Bundesrechnungshofes noch einen Wert verkörperten und auf dem Gebrauchtwarenmarkt zu versilbern waren. Irgendeine Kompensation hat es dafür nicht gegeben, es sei denn, dass (was aus dem Bericht nicht genau hervorgeht) die Transportkosten von dem Unternehmen getragen worden sind und damit vom Auswärtigen Amt erspart worden wären. Es kann aber nicht angenommen werden, dass diese Transportkosten dem Gegenwert von 2.800 IT-Geräten entsprechen würden; auch der Rechnungshof stellt ausdrücklich einen Schaden fest.

Bezüglich des Untreuevorsatzes ist auf jeden Fall ein gravierender Anfangsverdacht gegeben, weil keine ordnungsgemäßen Aufzeichnungen geführt und dem Bundesrechnungshof gegenüber mehrfach falsche Angaben gemacht worden sind.

Der vorbezeichnete Sachverhalt würde also keine neue Strafvorschrift erforderlich machen, damit es zu einer Strafverfolgung kommen würde. Der Fall demonstriert aber, dass neue Vorschriften für die Sicherstellung einer gebotenen Strafverfolgung geschaffen werden müssen. Das Auswärtige Amt hat offenbar eine solche Strafanzeige nicht erstellt, da es laut Bundesrechnungshof erklärt hat, ihm sei kein Schaden entstanden, es habe aber gleichwohl im zuständigen Referat Personal ausgetauscht.

(Quelle: Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2010, S. 119 f. bzw. 120–122)

5. Frühzeitige und verteuerte Anschaffung von Software

Das Bundesinnenministerium hat 1.600 Softwarelizenzen beschafft, ohne vorher zu erproben, ob die Software den Anforderungen der Nutzer entsprach. Weil dies nicht der Fall war, ließ es die Software anschließend umfassend überarbeiten, wodurch Mehrkosten von mindestens 290.000,00 € entstanden. 5 Jahre nach der Beschaffung gab es für die 1.600 Softwarelizenzen nur 233 Nutzer. (Quelle: Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2010, Bericht S.123 f.)

Rechtliche Würdigung:

Nach der Bugwellen-Entscheidung kommt auch hier keine Untreue in Betracht, weil die angeschaffte Software zum Marktpreis erworben wurde. Die engen Voraussetzungen für die Begründung eines Schadens über den individuellen Schadenseinschlag, die in dieser Entscheidung formuliert worden sind, sind ebenfalls nicht erfüllt. Dagegen sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verletzt, so dass die Subsumtion unter § 349 Abs. 2 des Vorschlages von der Frage abhängt, ob ein „auffälliges Missverhältnis“ des Nutzens der voreiligen Maßnahme im Verhältnis zum Erwerbspreis bestand. Im vorliegenden Fall wird sich dies nicht feststellen lassen, jedenfalls kein entsprechender Vorsatz bereits zum Zeitpunkt der Anschaffung. Denn dafür hätten die Mängel beim Einsatz der Software bereits bekannt sein müssen, als sie erworben wurde, was aber nach den Feststellungen des Rechnungshofs nicht ersichtlich ist. Es dürfte sich deshalb hier gewissermaßen um einen „normalen“, womöglich fahrlässigen Fehler handeln, nicht aber um eine vorsätzliche Haushaltsverschwendung.

6. Beförderung unmittelbar vor Ablauf der Arbeitsphase in der Altersteilzeit

Eine Bundesbehörde im Bereich des Bundesinnenministeriums hat einen Regierungsdirektor mit Zustimmung des Ministeriums 2 Monate vor Beginn der Freistellungsphase seiner Altersteilzeit befördert, eine andere Behörde 2 Monate nach Beginn der Freistellungsphase mit Rückwirkung für 3 Monate. Die höhere Bezahlung in der Altersteilzeit führt regelmäßig auch zu einem höheren Ruhegehalt. Hierbei wurde die Rechtsprechung missachtet, wonach Bewerber für eine Beförderung ungeeignet sind, wenn sie das Beförderungsamt wegen des bevorstehenden Endes ihrer Arbeitsphase nicht oder nur kurze Zeit wahrnehmen können, wobei ein Zeitraum von weniger als 1 Jahr 7 Monaten als zu kurz erklärt wurde (Quelle: Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2010, S.126 f.).

Rechtliche Würdigung:

In diesem Fall dürfte sogar nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der Untreuetatbestand erfüllt sein. Zwar ist, soweit ersichtlich, Rechtsprechung der Strafgerichte zu „Gefälligkeitsbeförderungen“ noch nicht ergangen. Aber in der parallelen Rechtsprechung zum Anstellungsbetrug ist anerkannt,

dass ein Bewerber sich wegen Betruges strafbar macht, wenn er der Einstellungsbehörde eine nicht vorhandene Eignung vorspiegelt. Der Schaden des Dienstherrn liegt in der Zahlung eines höheren Gehalts, als nach den Laufbahnvorschriften geschuldet wäre. Im Falle einer Gefälligkeitsbeförderung kann nichts anderes gelten, weil nach der einschlägigen Rechtsprechung mit Recht festgestellt worden ist, dass Beamte unmittelbar vor Ende ihrer Arbeitsphase bei der Altersteilzeit für eine Beförderung nicht mehr geeignet sind.

