

AUSGABE 5/2012

S. 176 - 266

7. Jahrgang

Inhalt

FESTGABE FÜR IMME ROXIN

Vorbemerkung zur aktuellen Ausgabe

Imme Roxin zum 75. Geburtstag am 15. Mai 2012
Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Lorenz Schulz, München/
Frankfurt am Main

176

AUFSÄTZE

Strafrecht

**Haftung und Ahndung
Wider die Vertauschung zweier disparater
Rechtsfolgemodelle**
Von Prof. Dr. Hans Achenbach, Osnabrück

178

Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand
Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, München

183

Strafprozessrecht

**Die offensichtliche Ungesetzlichkeit der „ou“-Verwerfung
nach § 349 Abs. 2 StPO in der Spruchpraxis des BGH**
Von Prof. Dr. Henning Rosenau, Augsburg

195

Europäisches Strafrecht

**Ne bis in idem in der Europäischen Union – zum Streit um
das „Vollstreckungselement“**
Von Prof. Dr. Reinhard Merkel, Hamburg, Dr. Jörg Scheinfeld,
Mainz

206

AUFSÄTZE – ORIGINALBEITRÄGE

Vermischtes

Bin ich „Jurist als solcher“ – und wenn ja, wie viele?
Von Prof. Dr. Klaus Volk, München

214

Wirtschaftsstrafrecht

Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?
Von Prof. Dr. Cornelius Prittitz, Frankfurt am Main

217

Steuerstrafrecht

**Nemo tenetur-Grundsatz im Steuerstrafrecht
Verwertbarkeit einer gescheiterten Selbstanzeige?**
Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

221

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Markus
Wagner

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

AUSGABE 5/2012

S. 176 - 266

7. Jahrgang

Inhalt

FESTGABE FÜR IMME ROXIN (Forts.)

AUFSÄTZE – ORIGINALBEITRÄGE (Forts.)

Strafprozessrecht

Befangenheit im Prozess

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Berlin 228

Staatlich gesteuerte Selbstbelastungsprovokation mit Umgehung des Schweigerechts

Zur objektiven Zurechnung im Strafprozessrecht
Von Prof. Dr. Jürgen Wolter, Mannheim 238

AUFSÄTZE – ORIGINALBEITRÄGE AUSLAND

Strafrecht

Bürgerpartizipation und Anklageparteien im spanischen Strafverfahren

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Manuel Cancio Meliá, Madrid 246

Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Eigentums- und Vermögensdelikten anhand der Entscheidungen in der japanischen Judikatur

Von Prof. Dr. Dres. h.c. Keiichi Yamanaka, Osaka 253

Strafbarkeit wegen falscher Verdächtigung im Lichte des nemo tenetur-Grundsatzes nach polnischem Strafrecht

Von Prof. Dr. Andrzej Zoll, Krakau 262

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470



Festgabe für Imme Roxin

zum 75. Geburtstag am 15. Mai 2012

herausgegeben von

Lorenz Schulz

München, 15.5.2012

Imme Roxin zum 75. Geburtstag am 15. Mai 2012

I. *Imme Roxin*, geb. Wübker, ist am 15. Mai 1937 in Hamburg geboren. 1956 begann sie, in Freiburg und Hamburg Rechtswissenschaften zu studieren. 1960 folgte das erste Staatsexamen in Hamburg, auf das sie sich gemeinsam mit *Claus Roxin* vorbereitete, der damals vor dem zweiten Examen stand. Nach Abschluss der Examina heirateten sie im Mai 1961. Sie brach in der Folge ihr Referendariat ab, um sich der Familie zu widmen. Sie folgte ihrem Mann nach Göttingen (1963 bis 1971), dann nach München, ein Glücksfall nicht nur für die Ludwig-Maximilians-Universität, sondern auch für die Familie, die sich in Stockdorf im Landkreis Starnberg niederließ. Zahlreiche Freunde und Schüler aus aller Welt haben das Haus über Jahrzehnte schätzen gelernt.

II. Soweit ist der Lebenslauf von *Imme Roxin* für die damalige Zeit nicht untypisch. Dann nimmt er eine unübliche Wendung. 1983 nahm sie ihren Referendardienst wieder auf und legte 1985 das zweite Examen ab. Dem folgte 1987 die Promotion in Freiburg bei *Hans-Heinrich Jescheck* („Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege“); die Monographie ist bereits – auch das ist ungewöhnlich – in der vierten Auflage (2004) erschienen.¹

Ebenfalls 1983 stieß sie zur Kanzlei Heussen Braun von Kessel in München, die auf viele Jahre ihre berufliche Heimat werden sollte. Der in den neunziger Jahren einsetzende Wandel der Kanzleistruktur betraf auch diese Kanzlei: 1997 fusionierte sie mit Heuking Kühn (Düsseldorf/Berlin/Köln/Frankfurt/Chemnitz), 2000 schließlich mit PriceWaterhouse-Coopers. Nur zwei Jahre danach erfolgte überraschend die Auflösung dieser Fusion. Der Compliance-Gedanke stand bereits Pate. Die großen Bilanzskandale (Enron und Worldcom) in den USA, die in Deutschland wegen der publizistischen Superdominanz des Anschlags auf das World Trade Center kaum ins öffentliche Bewusstsein treten konnten, führten nicht nur zur Liquidation von Arthur Anderson, einer der weltweit größten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, der in seiner Konsequenz berühmteste Fall des amerikanischen Verbandsstrafrechts. Von ihnen führt auch eine direkte Linie zum Sarbanes-Oxley-Act von 2002, der bewirkte, dass sich die Wirtschaftsprüfer weltweit aus dem Rechtsberatungssektor zurückziehen sollten. Das führte im vorliegenden Zusammenhang zur Gründung der Kanzlei Heussen Rechtsanwälte, mit mehreren Filialen in deutschen Großstädten und dem Hauptsitz in München.

