

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int.
Strafrecht und Strafprozessrecht
einschließlich Medizin-, Wirtschafts-
und Steuerstrafrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;

RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof.

Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger

Mann; RA Dr. Stephan Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,

Univ. Passau; Akad. Rat Dr. Christoph
Burchard, LL.M., München; Ass.-Prof.

Dr. Daniela Demko, LL.M. (Univ. Lu-
zern); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M.,

Univ. Frankfurt; Dr. Antje du Bois-
Pedain, MJur (Oxon), (Univ.

Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kle-
sczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans

Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg);
Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),

Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer

(Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

(Dortmund); RA Dr. Markus Rüb-
enstahl, mag. iur. (Tsambikakis & Part-
ner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger

(Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schil-
ling, (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Chris-
toph Sowada (Univ. Greifswald); RA

Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und
Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ.

Basel)

Publikationen

Wiss. Mit. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn), Goethe-Universität Frankfurt a.M.
– **Bestechung und Bestechlichkeit europäisch-ausländischer Amtsträger
de lege praevia und *de lege nova*** Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2015 Nr. 759 S. 14

Akad. Rat a.Z. Dr. Lars Berster, Köln – **Verstoß gegen Weisungen während der
Führungsaufsicht** – Kontaktverbot Bespr. zu BGH HRRS 2015 Nr. 1054 S. 18

Wiss. Mit. Judith Lutz, Universität Passau – **Die Kriminalisierung des Sports –
Anti-Doping-Maßnahmen des Strafrechts und der Sportverbände im Ver-
gleich** S. 21

RA Alexander Würdinger, München – **Die Zeitenwende im Klageerzwingungs-
verfahren** S. 29

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau – **Brennpunkte des (nicht nur: Wirt-
schafts-) Strafrechts, Schwerpunkt: Schaden** – Rezension zu Lei-
pold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB 2. Auflage. S. 38

Entscheidungen

EGMR **Präzisierung des Al-Khawaja-Tests (Schatschaschwili v. Germa-
ny)**

BVerfG **Überzogene Anforderungen an die Verantwortungsübernahme
für die Revision seitens des Rechtsanwalts**

BGHSt **Garantenstellung trotz eigenverantwortlicher Selbstgefähr-
dung**

BGH **Divergenzvorlage zur echten Wahrunterstellung**

BGH **Keine Rechtfertigung bei Schuss auf flüchtenden Räuber**

BGH **Unwesentlicher Irrtum über den Kausalverlauf**

BGH **Anstiftung zur Körperverletzung mit Todesfolge**

BGH **Mangelnde Beschwer des freigesprochenen Angeklagten**

BGH **Anforderungen an die Schöffengeschäftsstelle**

Die Ausgabe umfasst 96 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Akad. Rat Dr. Christoph Burchard, LL.M., München; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt am Main; Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (Tsambikakis & Partner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (Univ. Tübingen); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Basel).

ISSN 1865-6277

17. Jahrgang, Januar 2016, Ausgabe

1

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

1. EGMR Nr. 9154/10 (Große Kammer) – Urteil vom 15. Dezember 2015 (Schatschaschwili v. Deutschland)

Recht auf Konfrontation und Befragung von Zeugen (Al-Khawaja-Test; Recht auf ein faires Verfahren: Mindestrechte und Abwägung; mangelnde Verteidigungsteilnahme bei Vernehmung durch den Ermittlungsrichter im Ermittlungsverfahren trotz Anzeichen für eine unmögliche spätere Befragung; Vernehmung im Wege der Rechtshilfe; prinzipielles Verbot der Verwertung als entscheidendes oder einziges Beweismittel; besonders vorsichtige Beweiswürdigung; Zeugenbegriff; anonyme und nicht erreichbare Zeugen; legitime Gründe für Rechtseinschränkungen; Gesamtrecht und Gesamtbeurteilung; Sondervoten.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 168c StPO; § 140 StPO;

§ 141 Abs. 3 StPO; § 240 StPO; § 251 StPO; § 261 StPO

1. Nach dem Al-Khawaja-Test ist es erforderlich, nach den folgenden drei Prüfungsschritten zu untersuchen, ob Strafverfahren, in denen Aussagen nicht von der Verteidigung befragter Zeugen verwertet worden sind, mit Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK vereinbar sind. Das Gericht muss prüfen,

(a) ob es einen legitimen Grund für die Nichtanwesenheit des Zeugen und folglich auch für die Zulassung der unkonfrontierten Zeugenaussage als Beweismittel gab;

(b) ob der Zeugenbeweis die einzige oder die entscheidende Grundlage für die Verurteilung des Angeklagten gewesen ist und

(c) ob es hinreichende Ausgleichsmaßnahmen insbesondere in Gestalt starker prozessualer Schutzinstrumente gab, welche die für die Verteidigung aus der Zulassung des Beweismittels resultierenden Nachteile kompensieren und damit einen insgesamt fairen Strafprozess sichern konnten.

2. Fehlt es an einem legitimen Grund für die Abwesenheit des Zeugen, bedeutet dies nicht stets eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK. Allerdings kann dieser besonders wichtige Umstand für eine Verletzung in der Abwägung ausschlaggebend sein.

3. Auch dann, wenn die nicht auf einer konfrontativen Befragung beruhende Aussage nicht das einzige oder entscheidende Beweismittel war, müssen ausgleichende Faktoren die Fairness des Verfahrens sicherstellen. Dies gilt besonders dann, wenn die Beurteilung als einziges oder wesentliches Beweismittel umstritten ist.

4. Der Umstand, dass die nationalen Strafverfolgungsbehörden den Zeugen nicht lokalisieren konnten oder dass der Zeuge sich im Ausland befand, ist allein kein legitimer Grund, auf eine Vernehmung unter Gewährung der Verteidigungsrechte zu verzichten. Die Staaten müssen positive Schritte unternehmen, um dem Angeklagten die Wahrnehmung seiner Rechte zu ermöglichen. Dies schließt die aktive Suche nach dem Zeugen ebenso ein wie – grundsätzlich – den Rückgriff auf vorhandene Rechtshilfelinstrumente.

5. Die prozessualen Ausgleichsinstrumente, die Nachteile der Verteidigung kompensieren sollen, müssen eine faire und taugliche Prüfung der Zuverlässigkeit des Beweismittels gewährleisten.

6. Einzelfall einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren unter dem Gesichtspunkt des Konfrontationsrechts durch die Verwertung entscheidender Zeugenaussagen, die unter Ausschluss der prinzipiell organisierbaren Verteidigungsteilhabe im Ermittlungsverfahren, in der Annahme einer ungesicherten späteren Zeugenvernehmung und ohne Anfertigung einer Videoaufzeichnung gemacht worden sind (§ 168c III StPO), und bei denen eine Gewährung des Fragerechts in einem Rechtshilfeverfahren an der (legitimen) Furcht der Zeuginnen bzw. an ihrem Gesundheitszustand gescheitert ist.

3. BVerfG 2 BvR 767/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. Dezember 2015 (Pfälzisches OLG Zweibrücken)

Formwirksamkeit der Revisionsbegründungsschrift (Unterschrift eines mit dem Verteidiger in Bürogemeinschaft tätigen Rechtsanwalts mit dem Zusatz „i. V.“; Anspruch auf effektiven Rechtsschutz; Anforderungen an die Anerkennung der Unterzeichnung; keine bloße Beurkundung fremder Ausführungen; Übernahme von Verantwortung für die Revisionsbegründung; Zu-Eigen-Machen des Schriftsatzes eines anderen Anwalts; Abgrenzung zu einem nur „im Auftrag“ handelnden Erklärungsboten; keine Zweifel an der Verantwortungsübernahme wegen des Zusatzes „nach Diktat verweist“).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 345 Abs. 2 StPO; § 53 BRAO

1. Aus dem Rechtsstaatsprinzip i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG folgt im Hinblick auf gerichtliche Entscheidungen – ebenso wie aus Art. 19 Abs. 4 GG bezüglich Akten der vollziehenden Gewalt – ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz. Die Gerichte dürfen die von der jeweiligen Verfahrensordnung eröffneten Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und für den Betroffenen „leer laufen“ lassen.

2. Die Auslegung und Anwendung des § 345 Abs. 2 StPO, wonach sich die Mitwirkung des Verteidigers nicht in einer bloßen Beurkundung der Revisionsbegründung erschöpfen darf, sondern er sich gestaltend an ihr beteiligen sowie die Verantwortung für sie übernehmen muss, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

3. Zweifel an der Verantwortungsübernahme dürfen nicht allein daraus hergeleitet werden, dass der unterzeichnete Rechtsanwalt zuvor noch nicht für den Angeklagten tätig geworden ist. Auch ist das Erfordernis, den Schriftsatz zu verantworten, nicht gleichzusetzen mit dem Erfordernis, den Schriftsatz selbst zu verfassen.

4. Entwirft der bisherige Verteidiger eine Rechtsmittelbegründung und unterschreibt dann ein anderer bevollmächtigter Rechtsanwalt derselben Kanzlei diesen Schriftsatz, so ist regelmäßig davon auszugehen, dass letzterer sich den Inhalt des Schreibens zu eigen gemacht hat. Anderes kann nur gelten, wenn der Unterzeichner sich vom Inhalt distanziert oder sonst zu erkennen gibt, dass er die Verantwortung nicht übernehmen kann oder will.

5. Der Zusatz „i. V.“ bei der Unterzeichnung belegt nicht, dass der Unterzeichner keine Verantwortung für den Inhalt des Revisionsbegründungsschriftsatzes übernimmt und sich von ihm distanzieren und dem Gericht gegenüber nur als Erklärungsbote auftreten will, wie dies etwa eine Unterzeichnung „im Auftrag“ nahelegen würde.

6. Auch der weitere Zusatz „nach Diktat verweist“ lässt sich – nicht als Distanzierung von dem Inhalt des Schriftsatzes auffassen; denn Zweifel an der Verantwortungsübernahme dürfen nicht daraus abgeleitet werden, dass der unterzeichnende Rechtsanwalt die Rechtsmittelbegründung nicht auch selbst ausgearbeitet hat.

2. BVerfG 1 BvQ 47/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 2. Dezember 2015 (LG Dresden)

Akteneinsichtsrecht für den Verletzten einer Straftat (Einsicht in die Anklage für einen Kapitalanleger; Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch Offenbarwerden von Daten; keine einstweilige Anordnung zugunsten eines in einer Anklage erwähnten Steuerberaters).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1; § 32 BVerfGG; § 406e StPO

1. Es begegnet keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken, einen Anleger, der eine Orderschuldver-

schreibung bei einer dem Angeklagten zuzurechnenden Gesellschaft gezeichnet hat, als Verletzten im Sinne des § 406e Abs. 1 S. 1 StPO anzusehen und ihm ein Akteneinsichtsrecht zuzubilligen.

2. Wird dem Verletzten einer Straftat Einsicht in die strafrechtlichen Ermittlungsakten gewährt, so greift dies in das informationelle Selbstbestimmungsrecht desjenigen ein, dessen personenbezogene Daten dadurch offenbart werden.

3. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder andere Grundrechte sind jedoch nicht verletzt, wenn sich die dem Verletzten offenbarte Information über den Betroffenen darauf beschränkt, dass dieser für die Gesellschaft eines Angeklagten steuerberatend tätig geworden ist.

4. BVerfG 2 BvR 2577/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. November 2015 (KG)

Prozesskostenhilfe im Klageerzwingungsverfahren (übersteigerte Darlegungsanforderungen an die Antragsbegründung; keine Einschaltung eines Rechtsanwalts bereits zur Begründung des Prozesskostenhilfeantrags).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 406e StPO

1. Nach Art. 19 Abs. 4 GG dürfen die Gerichte ein von der jeweiligen Rechtsordnung eröffnetes Rechtsmittel nicht durch eine überstrenge Handhabung verfahrensrechtlicher Vorschriften ineffektiv machen und für den Betroffenen leer laufen lassen. Dies gilt auch in Bezug auf die Darlegungsanforderungen im Klageerzwingungsverfahren.

2. Verlangt das Oberlandesgericht, ein Prozesskostenhilfeantrag im Klageerzwingungsverfahren müsse mitteilen, was die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen habe, so ist dies jedenfalls dann überzogen, wenn die dem Antragsteller erteilten staatsanwaltschaftlichen Bescheide insoweit keine Angaben enthalten, so dass er diese Kenntnisse nur erlangen kann, indem er einen Rechtsanwalt hinzuzieht, der für ihn die Akte einsieht.

3. Mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar ist auch die Anforderung, dem Antragsvorbringen müsse sich – über den Inhalt der staatsanwaltschaftlichen Bescheide hinausgehend – entnehmen lassen, ob und gegebenenfalls in welcher Weise sich der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren eingelassen habe und ob Zeugen vernommen worden seien; denn auch dies hätte zur Folge, dass sich der Antragsteller zur Begründung seines Antrags auf Prozesskostenhilfe eines Rechtsanwalts bedienen müsste.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

39. BGH 1 StR 328/15 – Beschluss vom 5. August 2015 (LG München I)

BGHSt; Totschlag durch Unterlassen (Beschützergarantenpflicht bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung des Opfers); erpresserischer Menschenraub (Begriff des Sich-Bemächtigen); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, alkoholische Getränke im Übermaß zu sich zu nehmen: Indizwirkung der Beeinträchtigung der Gesundheit, Arbeits- und Lebensfähigkeit).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 1 StGB; § 239a Abs. 1 StGB; § 64 StGB

1. Eine bewusste Selbstgefährdung lässt grundsätzlich die Erfolgsabwendungspflicht des eintrittspflichtigen Garanten nicht entfallen, wenn sich das allein auf Selbstgefährdung angelegte Geschehen erwartungswidrig in Richtung auf den Verlust des Rechtsguts entwickelt. (BGHSt)

2. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass jeder, der eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält, die nach Lage der Verhältnisse erforderli-

chen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen zu treffen hat (vgl. BGHSt 53, 38, 41 f. Rn. 16 mwN). Die entsprechende Pflicht beschränkt sich auf das Ergreifen solcher Maßnahmen, die nach den Gesamtumständen zumutbar sind und die ein verständiger und umsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um Andere vor Schäden zu bewahren. Eine aus der Zuständigkeit für eine Gefahrenquelle folgende Erfolgsabwendungspflicht gemäß § 13 Abs. 1 StGB besteht allerdings lediglich dann, wenn mit der Eröffnung der Gefahrenquelle die nahe liegende Möglichkeit begründet wurde, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können (vgl. BGHSt 53, 38, 42 Rn. 16). In welchem Umfang die Erfolgsabwendungspflicht besteht, bestimmt sich nach dem Grad der Gefahr. Die Anforderungen an den für die Gefahrenquelle Zuständigen sind umso höher, je größer bei erkennbarer Gefährlichkeit einer Handlung die Schadenswahrscheinlichkeit und Schadensintensität sind (vgl. BGHSt 53, 38, 42 Rn. 16 mwN). (Bearbeiter)

3. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass die Erfolgsabwendungspflicht eines Garanten nicht entfällt, wenn sein Verhalten zunächst lediglich eine eigen-

verantwortliche Selbstgefährdung derjenigen Person ermöglicht, für dessen Rechtsgut bzw. Rechtsgüter er als Garant rechtlich im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB einzustehen hat (vgl. BGH NStZ 1984, 452). An diesen Grundsätzen ist jedenfalls dann festzuhalten, wenn das Verhalten des Opfers sich in Bezug auf das Rechtsgut Leben in einer (möglichen) eigenverantwortlichen Selbstgefährdung erschöpft. (Bearbeiter)

4. Es ist in diesen Konstellationen nicht wertungswidersprüchlich, zwar jegliche Beteiligung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung selbst für einen Garant straffrei zu stellen, bei Realisierung des von dem betroffenen Rechtsgutsinhaber eingegangenen Risikos aber eine strafbewehrte Erfolgsabwendungspflicht aus § 13 Abs. 1 StGB anzunehmen. Denn anders als in den Selbsttötungsfällen erschöpft sich im Fall der Selbstgefährdung die Preisgabe des eigenen Rechtsguts gerade darin, dieses in einem vom Betroffenen jedenfalls in seinem wesentlichen Grad zutreffend erkannten Umfang einem Risiko auszusetzen. Eine Hinnahme des als möglich erkannten Erfolgseintritts bei Realisierung des eingegangenen Risikos ist mit der Vornahme der Selbstgefährdung gerade nicht notwendig verbunden. (Bearbeiter)

5. Sich-Bemächtigen im Sinne des § 239a StGB liegt bereits vor, wenn der Täter die physische Herrschaft über einen anderen erlangt hat; dafür ist weder eine Ortsveränderung erforderlich noch muss der Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt sein (vgl. BGH NStZ 2010, 516). (Bearbeiter)

6. Hang im Sinne von § 64 StGB verlangt eine chronische, auf körperlicher Sucht beruhende Abhängigkeit oder zumindest eine eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Alkohol oder andere Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen. Ausreichend für die Annahme eines Hangs zum übermäßigen Genuss von Rauschmitteln ist jedenfalls, dass der Betroffene aufgrund seiner Konsumgewohnheiten sozial gefährdet oder gefährlich erscheint. Insoweit kann dem Umstand, dass durch den Rauschmittelgenuss bereits Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt sind, zwar indizielle Bedeutung für das Vorliegen eines Hangs zukommen; das Fehlen dieser Beeinträchtigungen schließt indessen nicht notwendigerweise die Bejahung eines Hangs aus. (Bearbeiter)

71. BGH 2 StR 495/12 – Beschluss vom 11. März 2015 (BGH)

Divergenzvorlage an den Großen Senat für Strafsachen; echte Wahlfeststellung zwischen gewerbsmäßige begangenen Diebstahls und gewerbsmäßiger Hehlerei (Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 132 Abs. 2 GVG; § 242 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Dem Großen Senat für Strafsachen wird die Frage vorgelegt: Ist die Rechtsfigur der gesetzesalternativen Verurteilung, insbesondere bei einer Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei, mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar?

2. Der Senat verneint diese Frage und erstrebt die Änderung der bisherigen Rechtsprechung.

5. BGH 3 StR 199/15 – Urteil vom 27. Oktober 2015 (LG Stade)

Keine Rechtfertigung oder Entschuldigung bei Tötung eines flüchtenden Räubers (Notwehr; Schusswaffengebrauch; Erforderlichkeit; Gebotenheit; Eigentum; Hausrecht; Todesangst; subjektives Rechtfertigungselement; Verteidigungswille; Erlaubnistatumsstandsirrtum; Notwehrexzess; asthenischer Affekt; Putativnotwehrexzess).

§ 32 StGB; § 33 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 212 StGB

1. Wer ohne Vorankündigung des Schusswaffengebrauchs auf einen flüchtenden Räuber in Höhe des Oberkörpers schießt und dabei annimmt, der Flüchtende habe keine Beute bei sich, handelt regelmäßig nicht in Notwehr nach § 32 StGB. Bzgl. eines etwaigen Angriffs auf Eigentum oder Vermögen fehlt es unter diesen Umständen bereits am erforderlichen Verteidigungswillen. Zudem ist im Rahmen der Erforderlichkeit – nach allgemeinen Grundsätzen – zu prüfen, ob z.B. ein Schuss auf die Beine des Flüchtenden als milderer Mittel in Betracht gekommen wäre.

2. Das Hausrecht darf zwar grundsätzlich „mit scharfen Mitteln“ verteidigt werden. Steht aber die mit der Verteidigung verbundene Beeinträchtigung des Angreifers in einem groben Missverhältnis zu Art und Umfang der aus dem Angriff drohenden Rechtsverletzung, so ist die Notwehr unzulässig. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn der Einbrecher/Räuber bereits im Begriff ist, das Haus/Grundstück fluchtartig zu verlassen und die Beendigung der Hausrechtsverletzung damit auch das Zutun des Inhabers unmittelbar bevorsteht.

3. Geht der Inhaber des Hausrechts davon aus, dass flüchtende Einbrecher nicht von ihrer weiteren Flucht absehen und zurückkehren oder ihn auf sonstige Weise weiter angreifen wollen, so handelt er nicht in einem Erlaubnistatumsstandsirrtum, wenn er irrtümlich annimmt, es sei zu einem früheren Zeitpunkt ein Schuss abgegeben worden, der ihm gegolten hat. Unter diesen Umständen fehlt es an der Vorstellung der tatsächlichen Voraussetzungen eines gegenwärtigen Angriffs.

4. § 33 StGB ist auf Fälle der sogenannten Putativnotwehr, also unter anderem in einer irrtümlich angenommenen Notwehrlage, nicht anwendbar. Die asthenischen Affekte müssen zudem dafür ursächlich sein, dass der den Angriff wahrnehmende Täter die Grenzen der Notwehr überschreitet. Ob darüber hinaus in Fällen, in denen die Verteidigungshandlung in einem groben Missverhältnis zu der aus dem Angriff drohenden Rechtsverletzung steht, die Anwendung der Vorschrift des § 33 StGB ebenso ausscheidet, wie das Notwehrrecht, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

77. BGH 4 StR 223/15 – Urteil vom 3. Dezember 2015 (LG Paderborn)

Kausalität und objektive Zurechnung (eigenverantwortliches Dazwischentreten weiterer Tathandlungen);

Vorsatz (wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf; *dolus generalis*); Heimtückemord; Beschränkung der Revision auf einzelne Straftaten (Voraussetzungen);

§ 13 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB; § 264 StPO; § 344 StPO

1. Ursächlich für den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolgs ist jede Bedingung, die den Erfolg herbeigeführt hat. Dabei ist gleichgültig, ob neben der Tathandlung noch andere Umstände, Ereignisse oder Geschehensabläufe zur Herbeiführung des Erfolgs beigetragen haben (vgl. BGH NStZ 2001, 29, 30). Ein Kausalzusammenhang ist nur dann zu verneinen, wenn ein späteres Ereignis die Fortwirkung der ursprünglichen Bedingung beseitigt und seinerseits allein unter Eröffnung einer neuen Ursachenreihe den Erfolg herbeigeführt hat. Dagegen schließt es die Ursächlichkeit des Täterhandelns nicht aus, dass ein weiteres Verhalten an der Herbeiführung des Erfolgs mitgewirkt hat. Ob es sich bei dem mitwirkenden Verhalten um ein solches des Opfers oder um deliktisches oder undeliktisches Verhalten eines Dritten handelt, ist dabei ohne Bedeutung.

2. Der Vorsatz des Täters muss sich auf den zum Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs führenden Geschehensablauf erstrecken (vgl. BGHSt 23, 133, 135). Da dieser indes kaum je in allen Einzelheiten zu erfassen ist, wird der Vorsatz durch unwesentliche Abweichungen des vorgestellten vom tatsächlichen Geschehensablauf nicht in Frage gestellt. Eine Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als unwesentlich anzusehen, wenn sie sich innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren hält und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt (st. Rspr.).

3. Zwar kann die Anfechtung eines Urteils nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs innerhalb einer prozessualen Tat im Sinne des § 264 StPO regelmäßig auf einzelne materiell-rechtlich selbständige Straftaten beschränkt werden. Eine wirksame Teilanfechtung setzt aber nach den allgemein für die Beschränkung von Rechtsmitteln geltenden Grundsätzen im Einzelfall voraus, dass sich die Anfechtung auf einen Beschwerdepunkt bezieht, der nach dem inneren Zusammenhang des Urteils losgelöst von seinem nicht angegriffenen Teil rechtlich und tatsächlich selbständig beurteilt werden kann, ohne eine Prüfung der Entscheidung im Übrigen erforderlich zu machen (st. Rspr.).

42. BGH 1 StR 349/15 – Urteil vom 25. November 2015 (LG Coburg)

Anstiftung zur Körperverletzung mit Todesfolge (kein Ausschluss durch vorsätzliche Tötung durch den Angestifteten; Anstiftervorsatz bezüglich der konkreten Art der Körperverletzung); Heimtückemord (Begriff der Arglosigkeit); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 26 StGB; § 227 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 211 StGB; § 261 StPO

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird nicht jede strafrechtliche Haftung des

Anstifters für den von ihm weder gewollten noch gebilligten Erfolg bei erfolgsqualifizierten Delikten dadurch ausgeschlossen, dass der Angestiftete den Erfolg vorsätzlich herbeigeführt hat (vgl. BGHSt 19, 339, 341). Sofern der zu einer gefährlichen Körperverletzung Angestiftete dem Misshandelten, insoweit über den Vorsatz des Anstifters hinausgehend, mit Tötungsvorsatz eine Verletzung zufügt, die auch zum Tode des Opfers führt, kann der Anstifter wegen Anstiftung zur Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) schuldig sein (vgl. BGHSt 2, 223, 226).

2. Er haftet andererseits nur für die Folgen derjenigen Handlungen des Angestifteten, die er in seine Vorstellungen einbezogen hatte. Die von dem Angestifteten dem Opfer mit Tötungsvorsatz zugefügten Körperverletzungen dürfen also – wenn eine Verurteilung nach § 227 StGB in Betracht kommen soll – nicht von anderer Art und Beschaffenheit sein, als der Anstifter wollte und es sich vorstellte (vgl. BGHSt 2, 223, 226).

3. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren (vgl. BGHSt 39, 353,). Das Opfer muss gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein (vgl. BGHSt 32, 382, 384). Allerdings kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Opfer auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen.

4. Heimtückisch tötet auch, wer sein ahnungsloses Opfer zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz angreift, dann aber unter bewusster Ausnutzung des Überraschungseffekts unmittelbar zur Tötung übergeht und es dem Opfer nicht mehr möglich ist, sich Erfolg versprechend zur Wehr zu setzen, sodass die hierdurch geschaffene Situation bis zur Tötungshandlung fort dauert (vgl. BGH NStZ 2013, 337, 338).

56. BGH 2 StR 10/15 – Urteil vom 14. Oktober 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Notwehr (Erforderlichkeit der Notwehrhandlung; sozialethische Einschränkungen des Notwehrrechts: Notwehrprovokation bei sozialethisch zu missbilligendem Vorverhalten).

§ 32 StGB

1. Das Notwehrrecht kann im Hinblick auf ein sozialethisch zu missbilligendes Vorverhalten Einschränkungen unterliegen, wenn ein Angeklagter nach einem vorherigen Streit mit dem Opfer in eine Wohnung mit einem Messer zurückgekehrt und es dort zu einem Angriff des Opfers kommt.

2. Eine sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts ist schon dann zu erwägen, wenn der Angegriffene, der ein Messer bei sich trägt, nach vorherigen Spannungen

der Bitte der Wohnungsinhaberin, die Wohnung offenbar zur Vermeidung einer weiteren Konfrontation zu verlassen, nicht nachkommt.

84. BGH 4 StR 387/15 – Urteil vom 3. Dezember 2015 (LG Freiburg)

Tötungsvorsatz (Voraussetzungen: tatrichterliche Gesamtschau, Darstellung im Urteil, revisionsrechtliche Kontrolle; kein automatischer Schluss auf Tötungsvorsatz bei objektiv lebensgefährlichen Handlungen).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. Vor Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes müssen beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissens- als auch das Willenselement, umfassend geprüft und gegebenenfalls durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Hierzu bedarf es einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalles, in welche vor allem die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage einzubeziehen sind.

2. Kann der Tatrichter auf der Grundlage dieser Gesamtbewertung aller Umstände Zweifel am Vorliegen des bedingten Vorsatzes nicht überwinden, so hat das Revisionsgericht, sofern Rechtsfehler nicht vorliegen, dies auch dann hinzunehmen, wenn eine abweichende Würdigung der Beweise möglich oder sogar näherliegend gewesen wäre. Gleichermaßen allein Sache des Tatrichters ist es, die Bedeutung und das Gewicht der einzelnen Indizien in der Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses zu bewerten. Ist diese Bewertung vertretbar, so kann das Revisionsgericht nicht auf der Grundlage einer abweichenden Beurteilung der Bedeutung einer Indiztatsache in die Überzeugungsbildung des Tatrichters eingreifen. Dies gilt sogar dann, wenn der Tatrichter im Rahmen der Prüfung des bedingten Tötungsvorsatzes Gewalthandlungen des Täters festgestellt hat, die für das Opfer objektiv lebensbedrohlich gewesen sind.

3. Dies gilt auch bei Stichen in den Oberkörper des Opfers, die nicht stets und gleichsam automatisch den Schluss auf das Vorliegen eines (bedingten) Tötungsvorsatzes begründen (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 369 f.).

8. BGH 3 StR 363/15 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (LG Hildesheim)

Keine Bindungswirkung bzgl. Feststellungen und Entscheidung des früheren Tatgerichts zur Schuldfähigkeit nach Aufhebung im Strafausspruch; sachlich-rechtlich gebotene Schuldfähigkeitsprüfung; Feststellung der besonderen Schwere der Schuld.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 211 StGB; § 267 Abs. 2 StPO; § 353 Abs. 2 StPO

1. Es ist in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass die Schuldfähigkeit eines Täters keiner näheren Prüfung und Erörterung bedarf, wenn Anhaltspunkte für ihre Beeinträchtigung völlig fehlen. Werden jedoch tatsächliche Gründe behauptet (§ 267 Abs. 2 StPO) oder liegen Um-

stände vor, die den Ausschluss oder die (erhebliche) Verminderung der Schuldfähigkeit im Sinne von §§ 20, 21 StGB auch nur möglich erscheinen lassen, so bedarf es regelmäßig – gegebenenfalls unter Heranziehung eines Sachverständigen – von Amts wegen ihrer Prüfung, Erörterung und Darlegung im Urteil.

2. Die Aufhebung des Strafausspruchs mit den zugehörigen Feststellungen erstreckt sich auch auf die Feststellungen und die Entscheidung des früheren Tatgerichts zur Frage einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit des Täters im Sinne von § 21 StGB. Nur hinsichtlich des nicht beanstandeten Schuldpruchs tritt Teilrechtskraft ein. Tatrichterliche Feststellungen, die ausschließlich die Schuldfrage betreffen, und solche, die als doppelrelevante Umstände zugleich für Schuld- und Straffrage von Bedeutung sind, bleiben aufrechterhalten und sind für das weitere Verfahren bindend. Hierzu zählen nicht die Feststellungen zur erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit des Angeklagten, die nur zum Rechtsfolgenanspruch gehören.

16. BGH 5 StR 259/15 – Urteil vom 11. November 2015 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerbehaftete Schuldfähigkeitsprüfung (Beeinträchtigung oder Aufhebung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit; krankhafte seelische Störung; andere seelische Abartigkeit; ungenau klassifizierte Diagnose; endogene Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie; Beziehungswahn; wahnhaftes Erleben); Heimtücke bei latenter Angst des Opfers.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 211 StGB

1. Werden bei einem Angeklagten krankhafte Wahnsysteme festgestellt, steht der Beeinträchtigung oder gar Aufhebung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ein folgerichtiges oder zielgerichtetes Verhalten regelmäßig indiziell nicht entgegen, weil die Aufhebung der inneren Sinnstruktur nicht regelmäßiges Kennzeichen wahnhaften Erlebens ist. Insgesamt erfassen diese Störungen eine große Bandbreite von Ausprägungen und Schweregraden. Daher ist die bloße Feststellung einer Diagnose ohne weitere nachvollziehbare Darlegungen zur Einordnung der Störung in den Kreis psychischer Störungen mit unterschiedlichen Auswirkungen auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit für die Beurteilung der Schuldfähigkeit nicht aussagekräftig.

2. Eine auf früheren Aggressionen und einer feindseligen Atmosphäre beruhende latente Angst des Opfers steht der Annahme von Arglosigkeit i.S.d. Heimtückemerkmals (§ 211 StGB) nicht grundsätzlich entgegen. Es kommt vielmehr darauf an, ob das Opfer gerade im Tatzeitpunkt mit Angriffen auf sein Leben gerechnet hat. Bei einem zunächst in Körperverletzungsabsicht geführten Angriff kann überdies Arglosigkeit bejaht werden, wenn der ursprüngliche Verletzungswille des Täters so schnell in einen Tötungsvorsatz umschlägt, dass der Überraschungseffekt bei Beginn der eigentlichen Tötungshandlung noch andauert.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

81. BGH 4 StR 335/15 – Beschluss vom 9. September 2015 (LG Kaiserslautern)

Räuberische Erpressung (Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben: Voraussetzungen, Vorsatz bzgl. ihrer Eignung, beim Bedrohten Furcht hervorzurufen).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB

1. Der Tatbestand der Erpressung im Sinne von § 255 StGB verlangt in objektiver Hinsicht eine die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung beeinträchtigende Drohung als Mittel zum Zweck der Zufügung eines Nachteils und der Erlangung der (beabsichtigten) Bereicherung, die dann anzunehmen ist, wenn der Bedrohte die Ausführung der Drohung für möglich hält, dadurch in Furcht versetzt und durch diese Furcht in seinem Entschluss beeinflusst wird. Unerheblich ist, ob der Täter die Ausführung seiner Drohung beabsichtigt und ob sie für ihn überhaupt ausführbar ist (st. Rspr.).

2. Dementsprechend ist der subjektive Tatbestand der Vorschrift zwar auch dann erfüllt, wenn der Täter den Bedrohten nicht von der Ernsthaftigkeit der Drohung überzeugen will. In jedem Fall bedarf es dazu jedoch der Feststellung, dass der Täter weiß oder zumindest billigend in Kauf nimmt, die Drohung sei geeignet, bei dem Bedrohten Furcht vor ihrer Verwirklichung hervorzurufen. Dafür kann es ausreichen, wenn das Opfer die Ausführung der Drohung nur für möglich halten soll. Denn schon ein Zweifel, ob der Täter die Drohung wahrmachen werde, kann die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung beeinträchtigen (vgl. BGHSt 26, 309, 310 f.).

22. BGH 5 StR 385/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Berlin)

Verhältnis von Raub und räuberischem Diebstahl (Konkurrenzen; Gesetzeseinheit; Verdrängung; Beutesicherung; Verwirklichung einer schwerer wiegenden, qualifizierten Nötigung im Beendigungsstadium).

§ 249 StGB; § 252 StGB; § 250 StGB; § 251 StGB; § 52 StGB

Zwischen den Tatbeständen des § 249 StGB und des § 252 StGB besteht grundsätzlich Gesetzeseinheit in der Weise, dass § 249 StGB den § 252 StGB verdrängt. Anders ist es allerdings, wenn die Nötigungshandlung in der Beendigungsphase schwerer wiegt, weil erst nach der Vollendung der Wegnahme ein Qualifikationstatbestand der §§ 250 oder 251 StGB verwirklicht wurde. In diesem Fall verdrängt der zur Sicherung der Beute aus dem vorhergehenden Raub begangene besonders schwere räuberische Diebstahl den Tatbestand des § 249 StGB.

68. BGH 2 StR 429/15 – Beschluss vom 12. November 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Urkundenfälschung (Gebrauch einer unechten Urkunde: Tateinheit bei einheitlichem Tatplan).

§ 267 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

Wird eine gefälschte Urkunde dem ursprünglichen Tatplan entsprechend mehrfach gebraucht, liegt nur eine Urkundenfälschung vor (vgl. BGH wistra 2014, 349).

88. BGH 4 StR 410/15 – Beschluss vom 18. November 2015 (LG Magdeburg)

Sexuelle Nötigung (Ausnutzen einer schutzlosen Lage: Unterlassen von Widerstand aus Angst vor einer Gewalteinwirkung).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert die Verwirklichung des Tatbestandes des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB unter anderem, dass sich das Opfer in einer Lage befindet, in der es möglichen nötigen Gewalteinwirkungen des Täters schutzlos ausgeliefert ist. Diese Schutzlosigkeit muss eine Zwangswirkung auf das Opfer in der Weise entfalten, dass es aus Angst vor einer Gewalteinwirkung des Täters in Gestalt von Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen einen – ihm grundsätzlich möglichen – Widerstand unterlässt und entgegen seinem eigenen Willen sexuelle Handlungen vornimmt oder duldet; auf diese Umstände muss sich der – zumindest bedingte – Vorsatz des Täters erstrecken (vgl. BGHSt 50, 359, 366).

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

51. BGH 1 StR 482/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Regensburg)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen; Tat, die auf den Hang zurückgeht).

§ 64 StGB

1. Für einen Hang nach § 64 StGB ist nach ständiger Rechtsprechung ausreichend eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betroffene auf Grund seiner psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint (st. Rspr.). Nicht erforderlich ist, dass beim Täter bereits eine Persönlichkeitsdepravation eingetreten ist (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 8). Dem Umstand, dass durch den Rauschmittelkonsum die Gesundheit sowie die Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betroffenen beeinträchtigt sind, kommt nur eine indizielle Bedeutung zu. Das Fehlen solcher Beeinträchtigungen schließt nicht notwendigerweise die Bejahung eines Hanges aus (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 198).

2. Eine Tat hat dann Symptomcharakter nach § 64 StGB, wenn sie in dem Hang ihre Wurzel findet, also Symptomwert für den Hang des Täters zum Missbrauch von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln hat, also – zumindest mitursächlich – auf den Hang zurückgeht (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 75). Typisch sind hierfür Delikte, die begangen werden, um Rauschmittel oder Geld für ihre Beschaffung zu erlangen (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 75).

3. Andere Delikte als solche der Beschaffungskriminalität kommen als Hangtaten nur dann in Betracht, wenn sich in ihnen die hangbedingte besondere Gefährlichkeit des Täters zeigt (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 75).

49. BGH 1 StR 415/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Passau)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, alkoholische Getränke im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 64 StGB

Für einen Hang ist nach ständiger Rechtsprechung ausreichend eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Genuss

von Rauschmitteln im Sinne des § 64 StGB ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betroffene auf Grund seiner psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint (vgl. BGH NStZ 2005, 210). Insoweit kann dem Umstand, dass durch den Rauschmittelkonsum bereits die Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betroffenen erheblich beeinträchtigt ist, zwar indizielle Bedeutung für das Vorliegen eines Hanges zukommen (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 198). Wenngleich solche Beeinträchtigungen in der Regel mit übermäßigem Rauschmittelkonsum einhergehen dürften, schließt deren Fehlen jedoch nicht notwendigerweise die Bejahung eines Hanges aus (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 198).

87. BGH 4 StR 407/15 – Beschluss vom 3. November 2015 (LG Essen)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung: letztes Urteil, in dem eine tatrichterliche Entscheidung zur Schuld- und Straffrage getroffen wurde); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 54 Abs. 1 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

Nach § 55 Abs. 1 StGB ist eine nachträgliche Gesamtstrafe zu bilden, wenn ein rechtskräftig Verurteilter, bevor die gegen ihn erkannte Strafe erledigt ist, wegen einer anderen Straftat verurteilt wird, die er vor der früheren Verurteilung begangen hat. Dabei kommt es auf das letzte Urteil des früheren Verfahrens an, in dem noch eine tatrichterliche Entscheidung zur Schuld- und Straffrage getroffen worden ist (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 242, 243). Dies kann auch ein Berufungsurteil sein, sofern wenigstens noch über einen Teil der Strafe – zu der auch die Entscheidung über eine Strafaussetzung gehört – zu befinden war (vgl. BGHSt 5, 66, 69 f.).

55. BGH 1 StR 576/15 – Beschluss vom 3. Dezember 2015 (LG Ravensburg)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Dauer der Maßregel: ausnahmsweise Verlängerung).

§ 67d Abs. 1 StGB; § 67 Abs. 5 Satz 2 StGB

Die Regelung des § 67 Abs. 5 Satz 2 StGB zur Fortsetzung der Maßregel kann ausnahmsweise auch dann Anwendung finden, wenn nach dem landgerichtlichen Urteil durch Wegfall des Vorwegvollzugs sogleich mit dem Maßregelvollzug begonnen wird, weil nur die sofortige Behandlung des Verurteilten eine erfolgreiche Therapie verspricht und ein danach anschließender Strafvollzug die positiven Auswirkungen des Maßregelvollzugs wieder gefährden würde.

Rechtsprechung

IV. Strafrecht mit GVG

43. BGH 1 StR 56/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Regensburg)

Revision des Angeklagten gegen ein freisprechendes Urteil (Erfordernis der Beschwer durch den Urteilstenor: keine Beschwer bei Freispruch wegen Schuldunfähigkeit, verfassungs- und konventionsrechtliche Unbedenklichkeit dieser Rechtsprechung); Anforderungen an die Urteilsbegründung im Falle eines freisprechenden Urteils (Darstellungen zur Schuldunfähigkeit).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

1. Ein Angeklagter kann eine Entscheidung nur dann zulässig anfechten, wenn er durch sie beschwert ist. Dies bedeutet, dass die Urteilsformel einen unmittelbaren Nachteil für den „Beschwerten“ enthalten muss, der seine Rechte und geschützten Interessen unmittelbar beeinträchtigt. Es genügt nicht, wenn ihn nur der Inhalt der Urteilsgründe in irgendeiner Weise belastet (st. Rspr.).

2. Die Freisprechung wegen nicht erwiesener Schuldfähigkeit im Sinne von § 20 StGB beschwert den Angeklagten nicht. Sie kann deshalb von ihm nicht mit der Revision angefochten werden.

3. Die Gestaltung des strafprozessualen Rechtsmittelverfahrens und die Auslegung der dafür geltenden Rechtsnormen ist originäre Anwendung des einfachen Rechts. Einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf Rechtsmittelkontrolle durch eine übergeordnete Instanz schlechthin gibt es nicht (vgl. BVerfGE 4, 74, 94 f.).

4. Indes kann in seltenen Ausnahmefällen auch ein freisprechendes Urteil durch die Art seiner Begründung Grundrechte verletzen (vgl. BVerfGE 6, 7, 9). So kann in einzelnen Ausführungen der Entscheidungsgründe eine Grundrechtsverletzung dann erblickt werden, wenn sie – für sich genommen – den Angeklagten so schwer belasten, dass eine erhebliche, ihm nicht zumutbare Beeinträchtigung eines grundrechtlich geschützten Bereichs festzustellen ist, die durch den Freispruch nicht aufgewogen wird. Das ist nicht schon dann anzunehmen, wenn die Entscheidungsgründe einzelne, den Beschwerdeführer belastende oder für ihn „unbequeme“ Ausführungen enthalten (vgl. BVerfGE 28, 151, 161).

5. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gibt gleichfalls keinen Anlass, das Erfordernis der Tenorbeschwerde für die Zulässigkeit der strafprozessualen Revision aufzugeben (vgl. zuletzt EGMR, Urteil vom 15. Januar 2015 – 48144/09 – Cleve/Deutschland). Der im nationalen Recht geltende Grundsatz der Tenorbeschwerde steht zu dieser Rechtspre-

chung nicht in Widerspruch; er fügt sich in seiner richterrechtlichen Ausprägung sogar in diese ein.

6. Erfolgt ein Freispruch aus rechtlichen Gründen, sind Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen in den Urteilsgründen aus Rechtsgründen erforderlich und geboten. Dies gilt mit Blick auf die für den Angeklagten und die Staatsanwaltschaft gleichermaßen bestehende Rechtsmittelbefugnis in besonderem Maße, wenn der Freispruch wegen fehlender Schuldfähigkeit erfolgt. Denn Schuld im Sinne von § 20 StGB bedeutet Vorwerfbarkeit und ist ein Rechtsbegriff, keine empirisch-medizinische Diagnose. Für deren Vorliegen kommt es auf den Zustand des Angeklagten bei Begehung der Tat an; sein Zustand ist genau für diesen Zeitpunkt festzustellen und zu bewerten (vgl. BGHSt 43, 66, 77).

7. So setzt die rechtsfehlerfreie Anwendung des auch für die Frage der (vollen) Schuldfähigkeit geltenden Zweifelsatzes die umfassende Prüfung des Vorliegens und der Schwere eines festgestellten Eingangsmerkmals des § 20 StGB voraus. Die Urteilsgründe müssen sich dazu verhalten, in welchem Ausmaß sich das Eingangsmerkmal beim Tatentschluss oder der Tatausführung ausgewirkt hat. Etwa das Gewicht der Tat und die dadurch beeinflusste Höhe der von ihr ausgehenden Hemmschwelle können dabei für die Beurteilung Bedeutung gewinnen. Sie müssen deshalb festgestellt und in den Urteilsgründen in für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise dargelegt werden (vgl. BGHSt 14, 114, 116). Soweit entsprechende Feststellungen für den freigesprochenen Angeklagten ungünstig sind und ihn in tatsächlicher Hinsicht beschweren, hat der Gesetzgeber dies grundsätzlich als Folge des justizförmigen Strafverfahrens hingenommen.

17. BGH 5 StR 273/15 (alt: 5 StR 377/13) – Urteil vom 14. Oktober 2015 (LG Berlin)

Organisatorische Anforderungen an die Schöffengeschäftsstelle bei Zuziehung eines Hilfsschöffen (Reihenfolge; Zeitpunkt des Eingangs oder der Bearbeitung der Anordnung; Beschränkung der Revisibilität; gravierender Fehler; Auslegung von Zuständigkeitsregeln; gesetzlicher Richter; Geschäftsverteilungsplan); Besorgnis der Befangenheit (Zurückverweisung nach Aufhebung in der Revisionsinstanz; strukturelle Inkaufnahme der Doppelbefassung; Befassung lediglich mit einem Befangenheitsgesuch).

§ 49 Abs. 3 GVG; § 23 StPO; § 354 Abs. 2 StPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

1. Nicht jeder Fehler bei der Heranziehung von Hilfsschöffen – hier ungenaue Erfassung des Eingangszeitpunkts richterlicher Anordnungen – kann mit der Beset-

zungsrüge erfolgreich geltend gemacht werden. Es muss sich vielmehr um einen gravierenden, die Grenzen des Hinnehmbaren überschreitenden Fehler handeln, also nicht nur um einen bloßen Verfahrensfehler. Die fehlerhafte Auslegung von Zuständigkeitsnormen fällt hierunter nur, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar ist.

2. Etwas anderes gilt lediglich in dem Fall, dass nicht die Auslegung und Anwendung einer Zuständigkeitsregel, sondern die Verfassungsmäßigkeit der der Rechtsanwendung zugrunde liegenden Zuständigkeitsregel selbst (etwa eines Geschäftsverteilungsplans) zu prüfen ist.

