

Promotionsvorhaben – Kurzfassung

Bearbeiter Andreas Glock, LL.M.
Betreuer Prof. Dr. Karsten Gaede
Stand 20. März 2021

TITEL

Untreurelevanz des staatlichen Informationsankaufs – Haushaltsuntreue infolge des staatlichen Ankaufs rechtswidrig erlangter Informationen von V-Leuten und Informanten unter besonderer Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Ermächtigungsgrundlagen und schadensrechtlicher Zweckerwägungen

INHALT

Die Einleitung

In **Teil 1 A** (S. 1-7) wird die Forschungsfrage in das Konzept der Staatszweckbestimmungen sowie der strafprozessualen Aufklärungspflicht eingruppiert. Die Relevanz der Arbeit wird hierbei aus der fortwährenden Aktualität der Abgrenzung von Sicherheit und Freiheit sowie aus dem zunehmenden Erkenntnisdefizit im Rahmen strafprozessualer Ermittlungen abgeleitet. Der Informationsankauf wird im Lichte dessen angenommener Zielsetzung charakterisiert, den staatlichen Straf- sowie Steueranspruch wirkmächtig durchzusetzen. Das Ankaufsverhalten fasst der Verfasser als Konfliktfall der staatlichen Zwecksetzung von Sicherheitsgewährleistung und Freiheitsausübung auf. In **Teil 1 B** (S. 8-15) werden die methodische Grundlage sowie der Gang der Darstellung ausgeführt. Die Erarbeitung der Forschungsfrage ordnet der Verfasser der Rechtsdogmatik zu (Teil 1 B I – S. 8).

Teil 2 (S. 15-39) untersucht die Phänomenologie der staatlichen Informationserlangung. In **Teil 2 A** (S. 15-18) wird das Whistleblowing als terminologische Basis und Grundvoraussetzung für die Informationserlangung ausgeführt. In **Teil 2 B** (S. 18-31) analysiert der Verfasser die staatliche Informationsgewinnung in Form des V-Leute-Einsatzes. Hierfür wird eine Begriffsbestimmung vollzogen sowie die fehlende einheitliche gesetzliche Definition herausgearbeitet (Teil 2 B I – S. 18-20), die historische Entwicklung des V-Leute-Einsatzes nachgezeichnet (Teil 2 B II – S. 20-21) und die gespaltene Rezeption des V-Leute-Einsatzes dargestellt (Teil 2 B III – S. 21-22). Daran anschließend wird die behördliche Vorgehensweise im Rahmen des V-Leute-Einsatzes

ausgeführt (Teil 2 B IV – S. 22-25). Hierbei stellt der Verfasser auf das Merkmal der Vertraulichkeit hinsichtlich der Kooperation zwischen V-Leuten und staatlichen Stellen ab. Zudem wird die Bedeutung der Heimlichkeit für die Effektivität des V-Leute-Einsatzes ausgeführt und die Vielfalt möglicher Einsatzgebiete unter besonderer Hervorhebung der Organisierten Kriminalität betont. Auch wird die im Gegensatz zu Informationsankäufen, bei denen zumeist nur eine einmalige Interaktion erfolgt, lang anhaltende Kooperation zwischen V-Leuten und staatlichen Stellen thematisiert. Ebenso wird die rechtstatsächliche Umsetzung des V-Leute-Einsatzes in den Blick genommen (Teil 2 B IV – S. 25-28). Hierbei werden (noch) nicht die Rechtsgrundlagen des V-Leute-Einsatzes ausgeführt, sondern es wird allein die nach Auffassung des Verfassers überzeugende rechtliche Charakterisierung des konkreten Einsatzes vorgenommen. Im Zuge dessen werden V-Leute als Verwaltungshelfer eingestuft. Im Anschluss folgt eine Darstellung der Praxis der rechtlichen Verpflichtung und faktischen Entlohnung von V-Personen.

In Teil 2 C (S. 32-37) listet der Verfasser bisher realisierte staatliche Informationsankäufe auf. Anhand der insoweit generierten Erkenntnisse kommt er zu der Erkenntnis, dass die Informationserlangung sowohl vom Bund als auch von einzelnen Ländern vollzogen worden ist und sich nach wie vor als praxisrelevant gestaltet. Der Verfasser arbeitet heraus, dass die hierfür aufgewandten monetären Einzelbeträge jeweils beträchtlich ausfallen. Exemplarisch wird anhand des 2006 realisierten Ankaufs Liechtensteiner Bankinformationen dargestellt, wie ein Ankaufsgeschehen rechtstatsächlich abläuft (Teil 2 C III – S. 36-38).

Das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung

Teil 3 der Arbeit (S. 39-395) bildet das Kernstück der Ausarbeitung und nimmt umfassend Raum in Anspruch. Hierbei geht der Verfasser einer möglichen Untreuestrafbarkeit durch finanziell unterlegte Informationsbeschaffungen nach. Er orientiert sich insoweit am Prüfungsaufbau des § 266 StGB. In Teil 3 A (S. 39-40) wird das Prüfprozedere festgesetzt, Teil 3 B (S. 40-45) fokussiert das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht und Teil 3 C (S. 45-186) den Missbrauch der Verfügungsbefugnis beziehungsweise die Pflichtverletzung. In Teil 3 D (S. 187-390) wird der Vermögensnachteil behandelt, die Teile 3 E (S. 390-393) sowie 3 F (S. 393-395) schließen dann mit dem subjektiven Tatbestand sowie der Rechtswidrigkeit und der Schuld das Prüfprozedere ab. Hinsichtlich der beiden erstgenannten Tatbestandsmerkmale differenziert der Verfasser zwischen den zwei von ihm separiert erarbeiteten Varianten der Informationserlangung, zum einen dem V-Leute-Einsatz und

zum anderen der Informationsankäufe an sich, wie etwa dem Ankauf von (Steuer-)Informationen. Im Rahmen des Vermögensnachteils wird mangels identifizierbarer Erforderlichkeit auf diese Differenzierung verzichtet und die Untersuchung einheitlich fortgeführt.