III. Das kurz SOX genannte umfangreiche Gesetzeswerk beschleunigte den Aufstieg des Wirtschaftsstrafrechts. Dieser war in Deutschland durch das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976 nur vage vorgezeichnet. Der damit verbundene Strukturwandel konnte seine damals ungeahnte Dynamik erst im Zuge von Internationalisierung und Globalisierung entfalten. War zu Beginn der Anwaltstätigkeit von *Imme Roxin* Compliance noch ein Fremdwort im doppelten Sinn, so verhalf ihr in den USA Sarbanes-Oxley zum Durchbruch, indem US-börsennotierte Unternehmen zu

einem aufwändigen internen Kontrollsystem verpflichtet wurden, eine Regelung, die von der US-Wertpapier- und Börsenaufsichtsbehörde (Securities and Exchange Commission – SEC) wenige Jahre später auf ausländische Unternehmen übertragen wurde. Die Siemens AG, die ihre Notierung an der Wallstreet noch groß gefeiert hatte, geriet damit in den Sog dieser Entwicklung und ließ Criminal Compliance – als Grundelement des noch nicht abgeschlossenen Strukturwandels im Wirtschaftsstrafrecht und als neuer Geschäftszweig auch von Rechtsanwaltskanzleien – in Deutschland ins allgemeine Bewusstsein treten. So ist es nach alledem im Nachhinein kein schlichter Zufall, dass *Imme Roxin* sich, vor allem durch die strukturell wachsenden Interessenkonflikte zwischen gesellschaftsrechtlichen und strafrechtlichen Mandaten innerhalb einer Kanzlei begründet, von der Kanzlei Heussen freundschaftlich trennte, um 2004 im gleichen Haus (mit dem doch zufälligen Blick auf die Zentrale von Siemens) eine Kanzlei mit ihrem Namen zu gründen, deren dynamische Entwicklung die genannte Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts spiegelt.²

IV. Ist dies bereits der Rede wert, so gibt ein anderer, persönlicher Umstand noch mehr zu denken und vermutlich Anlass für Juristinnen, sich die *Jubilarin* zum Vorbild zu nehmen: Sie tat diesen durchaus mutigen Schritt im Alter von 67 Jahren. Nach acht Jahren gehört die Kanzlei ihres Namens, mittlerweile in der Form einer LLP tätig, zu den bedeutenden wirtschaftsstrafrechtlichen Kanzleien Deutschlands, die dem Namen *Roxin* auch wissenschaftlich verpflichtet ist und dadurch ein besonderes Profil entwickelt hat. So fördert die Kanzlei auch einen juristischen Salon, den der gemeinnützige Münchner Verein Wissenschaft im Dialog unter dem Motto „wid treff recht“ seit vielen Jahren veranstaltet und der allmonatlich Gastreferenten aus München und weit darüber hinaus anzieht. Trotz des Paradigmas von Netzwerken als moderner Form der Kommunikation ein antiquiertes Unternehmen, zu dem man sich vor allem als Praktiker Zeit nehmen muss, die er nie hat. Münchner Besonderheiten und die zentrale Lage der Kanzlei von *Imme Roxin* haben dazu geführt, dass ein solches naturgemäß hochpersönliches und damit fragiles Unternehmen gehalten hat und die *Jubilarin* ihm mit zunehmenden Jahren immer mehr zugetan ist.

V. Das Verhältnis von Grundlagenbezug und Praxis bleibt auf Dauer schwierig, der derzeitige skurrile steuerrechtliche Streit um den umsatzsteuerrechtlichen Vorabzug bei Großforschungseinrichtungen zeigt es. Eine gute Theorie ist die beste Praxis, wie immer das die Finanzverwaltung sehen mag. Pikant ist für den praxisorientierten Finanzbeamten, dass *theoria* etwas ist, dass man um seiner selbst willen tut und das subjektiv keine umsatzsteuerliche Privilegierung verdient. Welcher Verwaltungsbeamte weiß schon, dass in Deutschland Dogmatik Wissenschaft heißt und Deutschland damit einen europäischen Sonderweg beschreitet, der in der Geschichtswissenschaft als Streit um die Begriffsjurisprudenz abgehandelt wird. Es mag eine Weile dauern, bis er nachvollziehen kann, dass Rechtstheorie, wie immer man sie sieht, eine Schlüsselqualifikation ist, die im Bologna-Wettbewerb

¹ Instruktiv zu den einzelnen Auflagen und der Entwicklung von der ersten bis zur vierten, verbunden mit einem fundierten Vorgriff auf eine fünfte Auflage *Jürgen Wolter*, ZIS 2012, 238.

² Näheres unter <http://www.roxin.de>.

natürlich vom Verfassungsrecht oder der Rechtsvergleichung annektiert wird. Das Stichwort Compliance bündelt diese Entwicklung. Aus ethischer Perspektive liefert Compliance ein Ersatzprogramm für die Beschaffung einer Ethik, die unter dem Vorzeichen von Internationalisierung und Globalisierung nicht mehr zu liefern ist. Dass Compliance dogmatisch ambivalent ist, braucht dabei nicht verschwiegen werden.

Die generell wissenschaftsträchtige Dynamik des Wirtschaftsstrafrechts, die zu einem nicht geringen und noch zunehmenden Einfluss der Strafverteidigung auf die Strafrechtsdogmatik führte, spiegelt sich wiederum in der Person von *Imme Roxin*. Ihre Publikationen und ihre Vortragstätigkeit haben in den letzten Jahren erheblich zugenommen, und ein Ende ist zum Glück nicht absehbar. Da ihr anwaltliches Herz den Mandanten gehört, müsste man, wo Wissenschaftler mit einer manchmal besonders reichhaltigen Publikationsliste aufwarten, für sie eher die nicht wenigen gewichtigen Mandate auflisten. Das verhindert bereits ihre hanseatische Zurückhaltung.