3. Nach § 23 Abs. 1 StPO darf an Rechtsmittelentscheidungen nicht mitwirken, wer bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat. Ein Richter ist demgegenüber nicht etwa allein deshalb kraft Gesetzes oder wegen Besorgnis der Befangenheit von der Ausübung des Richteramts in einer vom Revisionsgericht zurückverwiesenen Sache ausgeschlossen, weil er bereits an der aufgehobenen Entscheidung mitgewirkt hatte.

4. Eine „strukturelle Inkaufnahme einer Doppelbefassung“ derselben Richter mit einem zurückverwiesenen Verfahren liegt ausgesprochen nahe, wenn aufgrund eines Geschäftsverteilungsplans die Bearbeitung vom Revisionsgericht zurückverwiesener Sachen einer mit solchen Richtern besetzten Strafkammer zugewiesen wird, die zuvor aufgrund einer anderen Kammerzugehörigkeit regelmäßig an den in Rede stehenden zurückverwiesenen Sachen beteiligt waren. Dagegen ist es regelmäßig unbedenklich, wenn sich die ehemals mit der Sache befassten Richter lediglich mit einem Befangenheitsgesuch gegen die nach der Zurückverweisung zuständigen Richter befassen.

32. BGH 5 StR 467/15 – Beschluss vom 12. November 2015 (LG Dresden)

Keine Pflicht zur nachträglichen Bekanntgabe von verständigungsbezogenen Gesprächen anlässlich eines unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindenden Verfahrensabschnitts (Öffentlichkeitsgrundsatz; Vernehmung des Angeklagten; innerer Zusammenhang mit verständigungsbezogenen Gesprächen; Geständnis); erneute Gewährung des letzten Wortes (kein Wiedereintritt in die Verhandlung durch Erörterung nicht entscheidungsrelevanter Vorgänge).

§ 257b StPO; § 257c StPO; § 171b Abs. 1 GVG; § 258 StPO

1. Wird die Öffentlichkeit für die Dauer der Vernehmung des Angeklagten gem. § 171b Abs. 1 GVG wegen der aus seinem persönlichen Lebensbereich zur Sprache kommenden Umstände ausgeschlossen, begründet es nicht ohne Weiteres einen Rechtsfehler, wenn im Zuge dessen nichtöffentlich Gespräche nach §§ 257b, 257c StPO geführt und diese auch nachträglich nicht bekannt gegeben werden.

2. Wenn sich der Ausschluss der Öffentlichkeit auf einen bestimmten Verfahrensabschnitt beschränkt (hier: die Einlassung des Angeklagten), umfasst er alle Verfahrensvorgänge, die mit diesem in einem unmittelbaren inneren Zusammenhang stehen. Ein solcher besteht zwischen der Einlassung des Angeklagten und einer möglichen Verständigung in der Regel, da sich der einem etwaigen Geständnis zu Grunde zu legende Sachverhalt regelmäßig erst aus der Einlassung (mit-)ergibt.

vorgänge, die mit diesem in einem unmittelbaren inneren Zusammenhang stehen. Ein solcher besteht zwischen der Einlassung des Angeklagten und einer möglichen Verständigung in der Regel, da sich der einem etwaigen Geständnis zu Grunde zu legende Sachverhalt regelmäßig erst aus der Einlassung (mit-)ergibt.

58. BGH 2 StR 180/15 – Beschluss vom 11. November 2015 (LG Marburg)

Zeugnisverweigerungsrecht eines Berufsgeheimnisträgers (Grundsatz der mündlichen Vernehmung; keine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts durch Verlesung von Schriftstücken bei teilweiser Aussageverweigerung).

§ 53 Abs. 1 StPO; § 250 S. 3 StPO

Der Senat neigt zu der Ansicht, dass eine Teilaussage eines Berufsgeheimnisträgers nicht den pauschalen Zugriff auf alle seine schriftlichen Erklärungen ermöglicht. Macht ein Zeuge zu einem bestimmten Sachverhaltskomplex von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch, würde die Verlesung der von ihm stammenden schriftlichen Erklärung dazu dienen, seine mündliche Vernehmung insoweit zu ersetzen. Dies würde zu einer Umgehung des durch § 53 StPO bezweckten Schutzes des Vertrauensverhältnisses zwischen den dort genannten Berufsgeheimnistägern und einem Angeklagten führen.

76. BGH 4 StR 76/15 – Beschluss vom 18. November 2015 (LG Bochum)

Verjährung (Zeitpunkt der Beendigung; Betrug, Zurückverweisung an das Tatgericht zur Nachholung entsprechender Feststellungen).

§ 78a StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Beim Betrug ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Erlangung des letzten vom Tatplan umfassten Vermögensvorteils maßgeblich für den Zeitpunkt der Beendigung. Besteht der Taterfolg in einer Mehrzahl von Ereignissen, dann ist für die Beendigung der Zeitpunkt der Erlangung des letzten vom Tatvorsatz umfassten Vermögensvorteils maßgebend (vgl. BGHSt 59, 205, 217).

2. Zwar hat das Revisionsgericht grundsätzlich selbst über die Voraussetzungen eines Verfahrenshindernisses aufgrund der vorliegenden oder von ihm noch weiter zu treffenden ergänzenden Feststellungen und des Akteninhalts zu entscheiden (vgl. BGHSt 16, 399, 403). Es ist ihm aber nicht verwehrt, die Sache zur Nachholung fehlender Feststellungen an den Tatrichter zurückzuverweisen (vgl. BGHSt 46, 307, 309 f). Dazu kann insbesondere dann Anlass bestehen, wenn die Ermittlung der maßgebenden Tatsachen eine Beweisaufnahme wie in der Hauptverhandlung vor dem Tatrichter erforderlich machen würde (vgl. BGH wistra 1988, 23).

64. BGH 2 StR 311/15 – Beschluss vom 12. November 2015 (LG Gießen)

Ausschluss der Öffentlichkeit während der Schlussvorträge (Beruhen; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 171b Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 GVG; § 337 Abs. 1 StPO; § 258 Abs. 2 StPO

1. Auf einem fehlerhaft unterbliebenen Ausschluss der Öffentlichkeit während der Schlussanträge kann das Urteil beruhen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Angeklagte im Rahmen seines letzten Wortes noch Ausführungen gemacht hätte, die den Urteilspruch zu seinen Gunsten beeinflusst hätten.

2. Gemäß § 171b Abs. 5 GVG sind zwar Entscheidungen nach den Absätzen 1 bis 4 über den Ausschluss der Öffentlichkeit unanfechtbar und damit der revisionsgerichtlichen Überprüfung entzogen. Dies betrifft aber nur die inhaltliche Überprüfung der gerichtlichen Ausschlussanordnung darauf, ob die in § 171b Abs. 1 und 2 GVG normierten tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Ausschluss der Öffentlichkeit im Einzelfall vorliegen. Damit ist es dem Revisionsgericht zwar verwehrt, die Begründung einer nach § 171b GVG ergangenen Entscheidung inhaltlich zu überprüfen, nicht gehindert ist es dagegen, die generelle Befugnis für den Ausschluss der Öffentlichkeit während der Verlesung des Anklagesatzes zu prüfen (vgl. BGHSt 57, 273, 275).

3. Nichts anderes kann gelten, wenn nur der Vorsitzende in einem Verfahrensabschnitt vor Anbringung der Schlussanträge die Wiederherstellung der Öffentlichkeit angeordnet hat und das Gericht weiterverhandelt und überhaupt keine Entscheidung über die Öffentlichkeit des Verfahrens getroffen hat. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das erkennende Gericht nach dem Gesetzeswortlaut keinen Beurteilungsspielraum hatte.

60. BGH 2 StR 236/15 – Urteil vom 14. Oktober 2015 (LG Schwerin)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen: Anforderungen an die Darstellung der Beweiswürdigung im Urteil); erpresserischer Menschenraub (Begriff des Sich-Bemächtigen).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 239a Abs. 1 StGB

1. Bestreitet der Angeklagte in wesentlichen Tatteilen den gegen ihn erhobenen Vorwurf, genügt es nicht, im Rahmen der Beweiswürdigung allgemein darauf hinzuweisen, dass der einzige Tatzeuge in seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung die in der polizeilichen Aussagesituation gemachten Angaben im Kern widerspruchsfrei wiederholt habe. Zur Überprüfung der vom Tatgericht für glaubhaft angesehenen Aussage durch das Revisionsgericht ist es in einem solchen Fall erforderlich, den Inhalt der den Angeklagten belastenden Aussagen vor der Polizei und in der Hauptverhandlung im Einzelnen darzustellen (vgl. BGH StV 2011, 7). Nur so lässt sich auch nachvollziehen, aufgrund welcher Angaben die Strafkammer zu den getroffenen Feststellungen gelangt ist und ob dies ohne Rechtsfehler geschehen ist.

2. Ebenso wenig ist es ausreichend festzustellen, die in der Hauptverhandlung abgegebenen Erklärungen der Angeklagten seien nicht geeignet, die Angaben des Nebenklägers mit Erfolg in Zweifel zu ziehen, und sich anschließend lediglich beispielhaft mit der einen oder anderen Erwägung in den Urteilsgründen auseinander zu setzen. Hier ist eine ins Einzelne gehende Darlegung vonnöten, warum die jeweiligen konkreten Einlassungen

der Angeklagten die Angaben des Nebenklägers nicht in Frage stellen können.

66. BGH 2 StR 364/15 – Beschluss vom 5. November 2015 (LG Aachen)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Begründung der Kompensation im Urteil).
Art. 6 Abs. 1 EMRK

Der Tatrichter ist verpflichtet, Art und Ausmaß einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung sowie ihre Ursachen zu ermitteln und im Urteil konkret festzustellen (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 21). Das Revisionsgericht muss anhand der Ausführungen in den Urteilsgründen jedenfalls im Sinne einer Schlüssigkeitsprüfung nachvollziehen können, ob die festgestellten Umstände die Annahme einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK tragen, und ob sich die Kompensationsentscheidung innerhalb des dem Tatrichter insoweit eröffneten Bewertungsspielraums hält.

85. BGH 4 StR 397/15 – Beschluss vom 1. Dezember 2015 (LG Essen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Umgang mit Sachverständigengutachten: molekulargenetische Vergleichsuntersuchung, Darstellung im Urteil); Strafzumessung (Berücksichtigung der Einziehung von Sachen von nicht unerheblichem Wert).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 81e Abs. 1 Satz 1 StPO; § 46 StGB; § 74 Abs. 1 StGB

1. Das Tatgericht hat in den Fällen, in denen es dem Gutachten eines Sachverständigen folgt, die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Gutachters so darzulegen, dass das Rechtsmittelgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind.

2. Für die Darstellung des Ergebnisses einer auf einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung ist danach erforderlich, dass der Tatrichter mitteilt, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben haben, mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination zu erwarten ist und, sofern der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört, inwieweit dieser Umstand bei der Auswahl der Vergleichspopulation von Bedeutung war (vgl. BGH NJW 2014, 2454).

3. Eine Einziehung nach § 74 StGB hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter auf diese Weise eine ihm gehörende Sache von nicht unerheblichem Wert entzogen, ist dies deshalb ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen (st. Rspr.).

24. BGH 5 StR 420/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Göttingen)

Ordnungsgemäße Besetzung des Strafsenats während eines laufenden Konkurrentenstreitverfahrens (gesetzlicher Richter; vom Präsidium bestimmter Vertreter; Geschäftsverteilungsplan; „Doppelvorsitz“; frühzeitige Einleitung des Beförderungsverfahrens; zügige Betreuung; Gewährleistung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung).

§ 21e Abs. 1 GVG; § 21f Abs. 2 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Ein Strafsenat des Bundesgerichtshofs ist während eines Konkurrentenstreitverfahrens, im Zuge dessen der Abschluss des eines Wiederbesetzungsverfahrens verwaltungsgerichtlich durch einstweilige Anordnung untersagt wird, ordentlich besetzt, wenn der Vorsitz von dem durch das Präsidium bestimmten Vertreter (§ 21f Abs. 2 Satz 1 GVG) geführt wird. Das gilt jedenfalls dann, das Besetzungsverfahren zügig eingeleitet und betrieben wurde und wenn die Einheitlichkeit der Rechtsprechung des

Senats hinreichend gewährleistet ist. Die Einrichtung eines „Doppelvorsitzes“ ist demgegenüber nicht ohne Weiteres eine vorzugswürdige alternative Lösung.

37. BGH 1 StR 135/15 – Beschluss vom 26. November 2015 (LG München I)

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (keine Wiedereinsetzung bei bewusstem Nichtgebrauch eines Rechtsmittels); Anhörungsrüge.

§ 44 Satz 1 StPO; § 356a StPO

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können die Voraussetzungen des § 44 Satz 1 StPO nicht vorliegen, wenn der die Wiedereinsetzung begehrende Rechtsmittelführer von einem befristeten Rechtsbehelf bewusst keinen Gebrauch macht (vgl. BGH NStZ 2012, 652); das ist sowohl bei einem bloßen Verstreichenlassen der Rechtsmittelfrist (vgl. BGH NStZ 2012, 652) als auch bei einer Rücknahme des Rechtsmittels (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 381 f.) und bei wirksamem Rechtsmittelverzicht (vgl. BGH NStZ 1997, 611, 612) der Fall.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

74. BGH 4 StR 115/15 – Urteil vom 19. November 2015 (LG Konstanz)

Urteilsgründe (Darstellungsanforderungen bei mehreren Taten); Betrug (Schaden: Berechnung bei Schnellballsystemen; Irrtum: tatrichterliche Aufklärungspflicht bei mehreren, weitestgehend identischen Betrugshandlungen; banden- und gewerbsmäßige Begehung; Bandenabrede).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 53 StGB; § 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

1. Auch bei einem Betrug durch ein Schneeballsystem gelten die allgemeinen Grundsätze der Schadensberechnung, also das Prinzip der Gesamtsaldierung, wonach der Vermögenswert unmittelbar vor der Vermögensverfügung mit dem unmittelbar nach ihr zu vergleichen ist (vgl. BGHSt 53, 199, 201 f. mwN). Spätere Entwicklungen, etwa in Gestalt der Erbringung der versprochenen Gegenleistung durch den Täter vor allem im Anfangsstadium eines auf Täuschung aufgebauten Geschäftsmodells, können lediglich einen Ausgleich für einen bereits eingetretenen tatbestandlichen Schaden darstellen. Dem Schneeballsystem ist immanent, dass zunächst eine gewisse Chance auf Erhalt der versprochenen Gegenleistung besteht. Da jedoch alles vom weiteren Erfolg des Systems und vom Eingang weiterer betrügerisch erlangter Gelder abhängt, ist die hierauf basierende Aussicht auf Erfüllung der vom Täter eingegangenen Verpflichtung nicht, auch nicht teilweise, die versprochene Gegenleistung, sondern stellt von vornherein keinen wirtschaftlichen Wert dar (vgl. BGHSt 53, 199, 205 mwN).

2. Die Urteilsgründe müssen in einer geschlossenen, aus sich selbst heraus verständlichen Darstellung die für erwiesen erachteten konkreten Tatsachen angeben, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden (§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO). Werden mehrere Angeklagte wegen mehrerer selbständiger Straftaten (§ 53 StGB) verurteilt, müssen die Gründe für jede Tat und in Bezug auf jeden deshalb verurteilten Angeklagten die erwiesenen Tatsachen so deutlich angeben, dass das Revisionsgericht nachprüfen kann, ob das Strafgesetz ohne Rechtsirrtum angewandt ist. Die Sachdarstellung darf nicht durch eine Tabelle mit pauschalen Angaben über die einzelnen Taten ersetzt werden, wenn daraus bei der einzelnen Tat weder die Modalitäten der jeweiligen Tatausführung und die Art des Tatbeitrags der einzelnen Mittäter noch die für die Strafzumessung erforderlichen Einzelheiten entnommen werden können (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 54).

38. BGH 1 StR 235/15 – Urteil vom 11. November 2015 (LG Bochum)

Steuerhinterziehung (Anforderungen an die Darstellung eines freisprechenden Urteils: Gesamtwürdigung der Beweise; Einordnung als Blankettstraftat); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 370 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 261 StPO

1. Beim Tatvorwurf der Steuerhinterziehung ist auch bei einem freisprechenden Urteil festzustellen und in den Urteilsgründen darzulegen, wann der Angeklagte welche

Steuererklärungen mit welchem Inhalt abgegeben hat. Die Urteilsgründe müssen zudem in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise erkennen lassen, ob die in den verfahrensgegenständlichen Steuererklärungen enthaltenen Angaben unrichtig oder unvollständig waren und ob sie gegebenenfalls zu einer Steuerverkürzung oder einem nicht gerechtfertigten Steuervorteil geführt haben.

2. Dies beinhaltet, dass das Tatgericht nicht nur die in der Anklageschrift als Beleg für fehlerhafte Angaben angeführten Umstände in den Blick zu nehmen hat. Vielmehr muss es sich dann, wenn nach dem Gang der Hauptverhandlung hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für andere Geschehnisse bestehen, aus denen sich die Unrichtigkeit der verfahrensgegenständlichen Steuererklärungen ergeben kann, auch mit diesen Umständen auseinandersetzen.

3. Zwar können und müssen die Gründe auch eines freisprechenden Urteils nicht jeden irgendwie beweiserheblichen Umstand ausdrücklich würdigen. Das Maß der gebotenen Darlegung hängt vielmehr von der jeweiligen Beweislage und insoweit von den Umständen des Einzelfalles ab; dieser kann so beschaffen sein, dass sich die Erörterung bestimmter einzelner Beweisumstände erübrigt. Insbesondere dann, wenn das Tatgericht auf Freispruch erkennt, obwohl gegen den Angeklagten ein ganz erheblicher Tatverdacht besteht, muss es jedoch in seine Beweiswürdigung und deren Darlegung die ersichtlich möglicherweise gegen den Angeklagten sprechenden Umstände und Erwägungen einbeziehen und in einer Gesamtwürdigung betrachten (vgl. BGH wistra 2011, 465).

15. BGH 5 StR 189/15 – Beschluss vom 28. Oktober 2015 (LG Leipzig)

Strafbarkeit wegen ohne Erlaubnis durchgeführter Zahlungsdienste (Unternehmen als Normadressat des Zahlungsdienstegesetzes; Handeln für Unternehmen; Einbindung in die Abwicklung der Zahlungsdienste).

§ 31 Abs. 1 Nr. 2 ZAG; § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG; § 8 Abs. 1 S. 1 ZAG; § 14 StGB

Die Strafvorschrift des § 31 Abs. 1 Nr. 2 Zahlungsdienstenaufsichtsgesetzes (ZAG), die die Erbringung von Zahlungsdiensten ohne die erforderliche Erlaubnis unter Strafe stellt, führt mit Blick auf § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG nur dann zur Strafbarkeit einer natürlichen Person, wenn diese i.S.v. § 14 StGB für ein Unternehmen handelt, das in die Abwicklung der Zahlungsdienste eingebunden ist.

75. BGH 4 StR 124/14 – Urteil vom 5. November 2015 (LG Hagen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bestimmung der geringen Menge); fahrlässiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Sorgfaltspflicht); Vorsatz (Eventualvorsatz: Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit, Darstellung im Urteil).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 BtMG; § 15 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Der Grenzwert der nicht geringen Menge eines Betäubungsmittels ist stets in Abhängigkeit von dessen konkreter Wirkungsweise und -intensität festzulegen. Maßgeblich ist zunächst die äußerst gefährliche, gar tödliche Dosis des Wirkstoffs (vgl. BGHSt 35, 179). Fehlen hierzu gesicherte Erkenntnisse, so errechnet sich der Grenzwert als ein Vielfaches der durchschnittlichen Konsumenteneinheit eines nicht an den Genuss dieser Droge gewöhnten Konsumenten. Das Vielfache ist nach Maßgabe der Gefährlichkeit des Stoffes, insbesondere seines Abhängigkeiten auslösenden oder sonst die Gesundheit schädigenden Potentials zu bemessen (vgl. BGHSt 53, 89). Lassen sich auch zum Konsumverhalten keine ausreichenden Erkenntnisse gewinnen, so entscheidet ein Vergleich mit verwandten Wirkstoffen (vgl. BGHSt 51, 318, 322).

2. Danach setzt der Senat den Grenzwert der nicht geringen Menge für den Wirkstoff JWH-019 auf eine Wirkstoffmenge von 6 Gramm fest.

3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit handelt der Täter vorsätzlich, wenn er den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und damit in der Weise einverstanden ist, dass er die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf nimmt oder sich um das erstrebte Zieles willen wenigstens mit ihr abfindet, mag ihm auch der Erfolgseintritt an sich unerwünscht sein. Bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen dann vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft – nicht nur vage – darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten (vgl. BGHSt 36, 1, 9 f.). Vertraut der Täter darauf, die für möglich gehaltene Folge werde nicht eintreten, so kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an, ob er das ernsthaft konnte.

4. Da beide Schuldformen im Grenzbereich eng beieinander liegen, ist bei der Prüfung, ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat, eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände geboten (st. Rspr.); sowohl das Wissens- als auch das Willenselement muss grundsätzlich in jedem Einzelfall geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden.

6. BGH 3 StR 287/15 – Beschluss vom 1. Oktober 2015 (LG Düsseldorf)

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Beschränkung auf den Transport regelmäßiger Beihilfe; Bedeutung der Beteiligung im Rahmen des Gesamtgeschäfts).

§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

Erschöpft sich die Tätigkeit eines am Handeltreiben mit Betäubungsmitteln Beteiligten im bloßen Transport, besteht in der Regel auch dann keine täterschaftliche Gestaltungsmöglichkeit, wenn Handlungsspielräume hinsichtlich der Art und Weise des Transports verbleiben, sodass von einer Beihilfe auszugehen ist. Anderes kann nur gelten, wenn der Beteiligte erhebliche, über den reinen Transport hinausgehende Tätigkeiten entfaltet, am

An- und Verkauf des Rauschgifts unmittelbar beteiligt ist oder sonst ein eigenes Interesse am weiteren Schicksal des Gesamtgeschäfts hat, weil er eine Beteiligung am Umsatz oder dem zu erzielenden Gewinn erhalten soll.

92. BGH 4 StR 430/15 – Beschluss vom 3. Dezember 2015 (LG Hagen)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Verhältnis zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge: keine Verklammerungswirkung, Tateinheit zwischen Besitz zum Eigenkonsum und Handeltreiben).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

1. Der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln hat mangels Wertgleichheit nicht die Kraft, selbständige, die

Voraussetzungen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfüllende Taten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge untereinander zur Tateinheit zu verbinden.

2. Besitzt der Täter Betäubungsmittel teils zum Eigenkonsum und teils zu Handelszwecken, geht lediglich der Besitz an der zum Handel bestimmten Betäubungsmittelmengemenge im Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf, während es für die Eigenbedarfsmenge bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln verbleibt. Zwischen dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und dem gleichzeitigen Besitz der davon nicht betroffenen Betäubungsmittelmengemenge besteht Tateinheit (vgl. BGH StV 1998, 593).

Aufsätze und Anmerkungen

Bestechung und Bestechlichkeit europäisch- ausländischer Amtsträger *de lege praevia* und *de lege nova*

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 10.7.2015 – 1 StR 399/14 = HRRS 2015 Nr. 759

Von Wiss. Mit. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn), Goethe-Universität Frankfurt am Main *

Die strafrechtliche Erfassung der Bestechung und der Bestechlichkeit im Ausland – sei es im geschäftlichen Verkehr, sei es von ausländischen Amtsträgern – hinkt der Erfassung rein inländischer Konstellationen nicht nur materiell-strafrechtlich, sondern auch in der Strafverfolgungspraxis hinterher. Daher überrascht es kaum, dass der BGH erst knapp 17 Jahre nach dessen Inkrafttreten eine Grundsatzentscheidung zum EUBestG¹ traf – jenem Gesetz, das die Delikte der Bestechlichkeit und Bestechung (§§ 332, 334 StGB) u.a. auf bestimmte europäisch-transnationale Bestechungshandlungen erweitert. Doch auch wenn die materiell-strafrechtlichen Bestimmungen

des EUBestG inzwischen außer Kraft getreten sind (unten III.), ist dieser Beschluss nicht nur von rechtshistorischem Interesse: So lenkt er das Augenmerk auf Amtsträger im Neben- bzw. Ehrenamt und die bei diesen teils diffizile Frage des Bezugs zur Dienstausbübung (unten II. 1.). Zudem hat eine methodisch zweifelhafte Konstruktion des 1. Strafsenats des BGH zur Konsequenz, dass dieser den europastrafrechtlichen Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in sein Gegenteil verkehrt (unten II. 2.). Schließlich ist der Sachverhalt auch phänomenologisch von Interesse (sogleich I.).

I. „Korruption ist wie Mundgeruch“

Beschreibt man Korruption – mit Saliger² – als vorteilsbedingte und interessenwidrige Dienerschaft zweier Herren, so kann man den mitgeteilten Feststellungen zufolge das Verhalten des Angeklagten für korrupt und daneben

* Mein Dank gilt Professor Dr. Pedro Caetano für seine hilfreichen Anmerkungen zur portugiesischen Rechtslage.

¹ Gesetz zu dem Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EU-Bestechungsgesetz – EUBestG) vom 10. September 1998, BGBl. 1998 II S. 2340, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Juli 2004, BGBl. 2004 I S. 1763. Zum nach der Entscheidung erfolgten Außerkrafttreten durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20. November 2015, BGBl. 2015 I S. 2025 siehe unten III. bei und mit Fn. 17.

² Saliger, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), FS Kargl (2015), 493, 497 f.; ähnlich Kindhäuser ZIS 2011, 461, 462; von Armin NvwZ 2006, 249, 253 f.

auch aus kriminalpolitischer Sicht für verfolgenswert halten: Zur Tatzeit war der Angeklagte zum einen ein Honorarkonsul der Republik Portugal und daher dieser in besonderem Maße – womöglich sogar als Amtsträger nach portugiesischem Korruptionsstrafrecht³ – verbunden. Zum anderen stand er deutschen Rüstungsunternehmen zu Diensten, ließ er sich nämlich für die Vermittlung eines Verkaufs von U-Booten an Portugal und insbesondere „für die Vermittlung zu Kontakten zu ranghöchsten Regierungsvertretern Portugals“ eine (als Beraterhonorar bezeichnete) Erfolgsprovision seitens eines Konsortialpartners, der F. AG, in Höhe von 0,3 % der Auftragssumme zusichern. Schon bald kam es zu einem Zivilprozess zwischen der F. AG und dem Angeklagten über die Zahlung dieser Erfolgsprovision, die am 9.12.2004 in einer Vergleichsvereinbarung und der Zahlung von über 1,6 Mio € an den Angeklagten endete.

Daran ist zweierlei bemerkenswert: Erstens unterließ es das Zivilgericht – soweit ersichtlich –, die Staatsanwaltschaft über den Sachverhalt zu informieren. Hierzu ist ein Zivilgericht zwar nach §§ 13 Abs. 2 Satz 1, 17 Nr. 1 EGGVG *berechtigt*,⁴ soweit es eine solche Übermittlung personenbezogener Daten zur Verfolgung von Straftaten für erforderlich erachtet und – hier nicht erkennbare – schützenswürdige Interessen des von der Übermittlung Betroffenen dem nicht entgegenstehen. Eine *Pflicht* zur Mitteilung an die Staatsanwaltschaft besteht aber nur, soweit diese gesondert angeordnet ist – etwa, wenn eine Straftat *in der Sitzung* begangen wird (§ 183 Satz 1 GVG).

Zweitens ist die Entscheidung des Angeklagten, die Erfolgsprovision zivilgerichtlich einzuklagen, ein gewichtiges Indiz für sein fehlendes Bewusstsein, dass sein Verhalten (jedenfalls aus phänomenologischer und aus politischer Sicht) als korrupt bewerten werden könnte. Dies erinnert an die mahnenden Worte von *Papst Franziskus* in einer Ansprache an eine Delegation der Internationalen Strafrechtsgesellschaft (AIDP) im Oktober 2014: „Der Korrupte nimmt seine Korruption nicht wahr. Es ist ein wenig wie mit Mundgeruch: Wer ihn hat, bemerkt ihn kaum; die anderen bemerken es und müssen es ihm sagen.“⁵

³ Dies richtet sich nach Art. 386 Abs. 1 Código Penal Português. Während der GBA – aus Rz. 40, 41 des Beschlusses ersichtlich – davon ausging, der Angeklagte sei kein Amtsträger nach portugiesischem Recht, wird vom LG München die ausgesprochen weite Fassung des Amtsträgerbegriffs in Art. 386 Abs. 1 lit. d (zur Tatzeit: lit. c) Código Penal Português zu beachten sein.

⁴ Vgl. *Pabst*, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), MüKo-ZPO, 4. Aufl. (2013), § 17 EGGVG Rdn. 3.

⁵ *Papst Franziskus*, Ansprache ... an eine Delegation der Internationalen Strafrechtsgesellschaft (AIDP) vom 23. Oktober 2014. Der Text dieser Ansprache ist verfügbar unter https://w2.vatican.va/content/francesco/de/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141023_associazione-internazionale-diritto-penale.html (12.01.2016).

II. Zur Strafbarkeit *de lege praevia* (Art. 2 § 1 Nr. 2 lit. a EUBestG a.F. i.V.m. § 332 Abs. 1, Abs. 3 StGB a.F.)

Doch aus juristischer Sicht entscheidend ist nicht die Phänomenologie oder die kriminalpolitische Beurteilung des Verhaltens des Angeklagten, sondern dessen strafrechtliche Relevanz. Diese hatte das LG München im Hinblick auf Art. 2 § 1 Nr. 2 lit. a EUBestG a.F. i.V.m. § 332 Abs. 1, Abs. 3 StGB a.F. bejaht, dabei aber nur die Amtsträgereigenschaft des Angeklagten bei hypothetischer Prüfung nach *deutschem* Recht (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 StGB) geprüft. Das hielt der *1. Strafsenat des BGH* allerdings für unzureichend (unten 2.). Zu einem anderen, ebenfalls diskussionswürdigen Punkt verhielt sich der *1. Strafsenat* hingegen nicht:

1. Bestechung und Bestechlichkeit bei Amtsträgern im Neben- oder Ehrenamt

Die hauptsächliche berufliche Tätigkeit des Angeklagten war es, ein Consultingunternehmen zu betreiben. Die Tätigkeit als Honorarkonsul Portugals war hierzu nur ein kleines finanzielles Zubrot (Aufwandsentschädigung von 2.000 € bis 2.500 € p.a.), wenn nicht – angesichts der „von ihm selbst durchgeführte[n] Veranstaltungen und Empfänge“ (Rz. 4) – ein Verlustgeschäft. Daher gewinnt der tatbestandliche Bezug der §§ 331 ff. StGB zur *dienstlichen Tätigkeit* („Dienstausübung“, „Diensthandlung“) an besonderem Gewicht: Denn nur innerhalb dieser dienstlichen Sphäre besteht das Risiko einer Dienerschaft nicht nur gegenüber dem Dienstherrn, sondern zugleich und (jedenfalls potentiell) mit den Dienstpflichten konkurrierend auch einem Vorteilsgeber gegenüber.⁶

Außerhalb dieser dienstlichen Sphäre kann man zwar einen „Amtsträger im Hauptamt“, der von seinem Dienstherrn ausreichend alimentiert wird, erheblichen Verhaltensrestriktionen unterwerfen, um auch den bloßen Anschein einer Käuflichkeit der Verwaltung zu vermeiden. Daraus legitimiert sich auch die in der Literatur vertretene Auffassung, nur „völlig außerhalb des Aufgabenbereichs des Amtsträgers liegen[de]“ Handlungen aus dem Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB herauszunehmen.⁷ Bei „Amtsträgern im Nebenamt“ oder „Amtsträgern im Ehrenamt“ ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese ihren Lebensunterhalt weiterhin durch ihre hauptsächliche berufliche Tätigkeit bestreiten müssen.

⁶ Zu diesem phänomenologischen Verständnis der Korruption siehe oben bei und mit Fn. 2.

⁷ So *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 331 Rdn. 33 (unter Verweis auf BGHSt 18, 59); *Korte*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), MüKo-StGB, 2. Aufl. (2013), § 331 Rdn. 87; s. ferner *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. (2014), § 27 Rdn. 42.

Nun gehört die Unterstützung in Vertragsverhandlungen zum typischen Tätigkeitsfeld eines Consultingunternehmens; die Nutzung von – auch schon vor seiner Bestellung zum Honorarkonsul bestehenden – „Kontakten zu hochrangigen Vertretern der portugiesischen Regierung“ (Rz. 8) könnte durchaus auch der *außerdienstlichen Sphäre* zugerechnet werden. Angesichts dieser Melange überrascht es, dass der *1. Strafsenat* in diesem Beschluss nur knapp davon berichtet, dass der Angeklagte „in seiner Funktion als Honorarkonsul gegenüber ... amtlichen Stellen Portugals die Interessen der F. AG“ vertreten habe (Rz. 8, Herv. hier). Damit verpasste er eine Chance, die erhebliche Unsicherheit darüber zu thematisieren und zu reduzieren, wie die dienstliche und die außerdienstliche Sphäre – insbesondere bei Amtsträgern im Neben- und im Ehrenamt – trennscharf voneinander abzugrenzen sind.

2. Die beiderseitige Prüfung der Amtsträgereigenschaft und ein methodischer Fehltritt des BGH

Ausführlich und methodisch-schulmäßig erörtert der *1. Strafsenat* die Frage, nach welchem Maßstab zu bestimmen ist, ob der Angeklagte Amtsträger i.S.d. Art. 2 § 1 Nr. 2 lit. a EUBestG a.F. i.V.m. § 332 Abs. 1, Abs. 3 StGB a.F. war.⁸ Hierzu schließt er im Einklang mit der weit überwiegenden Literatur⁹ aus dem Wortlaut und der Mikrosystematik des Art. 2 § 1 Nr. 2 lit. a EUBestG a.F. und aus der – bei der Umsetzung europäischer Regelungen stets besonders bedeutsamen – Gesetzgebungsgeschichte als Leitlinie für eine europarechtskonforme Auslegung auf eine Doppelprüfung: Täter des Art. 2 § 1 Nr. 2 lit. a EUBestG a.F. i.V.m. § 332 Abs. 1, Abs. 3 StGB a.F. könne nur sein, wer sowohl nach dem Recht des anderen Mitgliedstaats als auch – bei entsprechender Umstellung des Sachverhalts in eine Inlandskonstellation – nach deutschem Recht als Amtsträger zu klassifizieren sei. Das überzeugt zwar, nicht jedoch die bereits im amtlichen Leitsatz der Entscheidung enthaltene zusätzliche Maßgabe, dass *zuerst* die Amtsträgereigenschaft nach ausländischem und *erst anschließend* die Amtsträgereigenschaft nach deutschem Recht zu prüfen sei: Denn beide Prüfungsschritte sind voneinander unabhängig und daher nach den Gesetzen der Logik kommutativ, also in beliebiger Reihenfolge durchführbar, ohne dass sich das Ergebnis verändern würde. Und die umgekehrte Prüfungsreihenfolge erscheint für die Rechts- und Beratungspraxis als einfacher handhabbar, da der Maßstab der vertrauten, inländischen Rechtslage als erster, vorentscheiden-

der Filter fungieren kann.¹⁰ Hierauf beruft sich an späterer Stelle auch der *1. Strafsenat* im Rahmen seiner apodiktischen Erwägung, dass das Strafbarkeitsrisiko bereits durch diesen Filter der deutschen Rechtsordnung hinreichend abgrenzbar und daher im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG hinreichend bestimmt sei.¹¹

Als deutlich zu hoch gegriffen, ja als methodisch bedenklich erweist sich die Behauptung des *1. Strafsenats*, eine solche Doppelprüfung setze „den im europäischen Rechtsraum geltenden Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (Art. 82 AEUV, Art. 67 AEUV) um“ (Rz. 28). Aus europastrafrechtlicher Sicht ist nämlich erstens daran zu erinnern, dass dieser – ohnehin erst seit dem Vertrag von Lissabon primärrechtlich verankerte – Grundsatz keineswegs *self-executing* ist. Vielmehr ist dieser Grundsatz, wie sich dies insbesondere aus Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a AEUV ergibt, erst durch europäisches Sekundärrecht zu konkretisieren. Zweitens bezieht sich dieser Grundsatz, wie den vom *1. Strafsenat* zitierten Normen unmittelbar zu entnehmen ist, in seiner derzeitigen primärrechtlichen Gestalt auf die „gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen“ (Art. 67 Abs. 3 AEUV, Herv. hier), auf die „gegenseitige[...] Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen“ (Art. 82 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV, Herv. hier) bzw. auf die „Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen“ (Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a AEUV, Herv. hier) und daher allenfalls *indirekt* auf die Anerkennung einer ausländischen materiell-rechtlichen Rechtslage. Drittens ist zu beachten, dass die europastrafrechtliche Korruptionsbekämpfung heutzutage ihre Rechtsgrundlage an anderen Stellen findet, namentlich in Art. 83 Abs. 1 AEUV und/oder in Art. 325 Abs. 4 AEUV;¹² das dem EUBestG zugrundeliegende EU-Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG (im Folgenden: EU-Protokoll)¹³ wiederum fand seine Stütze in Art. K.3 Abs. 2 lit. c EUV-Maastricht. All dies sind Vorschriften, welche die Angleichung von Rechtsvorschriften (*Harmonisierung*) oder jedenfalls die Schaffung eines harmonisierten Mindeststandards zum Gegenstand haben – und daher ein Gegenmodell zu einer *gegenseitigen Anerkennung* verfolgen. Viertens und besonders problematisch ist, dass der *1. Strafsenat* den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung mit der Maßgabe einer Doppelprüfung ausländischen und inländischen Rechts zu verknüpfen sucht: Die Prüfung *auch* an inländischem Recht sieht er bei Art. 2 § 1 Nr. 2 lit. a EUBestG a.F. nämlich als einen Beitrag „zum Schutz des innerstaatlichen Primär-raums“ (Rz. 20). Eine gegenseitige Anerkennung in Reinform würde jedoch auf eine

⁸ Siehe hierzu zuvor bereits die knappen Erwägungen in BGHSt 52, 323, 347.

⁹ Vgl. hierzu die Nachweise in Rz. 20 des Beschlusses sowie ergänzend *Brockhaus/Haak* HRRS 2015, 218, 221 m.w.N.; *Kretschmer* StraFo 2014, 325, 326 f.; *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 11 Rdn. 17.

¹⁰ *Rathgeber* NZWiSt 2015, 359, 359; *Groß*, jurisPR-StrafR 20/2015 Anm. 3.

¹¹ Zu diesem Problemkomplex siehe *Heinrich*, in: GS Keller (2013), 103, 104 ff.

¹² Zum Streit über diese Rechtsgrundlage siehe *Brodowski* ZIS 2013, 455, 464 m.w.N.

¹³ ABIEG Nr. C 313 v. 23.10.1996, S. 1; BGBl. 1998 II S. 2342.

ergänzende oder korrigierende Prüfung am Maßstab inländischen Rechts verzichten, sondern allein die ausländische Entscheidung – bzw., bei Transfer auf das materielle Recht, die ausländische Rechtsnorm – als maßgeblich erachten. Daher ordnet der Archetyp für die gegenseitige Anerkennung, der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl,¹⁴ auch den Verzicht auf eine Doppelprüfung an, konkret einen Verzicht auf die historisch übliche Prüfung der *beiderseitigen* Strafbarkeit bei einer Liste von Deliktstypen (Art. 2 Abs. 2 RbEuHb). Dies verdeutlicht, dass dem 1. Strafsenat (nicht zum ersten Mal¹⁵) in Bezug auf europastrafrechtliche Fragen ein folgenschwerer methodischer Fehltritt unterläuft, der hier den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung letztendlich in sein Gegenteil verkehrt und ferner Misstrauen in die Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten schürt.¹⁶

III. Zur Strafbarkeit *de lege nova* (§ 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB i.V.m. § 332 Abs. 1, Abs. 3 StGB)

Das vom Bundestag am 15.10.2015 beschlossene und zum 26.11.2015 in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung der Korruption¹⁷ war vor allem wegen der Neufassung der Regelung zur Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) in der kriminalpolitischen Diskussion. Es enthält jedoch daneben eine fundamentale Neuordnung der strafrechtlichen Erfassung der Bestechung und Bestechlichkeit von europäischen Amtsträgern – d.h. Amtsträgern von Institutionen und Organen der Europäischen Union (vgl. hierzu die Legaldefinition in § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB) – sowie für den hier interessierenden Bereich der transnationalen Bestechung und Bestechlichkeit von ausländischen Amtsträgern (§ 335a StGB).

Die neue Rechtslage differenziert nicht länger zwischen europäisch-ausländischen und allgemein ausländischen Amtsträgern, so dass sich die Streitfrage¹⁸ einer parallelen Anwendbarkeit von Art. 2 § 1 IntBestG und Art. 2 § 1 EUBestG erledigt hat. Vielmehr ist von § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB jeder „Bedienstete[...] eines ausländischen Staates“ und zudem jede „Person“ erfasst, „die beauftragt ist, öffentliche Aufgaben für einen ausländischen Staat

wahrzunehmen“. Dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen zufolge soll die Verweisung auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB für europäisch-ausländische Amtsträger aufgegeben werden und der Personenkreis – wie dies der bisherigen Regelung in Art. 2 § 1 IntBestG entspricht¹⁹ – autonom anhand der völkerrechtlichen Maßgaben bestimmt werden.²⁰ Diesbezüglich verweist die Begründung des Gesetzentwurfs²¹ bemerkenswerterweise nur auf die OECD,²² Europarats²³ und UN-Übereinkommen zur Korruption,²⁴ nicht aber auf das Art. 2 § 1 Nr. 2 lit. a EUBestG zugrundeliegende EU-Protokoll. Zudem sind die in Bezug genommenen völkerrechtlichen Maßgaben nicht identisch.²⁵ Während Art. 1 Abs. 4 lit. a OECD-Übereinkommen²⁶ und Art. 2 lit. b UN-Übereinkommen für eine autonome Bestimmung des Amtsträgerbegriffs streiten, verweisen Art. 1 lit. a Europarats-Übereinkommen sowie – wie der 1. Strafsenat hervorgehoben hat – Art. 1 UAbs. 1 Nr. 1 lit. c EU-Protokoll auf die Amtsträgerdefinition im „Recht des Staates, in dem die betreffende Person die entsprechenden Aufgaben wahrnimmt, und so, wie er in dessen Strafrecht verwendet wird“ (Rz. 24 unter Verweis auf BT-Drs. 13/10424) und eröffnen die – von Deutschland nunmehr nicht länger genutzte – Möglichkeit, eine Doppelprüfung nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts vorzusehen (Art. 1 lit. c Europarats-Übereinkommen, Art. 1 UAbs. 2 EU-Protokoll). Aus Gründen der Bestimmtheit ist es jedoch unerlässlich, § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB einheitlich auszulegen. Wegen der gesetzgeberischen Intention, die Regelung aus Art. 2 § 1 IntBestG als Vorbild zu wählen, ist daher zukünftig – auch im europäisch-transnationalen Kontext – der Amtsträgerbegriff autonom und damit weder nach Maßgabe des ausländischen Korruptionsstrafrechts noch nach Maßgabe des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu bestimmen.

Doch dies hat europarechtliche Implikationen: Wo der autonom bestimmte Amtsträgerbegriff im Vergleich zu einer Doppelprüfung anhand des ausländischen wie inländischen Amtsträgerbegriffs Lücken hinterlassen sollte, wird ein Umsetzungsdefizit hinsichtlich des Europarats-Übereinkommens, aber auch hinsichtlich des EU-

¹⁴ Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten i.d.F. CONSLEG 2002F586 v. 28.3.2009.

¹⁵ Brodowski JR 2014, 87, 91 f.

¹⁶ In diese Richtung – indes vor der gegenständlichen BGH-Entscheidung – auch Kretschmer StraFo 2014, 325, 327.

¹⁷ BGBl. 2015 I S. 2025; zuvor BT-Drs. 18/4350 i.d.F. BT-Drs. 18/6839.

¹⁸ Das EUBestG hält insbesondere Nestler StV 2009, 313, 315 für ein regionales *lex specialis*; a.A. Korte, in: MK-StGB (Fn. 7), § 334 Rdn. 5; Kretschmer StraFo 2014, 325, 327; Satzger, NStZ 2009, 297, 304; offen gelassen in BGHSt 52, 323, 347.

¹⁹ BGHSt 52, 323, 345 ff.; dem nunmehr folgend die Literatur, insbesondere Brockhaus/Haak HRRS 2015, 218 (221); Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 11 Rdn. 15; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 334 Rdn. 2; Korte, in: MK-StGB (Fn. 7), § 334 Rdn. 6 f.; Kuhlen, in: NK-StGB (Fn. 9), § 334 Rdn. 3c; Rathgeber NZWiSt 2015, 359, 360; Saliger/Gaede HRRS 2008, 57, 60 f.

²⁰ BT-Drs. 18/4350, S. 24 f.

²¹ BT-Drs. 18/4350, S. 25.

²² OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17. Dezember 1997, BGBl. 1998 II S. 2329.

²³ Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption v. 27.1.1999, ETS Nr. 173.

²⁴ Übereinkommen der Vereinten Nationen v. 31.10.2003 gegen Korruption (UNCAC), BGBl. 2014 II S. 763.

²⁵ Brockhaus/Haak HRRS 2015, 218, 222 favorisieren insoweit eine *kumulative* Auslegung.

²⁶ Siehe hierzu BGHSt 52, 323, 347.

Protokolls bestehen.²⁷ Letzteres ist trotz seiner ursprünglichen völkerrechtlichen Gestalt ein Rechtsakt der Union (arg. ex Art. 9 Satz 2 Protokoll Nr. 36 zum Vertrag von Lissabon²⁸) und kann daher tauglicher Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens zum Vertrag von Lissabon werden (Art. 258 AEUV i.V.m. Art. 10 Abs. 1, Abs. 3 Protokoll Nr. 36), mit dem die unzureichende Umsetzung gerügt werden könnte. Allerdings favorisiert die Kommission selbst eine Harmonisierung des Amtsträgerbegriffs,²⁹ so dass diese Sorge wohl eher eine theoretische bleiben dürfte.