Zur Erfassung der Gefälligkeitsbeförderungen benötigt man also keine neuen Tatbestände, weil diese auch nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unter § 266 StGB subsumiert werden können. Dagegen erweist sich die Einführung einer verfahrensmäßigen Kontrolle zur Sicherung der Strafverfolgung auch hier geboten, da aus den Darlegungen im Bericht des Bundesrechnungshofes über die vom Bundesinnenministerium vorgenommene Rechtfertigung der betreffenden Maßnahmen hervorgeht, dass seitens des Bundesinnenministeriums keine förmlichen Schritte gegen die verantwortlichen Beamten unternommen worden sind. Auch für diesen Fall bedarf es also keiner neuen Strafvorschrift, aber einer Verstärkung der Garantien für die Einleitung der Strafverfolgung bei begründetem Anlass. Die vom Bundesrechnungshof berichtete Reaktion des Bundesinnenministeriums zeigt, dass dieses eine eher defensive Strategie einschlug und wegen der „Gefälligkeitsbeförderungen“ nicht etwa ein Verfahren zu veranlassen gedachte.

7. Vergaberechtsverstöße und Mehrkosten bei einem IT-Projekt des Deutschen Patent- und Markenamtes

Nach den Feststellungen des Bundesrechnungshofes zahlte das Bundespatentamt für ein ursprünglich ausgeschriebenes und zum Festpreis für 3,1 Mio. € vergebenes IT-System aufgrund von nachträglichen Nachbesserungen und Änderungen, die teilweise auf der Unzulänglichkeit der Ausschreibung beruhten, ohne erneute Ausschreibung weitere 11 Mio. €. Das Bundesjustizministerium ging den Vergaberechtsverstößen nicht nach. (Quelle: Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2010 S.127–129)

Rechtliche Bewertung:

Nach der im Bericht des Bundesrechnungshofes im Einzelnen gegebenen Darstellung erscheint es plausibel, dass den zuständigen Mitarbeitern beim Bundespatentamt die Mängel der Ausschreibung zunächst nicht bewusst gewesen sind und dass sie die jeweils nachträglich in Auftrag gegebenen Änderungen auch erst nachträglich als notwendig erkannten. Die Verletzung des Gebots der Wirtschaftlichkeit war deshalb zunächst nicht vom Vorsatz umfasst. Anderes gilt dagegen für die Verstöße gegen das Vergaberecht. Es dürfte deshalb der Bußgeldtatbestand von § 59 E-HGrG erfüllt sein. Ferner zeigt der Fall abermals, dass eine gesetzliche Maßnahme zur Sicherstellung gebotener Sanktionsverfahren geschaffen werden muss.

8. Unwirtschaftliches Online-Angebot

Die Deutsche Rentenversicherung Bund ging bei der Planung ihrer Online-Dienstleistungen von 10 Millionen Nutzern im Jahre 2008 aus. Tatsächlich waren es Ende 2009 erst 5.000. Investitionen von über 1 Mio. € waren unwirtschaftlich. (Quelle: Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2010 Bericht S. 145 f.)

Rechtliche Bewertung:

Wie der Bundesrechnungshof festgestellt hat, war die hierbei angestellte Wirtschaftlichkeitsberechnung unrealistisch. Die DRV Bund habe die Zahl der Nutzer ihrer Online-Dienstleistungen viel zu hoch eingeschätzt. Dieser Fall ist ein typischer Fall einer durch die spätere Entwicklung falsifizierten Zukunftsabschätzung, die innerhalb des Beurteilungsspielraums vorausschauender Verwaltung liegt. Selbstverständlich kann man für die Frage einer Pflichtverletzung die Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme nicht ex post beurteilen, sondern muss sie ex ante vornehmen und dementsprechend auch aufgrund der ex ante verfügbaren Daten prüfen. Weder nach § 266 StGB noch nach dem vorgeschlagenen § 349 E-StGB kommt deshalb die Subsumtion in Betracht.

9. Zweckentfremdung und zinslose Darleihung zweckgebundener Mittel

Das Bundesverkehrsministerium hat einem Eisenbahn-Infrastrukturunternehmen der deutschen Bahn gestattet, 920 Mio. € aus dem Zukunftsinvestitionsprogramm 2001–2003 bestimmungswidrig einzusetzen, und später 2/3 bis zum Jahre 2008 gestundet, ohne hierfür Zinsen zu berechnen. Hierüber wurde im Jahre 2005 dem Deutschen Bundestag im Rahmen einer kleinen Anfrage falsch berichtet (Rechnungshof-Bericht 2010 S. 148 ff.). Das Ministerium machte geltend, dass das Unternehmen im Gegenzug auf gesetzlich vorgesehene Personalkostenerstattungsansprüche verzichtet hätte.

Nach Auffassung des Rechnungshofes war es weder vereinbart noch plausibel dargelegt, dass der Verzicht auf die Personalkostenerstattung eine Gegenleistung für die zinslose Stundung sein sollte. Nach Auffassung des Bundesrechnungshofes war das Bundesverkehrsministerium ferner nicht berechtigt, eigenmächtig von den Vorgaben für die Verwendung des ZIP-Fonds abzugehen. Die Entscheidung über die Stundung sei nicht nach den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit getroffen worden.