VI. Kommen wir noch zu ihrem Mann, zu *Claus Roxin*. Er ist ein vielfacher Glücksfall. Selbstverständlich für sie, menschlich, aber auch fachlich; dann auch für viele andere, nicht zuletzt für die deutsche Strafrechtswissenschaft, die von seiner weltweiten Präsenz profitiert. Seine Wirkmächtigkeit ist auch ihr Verdienst. Das wird er gerne einräumen. Nicht weniger gerne wird er einräumen, dass er im Hinblick auf den praktischen Rechtsbetrieb, dem sie zugetan ist, auf gewisse Weise in ihrem Wirkungskreis steht und durch sie die für einen Wissenschaftler wichtige Verbindung zur Rechtspraxis erfährt. In einer Vorlesung in meiner eigenen Studienzeit merkte er mit sichtlicher Genugtuung an, dass er ein ihm von einer Kanzlei zum behandelten Stoff angetragenes, hoch dotiertes Gutachten ausgeschlagen habe. Die Welt der Kanzleien ist nie, auch nach Gründung der Kanzlei Roxin Rechtsanwälte, die seinige geworden. Sie ist eben die Sache von *Imme Roxin*. So sind es eben auch sie und ihr vielfältiges Schaffen, das mit dieser Festgabe und der zeitgleich im C.F. Müller Verlag erscheinenden Festschrift³ zu ihrem 75. Geburtstag gewürdigt werden. Dass daran auch nicht wenige Autoren aus dem Ausland mitwirken, bezeugt der Umstand, dass die *Jubilarin* zwar an der Seite ihres Mannes wirkt, aber zugleich eine genuin eigenständige Wirkung entfaltet hat. Auch an dieser Stelle sei Herrn *Tilmann Datow* vom C.F. Müller Verlag herzlich für die unbürokratische Zustimmung zur Veröffentlichung der auch in der Festschrift enthaltenen Beiträge von *Achenbach*, *Schünemann*, *Rosenau* und *Merkel/Scheinfeld* in der ZIS gedankt.

VII. Wenn mit dieser „Festgabe für Imme Roxin zum 75. Geburtstag“ eine Art Supplement zur gleichnamigen „Festschrift“ erscheinen kann, so ist dies einer Anregung von *Thomas Rotsch* zu verdanken. Die vorliegende Verbindung mag Schule machen.⁴ Jedenfalls waren die hier versammelten Autoren der Originalbeiträge dankbar, dass sie durch diese

Verbindung noch weitere Zeit dafür erhalten haben, ihren Beitrag, der für die Festschrift vorgesehen war, zu vertiefen.

Schließlich erlaubt es die Digitalisierung, die überkommene Einrichtungen und literarische Gattungen systematisch über den Haufen wirft, die *Jubilarin* noch zu überraschen. Während sich eine Festschrift mit 65 Autoren nicht geheim halten lässt, kann dies mit dieser Publikationsform noch gelingen. Mag sein, dass die Vorfreude die schönste Freude ist. Gewiss gehört aber, so meine ich, auch die gelungene Überraschung zu den schönsten Pflanzen im Garten des Menschlichen. *Ad multos annos.*

Lorenz Schulz, München/Frankfurt am Main

³ www.hjr-verlag.de/festschrift-roxin.

⁴ Die in ZIS 3/2010 erschienene Festschrift für *Jörg Tenckhoff* ist bis heute eine der erfolgreichsten ZIS-Ausgaben.

Haftung und Ahndung

Wider die Vertauschung zweier disparater Rechtsfolgemodelle

Von Prof. Dr. Hans Achenbach, Osnabrück

I. Zweifel gegenüber einem verbreiteten Sprachgebrauch

In der juristischen Literatur findet sich, besonders im Zusammenhang mit den nach geltendem Recht möglichen oder de lege ferenda erst noch einzuführenden Sanktionen gegen juristische Personen und andere überindividuelle Einheiten, ein Sprachgebrauch, der mich seit längerer Zeit nachdenklich gemacht hat: Es soll dabei gehen um eine bußgeldrechtliche oder gar strafrechtliche „Haftung“ von Unternehmen. So wird namentlich die derzeitige Diskussion über die Möglichkeit, im Konzern bei Kartellrechtsverstößen auf das Mutterunternehmen statt auf das eigentlich tatbeteiligte Tochterunternehmen zuzugreifen, unter dem Stichwort einer „gesamtschuldnerischen Haftung“ geführt.¹ Aber auch sonst findet sich diese Begrifflichkeit. So liest man etwa in dem Grundriss zum Wirtschaftsstrafrecht von Wittig, nach geltendem deutschem Recht könnten juristische Personen und Personenvereinigungen keiner Strafe, sondern „nur einer Haftung nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 30 OWiG) unterworfen werden“.² Und auf einer hochinteressanten Tagung zum Thema der Unternehmensstrafbarkeit, die kürzlich in Frankfurt am Main stattfand, war allenthalben von einer „strafrechtlichen Unternehmenshaftung“ die Rede.

Ich muss bekennen, dass mir diese Redeweise seit langem Unbehagen bereitet. Wer die Phänomene der Haftung und der Strafe oder Geldbuße begrifflich zusammenspannt, unterschätzt die Fliehkräfte, die einer solchen Begriffsbildung innewohnen. Denn ihren Komponenten eignet ein völlig unterschiedlicher Sachgehalt:

II. Haftung

Bei der Suche nach Aussagen über den Begriff der Haftung kommen als erstes das Zivilrecht und die Zivilrechtsdogmatik in Betracht. Allerdings geht es bei der vermeintlichen Haftung für Geldbußen oder gar Strafen nicht um das Verhältnis der Bürger oder Marktteilnehmer untereinander, sondern um Aspekte eines hoheitlichen, also dem öffentlichen Recht zugehörigen Vorganges. Man könnte deshalb eher an die Parallele zum Verwaltungsrecht oder Staatsrecht denken. Doch wird man dort nicht recht fündig. Die Staatsrechtler handeln von der Staatshaftung, also just dem gegenüber unserer Fragestellung umgekehrten Phänomen des Entstehens der öffentlichen Hand für das Handeln ihrer Amtswalter. In der Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts oder des Verwaltungsverfahrenrechts sind Aussagen über einen allgemeinen Begriff der Haftung dagegen ausgesprochen rar. Lediglich an einer Stelle ist mir eine Definition als „Einstehen-

henmüssen für das Ergebnis des rechtssatzmäßig gebotenen Verhaltens mit dem eigenen Vermögen“ begegnet.³