Schließlich bleibt abzuwarten, ob der BGH überhaupt dieser gesetzgeberischen Intention einer autonomen Auslegung des § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB anhand der völkerrechtlichen Maßgaben Folge leisten wird: Die oben aus methodischer Sicht kritisierte Erwägung zum Grund-

²⁷ Ebenfalls zweifelnd *Rathgeber* NZWiSt 2015, 359, 360.

²⁸ Protokoll (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen, ABIEU Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 322.

²⁹ COM(2014) 38 final v. 3.2.2014, S. 10 bzgl. des Schutzes der finanziellen Interessen der EU.

satz der gegenseitigen Anerkennung könnte sich nämlich als Fingerzeig dahingehend erweisen, dass „zum Schutz des innerstaatlichen Primärrechts ... eine Beschränkung durch die deutsche Begriffsbestimmung“ – und daher bei § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB *doch* eine Prüfung *auch* am Maßstab des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB – zu erfolgen habe.

Doch nicht nur wegen dieser zu BGHSt 52, 323 (2. StS) divergierenden Argumentationslinie³⁰, sondern auch angesichts der gestiegenen Sensibilität – auch der Strafverfolgungsbehörden – für die transnationale Korruption ist zu vermuten, dass die nächste Entscheidung des BGH zu diesem Themenkomplex nicht allzu lange auf sich warten lassen wird.

³⁰ Da sich jene Entscheidung des 2. Strafsenats auf Art. 2 § 1 IntBestG bezog (siehe oben bei und mit Fn. 19), ist sie mit Inkrafttreten des § 335a StGB wegen Gesetzesänderung überholt und kann daher diesbezüglich keine Anfrage- oder Vorlagepflichten nach § 132 Abs. 2, Abs. 3 GVG mehr begründen (vgl. *Hannich*, in: ders. (Hrsg.), KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 132 GVG Rdn. 7).

Aufsätze und Anmerkungen

Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht – Kontaktverbot

Besprechung von BGH 1 StR 362/15 – Beschluss vom 16.09.2015 = HRRS 2015 Nr. 1054

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Lars Berster, Köln

I. Einleitung

Der in seiner aktuellen Gestalt¹ am 1.1.1975 in Kraft getretenen Straftatbestand des Verstoßes gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (§ 145a StGB) gibt bis heute Anlass zu Kontroversen. Diese ranken sich um so zentrale Fragen wie die verfassungsgemäße Tatbestandsbestimmtheit,² das geschützte Rechtsgut³ und die

kriminopolitische Zweckmäßigkeit der Vorschrift.⁴ Freilich war diese Diskussion bislang auf einen eher kleinen Rahmen besonders Interessierter beschränkt, was der ursprünglich geringen Strafandrohung von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe und der zunächst geringen praktischen Bedeutung geschuldet gewesen sein mag. Die Entwicklung der letzten Jahre gibt jedoch doppelten Anlass zu einer breiteren Auseinandersetzung. Zum einen wurde der Strafrahmen durch Gesetz vom

¹ Zum Vorläufertatbestand des Bruchs von Aufenthaltsbeschränkungen unter Polizeiaufsicht (§ 361 Nr. 1 StGB a.F.): *Schwarz*, StGB (17. Aufl. 1954), § 361 1); zur Gesetzgebungsgeschichte *NK-Schild/Kretschmer* (4. Aufl. 2013), § 145a Rn. 1.

² Noch ablehnend *NK-Schild* (2. Aufl. 2005), § 145a Rn. 8; a.A. nunmehr *NK-Schild/Kretschmer* (4. Aufl. 2013), § 145a Rn. 8; ebenso *MK-Groß* (2. Aufl. 2012), § 145a Rn. 4; im

Überblick *Kwaschnik*, Die Führungsaufsicht im Wandel (2008), S. 227-231 m.w.N.

³ *NK-Schild/Kretschmer* (4. Aufl. 2013), § 145a Rn. 3 („Schutz der Allgemeinheit“ vor neuen Straftaten); a.A.: *MK-Groß* (2. Aufl. 2012), § 145a Rn. 2.

⁴ *MK-Groß* (2. Aufl. 2012), § 145a Rn. 2; *NK-Schild/Kretschmer* (4. Aufl. 2013), § 145a Rn. 6-7.

13.4.2007⁵ auf drei Jahre erhöht und die Tat somit in den Bereich mittlerer Kriminalität hochgestuft. Zum anderen weist die Strafverfolgungsstatistik seit 2004 einen stetigen und signifikanten Anstieg der abgeurteilten Fälle von 67 im Jahre 2003 auf 479 im Jahre 2011 aus.⁶ Die nachfolgende Entscheidungsanmerkung will einen Impuls für die weitere Debatte um § 145a StGB setzen und nimmt hierzu die jüngste BGH-Entscheidung zu den Anforderungen an den besonders praxisrelevanten Kontaktverbotverstoß im Rahmen der Führungsaufsicht nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB zum Anlass.

II. Entscheidung

Der 1. Strafsenat hatte über die Revision eines Rechtsmittelführers zu entscheiden, der zuletzt im Oktober 2006 wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in 20 tatmehrheitlichen Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt worden war. Im Oktober 2010 erließ die zuständige Strafvollstreckungskammer einen Beschluss, wonach die nach der Haftentlassung bezüglich des Angeklagten eintretende Führungsaufsicht nicht entfällt und fünf Jahre beträgt. Zugleich wurde der Angeklagte u.a. angewiesen, zu Jugendlichen (und Kindern) unter 16 Jahren keinen Kontakt aufzunehmen, mit ihnen nicht zu verkehren und sie nicht zu beschäftigen, auszubilden oder zu beherbergen sowie jeglichen Kontakt zu diesem Personenkreis zu unterlassen, es sei denn die Kontaktaufnahme erfolgt mit ausdrücklicher und nachweisbarer Genehmigung der Erziehungsberechtigten sowie des Bewährungshelfers. Im September oder Oktober 2013 besuchte die damals vierjährige Nebenklägerin den damals 75 Jahre alten Angeklagten, den Nachbarn ihrer Großmutter, in dessen Wohnanwesen. Nach den landgerichtlichen Feststellungen traf das Mädchen traf den Angeklagten auf der Toilette an, deren Tür offen stand. Der Angeklagte stand mit nach unten gezogener Hose im Toilettenraum. Derart entblößt begab er sich dann in sein Wohnzimmer, wohin ihm die Nebenklägerin folgte. Im Wohnzimmer berührte die Nebenklägerin den Angeklagten am nackten Penis und streichelte diesen, was der Angeklagte zuließ. Nach einigen Sekunden beendete der Angeklagte die Situation und schickte die Vierjährige nach Hause.

Das Landgericht hat den Angeklagten unter anderem des Verstoßes gegen Weisungen während der Führungsaufsicht für schuldig befunden (§ 145a StGB). Der BGH hob das Urteil auf, da die Annahme eines Weisungsverstoßes von den Feststellungen nicht getragen werde. Die Weisung, keinen Kontakt zu Jugendlichen (und Kindern) unter 16 Jahren aufzunehmen, sei dahin zu verstehen, dass es dem Verurteilten untersagt ist, aus eigenem Antrieb und aktiv einen unmittelbaren Kontakt zu einem Mitglied der Personengruppe herzustellen. Hieran gemessen belegten die Urteilsfeststellungen keinen Weisungsverstoß. Es sei nicht festgestellt, dass der Angeklagte den Besuch der vierjährigen Nebenklägerin bei sich oder zumindest deren an ihm vorgenommene sexu-

elle Handlungen veranlasst hatte. Vielmehr bleibe offen, ob die Nebenklägerin den Angeklagten von sich aus besuchte und unaufgefordert die sexuellen Handlungen an dem Angeklagten vorgenommen hat. In diesem Fall habe der Angeklagte den Kontakt mit der Nebenklägerin weder aus eigenem Antrieb noch aktiv hergestellt, sondern – was nicht ausreichend sei – lediglich den von der Nebenklägerin hergestellten Kontakt nicht unterbunden. Der Schuldspruch habe daher keinen Bestand.

Mit der vorliegenden Entscheidung bestätigt der 1. Strafsenat die zuvor vom 3. Senat formulierten⁷ und auch vom OLG Hamm⁸ übernommenen Anforderungen an einen Kontaktverbotverstoß gemäß § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB. Diese Vorgaben sind somit auf dem besten Wege, zu gefestigter Rechtsprechung zu erstarken. Ungeachtet dieser Einhelligkeit weist der vom BGH eingeschlagene Weg jedoch gewisse Schwächen auf, die im Folgenden skizziert werden sollen. Abschließend wird ein alternativer Ansatz zur Definition des Kontaktverbots zur Diskussion gestellt.

III. Kontaktverbotverstoß durch pflichtwidriges Unterlassen?

Die knappe Feststellung, das bloße „Nichtunterbinden“ des von der Nebenklägerin hergestellten Kontakts stelle noch keinen Weisungsverstoß dar, bietet zunächst Anlass für die vom Senat unbeachtete Frage, ob Verstöße gegen Führungsaufsichtswisungen nicht auch durch begehungsgleiches Unterlassen (§ 13 Abs. 1 StGB) verwirklicht werden können. Immerhin wird dem Angeklagten die Eigenschaft als (personale) Gefahrenquelle für einen bestimmten Personenkreis bereits durch die Anordnung der Führungsaufsicht (§ 68 Abs. 1 StGB) und der Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB gleichsam attestiert, so dass sich nach der herkömmlichen „Funktionellenlehre“ eine Sicherungsgarantenstellung unschwer annehmen ließe. Gegen die Anwendung des § 13 Abs. 1 StGB kann auch nicht überzeugend eingewendet werden, dass die Tatbestandsbestimmtheit des § 145a StGB schon aufgrund seines Blankettcharakters bedenklich gemindert ist und nicht noch durch die Anwendung des § 13 Abs. 1 StGB weiter aufgeweicht werden darf. Denn Blanketttatbestände finden sich im StGB auch andernorts – insbesondere im Umweltstrafrecht – ohne dass dort auf eine Unterlassungshaftung verzichtet würde.⁹ Auch aus der Ähnlichkeit der Weisungen gemäß § 68b StGB mit den einem Verstoß durch unechtes Unterlassen unzugänglichen Bewährungsweisungen nach § 56c StGB lässt sich kein Gegenargument gewinnen, da die Letzteren keinen als Blankett formulierten Straftatbestand konkretisieren. Aus § 13 Abs. 1 StGB schließlich lässt sich allenfalls insoweit ein schwaches Argument entnehmen, als dem Wortlaut zufolge der nichtabgewendete Erfolg zum „Tatbestand eines Strafgesetzes“ zählen muss. Wollte man hieraus in enger Auslegung folgern, dass der Erfolg un-

⁵ BGBl. I, 513.

⁶ Rohrbach, Die Entwicklung der Führungsaufsicht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Mecklenburg-Vorpommern (2014), S. 37-38.

⁷ BGH 3 StR 486/12, Urteil v. 7.2.2013 [=HRRS 2013 Nr. 506].

⁸ OLG Hamm III-2 Ws 91/14, 2 Ws 91/14, Beschluss v. 20.05.2014.

⁹ Vgl. NK-Ransiek (4. Aufl. 2013), § 324 Rn. 20; Fischer, StGB (62. Aufl. 2015), Vor 324 Rn. 17-20.

mittelbarer Bestandteil der gesetzlichen Regelung sein muss und nicht mittelbar im Wege der Verweisung zum Tatbestandsmerkmal wird, so stellte der lediglich in der richterlichen Weisung genannte Erfolg der Kontaktherstellung keinen *gesetzlichen* Erfolg i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB mehr da.

Im vorliegenden Fall kann die Frage einer prinzipiellen Anwendbarkeit der begehungsgleichen Unterlassungshaftung auf § 145a StGB jedoch letztlich offen bleiben, da jeder Verstoß gegen das Kontaktverbot i.S.d. § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB bereits begriffsnotwendig ein *aktives* Verhalten des Täters voraussetzt und daher die Möglichkeit einer Begehungsstrafbarkeit eröffnet, hinter die jede etwaig mitenthaltene Unterlassungsstrafbarkeit als subsidiär zurückträte. Lexikalisch bedeutet Kontaktaufnahme die unmittelbar auf einen erfolgreichen Kontaktversuch folgende Kommunikationsphase mit einem anderen Menschen. Eine gelungene Kontaktaufnahme setzt folglich stets ein Mindestmaß an Informationsaustausch voraus – und sei es die Erklärung, keinen (weiteren) Kontakt zu wünschen, so dass es sich für alle Beteiligten stets um einen *aktiven* Vorgang handelt. Zu beachten ist allerdings die Besonderheit, dass es sich bei der Kontaktaufnahme wie bei jeder Kommunikation um *psychisch* wirksames Verhalten handelt, also um die Äußerung von Signalen, die vom Gegenüber aufgrund erlernter Muster in bestimmter Weise gedeutet und als Botschaft verarbeitet werden. Anders als für die Ingangsetzung von Naturkausalverläufen bedarf es hierfür nicht notwendig äußerer *körperlicher* Aktivität. (Kontakt-)Botschaften können auch durch körperliche Passivität vermittelt werden, etwa wenn das Gegenüber für den Fall, dass keine Kontaktaufnahme gewünscht werde, mit einer ausdrücklich ablehnenden Äußerung rechnen durfte. Konkret: Auch das *Offenlassen* von Haus- und Toilettentüren oder das *Gewährenlassen* bei körperlicher Berührung stellt, wenn es als Kommunikationsmittel eingesetzt wird und beim Adressaten psychische Wirkung entfaltet, ein *aktives* Verhalten dar, das an den Voraussetzungen der Begehungsstrafbarkeit gemessen werden darf.¹⁰ Der *Senat* hat den Umstand, dass Verstöße gegen das Kontaktverbot nur als Begehungsdelikt strafbar sein können, indirekt durch die Definition der Kontaktaufnahme als *aktives* Verhalten angedeutet. Insoweit verdient die Entscheidung Zustimmung.

IV. Kritikwürdige Definition der „Kontaktaufnahme“

Zweifelhaft ist jedoch, ob die vom *BGH* genannte Definition der Kontaktaufnahme als *aktive*, aus *eigenem Antrieb* erfolgende und *unmittelbare* Kontaktherstellung tauglich ist, die strafwürdigen von den strafunwürdigen Verhaltensweisen überzeugend abzugrenzen. Die geforderte Aktivität ist, wie soeben dargestellt, bereits eine notwendige Eigenschaft jeder Kontaktaufnahme und kann ihr schon deshalb keine weitere Kontur verleihen. Die Beschränkung auf unmittelbare Formen der Kontaktaufnahme wäre ferner jedenfalls dann verfehlt, wenn hier-

¹⁰ Näher dazu, dass im Bereich psychisch wirksamen Verhaltens eine Unterlassungsstrafbarkeit ausscheidet: *Berster*, Das unechte Unterlassungsdelikt (2014), S. 65-69.

durch briefliche und elektronische Kommunikationswege vom Kontaktverbot ausgenommen würden. Denn dies ließe die besonderen Gefahren des sog. „Cyber-Grooming“ als Anbahnungsphase für sexuellen Missbrauch unberücksichtigt,¹¹ auf die der Gesetzgeber jüngst durch Anfügung des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB reagiert hat.¹² Zumindest fragwürdig erscheint darüber hinaus, warum die Kontaktaufnahme zu dem gefährdeten Personenkreis über einen *Mittelsmann* offenbar stets zulässig sein soll, da zumindest die gesetzgeberische Intention, Opfer früherer Taten vor einer Vertiefung des Schadens zu schützen und ihr Sicherheitsgefühl zu stärken,¹³ auch durch ungehemmte mittelbare Kontaktaufnahmen unterlaufen werden kann.¹⁴ Unklar ist schließlich auch der Begriff der Kontaktherstellung *aus eigenem Antrieb*. Der *Senat* meint hiermit offenbar, dass die Initiative zur Kontaktherstellung vom Verurteilten ausgegangen sein muss. Dies jedoch führt zu einer Schutzlücke zwischen der „vom Täter ausgehenden“ Kontaktaufnahme und des in aller Regel mitausgesprochenen Verbotes des „Unterhaltens“ eines Kontakts. Bei bereits bestehendem Kontakt nämlich wäre jede Erwiderung auf ein Kommunikationsverhalten der geschützten Person ein verbotenes „Unterhalten“ des Kontakts. Warum dann eine Erwiderung auf ein vom Opfer ausgehendes Kontaktangebot *kein* Verstoß gegen das Kontaktverbot darstellen sollte, ist angesichts der in beiden Fällen identischen Schutzbedürfnisse nicht erklärlich. Hinzu kommen Abgrenzungsprobleme. So wird angesichts der Subtilität und Vielschichtigkeit menschlicher Kommunikation nicht immer nachvollziehbar sein, von wem der Kontakt *in concreto* ausging. Auch erscheint unklar, ab welchem Zeitraum die Erwiderung auf eine Kontaktinitiative des Opfers als neuer Kontaktversuch des Verurteilten zu werten wäre. Läge z.B. eine strafbare erneute Kontaktaufnahme vor, wenn sich ein Verurteilter auf das Kontaktangebot einer geschützten Person erst nach einer Woche meldet?

V. Alternativvorschlag

Angesichts dieser Nachteile soll nunmehr ein alternativer Ansatz zur genaueren Bestimmung strafbarer Kontaktverbotsverstöße vorgeschlagen werden. Hierzu ist im Ausgangspunkt festzuhalten, dass es sich bei § 145a StGB um ein sog. Pflichtdelikt handelt, bei dem das deliktische Verhalten nicht durch die Beherrschung des tatbestandlichen Geschehens, sondern durch den Verstoß gegen die an die soziale Rolle des Täters gestellten Anforderungen typisiert wird¹⁵ – im vorliegenden Fall durch den Verstoß gegen ein Kontaktverbot. Die Tatherrschaft über das Geschehen der Kontaktherstellung bildet daher kein taugliches Kriterium, um eine täterschaftliche Kontaktaufnahme von straflosen Berührungspunkten mit dem gefährdeten Personenkreis abzugrenzen. Ein Anhaltspunkt lässt sich jedoch dem Charakter der weisungswidrigen Kontaktaufnahme als „Begegnungsdelikt“

¹¹ Vgl. *Eisele*, in: Festschrift für Heinz (2012), S. 697-713; *Rüdiger*, Deutsche Polizei 2/2012, 29-34.

¹² 49. StrÄndG v. 26.1.2015.

¹³ BT-Drs. 16/1993, S. 18.

¹⁴ Im Ergebnis ebenso: *MK-Groß* (2. Aufl. 2012), § 68b Rn. 15.

¹⁵ Vgl. *Roxin*, AT II (2003), § 25 Rn. 267-270; *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff (1992), S. S. 31.

entnehmen, bei dem die geschützte Person als „notwendiger Teilnehmer“ beteiligt ist. Weithin anerkannt ist, dass notwendige Teilnehmer (auch dann, wenn sie nicht Träger des angegriffenen Rechtsguts sind) straflos sind, wenn sich ihre Mitwirkung an der Tat auf das zur Tatbestandsverwirklichung durch den Täter notwendige Mindestmaß beschränkt.¹⁶ In den Kategorien der Lehre von der „objektiven Zurechnung“ gesprochen begründet demnach der in einer notwendigen Teilnehmereinwirkung liegende Angriff auf das geschützte Rechtsgut kein „rechtlich missbilligtes Risiko“. Diese Wertung lässt sich dergestalt auf den Verurteilten ummünzen, dass er nicht gegen das Kontaktverbot verstößt, so lange er bei Kontakten mit dem geschützten Personenkreis in der sozialen Rolle eines notwendigen Teilnehmers verharret. Der Begriff des Kontaktverbots wäre danach dahingehend zu verstehen, dass der Verurteilte seine Kommunikation mit dem geschützten Personenkreis in allen denkbaren Situa-

tionen auf das jeweils geringstmögliche Maß – unter Einschluss der Kontaktvermeidung – zu beschränken hat. Dieser Ansatz ist flexibel genug, um der bunten Vielfalt vorhersehbarer und unvorhersehbarer Berührungspunkte mit dem geschützten Personenkreis gerecht zu werden, und schützt den Weisungsadressaten zugleich davor, sich zur Erfüllung starrer Verhaltensregeln sozial hermetisch abschotten zu müssen, wodurch der Strafzweck positiver Spezialprävention gefährdet würde. So läge etwa noch keine Überschreitung der notwendigen Teilnehmerrolle darin, einen für ihn unvermeidbaren Kontaktversuch durch eine geschützte Person freundlich aber bestimmt abzulehnen. An diesen Vorgaben gemessen dürfte der Verurteilte im vorliegenden Fall den Bereich einer notwendigen Teilnahme spätestens in dem Moment verlassen haben, als er in seiner Wohnung der Nebenklägerin begegnete und sie nicht sofort wegschickte. Nach dem hier vorgestellten Ansatz hätte ein Verstoß des Verurteilten gegen das ihm auferlegte Kontaktverbot also außer Zweifel gestanden.

¹⁶ Roxin, AT II (2003), § 26 Rn. 50; Wessels/Beulke/Satzger, AT (45. Aufl. 2015), Rn. 587; LK-Schünemann (12. Aufl. 2007), Vor § 26 Rn. 29.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Kriminalisierung des Sports – Anti-Doping-Maßnahmen des Strafrechts und der Sportverbände im Vergleich

Von Judith Lutz, Universität Passau

I. Einleitung

Für all jene, die wider alle Vernunft noch daran glaubten, dass Spitzenleistungen im Bereich des Ausdauersports ohne Doping möglich sind, dürften die diesbezüglichen Medienberichte des letzten Jahres eine herbe Enttäuschung gewesen sein. Was sich im Mai 2015 mit einer Reportage des französischen Fernsehsenders „France 2“ bereits abzeichnete,¹ gipfelte nun in der Suspendierung des russischen Leichtathletikverbandes durch den IAAF²,

nachdem eine unabhängige Kommission der WADA³ den Vorwurf flächendeckenden Dopings erhoben hatte.⁴ Noch während im Laufe des Jahres umfassende Diskussionen bezüglich eines Anti-Doping-Gesetzes (im Folgenden: AntiDopG) für Deutschland geführt wurden,⁵ vernahm man seitens der NADA⁶ Rufe nach noch weiter reichenden, nämlich nächtlichen (zwischen 23:00 und 06:00 Uhr), Dopingkontrollen.⁷ Deutlich wurde also klar, dass sich sowohl Sport als auch Staat nicht mehr in der Lage sahen, ernsthaft gegen die „Dopingseuche“⁸ vorgehen zu können. Am 13.11.2015 wurde das Gesetz zur Bekämpfung von Doping im Sport nun im Deutschen Bundestag beschlossen.⁹ Der folgende Beitrag befasst sich, nachdem die Problematik der grundsätzlichen Verfassungsmäßig-

* Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Professor Robert Esser, Universität Passau.

¹ Aus dieser ging hervor, dass die Gabe von Dopingmitteln in Mikrodosierungen zwar deutliche Leistungssteigerungen hervorrufen kann, hingegen nur sehr schwer bis gar nicht nachweisbar ist: http://www.francetvinfo.fr/sports/dopage/video-ils-sedopent-volontairement-pendant-un-mois-l-effet-est-spectaculaire_893529.html (zuletzt abgerufen am 11. Januar 2016).

² International Association of Athletics Federations.

³ World Anti-Doping Agency.

⁴ <http://www.iaaf.org/news/press-release/araf-accepts-full-suspension> (zuletzt abgerufen am 11. Januar 2016).

⁵ Unter anderem: Breucker DRiZ 2015, 118; Haug/Martin CaS 2014, 345; Lehner CaS 2015, 130; Steiner ZRP 2015, 51.

⁶ Nationale Anti-Doping Agentur.

⁷ Siehe Kistner, Kontrollen nützen nichts, SZ vom 6. Mai 2015, Nr. 103, S. 29.

⁸ Dury SpuRt 2005, 137.

⁹ BT-Drucksache 18/6677.

keit des Gesetzes – mit unterschiedlichen Ergebnissen¹⁰ – bereits umfassend diskutiert wurde, nun mit der Frage, ob im Hinblick auf die Verfolgung von Dopingtätern die Verabschiedung des AntiDopG mit den daraus erwachsenden Möglichkeiten der StPO tatsächlich notwendig war, oder ob die Mittel, die den Sportverbänden bereits zur Verfügung stehen, nicht vielmehr ausreichend sind.

II. Die Dopingbekämpfung seitens des Strafrechts

Lange Zeit herrschte in Deutschland, trotz des Wissens um die enormen Ausmaße der Dopingverbreitung, breiter Konsens darüber, dass es die Aufgabe der Sportverbände selbst sei, diese zu bekämpfen. Hierzu seien sie aufgrund ihrer Sachkunde und -nähe deutlich besser befähigt, als es der Staat mit seinen Strafverfolgungsorganen sein könne.¹¹ Ab dem Jahre 2004 wurden hingegen immer wieder Stimmen laut, die eine Einmischung des Staates forderten: dieser dürfe die Verbände in ihrem Bemühen, gegen Dopingsünder vorzugehen, nicht alleine lassen.¹²

Dem aktuellen Entwurf des AntiDopG gingen sodann mehrere verschiedene Entwürfe voraus. Spätestens seit der 13. Legislaturperiode wurden seitens der Politik immer wieder Anstrengungen unternommen, die bestehenden Regelungen zu verschärfen,¹³ mit dem Gesetzesvorschlag Bayerns im Jahr 2009 rückte erstmals auch der dopende Sportler, nicht mehr nur sein Umfeld, in den Fokus.¹⁴ Unterstützt wurde der jetzt angenommene Entwurf insbesondere von Bundesjustizminister *Heiko Maas*,¹⁵ Kritik kam jedoch nicht nur von Seiten der Vorsitzenden des Bundestags-Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, *Renate Künast*.¹⁶ Auch bei den *Adressaten* der Norm, den Leistungssportlern selbst, herrscht bislang eher Skepsis: So kündigte Diskuswerfer *Robert Harting* bereits an, gegebenenfalls gegen das Gesetz klagen zu wollen.¹⁷ Eine Kriminalisierung der Sportler wird

auch von Seiten der WADA abgelehnt,¹⁸ die NADA wiederum begrüßt die Einführung des Gesetzes.¹⁹

1. Die bisherige Rechtslage: Strafbarkeit nach § 263 StGB und §§ 95 Abs. 1 Nr. 2a a.F. i.V.m. 6a Abs. 1 AMG a.F.

Seit der 8. Novelle zur Änderung des Arzneimittelgesetzes 1998²⁰ machte sich gemäß §§ 95 Abs. 1 Nr. 2a a.F.²¹ i.V.m. 6a Abs. 1 AMG a.F. strafbar, wer Arzneimittel zu Dopingzwecken im Sport in den Verkehr bringt, verschreibt oder bei anderen anwendet, unter dem Vorbehalt, dass tatsächlich Doping beim Menschen erfolgt, bzw. erfolgen soll. Eine Besitzstrafbarkeit wurde mit § 6a Abs. 2 a AMG a.F. im Jahr 2010 eingeführt, begrenzt jedoch auf die Strafbarkeit des Besitzes nicht geringer Mengen an Dopingmitteln.²² Die bisherige Regelung zielte folglich vorrangig nicht auf den dopenden (Spitzen-)Sportler selbst, sondern auf dessen Umfeld ab.

Dem Grunde nach kann zwar ebenso eine Strafbarkeit des dopenden Sportlers nach § 263 StGB in Betracht kommen, sowohl zulasten des Veranstalters von sportlichen Wettkämpfen²³, als auch des Sponsors²⁴ sowie der Mitkonkurrenten²⁵. Hierbei bestehen jedoch erhebliche Probleme, insbesondere Täuschung und Schaden nachzuweisen, wie exemplarisch der Fall des Radrennfahrers *Stefan Schumacher* zeigt: Dieser wurde 2013 vom LG Stuttgart nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* vom Vorwurf des Betrugs zulasten seines Teamsponsors freigesprochen.²⁶

Sofern also ein ausreichender Verdacht bestand, konnte bereits nach der bisherigen Regelung der Ermittlungsapparat der Polizei eingesetzt werden: Seit 2007 bestand für die Regelbeispiele der einschlägigen Straftatbestände – für das gewerbs- und bandenmäßige Inverkehrbringen beziehungsweise Verschreiben von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport, ebenso wie bei deren gewerbs- und bandenmäßiger Anwendung bei anderen, § 95 Abs. 1 Nr. 2a, Abs. 3 S. 2 Nr. 2b AMG a.F.; ebenso im Falle eines besonders schweren Betrugs nach § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB – gemäß §§ 100f Abs. 1, 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO zumindest die Möglichkeit des

¹⁰ Eine Verfassungsmäßigkeit ablehnend beispielsweise *Lehner* CaS 2015,130, 135; in Bezug auf den Straftatbestand des Selbstdopings auch *Zuck* NJW 2014, 276, 281.

¹¹ *Dury*, in: Festschrift für Röhrich (2005), S. 1097; *Steiner*, in: Röhrich/Vieweg (Hrsg.), *Doping-Forum* (2000), S. 125, 128f.; vgl. allgemein auch *Vieweg* SpuRt 2004, 194 ff. m.w.N.

¹² *Dury* a.a.O. (Fn. 11), S. 1099.

¹³ Vgl. Gesetzentwurf vom 3. März 1998, BT-Drucks. 13/9996.

¹⁴ Vgl. Referentenentwurf vom 30. November 2009: Gesetz zur Bekämpfung des Dopings und der Korruption im Sport: https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/entwurf_sportschutzgesetz_30112009.pdf (zuletzt abgerufen am 11. Januar 2016).

¹⁵ Siehe Mitteilung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 25. März 2015, http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/03252_015_Anti_Doping_Gesetz.html (zuletzt abgerufen am 11. Januar 2016).

¹⁶ Siehe Gastbeitrag von *Künast*: Doping ist kein Fall für das Strafrecht, FAZ vom 22. Mai 2015, Nr. 117, S. 10.

¹⁷ Vgl. <http://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/doping/robert-harting-erwaegt-klage-gegen-anti-doping-gesetz-13652984.html> (zuletzt abgerufen am 11. Januar 2016).

¹⁸ „As such, the agency does not believe that doping should be made a criminal offence for athletes“, siehe <https://www.wada-ama.org/en/media/news/2015-10/wada-statement-on-the-criminalization-of-doping-in-sport> (zuletzt abgerufen am 11. Januar 2016).

¹⁹ BT-Sportausschuss, Ausschussdrucksache 18 (5) 106: Anhörung Sportausschuss am 17. Juni 2015, Stellungnahme der NADA zum Anti-Doping-Gesetz.

²⁰ BGBl. I 1998/80, S. 3586.

²¹ Hier und im Folgenden: a.F. meint jeweils die Fassung vom 7. August 2013, BGBl. I 2013/47, S. 3108.

²² BGBl. I 2007/54, S. 2510.

²³ *Schattmann*, Betrug des Leistungssportlers im Wettkampf (2008), S. 27 ff.

²⁴ *Grotz* SpuRt 2005, 93.

²⁵ *Schattmann* a.a.O. (Fn. 22), S. 39 ff.

²⁶ LG Stuttgart 16 KLS 211 Js 88929/08, Urteil vom 29. Oktober 2013 = BeckRS 2013, 18596.

Kleinen Lauschangriffs, ebenso die Überwachung der Telekommunikation.²⁷

2. Das neue Anti-Doping-Gesetz

Das neue AntiDopG beinhaltet eine Bündelung und Erweiterung der bisher im AMG geregelten Verbote durch die Erfassung von neuen Tatbegehungsmethoden sowie von „Dopingmethoden“²⁸ (§ 2 AntiDopG). Auch eine Erweiterung der bisherigen besonders schweren Fälle sowie deren Ausgestaltung als Verbrechenstatbestände ist enthalten (§ 4 Abs. 4 AntiDopG). Weiterhin ist erstmals die Einführung eines strafbewehrten Verbots des Selbstdopings des Athleten (§ 3 Abs. 1, 2 AntiDopG) sowie eine Verschärfung der Besitzstrafbarkeit verwirklicht: der Besitz und der Erwerb von Dopingmitteln ist künftig auch schon bei geringen Mengen strafbar, sofern damit Selbstdoping beabsichtigt wird (§ 3 Abs. 4 AntiDopG). Ebenfalls wird die Position der NADA gestärkt: zum einen wird die Datenübermittlung von Gerichten und Staatsanwaltschaften an die NADA eingeführt (§ 8 AntiDopG), zum anderen wird der NADA eine weitergehende Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ermöglicht (§§ 9 f. AntiDopG).²⁹

Mit der Einführung des AntiDopG ergeben sich somit weitreichende Änderungen im Bereich der Strafverfolgungsmittel: es sind deutlich mehr Möglichkeiten gegeben, den Ermittlungsapparat der Polizei einzusetzen.

a) Der Anfangsverdacht: Die Einleitung des Ermittlungsverfahrens

Nach den §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO ist die Staatsanwaltschaft berechtigt und verpflichtet, das Ermittlungsverfahren einzuleiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat bekannt sind. Es muss folglich ein Anfangsverdacht³⁰ gegeben sein.

Fraglich ist, ob ein solcher Anfangsverdacht bereits bejaht werden kann, sobald eine positive Dopingkontrolle vorliegt. Als verfolgbare Straftat kam bislang vor allem ein Verstoß gegen §§ 95 Abs. 1 Nr 2a i.V.m. 6a Abs. 2a AMG a.F. in Betracht, die positive Dopingprobe musste also einen hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkt für einen vorherigen vorsätzlichen Gewahrsam des Sportlers an einer nicht geringen Menge Dopingmittel darstellen.³¹ Nach der Rechtsprechung zum Betäubungsmittelstrafrecht ist allein aus einem nachgewiesenen Konsum nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Gewissheit zu schließen, dass auch ein

vorangegangener strafbarer Besitz bestanden habe.³² Hingegen würde es die Anforderungen an den Anfangsverdacht überdehnen, würde man noch nicht einmal diesen bei Vorliegen einer positiven Dopingprobe eines Athleten bejahen. In der Regel wird sich der Athlet die verbotene Substanz selbst verabreicht haben bzw. von einem anderen – Betreuer, Trainer, Arzt – verabreichen haben lassen, wobei dann auch eine Strafbarkeit nach § 6a Abs. 1 AMG a.F. in Betracht kommen konnte.³³ Jedenfalls in den Fällen, in denen noch weitere Indizien hinzutraten, wie beispielsweise bereits vorherige verbandsrechtliche Verfahren gegen den verdächtigen Athleten oder gegen sein sportliches Umfeld, oder mehrere positive Dopingproben bei Mitgliedern einer Trainingsgruppe, war ein Anfangsverdacht gemäß § 152 Abs. 2 StPO mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen auch bei der bisherigen, eingeschränkten Besitzstrafbarkeit bereits zu bejahen.³⁴ Mit Einführung des AntiDopG ist ein Anfangsverdacht strafbaren Handelns noch schneller anzunehmen: eine positive Dopingprobe ist als starkes Indiz für einen Verstoß gegen das Verbot des Selbstdopings, § 3 AntiDopG zu werten. Ebenso ist bei einer Verschärfung der Besitzstrafbarkeit ein Anfangsverdacht noch problemloser zu bejahen.

Fraglich ist jedoch, ob eine Dopingprobe, die von der NADA vollkommen verdachtsunabhängig erhoben werden darf, von der Staatsanwaltschaft überhaupt verwendet werden darf – im Gegensatz dazu wäre beispielsweise eine Blutentnahme, mittels derer ebenfalls Dopingspuren nachgewiesen werden könnten, im Falle der Durchführung durch die staatlichen Ermittlungsbehörden nur bei einer Beschuldigtenstellung des Sportlers möglich, § 81a Abs. 1 S. 2 StPO, d.h. wiederum nur, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat vorliegen, § 152 Abs. 2 StPO. Nach Art. 14.2 NADC 2015³⁵ wird dies jedoch ausdrücklich ermöglicht: hiernach ist die NADA im Falle eines möglicherweise strafrechtlich relevanten Verstoßes gegen die Anti-Doping-Bestimmungen nach pflichtgemäßem Ermessen befugt, die Daten des getesteten Athleten, unter anderem seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort sowie weitere relevante Informationen, an die zuständige Staatsanwaltschaft bzw. das Bundeskriminalamt weiterzugeben. Bereits nach der bisherigen Regelung konnte folglich eine positive Dopingprobe ausreichen, um ein Ermittlungsverfahren gegen den Sportler einzuleiten.

³² OLG Düsseldorf 5 Ss 151/93 u.a., Entscheidung vom 13. Mai 1993 = MDR 1993, 1113; Weber, BtMG, 3. Aufl. (2009), § 29 Rn. 1060.

³³ Kolbe, Strafprozessuale Aspekte der strafrechtlichen Dopingverfolgung (2012), S. 36; ebenso Hauptmann/Rübenstahl HRRS 2007, 143, 146 (ohne Berücksichtigung der „geringen Menge“).

³⁴ Vgl. Jahn in der schriftliche Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport, 20.7.2007: www.jura.uni-frankfurt.de/55029819/Jahn_Sachverstaendigenanhoerung_Sportausschuss_20-06-2007.pdf (zuletzt abgerufen am 11. Januar 2016).

³⁵ Nationaler Anti-Doping Code.

²⁷ BGBl. I 2007/70, S. 3198.

²⁸ Darunter fallen: die Manipulation von Blut und Blutbestandteilen, die chemische und physikalische Manipulation der Dopingkontrollen sowie das Gendoping, vgl. Anlage I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping im Sport, BGBl. II 2014/31, S. 1367.

²⁹ BT-Drucksache 18/4898.

³⁰ Beulke, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2007), § 152 Rn. 21.

³¹ Hauptmann/Rübenstahl HRRS 2007, 143, 147.

b) Die Eingriffs- bzw. Zwangsmaßnahmen

aa) Überwachung der Telekommunikation, § 100a StPO

Neu ist, dass nach Inkrafttreten des AntiDopG, mit Einführung des § 4 Abs. 4 Nr. 2 lit. b AntiDopG in den Katalog des § 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO, bereits der Verdacht der *Herstellung* eines Dopingmittels oder dessen Anwendung – wie auch die Anwendung einer Dopingmethode bei einer anderen Person – eine Überwachung der Telekommunikation rechtfertigen können, sofern diese gewerbs- oder bandenmäßig erfolgt. Hierunter fällt beispielsweise auch die Überwachung des Handy- und E-Mail-Verkehrs.³⁶ Bislang war dies nur für Fälle des banden- bzw. gewerbsmäßigen Inverkehrbringens, Verschreibens und Anwendens bei anderen Personen möglich, §§ 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO, 95 Abs. 1 Nr. 2a, Abs. 2 S. 2 Nr. 2b AMG a.F.

bb) Akustische Überwachung, §§ 100c, 100f StPO

Dieselben Konsequenzen ergeben sich in Bezug auf den sog. Kleinen Lauschangriff, d.h. die akustische Überwachung des Verdächtigen und gegebenenfalls seines Umfelds außerhalb von Wohnungen nach § 100f Abs. 1 StPO, welcher in seinen Voraussetzungen auf den Straftatentwurf des § 100a StPO zurückgreift. Auch hier ergibt sich folglich eine Erweiterung der Zulässigkeit im Falle der Tathandlungen des Herstellens von Dopingmitteln und der Dopingmethoden. Generelle Voraussetzung für die Anordnung einer solchen akustischen Überwachung ist das Vorliegen eines auf bestimmte Tatsachen gestützten Verdachts, § 100f Abs. 1 StPO. Die Eingriffsintensität der Maßnahme impliziert keine besonderen Anforderungen an den Verdachtsgrad, dieser unterscheidet sich grundsätzlich nicht vom sonst erforderlichen Anfangsverdacht. Höhere Anforderungen ergeben sich lediglich aus der Notwendigkeit, dass der Verdacht konkret auf eine Katalogtat bezogen sein muss.³⁷ Eine positive Dopingkontrolle der NADA, übermittelt an die Staatsanwaltschaft, würde demnach ausreichen, um einen solchen Verdacht zu begründen, s.o. Die akustische Überwachung des Wohnraumes selbst – der sog. Große Lauschangriff, § 100c StPO – aufgrund des Verdachts von Dopingstraftaten war hingegen bislang unzulässig, hieran wird sich auch mit Einführung des AntiDopG nichts ändern.

cc) Durchsuchung beim Beschuldigten, § 102 StPO

In Bezug auf die Durchsuchung eines Tatverdächtigen sowie seiner Wohnung ist Voraussetzung nach § 102 StPO, dass der Verdacht einer Straftat besteht. In diesem Falle ergeben sich folglich mit Einführung des AntiDopG durchaus weitreichende Folgen: bereits aufgrund einer positiven Dopingprobe kann künftig die Wohnung des Athleten durchsucht werden, sofern der

³⁶ „Telekommunikation“ definiert sich nach § 3 Nr. 22 TKG; Hauck, in: Löwe-Rosenberg a.a.O. (Fn. 29), § 100a Rn. 31: „[...] jede Form der Datenübermittlung unter Überwindung räumlicher Entfernungen bei nicht körperlicher Übertragung, insbesondere auf elektronischem oder optischem Wege“.

³⁷ Hauck, in: Löwe-Rosenberg a.a.O. (Fn. 29), § 100f Rn. 14.

begründete Verdacht besteht, dass dieser gegen das Verbot des Selbstdopings verstoßen hat. Dasselbe gilt für die Verschärfung der Besitzstrafbarkeit, s.o. Die körperliche Untersuchung des Athleten richtete sich bislang vor allem nach § 81c StPO, da der Sportler in der Regel als „Anderer“ anzusehen war- die bisherige Regelung zielte, wie bereits erwähnt, vielmehr auf das Umfeld des Dopingnetzwerks ab, als auf den Sportler selbst. Mit Einführung des Straftatbestandes des Selbstdopings beziehungsweise der uneingeschränkten Besitzstrafbarkeit müssen für eine körperliche Untersuchung des beschuldigten Sportlers hingegen die Voraussetzungen des § 81a Abs. 1 StPO erfüllt sein. Demnach ist nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts ein erheblicher Verhältnismäßigkeitsmaßstab zu beachten, da in diesem Fall „der Körper des Beschuldigten zum Beweismittel gegen ihn selbst gemacht wird“³⁸.

dd) Verdeckte Ermittler, § 110a ff. StPO, und weitere Ermittlungspersonen

Weiterhin könnten zur Aufklärung von Dopingfällen auch Verdeckte Ermittler eingesetzt werden (§§ 110a ff. StPO). Jedoch wird auch bei organisierter Dopingkriminalität³⁹ selten die Schwelle zur Straftat „von erheblicher Bedeutung“ im Sinne des § 110a Abs. 1 Nr. 3 und 4 StPO erreicht werden. Demnach wird dies auch nach Inkrafttreten des AntiDopG nur in den seltensten Fällen möglich sein. Eine Ausnahme könnte sich lediglich in Einzelfällen ergeben, wenn aufgrund der konkreten Begehungsweise der Tat ein höherer Kriminalitätsbereich erreicht wird, die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre sowie der Rechtsfrieden empfindlich gestört wird, d.h. das Gefühl der Rechtssicherheit der Gesellschaft erheblich beeinträchtigt wird.⁴⁰ Andere Ermittlungspersonen, wie V-Personen oder Informanten, können nach wohl herrschender Ansicht gemäß der allgemeinen Generalklausel der §§ 161, 163 StPO bereits aufgrund eines bestehenden Anfangsverdachts eingesetzt werden.⁴¹ Mit Inkrafttreten des AntiDopG können diese also konsequenterweise auch z.B. beim Verdacht des Selbstdopings eingesetzt werden.

III. Die Dopingbekämpfung von Seiten des Sports

Beteiligt am Kampf gegen Doping sind auf nicht-staatlicher Seite insbesondere die NADA, die Weltagentur WADA sowie die nationalen Sportverbände (bei-

³⁸ Jahn SpuRt 2005, 141, 146; vgl. auch BVerfG 1 BvR 790/58, Beschluss vom 10. Juni 1963 = NJW 1963, 1597.

³⁹ Hinter einem gedopten Sportler steht häufig ein ganzes Netzwerk von Mittätern und –wissern; angefangen von Trainern bis hin zu Mannschaftsärzten etc.; vgl. Körner Kriminalistik 2003, 101, der von einer „verschworenen Gemeinschaft“ spricht.

⁴⁰ Jahn SpuRt 2005, 141, 144.

⁴¹ Rogall, Anmerkung zu BVerfG 2 BvR 2017 u. 2039/94, Beschluss vom 1. März 2000 = NStZ 2000, 489, 493; Jahn SpuRt 2005 141, 144; kritisch hierzu beispielsweise die Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes bei Kintzi DRiZ 2003, 136, 142.

spielsweise der DLV⁴²). Als oberste Sportschiedsgerichtsbarkeit und damit letzte Instanz in Streitfragen zum internationalen Sportrecht ist der Court of Arbitration for Sport (CAS) mit Sitz in Lausanne zuständig.