In **Teil 3 B** (S. 40-45) bejaht der Verfasser hinsichtlich beider Fallgestaltungen eine Vermögensbetreuungspflicht der beteiligten staatlichen Stellen. Zu diesem Ergebnis gelangt er unter Auseinandersetzung mit den einschlägigen Kriterien von Rechtsprechung und Lehre zur Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht. Einen wesentlichen Unterschied zwischen den Fallvarianten führt der Verfasser auf die unterschiedlich intensive Beteiligung staatlicher Stellen zurück, die jedoch seiner Auffassung nach die Vermögensbetreuungspflichten der beteiligten Stellen nicht tangiert.

Die Pflichtverletzung im Rahmen des V-Leute-Einsatzes

Am Beginn von **Teil 3 C** (S. 45-187) führt der Verfasser die seiner Meinung nach erforderliche Differenzierungen zwischen verschiedenen möglichen Anknüpfungspunkten für ein pflichtwidriges Handeln staatlicher Stellen im Rahmen der Informationserlangung aus (Teil 3 C I 1 – S. 45-51). So rekurriert er erstens auf das Fehlen einer haushaltsrechtlichen Ermächtigung, zweitens auf den Treubruch durch eine möglicherweise zweckwidrige Mittelverwendung und drittens auf einen möglichen Verstoß gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Im Anschluss untersucht er schrittweise die vorangestellten Anknüpfungspunkte. Im Hinblick auf den Aspekt der haushaltsrechtlichen Ermächtigung kommt er zu dem Ergebnis, dass in vielen Fällen der jeweilige Haushaltsgesetzgeber keine entsprechende normative Ermächtigungsgrundlage geschaffen habe. Hierfür setzt er sich exemplarisch mit dem Landeshaushalt des Landes Nordrhein-Westfalen auseinander, welches sich insbesondere beim Informationsankauf hervorgetan habe. Einen Rückgriff auf exekutive Notkompetenzen erachtet der Autor als unvereinbar mit der Budgethoheit der Parlamente (Teil 3 C II 1 b – S. 53-55).

Die zweckwidrige Mittelverwendung als Anknüpfungspunkt der Pflichtverletzung

Den Schwerpunkt der Untersuchung einer möglichen Pflichtverletzung nimmt die Frage nach einer zweckwidrigen Mittelverwendung ein. Der Autor differenziert dabei zwischen dem V-Leute-Einsatz und staatlichen Informationsankäufen. Hinsichtlich der V-Leute wird in einem ersten Schritt erörtert, ob sich das Erfordernis einer Rechtsgrundlage für den V-Leute-Einsatz daraus ergeben kann, dass der V-Leute-Einsatz mit einem

Grundrechtseingriff verbunden ist (Teil 3 C II 2 a – S. 56-70). Der Verfasser führt hierfür seiner Auffassung nach mögliche betroffene Grundrechte an. So rekurriert er auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (S. 56-58), das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK (S. 58 f.) sowie auf das Recht auf Wahrung des sozialen Geltungsanspruchs (S. 59) und auf die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG (S. 60).

Kriterien einer möglichen Zurechnung der privaten V-Leute-Tätigkeit

In einem zweiten Schritt geht der Autor einer möglichen Zurechnung der V-Leute-Tätigkeit nach (S. 60-66). Nur insofern sich von V-Leuten als Privatpersonen begangene Handlungen als zurechenbare Tätigkeiten erweisen, könne ein Grundrechtseingriff durch diese erfolgen. Der Verfasser führt die einschlägigen Kriterien von Rechtsprechung und Literatur zu einer möglichen Zurechnung im Rahmen des V-Leute-Einsatzes aus und positioniert sich anschließend zugunsten einer solchen. Er begründet diese mit der Einordnung von V-Leuten als verlängertem Arm staatlicher Sicherheitsbehörden. Infolgedessen nimmt er einen zurechenbaren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die Wahrung des sozialen Geltungsanspruchs und das Recht auf ein faires Verfahren an (S. 67-70). Nur in Einzelfällen liegt nach Ansicht des Verfassers ein nicht rechtfertigungsfähiger Eingriff in die Menschenwürde vor.

Mögliche Rechtsgrundlagen für den V-Leute-Einsatz

Nachdem so das Erfordernis einer Rechtsgrundlage hinsichtlich des V-Leute-Einsatzes dargetan wurde, werden im Anschluss mögliche Rechtsgrundlagen für den V-Leute-Einsatz untersucht (Teil 3 C II 2 b – S. 70-82). Der Verfasser verneint die Anwendbarkeit spezialgesetzlicher Regelungen für den polizeilichen V-Leute-Einsatz (S. 71 f.) und versagt dem Gewohnheitsrecht eine Anwendungsmöglichkeit (S. 73 f.). Eine analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO wird mit Verweis auf die Gesetzesgenealogie verworfen, wonach die Normierung einer Rechtsgrundlage für den V-Leute-Einsatz ausdrücklich abgelehnt worden sei (S. 75 f.). Einen Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklausel weist der Autor sodann mit Hinweis auf den verfassungsrechtlich verankerten Gesetzesvorbehalt und auf die mit dem V-Leute-Einsatz verbundene Eingriffsintensität zurück (S. 76-79). Auch weitere Anknüpfungspunkte für eine mögliche Ermächtigungsgrundlage, wie etwa ein außerordentlicher Ermittlungsnotstand (S. 80) oder ein Rückgriff auf § 244 Abs. 2 StPO (S. 81), das Haushaltsrecht (S. 81 f.) oder das behördliche Binnenrecht (S. 82) werden verworfen. Infolge der vom Verfasser konstatierten fehlenden rechtlichen Grundlage für

den V-Leute-Einsatz verneint er eine Missbrauchsuntreue (S. 87-89) und schließt die Prüfung einer Treubruchsuntreue durch den als zweckwidrig charakterisierten Mitteleinsatz an (S. 89-93). Als pflichtwidrige Tathandlung erachtet der Autor den staatlichen Mittelaufwand für eine Tätigkeit, die seiner Ansicht nach einer rechtlichen Grundlage entbehrt. Die untreuerelevante Pflichtverletzung wird in der Begleichung einer nichtigen Forderung, also einer rechtsgrundlosen Zahlung verortet, sodass der Autor im gleichen Zuge zur Annahme eines Vermögensbetreuungsbezugs kommt. Auf den vermögensschützenden Charakter des Primärrechtsverstoßes, also des Verstoßes gegen den Vorbehalt des Gesetzes, komme es demzufolge nach Auffassung des Verfassers nicht an (S. 91).