Es bleibt als Erkenntnisquelle daher doch im Wesentlichen die Zivilrechtslehre. Die Dogmatik des auf den ersten Blick besonders sachnah erscheinenden Gesellschaftsrechts erweist sich freilich als unergiebig. Wohl tritt der Begriff der Haftung dort in verschiedenen Sachzusammenhängen auf; grundsätzliche, allgemeine Aussagen habe jedenfalls ich aber nicht gefunden. Den Schwerpunkt bildet insoweit vielmehr die Dogmatik des allgemeinen Schuldrechts. Durchweg stellen die Autoren hier fest, der Begriff der Haftung werde in unterschiedlichem Sinn gebraucht, er sei mehrdeutig, weder der tägliche Sprachgebrauch noch das Gesetz hielten sich an eine bestimmte Grundbedeutung. Die Lehrbücher und Kommentare sprechen sich freilich selbst überwiegend durchaus für einen definierten Begriff aus: Haftung bedeutet danach „das Unterworfensein des Schuldners unter den zwangsweisen Zugriff des Gläubigers“⁴ bzw. „Zugriffsobjekt in der Zwangsvollstreckung sein“⁵. Jedoch konstatieren die Autoren im Sinne der Mehrdeutigkeit des Begriffes zum Teil auch eine Gleichsetzung mit dem Schulden oder Leistenmüssen⁶ oder aber mit einem Einstehenmüssen für Schäden,⁷ für die Folgen eigener oder fremder Handlungen⁸ oder für eine Verpflichtung.⁹

Haftung wird also im Kern verstanden als Einstehenmüssen mit dem Vermögen, notfalls in der Zwangsvollstreckung. Wie auch immer – in der Sache geht es stets um ein bloßes Verpflichtetsein ohne weiteren kommunikativen Gehalt im Sinne einer Bewertung der verpflichteten Person oder ihres Verhaltens. Wer haftet, der steht mit seinem Vermögen für

³ Wolff/Bachhof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 40 Rn. 6.

⁴ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 35. Aufl. 2011, § 2 Rn. 19; ähnlich Grüneberg, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 71. Aufl. 2012, Einl. vor § 241 Rn. 10; sachlich ebenso Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 4 I 2. a); Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 2 IV; Medicus/Lorenz, Schuldrecht, Bd. 1, 19. Aufl. 2010, § 3 Rn. 19.

⁵ Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, § 6 Rn. 30; Ernst, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Einl. vor § 241 Rn. 33.

⁶ Brox/Walter (Fn. 4), § 2 Rn. 19; Fikentscher/Heinemann (Fn. 5), § 6 Rn. 30; Gernhuber (Fn. 4), § 4 I 2 a); Grüneberg (Fn. 4), Vor § 241 Rn. 11; Medicus/Lorenz (Fn. 4), § 3 Rn. 19.

⁷ Brox/Walker (Fn. 4), § 2 Rn. 19; Kramer (Fn. 5), Einl. Rn. 46; ähnlich Larenz (Fn. 4), § 2 IV.

⁸ Gernhuber (Fn. 4), § 4 I 2 a).

⁹ Schmidt-Kessel, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 241 Rn. 25.

¹ Die Debatte konzentriert sich in jüngster Zeit auf EuGH, Urt. v. 10.9. 2009 – C-97/08 P = Slg. 2009, I-8237 (Akzo Nobel u.a. v. Kommission).

² Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2011, § 8 Rn. 7.

einen ihn verpflichtenden Umstand ein, darauf beschränkt sich das Phänomen aber auch. Die Folgen können je nach Sachlage ruinös sein, die gesetzliche Reaktion zielt indes niemals darauf ab, das Verhalten der einer Haftung ausgesetzten Person einer Bewertung zu unterziehen.

III. Ahndung

Wenn wir uns nun dem Sachgehalt dessen zuwenden, das mit dem Begriff der Ahndung gemeint ist, so möchte ich mich vorrangig auf die Verbandsgeldbuße gemäß § 30 OWiG konzentrieren, weil im geltenden deutschen Recht allein diese etwas ermöglicht, was man als strafartige Haftung von Unternehmen verstehen könnte. Erst von den dabei gewonnenen Einsichten her scheint es mir sinnvoll, einen Blick auf die Strafe im engeren Sinne zu werfen (u. VII.).

Der erste Befund ist eindeutig: Eine gesetzliche Regelung für eine Haftung von Unternehmen gibt es im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht nicht. Und das gleich in doppelter Richtung: „Haftung“ ist kein Topos des Ordnungswidrigkeitenrechts, aber auch „Unternehmen“ kommen im Ordnungswidrigkeitengesetz weder als handelnde Akteure noch als Adressaten einer Rechtsfolge vor.¹⁰ Einschlägig ist vielmehr die Regelung des § 30 OWiG. Dieser spricht aber nicht von Unternehmen, sondern von juristischen Personen und Personenvereinigungen, worunter das Gesetz wiederum nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften versteht. Diese können ihrerseits Rechtsträger eines Unternehmens sein; allein aus diesem mittelbaren Bezug speist sich die mittlerweile verbreitete synonyme Bezeichnung der hier geregelten Verbandsgeldbuße als „Unternehmensgeldbuße“.

In der Sache formuliert § 30 OWiG merkwürdig technisch: Hat eine für eine juristische Person oder Personenvereinigung verantwortlich handelnde – natürliche – Person eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind, oder die juristische Person oder Personenvereinigung bereichert wurde oder werden sollte, „so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden“ (Abs. 1 a.E.).