Nach der NADA definiert sich Doping als Verstoß gegen die im NADC festgelegten Anti-Doping-Bestimmungen.⁴³ Darunter fallen: das Vorhandensein einer verbotenen Substanz (oder ihrer Metaboliten oder Marker) in der Probe eines Athleten, deren Gebrauch, die Umgehung der Probenahme oder die Weigerung oder das Unterlassen, sich einer Probenahme zu unterziehen, drei Meldepflichtverstöße innerhalb von 12 Monaten, die unzulässige Einflussnahme auf irgendeinen Teil des Dopingkontrollverfahrens, der Besitz und das Inverkehrbringen einer verbotenen Substanz oder einer verbotenen Methode sowie deren Verabreichung an Athleten. Eine Versuchsstrafbarkeit besteht für die Einflussnahme auf das Dopingkontrollverfahren, für den Gebrauch einer verbotenen Substanz sowie deren Inverkehrbringen oder deren Verabreichung an Athleten. Ebenso ist die Tatbeteiligung im Zusammenhang mit einem Dopingverstoß selbst als Doping anzusehen. Auch der Umgang eines Athleten in beruflicher oder sportlicher Funktion mit einem Athletenbetreuer, der aufgrund von Anti-Doping-Bestimmungen gesperrt ist, kann dem NADC zufolge selbst einen Verstoß darstellen.⁴⁴

Im sportrechtlichen Verfahren gilt der Grundsatz der *strict liability*. Dies bedeutet, dass der Athlet zum einen selbst dafür verantwortlich ist, davon Kenntnis zu haben, was einen Verstoß gegen Anti-Doping-Bestimmungen darstellt; eine entlastende Berufung auf einen Irrtum, ähnlich § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, kommt demnach nicht in Betracht.⁴⁵ Es ist weiterhin persönliche Pflicht eines jeden Athleten, dafür Sorge zu tragen, dass keine dieser verbotenen Substanzen in seinen Körper gelangt. Vorsatz, Verschulden, Fahrlässigkeit oder allein bewusster Gebrauch werden grundsätzlich nicht gefordert,⁴⁶ es besteht allenfalls die Möglichkeit, dass den Sportler, sofern er nachweisen kann, dass er kein Verschulden für den Verstoß trägt oder dass dieser nicht absichtlich begangen wurde, eine gemilderte Strafe trifft.⁴⁷ Die Konsequenz ist demnach eine Beweislastumkehr im sportverbandsrechtlichen Verfahren, konträr zum staatlichen Strafverfahren.⁴⁸

Die Konsequenzen bei Dopingvergehen richten sich nach den jeweiligen Verstößen: so werden bei Einzelsportarten die Ergebnisse eines Wettkampfes, bei dem ein Verstoß erfolgte, automatisch annulliert, einschließlich der Aberkennung von z.B. Preisen und Medaillen.⁴⁹ Weiterhin können bereits bei einem ersten Verstoß Wettkampfsperren bis zu einer Dauer von vier Jahren verhängt werden, ein dritter Verstoß kann zu einer lebenslangen Sperre

führen.⁵⁰ Die Sperre bezieht sich dabei nicht nur auf die aktive Teilnahme des Athleten an Wettkämpfen, sondern verbietet ebenso sämtliche Verwaltungstätigkeiten, sogar als Ehrenamtlicher; dies gilt auch nicht nur für die Sportart, in deren Rahmen der Dopingverstoß erfolgte, sondern nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auch für alle anderen Sportarten, die der NADA unterstehen.⁵¹ Aufgrund der Tatsache, dass all diese Folgen eines positiven Dopingtests sehr schnell und grundsätzlich ohne die Möglichkeit eines Freispruchs aufgrund mangelnder Beweise eintreten, wird den Sportrechtsverfahren teilweise ein erheblich größerer Abschreckungseffekt als den langwierigen, staatlichen Strafverfahren mit ungewissem Ausgang zugeschrieben.⁵²

1. Die Datenerhebung und -speicherung durch die NADA: Das Anti-Doping Administration and Management System (ADAMS)

Der NADA wird von der WADA die Software „ADAMS“ zur Verfügung gestellt, welche der Planung und Durchführung von Dopingtests dient. Eine der Hauptfunktionen von ADAMS ist die Speicherung der „Athlete Whereabouts“, d.h. der Aufenthaltsorte der registrierten Athleten. Die Sportler müssen über ein Onlineportal ihre Aufenthaltsorte – sowohl die Adresse des Ortes, an dem sie oder er übernachtet, als auch z.B. die jeweiligen Trainingsstätten – sowie Daten zur Erreichbarkeit – Telefonnummer, E-Mail-Adresse – jeweils vierteljährlich im Voraus angeben; kurzfristige Änderungen haben via Telefon oder SMS zu erfolgen.⁵³

Zur Angabe der „Whereabouts“ sind alle Athleten Deutschlands verpflichtet, die dem „Registered Testing Pool“ (RTP) oder dem „National Testing Pool“ (NTP) angehören. Für die RTP-registrierten Athleten beinhalten diese darüber hinaus die Angabe eines täglichen Zeitfensters von 60 Minuten – zwischen 06:00 und 23:00 Uhr – zu dem sie oder er an einem von ihm bestimmten Ort für Dopingkontrollen zur Verfügung steht. Die Kriterien, nach denen die Aufnahme in die Testpools erfolgt, werden von der NADA in Abstimmung mit den jeweiligen nationalen Sportverbänden festgelegt. Am Beispiel der Leichtathletik dargelegt bedeutet dies: die Aufnahme in den Bundeskader des DLV ist gleichbedeutend mit der Aufnahme in einen der Testpools der NADA.⁵⁴ Der Athlet muss also, um bei nationalen und internationalen Wettkämpfen teilnehmen zu können, unter Anderem der Nutzung von ADAMS zustimmen. Verweigert er dies, so kann er – als Profisportler, der seinen Lebensunterhalt ganz oder teilweise mit der sportlichen Tätigkeit verdient – seinen Beruf nicht ausüben.⁵⁵

⁴² Deutscher Leichtathletik-Verband.

⁴³ Art. 1 NADC 2015.

⁴⁴ Vgl. Art. 2 NADC 2015.

⁴⁵ Art. 2 NADC 2015.

⁴⁶ Art. 2.1.1 NADC 2015.

⁴⁷ Art. 10 NADC 2015, beispielsweise eine Verkürzung seiner Wettkampfsperre von vier auf zwei Jahren.

⁴⁸ Kudlich JA 2007, 90, 95.

⁴⁹ Art. 9 ff. NADC 2015.

⁵⁰ Art. 10 NADC 2015.

⁵¹ Kommentar zu Art. 10.12.1 NADC 2015.

⁵² Dury SpuRt 2005, 137, 140.

⁵³ Vgl. Art. 3.1 NADA Standard für Meldepflichten.

⁵⁴ Vgl. <https://www.leichtathletik.de/nationalmannschaft/anti-doping/> (zuletzt abgerufen am 11. Januar 2016).

⁵⁵ LG München 37 O 28331/12, Urteil vom 26. Februar 2014 = SchiedsVZ 2014, 100; sowie OLG München U 1110/14 Kart, Urteil vom 15. Januar 2015 = BeckRS 2015, 02086; Fall Pechstein: bezogen auf die Freiwilligkeit der Einwilli-

Die NADA verfügt damit über sehr umfangreiche Informationen über die Spitzensportler, welche auch die Adressaten des AntiDopG sind.⁵⁶ Anlass für die Sammlung und Speicherung dieser Daten ist die Ermöglichung von unangemeldeten Dopingkontrollen, insbesondere außerhalb der Wettkämpfe.

2. Die Durchführung von Dopingkontrollen

Die NADA führt zur Feststellung von Dopingverstößen sowohl Trainings- als auch Wettkampfkontrollen durch. Trainingskontrollen werden nur bei den Testpool-registrierten Athleten durchgeführt, Wettkampfkontrollen auch bei nicht-registrierten sowie bei ausländischen Athleten. Seit Inkrafttreten des NADC 2015 ist die NADA für sämtliche Wettkampfkontrollen bei nationalen Wettkämpfen zuständig.⁵⁷ Die Kontrollen werden komplett verdachtsunabhängig durchgeführt: es bedarf keines Tatverdachts, keines Hinweises eines Dritten. Lediglich der Grad der Doping-Gefährdung der jeweiligen Sportart hat Einfluss auf die Einteilung der Sportler in die unterschiedlichen Testpools: Athleten aus hochgradig dopinggefährdeten Sportarten werden eher in den RTP eingeordnet und sind damit vermehrt Kontrollen ausgesetzt. Grundsätzlich werden die Kontrollen nur tagsüber – zwischen 06:00 Uhr und 23:00 Uhr – durchgeführt, bei ernstem und konkretem Verdacht kann jedoch auch schon jetzt ebenso zur Nachtzeit kontrolliert werden.⁵⁸ Mitnichten müssen also, wie nach dem Bekanntwerden der Ergebnisse der France 2-Studie vielfach gefordert, neue, verschärfte Regelungen erlassen werden, um die befürchtete Lücke im Kontrollsystem zu schließen; der bestehende NADC lässt dies in Ausnahmefällen bereits zu. Im Jahr 2014 wurden von der NADA insgesamt 8.652 Dopingkontrollen außerhalb der Wettkämpfe, sowie 1.375 von insgesamt 5.257 Wettkampfkontrollen organisiert.⁵⁹ Die erhobenen Proben können zum Zweck der weiteren Analyse gelagert werden, nach dem derzeit geltenden Standard für Datenschutz der NADA bis zu 10 Jahren.⁶⁰

gung in eine Schiedsvereinbarung, welche von den Sportverbänden verlangt wurde.

⁵⁶ Dies sind, bezogen auf die Besitzstrafbarkeit und das Selbstdoping: alle Athleten, die aufgrund ihrer Testpoolzugehörigkeit Trainingskontrollen unterliegen, sowie jeder, der aus der sportlichen Betätigung unmittelbar oder mittelbar Einnahmen von erheblichem Umfang erzielt, vgl. § 4 Abs. 4 Nr. 1, 2 AntiDopG.

⁵⁷ Vgl. Art. 5.2.3 NADC 2015; durchgeführt werden die Kontrollen von der Firma PWC Medizinische Testverfahren im Sport GmbH, die Beauftragung Dritter ist nach Art. 5.2 NADC 2015 auch zulässig.

⁵⁸ Vgl. Kommentar zu Art. 5.3.2 NADC 2015.

⁵⁹ Vgl. NADA-Jahresbericht 2014, S. 4 f.: http://www.nada.de/fileadmin/user_upload/nada/Downloads/Jahresberichte/NADA_Jahresbericht_deutsch_final.pdf (zuletzt abgerufen am 11. Januar 2016).

⁶⁰ Vgl. Art. 6.5 NADC 2015; Anlage 1 zum Standard für Datenschutz: http://www.nada.de/fileadmin/user_upload/nada/Downloads/Regelwerke/2015_Annex_Standard_fuer_Datenschutz.pdf (zuletzt abgerufen am 11. Januar 2016).

IV. Grundlegende Unterschiede zwischen Strafprozess und sportrechtlichem Verfahren

1. Selbstbelastungsfreiheit auf der einen Seite, faktischer Aussagezwang auf der anderen

Die Einführung eines Straftatbestandes des Selbstdopings, ebenso die verschärfte Besitzstrafbarkeit durch das AntiDopG, wirkt im Zusammenhang mit der Verfahrensmaxime *nemo tenetur se ipsum accusare*, vgl. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK⁶¹, § 14 Abs. 3 lit. g IPbPr, §§ 136 Abs. 1 S. 2, 136a StPO, einige Fragen auf. Diesem Grundsatz zufolge ist der beschuldigte Sportler nicht verpflichtet, zu seiner Strafverfolgung durch aktives Tun beizutragen; er hat das Recht, zu allen gegen ihn erhobenen Vorwürfen die Aussage zu verweigern.

Wie bereits dargestellt, unterwirft sich der Sportler mit Unterzeichnung der Athletenvereinbarung den Dopingkontrollen der NADA. Sofern die Ergebnisse dieser Kontrollen den staatlichen Ermittlungsbehörden übermittelt werden, stellt sich damit das Problem, dass der Sportler mehr oder minder gezwungen ist, aktiv an seiner Überführung mitzuwirken.⁶² Ebenso ist der Sportler im verbandsrechtlichen Verfahren aufgrund der dort geltenden Beweislastregeln faktisch gezwungen, zur Sache auszusagen.⁶³ In vergleichbaren Konstellationen – vordergründig im Insolvenzverfahren, konkret im sog. „Gemeinschuldnerbeschluss“⁶⁴ – hat das BVerfG entschieden, dass sich als Konsequenz des Grundsatzes der Freiheit von Selbstbezeichnungszwang unter Umständen ein Beweisverwertungsverbot ergeben kann. Begründet wurde dies damit, dass der Einzelne nicht von staatlicher Seite in eine Konfliktlage gebracht werden dürfe, in der er sich selbst strafbarer Handlungen oder ähnlicher Verfehlungen bezichtigen muss, und damit in Versuchung gerät, durch Falschaussagen ein neues Delikt zu begehen, oder wegen seines Schweigens Gefahr läuft, Zwangsmitteln unterworfen zu werden. Ein Zwang zur Selbstbezeichnung berühre zugleich die Würde des Menschen, dessen Aussage als Mittel gegen ihn selbst verwendet werde.⁶⁵ Aus einer staatlich angeordneten Mitwirkungspflicht kann sich folglich ein Beweisverwertungsverbot ergeben. Fraglich ist jedoch, ob diese Situation des Beschuldigten im Insolvenzverfahren mit der des Athleten im sportrechtli-

⁶¹ EGMR J. B. v. Schweiz, Urteil vom 3. Mai 2001 = NJW 2002, 499; Esser, in: Löwe-Rosenberg a.a.O. (Fn. 29), EMRK Art. 6 Rn. 879 ff.

⁶² Das Abgeben einer Urinprobe (die übliche Methode einer Dopingkontrolle) ist, anders als das Erdulden einer Blutentnahme, als aktives Tun einzustufen.

⁶³ Im Sportgerichtsverfahren kann das zur Entscheidung berufene Disziplinarorgan negative Rückschlüsse daraus ziehen, dass der Betroffene trotz ordnungsgemäßer Aufforderung nicht an der Anhörung teilnimmt oder Fragen der zuständigen Organe nicht beantwortet, Art. 3.2.5 NADC 2015.

⁶⁴ BVerfG 1 BvR 116/77, Beschluss vom 13. Januar 1981 = NJW 1981, 1431.

⁶⁵ Ebd.

chen Verfahren vergleichbar ist. Darüber lässt es sich durchaus streiten: Verneint wird dies in erster Linie unter Hinweis auf die Freiwilligkeit, mit der sich die Athleten den Verbandsregeln bzw. Wettkampfregeln der Sportverbände und der NADA unterwerfen. Die Sportler seien diese Verpflichtungen folglich eigenverantwortlich eingegangen.⁶⁶

Hingegen kann man aufgrund der Monopolstellung, welche die Sportverbände wegen des im Verbandswesen geltenden Ein-Verband-Prinzips⁶⁷ innehaben, durchaus einen faktischen Zwang der Sportler zur Abgabe einer solchen Erklärung erwägen, mithin eine freiwillige, eigenverantwortliche Entscheidung der Sportler verneinen.⁶⁸ Die faktische Mitwirkungspflicht im verbandsrechtlichen Verfahren käme demnach im Hinblick auf den Zwang zur Aussage einer staatlich angeordneten sehr nahe,⁶⁹ insbesondere wenn man dies im Lichte der Entscheidung im Fall *Pechstein* betrachtet. Darin wurde Anfang des Jahres 2015 vom OLG München entschieden, dass ein Missbrauch von Marktmacht zumindest dann vorläge, wenn ein marktbeherrschender Sportverband die Zulassung zu einem von ihm ausgerichteten Wettkampf von der Zustimmung zu einer Schiedsvereinbarung abhängig macht.⁷⁰ Begründet wurde dies damit, dass die Athleten faktisch gezwungen wurde, sich dem Schiedsgericht CAS zu unterwerfen, obgleich die Praxis zur Besetzung der Schiedsrichterstellen dort nicht strukturell neutral sei.⁷¹ In diesem Urteil wurde also durchaus gesehen, dass der Spitzenathlet, um seinen Beruf ausüben zu können, keine andere Möglichkeit hat, als den Athletenvereinbarungen seines Sportfachverbandes zuzustimmen,⁷² und demnach eine strukturelle Unterlegenheit des Sportlers gegenüber dem Verband zu bejahen ist.⁷³ Demzufolge könnte die Freiwilligkeit des Sportlers, mit der er sich dem verbandsrechtlichen Verfahren und demnach faktisch einer Aussagepflicht unterwirft, durchaus ver-

neint werden,⁷⁴ mit der Konsequenz, dass ein Beweisverwertungsverbot zu bejahen wäre. Die Erkenntnisse aus dem sportrechtlichen Verfahren dürften demnach im Strafverfahren nicht berücksichtigt werden.

2. *Ne bis in idem* – Das Verbot der Doppelbestrafung

Weiterhin stellt sich bei einem künftigen – verstärkten – Nebeneinander von staatlichem Strafprozess und sportverbandsrechtlichem Verfahren, infolge dessen es vermehrt zur Sanktionierung des dopenden Sportlers sowohl nach dem StGB als auch dem WADC kommen kann, die Frage nach der Reichweite des Grundsatzes *ne bis in idem*, Art. 103 Abs. 3 GG.⁷⁵ Angeführt werden in diesem Zusammenhang vor allem grundsätzliche Probleme in Bezug auf eine mögliche Doppelbestrafung des Sportlers, weiter die gegenseitige Beeinflussung sowie Haftungsprobleme bei unterschiedlichem Ausgang der beiden Verfahren.⁷⁶ Bezüglich der Gefahr der Doppelbestrafung lässt sich jedoch entgegen, dass Art. 103 Abs. 3 GG nur der Verhängung zweier Kriminalstrafen, d.h. beruhend auf den allgemeinen Strafgesetzen, entgegensteht. Da das sportrechtliche Verfahren jedoch dem Vereinsrecht, ergo dem Privatrecht, zuzuordnen ist, kommt eine Ausdehnung des *ne bis in idem* unter diesem Aspekt nicht in Betracht.⁷⁷ Jedoch lässt sich, mit Rücksicht auf das dem Art. 103 Abs. 3 GG zugrunde liegende Verhältnismäßigkeitsgebot, Art. 20 Abs. 3 GG, befürworten, dass eine möglicherweise bereits verhängte verbandsrechtliche Sanktion im Rahmen der Strafzumessung nach § 46 Abs. 1, 2 StGB Berücksichtigung findet,⁷⁸ wie es beispielweise aus der ständigen Rechtsprechung des BGH in Bezug auf berufsrechtliche Sanktionen von Beamten bekannt ist.⁷⁹ Dies gilt umso mehr, als dass insbesondere der neue Straftatbestand des Selbstdopings denselben Schutzzweck verfolgt wie die einschlägigen Normen des WADC: die Integrität des Sports.⁸⁰

Der entgegengesetzte Fall, d.h. eine zeitlich auf das strafrechtliche Urteil folgende verbandsrechtliche Sanktion, wird in Anbetracht der grundsätzlichen Auslastung der Strafgerichte eher die Ausnahme sein. Die Dopingsanktionen der Verbandsorgane hingegen können unmittelbar erfolgen, so beispielsweise die umgehende Annullierung der Platzierung eines im Wettkampf positiv getesteten Sportlers. Eine Anrechenbarkeit der staatlichen Strafe auf

⁶⁶ Hauptmann/Rübenstahl HRRS 2007, 143, 150; Kolbe a.a.O. (Fn. 32), S. 113 ff.; Dury a.a.O. (Fn. 11), S.1106: Unterwerfung in „zivilrechtlich zulässiger Weise“.

⁶⁷ Siehe hierzu Grätz, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände (2009), S. 21 ff.: In der Regel nehmen die internationalen Sportfachverbände nur jeweils einen nationalen Sportfachverband auf, um zu gewährleisten, dass Sportwettkämpfe international nach einheitlichen Regeln durchgeführt werden.

⁶⁸ Von einem „Kontrahierungszwang“ spricht auch Cherkeh SpuRt 2004, 89.

⁶⁹ So auch Glocker, Die strafrechtliche Bedeutung von Doping (2009), S. 269.

⁷⁰ OLG München U 1110/14 Kart, Urteil vom 15. Januar 2015 = BeckRS 2015, 02086; LG München, Urteil vom 26. Februar 2014 = SchiedsVZ 2014, 100.

⁷¹ OLG München U 1110/14 Kart, Urteil vom 15. Januar 2015 = BeckRS 2015, 02086, Rn. 60 ff.; LG München 37 O 28331/12, Urteil vom 26. Februar 2014 = SchiedsVZ 2014, 100, 105.

⁷² „Die Klägerin hatte bei der Unterzeichnung der Schiedsvereinbarungen nicht die Wahl, von der Unterzeichnung Abstand zu nehmen [...] Die Wettkampfteilnahme bei den Beklagten ist für die Klägerin angesichts deren Monopolstellung die einzige Möglichkeit, ihren Beruf angemessen auszuüben.“

⁷³ Niedermaier, Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen (2013), S.69 f.

⁷⁴ Gegen eine freiwillige Entscheidung auch Schenk im Expertengespräch zur Dopinggesetzgebung am 26. September 2013 im Bundesministerium des Inneren, Bonn: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ku_rzmeldungen/bericht.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 11. Januar 2016).

⁷⁵ Vgl. Lüer, Dopingstrafen im Sport (2006), S. 133.

⁷⁶ Rössner im Expertengespräch zur Dopinggesetzgebung am 26. September 2013 im Bundesministerium des Inneren, Bonn (Fn. 73).

⁷⁷ Hauptmann/Rübenstahl HRRS 2007, 143, 151.

⁷⁸ Glocker a.a.O. (Fn. 68), S. 273; ebenso Hauptmann/Rübenstahl HRRS 2007, 143, 153.

⁷⁹ Hauptmann/Rübenstahl HRRS 2007, 143, 153; vgl. auch BGH 2 StR 527/87, Urteil vom 16. Dezember 1987 = BeckRS 9998, 164679.

⁸⁰ Zu § 3 AntiDopG (Selbstdoping), BT-Drucksache 18/4898.

eine darauf folgende verbandsrechtliche Sanktion ist jedoch zu verneinen. Begründen lässt sich dies schon allein mit der Vereinsautonomie des Sports, welche nach Art. 9 Abs. 1 GG garantiert wird. Dessen Selbstbestimmungs- und Selbstverständnisrecht umfasst auch die sportmoralische Beurteilung von Doping, so dass es unzulässig wäre, dies durch eine zwingende Anrechnung einer Kriminalstrafe zu umgehen. Ferner bestünde bei einer zwingenden Berücksichtigung der Kriminalstrafen auch die Problematik, dass Berufssportler mittels Selbstanzeige ein Ermittlungsverfahren initiieren und eine Verurteilung zu einer Geldstrafe durch die Strafgerichte in Kauf nehmen könnten, um beispielsweise eine jahrelange Wettkampfsperre zu vermeiden,⁸¹ da letzteres für sie gegebenenfalls eine wesentlich größere Einbuße an finanziellen Mitteln bedeuten würde. Der Kampf der Sportverbände gegen Doping würde so ad absurdum geführt.

Aufgrund der unterschiedlichen Beweislastregeln – Grundsatz der *strict liability* im Gegensatz zum zwingenden Vorsatznachweis im Strafprozess⁸² – kann es durchaus zu differierenden Ergebnissen der beiden Verfahren kommen. Nicht unwahrscheinlich wäre demnach der Fall, dass der positiv getestete Sportler zunächst zu einer Wettkampfsperre sowie zur Rückzahlung erhaltener Preisgelder verurteilt wird, später hingegen aufgrund von Zweifeln an seiner Schuld – *in dubio pro reo* – im staatlichen Verfahren freigesprochen wird. Teilweise wird befürchtet, dass dies zum einen das Ansehen der Sportgerichtsbarkeit gefährden könnte,⁸³ zum anderen auch umfangreiche Schadensersatzforderungen des Sportlers gegen den Sportverband nach sich ziehen würde.⁸⁴ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass ein solches Nebeneinander von unterschiedlichen Sanktionswegen mit all den Konsequenzen durchaus üblich ist, so beispielsweise bei einem Verkehrsunfall, bei dem einerseits eine Haftung nach dem StVG – wobei eine Gefährdungshaftung bestehen kann – sowie andererseits eine Strafbarkeit nach dem StGB in Betracht kommt.

V. Fazit

Abschließend lässt sich feststellen, dass die Erweiterung der Strafbarkeit und die daraus resultierenden Einsatzmöglichkeiten des polizeilichen Ermittlungsapparates, im Zusammenspiel mit dem bereits bestehenden Kontrollsystem der Sportverbände, freilich die Verfolgung von Dopingtätern vereinfachen wird, und damit zu einer höheren Aufdeckungsquote in Bezug auf Dopingverstöße führen könnte. Bejaht man jedoch ein Beweisverwertungsverbot in Bezug auf die im sportrechtlichen Verfahren gewonnenen Erkenntnisse, so stellt sich die Situation bereits weniger positiv dar. Auch kann das Ziel einer höheren Aufdeckungsquote allein keine Grundlage für die Einführung eines Straftatbestandes – hier des Selbst-

dopings und der uneingeschränkten Besitzstrafbarkeit – sein. Strafprozessuale Verfolgungsmöglichkeiten können kein Selbstzweck sein,⁸⁵ kriminalistische Anliegen können allein keine materiellrechtliche Strafbarkeit rechtfertigen.⁸⁶ Zu bedenken ist weiterhin, dass es durchaus fraglich ist, ob die staatlichen Ermittlungsbehörden rein tatsächlich überhaupt in der Lage sind, im Kampf gegen Dopingverstöße den Einsatz zu erbringen, den die NADA mit ihren Dopingkontrollen derzeit leistet. Die notorische Überlastung der Justiz und der Polizei sind ein bekanntes Problem,⁸⁷ bereits die bisherigen Regelungen im AMG wurden in diesem Zusammenhang mehrfach als „totes Recht“⁸⁸ bezeichnet. Auch kann die daraus resultierende schiere Dauer, die ein strafrechtliches Verfahren einnehmen kann, für den Sportler äußerst belastend sein.⁸⁹ Angesichts des Grundsatzes, dass das Strafrecht immer nur die *ultima ratio* sein darf, lässt sich also die Notwendigkeit einer verschärften Strafbarkeit nur schwer bejahen. Wenn zeitgleich mit einer Suspendierung des kompletten russischen Leichtathletikverbandes – aufgrund schwerwiegenden Dopingverdachts – in den deutschen Nominierungsrichtlinien immer noch deutlich über den internationalen Qualifikationsnormen⁹⁰ liegende Leistungen für eine Olympiateilnahme deutscher Athleten gefordert werden, und sich diese Richtlinien mit der Forderung einer Endkampfchance begründen, so müssen sich die Sportverbände außerdem den Vorwurf gefallen lassen, zu wissen, dass dies in einer derart „dopingverseuchten“⁹¹ Sportwelt oft nicht ohne Doping zu erreichen sein wird.⁹² Ein Ruf nach dem Gesetzgeber, der eben dies unter Strafe stellen soll, ist demnach nur schwer nachvollziehbar. *Wüterich/Breucker* lagen demnach richtig, wenn sie forderten: „Bevor darüber nachgedacht wird, ob der Staat sich in den Kampf gegen das Doping-Unwesen stürzt, muss sich deshalb der organisierte Sport die Frage stellen, ob er die verfügbaren Mittel ausschöpft“⁹³. Die Frage hiernach muss sich der organisierte Sport auch weiterhin stellen lassen.

⁸⁵ *Kauerhof* HRRS 2007, 71, 72; anders: *Hauptmann/Rübenstahl* HRRS 2007, 143, 147.

⁸⁶ So auch: *Kreuzer* ZRP 2013, 181, 183 f.

⁸⁷ *Dury* a.a.O. (Fn. 11) 1107.

⁸⁸ *Dury* SpuRt 2005, 137, 139; ders. a.a.O. (Fn. 11), S. 1105; „wenig effektiv“: *Hauptmann/Rübenstahl* HRRS 2007, 143, 147.

⁸⁹ Im Fall *Schumacher* wurde im Jahr 2013 das Urteil gesprochen, die Anklageschrift datiert vom 20. September 2010. Die in Frage stehende positive Dopingprobe stammte aus dem Jahr 2008, vgl. LG Stuttgart 16 KLS 211 Js 88929/08, Urteil vom 29. Oktober 2013 = BeckRS 2013, 18596.

⁹⁰ Beispielsweise liegt im Marathon die Normanforderung des IAAF für Männer bei 2:17:00 h, die des DLV bei 2:12:15 h.

⁹¹ Einer Studie der Universität des Saarlandes zufolge greifen 35% der Leistungssportlerinnen und Leistungssportler zu verbotenen Mitteln: *Pitsch/Maats/Emrich* magazin forschung 1/2009, 15, 17.

⁹² *Lehner* CaS 2015, 130.

⁹³ *Wüterich/Breucker* SpuRt 2002, 133; ähnlich: *Kauerhof* HRRS 2007, 71, 72: „Die Möglichkeit der konsequenteren Ausschöpfung dieser Institute beim Vorgehen gegen Doping-sünder muss zunächst qualitativ beleuchtet werden, bevor die Diskussion über die quantitative Ausweitung strafrechtlicher Normen angefangen wird“.

⁸¹ *Lüer* a.a.O. (Fn. 74), S. 155 f.

⁸² Eine fahrlässige Begehungsweise ist im AntiDopG nicht enthalten.

⁸³ *Dury* SpuRt 2005, 137, 140.

⁸⁴ Vgl. *Schild* im Expertengespräch zur Dopinggesetzgebung am 26. September 2013 im Bundesministerium des Inneren, Bonn (Fn. 73).

Die Zeitenwende im Klageerzwingungsverfahren

Von Rechtsanwalt Alexander Würdinger, München

I. Einleitung

Es wiederholen sich die Unglücksfälle, in die bei Behörden beschäftigte Amtsträger involviert sind. Regelmäßig lässt sich eine individuelle strafrechtlich relevante Verantwortlichkeit eines konkret auszumachenden Amtsträgers nicht feststellen. Regelmäßig verschwimmt die strafrechtliche Verantwortlichkeit konkreter Personen in der (rechtlichen und tatsächlichen) Komplexität des Unglücksfalls und der möglichen Ursachen des Unglücks.

Als Beispielfälle sind in diesem Zusammenhang zu nennen:

- Das Seilbahnunglück in Kaprun wegen eines defekten Heizlüfters;
- Das Zugunglück in Eschede wegen eines gebrochenen Radreifens;
- Der Einsturz der Eissporthalle in Bad Reichenhall wegen der Überlastung des Hallendachs;
- Der Einsturz des U-Bahn-Schachts unter dem Kölner Stadtarchiv und
- Das Unglück bei der Loveparade in Duisburg.

Alle diese Unglücksfälle haben gemein, dass Amtsträger der öffentlichen Verwaltung in verschiedenen administrativen und technischen Funktionen in diese Unglücksfälle zumindest involviert waren. Diese Fälle haben weiterhin gemein, dass, sagen wir „ein Unbehagen“ von Seiten der Hinterbliebenen zurückblieb, ob die Staatsanwaltschaft die strafrechtlichen Ermittlungen auch wirklich mit ganzem Nachdruck gegenüber den bei der öffentlichen Verwaltung beschäftigten Amtsträgern verfolgt hat.

Vor diesem Hintergrund erscheint es angebracht, dass die Hinterbliebenen der Unglücksopfer – in der Sprache des Rechts „die Verletzten“ – die effektive strafrechtliche Verfolgung der zuständigen Amtsträger in die eigene Hand nehmen können und die effektive Strafverfolgung der Amtsträger mithilfe von sog. Ermittlungserzwingungsanträgen zum OLG betreiben können.¹ Die Hinter-

¹ Drei Wikipedia-Artikel sind zu diesem Thema bereits erschienen mit den Titeln „Anspruch auf Strafverfolgung Dritter“, „Ermittlungserzwingungsverfahren“ und „Klageerzwingungsverfahren“, diese drei Wikipedia-Artikel gehören thematisch zusammen. Weiter ist in diesem Zusam-

menhang grundlegend der Aufsatz von *Michael Sachs*, Grundrechte: Anspruch des Opfers auf Strafverfolgung des Täters, JuS 2015, 376.

II. Vier Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts

Durch vier gleichlautende Entscheidungen des BVerfG ändert sich die Bedeutung des Klageerzwingungsverfahrens grundlegend: Erst vier gleichlautende Entscheidungen des BVerfG normieren einen echten Rechtsanspruch des Verletzten gegen die Staatsanwaltschaft auf effektive Strafverfolgung und damit auf ernsthafte Ermittlungstätigkeit.² Diese vier gleichlautenden Entscheidungen des BVerfG sind die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts

- vom 26. Juni 2014, 2 BvR 2699/10 im Fall Tennessee Eisenberg;³
- vom 6. Oktober 2014, 2 BvR 1568/12 im Fall Gorch Fock;⁴
- vom 23. März 2015, 2 BvR 1304/12 im Fall Münchner Lokalderby⁵ und
- vom 19. Mai 2015, 2 BvR 987/11 im Fall Luftangriff bei Kundus.⁶

Der Verletzte hat insbesondere einen echten Rechtsanspruch auf ernsthafte Ermittlungstätigkeit gegen die Staatsanwaltschaft in folgender Fallgruppe: Steht ein Amtsträger im Verdacht, im Rahmen der Ausübung der

menhang grundlegend der Aufsatz von *Michael Sachs*, Grundrechte: Anspruch des Opfers auf Strafverfolgung des Täters, JuS 2015, 376.

² Zur Entwicklung dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit 1979 Wikipedia-Artikel „Klageerzwingungsverfahren“ und *Michael Sachs*, aaO., (Fn. 1).

³ HRRS 2014 Nr. 674 nebst zustimmender Besprechung in NJW-Spezial 2015, 57.

⁴ HRRS 2014 Nr. 1063 mit Leitsätzen des Bearbeiters RiLG *Holger Mann*, daneben auch abgedruckt in NJW 2015, 150.

⁵ HRRS 2015 Nr. 430.

⁶ HRRS 2015 Nr. 605 mit Leitsätzen des Bearbeiters RiLG *Holger Mann*, daneben auch abgedruckt in NJW 2015, 3500.

ihm anvertrauten Amtstätigkeit eine Straftat begangen zu haben, hat der Verletzte einen echten Rechtsanspruch gegen die Staatsanwaltschaft auf die förmliche Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den Amtsträger und auf sorgfältige Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen, sofern ein Anfangsdacht i.S.d. § 152 StPO gegen den Amtsträger besteht.⁷

Mit diesen vier gleichlautenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wurde die „seit Menschengedenken“ bestehende einhellige Rechtsprechung über den Haufen geworfen, wonach dem Verletzten hinsichtlich der Strafverfolgung lediglich ein sog. Reflexrecht zur Seite steht.⁸

Es kann gar nicht genug herausgestellt werden, dass durch diese vier gleichlautenden Entscheidungen des BVerfG – beginnend mit dem Beschluss vom 26. Juni 2014 im Fall Tennessee Eisenberg – eine richtiggehende „Zeitenwende“ eingetreten ist: Erst seit diesen Beschlüssen des BVerfG kann der Verletzte einen echten Rechtsanspruch auf Strafverfolgung gegen Dritte – gegenständlich beschränkt auf die dort normierten Fallgruppen – für sich geltend machen. Erst beginnend mit dem Beschluss vom 26. Juni 2014 im Fall Tennessee Eisenberg wird also dem Verletzten ein subjektiv-öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch zugebilligt.⁹

In den vier Beschlüssen des BVerfG vom 26. Juni 2014 (*Tennessee Eisenberg*), vom 6. Oktober 2014 (*Gorch Fock*), vom 23. März 2015 (*Münchner Lokalderby*) und vom 19. Mai 2015 (*Kundus*) wird postuliert, dass der Verletzte dann einen echten Rechtsanspruch auf Strafverfolgung gegen Dritte, d.h. auf ernsthafte Ermittlungsbemühungen der Strafverfolgungsbehörden hat, wenn es um Straftaten von Amtsträgern bei der Ausübung des ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes geht. Das ist z.B. auch bei richterlicher Spruchbarkeit der Fall.¹⁰

III. Rechtsquelle

Diese Rechtsprechung des BVerfG hat die Qualität einer Rechtsquelle. Rechtsquelle ist auch Richterrecht, sofern das Richterrecht eine gebotene Fortbildung des Rechts i.S.d. § 132 Abs. 4 GVG darstellt. Dies ist vorliegend der Fall.¹¹

IV. Begründung

In Absatz 11 der grundlegenden Tennessee-Eisenberg-Entscheidung stellt das Bundesverfassungsgericht folgendes Postulat auf:

⁷ Rn. 11 der grundlegenden Tennessee-Eisenberg-Entscheidung, die weiteren Entscheidungen des BVerfG haben diesen Passus nahezu wörtlich übernommen.

⁸ Wikipedia-Artikel „Anspruch auf Strafverfolgung Dritter“; *Michael Sachs*, aaO., (Fn. 1).

⁹ Wikipedia-Artikel „Anspruch auf Strafverfolgung Dritter“; *Michael Sachs*, aaO., (Fn. 1).

¹⁰ Wikipedia-Artikel „Anspruch auf Strafverfolgung Dritter“; *Michael Sachs*, aaO., (Fn. 1).

¹¹ Wikipedia-Artikel „Anspruch auf Strafverfolgung Dritter“; *Michael Sachs*, aaO., (Fn. 1).

„Ein Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung kann auch dort in Betracht kommen, wo der Vorwurf im Raum steht, dass Amtsträger bei Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben Straftaten begangen haben, weil ein Verzicht auf eine effektive Verfolgung solcher Taten zu einer Erschütterung des Vertrauens in die Integrität staatlichen Handelns führen kann. In diesen Fällen muss bereits der Anschein vermieden werden, dass gegen Amtswalter des Staates weniger effektiv ermittelt wird oder dass insoweit erhöhte Anforderungen an eine Anklageerhebung gestellt werden.“

Denselben Absatz – weitestgehend wortgleich! – enthalten auch die nachfolgenden drei Entscheidungen des BVerfG. Es handelt sich also um eine durchgängige Rechtsprechung, nicht nur um die Entscheidung eines Einzelfalls.¹²

Vor dem Hintergrund dieser „Zeitenwende“ – *Rechtsanspruch statt Reflexrecht* – wird man auch das Klageerzwingungsverfahren nach den §§ 172 ff StPO in einem anderen Lichte sehen müssen.

V. Anwendung von Verwaltungsprozessrecht auf das Klageerzwingungsverfahren

1. Funktion des Klageerzwingungsverfahrens

Die Funktion des Klageerzwingungsverfahrens besteht darin, die Verletzung subjektiver Rechte bzw. Rechtstitel gerichtlich zu verfolgen, die sog. „Popularklage“ ist ausgeschlossen. Es kann nur derjenige den Rechtsweg beschreiten, der eine Verletzung eigener subjektiver Rechte bzw. Rechtstitel geltend machen kann. Für den Fall des Klageerzwingungsverfahrens wird dieses charakteristische Merkmal als „Verletzteneigenschaft“ bezeichnet.¹³

2. Funktion des Verwaltungsprozesses

Die Funktion des Verwaltungsprozesses besteht darin, die Verletzung subjektiver Rechte bzw. Rechtstitel gerichtlich zu verfolgen, die sog. „Popularklage“ ist ausgeschlossen. Es kann nur derjenige den Rechtsweg beschreiten, der eine Verletzung eigener subjektiver Rechte bzw. Rechtsgüter geltend machen kann. Für den Fall des Verwaltungsprozesses wird dieses charakteristische Merkmal als „Klagebefugnis“ bezeichnet.¹⁴

3. Struktur des Klageerzwingungsverfahrens

Die Struktur des Klageerzwingungsverfahrens besteht darin, dass der Instanzenzug die Struktur

¹² Wikipedia-Artikel „Anspruch auf Strafverfolgung Dritter“; *Michael Sachs*, aaO., (Fn. 1).

¹³ Zur „Verletzteneigenschaft“ Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, StPO, 58. Aufl. (2015), Rn. 9 ff zu § 172 StPO.

¹⁴ Zur „Klagebefugnis“ Schenke/Kopp, *Schenke*, VwGO, 21. Aufl. (2015), Rn. 59 ff zu § 42 VwGO.

- 1) Antrag bei der Behörde
- 2) Abschlägige Verbescheidung durch die Behörde
- 3) Widerspruch zur vorgesetzten Behörde
- 4) Abschlägige Verbescheidung durch die vorgesetzte Behörde und
- 5) Klageanträge zum Gericht

aufweist.¹⁵

4. Struktur des Verwaltungsprozesses

Die Struktur des Verwaltungsprozesses besteht darin, dass der Instanzenzug die Struktur

- 1) Antrag bei der Behörde
- 2) Abschlägige Verbescheidung durch die Behörde
- 3) Widerspruch zur vorgesetzten Behörde
- 4) Abschlägige Verbescheidung durch die vorgesetzte Behörde und
- 5) Klageantrag zum Gericht aufweist.

5. Funktion und Struktur des Klageerzwingungsverfahrens und Funktion und Struktur des Verwaltungsprozesses sind identisch

Funktion und Struktur des Klageerzwingungsverfahrens und Funktion und Struktur des Verwaltungsprozesses sind identisch.¹⁶ Nach dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ist wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Sind zwei tatsächliche Sachverhalte im Wesentlichen gleich, sind sie in rechtlicher Hinsicht gleich zu behandeln. Ist das Klageerzwingungsverfahren dem Verwaltungsprozess im Wesentlichen tatsächlich gleich, müssen Klageerzwingungsverfahren und Verwaltungsprozess rechtlich gleich behandelt werden.

VI. Rudolf von Jhering und der Kampf ums Recht

Und zum Zusammenhang zwischen materiellem Recht und (faktischer) Rechtsdurchsetzung heißt es:

¹⁵ Zur Struktur des Klageerzwingungsverfahrens Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 5 ff zu § 172 StPO (Fn. 13).

¹⁶ Siehe auch die Seite zum Klageerzwingungsverfahren im Internet von den Autoren *Heinrich/Reinbacher*, Examinatorium Strafrecht, Arbeitsblatt Nr. 35 zum Klageerzwingungsverfahren unter Punkt III: „Das Verfahren ist dem verwaltungsrechtlichen nicht unähnlich, welches sich aus Widerspruchs- und gerichtlichem Verfahren zusammensetzt.“

„Rudolf von Jhering hat in seiner Wiener Abschiedsvorlesung dargelegt, dass die Verteidigung des angegriffenen Rechts nicht nur eine Pflicht gegen sich selbst ist, sondern auch eine gegen das Gemeinwesen. Das materielle Recht wird sich selbst aufgeben, wenn es auf seine Durchsetzbarkeit verzichtet. Der Zugang zum Recht dient daher nicht nur der Verwirklichung des subjektiven Rechts, sondern immer auch der Bewehrung des objektiven Rechts. In der Prozessrechtsliteratur wurde zwar von jeher diskutiert, wie die Gewichte zwischen der Durchsetzung und Verwirklichung der subjektiven Rechtspositionen auf der einen und der Bewahrung des objektiven Rechts auf der anderen Seite zu verteilen sind. Stets ging es aber um die Bewahrung des Rechts. Der Prozess dient in strittigen Fragen der verbindlichen Festlegung, was Recht ist.“¹⁷

Damit gewinnt das Klageerzwingungsverfahren – erstmals seit seiner Schaffung gem. § 170 StPO i.d.F. vom 1. Februar 1877¹⁸ – an praktischer Bedeutung beim Kampf um das Recht in einem Rechtsstaat. Das Klageerzwingungsverfahren steht nämlich seit jeher bei den relevanten juristischen Praktikern (Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte) in dem Ruf, ein „stumpfes Schwert“ zu sein.

VII. Grundlegung durch Stellungnahmen in der juristischen Literatur

Zur Anwendung von Verwaltungsprozessrecht auf das Klageerzwingungsverfahren liegt eine Mehrzahl Stellungnahmen aus der juristischen Literatur vor. Es heißt dort:

„Ein wesentlicher Charakterzug des Rechtsstaatsprinzips ist die Gerichtskontrolle der Verwaltung. Da der Gesetzgeber die Staatsanwaltschaft als Verwaltungsorgan ansah, ist es sachgerecht, dass das Gericht befugt ist, die Einhaltung der Verpflichtung zur Legalität der Staatsanwaltschaft zu kontrollieren.“¹⁹

Und speziell zur Zulässigkeit der Untätigkeitsklage heißt es:

„Nach Kalsbach so der Verletzte aber einen Anspruch auf Aufnahme der Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft haben, wenn er selbst nicht in der Lage ist, die Straftat aufzuklären, um gerichtliche Entscheidung durch die Privatklage herbeizuführen. Dieser Anspruch soll sich aus dem RiStBV Nr. 87 II (i.d.F. vom 1.10.1988) i.V.m. Art. 19 IV 1 GG ergeben. Bleibt die Staatsanwaltschaft untätig, so stehe dem Betroffenen der Rechtsweg nach den §§ 23 ff EGGVG (Untätigkeitsklage nach § 27 EGGVG) offen.“²⁰

¹⁷ NJW 2015, 1658 mit Hinweis auf *Jhering*, Der Kampf ums Recht, 1872, 56.

¹⁸ Reichsgesetzblatt 1877, Seiten 346 ff.

¹⁹ *Annette Machalke*, Die Funktion des Oberlandesgerichts im Klageerzwingungsverfahren, 1996, Seite 30.

²⁰ *Gregor Feiter*, Die Bedeutung des Rechtsschutzes nach §§ 23 ff EGGVG für den Bereich der Strafrechtspflege, 1992, Seite 92, unter Bezug auf eine ältere Dissertation von *Kalsbach*, Berlin 1967.