Die Pflichtverletzung im Rahmen staatlicher Informationsankäufe

In **Teil 3 C II 4** (S. 93-159) wendet der Verfasser das gleiche Prüfungsschema des V-Leute-Einsatzes auch auf sonstige staatliche Informationsankäufe an, stellt demselben jedoch zusätzlich die Frage voran, ob auch infolge einer Tatbestandsmäßigkeit dieser staatlichen Informationsankäufe eine Rechtsgrundlage geboten sei (S. 94-126). Er stützt dieses Erfordernis durch einen Verweis auf *Böckenförde*, wonach jede potentiell einen Tatbestand erfüllende staatliche Handlung dergestalt rechtfertigungsbedürftig sei, dass sie einer Spezialregelung bedürfe. Zur Beantwortung dessen setzt sich der Verfasser mit möglicherweise durch staatliche Informationsankäufe erfüllte Straftatbestände auseinander (S. 95-126), so etwa mit der Begünstigung nach § 257 StGB (S. 95-102), der Hehlerei nach § 259 StGB (S. 102-107), der Datenhehlerei nach § 202d StGB (S. 107-112), den Strafvorschriften des BDSG (S. 112-115), § 23 GeschGehG (S. 115-125) sowie § 111 StGB (S. 125 f.).

Mögliche Tatbestandsmäßigkeit wegen Begünstigung und Hehlerei

Hinsichtlich der Begünstigung führt der Verfasser aus, dass auch eine Bezahlung des Verkäufers als tauglicher Vorteil angesehen werden könne (S. 96-98). Der Wortlaut der Norm wird insoweit als offen charakterisiert und rechtssystematisch im Vergleich zum Recht der Einziehung ergründet. Für den Verfasser scheitert die Tatbestandsmäßigkeit der staatlichen Informationserlangung hinsichtlich der Begünstigung jedoch daran, dass es den staatlichen am Ankauf beteiligten Stellen an einer Begünstigungsabsicht ermangele. So sei es nicht Ziel der Ankäufer, dem Vortäter die preisgegebenen Informationen zu sichern. Ihr Ziel können auch durch eine Falschgeldzahlung oder jede anderweitige Anerkennung einer Gegenleistung realisiert werden (S. 101 f.). Auch die Hehlerei scheidet nach Auffassung des Autors im Rahmen staatlicher

Informationsankäufe aus. Er schlussfolgert dies daraus, dass es an einer Bereicherungsabsicht fehle. So erfordere die Hehlerei, dass der Täter darauf abzielen müsse, mit seiner Handlung per saldo einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen. Einer Bereicherungsabsicht ermangele es, wenn nach Tätervorstellung gleichwertige Güter ausgetauscht würden (S. 105 f.).

Mögliche Tatbestandsmäßigkeit wegen Datenhehlerei und sonstiger Rechtsverletzungen

Den Tatbestand der Datenhehlerei wiederum sieht der Verfasser dem Grunde nach als erfüllt an (S. 107-109). Entscheidend falle insoweit das Verständnis des Ausschlusstatbestands nach § 202d Abs. 3 StGB aus, der an der Rechtmäßigkeit der Pflichtausübung anknüpfe. Nur wenn die dienstliche Pflichtausübung rechtmäßig erfolge, sei der Ausschlusstatbestand begründet, weshalb zur Anwendung dieses Tatbestandsausschlusses und zur Verneinung einer Tatbestandsmäßigkeit staatlicher Informationsankäufe eine adäquate Rechtsgrundlage notwendig sei (S. 110-112). Für die Strafvorschriften des BDSG kommt der Autor zur gleichen Schlussfolgerung (Teil 3 C II 4 a dd – S. 112-115). Zur Bejahung einer Berechtigung sei das Bestehen einer Rechtsgrundlage für staatliche Informationsankäufe zwingend vorauszusetzen.

Hinsichtlich des § 23 GeschGehG ergründet der Verfasser, inwiefern Informationen über Rechtsverstöße, die vom staatlichen Ankaufsinteresse umfasst seien, überhaupt als taugliches Tatobjekt aufgefasst werden können (S. 116-119). Er spricht sich dafür unter dezidierter Auseinandersetzung mit der bereits im Rahmen des § 17 UWG a.F. gefassten Diskussion aus. Als Begründung führt er die Komplexität einer Kategorisierung entsprechender Informationen sowie rechtssystematisch § 5 Nr. 2 GeschGehG an, für welchen ein Anwendungsbereich im Falle einer Exklusion aus Sicht des Autors kaum denkbar wäre. Nach seinem Dafürhalten kommt es für § 23 GeschGehG maßgeblich darauf an, ob der staatliche Informationsankauf im öffentlichen Interesse liegt und mithin darauf, ob hierfür eine entsprechende Rechtsgrundlage existiert (S. 122 f.). Auch hinsichtlich des § 17 UWG a.F. nimmt der Verfasser das gleiche Ergebnis an.

Der Verfasser verneint eine Tatbestandsverwirklichung des § 111 StGB durch staatliche Informationsankäufe (S. 125). In der bloßen Entgegennahme einschlägigen Informationsmaterials liege kein tatbestandsmäßiges Auffordern. Zusammenfassend leitet der Autor bereits aus der möglichen Tatbestandsmäßigkeit im Hinblick auf mehrere Strafrechtsverstöße das Erfordernis einer Rechtsgrundlage für staatliche Informationsankäufe ab. Ergänzend führt er in **Teil 3 II 4 b** (S. 127-129) aus, dass auch

bei staatlichen Informationsankäufen schon aufgrund des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine Rechtsgrundlage erforderlich sei.