Immerhin: eine Geldbuße. Was diese leisten soll, können wir aus § 1 Abs. 1 OWiG entnehmen: „Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt.“

Die Aufgabe der Geldbuße ist es also, etwas zu ahnden. Der Begriff der Ahndung taucht im OWiG weiter auf in der Fundamentalnorm des § 3, der den Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ aus Art. 103 Abs. 2 GG in das einfache Ordnungswidrigkeitenrecht transponiert, ferner in einer ganzen Reihe von Einzelnormen des materiellen Rechts (§§ 5, 10, 11 Abs. 1 S. 2, 13 Abs. 2, 14 Abs. 2 und 3, 15 Abs. 3, 17 Abs. 2, 19 OWiG). Die Ahndung von Ord-

nungswidrigkeiten beschreibt darüber hinaus § 35 Abs. 2 OWiG als die zweite wesentliche Aufgabe der Verwaltungsbehörde im Bußgeldverfahren neben deren Verfolgung. Dennoch findet sich in der Literatur zum Ordnungswidrigkeitenrecht keine Analyse dessen, was eigentlich mit Ahndung gemeint ist. Vielmehr diskutiert man ganz in der Tradition der Strafrechtsphilosophie des 19. und frühen 20. Jahrhunderts über das „Wesen“ der Ordnungswidrigkeit, des Ordnungsunrechts oder der Geldbuße.¹¹ Statt uns darauf einzulassen, möchte ich aber weiter versuchen, aus dem Gesetz selbst Aufschlüsse darüber zu erhalten, was die Ahndung sachlich ausmachen soll.

§ 1 Abs. 1 OWiG enthält nämlich eine wesentliche ergänzende Aussage: Ordnungswidrigkeit ist nicht nur eine bußgeldtatbestandmäßige und rechtswidrige Handlung, sie muss vielmehr auch „vorwerfbar“ sein – dadurch unterscheidet sie sich von der nur „mit Geldbuße bedrohten Handlung“ i.S.v. § 1 Abs. 2 OWiG. Vom Ausschluss der Vorwerfbarkeit handelt § 12 OWiG, der nach seiner gesetzlichen Überschrift die „Verantwortlichkeit“ regelt. Der „Vorwurf, der den Täter trifft“, ist nach § 17 Abs. 3 OWiG ein wesentlicher Zumesungsfaktor für die Höhe der Geldbuße. Die Ahndung knüpft offensichtlich gerade an diesen gegen den Täter – richtiger: den Beteiligten (§ 14 OWiG) – gerichteten Vorwurf an und setzt dafür seine Verantwortlichkeit voraus. Damit korreliert es, wenn das Ordnungswidrigkeitengesetz im Zusammenhang mit dem Inhalt des Bußgeldbescheids in § 65 Abs. 1 Nr. 3 formuliert, dieser müsse eine Bezeichnung der Tat enthalten, „die dem Betroffenen zur Last gelegt wird“.

Ahndung ist im Ordnungswidrigkeitenrecht also eine staatliche Reaktion auf ein vorwerfbares, rechtswidriges und dem Tatbild eines Bußgeldtatbestandes oder den daran anknüpfenden Vorschriften der §§ 13 und 14 OWiG entsprechendes Verhalten, durch die der Rechtsanwender einen aktuellen Vorwurf erhebt und dieses Verhalten dem daran Beteiligten endgültig zur Last legt. Zu diesem Zwecke sieht das Ordnungswidrigkeitenrecht die Verhängung – oder wie das OWiG in § 30 formuliert: die Festsetzung – der spezifischen Rechtsfolge Geldbuße vor. Ahndung ist mithin retropektiv; sie blickt zurück auf die geschehene Zuwiderhandlung. Insofern stimmen Strafe und Geldbuße überein, sie sind beide ahndende Sanktionen. Den Unterschied zwischen ihnen sieht das Bundesverfassungsgericht¹² darin, dass „mit der Verhängung der Kriminalstrafe ein ehrenrühriges, autoritatives Unwerturteil über eine Verhaltensweise des Täters, der Vorwurf einer Auflehnung gegen die Rechtsordnung und die Feststellung der Berechtigung dieses Vorwurfs verbunden sind.“ Demgegenüber werde die an eine Ordnungswidrigkeit

¹⁰ Das Gesetz handelt allein in § 9 Abs. 2 S. 2 OWiG von der Gleichstellung zwischen den Begriffen „Betrieb“ und „Unternehmen“, ferner geht es in § 130 Abs. 1 und 2 OWiG um Pflichten des Inhabers eines Betriebes oder Unternehmens.

¹¹ Vgl. etwa *Gürtler*, in Göhler (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2009, Vor § 1 Rn. 2 ff.; *Kleszczewski*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2010, § 1 Rn. 6 ff.; *Rebmann/Roth/Herrmann*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 3. Aufl. 15. Lfg., Stand: März 2010, Vor § 1 Rn. 12 ff.; ähnlich *Mitsch*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 6 ff.

¹² Hier und im Folgenden BVerfGE 27, 18 (33) im Anschluss an BVerfGE 22, 49 (79, 80).

geknüpfte Geldbuße „lediglich als eine nachdrückliche Pflichtentmahnung angesehen und empfunden, die keine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des Ansehens und des Leumunds des Betroffenen zur Folge hat.“

Das könnte freilich missverstanden werden. Das Bundesverfassungsgericht sagt nicht – und könnte nach der Gesetzeslage auch gar nicht sagen –, dass mit der Geldbuße keinerlei Vorwurf verbunden sei. Dieser ist der Verhängung einer Geldbuße vielmehr immanent, nur ist er nicht ehrenrührig, nicht mit dem Stigma des Vorbestraftseins verbunden. *Lagodny* hat dies in seiner Habilitationsschrift in die anschauliche, wenn auch bewusst vereinfachende Formel gefasst, mit dem kriminalstrafrechtlichen Vorwurf sage der Staat „Du hast sozialetisch verwerflich/böse/schlecht gehandelt“, der ordnungsrechtliche Vorwurf sage dagegen nur „Du hast schlicht falsch/nicht den Vorschriften entsprechend gehandelt.“¹³

Hinzufügen sollte man in beiden Fällen – „und dafür mache ich dich verantwortlich.“

In der bußgeldrechtlichen Ahndung steckt also durchaus ein Tadel – wenn man nachdrücklich an seine Pflichten erinnert und gemahnt werden muss, so ist auch das nicht wertfrei. Nur soll dieser nicht diskriminierend, nicht stigmatisierend, nicht ernstlich imageschädlich sein.