Rechtliche Bewertung:

Es geht um einen Fall der Zweckentfremdung von Haushaltsmitteln, für den sowohl eine Subsumtion unter § 266 StGB als auch unter die vorgeschlagenen neuen Vorschriften in Betracht kommt. Wenn Haushaltsmittel einem anderen Rechtsträger zinslos zur Verfügung gestellt werden, ohne dass dies nach dem Haushaltsansatz zulässig ist, kommt grundsätzlich eine Untreue in Betracht.

Denn die zinslose Anlage von Geld begründet wegen der regelmäßigen Geldentwertung prinzipiell einen für § 266 StGB ausreichenden Vermögensnachteil. Es besteht deshalb ein strafprozessualer Anfangsverdacht gem. § 152 Abs. 2 StPO in diese Richtung. Im Rahmen der deswegen aufzunehmenden Ermittlungen müsste auch geklärt werden, ob die vom Ministerium geltend gemachte Kompensation durch den Verzicht auf die Personalkostenerstattung eine bloße Schutzbehauptung war (dafür spricht die Feststellung des Bundesrechnungshofes, dies sei weder vereinbart worden noch plausibel dargelegt) oder tatsächlich zu einer Kompensation des Verzichts auf eine angemessene Verzinsung geeignet ist.

Ferner würde die Zweckentfremdung von Haushaltsmitteln unter § 349 Abs. 1 zu subsumieren sein.

10. Unzulängliche Steuerung der Mittelausgabe in speziellen Projekten

In den Jahren 2004–2008 wurde das Anti-Stau-Programm und ab 2007 das Lückenschlussprogramm im Bundeshaushalt aufgelegt, das aus diversen Gründen nur schleppend durchgeführt wurde und dessen Mittel immer wieder von den Straßenbauverwaltungen für andere Projekte eingesetzt wurden. Ende 2008 waren rund 40% der eingeplanten Mittel nicht für die vorgesehenen Bauprojekte verausgabt. Wegen der Deckungsfähigkeit der Ausgabemittel hatten die Straßenbauverwaltungen der Länder zunächst nicht benötigte Programmmittel für andere, laufende Straßenbauprojekte verwendet. Diese Durchführung ist vom Rechnungshof im Einzelnen kritisiert worden (Quelle Bericht 2010 S. 150 ff.).

Rechtliche Bewertung:

Wegen der Deckungsfähigkeit liegt kein Haushaltsverstoß nach § 349 I E-StGB vor.

11. Eingeschränkt einsatzfähige Marineschlauchboote

Die Marine hat für ihre Kampfschwimmer in den Jahren 2004 und 2005 4 Schlauchboote beschafft, wobei sie anstatt der eingeplanten 1,5 Mio. € insgesamt über 3 Mio. € ausgegeben hat. Trotz umfangreicher Nachbesserungen verfügten die Boote aber immer noch nicht über die geforderten Transport- und Einsatzmöglichkeiten, weshalb die Marine plant, sie für eine weitere Mio. € nachzurüsten (Quelle: Bemerkungen 2010, des Bundesrechnungshofes, S. 155 ff.; Bericht des Bundes der Steuerzahler).

Wie der Bundesrechnungshof festgestellt hat, beschaffte die Bundeswehr die Boote entgegen eigener Vorschriften mit den Planungsunterlagen des Vorgängermodells. Die neuen Anforderungen wurden nur allgemein beschrieben, die Kosten unvollständig dargestellt, notwendige Ausstattungen wurden bei den Planungen überhaupt nicht berücksichtigt. Obwohl für die Nachrüstung mehr

als das Doppelte des eingeplanten Betrages ausgegeben wurde, konnten die Mängel nur teilweise behoben werden. Auch nach einer weiteren Nachrüstung mit Kosten von 1 Mio. € konnte die Boote ab Mitte 2010 nur für räumlich begrenzte Einsätze genutzt werden.

Rechtliche Bewertung:

Nach § 24 Abs. 2 BHO dürfen Ausgaben für „größere Beschaffungen“ erst veranschlagt werden, wenn Planungen und Schätzungen der Kosten und Kostenbeteiligungen vorliegen. Ähnlich bestimmt § 54 Abs. 2 BHO, dass größeren Beschaffungen ausreichende Unterlagen zugrunde zu legen sind und dass in Berechnungen von den in § 24 bezeichneten Unterlagen nur insoweit abgewichen werden darf, als die Änderung nicht erheblich ist. Im Fall der Bundeswehrschauchboote handelt es sich deshalb um Ausgaben aufgrund mangelhafter Planung. Dadurch wurde auf jeden Fall der Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit verletzt. Für eine Subsumtion unter den vorgeschlagenen § 349 Abs. 2 StGB-Entwurf kommt es deshalb darauf an, ob der entscheidende Beamte gewusst hat, dass er die Anschaffung aufgrund einer veralteten Planung in Auftrag gab, die deshalb zukünftig Nachbesserungskosten verursachen würden, die zu dem Volumen der Anschaffung buchstäblich „außer Verhältnis“ standen.