Mögliche Rechtsgrundlagen für staatliche Informationsankäufe

In **Teil 3 II 4 c** (S. 130-187) setzt sich der Autor ausführlich mit möglichen rechtlichen Grundlagen für staatliche Informationsankäufe auseinander. Insbesondere fokussiert er hierbei den vielerorts propagierten Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklausel (S. 131-154). Der Verfasser stellt insoweit wesentlich auf die Eingriffsintensität ab, um zu bestimmen, ob ein Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklausel überhaupt angebracht ist. Zur Bestimmung derselben rekurriert er auf verschiedene Kriterien, um herauszuarbeiten, ob es infolge der Eingriffsschwere unabhängig vom Bestehen der Ermittlungsgeneralklausel einer Spezialermächtigung für staatliche Informationsankäufe bedarf. Für ihn charakterisieren staatliche Informationsankäufe eine weite Streubreite und Verdachtslosigkeit (S. 133-136). Es seien durch die Ankäufe auch Unbeteiligte tangiert; die Gefahr eines „Danebengreifens“ sei begründet. Überdies liege bei staatlichen Informationsankäufen zumeist kein Anfangsverdacht vor. Vielmehr werde dieser in vielen Fällen erst durch das erlangte Informationsmaterial begründet. Auch der Gehalt der erfassten Informationen streitet nach Auffassung des Verfassers für eine hohe Eingriffsintensität. Er bringt hierfür die Drei-Sphären-Theorie zur Anwendung und ordnet die im Rahmen staatlicher Informationsankäufe regelmäßig betroffenen Informationen der Privatsphäre zu (S. 136-138). Die mit Informationsankäufen verbundenen Folgewirkungen und die Heimlichkeit dieser Form der Informationserlangung verstärken aus Sicht des Verfassers die Eingriffsintensität (S. 128-142). Als zusätzliches Kriterium für die Eingriffsintensität führt der Verfasser auch die Umstrittenheit der Materie aus. Diese mache eine dezidierte gesetzgeberische Entscheidung notwendig – insbesondere unter Berücksichtigung der monetären Komponente der staatlichen Informationserlangung (S. 143 f.). Schließlich wird auch ein Vergleich mit anderen Spezialermächtigungen gesucht, um die Eingriffsintensität staatlicher Informationsankäufe relativ zu gewichten (S. 145-150). Insoweit gelangt der Verfasser zu der These, dass staatliche Informationsankäufe durchaus gleichwertig eingriffsinvasiv ausfallen wie normierte Spezialbefugnisse. In einer Gesamtzusammenschau der ausgeführten Kriterien wird sodann eine hohe Eingriffsintensität angenommen, die für sich genommen einen Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklausel verbiete und eine Spezialbefugnisnorm erforderlich werden lasse (S. 152-154).

Auch sonstige Rechtsgrundlagen kommen aus Sicht des Verfassers als Ermächtigungsgrundlagen nicht in Betracht. Die steuerrechtlichen Regelungen der Amtshilfe sowie die Notstandsregelung des § 34 S. 1 StGB erachtet er als nicht ausreichend (S. 154-156). Einer möglichen Fernwirkung des Tatbestandsausschlusses gem. § 202d Abs. 3 S. 1 StGB spricht er hierbei schon aus rechtsdogmatischen Gründen die Möglichkeit ab, eine Rechtsgrundlage für staatliche Informationsankäufe auszubilden (S. 156 f.). Fußend auf dieser Ausgangslage kommt der Autor zu der Annahme, dass eine Missbrauchsuntreue schon mangels Rechtsgrundlage ausgeschlossen sei (S. 158 f.). Eine Treubruchsuntreue bejaht er jedoch unter Verweis auf die zweckwidrige Mittelverwendung zu rechtlich nicht vorgesehenen Zwecken (S. 159-161).

Die Pflichtverletzung durch Verstoß gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

In **Teil 3 II 6** (S. 161-187) widmet sich der Autor im Anschluss an die Bejahung der Pflichtwidrigkeit sowohl des V-Leute-Einsatzes als auch der staatlichen Informationsankäufe der Frage, ob – deren Rechtmäßigkeit unterstellt – dennoch ein Verstoß gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in Betracht kommt. Hierfür setzt er sich in einem ersten Schritt mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auseinander (S. 161-163). In einem zweiten Schritt arbeitet der Verfasser Kriterien aus, die bei Anwendung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Berücksichtigung zu finden hätten. So rekurriert er unter Ausführung einiger Beispiele aus der Rechtsprechung (S. 164 f.) auf die Kriterien für Risikogeschäfte. Er erachtet die Dogmatik für Risikogeschäfte als tauglich, den im Rahmen der Grundsätze für Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit notwendigen Handlungsspielraum adäquat zu präzisieren (S. 165-168). Auch öffentlich-rechtliche Fallgestaltungen und insbesondere die zu öffentlichen Zwecken erfolgende Informationserlangung seien durch das Moment der Unsicherheit gekennzeichnet. Der Autor erarbeitet von diesem Fundament ausgehend Kriterien, deren Erfüllung eine Verletzung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und daran anknüpfend eine Pflichtwidrigkeit grundsätzlich ausschließen (S. 168-172). Umgekehrt lässt nach Auffassung des Autors ihre Nichterfüllung eine Verletzung naheliegen. Erforderlich sei eine Entscheidung mit großem Handlungsspielraum, die auf einer adäquaten umfassenden Informationsgrundlage und zum Wohle der Gesellschaft getroffen werde. Ferner müsse die Notwendigkeit einer Risikoentscheidung bestehen und das Sparsamkeitsgebot im engeren Sinne gewahrt sein. Letzteres habe nach

Auffassung des Verfassers gleich der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine genaue Prüfung der Angemessenheit der Maßnahme zum Inhalt.

Die ausgeführten Kriterien werden im Anschluss differenziert auf den V-Leute-Einsatz (S. 172 ff.) und auf staatliche Informationsankäufe angewandt (S. 179 ff.). In beiden Fällen kommt der Autor zur Schlussfolgerung, dass je nach Fallgestaltung die Wahrung dieser Kriterien durchaus die Annahme einer Pflichtwidrigkeit des mit den jeweiligen Handlungsvarianten verbundenen Mitteleinsatzes rechtfertigen kann.