Missverständlich finde ich die Formulierung, die Geldbuße habe „repressiven Charakter“.¹⁴ Denn das blendet die Erkenntnis aus, dass ahndende Sanktionen sich nicht darauf beschränken können, nur auf Geschehenes mit einer belastenden Reaktion zu antworten. Der Geldbuße kommt vielmehr ebenso wie der Strafe eine präventive Funktion zu, sie blickt zugleich in die Zukunft. Zu Einzelheiten der negativen und positiven Spezial- und Generalprävention ließe sich auch im Zusammenhang mit der Geldbuße viel sagen, doch geht es darum hier nicht. Auch diese Fragestellung aber ist mit dem Begriff und dem Phänomen der Ahndung notwendig verbunden. Ahndung hat auch ein Wohin.

IV. Ahndungsfunktion der Verbandsgeldbuße?

Gelten nun diese Ergebnisse gleichermaßen für die Verbandsgeldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung nach § 30 OWiG wie für die Geldbuße gegen die individuelle natürliche Person? Es fällt ja nicht nur auf, dass diese Norm anders, technischer, formuliert, wenn dort nicht von einer Ahndung, sondern nur von der Festsetzung einer Geldbuße die Rede ist. Vielmehr weicht die ganze Konstruktion von dem Zurechnungsmodell bei natürlichen Personen ab. Die überindividuelle Einheit – in der Doktrin auch als „Verband“ bezeichnet – tritt in § 30 OWiG nicht unmittelbar als Täterin oder sonstige Beteiligte auf.

Wohlgemerkt: In das Bußgeldverfahren ist sie als Verfahrensbeteiligte einzubeziehen (§ 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 444 Abs. 1 StPO, § 88 Abs. 1 OWiG); hier geht es aber um den

Beteiligtenbegriff im Sinne des materiellen Rechts gemäß § 14 OWiG.

Das deutsche Recht weicht insoweit charakteristisch ab von dem Modell des europäischen Kartellbußgeldrechts in Art. 23 der KartellverfahrensVO (EG) 1/2003 und in Art. 14 der EG-FusionskontrollVO 139/2004. Dort wird das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung als handelndes Subjekt des zu ahndenden Kartellrechtsverstoßes vorausgesetzt, das sogar als solches vorsätzlich oder fahrlässig soll handeln können. Dagegen ist die juristische Person oder Personenvereinigung im deutschen Bußgeldrecht zwar Sanktionsadressatin, nicht aber als solche Beteiligte der Anknüpfungstat. Das beruht auf der bis heute in der deutschen Gesetzgebung wirkungsmächtigen Anerkennung des hergebrachten Satzes „societas delinquere non potest“, dem zufolge überindividuelle Einheiten als solche handlungs- und schuldunfähig sein sollen. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ ist der Gesetzgeber des OWiG 1968 davon ausgegangen, dass die juristische Person oder Personenvereinigung – ich zitiere den Regierungsentwurf – „einer Tat im natürlichen Sinne nicht fähig“ sei; ihr könne nur „die Tat eines ihrer Organe als Grundlage für eine Rechtsfolge zugerechnet werden.“¹⁶ Darauf geht die Konstruktion des § 30 OWiG zurück, dass die Geldbuße gegen den Verband als Rechtsfolge einer betriebsbezogenen Anknüpfungsstraftat oder -ordnungswidrigkeit festgesetzt wird, die von einer für dessen Betriebs- oder Unternehmensleitung verantwortlich handelnden natürlichen Person begangen worden ist. Gegen diese natürliche Person kann zugleich eine ahndende Sanktion (Strafe oder Geldbuße) verhängt werden, muss dies aber nicht (§ 30 Abs. 4 OWiG). Was bedeutet nun die Festsetzung dieser Geldbuße gegen die überindividuelle Einheit? Ist es ebenfalls Ahndung oder etwas anderes?

Die theoretischen Grundlagen des § 30 OWiG sind in der Dogmatik des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts und Strafrechts umstritten.¹⁷ Wir brauchen uns jedoch auf die Einzelheiten dieser Diskussion hier nicht einzulassen. Denn was immer diskutiert wird – Zurechnungsmodelle, das Modell des Vorverschuldens oder Organisationsverschuldens o.Ä. –, stets ist doch der im weiteren Sinne strafrechtliche Ansatz unstrittig. Nur das entspricht auch dem geltenden Recht: Gegen die juristische Person oder Personenvereinigung kann nach § 30 Abs. 1 oder Abs. 4 OWiG eine Geldbuße festgesetzt werden; deren Funktion bestimmt aber § 1 Abs. 1 OWiG generell, für den gesamten Geltungsbereich des Gesetzes, als Mittel der Ahndung. Indem der Gesetzgeber des Ordnungswidrigkeitengesetzes in dessen § 30 für den Verband als solchen eine Geldbuße anordnet, macht er ihn selbst mithin zum Adressaten einer Ahndung.

Damit ist aber zugleich klargestellt: Dem § 30 OWiG liegt nicht der Gedanke der Haftung für fremdes Verhalten

¹³ *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 125.

¹⁴ So etwa *Rebmann/Roth/Herrmann* (Fn. 11), Vor § 1 Rn. 13; *Gürtler* (Fn. 11), Vor § 1 Rn. 9; jeweils m.w.N.

¹⁵ BVerfGE 20, 323 (336).

¹⁶ Vgl. BT-Drs. V/1269, S. 61 re. Sp.