12. Unzulässige Zuwendungen an ein UNESCO-Institut

Das Auswärtige Amt hat jährlich ½ Mio. € an das „UNESCO-Institut für lebenslanges Lernen“ gezahlt, ohne dass hierfür ein erhebliches Interesse des Bundes erkennbar war. Erst auf Hinweis des Bundesrechnungshofes hat es die unzulässige Förderung eingestellt (Quelle: Bemerkungen 2010 des Bundesrechnungshofes, S. 172). Im Einzelnen wurde das Geld 10 Jahre lang für die Vor- und Nachbereitung internationaler Konferenzen der UNESCO zur Erwachsenenbildung bezahlt. Die UNESCO führt die Konferenzen im eigenen Interesse durch und beauftragt mit deren Durchführung das Institut.

Rechtliche Bewertung:

Gem. § 23 BHO dürfen Zuwendungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke nur veranschlagt werden, wenn der Bund an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Nach den Feststellungen des Bundesrechnungshofes war im gegebenen Fall kein erhebliches Bundesinteresse erkennbar. Dies ist vom Auswärtigen Amt durch die Einstellung der Zuwendung nach Vorhalt durch den Bundesrechnungshof auch selbst anerkannt worden. Weil es hierbei um Transferzahlungen ohne jede Gegenleistung ging, ist sogar der Untreuetatbestand gem. § 266 StGB erfüllt.

13. Vermietung von Wohnungen des Bundes unterhalb der ortsüblichen Miete

Die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben hat jede zweite untersuchte Wohnung zu einer Miete unterhalb des ortsüblichen Wertes vermietet; bei 22.000 Mietverhältnissen war die Miete seit mindestens 3 Jahren unverändert. Dadurch entgingen der Bundesanstalt zusätzliche Mieteinnahmen in Millionenhöhe. Bei der Hälfte der betrachteten Mietverträge hatte die Bundesanstalt auch länger als 3 Jahre nicht mehr kontrolliert, ob die Mieten angemessen waren. (Quelle: Bemerkungen 2010 des Bundesrechnungshofes, S. 175 f.).

Rechtliche Bewertung:

Bei der Subsumtion unter § 266 StGB stellt sich nur die Frage, ob das Unterlassen der Mieterhöhungen einen Vermögensnachteil zugefügt hat oder ob es nur um das nicht tatbestandsmäßige Unterlassen der Erzielung eines Vermögensvorteils geht. Aufgrund der gesetzlichen Regelung des Mieterhöhungsanspruches lag hier aber eine vermögenswerte Anwartschaft vor, die durch die Nichtausübung im Wert zerstört wurde (vgl. zu dieser Voraussetzung LK/Schünemann, § 266 Rn. 167, 173), so dass ein Vermögensschaden zugefügt worden ist. Weil ein Unterlassen nur vorliegt, wenn die Vornahme der unterlassenen Handlung dem Unterlassenden möglich gewesen ist (Roxin, Strafrecht AT II, 2003, S. 629 ff.), muss freilich geprüft werden, ob die entsprechenden Prüfungen und Erhebungen nach der Verwaltungskapazität der Bundesanstalt möglich waren oder ob diese unter Umständen unzureichend ausgestattet war und dementsprechend die fehlenden Aufgaben nicht bewältigen konnte. Ferner ist selbstverständlich ein Schädigungsvorsatz erforderlich, der aber bereits gegeben war, wenn dem zuständigen Beamten bewusst war, dass er Mieterhöhungen, die ohne weiteres möglich waren, nicht vornahm.

14. Nutzlose Böschungssicherungen

Ein Unternehmen, das bei der 1. Baustufe der Hochgeschwindigkeitsstrecke Saarbrücken-Ludwigshafen tätig war, rechnete sog. Gabionen zur Böschungssicherung ab, obwohl der betreffende Abschnitt keine Böschungen enthielt und deswegen eine Sicherung nicht nötig war. Auf Hinweis des Bundesrechnungshofes sind die Kosten dafür, die zunächst bezahlt worden waren, von dem Unternehmen zurückgefordert worden. (Quelle: Bemerkungen 2010 S. 182).

Rechtliche Bewertung:

Hier würde ohne weiteres der Untreuetatbestand erfüllt sein, sofern der über die Bezahlung entscheidende Amtsträger die Überflüssigkeit der Böschungssicherung erkannt hat. Wenn dies nicht der Fall war, was eine Frage des Einzelalles ist, fehlt es naturgemäß an dem erforderlichen Vorsatz.

15. Haushaltsüberschreitungen ohne Einwilligung

Gem. § 37 Abs.1 BHO dürfen überplanmäßige und außerplanmäßige Ausgaben nur mit Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen vorgenommen werden, die nur im Falle eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedarfs erteilt werden darf. Im Haushaltsjahr 2009 sind Ausgaben in Höhe von insgesamt 25 Mio. € ohne Einwilligung des Bundesfinanzministeriums getätigt worden. In 7 Fällen erklärte das Bundesfinanzministerium, dass es bei rechtzeitiger Vorlage des Antrags seine Einwilligung erteilt hätte, ein weiterer Fall war äußerst geringfügig, während 2 weitere Fälle ein Volumen von 6,4 Mio. € bzw. 150.000,00 € betrafen. (Quelle: Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2010 S.55).