Das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils

Im Anschluss an die Bejahung der Pflichtwidrigkeit widmet sich der Verfasser in **Teil 3 D** (S. 187-395) im zweiten großen Themenbereich dem tatbestandlichen Erfolg in Form des Vermögensnachteils. Zu Beginn werden die insoweit anerkannten Grundzüge und das erforderliche Prüfprozedere festgesetzt (S. 187-191). Der Verfasser betont das Verschleifungsverbot und die Bedeutung der eigenständigen Betrachtung des Vermögensnachteils. Insbesondere grenzt er dabei zum Schutz der bloßen Dispositionsfreiheit ab. Bei der Prüfung nimmt der Autor von einer Differenzierung zwischen verschiedenen Fallvarianten der finanziell unterlegten Informationserlangung Abstand und geht der Frage des Vermögensnachteils einheitlich nach. In einem ersten Schritt widmet er sich der Frage nach der Vermögensminderung, die er aufgrund des staatlichen Mittelaufwands vergleichsweise kurz bejaht (Teil 3 D II – S. 191-192). Deutlich größeren Raum nehmen in einem zweiten Schritt mögliche wirtschaftliche Kompensationsansätze an (Teil 3 D III – S. 192-226). Hierbei differenziert der Autor zwischen einem alleinigen Rückgriff auf die erlangten Informationen einerseits (S. 193-212) und einer Inklusion der mit den erlangten Informationen generierten Mehreinnahmen andererseits (S. 212-226). In einem dritten Schritt geht der Autor der Frage nach, inwiefern die Übernahme der Kategorien von individuellem Schadenseinschlag und Zweckverfehlungslehre schadensrechtliche Relevanz entfalten (S. 226-390).

Verfassungsrechtliche Begrenzungen im Rahmen der Nachteilsbestimmung

Im Hinblick auf die seinerseits angenommenen Kompensationsvarianten stellt der Autor seiner Prüfung in Teil 3 D III (S. 192 f.) die Feststellung voran, dass es zur Verhinderung einer dynamischen Schadensbestimmung auf den Zeitpunkt der schädigenden Handlung sowie auf eine konkrete Bezifferung einer möglichen schadensverhindernden Kompensation ankomme. In Bezug auf die erlangten Informationen nähert er sich deren

Wertbestimmung dergestalt, dass er deren vermeintliche Irrelevanz wegen der Rechtsgrundlosigkeit der Leistung bestreitet. Eine solche Sichtweise stellt aus Sicht des Verfassers eine unzulässige Normativierung des Nachteilsbegriffs dar (S. 194-198). Daran anschließend verneint er auch einen Kompensationsausschluss, der auf dem Argument fußt, es gebe eine vermeintlich kostenfreie anderweitige Beschaffungsmöglichkeit (S. 198). Im Rahmen der daran anschließenden Wertbestimmung geht der Autor zweischrittig vor, indem er auf erster Stufe abstrakt Ansätze für eine Marktwertbestimmung ausführt und sich im Ergebnis zu einer objektiven Bestimmung bekennt. Auf zweiter Stufe wendet der Autor das zuvor Erarbeitete konkret auf den staatlichen Informationsankauf an.

Im Rahmen der ersten Stufe setzt sich der Verfasser mit den insoweit möglichen Ansätzen zur Marktwertbestimmung auseinander. Hierfür führt er die intersubjektive Wertsetzung aus (S. 199-201) und kontrastiert diese mit einer rein objektiven Wertbestimmung (S. 201-202). In einer anschließenden Stellungnahme lehnt er eine intersubjektive Wertbestimmung sowie eine hypothetische Preisbestimmung im Rahmen staatlicher Informationsankäufe ab. Er begründet dies mit der aus seiner Sicht rechtsdogmatisch fehlerhaften Gleichstellung von Wert und Preis. Auch setzt er sich mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und insbesondere mit dem Juni-Beschluss aus dem Jahr 2010 auseinander. In der nachfolgenden konkreten Wertbestimmung wendet er die nach wirtschaftlich-objektiven Kriterien erfolgende Wertbestimmung an (S. 206-212).

Im Anschluss widmet sich der Autor einer möglichen schadensverhindernden Kompensation, die auf einer Inklusion der durch den Einsatz der erlangten Informationen generierten Mehreinnahmen basiert (S. 212-226). Er betont deren Möglichkeit unter Verweis auf eine mögliche Gesamtbetrachtung im Rahmen der Gesamtsaldierung. Insoweit argumentiert der Verfasser mit dem aus wirtschaftlichen Sachverhalten bekannten Erfordernis, einheitliche Lebensvorgänge auch einer einheitlichen Betrachtung zuzuführen. Als größte Schwierigkeit macht der Autor unter Bejahung einer Gesamtbetrachtung die erforderliche Abgrenzung zwischen den von staatlichen Ankäufern in den Blick genommenen und damit berücksichtigungsfähigen Kompensationswerten und bloß zeitlich korrelierenden Mehreinnahmen aus. Er arbeitet hierfür heraus, dass es auf die Perspektive der staatlichen Informationsankäufer und die zum relevanten Zeitpunkt intendierten und absehbaren Mehreinnahmen allein ankommen könne. Diese Feststellung wendet der Autor sodann unmittelbar auf die

einschlägigen Fallgestaltungen an und bejaht infolgedessen dem Grunde nach eine wirtschaftliche schadensverhindernde Kompensation.