Schließlich werden eine ganze Reihe Parallelen zwischen dem Klageerzwingungsverfahren und dem Verwaltungsprozessrecht gezogen wie folgt:

„Im Verwaltungsprozess kann nach ständiger Rechtsprechung die Versäumung der Widerspruchsfrist (§ 70 VwGO) durch sachliche Einlassung der Behörde „geheilt“ werden. Das Verwaltungsgericht kann dann bspw. eine Anfechtungsklage nicht mehr mit der Begründung als unzulässig abweisen, es fehle angesichts der Versäumung der Widerspruchsfrist an der ordnungsgemäßen Durchführung eines Vorverfahrens. ... Zu Recht weist die Rechtsprechung darauf hin, dass die Widerspruchsbehörde „Herrin des Vorverfahrens“ ist und die von den §§ 68 ff VwGO primär bezweckte Selbstkontrolle der Verwaltung dann ja stattgefunden hat. Im Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO stellen sich ähnliche Probleme. ... Auch hier ist vor dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 172 Abs. 1 StPO die Vorschaltbeschwerde ... durchzuführen, bei dem sich Staatsanwaltschaft und Generalstaatsanwaltschaft ... erneut mit der Sache befassen. § 172 Abs. 1 StPO und Nr. 105 Abs. 2 RiStBV sehen insofern ein dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren verwandtes Abhilfeverfahren vor. ... Beantragt der Betroffene auf diesen ablehnenden Bescheid hin nach § 172 Abs. 2 StPO frist- und formgerecht eine gerichtliche Entscheidung, überprüft das OLG – ähnlich wie das Verwaltungsgericht im Verwaltungsprozess – im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung, ob das Vorschaltbeschwerdeverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde. ... Ist die Staatsanwaltschaft aber „Herrin des Ermittlungsverfahrens“, kann aber auch mit Blick auf eine Heilung durch sachliche Einlassung kaum etwas anderes gelten als im Verwaltungsprozess. ... Sinnvollerweise wird man aber – wie im Verwaltungsprozess – dem Bürger bei verfristeter Vorschaltbeschwerde einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hinsichtlich der Frage, ob man von der Möglichkeit zur sachlichen Einlassung Gebrauch macht, gegen die Staatsanwaltschaft zubilligen. ... Der angeregte Blick auf den Verwaltungsprozess könnte schließlich auch helfen, eine weitere Problematik in den Griff zu bekommen: Nach allgemeiner Ansicht kann mit Blick auf die Beschwerdefrist des § 172 Abs. 1 S. 2 StPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand analog §§ 44 ff StPO gewährt werden. ... Richtigerweise ist wohl ähnlich wie im Verwaltungsprozess zu differenzieren: Solange über die Beschwerde des Verletzten gegen die erfolgte Verfahrenseinstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO seitens der Staatsanwaltschaft noch nicht entschieden worden ist, ist allein diese für die Entscheidung über die ... Wiedereinsetzung zuständig – genauso wie die jeweils entscheidende Behörde im verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren. Ist über die Vorschaltbeschwerde aber unter rechtswidriger Abweisung der Wiedereinsetzung abschlägig entschieden, kann der Antrag auf Wiedereinsetzung gemeinsam mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 172 Abs. 2 StPO gestellt werden – ebenfalls wie im Verwaltungsprozess, wo der Bürger keine gesonderte Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 2. Fall VwGO gegen die Behörde auf Gewährung der Wiedereinsetzung vorschalten muss.“²¹

²¹ Deckenbrock/Dötsch, Strafverteidiger-Forum 2003, Seiten 372 ff.

VIII. Auswirkungen

Die Anwendung der VwGO auf das Klageerzwingungsverfahren hat vor allem folgende prozessuale Auswirkungen:

1. Ermittlungserzwingungsantrag

Der Bürger darf auch einen eingeschränkten Antrag zum OLG stellen.²² Der Antrag richtet sich nur auf die förmliche Einleitung des Ermittlungsverfahrens, nicht auf eine Anklageerhebung.²³ Dies ist der sog. Ermittlungserzwingungsantrag. Der Antragsteller verfolgt mit dem Ermittlungserzwingungsantrag gerade nicht die Erhebung der öffentlichen Klage nach der Durchführung eines vollständigen Ermittlungsverfahrens, sondern der Antragsteller verfolgt mit dem Ermittlungserzwingungsantrag ein anderes Ziel: Der Antragsteller will mit dem Ermittlungserzwingungsantrag erreichen, dass der Strafsenat des OLG die Staatsanwaltschaft dazu verpflichtet, sich überhaupt erst ernsthaft mit der von dem Antragsteller erstatteten Strafanzeige zu befassen und den vom Antragsteller unterbreiteten Sachverhalt einer ernsthaften strafrechtlichen Überprüfung zu unterziehen.

2. Richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht

Wird die VwGO auf das Klageerzwingungsverfahren angewendet, ist das OLG gem. § 86 Abs. 3 VwGO zu einer Aufklärung und Erörterung verpflichtet.²⁴ Etwaige Lücken der Antragschrift im Klageerzwingungsverfahren können dann noch geschlossen werden.²⁵

3. Zulässigkeit einer Untätigkeitsklage zum OLG

Weiter ist es möglich, gem. § 75 VwGO eine Untätigkeitsklage zum OLG zu stellen.²⁶ Diese Untätigkeitsklage gem. § 75 VwGO ist bei Untätigkeit der Staatsanwaltschaft möglich.²⁷ In diesem Fall richtet sich der Antrag an das gem. § 172 Abs. 4 StPO zuständige OLG,²⁸ das OLG möge die Staatsanwaltschaft zur formlichen Einleitung der Ermittlungen gem. § 152 Abs. 2 StPO verpflichten. Es ist hierbei die Verpflichtung des OLG, den Tenor seines Urteils an den Vorgaben des § 113 Abs. 5 VwGO

²² OLG Zweibrücken, Goldammers Archiv 1981, 94; Wikipedia-Artikel „Ermittlungserzwingungsverfahren“ (Fn. 1).

²³ Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 8 zu § 172 StPO (Fn. 13).

²⁴ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 22 zu § 86 VwGO (Fn. 14).

²⁵ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 25 zu § 86 VwGO (Fn. 14).

²⁶ Nach Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 2 zu § 75 VwGO, gilt § 75 VwGO sinngemäß auch für Klagen außerhalb der VwGO (Fn. 14).

²⁷ Zur Untätigkeit der Behörde Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 8 zu § 75 VwGO (Fn. 14).

²⁸ Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 7 zu § 172 StPO (Fn. 13).

auszurichten.²⁹ Das OLG kann im Rahmen der Tenorierung gem. § 113 Abs. 5 VwGO Einzelheiten des weiteren Vorgehens rechtsverbindlich gegenüber der Staatsanwaltschaft regeln.³⁰ Es ergeht sodann ein Verpflichtungsurteil gem. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO oder, je nach Spruchreife, ein Bescheidungsurteil gem. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO.³¹

IX. Dysfunktionalität des Strafprozessrechts

Die Erkenntnis, dass es sich bei dem Verfahren gem. §§ 172 ff StPO seiner Funktion und Struktur nach um einen Verwaltungsprozess handelt und dass deswegen die Vorschriften der VwGO auf das Verfahren gem. §§ 172 ff StPO anzuwenden sind, entspricht der objektiven Prozessrechtslage.

Die Anwendung von Strafprozessrecht auf das Klageerzwingsungsverfahren ist demgegenüber dysfunktional:

Das Klageerzwingsungsverfahren ist ein eigenständiges, in sich abgeschlossenes Verfahren.³² Das Klageerzwingsungsverfahren beginnt mit der Strafanzeige des Bürgers gegenüber der Behörde, die Behörde möge die Strafverfolgung eines Dritten, nicht am Klageerzwingsungsverfahren Beteiligten, aufnehmen. Das Klageerzwingsungsverfahren endet mit der – sofort eintretenden – Rechtskraft des Beschlusses eines Strafsenats des Oberlandesgerichts.³³ Das Oberlandesgericht weist damit das Begehren des Bürgers gegenüber der Behörde auf Strafverfolgung eines Dritten mit rechtskräftiger Wirkung zurück.

Die Rechtsansicht, auf das Klageerzwingsungsverfahren sei Strafprozessrecht anwendbar, ist aus folgenden Erwägungen ausgeschlossen:

Es gibt im Klageerzwingsungsverfahren keinen Angeklagten. Gegenstand des Klageerzwingsungsverfahrens ist nicht – wie im Strafprozess – der staatliche Strafanspruch gegenüber dem Angeklagten. Im Klageerzwingsungsverfahren gibt es keine mündliche Hauptverhandlung. Im Klageerzwingsungsverfahren steht nicht – wie im Strafprozess – die Nachweisbarkeit des Tatvorwurfs gegenüber dem Angeklagten in einem Beweisverfahren im Mittelpunkt des prozessualen Geschehens. Im Klageerzwingsungsverfahren hat der Angeklagte keine umfangreichen Frage- und Beweisantragsrechte. Im Klageerzwingsungsverfahren hat der Angeklagte nicht das Recht, einer Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO zuzustimmen³⁴ oder eine Verständigung nach § 257c StPO herbeizuführen.³⁵

²⁹ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 178 zu § 113 VwGO (Fn. 14).

³⁰ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 183 zu § 113 VwGO (Fn. 14).

³¹ Zur Spruchreife Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 193 zu § 113 VwGO (Fn. 14).

³² Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 1 zu § 172 StPO (Fn. 13).

³³ Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 5 zu § 174 StPO (Fn. 13).

men³⁴ oder eine Verständigung nach § 257c StPO herbeizuführen.³⁵

Die Anwendung von Strafprozessrecht auf das Klageerzwingsungsverfahren ist also ganz offensichtlich vollständig dysfunktional. Dies ergibt sich eben schon allein daraus, dass in einem Klageerzwingsungsverfahren ein „Angeklagter“ als Parteirolle überhaupt nicht vorkommt.

Die dysfunktionale Anwendung eines Prozessrechts auf ein eigenständiges, in sich abgeschlossenes Verfahren verletzt ganz offensichtlich den Anspruch des Bürgers auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK.³⁶

X. Anwendung des Ausschlussverfahrens

An dieser Stelle ist die Anwendung des Ausschlussverfahrens angebracht. Bei dem Ausschlussverfahren handelt es sich um eine Methode der Logik. Methoden der Logik sind – weil grundlegend – auf die verschiedensten Fachgebiete anwendbar. Die Methode des Ausschlussverfahrens findet deshalb auch auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft Anwendung. Die Anwendung der Methode des Ausschlussverfahrens auf das Klageerzwingsungsverfahren bedeutet hier folgendes:

Gibt es verschiedene – in ihrem Charakter und ihren Prozessbeteiligten sehr gegensätzliche – Prozessrechte, findet nach der Anwendung der Methode des Ausschlussverfahrens am Ende dasjenige Prozessrecht Anwendung auf das Klageerzwingsungsverfahren, das nicht als dysfunktional abgelehnt werden muss.

Als Prozessrechte kommen hier das Strafprozessrecht, das Zivilprozessrecht und das Verwaltungsprozessrecht in Betracht. Das Strafprozessrecht scheidet als dysfunktional – wie eben behandelt – aus. Das Zivilprozessrecht scheidet als dysfunktional aus, weil dort der Beibringungsgrundsatz und nicht – wie im Klageerzwingsungsverfahren vorgesehen – das Amtsermittlungsprinzip – Anwendung findet. Nach Durchlaufen des Ausschlussverfahrens bleibt nur das Verwaltungsprozessrecht zur Anwendung auf das Klageerzwingsungsverfahren übrig.

XI. Anwendung des § 86 Abs. 3 VwGO

In der Kommentierung der §§ 172 ff StPO im Standardkommentar zur StPO von Meyer-Goßner³⁷ heißt es wörtlich:

„Unzulässig ist der Antrag, wenn eine förmliche Voraussetzung fehlt, insbesondere, wenn die Fristen nach I (allgM, anders aber Deckenbrock/Dötsch, *StraFo* 03, 372 entspr §§ 68 ff VwGO bei Ausführungen der StA zur

³⁴ Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 10 zu § 153a StPO (Fn. 13).

³⁵ Zu beachten hierzu vor allem die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013

³⁶ Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 4. Auflage 2013, Rn. 481, Seite 168

³⁷ Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 34 zu § 172 StPO (Fn. 13).

Sache im Ablehnungsbescheid) oder nach II oder die Form nach III nicht eingehalten worden sind ..."

Diese Kommentierung von Meyer-Goßner wendet also im Ergebnis die Vorschriften der VwGO auf das Verfahren gem. §§ 172 ff StPO an.³⁸ Es ist richtig, den Gedanken der Kommentierung zu verallgemeinern: Nicht nur die §§ 68 ff VwGO sind auf das Klageerzwingungsverfahren anzuwenden, sondern die VwGO ist in ihrer Gesamtheit auf das Klageerzwingungsverfahren anzuwenden. Was für das Vorverfahren und die Anwendung der §§ 68 ff VwGO gilt, gilt auch für das Klageerzwingungsverfahren im übrigen. Da der Standardkommentar zur StPO die Anwendung der VwGO auf das Klageerzwingungsverfahren ohne Einschränkungen oder Vorbehalte für gegeben erachtet, steht der Anwendung der VwGO nichts im Wege.

Von zentraler Bedeutung ist hierbei die richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht gem. § 86 Abs. 3 VwGO analog.³⁹ § 86 Abs. 3 VwGO, die Vorschrift über die richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht, lautet wie folgt:

„Der Vorsitzende hat darauf hinzuwirken, dass Formfehler beseitigt, unklare Anträge erläutert, sachdienliche Anträge gestellt, ungenügende tatsächliche Angaben ergänzt, ferner alle für die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts wesentlichen Erklärungen abgegeben werden.“

XII. Struktur und Funktion

Auf das Verfahren gem. §§ 172 ff StPO, das seiner Struktur und Funktion nach – wie eingangs bereits gezeigt – ein Verwaltungsprozess ist, ist die Vorschrift des § 86 Abs. 3 VwGO wegen der planwidrigen Regelungslücke der StPO analog anzuwenden. Dies allein schon aus folgenden grundsätzlichen Erwägungen heraus:

§ 86 Abs. 3 VwGO fasst nur grundlegende Anforderungen an ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren in Worte: § 86 Abs. 3 VwGO fasst nur in Worte, dass ein Richter ein faires Verfahren i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK durchführen muss. § 86 Abs. 3 VwGO fasst nur in Worte, dass ein Richter vor seiner Entscheidung den Parteien des Prozesses rechtliches Gehör i.S.d. Art. 103 Abs. 1 GG gewähren muss. § 86 Abs. 3 VwGO fasst nur in Worte, dass ein Richter keine Überraschungsentscheidung zum Nachteil einer Prozesspartei fällen darf.⁴⁰ § 86 Abs. 3 VwGO ist also, da diese Vorschrift nur die absolut unerlässlichen rechtsstaatlichen Mindestanforderungen formuliert, auf das Verfahren der §§ 172 ff StPO anzuwenden.

Das Verfahren gem. §§ 172 ff StPO ist – wie eingangs bereits gezeigt – seiner Struktur und Funktion nach ein

³⁸ Nach Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 2 der Vorbemerkung zu § 68 VwGO, ist das Vorverfahren vor Klageerhebung durchzuführen (Fn. 14).

³⁹ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 22 zu § 86 VwGO, weisen auf die grundrechtliche Relevanz der Vorschrift hin (Fn. 14).

⁴⁰ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 22 zu § 86 VwGO (Fn. 14).

Verwaltungsprozess: Ein Bürger wendet sich mit einem Antrag an ein Gericht, das Gericht möge die Behörde dazu verpflichten, einen Verwaltungsakt zu erlassen, den der Bürger zuvor von der Behörde begehrt hatte.⁴¹

Die Struktur des Verfahrens nach den §§ 172 ff StPO ist dieselbe wie die Struktur eines Verwaltungsprozesses: Auf das Ansinnen des Bürgers ergeht ein Bescheid (der Staatsanwaltschaft).⁴² Auf den Bescheid (der Staatsanwaltschaft) wendet sich der Bürger an die vorgesetzte Behörde (die Generalstaatsanwaltschaft). Von der vorgesetzten Behörde (der Generalstaatsanwaltschaft) ergeht ein Widerspruchsbescheid.⁴³ Gegen den Widerspruchsbescheid der vorgesetzten Behörde (der Generalstaatsanwaltschaft) ist die Verpflichtungsklage zum Gericht (dem Oberlandesgericht) gegeben.⁴⁴ Der Gerichtsprozess, gerichtet auf die Verpflichtung der Behörde zu dem von dem Bürger begehrten Verwaltungsakt (hier: Verpflichtung der Behörde zur formlichen Einleitung des Ermittlungsverfahrens), beschränkt sich auf das verfassungsrechtlich erforderliche Minimum, eine einzige Gerichtsinstanz.⁴⁵

Die Funktion des Verfahrens nach den §§ 172 ff StPO ist ebenfalls dieselbe wie die Funktion eines Verwaltungsprozesses: Art. 19 Abs. 4 GG fordert, dass der Bürger die Möglichkeit haben muss, die Ablehnung seines Ansinnens durch die Behörde von einem unabhängigen, neutralen Gericht auf ihre Rechtmäßigkeit hin untersuchen zu lassen.⁴⁶ Gem. Art. 19 Abs. 4 GG muss der Bürger die Möglichkeit haben, mittels Einschaltung des Gerichts die Behörde dazu zwingen zu können, sich gemäß Recht und Gesetz zu verhalten und dem rechtmäßigen Ansinnen des Bürgers nachkommen zu müssen.⁴⁷

XIII. Verletzteneigenschaft

Der Bürger darf sich bei seiner Rechtsverfolgung – genauso wie er im Verwaltungsprozess die Verletzung eigener subjektiver Rechte geltend machen muss, § 42 Abs. 2 VwGO⁴⁸ – im Verfahren nach den §§ 172 ff StPO nur auf die Verfolgung von Straftatbeständen stützen, die eigene Rechte bzw. Rechtsgüter des Bürgers zum Schutzgegenstand haben.⁴⁹ Das Verfahren nach den §§ 172 ff StPO dient deshalb genauso wie der Verwaltungsprozess (vgl. § 42 Abs. 2 VwGO) nur dem Schutz eigener subjektiver Rechte bzw. Rechtsgüter des Bürgers.⁵⁰ Die „Verletzteneigenschaft“ des Verfahrens nach den §§ 172 ff StPO ist

⁴¹ Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO. Rn. 8 zu § 172 StPO (Fn. 13).

⁴² Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 5a zu § 172 StPO (Fn. 13).

⁴³ Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 6 zu § 172 StPO (Fn. 13).

⁴⁴ Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 7 zu § 172 StPO (Fn. 13).

⁴⁵ Grundlegend hierzu BVerfGE 4, 94.

⁴⁶ Grundlegend BVerfGE 1, 10.

⁴⁷ Vgl. hierzu z.B. BVerfGE 58, 27.

⁴⁸ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 59 zu § 42 VwGO (Fn. 14).

⁴⁹ Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 9 zu § 172 StPO (Fn. 13).

⁵⁰ Meyer-Goßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 10 zu § 172 StPO (Fn. 13).

nichts anderes als die Geltendmachung eigener subjektiver Rechte des Bürgers im Verwaltungsprozess gem. § 42 Abs. 2 VwGO.⁵¹

Die Funktion des Verfahrens gem. den §§ 172 ff StPO besteht also genau wie die Verpflichtungsklage des Verwaltungsprozesses in derselben Rechtsverfolgung eigener subjektiver Rechte des Bürgers, die dieser gegenüber Behörden geltend macht, die ihm den Schutz seiner Rechte bzw. Rechtsgüter verweigert haben.⁵²

Die allgemeinen Vorschriften der StPO sind nur auf den Strafprozess zugeschnitten,⁵³ nicht auf den seiner Funktion und Struktur nach Verwaltungsprozess der §§ 172 ff StPO. Dies begründet die planwidrige Regelungslücke der StPO in Bezug auf das Verfahren gem. §§ 172 ff StPO. Das Verfahren gem. §§ 172 ff StPO ist – bildlich gesprochen – ein „Fremdkörper“ innerhalb der StPO, auf den die allgemeinen Vorschriften der StPO nach der Funktion und Struktur der §§ 172 ff StPO nicht passen.

XIV. Planwidrigkeit als Merkmal der Analogie

Zum Merkmal der „Planwidrigkeit“ als Voraussetzung der Analogie sind an dieser Stelle folgende Anmerkungen veranlasst:

Bei der Planwidrigkeit als Voraussetzung der Analogie geht es darum, welche Pläne der historische Gesetzgeber bei der Abfassung der ursprünglichen Fassung der §§ 172 ff StPO verfolgt hat. Der deutsche Gesetzgeber hat in den Jahren 1877-1879 die vier Reichsjustizgesetze geschaffen: Die Zivilprozessordnung (ZPO), die Strafprozessordnung (StPO), das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und die Konkursordnung (heute Insolvenzordnung). Aus dieser Zeit stammt auch das Klageerzwingungsverfahren. Das Klageerzwingungsverfahren hat seither keine wesentliche Änderung erfahren. Dies betrifft sowohl den Gesetzestext als auch seine Umsetzung in der gerichtlichen Praxis.

In der ursprünglichen Fassung der Strafprozessordnung vom 1. Februar 1877 war das Verfahren, das heute in den §§ 172 ff StPO geregelt ist, noch inhaltsgleich in den §§ 170 ff der Strafprozessordnung i.d.F. vom 1. Februar 1877 geregelt. § 170 StPO i.d.F. vom 1. Februar 1877 lautete:⁵⁴

„Ist der Antragsteller zugleich der Verletzte, so steht ihm gegen diesen Bescheid binnen zwei Wochen nach der Bekanntmachung die Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft und gegen dessen ablehnenden Bescheid binnen einem Monat nach der Bekanntmachung der Antrag auf gerichtliche Entscheidung

⁵¹ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 59 zu § 42 VwGO (Fn. 14).

⁵² Nach Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 62 zu § 42 VwGO, ist die Vorschrift des § 42 Abs. 2 VwGO auch auf andere Klagearten analog anzuwenden (Fn. 14).

⁵³ Meyer-Gofßner/Schmitt, *Schmitt*, aaO., Rn. 9 der Einleitung (Fn. 13).

⁵⁴ Reichsgesetzblatt 1877, Seiten 346 ff.

zu. Der Antrag muß die Thatsachen, welche die Erhebung der öffentlichen Klage begründen sollen, und die Beweismittel angeben, auch von einem Rechtsanwalte unterzeichnet sein. Der Antrag ist bei dem für die Entscheidung zuständigen Gerichte einzureichen. Zur Entscheidung ist in den vor das Reichsgericht gehörigen Sachen das Reichsgericht, in anderen Sachen das Oberlandesgericht zuständig.“

Der historische Gesetzgeber des Jahres 1877 konnte sich noch keine Gedanken über die Anwendbarkeit des § 86 Abs. 3 VwGO auf das Verfahren nach den §§ 170 ff StPO machen, weil § 86 Abs. 3 VwGO erst in der Bundesrepublik durch die Verwaltungsgerichtsordnung i.d.F. vom 21. Januar 1960 geschaffen wurde.⁵⁵ Das Merkmal der „Planwidrigkeit“ als Voraussetzung der Analogie ist also gegeben.

Aufgrund der planwidrigen Regelungslücke der StPO in Richtung auf das Verfahren der §§ 172 ff StPO ist die analoge Anwendung der Vorschriften des Verwaltungsprozessrechts auf das Verfahren der §§ 172 ff StPO prozessual angebracht. Es muss also u.a. auch die für den Verwaltungsprozess charakteristische Vorschrift des § 86 Abs. 3 VwGO über die richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht auf das Verfahren gem. §§ 172 ff StPO analoge Anwendung finden.⁵⁶

XV. Zulässigkeit des Ablehnungsgesuchs

Demgemäß ist z.B. auch ein Ablehnungsgesuch gegen den Strafsenat beim OLG gem. § 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 42 Abs. 2 ZPO zulässig.⁵⁷

Es darf keinesfalls von dem Spruchkörper, gegen den sich das Ablehnungsgesuch richtet, verbeschieden werden. Niemand darf Richter in eigener Sache sein.⁵⁸ Für die Besorgnis der Befangenheit i.S.d. § 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 42 Abs. 2 ZPO kommt es nicht auf die subjektive Rechtskenntnis des zuständigen Strafsenats am OLG oder andere subjektive Befindlichkeiten an. Es kann dem Strafsenat des OLG nicht gestattet sein, sich in objektiv willkürlicher Weise selbst zu entlasten und die Entscheidung der Sache entgegen Recht und Gesetz an sich zu ziehen. Es liegt sonst ein Verstoß gegen den gesetzlichen Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vor.⁵⁹

XVI. Anforderungen an den verfahrenseinleitenden Schriftsatz

§ 172 Abs. 3 S. 1 StPO verlangt nach seinem Sinn und Zweck für die Zulässigkeit des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes lediglich, dass der verfahrenseinleitende Schriftsatz aus sich heraus für den konkreten Spruchkörper

⁵⁵ § 195 Abs. 1 VwGO a.F.

⁵⁶ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 22 zu § 86 VwGO, zur grundlegenden Relevanz des § 86 Abs. 3 VwGO (Fn. 14).

⁵⁷ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 10 zu § 54 VwGO (Fn. 14).

⁵⁸ Das richtige Verfahren beschreiben Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 15 zu § 54 VwGO (Fn. 14).

⁵⁹ Das Gebot des gesetzlichen Richters gilt nämlich für alle Zweige der staatlichen Gerichtsbarkeit, BVerfGE 21,144.

per verständlich sein muss.⁶⁰ Enthält der verfahrenseinleitende Schriftsatz Lücken oder Auslassungen, muss das OLG gem. § 86 Abs. 3 VwGO darauf – hinreichend konkret – hinweisen und Gelegenheit zur Stellungnahme geben.⁶¹

Stellt der verfahrenseinleitende Schriftsatz nur einen eingeschränkten Antrag auf Einleitung eines Ermittlungsverfahrens – der Fall des eingangs genannten Ermittlungserzwingungsantrags – sind an ihn deutlich geringere Anforderungen zu stellen als an einen uneingeschränkten Antrag auf Klageerzwingung: An die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens sind deutlich geringere Anforderungen zu stellen als an die Erhebung der öffentlichen Klage.⁶²

Falls der verfahrenseinleitende Schriftsatz an Lücken oder Auslassungen leiden sollte, ist das OLG verpflichtet, seiner richterlichen Aufklärungs- und Erörterungspflicht gem. § 86 Abs. 3 VwGO nachzukommen und den Antragstellern Gelegenheit zu geben, etwaige, genau zu benennende, Mängel des Schriftsatzes auszugleichen und etwaigen Vortrag nachzuholen.⁶³

Kommt das OLG seiner richterlichen Aufklärungs- und Erörterungspflicht gem. § 86 Abs. 3 VwGO nicht nach, ist der Beschluss des OLG allein schon aus diesem Grunde – wegen Verstoßes gegen das Grundrecht der Antragsteller auf Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG – grundrechtswidrig.⁶⁴

XVII. Kurzer Ausflug ins Gesellschaftsrecht

Wir haben jetzt also beim Klageerzwingungsverfahren im Ergebnis die Normen der VwGO, also eines völlig anderen Gesetzes, herangezogen, weil die Normen der StPO so überhaupt nicht „gepasst“ haben. Gibt es ein solches methodisches Vorgehen überhaupt in der Rechtsordnung, dass man ein „anderes“ Gesetz anwendet auf eine Fallgestaltung, die eigentlich in einem bestimmten Gesetz bereits geregelt ist? Ja, das gibt es durchaus, nämlich bei der Publikums-KG. Die Publikums-KG ist, ebenso wie jede andere KG, im HGB geregelt. Also müssten auf die Publikums-KG die Vorschriften des HGB Anwendung finden, die Vorschriften des „Heimat“-Gesetzes. Aber die Publikums-KG ist keine „normale“ KG. Für eine „normale“ KG sind einige, wenige Gesellschafter charakteristisch, die ggf. auch dazu bereit sind, unternehmerische Verantwortung zu übernehmen, darauf sind die Vorschriften des HGB zugeschnitten. Bei der Publikums-KG liegt aber eine völlig andere Situation vor, als es dem

Regelfall einer „normalen“ KG entspricht: Bei der Publikums-KG gibt es eine Vielzahl von „Gesellschaftern“, die gar nicht daran denken, in irgendeiner Weise so etwas wie unternehmerische Verantwortung zu übernehmen, sondern die sich typischerweise wie ganz normale *Kapitalanleger* verhalten. Also passen die Vorschriften des HGB nicht auf die Publikums-KG. Auf die Publikums-KG passen aber die Vorschriften des AktG ganz vorzüglich. Denn das AktG regelt genau den Fall der Publikums-KG, dass es erstens eine unüberschaubare Vielzahl von Gesellschaftern gibt und zweitens die Gesellschafter lediglich das wirtschaftliche Interesse eines typischen, mehr oder minder anonymen, Kapitalanlegers verfolgen. Kurzum: Der Gesellschafter einer Publikums-KG ist dem Aktionär in einer Aktiengesellschaft (wirtschaftlich) sehr ähnlich. Auch die Struktur einer Publikums-KG als Körperschaft ist der Struktur einer Aktiengesellschaft (wirtschaftlich) sehr ähnlich. Es besteht deswegen, soweit ersichtlich, unter Gesellschaftsrechtlern allgemein Einigkeit, dass auf die Publikums-KG nicht das HGB (das „Heimat“-Gesetz), sondern das AktG angewendet werden muss. Bei der juristischen Behandlung der Publikums-KG tritt also dasselbe „Phänomen“ wie hier auf: Da das „Heimat“-Gesetz partout nicht passt, wird eben dasjenige „fremde“ Gesetz angewendet, das der Funktion und der Struktur des Sachverhalts am besten angemessen ist.⁶⁵

XVIII. Weiteres Verfahren nach ablehnendem Beschluss des OLG

Es folgt zunächst die Anhörungsrüge gem. § 152a VwGO analog.⁶⁶ Diese ist gem. § 152a Abs. 2 S. 1 VwGO innerhalb von zwei Wochen ab Eingang des Beschlusses des OLG beim OLG einzulegen und zu begründen.⁶⁷ Dem OLG wird damit gem. § 152a Abs. 5 S. 1 VwGO Gelegenheit gegeben, der Anhörungsrüge abzuhelpfen und das Verfahren fortzusetzen.⁶⁸

Es folgt sodann die Verfassungsbeschwerde.⁶⁹ Es ist zulässig, die Verfassungsbeschwerde parallel beim Bundesverfassungsgericht und dem Landesverfassungsgericht einzulegen und zu begründen; Das OLG muss sich bei seiner Entscheidungsfindung sowohl an die Vorgaben des Grundgesetzes als auch an die Vorgaben der Landesverfassung halten.⁷⁰

In Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip⁷¹ ist es sinnvoll, die Monatsfrist zur Einlegung und Begründung der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht bereits ab Eingang des Beschlusses des OLG einzuhalten

⁶⁰ Das ergibt sich bereits aus dem Gesetzestext des § 172 Abs. 3 S. 1 StPO

⁶¹ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 22 zu § 86 VwGO (Fn. 14).

⁶² Soweit ersichtlich erstmalig OLG Zweibrücken, Goldtamers Archiv 1981,94, darauf weist auch der Wikipedia-Artikel „Ermittlungserzwingungsverfahren“ hin (Fn. 1).

⁶³ Nach Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 24 zu § 86 VwGO ist das Gericht zu einzelnen konkreten Hinweisen verpflichtet (Fn. 14).

⁶⁴ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 29 zu § 86 VwGO (Fn. 14).

⁶⁵ Zur Publikums-KG Baumbach/Hopt, *Roth*, HGB, 36. Aufl. (2014), Rn. 52 f. zum Anhang nach § 177a HGB.

⁶⁶ Zur Statthaftigkeit Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 5 zu § 152a VwGO (Fn. 14).

⁶⁷ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 8 zu § 152a VwGO (Fn. 14).

⁶⁸ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 14 zu § 152a VwGO (Fn. 14).

⁶⁹ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 16 zu § 152a VwGO (Fn. 14).

⁷⁰ Zuck, aaO., Rn. 260, Seiten 71 f. (Fn. 36).

⁷¹ Zuck, aaO., Rn. 28 ff, Seiten 10 ff. (Fn. 36).

und den Beschluss des OLG über die Anhörungsrüge gar nicht erst abzuwarten.⁷²

Bezüglich der Verfassungsbeschwerden zu den Landesverfassungsgerichten gelten u.U. andere Fristen. Z.B. ist gegen einen Beschluss der drei bayerischen Oberlandesgerichte (München, Nürnberg und Bamberg) zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof eine Zwei-Monats-Frist einzuhalten.⁷³

Nach Erschöpfung des nationalen Rechtswegs ist innerhalb einer Sechs-Monats-Frist die Menschenrechtsbeschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg in Hinblick auf eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren, Art. 6 Abs. 1 EMRK, möglich.⁷⁴

Anhörungsrüge und Verfassungsbeschwerde sind jeweils gestützt auf eine Gehörsverletzung gem. Art. 103 Abs. 1 GG.⁷⁵ Das Verfahren vor dem OLG ist sodann fortzusetzen in dem Verfahrensstand, in dem das OLG seine richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht gem. § 86 Abs. 3 VwGO verletzt hatte. Es stellt hierbei eine objektive Willkür i.S. der ständigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG dar, wenn das OLG die Anwendung prozessrechtlicher gesetzlicher Vorschriften ganz grundsätzlich in Abrede stellt und sich damit – objektiv willkürlich – der Anwendung besagter gesetzlicher Vorschriften auf den konkreten Rechtsfall entzieht.

XIX. Keine Differenzierung nach Anwaltszwang

Die grundlegende richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht differenziert nicht nach dem Kriterium eines etwaigen Anwaltszwangs: Alle Prozessordnungen kennen die richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht.⁷⁶ Der Sinn, der Inhalt ist immer derselbe: Das Gericht soll ein faires Verfahren führen.⁷⁷ Das Gericht soll den Parteien Gelegenheit geben, sich zu allen entscheidungsrelevanten Punkten – wohlgeordnet vor Erlass der Entscheidung – zu äußern.⁷⁸ Es soll eine Überraschungsentscheidung des Gerichts vermieden werden.⁷⁹

Bei alledem spielt es sowohl nach der abstrakten Rechtslage als auch nach der forensischen Praxis keine Rolle, ob für eine Instanz Anwaltszwang angeordnet ist oder nicht. Etwa im Zivilprozess ist die abstrakte Rechtslage und die forensische Praxis folgende: Regelfall nach der ZPO ist der Prozess vor dem Landgericht mit Anwaltszwang.⁸⁰

⁷² Zum Problem der Rechtswegerschöpfung Zuck, aaO., Rn. 766 ff, Seiten 263 ff. (Fn. 36).

⁷³ Zur bayerischen Verfassungsbeschwerde Zuck, aaO., Rn. 217 ff, Seiten 62 ff. (Fn. 36).

⁷⁴ Grundsätzlich zur Menschenrechtsbeschwerde Zuck, aaO., Rn. 276 ff, Seiten 80 ff. (Fn. 36).

⁷⁵ Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 29 zu § 86 VwGO (Fn. 14).

⁷⁶ Für den Zivilprozess Zöller, *Greger*, ZPO, 31. Auflage 2016, Rn. 5 zu § 139 ZPO.

⁷⁷ Zöller, *Greger*, aaO., Rn. 20 zu § 139 ZPO (Fn. 76).

⁷⁸ Zöller, *Greger*, aaO., Rn. 11 zu § 139 ZPO (Fn. 76).

⁷⁹ Zöller, *Greger*, aaO., Rn. 3 zu § 156 ZPO (Fn. 76).

⁸⁰ Nach den §§ 253 ff. ZPO.

Für diesen Prozess mit Anwaltszwang gilt im Zivilprozess die richterliche Hinweispflicht.⁸¹ Die richterliche Hinweispflicht im Zivilprozess ist im Prinzip dieselbe wie die richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht des Verwaltungsprozesses. Der Prozess vor dem Amtsgericht in Zivilsachen unterliegt zwar nicht dem Anwaltszwang, in der forensischen Praxis werden die Parteien aber fast immer von einem Rechtsanwalt vertreten.

Wie das Beispiel aus dem Zivilprozess zeigt, macht es für die richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht keinen Unterschied, ob für eine Instanz Anwaltszwang angeordnet ist oder nicht.

XX. Effektiver Rechtsschutz

Die richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht ist ein grundlegendes rechtsstaatliches Gebot.⁸² Ohne richterliche Aufklärungs- und Erörterungspflicht – wohlgeordnet vor Erlass der Entscheidung – kein fairer Prozess, kein einem Rechtsstaat angemessenes Gerichtsverfahren. Das gilt natürlich erst recht in dem Fall des Verfahrens nach den §§ 172 ff StPO, in dem dem Bürger nur eine einzige Gerichtsinstanz zur Verfolgung seiner eigenen subjektiven Rechte zur Verfügung steht.

Gerade in dem Fall, in dem der Bürger nur in einer einzigen Gerichtsinstanz sein Recht verfolgen kann, ist es notwendig, dass von den staatlichen Gerichten effektiver Rechtsschutz durch Ausübung der richterlichen Aufklärungs- und Erörterungspflicht gewahrt wird.

XXI. Ähnlichkeit zum Verfahren nach §§ 23 ff EGGVG

Es gibt noch einen weiteren Hinweis darauf, dass es richtig ist, auf das Klageerzwingungsverfahren Verwaltungsprozessrecht anzuwenden: Überprüft das OLG einen Justizverwaltungsakt, richtet sich das Verfahren des Strafsenats des OLG nach den §§ 23 ff EGGVG. Die §§ 23 ff EGGVG sind nichts anderes als eine Kurzfassung der VwGO.⁸³

Wendet also das OLG auf das Klageerzwingungsverfahren Verwaltungsprozessrecht an, wendet das OLG nur ein Verfahren an, das ihm von der Überprüfung von Justizverwaltungsakten her bereits geläufig ist.

XXII. Zusammenfassung

1. Durch die Tennessee-Eisenberg-Entscheidung (und die nachfolgende bestätigende Rechtsprechung) haben sich die Dinge gewaltig geändert: Der Verletzte hat jetzt einen echten, vollwertigen Rechtsanspruch auf effektive Strafverfolgung des Amtsträgers, den er vorher („seit Menschengedenken“) nicht hatte.

⁸¹ Gemäß dem § 139 ZPO.

⁸² Kopp/Schenke, *Schenke*, aaO., Rn. 22 zu § 86 VwGO (Fn. 14).

⁸³ Beschluss des OLG Oldenburg vom 23. Januar 2015, 4 AR 1/15, NJW 2015, 1255.

2. Beschränkt sich der Verletzte klugerweise darauf, durch Anrufung des gem. § 172 Abs. 4 StPO zuständigen OLG lediglich die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft gegen den Amtsträger zu erzwingen (und nicht die Erhebung der öffentlichen Klage), setzt der Verletzte damit prozessual genau den Rechtsanspruch um, den ihm die Rechtsprechung des BVerfG seit der Tennessee-Eisenberg-Entscheidung gewährt.

3. Das OLG kann sich dann auf den Antrag des Verletzten hin nicht mehr – wie es der bisherigen ständigen Gerichtspraxis entspricht – hinter der vorgebliehen „Un-

zulässigkeit“ des Antrags des Verletzten verschanzen und auf diese Weise mutwillig jedwede Sachentscheidung torpedieren, sondern muss – bei etwaigen Lücken der Antragsschrift des Verletzten – gem. § 86 Abs. 3 VwGO seiner richterlichen Aufklärungs- und Erörterungspflicht genügen. Der Verletzte erhält so in jedem Fall Gelegenheit, etwaige Lücken seiner Antragsschrift zu schließen. Das OLG muss dann – nach etwaiger Vervollständigung der Antragsschrift – eine Entscheidung in der Sache über den Ermittlungserzwingungsantrag des Verletzten treffen und die Staatsanwaltschaft zu strafrechtlichen Ermittlungen gegen den beschuldigten Amtsträger verpflichten.

Aufsätze und Anmerkungen

Brennpunkte des (nicht nur: Wirtschafts-) Strafrechts, Schwerpunkt: Schaden

Zugleich Rezension des *AnwaltKommentars StGB, 2. Aufl.*, herausgegeben von *Leipold/Tsambikakis/Zöller*, Heidelberg u.a. 2015, 2803 S., 139,99 €.

Von Leitender OStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

I. Rezensionstypisches

1. Zum Nachdenken

Bereits die alten Römer wussten: *Judex non calculat*. Aber die Anwälte? Im Vorwort der 2. Auflage 2015 freuen sich die Herausgeber, bereits 3 Jahre nach Erscheinen des Erstlings 2011 eine Neuauflage vorlegen zu können. Sehnen sich die Anwälte doch heimlich nach der Gleichstellung mit Richtern? Müssen sie etwa nicht rechnen? Oder können sie es gar nicht? Wie sieht es dann mit ihren Rechnungen aus? Und der Strafrechtsdogmatik: Unmöglichkeit ist eine Kategorie des Unterlassungsdelikts, § 352 StGB wird aber aktiv begangen. Und im Strafverfahren? Vertrauen sie etwa auf die Beherrschung der mathematischen Kunst seitens des Staatsanwalts? Erkennen somit gar Bundesliga-Verteidiger in der Staatsanwaltschaft die objektivste Behörde der Welt? Wohl kaum. Dennoch: Fragen über Fragen. Die Antwort dürfte darin zu suchen sein, dass das Vorwort aus dem September 2014 mit dem Erscheinungsjahr der Erstauflage ins Verhältnis gesetzt wurde. Die Lehre daraus für *alle* juristischen Professionen: jede noch so richtige Aussage wird bei unrichtigem Anknüpfungspunkt falsch. Das zwingt zur Skepsis bei Übertragung solcher Aussagen höchstrichterlicher Judikate, die einem passen, dienen umgekehrt aber auch als Ansporn bei Äußerungen, die einem unangenehm sind.

2. Übersicht

a) Der *AnwaltKommentar* hat ein neues Zuhause gefunden. Er füllt in der Reihe der Heidelberger Kommentare des C.F.Müller-Verlags eine angesichts des darin in 5. Auflage vorliegenden Werks zur StPO auffällig gewesene bisherige Lücke. Allerdings stellt sich damit sogleich eine neue, bislang unbeantwortete Frage: Was wird aus dem *AnwaltKommentar* zur StPO?

b) Das Team blieb weitgehend unverändert. Schicksalsbedingt musste allerdings für die Verkehrsdelikte Rechtsanwalt und VROLG a.D. *Burhoff* ersetzt werden. Ausgeschieden ist auch Rechtsanwältin Dr. *Möhlenbeck*. Neu hinzugetreten sind akademischer Rat Dr. *Mavany* (Staatsschutz) und Staatsanwältin Dr. *Christina Putzke* (Glückspiel). Damit wuchs die Anzahl der Mitwirkenden auf runde 50 Personen. Der Aufbau der Kommentierungen ist im Kern gleich geblieben und selbst umfangreiche Aktualisierungen wurden vorsichtig in die vorhandenen Strukturen eingepasst. Das erleichtert das Auffinden bei vorgefundenen Zitaten aus der Voraufgabe sehr. Das Layout entspricht dem der übrigen Heidelberger Kommentare. Leider gelangt es nicht, die überaus angenehme Lesbarkeit aus der Erstauflage in die Neugestaltung zu übertragen, obwohl eine Zeile nunmehr weniger Worte enthält. Die ca. 500 und damit fast 25 % mehr Seiten erklären sich zum Teil aus dieser Tatsache, zudem aus dem Entfallen zweispaltig aufgeführter Fuß

noten, aber auch aus der Notwendigkeit, der weiteren Rechtsentwicklung mit ihrer zunehmenden Internationalisierung und Ausdifferenzierung bei Inhalt und Umfang einzelner Kommentierungen Rechnung zu tragen.

II. Rechtliche Aspekte

1. Zur Einleitung

a) Die Kreativität der Autor(inn)en, meist bereits als Experten ausgewiesen und teilweise über eine in Jahrzehnten erworbene Reputation verfügend, zeigt sich bereits in der Einleitung (Rn. 26). Aus der Verurteilung eines Betreuungsrichters, der Anhörungen vorgetäuscht hatte, folgert *Holm Putzke* die Strafbarkeit von Haftrichtern wegen Rechtsbeugung, deren Begründungen für Fortdauerentscheidungen nicht die Tiefe aufweist, die das BVerfG verlangt! Das ist (viel zu!) kühn und würde im Ergebnis nicht nur zu einer strafrechtlichen Erfolgshaftung führen, sondern auch zu einer Versteinerung des Rechts mit quasi totalitärer Festschreibung jeder Äußerung des BVerfG bis in alle Ewigkeit. Die zusätzliche Forderung, de lege ferenda auch leichtfertige Rechtsbeugung unter Strafe zu stellen, zielt auf eine zusätzliche Verschärfung dieser Tendenz und fügt sich damit zwar in den punitiven Mainstream ein, mutet aber in einem verteidigungsorientierten Anwalt-Kommentar doch eher merkwürdig an. Die Skepsis kann sich doch wohl nicht auf das Fehlen einer ausreichenden Anzahl von Richtern in der Population der Justizvollzugsanstalten richten, sondern sie darf sich allein gegen die Bestrafung im Ausgangsfall wenden: ethisches Unwerturteil über Formalverstöße?

b) Zukunftsbezogen sind die knappen Bemerkungen zu ungelösten Problemen des *Enhancements*, des Versuchs der Optimierung des Menschen durch Verbesserung seiner Leistungsstärke, nicht nur des Gehirns, mittels neurostimulierender, pharmakologischer, genetischer oder gar chirurgischer Eingriffe (Einl. Rn. 32 – 34). Allerdings wünschte man sich hier mehr als nur einen Verweis auf einen Vorschlag *Reinhard Merkels* ohne nähere Angabe seines Inhalts. Einen Zusammenhang mit dem Doping im Sport und den Versuchen, diesem Phänomen mit strafrechtlichen Mitteln entgegenzutreten, stellt *Putzke* ebenfalls nicht her.

2. § 1 StGB

Gaede (Rn. 26) bricht eine Lanze für die innertatbestandliche Analogie in § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB („andere <erg.: mit Nrn. 1 – 4> vergleichbare Handlung“). In den Rn. 47 – 53 widmet er sich ausführlich der Wahlfeststellung und lehnt eine Verurteilung aus unterschiedlichen Tatbeständen ab. Obwohl er dies mit der wegen des Gesetzlichkeitsprinzips unzulässigen Bildung eines ad-hoc-Tatbestands begründet, erwähnt er die vergleichbare Argumentation im Anfrageabschluss des 2. Strafsenats (BGH, NStZ 2014, 392 ff., insbes. Rn. 26) nicht.