¹⁷ Vgl. nur *Rogall*, in: *Senge* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl. 2006, § 30 Rn. 1 ff. m.w.N.

zugrunde. Die Norm statuiert vielmehr eine eigene strafrechtliche oder bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit des Verbandes, die sich in dem tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhalten seiner Leitungspersonen verwirklicht. Dieses Verhalten soll nach dem Gesetz in jedem Falle – auch bei Anknüpfung an eine Straftat – durch eine Geldbuße gegen den Verband geahndet werden, die nach dessen eigenen wirtschaftlichen Verhältnissen zu bemessen ist und in die nach der ausdrücklichen Anordnung in § 30 Abs. 3 OWiG kraft Verweisung auf dessen § 17 Abs. 4 der aus der Straftat oder Ordnungswidrigkeit gezogene wirtschaftliche Vorteil einberechnet werden soll.

V. Haftung für Aufsichtspflichtverletzung?

Eine gesonderte Betrachtung verdient in unserem Zusammenhang die Verletzung der Aufsichtspflicht, die in § 130 OWiG ihre Regelung gefunden hat. Denn deren Bedeutung wird im Zusammenhang mit der Verbandsgeldbuße allenthalben besonders hervorgehoben. Schon der Regierungsentwurf des OWiG 1968 betont, gerade in den Fällen der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben oder Unternehmen bestehe ein Bedürfnis dafür, auch gegen die juristische Person oder Personenvereinigung eine Geldbuße festsetzen zu können.¹⁸ Im gleichen Sinne hat das Bundeskartellamt im Falle „Preisetiketten“ von 1999 ausgeführt, eine Aufsichtspflichtverletzung i.S.v. § 130 OWiG sei „die praktisch wichtigste Bezugsstat des § 30 OWiG“.¹⁹ Ja, der 2. *Zivilsenat* des BGH hat noch eins draufgesetzt und schlicht formuliert, der „Sinn des § 130 OWiG“ sei überhaupt „die Erstreckung der Sanktionsmöglichkeit auf den Unternehmensträger“.²⁰ Handelt es sich hier vielleicht um eine Form der Haftung – eine Haftung, wie man heute sagen würde, für eine mangelhafte Compliance-Organisation?

An dem Ganzen ist sicher eines richtig: Dem Gedanken der Aufsichtspflichtverletzung kommt im Kontext der Unternehmensverantwortlichkeit eine zentrale Bedeutung zu. Während aber eine Reihe von europäischen Rechtsordnungen diese unmittelbar an ein Organisationsverschulden knüpfen, geht das deutsche Recht umgekehrt vor und verleiht über § 130 i.V.m. § 9 OWiG der schuldhaften Verletzung der Aufsichts- und der darin steckenden Organisationspflicht Bedeutung nicht unmittelbar auf der Ebene des Unternehmens oder Unternehmensträgers, sondern auf derjenigen der für den Unternehmensinhaber handelnden Organe, Vertreter und Beauftragten.²¹ Konstruktiv geschieht das indes nicht mittels einer direkten Anknüpfung an gesellschaftsrechtliche Pflichten, sondern auf dem Wege über einen eigenen Bußgeldtatbestand einer Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Un-

ternehmen in § 130 OWiG.²² An diese evident betriebsbezogene Ordnungswidrigkeit einer Leitungsperson knüpft § 30 OWiG dann wieder die Rechtsfolge einer Geldbuße gegen den Unternehmensträger als solchen. Auch insoweit bleibt es also bei dem strikt bußgeldrechtlichen Ansatz sowohl für die Anknüpfungstat als auch für die Verbandsgeldbuße, und damit bei dem Modell der Ahndung statt der Haftung.

VI. Ein Blick ins Europarecht

Ein kurzer Seitenblick soll dem Europarecht gelten. Die Geldbuße für Verstöße gegen die in Art. 101 und 102 AEUV genannten kartellrechtlichen Verbote hat eine primärrechtliche Grundlage in Art. 103 AEUV. Danach bezweckt die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern, die Beachtung dieser Verbote zu gewährleisten. Aus der Entgegensetzung dieser beiden Reaktionsmittel lässt sich zugleich auf den Charakter der Geldbuße schließen. Anders als das allein zukunftsgerichtete Zwangsgeld setzt die Geldbuße auch im Europarecht retrospektiv an: Sie dient nach allgemeiner Ansicht und Praxis wie die Geldbuße nach deutschem Recht der Ahndung des geschehenen Verstoßes und verfolgt wie diese zugleich präventive Ziele.²³ Zwar sollen die Entscheidungen über die Festsetzung bzw. Verhängung von Geldbußen nach Art. 23 Abs. 1 und 2 VO 1/2003 gemäß dessen Abs. 5 „keinen strafrechtlichen Charakter“ haben. Doch wird das zumindest weit überwiegend als bloße salvatorische Klausel im Hinblick auf die Frage der Kompetenz der EU zur Setzung von Kriminalstrafrecht verstanden und den EG-Geldbußen die gleiche Rechtsnatur wie den Geldbußen nach deutschem Recht zugeschrieben. Es geht hier gleichermaßen um die Ahndung eines Rechtsverstoßes durch Festsetzung einer tadelnden, an einen persönlich verantwortlichen Adressaten gerichteten Reaktion. Wenn dem aber so ist, dann ist der scheinbar neutrale, rein technisch daher kommende Begriff der Haftung hier genauso fehl am Platze wie im deutschen Recht.

VII. Kann es eine strafrechtliche Unternehmenshaftung geben?

Nach allem bisher Zusammengetragenen scheint es mir eindeutig: Auch die Redeweise von der „strafrechtlichen Unternehmenshaftung“ zwingt Komponenten zusammen, die nicht zueinander passen.

¹⁸ BT-Drs. V/1269, S. 60 re. Sp.

¹⁹ Bundeskartellamt, WuW 1999, 385 (388).

²⁰ BGHZ 125, 366 (374).

²¹ Vgl. zu diesem Zusammenhang nur *Tiedemann*, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 563 (S. 570).