Rechtliche Bewertung:

Nach den Kriterien der Bugwellen-Entscheidung wäre der Untretuetatbestand nicht erfüllt. Hingegen ist ohne weiteres der vorgeschlagene Tatbestand des § 349 Abs.1 StGB-Entwurf erfüllt, es sei denn, dass die Erklärung des Bundesfinanzministeriums, es hätte bei rechtzeitiger Vorlage des Antrags seine Einwilligung erteilt, den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit ausschließt. Für einen Ausschluss sogar schon des Tatbestandes könnte man die Theorie der objektiven Zurechnung mit der Begründung anführen, dass das Ergebnis auch bei pflichtgemäßem Verhalten (Beantragung der Einwilligung) nicht anders gewesen wäre, so dass der Abfluss der Haushaltsmittel nicht auf der Pflichtverletzung beruhen würde (zu dieser Theorie im Strafrecht allgemein Roxin, Strafrecht AT I, S. 371 ff.). In der Tat würde in einem solchen Fall nur die formale Pflichtwidrigkeit übrig bleiben, die zur Begründung eines strafwürdigen Unrechts nicht ausreicht. Selbstverständlich genügt es aber nicht, dass das Bundesfinanzministerium nun diese Erklärung abgibt, vielmehr müssen auch die normativen Voraussetzungen für eine Einwilligung vorliegen, also dass es sich entsprechend § 37 Abs.1 S.2 BHO tatsächlich um einen „unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedarf“ gehandelt hat.

16. Die misslungene Grundgesetzfeier von Media Event

Die Medienagentur „Media-Event“ sollte nach dem Willen der Bundesregierung die Feier zum 60. Geburtstag des Grundgesetzes am Brandenburger Tor in Berlin organisieren und dafür 2 Mio. € aus dem Bundshaushalt erhalten. Doch die Pläne der Agentur wurden nie umgesetzt. Ein regierungsinterner Streit, wer auf dem Fest Reden halten dürfe, und fehlende Sponsoren führten dazu, dass „Media Event“ im Februar 2009 von dem Auftrag zurücktrat. Zu diesem Zeitpunkt waren bereits 1 Mio. € an die Agentur geflossen. Auf Nachfrage des Bundes der Steuerzahler machte die Bundesregierung keine Hoffnung, dass Rückflüsse zu erwarten seien. Um kurzfristig doch noch ein Fest auf die Beine zu stellen, übernahm die Bundesregierung selbst die Regie und organisierte durch das Bundespresse- und Informationsamt anstatt

der ursprünglich geplanten 3-tägigen Feier für rund 4 Mio. € ein 1-tägiges Fest. Tatsächlich waren es Mitarbeiter des Bundespresseamts gewesen, die dem Innenministerium ursprünglich empfohlen hatten, „Media Event“ zu beauftragen, was dann ohne vorherige Durchführung einer Ausschreibung geschah (Steuerzahler-Schwarzbuch 2009, S. 46). Die Bundesregierung erklärte hierzu im Parlament, die Agentur „Media Event“ sei wegen der Projektförderung durch eine Zuwendung aus dem Bundeshaushalt unterstützt worden. Es habe sich bei dem geplanten Bürgerfest um eine staatlich unterstützte Veranstaltung eines Privaten gehandelt. Die Entscheidung für diese Projektförderung sei insbesondere aufgrund der damit verbundenen Entlastung des öffentlichen Haushalts durch die vom Zuwendungsempfänger einzuwerbenden Sponsorengelder gefallen. Die Zuwendung sei an die Bedingung geknüpft gewesen, dass der Bundesregierung und allen Verfassungsorganen ausreichend Platz zur Selbstdarstellung eingeräumt würde. Nach Ausscheiden der „Media Event“ habe das Presse- und Informationsamt der Bundesregierung die Veranstaltung mit Unterstützung seiner Rahmenvertragsagentur im Wege der öffentlichen Vergabe eines Auftrages durchgeführt (Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage von Abgeordneten der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucksache 16/12260 vom 16.03.2009). Zwischen der Agentur „Media Event“ und Mitarbeitern des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung hätten nach mehreren Veranstaltungen für unterschiedliche Auftraggeber außerdienstliche Kontakte bestanden. Bei dem vorgesehenen Bürgerfest habe es sich der Planung entsprechend um eine private, nur zu einem geringen Teil aus Bundesmitteln geförderte Veranstaltung gehandelt, auf die die Verwaltungsvorschrift des Bundes zur Förderung für Tätigkeiten des Bundes durch Leistungen Privater (BAz. 2003, 14906), sog. VV Sponsoring, auch nicht entsprechend anwendbar sei. Die Vorleistungen der „Media Event“, für die die Bundesregierung 1 Mio. € verausgabte, hätten insbesondere in der Entwicklung und ständigen Fortschreibung der Programmplanung, der Durchführung des Genehmigungsverfahrens, Bemühungen zur Einwerbung von Sponsorengeldern, Verhandlungen und dem Abschluss von Vorverträgen mit Künstlerinnen und Künstlern sowie der Beschaffung der umfangreichen Bühnen- und Veranstaltungstechnik bestanden. Im Rahmen der Verwendungsnachweisprüfung stelle sich nicht die Frage, ob für den Bund verwertbare Leistungen erbracht worden seien, sondern allein, ob die in diesem Rahmen abzurechnenden Mittel tatsächlich für den Zuwendungszweck eingesetzt wurden (weitere Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage von Abgeordneten der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Bundestags-Drucksache 16/12635 vom 16.04.2009).