Normative Einflüsse im Rahmen der Nachteilsbestimmung

Im Anschluss an diese Feststellung, wonach grundsätzlich aus wirtschaftlicher Perspektive eine schadensverhindernde Kompensation möglich erscheint, greift der Verfasser in **Teil 3 D IV** (S. 226 ff.) den eingangs vorgestellten Gedanken auf, ob aus normativen Erwägungen trotz wirtschaftlicher Kompensation ein Vermögensnachteil erwachsen könne. Hierfür setzt er sich mit dem dogmatischen Fundament normativer Zweckerwägungen auseinander. Er erläutert die Begriffe und das rechtsdogmatische Fundament von individuellem Schadenseinschlag und Zweckverfehlungslehre im Rahmen des Betrugs. Hierbei kommt er zur Beachtlichkeit dieser Schadenskategorien und bejaht auch ihre Übertragbarkeit – mit gewissen Abstrichen hinsichtlich der insoweit vertretenen Fallvarianten – auf die Untreue (S. 231-235). Umfänglich geht der Autor möglichen Folgewirkungen aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nach. Er erkennt dabei kein verfassungsrechtlich-fundiertes Korrekturbedürfnis normativer Zweckerwägungen, sondern erachtet die genannten Nachteils Kategorien unter Berücksichtigung der zuvor ausgeführten Beschränkungen als durchaus vereinbar mit der verfassungsrechtlich geforderten Nachteilsbestimmung (S. 235-239). Fundamentierend auf dieser Vorarbeit wird sodann die Anerkennung von individuellem Schadenseinschlag und Zweckverfehlungslehre im Rahmen der Haushaltsuntreue untersucht (S. 239-257).

Beides bejaht der Autor, er führt jedoch weitere alternative Umsetzungsvorschläge zur Berücksichtigung normativer Zweckerwägungen im Rahmen der Haushaltsuntreue aus. Er arbeitet dabei hinsichtlich eines staatlichen Mittelaufwands ein mögliches formelles, ein haushaltsakzessorisches, ein kommerzialisiertes sowie auch ein materielles Zweckwidrigkeitsverständnis heraus. Er positioniert sich im Anschluss zugunsten des letzteren. Allein ein materiell zweckwidriger Mitteleinsatz rechtfertigt nach Auffassung des Verfassers aus normativen Gründen im Falle einer wirtschaftlich vollwertigen Kompensation die Annahme eines Vermögensnachteils. Materiell zweckwidrig fällt für den Autor nur ein solcher Mitteleinsatz aus, der nicht mehr jener öffentlichen Gesamtaufgabe zu dienen bestimmt sei, die ein Vermögensträger bestimmungsgemäß zu verfolgen habe. Der Autor begründet dies ausführlich damit, dass nur so die öffentlich-rechtliche Zwecksetzung staatlicher Mittel auch schadensrechtlich adäquat Berücksichtigung fände. Zudem sei ein solches Nachteilsverständnis materiell-rechtlich

anschlussfähig und mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die normativen Zweckerwägungen in Grenzen Raum belasse, vereinbar.

Im Anschluss an diese theoretische Erörterung wendet sich der Autor verschiedenen Aspekten zu, die eine materielle Zweckwidrigkeit und damit das Vorliegen eines Vermögensnachteils begründen könnten. Er destilliert insoweit vier verschiedene Anknüpfungspunkte. So könne eine materielle Zweckwidrigkeit auf einer Verfälschung des Staatswillens (S. 258-300), einer Vorwirkung eines Beweisverwertungsverbots (S. 300-384), einer unrechtmäßigen Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs (S. 384-388) sowie auf einem Verstoß gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (S. 388-390) basieren.

Materielle Zweckwidrigkeit kraft Verfälschung des Staatswillens

In **Teil 3 D IV 3** (S. 258-300) listet der Autor verschiedene Argumente auf, die für sowie gegen die Verfälschung des Staatswillens durch die im Rahmen der Phänomenologie skizzierte Informationserlangung anzuführen seien. Er sieht insbesondere die Gefahr des Unterlaufens strafprozessualer Eingriffsbefugnisse. Er betont dabei die Bedeutung der in den strafprozessualen Ermächtigungsnormen fundierten Einschränkungen sowie die individualschützende Stoßrichtung der StPO (S. 258-263). Im Anschluss wird das Unterlaufen des Trennungsgebots erörtert (S. 263-271). Der Verfasser erarbeitet dabei die rechtlichen Grundlagen des Trennungsgebots, zeigt partielle Durchbrechungen desselben auf und schlussfolgert ein Unterlaufen des Trennungsgebots, wenn nicht zur Straftataufklärung berufene Verfassungsschutzbehörden zur Durchführung repressiver Maßnahmen herangezogen würden. Als weiteres Argument zugunsten einer Verfälschung des Staatswillens sieht der Verfasser eine systemwidrige Kommerzialisierung durch die finanziell goudierte Informationserlangung jedoch für nicht gegeben an. Vielmehr könnten exekutive Praxis und Rechtsprechung im Falle einer dräuenden Verfälschung entsprechende Gegenmaßnahmen ergreifen (S. 271-274). Umfänglich widmet sich der Verfasser der Frage, inwiefern durch den Rekurs auf private Dritte ein Unterlaufen des Objektivitätsgrundsatzes drohe. Durch die finanziell unterlegte Entgegennahme inkriminierten Materials setze der Staat Anreize zur rechtswidrigen Informationserlangung. Zudem erachtet der Autor eine Begrenzung der Berücksichtigung privater Beiträge im Rahmen der staatlichen Ermittlungsarbeit für geboten (S. 278-280). Insbesondere müsse einer möglichen Einseitigkeit der staatlichen Ermittlungsarbeit vorgebeugt werden, die einer Fokussierung auf fiskalisch lukrative Deliktsbereiche anheimzufallen und § 160 II StPO zuwiderlaufen drohe. Schließlich widmet sich der

Verfasser noch dem Aspekt der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung (S. 282-291). Insbesondere hält er insoweit ein Unterlaufen der Einziehungsvorschriften nach §§ 73 ff. StGB für gegeben, insofern das ausgekehrte Geld im Rahmen der Informationsakquise nicht unmittelbar eingezogen werde.