3. § 13 StGB

Zur Geschäftsherrenhaftung äußert sich *Gercke* (§ 13, Rn. 16 f.) knapp, informativ und kritisch. Er überinterpretiert

allerdings die Entscheidung des VI. Zivilsenats vom 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26 ff. (in Fn. 153 angegeben mit der Fundstelle NZWiSt 2012, 12 statt 460 ff.) als ein Absetzen von strafrechtlichen Judikaten. Dabei betonte der VI. Senat lediglich das Trennungsprinzip zwischen juristischer Person und Organ, z.B. § 13 Abs. 2 GmbHG, und folgerte daraus das Fehlen einer (auch von den Strafsenaten nie behaupteten) *allgemeinen* deliktischen Haftung der Organmitglieder gegenüber außenstehenden Dritten. Sie kann aber (wiederum im Einklang mit der strafrechtlichen Judikatur) aufgrund „*besonderer* Anspruchsgrundlagen“ (BGHZ 194, 26 ff., Rn. 24) sehr wohl in Betracht kommen.

4. § 14 StGB

Die Ausführungen zu § 14 StGB stammen aus den Federn von *Tsambikakis* und *Kretschmer*. Im Hinblick auf die Rezeption von BGH, NJW 2012, 3385 ff. = BGHSt 58, 10 ff. (Tellergeld) begnügen sich beide mit der negativen Abgrenzung, die bloße Einräumung von Leitungsbefugnissen reiche ebensowenig wie die Einbeziehung in unternehmerische Mitverantwortung (Rn. 21a unter Bezugnahme auf BGHSt 58, 10 ff., Rn. 14). Der 5. Strafsenat blieb dabei aber gerade nicht stehen, sondern benannte positiv als entscheidendes Kriterium den Übergang gesetzlicher (in concreto: Arbeitgeber-)Pflichten in die *eigenverantwortliche* Entscheidungsgewalt des Beauftragten (BGHSt 58, 10 ff., Rn. 15). Die Kontroverse um die Behandlung des faktischen Geschäftsführers (Rn. 24 – 29) hätte ruhig noch etwas weiter zugespitzt werden können: Wenn selbst die Rechtsprechung der Auffassung ist, daß die lediglich einseitig angemessene Leitungsmacht keine Haftung kraft faktischer Organstellung auslöst, dann beschränkt sich doch die Kontroverse auf die Frage, welche Anforderungen § 14 Abs. 3 StGB an „die Rechtsbehandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte“, stellt: Ist der Versuch eines *formwirksamen* Bestellsakts notwendig? Oder reicht der auf Rechtsfolgen zielende und zum Ausdruck gekommene *Wille* des Gesellschafters oder der Gesellschafter (mehrheit) zur Überlassung der in Rede stehenden Stellung (ungeachtet jeglicher Formvorschriften) aus (vgl. Rn.27)? Die veränderte Wortfassung des § 15a InsO („Mitglied eines Vertretungsorgans“) gegenüber dem früheren § 84 GmbHG findet keine Erwähnung (vgl. dazu nunmehr die erst nach Erscheinen veröffentlichte Entscheidung BGH, wistra 2015, 151 f.). Ausführlich gehen die *Autoren* hingegen auf die Folgen des Endes der Interessentheorie ein (Rn. 31 – 39) und sprechen sich insoweit für eine funktionale Betrachtung aus (Rn. 37).

5. § 73 StGB

a) Ein besonderes Highlight stellen die Ausführungen *Rübenstahls* zu § 73 StGB dar. Sie nehmen mit 25 Seiten etwa doppelt soviel Raum in Anspruch wie in der Erstauflage. *Rübenstahl* geht dabei auf (wohl) alle wesentlichen Fragen ein und erörtert das Für und Wider der umstrittensten Themen (beispielhaft: Bestimmung des Verfallsgegenstands im Verhältnis zum Bruttoprinzip, Rn. 14 – 18 über netto 4 Seiten) ebenso kunstvoll wie sachkundig unter Ausbreitung der maßgeblichen Argu-

mente. Das ist gerade für denjenigen Leser sehr hilfreich, der ihm in seinen stets verteidigungsfreundlichen Ergebnissen nicht folgen mag, dem er aber hohe Hürden für die seriöse Befürwortung gegenteiliger Auffassungen in den Weg stellt. Luzide beleuchtet *Rübenstahl* unter tiefem Eindringen in die Problematik das Thema „*Verletzteneigenschaft des Anspruchsinhabers*“ (Rn. 55 – 58). Dabei geht es um die Frage, ob § 73 Abs. 1 S. 2 StGB den Verfall auch dann ausschließt, wenn der Täter einem Ersatzanspruch (im weitesten Sinne, ungeachtet der spezifischen Grundlage; zum öffentlichen Ersatzanspruch nach einem Umweltdelikt BGHSt 58, 152 ff., worauf *Rübenstahl* leider nicht eingeht) eines Dritten ausgesetzt ist, der nicht *Verletzter* der verwirklichten Strafnorm ist. Der BGH hat dies bei der Amtsträgerbestechung für die Fälle der Refinanzierung mittels Erhöhung der (z.B.: Werklohn-)Forderung gegenüber den Dienstherrn um das Schmiergeld bejaht und dabei (verbal; zweifelhaft, ob auch der Sache nach) auf die Tat im prozessualen Sinne abgestellt (BGHSt 47, 22 ff., Rn. 26 – 3. Senat). Zutreffend weist *Rübenstahl* nach, dass das maßgebliche Kriterium weder die Tat im materiellen noch im prozessualen Sinne ist, sondern dass es gilt, eine doppelte Inanspruchnahme des Täters zu verhindern (Rn. 56a und 56c; ebenso schon BGH, wistra 2001, 295 ff., Rn. 33-35; s.a. *Verf.*, wistra 2013, 309 f.). Dabei kann es allerdings seit Inkrafttreten des § 111i Abs. 2 StPO am 1.1.2007, der aufschiebend bedingten Verfallanordnung, nicht mehr um die drohende, sondern nur noch um die tatsächliche Inanspruchnahme gehen.

b) Nicht ganz klar wird die Stellung *Rübenstahls* zur Frage nach der Parallelität des Abschöpfungs- zum Bereicherungsrecht: Während er für den Drittverfall (Verschiebung zugunsten des Betroffenen) eine konsequente Orientierung am Bereicherungsrecht verlangt (Rn. 42), könnte dies bei der Bestimmung des „*Erlangten*“ (Rn. 17 – 17b) anders sein. Der Hinweis (Rn. 17b a.E.), § 817 S. 2 Hs. 1 a.E. BGB ermögliche das Rückgängigmachen einer eingegangenen (verbotenen oder sittenwidrigen) Verbindlichkeit, trifft zwar zu und ist konsequent, folgt man der Auffassung *Rübenstahls*, erlangt sei allein der Vertragsschluss, mangels Unmittelbarkeit aber nicht auch das zur Erfüllung Geleistete. Er erklärt aber für sich weder, ob das Unmittelbarkeitsprinzip in dieser Weise richtig angewendet ist, noch ob das Bruttoprinzip beim Abstellen allein auf die schuldrechtliche Ebene der zivilrechtlich von § 817 S. 2 HS 1 a.E. BGB ermöglichten Berücksichtigung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung strafrechtlich entgegensteht. Bei Annahme des Letzteren stellte sich zudem die Frage, ob eine derartige strafrechtliche Bestimmung mit dem Grundsatz vereinbar wäre, das zivilrechtlich Erlaubtes strafrechtlich nicht als rechtswidrig angesehen werden kann. Beim Verfall als hoheitlicher Maßnahme ist allerdings nicht das Gleichordnungsverhältnis zwischen Zivilrechtssubjekten betroffen. Soweit es um Rückgewinnungshilfe geht, liegt die Basis dafür jedoch im Zivilrecht. Allerdings ist der Gesetzgeber nicht gehindert, in einem Strafgesetz eine zivilrechtliche Regelung zu treffen, auch nicht, darin eine das Zivilrecht modifizierende Bestimmung aufzunehmen. Das liegt zwar nicht nahe, setzt aber nur den Willen zur Anordnung der getroffenen Rechtsfolge voraus und nicht auch das Wissen um die damit geschaffene Gesetzeskonkurrenz.

c) Hochspannend sind die (erweiterten) Ausführungen zur Frage der Geltung des Grundsatzes *ne bis in idem* für Verfallentscheidungen (Rn. 61h – 64). *Rübenstahl* zieht eine Parallele zur Straffestsetzung. Danach ist für ein zweites Verfahren im Inland das Doppelbestrafungsverbot zu beachten (Rn. 64), während es jenseits von Art. 54 SDÜ nicht gilt (Rn. 63). Insoweit spricht er sich jedoch dafür aus, eine ausländische Verfallentscheidung nicht wie die Rechtsprechung allein im Rahmen der Härteklauseln des § 73c StGB zu berücksichtigen, sondern entsprechend § 51 Abs. 3 StGB eine Anrechnung vorzunehmen. Mehr als insgesamt höchstens das Erlangte abzuschöpfen erachtet er als Verfassungsverstoß. Diese Schlussfolgerung ist jedoch keineswegs eindeutig. Da die Härteklausel des § 73c Abs. 1 S. 2 StGB lediglich verlangt, die Entreicherung im Rahmen der Billigkeit zu berücksichtigen, steht sie einer solchen Abschöpfungsentscheidung zumindest nicht von vorn herein entgegen, die dem Betroffenen mit der Summe aus Verfallbetrag und Entreicherung ein Vermögensopfer zumutet, welches den Wert des Erlangten übersteigt. Den Verfall aufgrund Auslandsentscheidung könnte man durchaus als in diesem Sinne Entreicherung ansehen. Gleichwohl spricht der Bereicherungsgedanke für *Rübenstahls* Lösung.

Bemerkenswert an den Ausführungen *Rübenstahls* zur Frage nach der Geltung von Art. 54 SDÜ für Verfallentscheidungen ist auch, was er ausblendet: Er thematisiert nicht, ob eine lediglich auf Strafe lautende Verurteilung seitens eines anderen EU-Mitgliedsstaats oder ein Freispruch eine inländische Verfallentscheidung sperrt, sondern bejaht dies für den allein behandelten Fall des Vorliegens einer (anordnenden oder ablehnenden) ausdrücklichen EU-ausländischen Verfallentscheidung (Rn. 62, 62a). Letztlich wird dereinst der EuGH feststellen, ob der Verfall eine unter Art. 54 SDÜ fallende Sanktion ist oder nicht. Sollte er dies trotz ihres gerade nicht auf Ahndung, sondern im Kern auf Bereicherungsausgleich ausgerichteten Zwecks bejahen, so dürfte bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen wohl auch ein im EU-Ausland ergangenes Urteil bei stillschweigend unterbliebener Abschöpfungsentscheidung einer solchen im Inland entgegenstehen. Bei gegenteiliger europarechtlicher Positionierung dürfte der auf die Verfolgung abstellende Wortlaut des Art. 54 SDÜ einer ggf. isolierten Verfallentscheidung analog § 76a Abs. 3 StGB nicht entgegenstehen. Das Verfahren richtet sich zwar nach Regeln der StPO, zielt aber bei Verneinen des Sanktionscharakters eben nicht auf *Verfolgung*.

Anders als bei der personenbezogenen Strafe stellt *Rübenstahl* für die von ihm bejahte Anwendbarkeit des Grundsatzes *ne bis in idem* auf den (potentiellen) Verfallgegenstand als solchen ab (ad rem). So lautet ausdrücklich seine Formulierung für inländische Sachverhalte (Rn. 64) und auf diese Weise erklärt sich, dass er im Rahmen des Art 54 SDÜ einer EU-ausländischen Verfallentscheidung eine Sperrwirkung auch für eine Abschöpfung gemäß § 17 Abs. 4 OWiG im Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen das Unternehmen beimessen will, ja sogar noch weitergehend, bereits eine Unternehmensbuße gemäß § 30 OWiG selbst wegen ihrer der Abschöpfung vergleichbaren Wirkung für ausgeschlossen hält. Die Hochachtung vor der kreativen Phantasie und der höchst professionellen Verteidigungsargumentation ändert jedoch

nichts an der Diskrepanz zwischen dieser Positionierung *Rübenstahls* einerseits und hier geltendem Recht und dessen dogmatischer Auslegung gemäß allgemein anerkannten methodischen Regeln andererseits.

6. § 263 StGB

a) Generelle Entwicklungslinien

Vor besonderen Herausforderungen stehen Kommentatoren der allgemeinen Vermögensdelikte Betrug und Untreue. Sowohl die grundlegenden Entscheidungen des BVerfG (BVerfGE 126, 170 ff. und 130, 1 ff.) als auch das Europarecht haben so manche dogmatische Gewissheit erschüttert. Daher löst derzeit quasi jede höchstrichterliche Entscheidung eine Fülle von Stellungnahmen aus. Und wie es halt so ist: der Wiederaufbau nach dem Einsturz dauert so seine Zeit. Die Entwicklung in ihren Verästelungen zu verfolgen kostet stete, erhebliche und unermüdliche Aufmerksamkeit. *Gaede* bejaht im Rahmen seiner Kommentierung des Betrugs eine Restriktion des Täuschungsbegriffs aufgrund der EU-Verbraucherschutz-Richtlinie (§ 263, Rn. 6, 23 und 61). Inzwischen, sicherlich nach Redaktionsschluss, entschied der 2. Strafsenat des BGH (NJW 2014, 2595 ff., Rn. 21 – 33) allerdings im gegenteiligen Sinne.

b) Täuschung

aa) Sehr intensiv widmet sich *Gaede* der aktuellen Frage nach Möglichkeit und Reichweite konkludenter Täuschungen (Rn. 25 – 36), abzugrenzen gegenüber Täuschungen durch Unterlassen und im Verhältnis zu diesen vorrangig (Rn. 26). Zu Recht hebt er hervor, dass nicht jede falsche Vorstellung auf einer Täuschung beruht, so dass selbst das Verursachen des Irrtums nicht von der Notwendigkeit der Prüfung suspendiert, ob die (bejahte) Kausalität ihren Ursprung tatsächlich in einer Täuschungshandlung findet und dies nur dann der Fall ist, wenn dem gezeigten Verhalten ein (konkludenter) Erklärungswert beizumessen ist (Rn. 27 und 50). Wann dies der Fall ist, ist eine normative Frage. Ob einem typisierten Verhalten aber tatsächlich dieser Erklärungsinhalt zukommt, ist eine tatsächliche, den objektiven Tatbestand im Hinblick sowohl auf Täter- (Täuschung?) als auch auf Opferseite (Irrtum?) berührende Frage, der anschließend noch die Prüfung in subjektiver Hinsicht zu folgen hat (Rn. 28 f.). Im Sinne von *Gaede* (Rn. 33 a.E.) hat inzwischen der BGH (NStZ 2014, 317 f., Rn. 7) entschieden, daß nicht täuscht, wer als Wetter lediglich von (angeblichen oder tatsächlichen) Täuschungen seitens Dritter erfahren hat.

bb) Nennenswerte Schwierigkeiten stellen sich im Hinblick auf eine Täuschung durch Unterlassen (Rn. 37 – 49). Die Abgrenzung zum Täuschen durch aktives Tun richtet sich danach, ob dem Verhalten des Täters konkludent ein Erklärungswert innewohnt oder nicht (Rn. 37, 39). *Gaede* weist sehr präzise darauf hin, dass nicht bereits jede Vermögensbetreuungspflicht eine umfassende Garantenstellung begründet, sondern vielmehr erforderlich ist, dass sie gerade in Bezug auf die irrtumsauslösende Fehlvorstellung besteht (Rn. 38). Beispiele sind Sozialeistungen (Rn. 41) und Verträge über Vermögensbera-

tung (Rn. 44). Die Auffassung hingegen, die prozessuale Wahrheitspflicht schütze nur das Gericht, nicht den Prozessgegner, ist kühn: das Gericht ist materiell am Rechtsverhältnis der Prozessparteien nicht beteiligt. Diese müssen es jedoch aufgrund des Selbsthilfeverbots und des ihm komplementären staatlichen Gewaltmonopols, hier in Form des Justizgewährungsanspruchs, anrufen und es muss entscheiden: im Interesse der Wahrung des Rechts jeder der beteiligten Parteien. Da der Zivilprozess als solcher nur ihnen, den Parteien, dient, kann keine Rede davon sein, die Wahrheitspflicht schütze das – gerade unbeteiligte – Gericht und nicht diejenigen, die sich ihm anvertrauen müssen.

c) Irrtum

Irrt der Getäuschte über eine andere als die vorgespiegelte Tatsache, so liegt nach *Gaede* (Rn. 51) lediglich versuchter Betrug vor. Der BGH (BGHSt 60, 1 ff., Rn. 42) hat allerdings in einer neuen Entscheidung die Gegenauffassung vertreten und die Spiegelbildlichkeit als Stoffgleichheit nur im Verhältnis zwischen Schaden und erstrebtem Vermögensvorteil verlangt. *Gaede* fordert zudem Identität zwischen Irrendem und Verfügendem (Rn. 66). Dies wird der Arbeitsteiligkeit insbesondere in größeren Unternehmen nicht gerecht. Den überzeugenden Lösungsversuch von *Schuhr* (ZStW 213 <2011>, 517 ff.) erwähnt *Gaede*. Es wäre für den Leser spannend geworden, hätte er – der Stoffülle trotzend – sich auch mit ihm inhaltlich näher auseinandergesetzt. Erleichterungen beim Beweis des Irrtums in Fällen zur Aburteilung stehenden Massenbetrugs begegnet *Gaede* skeptisch (Rn. 52). Über die Fälle der §§ 154 und 154a StPO (letzteres in Bezug auf die Vollendung) hinaus verlangt er die persönliche Vernehmung eines jeden Verfügenden. So geboten es ist, das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals nicht allein aufgrund normativer Erwägungen zu bejahen, so wenig können allerdings gerade wegen des Charakters des Irrtums als eine (vorhandene oder fehlende) Tatsache Beweiserleichterungen, die nun eben die Feststellung von Tatsachen zum Gegenstand haben, als widersprüchlich angesehen werden. Der Ansatz der Rechtsprechung (vgl. BGH zum ärztlichen Abrechnungsbetrug bereits BGHSt 36, 320 ff.; zur Abrechnung gefälschter oder aus anderen Gründen nicht erstattungsfähiger Rezepte seitens eines Apothekers BGH, wistra 2015, 231 f., Rn. 21 – 23), auf der Basis einer repräsentativen Anzahl von Zeugen Hochrechnungen unter Berücksichtigung eines Sicherheitsabschlages vorzunehmen, ist daher systematisch stimmig.

d) Vermögen – Wertbestimmung

aa) Der aktuell wieder sehr intensiv diskutierten Frage nach dem Inhalt des Vermögensbegriffs widmet sich *Gaede* sehr ausführlich und zwar bereits im Zusammenhang mit seinen Darlegungen zur Vermögensverfügung (Rn. 67 – 80) und nachfolgend beim Schaden (Rn. 107 – 113). Dem subjektivierten Verständnis des Vermögens (zu unterscheiden vom „subjektiven Schadenseinschlag“, Rn. 133 – 137, auch Rn. 139, der auf objektiver Bewertung fußt, Rn. 133 a.E.) attestiert *Gaede*, es sei in der Lage etliche Phänomene überzeugend zu erklären. Gleichwohl lehnt er es unter Hinweis auf ungelöste Entgrenzungsgefahren und der Neigung zum Schutz bloßer Dispositionsfreiheit ab

(Rn. 69, 98; Konzessionen eingehend aber Rn. 105 bei Fn. 631) und gelangt sogar zu der Einschätzung, es vertiefe verfassungswidrige normativierende <welcher Wertbegriff kann aber *ökonomischer* sein als der subjektive und damit passgenau der freien Marktwirtschaft gemäße?) Tendenzen: nur ein auf den objektiven Wert abstellender Vermögensbegriff sei nicht rechtsgutsfern (Rn. 107). Damit steht er zwar in Übereinstimmung mit *Saliger* (HRRS 2013, 363 ff.), ohne allerdings die Kritik an dessen Ansicht entkräften zu können.

Faktisch handelt es sich beim Marktwert um die Summe subjektiv vereinbarter oder erwarteter Preise, also gerade nicht um einen von den Marktteilnehmern unbeeinflussten, von ihnen losgelösten und damit objektiven Wert. Stellt man mit *Gaede* zutreffend auf „die konkreten örtlichen und zeitlichen Besonderheiten“ nebst „Besonderheiten des Geschäfts“ ab (Rn. 107), so führt dies zu der Frage, wer anderes denn als die individuellen Vertragspartner und wie den Wert bestimmen können soll. Mangels „Nürnberger Trichters“ oder eines anderen unmittelbaren Zugangs zur einzigen Wahrheit wird nur, soweit keine Täuschung im Spiel ist, die Gleichsetzung von Preis und Wert der Situation gerecht – gibt es nur einen Marktteilnehmer, so gibt es auch rein logisch keine andere Möglichkeit, will man das abstruse Ergebnis vermeiden, dass der Vertragsgegenstand in solchen Konstellationen eben gar keinen Wert hat. Warum aber wurde er dann trotzdem gehandelt? Mit welcher Begründung soll der Jurist, der entscheidende Richter, klüger sein als die Beteiligten? Und mit welcher Begründung wollte man dann verneinen, dass der Gegenstand mangels eines Wertes gestohlen werden dürfte?

Müsste sich auf der Basis der streng objektiven Wertbestimmung nicht jeder Manager zur Vermeidung seiner Untreuestrafbarkeit vergewissern, welchen Preis andere an seiner Stelle zu akzeptieren bereit wären (vergleichbar einer von *Gaede*, Rn. 135, zu Recht kritisierten absurden Konsequenz, derzufolge sich bei Anerkennung eines individuellen Schadenseinschlags der Vertragspartner immer Kenntnis vom objektiven Gegenwert für sein Gegenüber verschaffen müsste – eine Folge, die allerdings weder unvermeidlich ist, noch sich beim Abstellen auf intersubjektive Wertbestimmung einstellt, ist diese doch nur dann nicht maßgeblich, wenn ein Partner unlauter und damit täuschend auf das Vorstellungsbild des anderen einwirkt.)? Damit wäre via Strafrecht das Ende der freien Preisbestimmung am Markt eingeläutet!

Auch methodisch überzeugt das Ergebnis nicht, müsste doch wohl anstatt einer schlichten Behauptung zunächst der Versuch unternommen werden und zudem gelingen, die subjektive Wertbestimmung als rechtsgutsfremd und verfassungswidrig herauszuarbeiten, und umgekehrt aufgezeigt werden, dass nur die objektive Wertbestimmung das einzig rechtmäßige Ergebnis darstellt (eingangs Rn. 110 zutreffend konstatierend, auch die am Markt orientierte objektive Vermögensbewertung stelle einen normativen Vorgang dar, eine Erkenntnis, die freilich <im grundsätzlichen Einklang mit *Gaede*, Rn. 111 sowie Rn. 110 und seiner Auflistung nicht konsistenter obergerichtlicher Entscheidungen> nicht als Einfallstor für jede normative Wertbestimmung missbraucht werden

darf). Mir scheint, hier bedarf es vor allem der Klärung, in welchem Umfang es sachgerecht ist, ein subjektives Verständnis des Vermögenswerts zugrunde zu legen.

bb) Der Abgrenzung zwischen vermögenswerten Expektanzen und nicht geschützten bloßen Aussichten und Hoffnungen sind die Rn. 72 f. gewidmet. Dem Vermögensschutz rechts- und sittenwidrig erlangter oder zur Verwendung zu derartigen Zwecken bestimmter Vermögenswerte (Rn. 76 – 79) steht *Gaede* skeptisch bis ablehnend gegenüber (Rn. 79). Die Rechtsauffassungen zum Erfordernis bzw. nach h.M. Entbehrlichkeit eines Verfügungsbewusstseins des Geschädigten referiert er eher distanziert (Rn. 87 f.). Für die h.M. spricht, dass Diebstahl kein Heimlichkeitsdelikt ist, so dass es für die Abgrenzung Betrug/Diebstahl genügen dürfte, allein auf die objektiven Umstände abzustellen: geben oder nehmen. Die Frage, ob Betrug ausscheidet, wenn der Getäuschte in Kenntnis des wahren Sachverhalts ebenfalls wie geschehen verfügt hätte, spricht *Gaede* als ein Problem der hypothetischen Ersatzursache im Verhältnis Irrtum/Vermögensverfügung an (Rn. 95). Dieses Problem stellt sich aber auch im Hinblick auf den Schaden und zwar im Rahmen der Kompensation (z.B. ersparte Aufwendungen der Krankenkasse bei lege artis erbrachter, aber nicht abrechnungsfähiger Leistung).

e) Schaden

aa) Für die Bemessung des Schadens fordert *Gaede* zwei Schritte: einer wirtschaftlichen Betrachtung habe eine Eingrenzung nach spezifisch strafrechtlichen Wertungen, insbesondere im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut, zu folgen (Rn. 96). Zu Recht lehnt er die Kompensationswirkung solcher Ansprüche ab, die dem Getäuschten zwar aufgrund der Tat erwachsen, ihm aber verborgen bleiben sollten (Rn. 98, 102).

bb) Mit verbreiteter, vielleicht gar h.M. betrachtet er die Vermögensminderung beim Eingehungsbetrug als Gefährdungsschaden (Rn. 104). Dem kann allerdings jedenfalls nicht ohne Einschränkungen gefolgt werden. Ob ein Schaden entstanden ist, wird gemäß üblicher Formulierung im Wege der Saldierung des Vermögens vor und nach der Vermögensverfügung ermittelt. In der Praxis werden jedoch nicht sämtliche Auswirkungen auf alle Einzelteile des gesamten betroffenen Vermögens überprüft, sondern der Wert von Leistung und Gegenleistung verglichen (*Velten*, FS Schünemann 2014, S. 715, 716 – 719). Welche Umstände dabei zu berücksichtigen sind, ist vom Sachverhalt abhängig.

(1) Angesichts des im geltenden Zivilrecht bestehenden Abstraktionsprinzips geht außerhalb gesetzlicher Schuldverhältnisse dem realen Güterverkehr, der Ebene des Sachenrechts, (zumindest: regelmäßig) eine schuldrechtliche Vereinbarung voraus. Beim Eingehungsbetrug sind Anspruch und Gegenanspruch gegenüberzustellen. Beide sind bereits für sich vermögensrelevant. Das bedeutet, dass die Beeinflussung des Vermögens nicht notwendig eine Veränderung in der realen Güterwelt voraussetzt: im Einklang mit *Gaede*, Rn. 99, 103, kommt bereits einer Forderung selbst Vermögenswert zu – spiegelbildlich dazu stellt eine Verbindlichkeit eine Einbuße am Vermö-

gen dar. Ob bereits der unausgewogene Schuldvertrag zu einem Schaden des Getäuschten führt, hängt von verschiedenen tatsächlichen Umständen ab.

(2) Ist der Täuschende vorleistungspflichtig oder muss der Getäuschte seine (Gegen-)Leistung nur Zug – um – Zug erbringen, so liegt darin ebenso wie im Fall der Bestellung einer ausreichend werthaltigen Sicherheit eine vollständige Kompensation. Hier scheidet die Annahme eines Schadens aus. Auf den Wert irgendeiner Gefahr kommt es insoweit überhaupt nicht an. Ist hingegen der Getäuschte vorleistungspflichtig, so hat der Täuschende einen unbedingten und einrederefreien Anspruch auf Leistung. Beabsichtigt er, diesen Anspruch durchzusetzen, die Gegenleistung aber nicht zu erbringen, so liegt bereits auf der schuldrechtlichen Ebene ein vollendeter Betrug zum Nominalwert der Leistung des Getäuschten vor: Dieser versprach seine Leistung nur, weil er auf den Erhalt der als wertgleich angenommenen Gegenleistung vertraute. Ist der Täuschende von Anfang an leistungsunfähig, so ist unmittelbar einsichtig, dass der Getäuschte nicht etwa erst und nur einer Vermögensgefährdung ausgesetzt ist, sondern bereits eine wirkliche Einbuße in seinem Vermögen erlitten hat: Seiner unbedingten Leistungspflicht kann er nicht entgehen (Ausnahme: § 321 Abs. 1 BGB, die aber Kenntnis der tatsächlichen Lage voraussetzt und bei Leistungsunwilligkeit nicht greift), während sein Gegenanspruch nichts wert ist. Eine aktuelle Vermögensminderung in Höhe des Nominalwerts der Verbindlichkeit lässt sich demgemäß bei fehlender Durchsetzbarkeit der Gegenleistung nicht leugnen, so dass für eine darunterliegende Bemessung des Schadens aufgrund einer bloßen Gefährdung insoweit keine Rede sein kann. Verallgemeinernd lässt sich formulieren: Kann das der Vermögensverfügung nachfolgende Geschehen die Einbuße nicht mehr beeinflussen, so handelt es sich um einen Realschaden.

Der Leistungsunfähigkeit steht die Leistungsunwilligkeit gleich. Das versteht sich allerdings nicht von selbst, da ein rechtlich wirksamer Anspruch gegen einen zwar unwilligen, aber leistungsfähigen Schuldner zwangsweise durchgesetzt werden kann. Bei wirtschaftlicher Betrachtung ist der Gegenanspruch des Getäuschten demnach nicht etwa nichts wert. Es ist eine normative Erwägung, ihm aufgrund der Vertragsbrüchigkeit des Täuschenden und der aufwendigen Umstände der Rechtsverfolgung trotzdem keine Kompensationswirkung zuzumessen. Spätere freiwillige oder erzwungene (Teil-)Zahlung(en) sind demnach lediglich als Wiedergutmachung anzusehen, zu berücksichtigen nicht auf Tatbestands-, sondern auf der Ebene der Strafzumessung. Auch insoweit handelt es sich nicht um Fragen der Vermögensgefährdung.

(3) Für die Prüfung einer Gefahr als (mit der Vermögensverfügung) eingetretener Minderung des Vermögens des Getäuschten, also als bereits damit angerichtetem Schaden, ist nur dort Platz, wo bei grundsätzlich vorhandener Leistungswilligkeit die Leistungsfähigkeit von in der Zukunft liegenden tatsächlichen Entwicklungen abhängt. Jeder erst später zu erbringenden Leistung wohnt ein gewisses Risiko inne, das dem Anspruch auf die vollwertige Gegenleistung anhaftet und dessen Wert herabsetzt. Die eigene Leistung wird im Vertrauen auf den Erhalt der Gegenleistung erst versprochen und dann erbracht. Ob-

wohl es sich dabei um ein ausgewogenes und damit strafrechtlich irrelevantes Geschehen handelt, beweist sich die tatsächliche Ausgeglichenheit von Leistung und Gegenleistung frühestens im Zeitpunkt beiderseitiger vollständiger Erfüllung. Jedes einem derartigen oder dem konkreten Vertrag zwangsläufig immanente Risiko ist legal und in ökonomischer Hinsicht in den festgelegten Wert der Gegenleistung eingepreist. Aufgrund dieser Ausgeglichenheit darf bilanzrechtlich die Forderung zum Nominalwert und die letztlich erhaltene Gegenleistung nicht mit einem über dem Preis liegenden Wert aktiviert werden.

Eine Wertberichtigung ist erst aufgrund späterer Entwicklungen zulässig, z.B., wenn sich bei der Gegenüberstellung von Leistungsanspruch und Gegenleistung ein Ungleichgewicht zeigt. Die Höhe der Korrektur hängt von den konkreten Umständen ab. Versprechen und gebrochenes Versprechen können sich zwar um den vollen Nominalwert unterscheiden, müssen es aber nicht. Die Bewertung ändert sich etwa dann, wenn der Gegenleistung über die vertragstypischen hinausgehende weitere Risiken anhaften. Werden sie offengelegt, so mindern sie den dafür erzielbaren Preis. Wird über ihr Vorhandensein getäuscht und deshalb die Gegenleistung in der Höhe vereinbart, die der Getäuschte nur beim Bestehen allein vertragstypischer Risiken akzeptiert hätte, so besteht sein mit Vertragsschluss eingetretener Schaden in der Risikodifferenz. Da bereits der Wert der versprochenen Gegenleistung gemindert ist, tritt der Betrugsschaden damit und nicht erst bei ihrem (vollständigen oder teilweisen) endgültigen Ausbleiben ein. Da der Schaden der Quantifizierung bedarf, ist das zusätzliche Risiko zu bewerten. Ist im Zeitpunkt der Vermögensverfügung noch offen, ob die Gegenleistung ganz oder partiell ausfallen wird, so ist derim täuschungsbedingt über das vertragsimmanente hinausgehenden Risiko bestehende Schaden erforderlichenfalls zu schätzen. Es handelt sich dabei zwar nicht unter dem Gesichtspunkt der eigenen Verpflichtung, wohl aber im Blick auf die Minderwertigkeit der Gegenleistung um einen bereits gegenwärtigen und deswegen betrugsrelevanten Gefährdungsschaden.

cc) Wird neben der Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit auch noch wie von Anfang an geplant die Vertragsgemäßheit der Erfüllungsleistung vorgetäuscht, so handelt es sich um einen sog. unechten Erfüllungsbruch, z.B. wenn der Kauf eines Goldrings durch Leistung eines lediglich vergoldeten Rings erfüllt werden soll. Unstreitig ist insoweit noch, dass das Geschehen auch hier bereits auf schuldrechtlicher Ebene strafrechtlich relevant ist. Keine Einigkeit besteht jedoch über die genaue strafrechtliche Einordnung des Geschehens. Unproblematisch liegt allerdings bei Übergabe des als golden ausgesuchten und verkauften, in Wahrheit aber nur vergoldeten Rings ein einheitlicher Betrug mit einem Schaden in Höhe der Wertdifferenz vor. Die Meinungsverschiedenheiten bestehen jedoch sowohl in Bezug auf Sachverhalte, in denen die Erfüllung der schuldrechtlichen Vereinbarung zeitlich erst nachfolgen soll, als auch über die Bestimmung des Wertes.

(1) Entwertet bereits die vollständige Leistungsunwillig- oder -unfähigkeit (dazu auch unten 5 a.E. und 6) den Wert des Gegenanspruchs des Getäuschten (dazu oben II

6 e bb <2>), so ist es nur konsequent, diese Systematik auf die Fälle des unechten Erfüllungsbetrugs zu übertragen: Demnach tritt bereits auf der schuldrechtlichen Ebene der Schaden ein. Dessen Höhe wird davon beeinflusst, ob eine etwa vorgesehene Gegenleistung für den Getäuschten einen Wert hat. Er darf ein aliud zurückweisen. Jedoch wird der Täter damit nicht rechnen, so dass sich sein Vorsatz regelmäßig nur auf die Wertdifferenz bezieht und deswegen nur diese einer Verurteilung tatbestandlich zugrunde gelegt werden darf. Das gilt auch, wenn der Getäuschte die Gegenleistung zurückweist oder sie nur als Wiedergutmachung eines Teils des angerichteten Schadens entgegennimmt.

(2) Der Hauptstreitpunkt betrifft die Frage, wie der Wert der Forderung des Getäuschten an den Täuschenden zu bestimmen ist.

(a) Die Antwort fällt leicht, wenn der Marktpreis vereinbart wurde. Das aber ist nicht immer der Fall. Bei Unikaten (Kunsthandel!) fehlt es daran von vorn herein. Angesichts marktwirtschaftlich freier Preisbestimmung dürfen zudem Verträge abgeschlossen werden, die sich für eine der Parteien als Schnäppchen erweisen. Ihnen liegen vom Marktwert abweichende Preise zugrunde, seien es höhere oder handle es sich um günstigere. Ist aber deswegen das Synallagma gestört? Davon kann bei offengelegtem und bewusstem Handeln keine Rede sein. Was aber gilt im Fall der Täuschung? Derartige Sachverhalte sind davon gekennzeichnet, dass es sich in Wahrheit nur um Scheinschnäppchen handelt. In aller Regel hätte der Getäuschte den Vertrag gar nicht geschlossen, wenn er um den wahren Sachverhalt gewusst hätte.

(b) Betrügt derjenige, der im Restaurant oben im Eiffelturm für den für 7 € bestellten Kaffee unter Hinweis darauf, dass er im Café am Fuße der Sehenswürdigkeit für die gleiche Leistung nur 3,50 € zu entrichten hätte, plangemäß nur die Hälfte bezahlt? Oder darf er das aufgrund des „objektiv“ nicht höheren Werts? Versucht der Wirt im Eiffelturm etwa seinerseits zu betrügen? Hier mag man einwenden, dass der Transport, die Atmosphäre und die Aussicht zusätzliche preissteigernde Faktoren darstellen. Was aber gilt bei den beiden Kiosken am Boden, deren einer die Flasche Bier für 1,50 € verkauft, während deren anderer für die gleiche Leistung 2 € verlangt? Marktpreis 1,75 €? Darf sich der 2-€-Käufer mit der Zahlung von 0,25 € weniger begnügen? Und umgekehrt: braucht der 1,50-€-Verkäufer nur 0,425 Liter Bier auszuschenken? Lächerlich? Lebensfremd? Auch im Fall mangelnder Erfüllung einer für 1 € ersteigerten Rolex-Uhr im fünfstelligen Marktwert? Schaden: der eine gezahlte €? Kein Schaden bei vereinbarten 100 €, wenn das tatsächlich gelieferte Imitat mindestens diese 100 € wert ist?

(c) Die h.M. gelangt für die Fälle des unechten Erfüllungsbetrugs tatsächlich zu solchen Ergebnissen. Der ihr zugrundeliegenden Einheitstheorie, die Eingehungs- und Erfüllungsstadium zusammen betrachtet, schließt sich *Gaede* an (Rn. 106). Da der § 263 StGB nur vor einer Vermögenseinbuße schützt, nicht aber eine Vermögenssteigerung absichert, hat die Einheitstheorie zur Folge, dass ein Schaden nur dann vorliegt, wenn die Gegenleistung objektiv hinter dem Wert der Leistung des Ge-

täuschten zurückbleibt. Das ist gleich in mancher Hinsicht schief.

(d) Diese h.M. hält zwar für die Berechnung des Schadens den Geschädigten an dessen schuldrechtlicher Verpflichtung fest, misst aber dessen schuldrechtlichem Anspruch nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung bei, indem sie dem Täuschenden quasi „gestattet“, seine von ihm akzeptierte schuldrechtliche Leistungspflicht abweichend, d.h. vertragswidrig zu erfüllen. Eine Erklärung für diese Ungleichbehandlung zu Lasten des Getäuschten und für die damit verbundene andersartige Betrachtung als in den Fällen des Eingehungsbetruges bietet sie jedoch nicht.

(e) (aa) Zivilrechtlich gilt jedoch, dass sich die individuellen Parteien mangels staatlicher Festlegung nicht nur gegenseitige Leistungen zu einem von ihnen bestimmten Preis versprechen, sondern damit zugleich deren Wert innerhalb ihrer beider Verhältnis festlegen: wer eine Uhr unter Marktwert (nochmal: i.e. die Summe aller vergleichbaren tatsächlichen oder erwarteten Geschäfte) verkauft, verschafft dem Käufer einen wirksamen Anspruch auf Übereignung zum vereinbarten Preis. Dieser Anspruch ist trotz des geringen Preises der Gegenleistung adäquat, d.h. gleichwertig. In Marktpreisen ausgedrückt – und nichts anderes findet bei Schnäppchen statt – repräsentiert damit die Verpflichtung zur Zahlung von nominell 100 € einen fünfstelligen Wert (zum Thema BGH, ZWH 2012, 459 ff. <plagiierte Pirelli-Felgen> einerseits, 2. Strafsenat, dazu *Bittmann*, ZWH 2012, 446, 449 ff.; und BGHSt 58, 205 ff. <Grundstückswert> andererseits, 5. Strafsenat; dazu *Bittmann*, *wistra* 2013, 449, 453 ff.; zweifelnd nunmehr BGH, Beschl. v. 2.9.2015 – 5 StR 186/15, Rn. 6 f. = NStZ-RR 2015, 374 f.).

(bb) Das Vermögen des Schnäppchenkäufers besteht demnach mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags aus der Summe aus bisherigem Bestand zuzüglich Forderung gegen den Verkäufer abzüglich ihm gegenüber bestehender Verbindlichkeit. Dass er damit günstiger als zuvor steht, ist nichts anderes als Ausdruck der freien Marktwirtschaft. Der wirksame Anspruch ist mit seinem Entstehen genauso Eigentum i.S. des Art 14 GG wie z.B. eine Unterhalts- oder Schadenersatzforderung. Dass letztere auf Gesetz, der vereinbarte Anspruch hingegen auf Vertrag beruht, macht keinen Unterschied. Für eine gegensätzliche strafrechtliche Behandlung fehlt es demnach an einem rechtfertigenden Grund: Der Vertragspartner darf die seinem Gegenüber schuldrechtlich gewährte vermögenswerte Position nicht etwa deshalb auf Erfüllungsebene wieder straflos entziehen, weil er an der Entstehung dieses günstigen Vermögenswerts seines Kontrahenten selbst mitgewirkt hatte.

(3) *Sinn* (ZJS 2013, 625 ff., 628) wendet demgegenüber ein, vor dem Vertragsschluss (d.h. doch aber: anders danach) könne es nur einen Wert und keinen Preis gegeben haben, so dass der Preis nicht den Wert bestimmen oder mit ihm gleichgesetzt werden könne. Weil dieses Bedenken dem Nominalwert der Forderung keine betrugsrelevante Bedeutung beimisst, beruht es unausgesprochen auf dem Boden der Einheitstheorie, kann damit aber weder diese bestätigen noch die Trennungstheorie

widerlegen. Es greift aber auch aus anderen Gründen nicht durch.

(a) Wie *Sinn* zutreffend und an einem Beispiel exemplifizierend darlegt, besteht vor dem Vertragsschluss nur der zum Handel bestimmte Gegenstand. Der Verbindung von Gegenstand und Wert widmet sich *Sinn* allerdings nur mit der eher behauptenden Aussage, der Gegenstand habe einen *bestimmbaren* Wert. Ergänzend verweist er auf Ausführungen des BGH (NJW 2004, 2603, 2604), denen zufolge der Verkaufspreis der betreffenden Umsatzstufe am Markt maßgeblich sei. Dabei erstaunt zunächst die Erklärung des Werts mit dem Preis. Kein Wert ohne Markt? Was überhaupt ist der *Markt*? Ein abstraktes Denkgebilde? Ein statistischer Wert? Eine Zukunftshoffnung? Irgend so etwas Allgemeines, nicht Fassbares? Warum nichts Konkretes wie der Vertragsschluss, obwohl nur dies sinnlich begreifbar ist?

Auch wenn man auf einen angeblich objektiven Wert rekurriert, bedarf es der Erklärung, auf welche Weise er sich bestimmen lassen und wer dafür zuständig sein soll, warum zwar die jeweiligen Umstände des in Rede stehenden Geschäfts juristisch bedeutsam sein sollen, ihre Bewertung aber nicht den Beteiligten überlassen werden dürfe (wem sonst? Dem Markt? Wer ist der *Markt*, s.o.?), und aus welchen Gründen sich nur allzu oft der ach so objektive Wert nicht erzielen lässt, schau man nur auf eine Art Lebenslüge der Kreditwirtschaft, die ebenso tagtäglich wie ihre Praxis fortsetzend erfährt, dass nominell ausreichende (Real-)Sicherheiten bei der Zwangsversteigerung keineswegs den Ausfall der Zahlung zu kompensieren vermögen?

(b) Mit *Sinn* lässt sich also konstatieren, dass es vor dem Vertragsschluss nur den Gegenstand gibt. Mit *Sinn* kann man auch durchaus behaupten, dass dieser Gegenstand einen objektiven Wert repräsentiert. Entgegen *Sinn* gibt es aber keine Möglichkeit, diesen objektiven Wert 1:1 in Geld auszudrücken. Der Gegenstand birgt objektives Potential. Es lassen sich auch Aussagen über dessen Größenordnung treffen. Das alles ändert aber nichts daran, dass alle Tausch-Werte vor dem Vertragsschluss, zugegeben: zugespitzt formuliert, nichts als Hoffnungen darstellen. Anders gewendet: Im konkreten Vertragsschluss *realisiert* sich kein zuvor vorhandener Wert, sondern allein das dem Gegenstand mit der Möglichkeit zum Austausch innewohnende Wertpotential. Demzufolge ist es der abgeschlossene Vertrag, der den (Tausch-)Wert erst kreiert! Nur mit dem Vertrag wächst dem Gegenstand ein für die Rechtsordnung in Geld ausdrucksfähiger Wert zu. Ein Wert war zwar bereits zuvor vorhanden, mit Marktnachfrage oder ohne, nur ließ sich sein Geldwert zuvor lediglich schätzen. Mit dem Vertragsschluss geschieht die für den Moment maßgebliche und zivilrechtlich die Vertragsparteien bindende Quantifizierung. Verlässlicher als per Abstellen auf den Vertragsschluss lässt sich der Wert auch für das Strafrecht nicht feststellen. Zudem wäre es merkwürdig und bedürfte einer wirklich guten und überzeugenden Begründung, weshalb das Strafrecht vom Zivilrecht abweichen wollte – noch dazu in, wie gezeigt (oben II 6 e cc <2> <d>) einseitiger Weise.

(c) *Sinn* hebt hervor, Preiserwartungen vor Vertragsabschluss seien kein Vermögensbestandteil. Müsste dann nicht aber Gleiches für die Erwartung gelten, das im Gegenstand repräsentierte Potential an Tauschwert ganz oder zum Teil ausschöpfen zu können? Was anderes als erst der Vertragsschluss führte dann aber den Wandel von der Hoffnung zum Vermögensgegenstand und damit zu einem in Geld bemessenen Wert herbei? Wer dem Wertpotential keinerlei Vermögenswert beimisst und es als schlichte Hoffnung ansieht, macht dem Eingehungsbetrag in toto den Garaus: Vor dem Vertrag kein Markt und ohne Markt kein Wert. Diese Konsequenz ziehen in der Tat diejenigen, die im Abschwindeln nicht handelbarer Unikate keinen Betrug sehen – merkwürdig, wird doch die Strafbarkeit der Eigentumsentziehung mittels Unterschlagung oder Diebstahls nicht in Frage gestellt, so dass es sich hier bei der Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug um einen der höchst seltenen Fälle der Scheidung zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit handeln würde.