Rechtliche Bewertung:

Bei dem hier vorliegenden Ausgabetypp der „Zuwendungen“ bereitet die Subsumtion unter den Untreuetatbestand ähnliche Probleme wie die Vergabe von Spenden durch Handelsgesellschaften (demonstriert in der Entscheidung „SSV Reutlingen“ BGHSt 47, 187 ff.), weil der Mittelabfluss definitionsgemäß

ohne Gegenleistung verläuft und deshalb die Begründung des („zusätzlichen“) Vermögensnachteils auf Schwierigkeiten stößt. Diese Schwierigkeiten werden durch den vorgeschlagenen neuen § 349 StGB vermieden, der in Abs. 2 ausdrücklich auf die Bedingungen für die Gewährung von Zuwendungen gem. § 26 HGrG verweist und damit auf die 3 Grundvoraussetzungen, dass die verausgabende Stelle an der Erfüllung bestimmter Zwecke ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann; dass zu bestimmen ist, wie die zweckentsprechende Verwendung der Zuwendungen nachzuweisen ist, und dass ein Prüfungsrecht der zuständigen Dienststelle festzulegen ist. Hierdurch wird die strafrechtliche Unrechtsmaterie bei haushaltsrechtlich unzulässigen Zuwendungen weitaus präziser bestimmt als durch den schwer abgrenzbaren Begriff des Vermögensnachteils in § 266 StGB. Für die Zuwendung an die Firma Media Event zum Zwecke der Durchführung eines privaten Festes zum 60. Geburtstag des Grundgesetzes ist gem. § 14 HGrG unabdingbare Voraussetzung, dass es um die Erfüllung eines Zweckes ging, an dem der Bund ein erhebliches Interesse hatte, und zwar insbesondere an der Erfüllung durch eine private Stelle. Dieses „erhebliche Interesse“ kann bei solchen Zwecken, deren Erfüllung zu den Aufgaben des Staates gehört, nicht allein schon in der Ersparnis von Aufwendungen gesehen werden, denn eine derartige Möglichkeit bietet sich bei allen Zwecken an. Ähnliches gilt unter dem Aspekt, dass die Bundesrepublik selbstverständlich ein erhebliches Interesse an einer Feier zum 60. Geburtstag des Grundgesetzes besitzt, denn § 26 i. V. m. § 14 HGrG verlangt nicht nur ein erhebliches Interesse überhaupt, sondern gerade „an der Erfüllung durch solche Stellen“, das heißt an Stellen außerhalb der Verwaltung. Freilich kann man bei Feiern anlässlich eines Grundgesetz-Jubiläums durchaus ein erhebliches Interesse in Erwägung ziehen, dass durch Veranstaltungen aus der Bevölkerung heraus die Verbundenheit der Zivilgesellschaft mit den staatlich verfassten Organen herausgestellt und in der Bevölkerung weiter verankert wird. Da grundsätzlich im Rahmen der Festlegung von Zuwendungen eine erhebliche Gestaltungsfreiheit zu bejahen ist (Meinecke WissR 1979, 29 ff.), wird man grundsätzlich die ursprünglich getroffene Entscheidung, die Feiern zum 60. Jubiläum des Grundgesetzes nicht im Wege einer Vergabe, sondern im Wege einer Zuwendung zu organisieren, keine Verletzung von § 26 HGrG sehen können. Stattdessen kommt aber eine Missachtung von § 30 HGrG in Betracht, weil keine öffentliche Ausschreibung stattgefunden hat, wodurch entsprechend den hier unterbreiteten Vorschlägen der künftige Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 59 HGrG hätte erfüllt sein können. Dass im Fall Media Event „besondere Umstände“, die eine Ausnahme von der öffentlichen Ausschreibung gerechtfertigt hätten, zumindest zweifelhaft erscheinen, folgt aus der in der Antwort der Bundesregierung eingeräumten Tatsache, dass zwischen den zuständigen Beamten im Bundespresse- und Informationsamt und Vertretern der Media-Event außerdienstliche Kontakte bestanden; ferner daraus, dass der Vertrag im Februar 2009 aufgelöst wurde, was möglicherweise darauf beruhte, dass das ganze Konzept von vornherein unrealistisch war, was bei einer öffentlichen Ausschreibung womöglich rechtzeitig zu er-

kennen gewesen wäre.⁸⁵ Eine endgültige Subsumtion kann aufgrund der nur lückenhaft bekannten Details nicht vorgenommen werden. Jedenfalls würde aber der vorgeschlagene neue Bußgeldtatbestand des § 59 HGrG eine Sanktionsmöglichkeit eröffnen.

85 Dass zunächst keine öffentliche Ausschreibung des Festaktes vorgenommen, sondern der Weg über eine Zuwendung gegangen werden sollte, schließt die Ausschreibung der mit einer Zuwendung durchzuführenden Leistung nicht aus, siehe nur OLG München (Vergabesenat) VergabeR 2011, 606 ff.