Im Anschluss widmet sich der Verfasser Argumenten, die gegen eine Verfälschung des Staatswillens anzuführen sein könnten (S. 293-299). So erachtet er eine Abhilfe des seinerseits konstatierten Informationsnotstandes für möglich und sieht grundsätzlich im Bestehenbleiben der strafrechtlichen Ahndung des jeweiligen Veräußerers eine ausreichende Kompensationsmöglichkeit. Zugleich konstatiert er jedoch, dass dieses Instrument in praxi nicht entsprechend eingesetzt werde. Auch könne aus der teilweisen Billigung dieser Staatspraxis durch die höchstrichterliche Rechtsprechung keine hinreichende rechtliche Berechtigung abgeleitet werden (S. 297-298). Im Ergebnis kommt der Autor unter Verweis auf die konfligierenden Argumentationsstränge zu der These, dass es einer gesetzgeberischen Entscheidung bedürfe, um einen schonenden Ausgleich der betroffenen Belange herbeizuführen. Solange diese gesetzgeberische Präzisierung fehle, könne ausschließlich von der Rechtswidrigkeit der Maßnahme ausgegangen werden, die zugleich eine Verfälschung des Staatswillens bedinge.

Materielle Zweckwidrigkeit kraft Vorwirkung eines Beweisverwertungsverbots

Hieran schließen sich die Ausführungen des Autors zu einem weiteren seinerseits konstatierten Anknüpfungspunkt für eine materielle Zweckwidrigkeit an (S. 300-384). Zu Beginn seiner Darstellung stellt er die Grundzüge der Beweisverbotslehre sowie deren zeitlichen und personellen Anwendungsbereich dar (S. 300-307). Er ergründet im Anschluss das Bestehen eines von ihm als originäres Beweisverbot bezeichneten Verbots infolge der Zurechnung eines rechtswidrigen Verhaltens Privater. Als Prämisse für selbiges setzt der Autor die Zurechnung des privaten Verhaltens voraus, welche im Verein mit einer eigenständigen Abwägungsentscheidung zu einem Verwertungsverbot führen könne. Da es infolge dieser Prämisse für die Lösung des Autors von Relevanz ist, arbeitet er die zentralen Gesichtspunkte für eine Zurechnung privaten Verhaltens in Rechtsprechung und im Schrifttum aus (S. 310-324). Er zeichnet die insoweit fehlende Stringenz sowie Plausibilität der Rechtsprechung nach und arbeitet zugleich zentrale Kriterien für eine Zurechnung heraus, wie etwa die Maßgeblichkeit der Steuerung und das Fehlen eines bloß eigeninitiativen Vorgehens Privater (S. 324-328). In Bezug auf die einschlägigen Positionierungen im Schrifttum erläutert der Autor verschiedene Ansätze zur Ausgestaltung der Zurechnungsgesichtspunkte. So stellt er dar, dass teils auf eine

staatliche Initiierung und teils auf die staatlichen Einflussmöglichkeiten abgestellt werde. Auch führt er aus, dass wieder andere Stimmen eine Anleihe an der Tatherrschaftslehre nehmen und auch lediglich als Teilnahmehandlung zu qualifizierende Maßnahmen für ausreichend erachtet werden.

In seiner anschließenden Stellungnahme verneint der Autor eine Zurechnung im Falle einer staatlichen Untätigkeit. Auch die bloße Entgegennahme inkriminierten Materials charakterisiert er als nicht ausreichend zur Begründung der Zurechnung. Vielmehr plädiert er für einen tatherrschaftsorientierten Ansatz und bildet hierfür eine Zusammenschau aus verschiedenen Ansätzen von Rechtsprechung und Schrifttum.

Nach dieser Vorarbeit wendet er die erarbeiteten Zurechnungskriterien auf den staatlichen Informationsankauf an. Er kommt insoweit zu dem Ergebnis, dass die derzeitige Staatspraxis zwar im Hinblick auf den V-Leute-Einsatz zu einer Zurechnung des privaten Verhaltens führe. In Fällen der bloß finanziell unterlegten Entgegennahme inkriminierten Materials verneint er jedoch eine entsprechende Zurechnung und verneint infolgedessen auch ein mögliches Vorwirken eines (originären) Beweisverwertungsverbots.

Zum gleichen Ergebnis kommt der Verfasser auch hinsichtlich eines vorwirkenden Beweisverwertungsverbots als Folge staatlicher Schutzpflichten (S. 337-348). Hierfür erarbeitet er in einem ersten Schritt das dogmatische Fundament staatlicher Schutzpflichten, lehnt jedoch eine aus deren Existenz abgeleitete Folgewirkung in Form eines Beweisverwertungsverbots im Falle möglicher Schutzpflichtverletzungen ab. Staatliche Schutzpflichten seien hierfür zu unbestimmt. Ein konkret-individualisierter Anspruch auf Wahrnehmung staatlicher Schutzpflichten lasse sich nicht begründen.

Im Anschluss an diese Feststellung widmet sich der Verfasser der Frage, ob sich ein (derivatives) Beweisverwertungsverbot aus der Übernahme des bemakelten Beweismaterials ableiten lasse (S. 350-384). Er setzt für die Beantwortung dieser Frage eine konkrete Abwägungsentscheidung voraus und stellt die insoweit zu berücksichtigenden Abwägungsbelange dar. So sei die hypothetische Rechtmäßigkeit des staatlichen Vorgehens, die Schwere der privat-deliktisch realisierten Rechtsverletzung sowie die Schwere des in der Übernahme privaten Beweismaterials liegenden staatlichen Eingriffs zu ergründen. Auch seien die Bedeutung der aufzuklärenden Straftat und die möglichen Auswirkungen eines fehlenden

Beweisverwertungsverbots auf die Strafrechtspflege in die erforderliche Abwägung einzustellen. In der hierauf basierenden Abwägungsentscheidung geht der Autor auf die einschlägigen skizzierten Belange ein und wägt entsprechend ab (S. 356-375). Er kommt dabei zu dem Ergebnis, dass ein Beweisverwertungsverbot resultierend aus der Übernahme bemakelten Beweismaterials begründet sei. Dies wird mit der finanziell unterlegten Entgegennahme des deliktischen Informationsmaterials begründet, die dem Verfahren ein besonderes Gepräge geben würde. Auch könne nur durch ein Beweisverwertungsverbot die zum Ausdruck zu bringende Missbilligung des privaten Vorgehens realisiert werden. Zudem bewirke ein Verwertungsverbot eine vorwirkende Disziplinierungsfunktion gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, nur entsprechend der rechtlichen Grundlagen auf mögliches Beweismaterial zu rekurrieren. Als Annex hierzu geht der Autor noch auf eine mögliche Unbeachtlichkeit des konstatierten strafrechtlichen Beweisverwertungsverbots wegen einer möglichen steuerlichen Verwertbarkeit ein. Aber auch diese wird im Rahmen einer umfänglichen Stellungnahme aus rechtssystematischen und rechtsdogmatischen Gründen abgelehnt (S. 375-381).