(4) (a) Den Eingehungsbetrag als solchen stellen allerdings weder *Gaede* noch *Sinn* in Frage. Sie bemessen den angeblich objektiven, d.h. vom konkreten Vertrag und dem darin festgeschriebenen Preis unabhängigen Wert im Wege einer Vermutung: wenn ähnliche Gegenstände zu bestimmten Preisen gehandelt werden, so ist es am wahrscheinlichsten, dass auch der in Rede stehende Gegenstand einen Wert in Höhe des allgemeinen Marktniveaus repräsentiert. Damit anerkennen auch sie die ausschlaggebende Rolle des Preises, allerdings nicht des konkret erzielten, sondern desjenigen, der im Allgemeinen erzielt zu werden pflegt. Das funktioniert bereits bei Massenware nicht bruchlos. Produzieren zwei Brauereien im wesentlichen gleiches Bier, so verlangen und erzielen sie gleichwohl unterschiedliche Preise. Ändert das etwas an der Gleichheit ihres Werts? Und worin unterscheidet sich der Wert (nicht: der Preis) eines Stückchens Leder, das in einer Fabrik mit der Lizenz eines angesagten Herstellers zu einer teuren Marken-Handtasche (z.B. Gucci) verarbeitet wurde, vom billigen, weil rechtswidrig erschaffenen Imitat? Je seltener eine Art gehandelt wird, desto mehr hängt der Marktpreis von Einzelverkäufen ab – unabhängig von deren typischer Natur oder individuellen Besonderheiten. Überhaupt: Aus wievielen Handelsgeschäften soll denn ein Marktpreis bestehen müssen? Wenn 3 genügen, warum dann nicht eines? Worin liegt der materielle Unterschied, aus dem geschlussfolgert wird, dass viele, zumindest einige gleichartige Geschäfte Einfluss auf den Wert haben, ein einzelnes aber nicht? Ist Privatautonomie nur innerhalb des Mainstreams strafrechtlich anzuerkennen?

(b) Es mag einen statistischen Mittelwert geben. Es lässt sich eine Preisspanne feststellen. Empirisch. Was haben sie mit dem (Tausch-)Wert zu tun? Jedenfalls nicht so viel, dass sie es erlauben würden, auf einen *objektiven* Wert zu schließen. Feststellen lässt sich immer nur ein mehr oder weniger üblicher Preis. Die Bestimmung des Werts ist hingegen abhängig von normativen Wertungen in dem Sinne, dass das Recht festlegt, auf welche tatsächlichen Umstände es wie ankommen soll. In einer Marktwirtschaft ist der Wert aber weder vorgegeben noch nor-

mativ vorbestimmt. Der Wert folgt aus dem frei vereinbarten Preis. Das sehen auch die Vertreter eines objektiven Wertbegriffs der Sache nach nicht anders. Warum sie aber auf schwer greifbare Kriterien zurückgreifen, die vielfach von kaum objektivierbaren Umständen abhängen, anstatt auf die konkrete, in der Parteiabrede festgelegte beiderseitige Wahrheit, ist nicht erklärlich.

(5) (a) Demgegenüber ist festzuhalten: Es gibt keinen objektiven Tauschwert. Erst in der konkreten Parteivereinbarung realisiert sich das Wertpotential. Allein sie stellt die Verbindung zwischen einem Gegenstand und seinem Preis her und beziffert auf diese Weise dessen tatsächlichen Tauschwert. Zivilrechtlich wird dieser fraglos anerkannt.

Im Gegensatz zur Kritik von *Sinn* erfolgt auch bei der subjektiven Wertbestimmung keine Gleichsetzung von Wert (oder Wertpotential) und Preis. Vielmehr legen die Parteien den Preis gestalterisch frei fest. Sie orientieren sich dabei an ihren Wertvorstellungen. Die Einigung darüber ist logisch dem Vertragsschluss vorgelagert: Im wechselseitigem Abstimmen der gegenseitigen Wertvorstellungen wird (im Erfolgsfall) zuerst die Einigung über die konkrete beiderseitige Wertvorstellung erzielt. Erst im Anschluss daran erlangt die erzielte Einigung über den Wert im Vertragsschluss Verbindlichkeit. Gebunden sind daran nur die Vertragsparteien. Dass andere Beteiligte mit anderen Vorstellungen und Interessen zu anderen Preisen gelangt wären, ist zwar (jenseits von Massengeschäften) sehr wahrscheinlich, aber rechtlich für den jeweilig inter partes maßgeblichen Wert ohne Bedeutung. Ein mit drei Millionen € taxiertes Grundstück kann für denjenigen, der damit nichts anfangen kann, aber die Verkehrssicherungspflicht erfüllen muss, einen negativen Wert repräsentieren, während es für jemanden mit einer vermarktungsfähigen Idee das Doppelte oder noch mehr wert sein kann. Nochmals: Mangels Nürnberger Trichters oder sonstigen Zugangs zur einzig wahren Wahrheit gibt es niemanden, der den Wert besser bestimmen könnte als die Parteien selbst. Es gibt keinen Grund, deren freier Vereinbarung strafrechtlich die Anerkennung zu verweigern.

Erst und nur dort, wo sich der Preis nicht auf freie, von sachwidrigen Einflüssen und Manipulationen unbeeinflusste Weise gebildet hat, kommt das Strafrecht nicht umhin, hilfsweise auf andere, aber: wohlgemerkt: weniger verlässliche Erkenntnisquellen zurückzugreifen. Sie sind marktferner oder gar, z.B. bei nicht handelbaren Unikaten, unabhängig vom Markt, also nicht nach empirischen wirtschaftlichen Kriterien, sondern nach normativen Maßstäben zu bestimmen, die sich allerdings weitestmöglich an Marktbedingungen (z.B. den Herstellungskosten, auch wenn sie sich nicht amortisieren lassen und daher nicht allein ausschlaggebend sein können) annähern sollten.

(b) Bestimmen die Parteien den Wert, so findet er seinen ersten Niederschlag in der schuldrechtlichen Abrede. *Gaede* hingegen versagt der schuldrechtlichen Forderung, d.h. ihrem Nominalwert, den uneingeschränkten Schutz des Betrugstatbestands. Zur Begründung verweist er, abstrakt zutreffend, darauf, dass § 263 StGB nur gegen Vermögensminderung schütze, nicht aber gegen ausblei-

bende Vermögensmehrung. Letzteres findet im Beispiel jedoch gerade nicht statt: der Anspruch selbst ist wirksam kraft Privatautonomie entstanden. Er ist auch nicht etwa dadurch rechtlich minderwertig oder sonst irgendwie kontaminiert, dass die Gegenseite niemals erfüllungsbereit war. Dabei handelt es sich um einen „geheimen Vorbehalt“ i.S. von § 116 S. 1 BGB, der rechtlich irrelevant ist.

Mit Vertragsschluss hat der Getäuschte folglich den Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Gegenleistung wirksam erlangt. Der Täuschende kann sich vom Vertrag lösen, wenn der Getäuschte den Preis (100 €) nicht zahlt. Die Erfüllung mit einem Imitat anstatt mit der Originaluhr ist jedoch vertragswidrig, so dass der Käufer das Imitat zurückweisen darf. Seinen Erfüllungsanspruch verliert er auch dann nicht. Liefert der Verkäufer ein vom Käufer nicht erkanntes Imitat, so irrt Letzterer, weist es nicht zurück und macht weder seinen Erfüllungsanspruch noch seinen (aufgrund vertragswidriger Erfüllung in gleicher Höhe eingetretenen) Schaden geltend. Die Minderung im Vermögen tritt hier erst in der Erfüllungsphase ein. Einen Betrugsschaden im Marktwert der Original-Uhr stellt sie allerdings nur dann dar, wenn der Täuschende entweder zur Lieferung der Original-Rolex in der Lage war oder sein Vermögen ihn zur Beschaffung in die Lage versetzte. Andernfalls repräsentierte die Gegenforderung des Getäuschten wirtschaftlich nie den Nominalwert. Im Hinblick auf ein für ihn wertloses Imitat beträgt der Schaden des Eingehungsbetrugs im Fall völliger Leistungsunfähigkeit des Täuschenden nur 100 €. Ging im Fall des bei Werthaltigkeit begangenen unechten Erfüllungsbetrugs ein z.B. auf Leistungsunwilligkeit fußender Eingehungsbetrag voraus, so richtet sich das Konkurrenzverhältnis zwischen beiden nach den konkreten Umständen. Ist der Schaden bereits vollständig mit Vertragsschluss eingetreten, so richtet die Erfüllungsebene keinen zusätzlichen Schaden an. Aber auch dann, wenn sich der gesamte tatbestandliche Schaden erst aus einer Addition der Vermögensminderungen auf schuld- und sachenrechtlicher Ebene zusammensetzt, liegt im Wege natürlichen Handlungseinheit nur eine Betrugstat vor.

(6) Die gegen die selbständige Berücksichtigung der Eingehungsebene gerichteten Einwendungen *Gaedes* greifen nicht durch. Zu Recht betont er allerdings, dass § 263 StGB nicht bereits bei ausgebliebener Vermögensmehrung eingreift. Der Bezugspunkt dieses Aspekts ist jedoch allein die Phase der Eingehung der Verabredung, weil *erfüllt* nur das werden kann, worauf ein Anspruch besteht. Bleibt eine erhoffte Übererfüllung aus, so kann darin schon deshalb kein (Betrugs-)Schaden liegen, weil diese Hoffnung keinen rechtlich geschützten Vermögenswert ausmachte. Die Trennungstheorie widerspricht aber auch in der Erfüllungsphase der Begrenzung des § 263 StGB auf bereits vorhandene Vermögenswerte nicht: Der Schaden beim Eingehungsbetrag beschränkt sich im Fall von *Mondversprechungen*, wie im Beispiel gerade gezeigt, auf den Wert der Leistung des Getäuschten. Erbrachte dieser sie ebenfalls nicht, so verhindert das mangels Schadens die Haftung des Täuschenden für eine vollendete Tat. Leistete der Täuschende nur den ihm mangels besserer Wirtschaftskraft allein möglichen Minderwert, so richtet er auf Erfüllungsebene keinen Scha-

den an. Der Erfüllungssituation vorgelagert ist jedoch ein rechtlich anerkannter Anspruch. Steht seiner Durchsetzbarkeit nicht die Leistungsunfähigkeit des Verpflichteten entgegen, so handelt es sich um einen Vermögenswert des Getäuschten in Höhe des Nominalbetrags. Der Pflicht, diese Verbindlichkeit zu erfüllen, entzieht sich der Täter beim Erfüllungsbetrug mittels Täuschung über die Vertragsmäßigkeit seiner Leistung. In der Differenz zwischen dem Wert auf die vertragsgemäße und der tatsächlich erbrachten Leistung liegt der Erfüllungsschaden. Der Preis der vertragsgemäßen Leistung ist subjektiv zwischen den Partnern konsentiert und deswegen als Wert zugrunde zu legen. Mangels Abrede über den Wert der vertragswidrig erbrachten Gegenleistung kann diese allerdings nur objektiv bestimmt werden.

Beim echten Erfüllungsbetrug stehen sich auf schuldrechtlicher Ebene die (kraft Parteivereinbarung entstandenen) Ansprüche gleichwertig gegenüber (selbst wenn zwei Betrüger jeweils nichts zu leisten vorhaben: 0:0). Beide sind demnach leistungsfähig. Der im Rahmen der Erfüllung eintretende Schaden beruht demnach auf Leistungsunwilligkeit. Letzteres ist beim unechten Erfüllungsbetrug nichts anders. Allerdings kann zuvor bereits auf schuldrechtlicher Ebene (ebenso wie beim nur Eingehungsbetrug) ein auf Leistungsunfähigkeit beruhender Schaden eingetreten sein.

(7) (a) Mit einem weitere Erkenntnisse zu Bewertungsfragen eröffnenden, sich allerdings hauptsächlich auf schuldrechtlicher Ebene bewegenden Sachverhalt hatte sich jüngst der 3. Strafsenat des BGH (Beschl. v. 23.7.2015 – 3 StR 518/14 = ZWH 2015, 388 ff. <Solar-module>; dazu Bittmann, ZWH 2015, 373 ff.) zu befassen: Bei Anzahlungspflicht des Käufers hatte der Verkäufer auch dessen nicht vorleistungspflichtige Restzahlung erlangt, allerdings aufgrund einer weiteren, jedoch von Anfang an geplanten Täuschung, während seine Gegenleistung, wie ebenfalls schon ursprünglich vorgesehen, vollständig ausbleibt: „Das Vermögen der Geschädigten war bereits durch den ... Vertragsschluss geschädigt worden. Mit der Erbringung der versprochenen Leistung in ... zwei Raten (Erfüllungsschaden) materialisierte sich der zunächst durch die rein rechnerische Gegenüberstellung der wirtschaftlichen Werte der gegenseitigen vertraglichen Ansprüche zu bestimmende Schaden und bemaß sich ... nach deren vollen wirtschaftlichen Wert“ (BGH, aaO, Rn. 5). I.E. zutreffend nahm der Senat trotz getrennter Betrachtung von Eingehungs- und Erfüllungsphase nur eine einzige Tat des Betrugs an. Den mit Vertragsschluss eingetretenen Schaden bezifferte der BGH vorliegend auf den Nominalbetrag, nahm also einen Eingehungsbetrug an.

(b) Auch bei vorgesehener Minderwertigkeit dessen, was der Täuschende dem Getäuschten zuwenden will (Eingehungsbetrug) und ggf. auch zugewandt hat, im Fall des 3. Strafsenats: auf beiden Ebenen gar nichts, bemisst sich der Betrugsschaden wie allgemein in der Differenz von Leistung und Gegenleistung, berechnet allerdings nicht wie beim (zumindest: echten) Erfüllungsbetrug (allein) in der Höhe der Abweichung des Werts der tatsächlich erbrachten Leistungen, sondern bereits zuvor in der unterschiedlichen Werthaltigkeit der wechselseitigen Ansprüche (das gilt entgegen Gaede, Rn. 136 a.E. auch bei verringerten Gewinnchancen und beim <auf täu-

schungsbedingte Mehrleistung zielenden> Quotenschaden, Rn. 140). Gelangt der Vertrag in die Phase der Durchführung, erbringt aber nur der Getäuschte seine Leistung, so ändert der Schaden zwar seinen „Aggregatzustand“, nicht aber seinen betragsmäßigen Umfang. Diese Folgen lassen sich strafrechtlich nicht beim Tatbestand, wohl aber erschwerend bei der Strafzumessung als verschuldete Auswirkungen der Tat, § 46 Abs. 2, Gruppe 4 StGB, berücksichtigen.

(c) Zu Recht stellte daher der 3. Strafsenat auf den „Wert“ auch der Forderung an den Getäuschten ab. Allerdings thematisierte er diesen in der Folge nicht mehr. Das war in concreto aufgrund der völlig ausgebliebenen Gegenleistung für das Ergebnis zwar auch gar nicht nötig. Die Schadenshöhe beschränkte sich jedoch mit Eingehen des Vertrags, also zunächst, auf die Vorleistungspflicht des Getäuschten. In Bezug auf die Restzahlung war der Käufer nur verpflichtet, Zug-um-Zug zu leisten. Diese schuldrechtliche Position gab er erst aufgrund einer weiteren Täuschung auf und erlitt dadurch einen, daher also: weiteren Schaden. Er bestand in der (täuschungsbedingten) Aufgabe der Sicherheit, obwohl der Anspruch an den Verkäufer in Wahrheit nach wie vor keinen Gegenwert repräsentierte, und belief sich deshalb auf den Nominalwert der Restzahlung. Aufgrund der Anknüpfung an den Vertrag und weil auch die ursprüngliche Täuschung fortwirkte, trifft die Verurteilung wegen nur einer Tat durchaus zu, wenngleich wohl eher i.S. von natürlicher Handlungseinheit.

(d) Der 3. Strafsenat verglich demnach für den Betrugschaden schon die Werte von Forderung einerseits und Verbindlichkeit andererseits – und dies (ungeachtet der Besonderheit aufgrund der 2. Täuschung) völlig zu Recht! Jede andere Beurteilung verwehrte der zivilrechtlich wirksamen Forderung die Anerkennung als Vermögenswert zum Nominalbetrag. Niemand könnte mehr sicher sein, in welcher Größenordnung die Rechtsordnung ihr zivilrechtliches Versprechen zu halten bereit ist, die Forderung nicht nur verbal als Wert anzuerkennen, sondern sie auch tatsächlich so zu behandeln. Das Recht würde damit nichts anderes als Rechtswidrigkeit prämiieren: der ursprünglich oder gar nicht Täuschende, der also vorhatte, rechtmäßig zu handeln, sähe sich in der Erfüllungssituation einer vom Betrugstatbestand geschützten Verbindlichkeit zum Nominalbetrag ausgesetzt (so auch zu Recht Gaede, Rn. 105, bei Fn. 631), während derjenige, der bereits bei Eingehung vorhatte, nicht oder nur höchst unzureichend zu erfüllen, mit einem strafrechtlichen Vorwurf bestenfalls in Höhe eines Bruchteils seines gebrochenen Versprechens konfrontiert wäre (Gaede, Rn. 106). Der Trickser könnte sich gegen den Betrugsvorwurf weitgehend erfolgreich mit dem Hinweis verteidigen, er habe nie vorgehabt, sein Versprechen einzuhalten, also: er habe täuschen wollen! § 263 StGB wäre auf den Kopf gestellt!

(8) Übertragen auf die Bilanzierungsvorschriften (dazu trefflich Gaede, Rn. 109: keine Bilanzrechtsakzessorietät, wohl aber Rückgriff auf bilanzielle Bewertungsmethoden) hieße das, dass jeder Kaufmann seine Forderungen nach dem Vorsichtsprinzip nur mit einem Teilwert aktivieren dürfte, müsste er doch immer damit rechnen, dass sein Vertragspartner unter Verweis auf einen objektiv

niedrigeren Wert straflos einwenden würde, er müsse den vollen Preis ja gar nicht bezahlen. Für den Pleitier wäre ein phantastisches Sanierungsinstrument erfunden: Weil er seine Verbindlichkeiten nur teilweise erfüllen will, braucht er sie nicht in voller Höhe zu passivieren! Und schon hat er seine Überschuldung überwunden! Obwohl das Beispiel deshalb hinkt, weil die Trennungslösung beim unechten Erfüllungsbetrug eine wirksame zivilrechtliche Forderung zum Nominalbetrag oder -wert voraussetzt, zeigt es die mangelnde Plausibilität der Ergebnisse der Einheitslösung.

(9) Die Trennungslösung vermeidet zudem die von *Gaede* erkannte Privilegierung des von Anfang an Täuschenden gegenüber demjenigen, der ursprünglich erfüllen wollte, und sich erst später zur Mindererfüllung entschloss. Damit nimmt die Einheitstheorie dem echten Erfüllungsbetrüger den Strafmilderungsgrund, erst aufgrund wirtschaftlich beengter Lage weniger als zugesagt geleistet zu haben. Im Gegenteil, er müsste sich ggf. sogar mit dem Hinweis verteidigen, ja von Anfang an zu viel versprochen zu haben, was er so nie habe halten wollen. Forensisch müsste in dubio der aufgrund zweier Täuschungen kriminologisch schwerwiegendere unechte Erfüllungsbetrug angenommen werden, um dem Täter den tatbestandlich und damit auch strafzumessungsrechtlich schwerwiegenderen höheren Schaden des echten Erfüllungsbetrugs zu ersparen!

Das Trennungsmodell, das für die Erfüllungsphase auf den Wert der zivilrechtlichen Forderung abstellt, soweit sie werthaltig ist, führt nun jedoch keineswegs zwangsläufig zu eklatant höherer Bestrafung. Im Rahmen der Strafzumessung ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Glaube an die Ernsthaftigkeit eines außergewöhnlichen Schnäppchen-Angebots zwar rechtlich geschützt ist, aber doch nicht in dem Maße wie bei einer trotz aller Sorgfalt kaum erkennbaren Täuschung, und dass die Aussicht auf eine Leistung, die nach Marktpreisen deutlich über der versprochenen eigenen liegt, erst durch die eingetragene betrügerische Vereinbarung und damit zu einem erheblichen Teil nicht aufgrund eigener Tüchtigkeit geschaffen wurde.

dd) Hinsichtlich der Schätzung des Schadens mahnt *Gaede* (Rn. 114) zur Vorsicht und besteht zurecht darauf, dass nur die Höhe des Schadens, nicht aber die Frage, ob ein solcher überhaupt entstanden ist, der Schätzung zugänglich ist. Die Kausalität ist für ihn kein Problem, da sie im Erfordernis der Vermögensverfügung enthalten sei (hier wäre eine Vertiefung interessant!). Daher verweist er (Rn. 115, ohne allerdings an dieser Stelle näher darauf einzugehen) nur auf die Frage, ob mit der h.M. hypothetische Ersatzursachen (wie beim ärztlichen Abrechnungsbetrug, dazu Rn. 143) wirklich nicht kompensationsgeeignet sind.

f) Maßgeblicher Zeitpunkt

aa) Relativ unproblematisch stellt sich das Unmittelbarkeitserfordernis in den Fällen dar, in denen der tatrelevante Sachverhalt mit der Vermögensverfügung zum Stillstand kommt (Rn. 84 – 86), weil der Schaden in

seiner Endform sofort eingetreten ist und sich anschließend nicht mehr wandelt (Rn. 99).

bb) (1) Differenzierter ist die Sachlage bei der Gefährdung als Schaden. Allerdings nimmt *Gaede* die Diskussion darüber nicht auf (zur Untreue *Esser*, § 266 StGB, Rn. 215 ff.). Den Gefährdungsschaden definiert er als Zukunftsprognose hinsichtlich eines existenten Gefahrenmoments (Rn. 116). Diese Formulierung ist allerdings geeignet, missverstanden zu werden. Maßgeblicher Zeitpunkt ist derjenige der Vermögensverfügung (Rn. 117). Angesichts dessen kann es nicht um einen künftigen Schaden gehen, sondern kommt es auf die Gegenwart an (*Gaede*, Rn. 123: echter Schaden). Allerdings kann alles der Vermögensverfügung Nachfolgende zum Zeitpunkt ihres Geschehens nur als Prognose erfasst werden (zutreffend Rn. 121 bei Fn. 759; 123), schließlich ist die Zukunft immer mit einem gewissen Unsicherheitsfaktor behaftet. Ist jedoch über das allgemeine Vertragsrisiko hinausgehend zu befürchten, dass die Gegenleistung nicht vollständig erbracht wird, so ist die Forderung auf die Leistung des Täuschenden wertzuberichtigen, d.h. abzuwerten. Damit ist sie nicht mehr als vollständige Kompensation der Leistung des Getäuschten anzusehen. In Höhe der Differenz, des Abwertungsbetrags, ist ein Betrugsschaden entstanden (zur Untreue wie hier *Esser*, § 266 StGB, Rn. 174a; eher distanziert Rn. 183).

(2) Soweit die Rechtsprechung einen Gefährdungsschaden bejaht (Beispiele: Rn. 117), bedarf es der Prüfung, ob einem vor dem 23.6.2010, dem Tag der grundlegenden Untreue-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 126, 170 ff.), ergangenen Judikat die heute maßgeblichen Kriterien bereits zugrunde liegen oder ob es überholt ist. Letzteres gilt für den früher entscheidungserheblichen Streit, ob es auf die konkrete Gefahr eines naheliegenden Schadenseintritts der auf die naheliegende Gefahr eines irgendwann zu verzeichnenden (konkreten) Schadens ankomme. Beides ist nicht vereinbar mit sowohl dem Abstellen auf den Zeitpunkt der Verfügung als auch dem Gebot, den Schaden zu diesem Zeitpunkt zu quantifizieren. Heute ist vielmehr maßgeblich, welche Risiken über die vertragsgemäßen hinausgehen und unter welchen Umständen ein derartiges weitergehendes Risiko den Wert des Rechts auf die Gegenleistung bereits aktuell geringer als den Nominalwert ausfallen lässt – und in welchem Maße.

g) Schaden gleich Verlust?

Noch nicht genauer untersuchte, geschweige denn konsenterte Auswirkungen hat das vom BVerfG betonte Quantifizierungsgebot auch auf den besonders schweren Fall des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB. Herkömmlich wurde unter Hinweis auf die unterschiedliche Terminologie (Schaden – Verlust) der Gefährdungsschaden als von vorn herein ungeeignet zur Erfüllung dieser Variante betrachtet (*Gaede*, Rn. 183; zur Parallele bei der Strafzumessung, Rn. 193). Ist betrugsrelevant jedoch nicht die Gefährdung als solche, sondern allein und erst die durch sie herbeigeführte Vermögensminderung, so unterscheiden sich die Inhalte der Begriffe Schaden und Verlust nicht (umgekehrt verlangt die Untreue laut *Esser*, § 266

StGB, Rn. 229a, die Beibehaltung der Differenzierung – dem kann nur Rechnung getragen werden, wenn es gelingt, für beide Begriffe inhaltliche Unterschiede zu beschreiben). Es bedarf allerdings sehr wohl der Prüfung, ob trotzdem weiterhin als *Verlust* nur zur Ruhe gekommene Sachverhalte und damit nicht allein *echte*, sondern zugleich auch *endgültige* Schäden erfasst sind. Dafür spricht die historische Auslegung, da auch zur Zeit der Verabschiedung des 6. Strafrechtsreformgesetzes 1998 noch nicht so eindeutig wie seit der verfassungsrechtlichen Klarstellung im Jahr 2010 (zur Untreue) darauf bestanden wurde, dass mehr als eine bloße (konkrete) Gefährdung vorliegen müsse, um das Tatbestandsmerkmal *Schaden* bei § 263 StGB bzw. *Nachteil* bei § 266 StGB zu erfüllen. Allerdings gibt es keinen rechtsgutsbezogenen Grund, auch solche Fälle aufgrund von Gefährdung entstandener Schäden nicht als Verlust großen Ausmaßes zu betrachten, die nach menschlichem Ermessen nicht mehr ausgeglichen werden können, also faktisch *endgültig* sind, auch wenn sie rechtlich (z.B. aufgrund herausgeschobener Fälligkeit) als Gefährdungen zu qualifizieren sind, als solche aber den Wert bereits gegenwärtig in einer den Schwellenwert zumindest erreichenden Höhe mindern.

h) Kein Schaden bei verbliebener Macht des Getäuschten, die Vermögensminderung zu vermeiden

Zutreffend verneint *Gaede* (Rn. 119) das Vorliegen eines Schadens, solange der Getäuschte es selbst in der Hand hat, dessen Eintritt zu vermeiden. Dazu muss er sein Recht kennen. Allerdings gilt dies allgemein, also unabhängig vom Vorliegen eines Sachverhalts, in welchem ein Schaden aufgrund Gefährdung in Rede steht (allerdings scheint *Gaede*, Rn. 127, einen Gefährdungsschaden immer dann zu bejahen, wenn die Gegenleistung nicht kompensationsgeeignet ist; falls aber der Sachverhalt bereits zur Ruhe gekommen ist, liegt nicht mehr nur eine Gefährdung als, sondern ein <in Bestand und Aggregatzustand> endgültiger Schaden vor). Demnach dürfte entgegen *Gaede* nicht der Gesichtspunkt mangelnder Konkretetheit für die fehlende Tatbestandsmäßigkeit ausschlaggebend sein, sondern die Tatsache, dass in solchem Fall das Schuldverhältnis insgesamt wirtschaftlich ausgewogen ist, ebenso wie dies *Gaede* zutreffend beim Vorhandensein werthaltiger Sicherheiten bejaht (Rn. 120).

i) Relevanz nicht vertragsgemäßer Risiken

aa) Das Kernproblem der Gefährdung als Schaden verdeutlicht *Gaede* messerscharf (Rn. 123, auch bereits Rn. 121 bei Fn. 758): der Prognose wohnt im Hinblick auf den juristisch-ökonomischen Schadensbegriff keine innere Grenze der Berücksichtigungsfähigkeit von Risiken inne. Demgemäß verlangt er eine normative Begrenzung. Das ist richtig, aber nicht allein in dem von *Gaede* befürworteten Maß: wenn es denn sachgerecht ist, normative Aspekte tatbestandsbegrenzend zu berücksichtigen (so bereits Rn. 112 zum straflosen Beweismittelbetrug), so ist es zumindest erklärungsbedürftig, warum *Gaede* derartige Erwägungen schnell als verfassungswidrig ansieht, wenn sie zu Lasten eines Täters wirken (so zum Submissionsbetrug, Rn. 141 f.; und <noch dazu fälschlich> zum subjektiven Schadensbegriff, vgl. dazu oben II 6 d aa).

Gleichwohl bleibt die Suche nach Begrenzungskriterien auf der Tagesordnung. Zu denken ist zunächst an die schlichte Quantifizierbarkeit, denn jede Größenordnung bezieht sich auf einen Schaden, setzt dessen Eintritt also voraus. Die Höhe ließe sich danach bemessen, welche Bedeutung der Markt einem solchen (wohlgemerkt: nicht vertragsimmanenten) Risiko beimisst. *Gaede* sieht die Lösung hingegen in drei Kriterien: wirtschaftliche Herleitung (unter Rückgriff auf Methoden des Bilanzrechts; zur Amterschleichung s. Rn. 130 a.E.), die Konkretetheit der Gefährdung und die Durchbrechung alleiniger dogmatischer Abstellung auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung (Rn. 123 – 125).

bb) Beim ersten Aspekt gilt es jedoch zu präzisieren, wie er bereits für das „Ob“ eines Schadens fruchtbar gemacht werden kann, während der letzte Berührungspunkte zur tätigen Reue aufweist. Wegen des Fehlens einer entsprechenden Regelung befürwortet *Gaede* (Rn. 125) eine Vorverlagerung der Berücksichtigung der dafür maßgeblichen Aspekte. Das ist methodisch fragwürdig. Stimmiger erscheint in dieser Hinsicht das Befürworten einer Gesamtanalogie. Damit ließe sich zudem eine Begrenzung dieses Aspekts begründen, der nicht nur Zufällen wie einem Hauptgewinn im Lotto die strafbefreiende Wirkung nähme, sondern auch verfahrensrechtlichen Zeitabläufen tatbestandliche Wirkung abspräche. Der einem Halodri blanko gewährte, nach 10 Jahren fällige Kredit ist nicht erst betrugsrelevant, wenn zu diesem Zeitpunkt die Leistung ausbleibt, sondern z.B. bereits im Fall seiner Insolvenz (so wohl auch *Gaede*, Rn. 125). Wird der Täter 5 Jahre nach Kreditgewährung verurteilt, so ist es aus tatsächlichen Gründen unmöglich, eine nachfolgende, z.B. aufgrund einer Erfolgssträhne im neuen Beruf, 7 Jahre nach der Tat eintretende und bis zum Fälligkeitszeitpunkt anhaltende Solvenz zu berücksichtigen. Fände der Prozeß hingegen erst 7 oder 12 Jahre nach Kreditgewährung statt, so müßte er nach *Gaede* mit einem Freispruch erster Klasse enden. Das Ergebnis überzeugt nicht. Das Geschehen ist schlüssiger als Wiedergutmachung allein mit Relevanz auf der Ebene der Strafzumessung zu erfassen.

Begnügt man sich nicht mit der bloßen Quantifizierbarkeit, so müssen für die Berücksichtigungsfähigkeit von Risiken materiell begrenzende Kriterien gefunden werden. Das Abstellen auf die Konkretetheit weist in diese Richtung, erfordert aber zumindest seinerseits weitere Konkretisierung (z.B. dass das Risiko tatsächlich bestehen muss und die bloße Befürchtung nicht genügt). Der von *Gaede* (Rn. 124) erwähnte Umstand der Spürbarkeit könnte eine, allerdings noch näher zu betrachtende Rolle spielen. Ohne abschließend Kriterien oder gar eine dogmatisch überzeugende Gesamtlösung anbieten zu können, dürfte betreffs die Notwendigkeit eines materiell begrenzenden Kriteriums eine Gesamtbetrachtung der in concreto feststellbaren Umstände und ihrer normativen Bewertung geboten sein.

cc) Die Rechtsprechung des BGH zum Kapitalanlagebetrug kritisiert *Gaede* (Rn. 139) unter dem Gesichtspunkt des von ihm weitgehend abgelehnten individuellen Schadensereignisses. Ihm ist insoweit zu folgen, als der Ausschluss jeglicher Kompensation mit den allgemeinen Grundsätzen der Schadensbestimmung nicht in Einklang

steht (Gleiches trifft auf den Abrechnungsbetrug auf medizinischem Sektor, Rn. 143, aber auch bei schwarzen Kassen, zu). Allerdings gilt es zu beachten, dass der Getäuschte zivilrechtlich nicht verpflichtet ist, ein aliud als Erfüllung zu akzeptieren. Zumindest bei aufgedrängter und bei täuschungsbedingter, vom Vertragsgegenstand abweichender Leistung erleidet der Getäuschte einen Schaden. Ist die Leistung für ihn völlig unbrauchbar, so beläuft er sich auf den Nominalbetrag, andernfalls ist zu saldieren. Den Spenden- und Bettelbetrug beschränkt *Gaede* rechtsgutsbezogen auf vermögensbezogene Täuschungen (Rn. 24 und 144 f.)

7. Untreue

a) Auch die Untreue, § 266 StGB, ist aktuell und anregend kommentiert, wie in der ersten Auflage von *Esser*, nunmehr jedoch (zuweilen etwas gehetzt wirkend) noch deutlich ausgeweitet (und dabei trotzdem nutzerfreundlich die Randnummernfolge weitgehend unverändert lassend: herzlichen Dank!). Rn. 58b nimmt den gravierenden Fall (OLG Rostock, ZWH 2013, 70 ff.; zum Bürgermeister Rn. 271a, b; zum Landrat Rn. 275a) einer pflichtvergessenen obersten Finanzbehörde auf. Den scharfen Worten des Senats läßt *Esser* die ebenso trockene wie treffende Bemerkung folgen, offensichtlich rechtswidrige Bescheide auch anderer Behörden seien zu beanstanden! Erfreulich unaufgeregt geht *Esser* (Rn. 156a) mit dem Verschleifungsverbot um: Es verbiete, daß ein Tatbestandsmerkmal in einem anderen aufgehe, stehe jedoch der Indizwirkung eines eingetretenen Schadens für die vorausgegangene Pflichtwidrigkeit nicht entgegen. Wohlabgewogen fällt die Stellungnahme zur Nebenklagefähigkeit aus (Rn. 238a). Das MoMiG führt zur Notwendigkeit, auf die eintretende Inhabilität (z.B. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. e GmbHG) bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr hinzuweisen (Rn. 259e). Neu aufgenommen sind Ausführungen zur Strafbarkeit von Leitern kommunaler Eigengesellschaften (Rn. 279a) und von in deren Gremien entsandten Kommunalbeamten (Rn. 279b). Entweder in diesem Zusammenhang oder beim Thema fehlender Vermögensbetreuungspflicht des Vorstands in Angelegenheiten eigener Vergütung hätte man sich allerdings auch ein Eingehen auf die differenzierten Ausführungen des 3. Strafsenats des BGH im Fall eines früheren Bundeslandwirtschaftsministers (BGH, NZWiSt 2014, 135 ff.) gewünscht. Die (für rein tatsächliches Handeln noch nicht geklärten) Folgen der Aufgabe der Interessentheorie finden ihren Niederschlag in Rn. 284 – 284d. Neu aufgenommen sind (knappe) Ausführungen zur Untreue im Verein (Rn. 314a, b) und eine ausführliche Darstellung der „Untreue im Gesundheitswesen“ (Rn. 315 – 342). Dabei verneint *Esser* eine Vermögensbetreuungspflicht sowohl des Vertragsarztes (Rn. 322) als auch des Apothekers (Rn. 328) gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen. Erst recht sei der privat liquidierende Arzt nicht an das Wirtschaftlichkeitsgebot gebunden (Rn. 326).

b) Die Pflichtwidrigkeit interpretiert *Esser* als normatives Tatbestandsmerkmal (Rn. 140, 142). Konsequenter ist es deshalb, dass er für den Inhalt der Treupflicht auf die Treuabrede abstellt (Rn. 142). Dabei bleibt er jedoch nicht stehen, sondern nimmt Anleihen beim akzessorie-

tätsorientierten Verständnis auf. Beide Ansätze finden sich auch in der Rechtsprechung des BGH (Siemens/AUB, BGHSt 55, 208 ff., versus Kölner Parteispenden, BGHSt 56, 203 ff.). Sie führen nicht durchweg zu unterschiedlichen Ergebnissen, in wichtigen Randbereichen indes sehr wohl. Vor allem bestimmen sie die Herangehensweise an die Prüfung. Übereinstimmung besteht noch dahingehend, dass es zunächst gilt, den Inhalt der Pflicht zu beschreiben, bevor es möglich ist, sich deren Verletzung zu widmen. Während aber der akzessorische Ansatz nach Verletzung einer außerstrafrechtlichen Norm sucht, sich also schwertut, die Grundnorm im Straftatbestand, in dessen Merkmal *Pflichtwidrigkeit* selbst zu erkennen, beruht das normative Verständnis gerade darauf, dass es sich auf die Suche nach dem Inhalt dieser tatbestandlichen Anforderung selbst begibt.

Danach ist die Frage nach dem vermögensschützenden Charakter einer verletzten außerstrafrechtlichen Norm (z.B. Bestimmungen des BetrVG, Rn. 19b) jedenfalls nicht primär. Vorrang hat stattdessen, im konkreten Fall das Treuverhältnis mit seinen jeweiligen Einzelpflichten aus den spezifisch zu beachtenden Regeln zu destillieren. Diese können bei normativer Auslegung sowohl außerhalb als auch strafrechtlicher Natur sein. Ersterenfalls müssen sie gerade nicht selbst strafrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügen und auch keiner Rechtsquelle oberhalb des Gewohnheitsrechts angehören (zu beidem a.A. Rn. 19). Vielmehr genügt selbst die privatautonome Festlegung (ebenso Rn. 142). Die Rolle außerstrafrechtlicher Bestimmungen gesetzlichen wie untergesetzlichen Rechts beschränkt sich nach diesem Verständnis darauf, das konkrete Treuverhältnis und damit dessen zu wahrnde Pflichten (mit-) zu bestimmen.

c) aa) Eine Aufgabe stellt sich jedoch beiden Ansätzen gemeinsam: die Abgrenzung zwischen allgemeinen und solchen Treu-Pflichten, deren Verletzung allein strafbar nach § 266 StGB sein kann. Ein für alle Fälle allein ausschlaggebendes Kriterium gibt es nicht, ist jedenfalls nicht in Sicht. Die Herangehensweise, die *Esser* eher verschämt andeutet, erscheint jedenfalls als richtig und entwicklungsfähig: die wie auch immer, nicht nur von einer Norm (so aber Rn. 19a) begründete Pflicht muss nicht nur, aber zumindest auch vermögensschützenden Charakter tragen (a.a.O.). Der nächste Schritt ist ebenso richtig, aber in der Konkretisierung ungleich schwieriger: nicht jeder Verstoß gegen eine vermögensbezogene Pflicht ist per se untreuerelevant (Rn. 19). Die eigentliche, noch ungelöste Aufgabe besteht darin, die materiellen Abgrenzungskriterien herauszuarbeiten. Ein Konsens darüber ist nicht in Sicht, auch nicht kurzfristig zu erwarten und vermutlich nur schrittweise zu erreichen.

Zugespitzt stellt sich das Problem bei Ermessensentscheidungen, z.B. der Geschäftsführung bzw. des Vorstands. Bereits zivilrechtlich liegt hier Rechtswidrigkeit nur jenseits der äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit vor (Rn. 297, auch Rn. 72 ff.). Normenhierarchisch wird es dem ultima-ratio-Charakter des Strafrechts gewiss gerecht, nicht jede Überschreitung des zivilrechtlich Zulässigen sogleich als strafbar zu betrachten (dafür Rn. 73 und 297a). Allerdings ist in diesen Fällen die Höhenmarke des Sachrechts bereits so hoch,

dass es nur schwer vorstellbar ist, wie oberhalb der Unvertretbarkeit einer Entscheidung noch eine schmale Schutzzone vor Bestrafung bewahren können soll.

bb) Wie schwierig es ist, hier mit allgemeinen und damit notwendigerweise konkretisierungsbedürftigen Begriffen justitiable Abgrenzungen beschreiben zu wollen, zeigt sich in den Formulierungen *Essers*, mit denen er auf die Passagen aus dem Grundsatzurteil des BVerfG zum Kriterium einer *gravierenden* Pflichtverletzung rekurriert (Rn. 75 unter Bezugnahme auf BVerfGE 126, 170, Rn. 112). Ausgangspunkt des BVerfG ist die (natürlich völlig zutreffende) Überlegung, in den einschlägigen Konstellationen könne nur eine evidente Pflichtverletzung zur Strafbarkeit führen. Der Senat konstatiert, die Rechtsprechung des BGH komme diesem Gebot nach. Er führt dazu einige Restriktionskriterien beispielhaft auf und referiert neben anderem die Entscheidungen, in denen sich Strafsenate des BGH mit dem bejahten oder verneinten Erfordernis befassten, eine Pflichtverletzung müsse gravierend sein. Schon dies steht einer Interpretation entgegen, das BVerfG habe dieses Kriterium als Verfassungsgebot geadelt (a.A. Rn. 75, 88 – 90a). Abgesehen davon sieht der Senat die Gravidität als Unterbegriff der (nahezu unbestrittenen) Beschränkung der Strafbarkeit auf Evidenzfälle an, während *Esser* (Rn. 75 a.E.; wie hier aber wohl Rn. 89) gerade umgekehrt die Gravidität als Oberbegriff ansieht, der durch Evidenz erfüllt werden könne.

(1) Mangels operationaler Abgrenzungsmerkmale führt dieser Weg m.E. nicht weiter. Stattdessen erscheint es der Rechtssicherheit dienlicher zu prüfen, ob es möglich ist, im Wege der Differenzierung eine materielle Unterscheidung herauszuarbeiten, die verhindert, aus einer Lässlichkeit eine Straftat werden zu lassen – wenn man so will, den Blick von der gravierenden Verletzung einer Pflicht ab und ihn stattdessen auf die Verletzung einer gravierenden Sorgfalts- oder sonstigen den Entscheidungsprozess begleitenden Pflicht zu lenken. Danach wäre für die Beurteilung der Unvertretbarkeit nicht allein das *Ergebnis* maßgeblich. Vielmehr müsste man sich auf die Suche nach den Ursachen begeben, also fragen, wie es zustande kam, d.h. welche genauen Umstände zu ihm geführt haben. Zeigt sich dann, dass der Versuch sachgerechter Entscheidung nicht aus Böswillig- oder Gleichgültigkeit scheiterte, sondern weil einem notwendigen Teilschritt nicht ausreichend Beachtung geschenkt wurde, so fokussiert sich die strafrechtliche Beurteilung auf dessen Verletzung. Maßgeblich ist hier nicht allein die Evidenz der Pflichtverletzung, sondern auch, ob sie schon für sich Vermögensbezug aufweist und ihr zudem bei isolierter Betrachtung auch noch eine solche Bedeutung im Gesamtprozess zukommt, dass von einer Vermögensbetreuungspflicht gesprochen werden kann.

(2) Diese Überlegung könnte auch ein im Zuge der Compliance-Diskussion (dazu ausgeweitet Rn. 313 – 314) bewusst gewordenes Problem entschärfen: Je detaillierter die Compliance-Regeln ausfallen, desto größer ist die Gefahr, dass eine davon verletzt wird. Die undifferenzierte Gleichsetzung einer Compliance- mit einer Vermögensbetreuungspflicht führte dazu, dass das Strafbarkeitsrisiko gerade in den Unternehmen besonders hoch wäre, die sich um Regelkonformität bemühen – eine

absurde Folge. Sie ließe sich allerdings vermeiden, zumindest theoretisch: Nicht nur bedarf es der eigentlich selbstverständlichen Betonung, dass sich die Strafbarkeit nach dem Gesetz, § 266 StGB, richtet und nicht nach den Compliance-Vorschriften. Vielmehr müssen auch insoweit allgemeine von solch bedeutsamen Vorschriften abgegrenzt werden, die allein den Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht gerecht werden.

8. § 266a StGB

a) Seine bereits in erster Auflage bemerkenswerten Ausführungen zum Arbeitgeberbegriff des § 266a StGB (Rn. 14 ff.) hat *Esser* weiterentwickelt und noch deutlich ausgeweitet. Sehr anschaulich legt er die sozialrechtliche Differenzierung zwischen Beschäftigungs- und Arbeitsverhältnis dar (Rn. 14a). Demgemäß stehe der Wortlaut der strafrechtlichen Bestimmungen des § 266a StGB einem rein sozialrechtlichen Verständnis des Begriffs *Arbeitgeber* entgegen (Rn. 14a, b). Das ist im Ergebnis zutreffend, ohne dass allerdings eine Abweichung vom sozialrechtlichen Verständnis nötig wäre: Indem das Sozialrecht den *Beschäftigten* als Oberbegriff verwendet, wird zwar der Arbeitgeber zur Teilmenge, aber nicht verweisungsunfähig.