E. Zusammenfassende Wiedergabe der Reformvorschläge

1. Gesetzgebungsvorschlag für die Schaffung eines neuen § 349 StGB: Haushaltsuntreue

Abs.1: Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der die Ausgabe öffentlicher Mittel bewilligt oder vornimmt und dabei wesentliche haushaltsrechtliche Vorschriften missachtet, die zur Sicherung des Entscheidungsmonopols der für die Aufstellung des Haushaltsplanes zuständigen Stelle oder der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Haushaltsführung dienen, ohne durch ein unabwiesbares Bedürfnis hierzu gezwungen zu sein, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Abs.2: Ebenso wird ein Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter bestraft, der im Rahmen seines Zuständigkeitsbereichs über die Bewilligung oder Ausgabe öffentlicher Mittel entscheidet, wenn zwischen dieser und dem mit dem Haushaltsansatz verfolgten Nutzen oder der Leistungsfähigkeit der Stelle, die die öffentlichen Mittel verwaltet, ein auffälliges Missverhältnis besteht.

Abs.3: Folgende haushaltsrechtliche Vorschriften sind wesentlich im Sinne von Abs.1: Die Beschränkung von Verpflichtungsermächtigungen (§ 22 HGrG); die Einhaltung der für Ausnahmen geltenden Bedingungen (§ 23 HGrG); die Begrenzung von Gewährleistungen und Kreditzusagen (§ 23 HGrG); die Bedingungen für die Gewährung von Zuwendungen (§ 26 HGrG); die Regelung der sachlichen und zeitlichen Bindung (§ 27 HGrG); die Regelung für Personalausgaben (§ 28 Abs.2 HGrG) und die Regelungen über Baumaßnahmen und größere Beschaffungen (§ 29 HGrG). Dasselbe gilt für die entsprechenden Vorschriften des kommunalen oder für vergleichbare Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts geltenden Haushaltsrechts.

Abs.4: Die Strafbarkeit entfällt, wenn der Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete die geplante Maßnahme der zur Rechnungsprüfung berufenen Stelle mitgeteilt und diese die Unbedenklichkeit bestätigt hat.

Abs.5: Amtsträger im Sinn dieser Vorschrift sind auch die Mitglieder von kommunalen oder vergleichbaren Vertretungsorganen, die mit haushaltswirksamen Entscheidungen befasst sind.

2. Gesetzgebungsvorschlag für die Schaffung eines neuen Ordnungswidrigkeitentatbestandes § 59 HGrG: Unterlassene Ausschreibung

Abs.1: Wer als Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter die Entscheidung trifft, entgegen § 30 oder den entsprechenden Vorschriften des kommunalen Haushaltsrechts keine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen, obwohl er weiß, dass weder die Natur des Geschäfts noch besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen, handelt ordnungswidrig. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis 100.000,00 € geahndet werden.

Abs. 2: Die Vorschrift des § 349 Abs. 5 StGB gilt entsprechend.

3. Gesetzgebungsvorschlag für die Schaffung einer Mitteilungspflicht, § 59a HGrG:

Wenn sich während einer Rechnungsprüfung zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit wegen Verletzung der haushaltsrechtlichen Vorschriften (§ 152 Abs. 2 StPO) ergeben, so ist die für die Aufklärung dieses Verdachts zuständige Stelle unverzüglich zu unterrichten. Dies gilt auch, wenn lediglich die Möglichkeit besteht, dass ein Straf- oder Bußgeldverfahren durchgeführt werden muss.

F. Literaturverzeichnis

- Armin*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988
- Bogdandy*, v. Gubernative Rechtssetzung, 2000
- Bottke*, Roma Locuta cause finita. – Abschied vom Gebot des Rechtsgutschutzes, Festschrift f. Volk, 2009, S. 93
- Bruns*, Untreue durch Bildung schwarzer Kassen, ZAKDR 1941, 268
- Bund der Steuerzahler*, „Die Amtsuntreue“ Diskussionsbeitrag 1975
- Duttge*, Strafbarkeit des Geschwisterinzests aufgrund „eugenischer Gesichtspunkte“? Festschrift f. Roxin II, 2011, S. 227
- Detzner*, Rückkehr zum „klassischen“ Strafrecht und die Einführung einer Beweislastumkehr, 1998
- Eberle*, Der Suventionsbetrug nach § 264 StGB, 1983
- Erb*, Inwieweit schützt § 17 UWG ein ausländisches „Bankgeheimnis“? Festschrift f. Roxin II, 2011, S. 1103
- Fischer*, StGB, 58. Aufl. 2011
- Fischer, Bianca*, Abschied von der „Sparsamkeit“, JZ 1982, 6
- Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2009,
- ders.*, Was lässt das BVerfG von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS 2008, 234
- Grupp*, Die „Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Haushaltsrecht“, JZ 1982, 231
- Hack*, Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug, 1982
- Hassemer*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, 553
- ders.*, Jenseits des Funktionalismus in Philipps/Scholler (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, S. 89
- ders.*, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378
- ders.*, Rechtswissenschaft in der Bonner Republik in *Simon* (Hrsg.) 1994, S. 259
- ders.*, Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik, StV 1995, 483
- Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Expektanzen (1994)
- ders.*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002