Basierend auf den herausgearbeiteten Erkenntnissen kommt der Autor zur Annahme eines Beweisverwertungsverbot und sieht mit diesem zugleich die materielle Zweckwidrigkeit des damit einhergehenden staatlichen Mittelaufwands für gegeben an (S. 381-384). Die anschließende Auseinandersetzung mit der materiellen Zweckwidrigkeit kraft unrechtmäßiger Durchsetzung (Teil 3 D IV 5 – S. 384-388) und kraft Verstoßes gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (Teil 3 D IV 6 – S. 388-390) kommt aufgrund der umfänglichen Vorarbeit mit relativ knappen Ausführungen zu gleichwertigen Schlussfolgerungen. Hinsichtlich des subjektiven Tatbestands sowie der Rechtswidrigkeit und Schuld sieht der Autor keine Veranlassung, von der Annahme einer Strafbarkeit des staatlichen Ankaufsverhaltens abzusehen (S. 390-395). Er setzt sich dabei auch mit möglichen Irrtumskonstellationen auseinander, die er jedoch aufgrund des umfänglichen (rechts-)wissenschaftlichen Diskurses über die staatliche Informationserlangung verneint. Vielmehr sieht er infolge des Ausgeführten durch die finanziell unterlegte staatliche Informationserlangung die Untreue als erfüllt an.

Untreuestrafbarkeit durch das Unterlassen von Informationsankäufen

In **Teil 4** (S. 396-416) widmet sich der Autor als aus seiner Sicht notwendiges Korrelat zur Untersuchung der aktiven Begehungsvariante der Frage, inwiefern auch das Unterlassen von Informationsankäufen eine Untreuestrafbarkeit begründen könne. Hierfür legt er das notwendige Fundament, indem er den dogmatischen Überbau

tatsächlicher Exspektanzen darlegt. Er führt die insoweit notwendigen Voraussetzungen aus, zeichnet die Orientierung an *Hefendehl* nach und schließt mit einzelnen anerkannten Anwendungsfällen vermögenswerter Exspektanzen.

Im Rahmen der Prüfung einer möglichen Unterlassensstrafbarkeit führt der Verfasser nochmals deutlich das Erfordernis aus, zwischen Pflichtverletzung und Vermögensnachteil auch gerade in der Unterlassensvariante unterscheiden zu müssen (S. 400-401). Seiner Meinung nach ist für ein pflichtwidriges Unterlassen notwendig, dass die Ermittlungspflicht dergestalt spezifiziert sein müsse, dass jede andere Handlungsvariante denn der Ankauf inkriminierten Materials als ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig zu klassifizieren sei. Nur in diesem Fall könne eine Handlungspflicht konstruiert werden, die einen finanziell unterlegten Informationsankauf notwendig werden lasse und dessen Unterlassen sodann eine Pflichtwidrigkeit zu begründen vermöge. Der Autor führt aus, dass bei der Wahrnehmung der strafprozessualen Ermittlungspflicht den Strafverfolgungsbehörden ein weiter Ermessensspielraum zuzubilligen sei. Die Ermittlungstaktik gestatte ihnen – unter Wahrung der jeweils erforderlichen Eingriffsvoraussetzungen – verschiedene Maßnahmen durchzuführen und den hierfür geeigneten Zeitpunkt festzusetzen. Unter Rückgriff auf die staatlichen Schutzpflichten wird eine Konkretisierung in Form einer Ankaufspflicht verneint. Staatlicherseits sei lediglich das Mindestmaß entsprechender Schutzanstrengungen geschuldet. Hinsichtlich deren konkreten Ausgestaltung bestehe für die staatlichen Stellen ein a priori einer vollumfänglichen Überprüfung entrückter Handlungsspielraum (S. 405-408). Überdies komme die Erforderlichkeit einer Maßnahme in Form des staatlichen Informationsankaufs nur in Betracht, insofern diese für sich genommen rechtmäßig sei. Eben diese Rechtmäßigkeit liege infolge des Erarbeiteten nicht vor und könne schon aus diesen Gründen kein Anknüpfungspunkt einer Unterlassensstrafbarkeit ausbilden (S. 408 f.). Auch zweifelt der Autor an dem vermögensschützenden Charakter der strafprozessualen Ermittlungspflichten (S. 409-411). Dass eine Ankaufsofferte eine vermögenswerte Exspektanz auszubilden vermag, bestätigt der Verfasser zwar. Aus ihr folge im Lichte des Voranstehenden jedoch keine andere Schlussfolgerung, sodass der Verfasser das Bestehen einer Ankaufsverpflichtung und damit auch eine Unterlassensstrafbarkeit verneint.

Schlussbetrachtungen

In der anschließenden Ergebniszusammenschau in **Teil 5 A** (S. 417-433) listet der Autor die seinerseits gezogenen Schlussfolgerungen aus den einzelnen Bestandteilen der Arbeit auf und bejaht die Möglichkeit einer Untreuestrafbarkeit. Am Schluss seiner Ausführungen wagt der Verfasser in **Teil 5 B** (S. 433-438) einen Zukunftsausblick. Hierbei führt er fußend auf den generierten Erkenntnissen notwendige Normierungserfordernisse auf. Auch recurriert er auf Möglichkeiten der Prozedurlaisierung, um eine Straffreiheit im Rahmen staatlicher Informationsankäufe begründen zu können. Er schließt mit der Schlussfolgerung, dass die gegenwärtige strafprozessuale Praxis einer umfänglichen Änderung bedürfe, solange und soweit der Gesetzgeber von seiner weiten gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative keinen Gebrauch mache.

Andreas Glock