Das Strafrecht und damit § 266a StGB könnte ohne Verletzung von Art. 103 GG an diesen sozialrechtlichen Arbeitgeberbegriff anknüpfen. Demgegenüber präferiert *Esser* die Anknüpfung an den arbeitsrechtlichen Begriff des *Arbeitgebers* (Rn. 14c). Das wirkte sich im Ergebnis nicht aus, wären der sozial- und der arbeitsrechtliche Begriff deckungsgleich oder würde das Arbeitsrecht jedenfalls nicht über das Sozialrecht hinausgehen. Das aber soll nun gerade nicht der Fall sein. Es gäbe Konstellationen, in denen jemand nach Arbeitsrecht *Arbeitgeber* sei, ohne dass das Sozialrecht daran anknüpfe. *Esser* löst diese Fälle aus dem Tatbestand des § 266a StGB in der Weise heraus, dass er im Fall der sozialrechtlichen Abgabefreiheit eine Sperrwirkung des Sozialrechts annimmt (Rn. 14b). Dieses zutreffende Ergebnis soll verhindern, dass jemand wegen § 266a StGB bestraft wird, der arbeitsrechtlich zwar Arbeitgeber eines seinerseits aber trotzdem nicht sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers ist. Dafür bedarf es dieses Umwegs jedoch nicht, weil § 266a StGB sowieso nur *Pflichtbeiträge* erfaßt, also die hier in Rede stehenden Arbeitgeber schon deshalb nicht mit Strafe bedroht. Zudem läßt sich das Ergebnis viel einfacher begründen, indem man sogleich auf den sozialrechtlichen Begriff des *Arbeitgebers* (als Teilmenge der *Beschäftigten*) abstellt, der als solcher, anders als die *Beschäftigten*, eine Teilmenge der *Arbeitgeber* nach Arbeitsrecht bildet. Im konkreten Fall muss dann zur Vermeidung unzutreffender Bestrafung nur noch geprüft werden, ob die zur Sozialversicherungspflicht führende Vorschrift allein für solche *Beschäftigten* gilt, die nicht Arbeitgeber sind. Das wird nicht oft der Fall sein.

b) Angesichts der nicht immer ganz leichten Feststellung eines Beschäftigungs- und Arbeitsverhältnisses weist *Esser* zu Recht auf die Klärungsmöglichkeit im sozialrechtlichen Anfrageverfahren gemäß § 7a SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung Bund hin (Rn. 21a). Den daraus gezogenen Schlussfolgerungen muss jedoch zum

Teil widersprochen werden. Nimmt man mit *Esser* (Rn. 21a) an, dass die Statusentscheidung für das Strafrecht nicht bindend ist, so führt dies zunächst einmal zu Zweifeln an der Vorgreiflichkeit. Bei Bejahung der Notwendigkeit eines Anfrageverfahrens entfällt der subjektive Tatbestand nicht nur *möglicherweise*. Dies wird vielmehr regelmäßig der Fall sein. Ausnahmen sich auch nur vorzustellen, ist schwierig, weil man vom Arbeitgeber verlangen würde, besser bescheid zu wissen als die streitentscheidende Fachinstitution. Mit viel Konstruktionsphantasie mag es denkbar sein, dass ein Arbeitgeber in einem Parallelfall unter Billigung des BGH bestraft wurde, die Deutsche Rentenversicherung Bund davon aber mangels Kenntnis der BGH-Entscheidung (z.B. aufgrund o.-u.- Verwerfung gemäß § 349 Abs. 2 StPO) im neuen Fall abwich – keine Konstellation, die in der Praxis eine Rolle spielt.

Demgemäß führt der Ratschlag einer Aussetzung gemäß § 154d StPO (oder § 262 Abs. 2 StPO), Rn. 21b, nicht weiter: Im konkreten Fall bleibt es beim Freispruch, sei es weil der Angeklagte kein sozialrechtlicher Arbeitgeber war oder diese Eigenschaft nicht kannte, § 16 StGB. Ob dies entschuldbar ist oder nicht spielt beim Tatbestandsirrtum keine Rolle. Fasst man hingegen den Irrtum über die Arbeitgeberbereienseigenschaft als Verbotssirrtum auf (darauf baut Rn. 21a mit Fn. 50 auf; skeptisch Rn. 87a), dann kann man für dessen Vermeidbarkeit das Unterlassen des Anfrageverfahrens anführen. Zur Vermeidbarkeit führte dies aber selbst bestenfalls (die Statusentscheidung soll die Strafgerichte nicht binden, Rn. 21a) nur dann, wenn der Angeklagte von dieser Möglichkeit wusste, zumutbares Fragen ihm diese Kenntnis verschafft hätte und die Prüfung mit der Bejahung seiner Arbeitgeberbereienseigenschaft geendet hätte – und zudem der Angeklagte auch subjektiv Anlass hatte am Fehlen seiner Arbeitgeberstellung zu zweifeln: War er sich in seiner Verneinung sicher, so bedürfte eine Verurteilung des Nachweises, dass diese Sicherheit ihrerseits auf einer Pflichtwidrigkeit beruhte.

c) *Essers* Zweifel am Fehlen des subjektiven Tatbestands bei (objektiver) Unklarheit über die Arbeitgeberstellung führt ihn zu der Frage, ob die Angaben des Arbeitgebers im Feststellungsverfahren strafprozessual verwertbar seien (Rn. 21c). Seiner an § 97 Abs. 3 S. 1 InsO orientierten ablehnenden Antwort ist die Gefolgschaft zu verweigern: Zum einen besteht bereits ein Unterschied darin, dass es keine Pflicht gibt, das Anfrageverfahren einzuleiten. Insoweit besteht die Parallele nicht zum Insolvenzverfahren, sondern zum Zivilprozess: dort der Wahrheitspflicht geschuldete Angaben unterliegen gleichwohl keinem strafprozessualen Verwertungsverbot. Allerdings liegt in den Fällen keine Parallele zum Zivilverfahren vor, in denen der Angeklagte (als potentieller Arbeitgeber) nicht selbst das Statusverfahren einleitete. Soweit seine Angaben erzwingbar sind, bleibt ihm keine legale Ausweichmöglichkeit. Ebenso wie bei Angaben im Verwaltungs-, insbesondere im Asylverfahren und anders als im Insolvenzverfahren kommt den Aussagen des (potentiellen) Arbeitgebers aber nicht nur Bedeutung für einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt zu, sondern auch für die gegenwärtige Lage. Sich dafür Vorteile zu verschaffen, steht weder unter dem Schutz der Rechtsordnung noch führt dies zu einem strafprozessualen

Beweisverwertungsverbot. Macht er hingegen richtige Angaben, die auf Rechtsunkenntnis beruhen, so entlastet ihn dies strafprozessual. Es bleibt nur eine weitere Konstellation übrig: Der Angeklagte kannte seine Arbeitgeberstellung, richtete sich aber nicht danach – und gestand dies im Statusverfahren. Aber auch dies führt nicht zur Unverwertbarkeit, da erzwingbar zwar Tatsachenangaben sind, nicht aber das Geständnis seiner bewußt rechtswidrigen Handhabung!

d) Im zwar nicht mehr lodernden, wohl aber (im Hinblick auf die Fortgeltung der vor dem Schwenk des II. Zivilsenats des BGH im Jahr 2007 hin zur Verneinung der zivilrechtlichen Haftung des Geschäftsführers wegen Masseschmälerung aufgrund abgeführter Arbeitnehmeranteile vom 5. Strafsenat entwickelten Rechtsprechung zur Suspendierung der Beitragsabführungspflicht im Zeitraum von drei Wochen nach Eintritt <oder Bekanntwerden?> der Insolvenzreife) noch schwelenden Streit um das Verhältnis zwischen § 64 S. 1 GmbHG und § 266a Abs. 1 StGB bezieht *Esser* (Rn. 69a) klar Stellung: Konsequenz, systematisch stimmig und praktisch handhabbar beruft er sich völlig zu Recht auf das Gesetz: Sein Ergebnis konnte der II. Zivilsenat des BGH nur erzielen, indem er das Abführen der Arbeitnehmeranteile (im Gegensatz zu den Arbeitgeberanteilen, Rn. 68 a.E. und 115b unter zutreffender Berufung auf BGH, wistra 2010, 186, Rn. 6) als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auch nach Eintritt der Insolvenzreife vereinbar ansah. Ist das aber der Fall, so gibt es keinen Grund, unter diesem Aspekt eine Einschränkung der Strafbarkeit der Beitragsvorenthaltung zu erwägen. Dieses Ergebnis trifft uneingeschränkt für fällig werdende Arbeitnehmeranteile zu, weil in diesen Fällen die Straffälligkeit in toto vermieden wird. In den Nachzahlungsfällen ist sie jedoch bereits eingetreten. Im Hinblick auf die wesentlichen Folgen der Wiedergutmachung für die Rechtsfolgenseite bejahte der II. Zivilsenat auch insoweit die Sorgfaltsgemäßheit der Zahlung. Dies sieht *Esser* mit zur Ablehnung neigender Skepsis (Rn. 115a).

9. Insolvenzdelikte

Zum Insolvenzstrafrecht, §§ 283 – 283d StGB, hätte *Püschel* es sich leicht machen können, entwickelte sich dieses Rechtsgebiet in den letzten Jahren doch nicht so dynamisch wie die allgemeinen Vermögensdelikte. Zudem hatte er bereits in seinen Ausführungen in der 1. Auflage das Ende der Interessentheorie vorweggenommen. Gleichwohl hat er seine Darstellung an etlichen Stellen überarbeitet (zur Firmenbestattung vgl. § 283 StGB, Rn 28 a.E.). Im Hinblick auf die nunmehr maßgebliche Abgrenzung eines Handelns als Geschäftsführer i.S. von § 14 Abs. 1 StGB positioniert sich *Püschel* (vor § 283 StGB, Rn. 10 a.E.) gegen die streng zivilistische Auffassung, die beim tatsächlichen Handeln eine (zivilrechtlich) wirksame Zustimmung verlangt. Ob dem (was wünschenswert wäre) die Rechtsprechung folgen wird, bleibt abzuwarten. Andernfalls kehrte für diese Fälle die Interessentheorie quasi zurück.

a) Den Zweifeln *Püschels* an der Legitimität des Insolvenzstrafrechts insgesamt (vor § 283 StGB, Rn. 2) näher nachzugehen, lohnt sich auch im Blick auf die in den

letzten Jahren teilweise eingeschränkte Bilanzierungspflicht (BilMoG; MicroBilG; EU-Überlegungen zu weiteren Erleichterungen auch für Kapitalgesellschaften). Jedoch erscheint die Aussage, dinglich gesicherte Gläubiger seien über das allgemeine Strafrecht ausreichend gesichert, reichlich kühn. Einer kompletten Aufhebung des Insolvenzstrafrechts kann daher kaum ernsthaft das Wort geredet werden.

aa) Allerdings zeichnen sich Tendenzen zur zeitlichen Beschränkung des Geltungsbereichs der §§ 283 – 283d StGB ab. Um die Jahrtausendwende hatte das mittlerweile aufgelöste BayObLG eine faktische Zäsur mit Eintritt einer der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit bejaht. Diese Auffassung fand keinen Widerhall in der übrigen Rechtsprechung. Nunmehr kehrt dieser Gedanke in anderem Gewande in der Literatur wieder. C. Brand (Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 9, im Erscheinen) versteht zumindest die §§ 283 – 283c StGB (ähnlich wie § 266 StGB) als Schutznormen gegen Gefahren, die den Schuldner vom Vermögensinhaber selbst, also in diesem Sinne von *innen* drohen. Spätestens mit Bestellung des (auch: vorläufigen?) Insolvenzverwalters seien diese Gefahren derart gebannt, daß es eines zusätzlichen Schutzes mittels der speziellen Insolvenzdelikte nicht mehr bedürfe. Sie seien insoweit nicht anwendbar. Die Praxis zeigt allerdings, dass das Aktivwerden des Insolvenzgerichts keineswegs zwingend dem unredlichen Streben der Inhaber des betroffenen Vermögens oder von dessen Vertretungsberechtigten Einhalt gebietet. Die dabei aufgewandte kriminelle Energie übersteigt zuweilen das vorherige Gebaren, so dass es keinen Grund gibt, solche Aktivitäten straffrei zu belassen. Aus dem Anwendungsbereich des Insolvenzstrafrechts könnten sie daher sachgerechterweise nur herausgelöst werden, wenn sie anderweit angemessen geahndet werden könnten. Ein derartiger Nachweis wäre natürlich äußerst interessant.

bb) *Püschel* reiht sich in die Reduktionstendenzen auf andere Weise als C. Brand, ein und setzt wie seinerzeit das BayObLG an der Strafbarkeitsbedingung (vor § 283 StGB, Rn. 30) und damit noch etwas früher an. Der von ihm ausnahmslos für erforderlich gehaltene Zusammenhang zwischen Tathandlung und objektiver Bedingung der Strafbarkeit fehle, wenn die Tathandlung nicht mehr krisenverschärfend wirken könne. Nach Eintritt einer der Strafbarkeitsbedingungen (also auch: Zahlungseinstellung!) sei deshalb die ausbleibende Bilanzierung nicht mehr strafbar (für die Buchführung müsste dann wohl Gleiches gelten). Auch eine Ahndung nach § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB scheidet dann aus. Zudem solle auch noch der Zweifelsatz Anwendung finden. Spezifische Gründe, die nicht auch bereits gegen die Legitimität des Insolvenzstrafrechts insgesamt geltend gemacht werden könnten, führt *Püschel* jedoch nicht an. In einem Punkt gerät seine Ansicht in unmittelbarem Konflikt mit dem Gesetzeswortlaut: § 283 Abs. 1 Nr. 7b und § 283b Abs. 1 Nr. 3b StGB pönalisieren die Nichterstellung der Bilanz *in der vorgeschriebenen Zeit* und erfassen damit folglich nicht allein das Ausbleiben der Bilanzierung, sondern auch deren verspätete, aber immerhin erfolgte Erstellung. Deshalb ist es ausgeschlossen, das schlichte Nachholen der Bilanzerstellung als Grund für das Fehlen des als erforderlich

angesehen Zusammenhangs zwischen Tathandlung und objektiver Strafbarkeitsbedingung anzusehen.

b) Wenig überzeugend ist auch sein Festhalten an der „Lotto-Theorie“: Überschuldung liege nur vor, wenn das Überleben des Unternehmens sicher ausgeschlossen sei (*Püschel*, vor § 283, Rn. 15). Das wird weder dem § 19 Abs. 2 InsO gerecht, noch verlangen strafprozessuale Grundsätze eine derartige Restriktion, denn der Zweifelsatz gilt nicht für die Auslegung materiellen Rechts, sondern stellt ausschließlich eine Entscheidungsregel für die Fälle dar, in denen sich das Gericht keine Gewissheit über das Vorliegen einer oder mehrerer Tatsache(n) zu verschaffen vermag. Überdies liegt es in der Konsequenz dieses jegliches Risiko als Strafbarkeitshindernis deklarierenden Ansatzes, dass selbst das Vorliegen einer negativen Fortführungsprognose zur Einstellung bzw. zum Freispruch führen müsste, wohnt doch jeder Prognose ein Faktor der Ungewissheit inne: Ein Lottogewinn ist zwar unwahrscheinlich, aber nicht unmöglich! Zu Ende gedacht führt dies dazu, dass in keinem Fall wegen Bankrotts oder Insolvenzverschleppung aufgrund von Überschuldung verurteilt werden könnte – ein angesichts des sinnlich nicht fassbaren Begriffs *de lege ferenda* durchaus diskutables Ergebnis, welches aber *de lege lata* nur methodenwidrig begründet zu werden vermag.

c) Zu Recht fordert *Püschel* (vor § 283, Rn. 20) von der Strafrechtspflege ein, die Restriktionen anzuerkennen, welchen die Rechtsprechung des II. und des IX. Zivilsenats des BGH die insolvenzrechtlichen Begriffe unterworfen hat. Das gilt v.a. für die *Zahlungsunfähigkeit*: sie bezieht sich entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht auf sämtliche i.S. von § 271 BGB fälligen Verbindlichkeiten, sondern nur auf solche, die zudem auch ernsthaft eingefordert wurden. Angesichts der Normenhierarchie i.V.m. dem strafrechtlichen *ultima-ratio*-Grundsatz dürfen in der Tat dieselben Begriffe strafrechtlich nicht schärfer verstanden werden als zivilrechtlich: was zivilrechtlich ausdrücklich erlaubt ist, darf nicht bestraft werden. Allerdings sind die Ergebnisse in nahezu allen Fällen deckungsgleich. Das folgt zum einen daraus, dass in der Strafjustiz praktisch nur Evidenzfälle zur (geforderten) Ahndung führen. Zum anderen genügt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung als *ernsthaftes Einfordern* das schlichte Ausstellen einer Rechnung dann bereits aus, wenn es keinen *actus contrarius* gibt, z.B. eine ggf. konkludente Stundung: Eine solche beseitigt jedoch auch die Fälligkeit i.S. von § 271 BGB.

d) Widerspruch ist unvermeidlich im Hinblick auf das Verständnis der *Zahlungseinstellung*. Unter der Konkursordnung war darunter in der Tat die *stärkste Form der Zahlungsunfähigkeit* zu verstehen (*Püschel*, vor § 283 StGB, Rn. 28). § 17 Abs. 2 InsO verlangt allerdings ein modifiziertes Begriffsverständnis. Das folgt aus der Vermutungsregel, derzufolge die Zahlungseinstellung auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lässt. Damit liegt es nahe, der Zahlungseinstellung Wirkung im *Vorfeld* der Zahlungsunfähigkeit beizumessen. Da dem Gesetz dazu nichts zu entnehmen ist, nimmt es nicht wunder, dass das Ringen um ein sachgerechtes Begriffsverständnis Rechtsprechung und Schrifttum beschäftigt. Einigkeit besteht dahingehend, dass die Vermutungswirkung straf-

rechtlich irrelevant ist. Weitgehende Übereinstimmung ist auch dahingehend feststellbar, dass Zahlungseinstellung auch auf Zahlungsunwilligkeit beruhen kann. Das bestreitet *Püschel* in sich durchaus schlüssig: andernfalls läge ein Widerspruch zu seiner Auffassung vor, es handle sich bei der Zahlungseinstellung um die stärkste Form der Zahlungsunfähigkeit. Der Schlüssel zur Widerspruchsfreiheit und einer sachgerechten Lösung liegt jedoch in der Aufgabe dieses Begriffsverständnisses.

Die Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen bejaht die Zahlungseinstellung, aufgefasst als rein tatsächlicher Vorgang, schon dann, wenn für einschlägige Geschäftskreise ersichtlich ist, dass fällige Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllt werden. Dabei kann es sich schon um eine einzige, allerdings im Verhältnis zur Wirtschaftskraft des Unternehmens bedeutsame Verbindlichkeit handeln (a.A. *Püschel*: 75 % der fälligen Geldschulden). Da es im Strafrecht auf die Zahlungseinstellung nur als eine der Strafbarkeitsbedingungen des § 283 Abs. 6 StGB ankommt, die Vermutungswirkung nicht einschlägig ist, und auch die übrigen beiden Bedingungen rein zivilrechtlich aufge-

fasst werden, spricht alles für ein akzessorisches Verständnis des Begriffs der Zahlungseinstellung auch im Strafrecht.

III. Fazit

Der AnwaltKommentar StGB macht seinem Namen alle Ehre – und nicht nur das: Die das Wirtschaftsstrafrecht betreffenden Passagen stellen auch für denjenigen einen unbedingten Gewinn dar, der anderer Auffassung ist. Zuweilen mag er sich gar überzeugen lassen, im übrigen führen die Darstellungen jedenfalls zu vertiefter Diskussion und Erkenntnis: das lässt sich nicht von jedem Erläuterungsbuch sagen! Wenn denn Wünsche für die 3. Auflage erlaubt sind, dann seien hier zwei genannt: Es wäre für den Leser viel angenehmer, fände er das Layout der ersten Auflage wieder. Inhaltlich gewönne das Werk an praktischem Nutzen, wenn die der Verteidigung nicht genehmen Argumente einen größeren Platz eingeräumt bekämen: Dies bewahrte gerade den Verteidiger vor manch unliebsamer Überraschung.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR – und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

1. EGMR Nr. 9154/10 (Große Kammer) – Urteil vom 15. Dezember 2015 (Schatschaschwili v. Deutschland)

Recht auf Konfrontation und Befragung von Zeugen (Al-Khawaja-Test; Recht auf ein faires Verfahren: Mindestrechte und Abwägung; mangelnde Verteidigungsteilnahme bei Vernehmung durch den Ermittlungsrichter im Ermittlungsverfahren trotz Anzeichen für eine unmögliche spätere Befragung; Vernehmung im Wege der Rechtshilfe; prinzipielles Verbot der Verwertung als entscheidendes oder einziges Beweismittel; besonders vorsichtige Beweiswürdigung; Zeugenbegriff; anonyme und nicht erreichbare Zeugen; legitime Gründe für Rechtseinschränkungen; Gesamtrecht und Gesamtbetrachtung); Sondervoten.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 168c StPO; § 140 StPO; § 141 Abs. 3 StPO; § 240 StPO; § 251 StPO; § 261 StPO

2. BVerfG 1 BvQ 47/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 2. Dezember 2015 (LG Dresden)

Akteneinsichtsrecht für den Verletzten einer Straftat (Einsicht in die Anklage für einen Kapitalanleger; Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch Offenbarwerden von Daten; keine einstweilige Anordnung zugunsten eines in einer Anklage erwähnten Steuerberaters).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1; § 32 BVerfGG; § 406e StPO

3. BVerfG 2 BvR 767/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. Dezember 2015 (Pfälzisches OLG Zweibrücken)

Formwirksamkeit der Revisionsbegründungsschrift (Unterschrift eines mit dem Verteidiger in Bürogemeinschaft tätigen Rechtsanwalts mit dem Zusatz „i. V.“; Anspruch auf effektiven Rechtsschutz; Anforderungen an die Anerkennung der Unterzeichnung; keine bloße Beurkundung fremder Ausführungen; Übernahme von Verantwortung für die Revisionsbegründung; Zu-Eigen-Machen des Schriftsatzes eines anderen Anwalts; Abgrenzung zu einem nur „im Auftrag“ handelnden Erklärungsboten; keine Zweifel an der Verantwortungsübernahme wegen des Zusatzes „nach Diktat verreist“).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 345 Abs. 2 StPO; § 53 BRAO

4. BVerfG 2 BvR 2577/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. November 2015 (KG)

Prozesskostenhilfe im Klageerzwingungsverfahren (übersteigerte Darlegungsanforderungen an die Antragsbegründung; keine Einschaltung eines Rechtsanwalts bereits zur Begründung des Prozesskostenhilfeantrags).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 406e StPO

5. BGH 3 StR 199/15 – Urteil vom 27. Oktober 2015 (LG Stade)

Keine Rechtfertigung oder Entschuldigung bei Tötung eines flüchtenden Räubers (Notwehr; Schusswaffengebrauch; Erforderlichkeit; Gebotenheit; Eigentum; Hausrecht; Todesangst; subjektives Rechtfertigungselement; Verteidigungswille; Erlaubnistatumsirrtum; Notwehrexzess; asthenischer Affekt; Putativnotwehrexzess). § 32 StGB; § 33 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 212 StGB

6. BGH 3 StR 287/15 – Beschluss vom 1. Oktober 2015 (LG Düsseldorf)

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Beschränkung auf den Transport regelmäßig Beihilfe; Bedeutung der Beteiligung im Rahmen des Gesamtgeschäfts).

§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

7. BGH 3 StR 321/15 – Beschluss vom 12. November 2015 (LG Stade)

Geringfügige Berichtigung des Schuldspruchs bei in zwei Fällen zu Unrecht erfolgter Verurteilung wegen Urkundenfälschung.

§ 267 StGB

8. BGH 3 StR 363/15 – Beschluss vom 27. Oktober 2015 (LG Hildesheim)

Keine Bindungswirkung bzgl. Feststellungen und Entscheidung des früheren Tatgerichts zur Schuldfähigkeit nach Aufhebung im Strafausspruch; sachlich-rechtlich gebotene Schuldfähigkeitsprüfung; Feststellung der be-

sonderen Schwere der Schuld.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 211 StGB; § 267 Abs. 2 StPO; § 353 Abs. 2 StPO

9. BGH 3 StR 37/15 – Urteil vom 23. Juli 2015 (LG Kleve)

Verhältnis von Wertersatzverfall und Einziehung bei Identität von Tatobjekt und Verfallsobjekt (hier: Betäubungsmittel).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 74 StGB; § 33 BtMG

10. BGH 3 StR 385/15 – Beschluss vom 12. November 2015 (LG Oldenburg)

Rechtsfehlerhafte Einziehungsentscheidung (nicht in Betracht gezogene Gefährdung der Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Geschädigten).

§ 74 StGB; § 73 StGB; § 111i Abs. 2 StPO

11. BGH 3 StR 400/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Hildesheim)

Rechtsfehlerhafte Einbeziehung einer der Auslieferung nicht zu Grunde liegenden Tat bei der Gesamtstrafenbildung.

§ 83h IRG; § 55 StGB

12. BGH 3 StR 410/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Hannover)

Sachlich-rechtlich mangelhaftes Unterlassen der sich aufdrängenden Prüfung einer Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

13. BGH 3 StR 434/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Mainz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

14. BGH 3 StR 445/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2015 (LG Hannover)

Unzulässigkeit der mit der nicht ausgeführten Formalrüge und der in allgemeiner Form erhobenen Sachrüge begründeten Revision des Nebenklägers.

§ 400 Abs. 1 StPO

15. BGH 5 StR 189/15 – Beschluss vom 28. Oktober 2015 (LG Leipzig)

Strafbarkeit wegen ohne Erlaubnis durchgeführter Zahlungsdienste (Unternehmen als Normadressat des Zahlungsdienstegesetzes; Handeln für Unternehmen; Einbindung in die Abwicklung der Zahlungsdienste).

§ 31 Abs. 1 Nr. 2 ZAG; § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG; § 8 Abs. 1 S. 1 ZAG; § 14 StGB

16. BGH 5 StR 259/15 – Urteil vom 11. November 2015 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerbehaftete Schuldfähigkeitsprüfung (Beeinträchtigung oder Aufhebung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit; krankhafte seelische Störung; andere seelische Abartigkeit; ungenau klassifizierte Diagnose; endogene Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie; Beziehungswahn; wahnhaftes Erleben); Heimtücke bei latenter Angst des Opfers.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 211 StGB

17. BGH 5 StR 273/15 (alt: 5 StR 377/13) – Urteil vom 14. Oktober 2015 (LG Berlin)

Organisatorische Anforderungen an die Schöffengeschäftsstelle bei Zuziehung eines Hilfsschöffen (Reihenfolge; Zeitpunkt des Eingangs oder der Bearbeitung der Anordnung; Beschränkung der Revisibilität; gravierender Fehler; Auslegung von Zuständigkeitsregeln; gesetzlicher Richter; Geschäftsverteilungsplan); Besorgnis der Befangenheit (Zurückverweisung nach Aufhebung in der Revisionsinstanz; strukturelle Inkaufnahme der Doppelbefassung; Befassung lediglich mit einem Befangenheitsgesuch).

§ 49 Abs. 3 GVG; § 23 StPO; § 354 Abs. 2 StPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

18. BGH 5 StR 300/15 – Urteil vom 10. November 2015 (LG Dresden)

Rechtsbedenkliche Beweiswürdigung (überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung bezüglich der Täterschaft).

§ 261 StPO

19. BGH 5 StR 303/15 – Urteil vom 10. November 2015 (LG Dresden)

Verspätung des Befangenheitsgesuchs aufgrund eines zunächst gestellten Beweisantrags; lückenhafte Beweiswürdigung.

§ 25 StPO; § 261 StPO

20. BGH 5 StR 355/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Berlin)

Strafzumessung beim vorsätzlichen Tötungsdelikt (Doppelverwertungsverbot; keine straferschwerende Berücksichtigung des direkten Tötungsvorsatzes oder der zur Tötung erforderlichen Gewalt; keine straferschwerende Berücksichtigung der grundlosen Tatbegehung bei fehlender Überzeugungsbildung hinsichtlich eines Motivs).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB

21. BGH 5 StR 375/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Berlin)

Zurückweisung der Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

22. BGH 5 StR 385/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Berlin)

Verhältnis von Raub und räuberischem Diebstahl (Konkurrenzen; Gesetzeseinheit; Verdrängung; Beutesicherung; Verwirklichung einer schwerer wiegenden, qualifizierten Nötigung im Beendigungsstadium).

§ 249 StGB; § 252 StGB; § 250 StGB; § 251 StGB; § 52 StGB

23. BGH 5 StR 387/15 – Beschluss vom 25. November 2015 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

24. BGH 5 StR 420/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Göttingen)

Ordnungsgemäße Besetzung des Strafsenats während eines laufenden Konkurrentenstreitverfahrens (gesetzlicher Richter; vom Präsidium bestimmter Vertreter; Ge-

schäftsverteilungsplan; „Doppelvorsitz“; frühzeitige Einleitung des Beförderungsverfahrens; zügige Betreuung; Gewährleistung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung). § 21e Abs. 1 GVG; § 21f Abs. 2 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

25. BGH 5 StR 421/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Dresden)

Rechtsbedenkliche Ablehnung der Aufhebung der Steuerungsfähigkeit (schizoide Persönlichkeitsstörung; Alkoholisierung; ungewöhnliches Nachtatverhalten; Erforderlichkeit einer umfassenden Würdigung des Zustands des Angeklagten bei der Tat; schwere andere seelische Abarbeitung).
§ 20 StGB

26. BGH 5 StR 431/15 – Beschluss vom 11. November 2015 (LG Kiel)

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

27. BGH 5 StR 437/15 – Beschluss vom 11. November 2015 (LG Görlitz)

Kein Teilfreispruch bei lediglich abweichender Konkurrenzrechtlicher Beurteilung gegenüber der Anklage.
§ 267 StPO

28. BGH 5 StR 439/15 – Beschluss vom 28. Oktober 2015 (LG Kiel)

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

29. BGH 5 StR 440/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Neuruppin)

Unzureichende Feststellungen zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (unterblieben Erörterung der Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe; Bandenmitgliedschaft; Kuriertätigkeit; Lagerung; Eigenbedarf); strafschärfende Berücksichtigung nicht angeklagter Taten.
§ 30a Abs. 1 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB

30. BGH 5 StR 453/15 – Beschluss vom 11. November 2015 (LG Berlin)

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

31. BGH 5 StR 464/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Saarbrücken)

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

32. BGH 5 StR 467/15 – Beschluss vom 12. November 2015 (LG Dresden)

Keine Pflicht zur nachträglichen Bekanntgabe von verständigungsbezogenen Gesprächen anlässlich eines unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindenden Verfahrensabschnitts (Öffentlichkeitsgrundsatz; Vernehmung des Angeklagten; innerer Zusammenhang mit verständigungsbezogenen Gesprächen; Geständnis); erneute Gewährung des letzten Wortes (kein Wiedereintritt in die Verhandlung durch Erörterung nicht entscheidungsrelevanter Vorgänge).

§ 257b StPO; § 257c StPO; § 171b Abs. 1 GVG; § 258 StPO

33. BGH 5 ARs 94/14 – Beschluss vom 25. November 2015

Anfrageverfahren.
§ 132 Abs. 2, 3 GVG

34. BGH AK 36/15 – Beschluss vom 12. November 2015

Dringender Tatverdacht der Rädelsführerschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Begriff des Rädelsführers); Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft.
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 Abs. 1 StPO

35. BGH StB 16/15 – Beschluss vom 10. Dezember 2015

Außervollzugsetzung des Haftbefehls (Erreichung des Zwecks der Untersuchungshaft durch weniger einschneidende Maßnahmen); dringender Tatverdacht der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union („IS“).
§ 112 StPO; § 116 Abs. 1 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

36. BGH StB 9/15 – Beschluss vom 12. November 2015

Zuständigkeit in Staatsschutzsachen (Beschwerde; Wegfall der Zuständigkeit des Ermittlungsrichters am BGH nach Anklageerhebung).
§ 169 StPO; § 135 GVG

37. BGH 1 StR 135/15 – Beschluss vom 26. November 2015 (LG München I)

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (keine Wiedereinsetzung bei bewusstem Nichtgebrauch eines Rechtsmittels); Anhörungsrüge.
§ 44 Satz 1 StPO; § 356a StPO

38. BGH 1 StR 235/15 – Urteil vom 11. November 2015 (LG Bochum)

Steuerhinterziehung (Anforderungen an die Darstellung eines freisprechenden Urteils: Gesamtwürdigung der Beweise; Einordnung als Blankettstraftat); trichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 370 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 261 StPO

39. BGH 1 StR 328/15 – Beschluss vom 5. August 2015 (LG München I)

BGHSt; Totschlag durch Unterlassen (Beschützergegarantenpflicht bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung des Opfers); erpresserischer Menschenraub (Begriff des Sich-Bemächtigen); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, alkoholische Getränke im Übermaß zu sich zu nehmen: Indizwirkung der Beeinträchtigung der Gesundheit, Arbeits- und Lebensfähigkeit).
§ 212 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 1 StGB; § 239a Abs. 1 StGB; § 64 StGB

40. BGH 1 StR 339/15 – Beschluss vom 11. November 2015 (LG Köln)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 54 Abs. 1 StGB

41. BGH 1 StR 349/15 – Beschluss vom 25. November 2015 (LG Coburg)

Revision des Nebenklägers (Anforderungen an die Revisionsbegründung: Anfechtung nicht nur des Strafausspruchs).

§ 400 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

42. BGH 1 StR 349/15 – Urteil vom 25. November 2015 (LG Coburg)

Anstiftung zur Körperverletzung mit Todesfolge (kein Ausschluss durch vorsätzliche Tötung durch den Angestifteten; Anstiftervorsatz bezüglich der konkreten Art der Körperverletzung); Heimtückemord (Begriff der Arglosigkeit); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 26 StGB; § 227 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 211 StGB; § 261 StPO

43. BGH 1 StR 56/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Regensburg)

Revision des Angeklagten gegen ein freisprechendes Urteil (Erfordernis der Beschwer durch den Urteilstenor: keine Beschwer bei Freispruch wegen Schuldunfähigkeit, verfassungs- und konventionsrechtliche Unbedenklichkeit dieser Rechtsprechung); Anforderungen an die Urteilsbegründung im Falle eines freisprechenden Urteils (Darstellungen zur Schuldunfähigkeit).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

44. BGH 1 StR 96/15 – Beschluss vom 11. November 2015 (LG Krefeld)

Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Beginn der Verjährung).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 78a StGB

45. BGH 1 StR 354/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Essen)

Steuerhinterziehung (Vollendung).

§ 370 Abs. 1 AO

46. BGH 1 StR 357/15 – Beschluss vom 13. Oktober 2015 (LG Essen)

Steuerhinterziehung (Vollendung).

§ 370 Abs. 1 AO

47. BGH 1 StR 366/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Essen)

Umsatzsteuerhinterziehung (Tatvollendung bei unrichtigen Umsatzsteuervoranmeldungen).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 168 AO

48. BGH 1 StR 386/15 – Beschluss vom 26. November 2015 (LG München I)

Entscheidung ohne Hauptverhandlung durch Beschluss (Äußerungsrecht des Beschwerdeführers: Mitteilung des Antrags der Staatsanwaltschaft ausschließlich gegenüber Verteidiger ausreichend).

§ 349 Abs. 3 StPO

49. BGH 1 StR 415/15 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Passau)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, alkoholische Getränke im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 64 StGB

50. BGH 1 StR 457/15 – Urteil vom 3. Dezember 2015 (LG München I)

Eventualvorsatz (Voraussetzungen; Anforderungen an die Darstellung im Urteil: Gesamtbetrachtung); Rücktritt vom Versuch (Vorliegen eines unbeendeten Versuchs aus der Sicht des Täters: Gesamtbetrachtung).

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

51. BGH 1 StR 482/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Regensburg)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen; Tat, die auf den Hang zurückgeht).

§ 64 StGB

52. BGH 1 StR 494/15 – Beschluss vom 24. November 2015 (LG Stuttgart)

Vorwegvollzug (Dauer des Vorwegvollzugs bei einer Freiheitsstrafe von über drei Jahren).

§ 67 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 StGB

53. BGH 1 StR 520/15 – Beschluss vom 10. November 2015 (LG Regensburg)

Rechtsmittelverzicht (keine Möglichkeit der Rücknahme).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

54. BGH 1 StR 555/15 – Beschluss vom 25. November 2015 (LG München I)

Versuchte Vergewaltigung (Anwendung des Strafrahmens des § 177 Abs. 1 StGB).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB

55. BGH 1 StR 576/15 – Beschluss vom 3. Dezember 2015 (LG Ravensburg)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Dauer der Maßregel: ausnahmsweise Verlängerung).

§ 67d Abs. 1 StGB; § 67 Abs. 5 Satz 2 StGB

56. BGH 2 StR 10/15 – Urteil vom 14. Oktober 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Notwehr (Erforderlichkeit der Notwehrhandlung; sozial-ethische Einschränkungen des Notwehrrechts: Notwehrprovokation bei sozial-ethisch zu missbilligendem Verhalten).

§ 32 StGB

57. BGH 2 StR 104/15 – Beschluss vom 12. November 2015 (LG Hanau)

Tatrichterliche Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

58. BGH 2 StR 180/15 – Beschluss vom 11. November 2015 (LG Marburg)

Zeugnisverweigerungsrecht eines Berufsgeheimnisträgers (Grundsatz der mündlichen Vernehmung; keine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts durch Verlesung von Schriftstücken bei teilweiser Aussageverweigerung).

§ 53 Abs. 1 StPO; § 250 S. 3 StPO

59. BGH 2 StR 21/15 – Beschluss vom 15. September 2015 (LG Kassel)

Strafzumessung (keine Berücksichtigung fehlender mildernder Umstände zu Lasten des Täters; Doppelverwertungsverbot).

§ 46 StGB

60. BGH 2 StR 236/15 – Urteil vom 14. Oktober 2015 (LG Schwerin)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen: Anforderungen an die Darstellung der Beweiswürdigung im Urteil); erpresserischer Menschenraub (Begriff des Sich-Bemächtigtens).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 239a Abs. 1 StGB

61. BGH 2 StR 273/15 – Beschluss vom 22. Oktober 2015 (LG Mühlhausen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

62. BGH 2 StR 273/15 – Beschluss vom 22. Oktober 2015 (LG Mühlhausen)

Rücktritt vom Versuch (Anforderungen an die Darstellungen im Urteil: Rücktrittshorizont des Täters).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

63. BGH 2 StR 296/15 – Beschluss vom 5. November 2015 (LG Kassel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

64. BGH 2 StR 311/15 – Beschluss vom 12. November 2015 (LG Gießen)

Ausschluss der Öffentlichkeit während der Schlussvorträge (Beruhen; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 171b Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 GVG; § 337 Abs. 1 StPO; § 258 Abs. 2 StPO

65. BGH 2 StR 337/15 – Beschluss vom 21. Oktober 2015 (LG Gießen)

Schuldunfähigkeit (Anforderung an die Darstellung im Urteil: Gesamtbetrachtung).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

66. BGH 2 StR 364/15 – Beschluss vom 5. November 2015 (LG Aachen)

Rechtstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Begründung der Kompensation im Urteil).

Art. 6 Abs. 1 EMRK

67. BGH 2 StR 369/15 – Beschluss vom 12. November 2015 (LG Darmstadt)

Diebstahl (Strafzumessung: Verhältnis von vertypem Strafmilderungsgrund und besonders schwerem Fall des Diebstahls).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 46 Abs. 1 StGB; § 46b StGB

68. BGH 2 StR 429/15 – Beschluss vom 12. November 2015 (LG Frankfurt a. M.)

Urkundenfälschung (Gebrauch einer unechten Urkunde: Tateinheit bei einheitlichem Tatplan).

§ 267 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

69. BGH 2 StR 480/15 – Beschluss vom 9. Dezember 2015 (LG Gießen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

70. BGH 2 StR 485/14 – Urteil vom 23. September 2015 (LG Limburg)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit)

§ 261 StPO

71. BGH 2 StR 495/12 – Beschluss vom 11. März 2015 (BGH)

Divergenzvorlage an den Großen Senat für Strafsachen; echte Wahlfeststellung zwischen gewerbsmäßige begangenen Diebstahls und gewerbsmäßiger Hehlerei (Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 132 Abs. 2 GVG; § 242 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB

72. BGH 2 StR 512/14 – Beschluss vom 14. Oktober 2015 (LG Darmstadt)

Anordnung der Einziehung (genaue Bezeichnung der einzuziehenden Gegenstände im Urteil).

§ 74 Abs. 1 StGB

73. BGH 2 ARs 285/15 2 AR 178/15 – Beschluss vom 18. November 2015

Auslieferung (zuständiges Gericht).

§ 14 Abs. 1, Abs. 3 IRG

74. BGH 4 StR 115/15 – Urteil vom 19. November 2015 (LG Konstanz)

Urteilsgründe (Darstellungsanforderungen bei mehreren Taten); Betrug (Schaden: Berechnung bei Schnellballsystemen; Irrtum: tatrichterliche Aufklärungspflicht bei mehreren, weitestgehend identischen Betrugshandlungen; banden- und gewerbsmäßige Begehung; Bandenabrede).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 53 StGB; § 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

75. BGH 4 StR 124/14 – Urteil vom 5. November 2015 (LG Hagen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bestimmung der geringen Menge); fahrlässiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Sorgfaltspflicht); Vorsatz (Eventualvorsatz: Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit, Darstellung im Urteil).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 BtMG; § 15 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

76. BGH 4 StR 76/15 – Beschluss vom 18. November 2015 (LG Bochum)

Verjährung (Zeitpunkt der Beendigung: Betrug, Zurückverweisung an das Tatgericht zur Nachholung entsprechender Feststellungen).

§ 78a StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 StPO

77. BGH 4 StR 223/15 – Urteil vom 3. Dezember 2015 (LG Paderborn)

Kausalität und objektive Zurechnung (eigenverantwortliches Dazwischentreten weiterer Tathandlungen); Vorsatz (wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf; dolus generalis); Heimtückemord; Beschränkung der Revision auf einzelne Straftaten (Voraussetzungen);

§ 13 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB; § 264 StPO; § 344 StPO

78. BGH 4 StR 241/15 – Beschluss vom 21. Oktober 2015

Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

79. BGH 4 StR 270/15 – Beschluss vom 1. Dezember 2015 (LG Hamburg)

Fehlerhafte Bestellung zum Pflichtverteidiger (Interessenkonflikt); gefährliche Körperverletzung (Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs: Körperverletzung gerade durch das Werkzeug).

§ 141 StPO; § 142 StPO; § 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB

80. BGH 4 StR 276/15 – Beschluss vom 17. November 2015 (LG Essen)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung der ersten Verurteilung bei mehrmaliger Gesamtstrafenbildung).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 54 Abs. 1 StGB

81. BGH 4 StR 335/15 – Beschluss vom 9. September 2015 (LG Kaiserslautern)

Räuberische Erpressung (Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben: Voraussetzungen, Vorsatz bzgl. ihrer Eignung, beim Bedrohten Furcht hervorzurufen).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB

82. BGH 4 StR 337/15 – Beschluss vom 4. November 2015 (LG Paderborn)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen: Methadon).

§ 64 StGB

83. BGH 4 StR 378/15 – Beschluss vom 17. November 2015 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

84. BGH 4 StR 387/15 – Urteil vom 3. Dezember 2015 (LG Freiburg)

Tötungsvorsatz (Voraussetzungen: tatrichterliche Gesamtschau, Darstellung im Urteil, revisionsrechtliche Kontrolle; kein automatischer Schluss auf Tötungsvorsatz bei objektiv lebensgefährlichen Handlungen).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

85. BGH 4 StR 397/15 – Beschluss vom 1. Dezember 2015 (LG Essen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Umgang mit Sachverständigengutachten: molekulargenetische Vergleichsuntersuchung, Darstellung im Urteil); Strafzumessung (Berücksichtigung der Einziehung von Sachen von nicht unerheblichem Wert).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 81e Abs. 1 Satz 1 StPO; § 46 StGB; § 74 Abs. 1 StGB

86. BGH 4 StR 403/15 – Beschluss vom 3. November 2015 (LG Essen)

Anordnung des Verfalls (Vorliegen einer besonderen Härte).

§ 73 Abs. 1 StGB; 73c Abs. 1 StGB

87. BGH 4 StR 407/15 – Beschluss vom 3. November 2015 (LG Essen)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung: letztes Urteil, in dem eine tatrichterliche Entscheidung zur Schuld- und Straffrage getroffen wurde); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 54 Abs. 1 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

88. BGH 4 StR 410/15 – Beschluss vom 18. November 2015 (LG Magdeburg)

Sexuelle Nötigung (Ausnutzen einer schutzlosen Lage: Unterlassen von Widerstand aus Angst vor einer Gewalt einwirkung).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

89. BGH 4 StR 411/15 – Beschluss vom 2. Dezember 2015 (LG Essen)

Adhäsionsanspruch (Anspruch auf Prozesszinsen).

§ 291 BGB; § 404 Abs. 2 StPO.

90. BGH 4 StR 421/15 – Beschluss vom 17. November 2015 (LG Halle)

Anforderungen an die Revisionsbegründung (Verfahrensrüge: präzise Bezeichnung der gerügten Verfahrenshandlung).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

91. BGH 4 StR 423/15 – Beschluss vom 2. Dezember 2015 (LG Frankenthal)

Strafzumessung (Darstellung im Urteil: erforderliche Angaben zu eventuell noch nicht erledigten Strafen und zur möglichen nachträglichen Gesamtstrafenbildung).

§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 54 Abs. 1 StGB; § 55 Abs. 1 StGB

92. BGH 4 StR 430/15 – Beschluss vom 3. Dezember 2015 (LG Hagen)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Verhältnis zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge: keine Verklammerungswirkung, Tateinheit zwischen Besitz zum Eigenkonsum und Handeltreiben).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

93. BGH 4 StR 442/15 – Beschluss vom 18. November 2015 (LG Paderborn)

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

94. BGH 4 StR 449/15 – Beschluss vom 18. November 2015 (LG Konstanz)

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

95. BGH 4 StR 473/15 – Beschluss vom 16. Dezember 2015 (LG Magdeburg)

Form des Revisionsantrags (erforderliche Unterschrift des Verteidigers).

§ 341 Abs. 1 StPO; § 126 Abs. 1 BGB

96. BGH 4 StR 478/15 – Beschluss vom 2. Dezember 2015 (LG Erfurt)

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