- ders. u. a.*, Die Rechtsgutstheorie, 2003
- ders.*, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: *ders. u. a.*, Die Rechtsgutstheorie, S. 119
- ders.*, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts, GA 2007, 1
- Heine*, Der staatliche Ankauf von strafbar erlangten Steuer-Daten deutscher Steuerhinterzieher, Festschrift f. Roxin II, 2011, S. 1087
- Heinz*, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln, GA 1977, 210
- Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991
- Hörnle*, Das Verbot des Geschwisterinzests-Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, NJW 2008, 2085
- Kaufmann*, Europäische Integration und Demokratieprinzip, 1997
- Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989
- Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2010
- Kohlmann-Brauns*, Zur strafrechtlichen Erfassung der Fehlleitung öffentlicher Mittel, Gutachten im Auftrag des Bundes der Steuerzahler Wiesbaden o. J. (1979)
- Kohlmann*, Steuerstrafrecht Loseblatt-Kommentar
- Kratzsch*, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985
- Kuhn*, Indemnität für ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder? BayVBl. 1989, 169
- Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007
- Laufhütte, Rissing-van Saan, Tiedemann* (Hrsg.), Leipziger Kommentar 12. Aufl. 2008 ff.
- Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), Anwaltkommentar zum StGB, 2011
- Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971
- Löwer*, Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber dem 1. WiKG, JZ 1979, 621
- Lüdersen*, Abschaffen des Strafrechts?, 1995
- Löwe-Rosenberg*, Die StPO und das GVG, 26. Aufl. 2006 ff.

- Meyer-Goßner*, StPO, 54. Auflage 2011
- Mansdörfer*, Amtsuntreue bei kommunaler Verwaltungs- und Wirtschaftstätigkeit, DVBl. 2010, 479
- Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, 10. Aufl. 2009
- Müller-Gugenberger/Bieneck* (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2006
- Nettesheim*, Können sich Gemeinderäte der „Untreue“ schuldig machen?, BayVBl. 1989, 161
- Neumann*, Buchbesprechung: Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, GA 1999, 35
- Püttner*, Der Amtsankläger, Gutachten für den BdSt, 1981
- Pollak*, Repräsentation ohne Demokratie, 2007, S. 134
- Randt*, Schmiergeldzahlungen bei Auslandssachverhalten, BB 2000, 106
- Ransiek*, „Verstecktes“ Parteivermögen und Untreue, NJW 2007, 1727
- ders.*, Urteilsanmerkung zum Siemensfall: verdeckte Kassen als Untreue, NJW 2009, 95
- Roxin*, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in Hefendehl (Hrsg.) Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 135
- ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006; Bd. II, 2003
- ders.*, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutdebatte, Festschrift f. Hassemer, 2010, S. 573
- ders.*, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, StV 2009, 544
- Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009
- Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB-Kommentar, 2009
- Schaller*, Vergabevorschriften für Kommunen in Bayern, KommunalPraxis BY 2006, 56
- Senge*, Zur Zulässigkeit staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen, Festschrift f. Hamm, 2008, S. 701
- Sinn*, Kasinokapitalismus, 2009
- Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965
- Schmoeckel*, Humanität und Staatsräson, 2000

Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage 2010

Schünemann, Grenzen der Bestrafung privater Korruption im Rechtsstaat, Festschrift f. Achenbach, 2011, S. 509

ders., Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung, GA 2003, 299

ders., Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, 201

ders., Richterbezogene Attitüdenforschung und der Indikator des „qualifizierten Begründungsfehlers“, Festschrift f. Mehle, 2009, S. 613

ders., Prolegomena zu einer jeden künftigen Verteidigung, die in einem geheimdienstlichen Strafverfahren wird auftreten können, GA 2008, 314

ders., Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaates, NStZ 2008, 305

ders., Der Begriff des Vermögensschadens als archimedischer Punkt des Untreueschadens, StraFo 2010, .1, 477

ders., Haushaltsuntreue als dogmatisches und kriminalpolitisches Problem, StV 2003, 463

ders. (Hrsg.), Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, 2010

ders., Das Rechtsgüterschutzprinzip pp., in Hefendehl u. a. (Hrsg.), 2003, S. 133

ders., Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik pp., in Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating principles, 2006, S. 18

ders. (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäisches Strafrechtspflege, 2006

Tiedemann Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität? Gutachten C zum 49. Deutschen Juristentag 1972

ders., Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1990, 2228

ders., Subventionskriminalität in der Bundesrepublik, 1974

Volk, Bewirtschaftung öffentlicher Mittel und Strafrecht, Bundesministerium der Justiz 1979

Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, Ausgabe Mohr-Verlag 1972, 124

Weber, Ulrich, Können sich Gemeinderatsmitglieder durch ihre Mitwirkung an Abstimmungen der Untreue (§ 266) schuldig machen? BayVBl. 1989, 166

Weimann, Die Strafbarkeit der Bildung sog. Schwarzer Kassen gem. § 266 StGB (Untreue) Tübingen jur.Diss (1996)

Weng, Auf dem Weg zu einer ausgereiften Verfassungsgerichtsbarkeit – Neue Entwicklungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik China (Taiwan) zu Anfang des 21. Jahrhunderts, Festschrift f. Starck, 2007, S. 1053

Weßlau, Vorermittlungen, 1989

Wiesner/Westermeier, Das staatliche Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen, 8. Auflage 2007

Wolf, Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel, 1997

Zabel, Die Grenzen des Tabuschatzes im Strafrecht, JR 2008, 453