²² Vertiefend *Achenbach*, in: Böse (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 367 (S. 370 ff., 375 f.).

²³ Vgl. dazu, jeweils m.w.N., etwa *Dannecker/Biermann* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Bd. 1/2, 4. Aufl. 2007, Vorbem. zu Art. 23 ff. VO 1/2003 Rn. 22 ff., 28; *Kindhäuser*, in: Jaeger u.a. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 75. Lfg., Stand: Oktober 2011, Art. 81 EGV Bußgeldrechtliche Folgen Rn. 111 ff., 117; *Stadler*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, Art. 83 EG Rn. 20.

Wenn es einen Sinn haben soll, von dem Modell der bloßen, im ersten Anlauf durch eine Verwaltungsbehörde festsetzbaren Geldbuße gegen einen Unternehmensträger auf eine vom Strafrichter zu verhängende Unternehmensgeldstrafe überzugehen, so kann dieser nur darin gefunden werden, das spezifisch kriminalstrafrechtliche Moment des „sozial-ethischen“ diskriminierenden und image-schädlichen Vorwurfs auf überindividuelle Einheiten zu erstrecken. Auch diese sollen einem ehrenrührigen autoritativen Unwerturteil der Rechtsgemeinschaft ausgesetzt sein. Es ist ja nicht so, dass die Strafjustiz mit ihren Mitteln eine stärkere vermögensrechtliche Bindung der Sanktionsadressaten bewirken könnte. Die Verwaltungsbehörde kann – von der inzwischen erreichten Höhe der Geldbußen besonders in Kartellbußgeldsachen ganz abgesehen – die Begleichung der rechtskräftig gewordenen Geldschuld mindestens genauso effizient durchsetzen wie die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde. Es geht bei diesem Reformprojekt vielmehr gerade um die Ausweitung und Intensivierung der Elemente, die wir als charakteristisch für das Rechtsfolgemodell der Ahndung erkannt haben: um Vorwurf, Tadel und Stigma. Dann soll man aber auch das zivilrechtliche Reden von einer „Haftung“ bleiben lassen. Sie erfasst gerade nicht das Wesentliche an der Unternehmensstrafe, sondern wirkt einlullend und verschleiern den Blick auf das, was eigentlich geschehen soll, wenn das Gesetz von der Geldbuße auf eine Geldstrafe für Unternehmen übergeht.

Das gilt im Übrigen vollends dann, wenn bei Schaffung eines Unternehmensstrafrechts auch Rechtsfolgen in die Hand des Strafrichters gelegt werden, die bisher als allein wirtschaftsverwaltungsrechtliche Instrumente in den Werkzeugkasten der zuständigen Verwaltungsbehörden gehören, namentlich die Aufsicht über potentiell sozial- oder umweltschädliche Betriebe und ihre Schließung. Ein solcher Reformschritt erscheint mir nicht begründbar, wenn man damit nicht zugleich eine qualitative Verschärfung der gesellschaftlichen und rechtlichen Wertung in Richtung eines damit verbundenen ethischen Vorwurfs verbindet. Sonst sollten wir lieber darüber nachdenken, wie man in dem bisherigen außerstrafrechtlichen Normzusammenhang zu wirksameren Maßnahmen gelangen kann.

Die Redeweise von der „strafrechtlichen Unternehmenshaftung“ verzeichnet diese Verhältnisse grundlegend. Sie sollte deshalb aufgegeben werden.

VIII. Fazit

Knapp auf den Punkt gebracht gehören Haftung und Ahndung verschiedenen Welten an. Beide vermitteln einen Zugriff auf das Vermögen. Nur das Phänomen der Ahndung bringt aber die zusätzliche Dimension von Stigma, Tadel, Vorwurf und persönlicher Verantwortlichkeit in die Beurteilung mit ein. Beide Rechtsfolgemodelle sind mithin disparater Natur. Ihrer Vertauschung in den Wendungen von einer bußgeldrechtlichen oder strafrechtlichen Haftung statt einer Ahndung oder wenigstens einer Verantwortlichkeit von Unternehmen oder Unternehmensträgern ist entschieden zu widersprechen.

Ich bringe dieses Plädoyer *Imme Roxin* in Bewunderung und Verehrung als Geburtstagsgeschenk dar. Ich bin nicht nur mit ihr als der Gattin meines akademischen Lehrers *Claus Roxin* seit langen Jahren bekannt, sondern stehe mit ihr auch in einem sich intensivierenden Gedankenaustausch über das uns in jeweils unterschiedlicher Akzentuierung gemeinsame Arbeitsgebiet des Wirtschaftsstrafrechts. Ihr reger Geist, ihre Organisationsgabe und die Fähigkeit, interessante und fachlich hoch kompetente Menschen als Mitarbeiter zu gewinnen, ihre Beweglichkeit und Aktivität weit über gewöhnliche Altersgrenzen hinaus faszinieren mich. Möge Ihnen, hoch verehrte, liebe Frau *Roxin*, dies alles in Gesundheit und Frische noch lange erhalten bleiben!

Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand

Von Professor Dr. Dr. h.c. mult. **Bernd Schünemann**, München

I. Die Haltlosigkeit der radikalen Tatbestandsschelte

1. Nach dem Wortlaut des Gesetzes und dem Willen des historischen Gesetzgebers besteht das im Untreuetatbestand des § 266 StGB vertypete Unrecht in der vorsätzlichen Schädigung eines fremden Vermögens, das dem Schädiger zur Obhut und Pflege anvertraut ist¹; und Strafrecht ist hier nicht nur ultima, sondern geradezu sola ratio zum Rechtsgüterschutz², weil, „wer auf Unredlichkeit denkt, in der glücklichen Lage [ist], von Rechts wegen über fremdes Vermögen verfügen zu können; dieses Vermögen findet dann seinen Feind gerade in der Person, der es von Rechts wegen unterstellt ist, und gegen diese bedarf sein Inhaber energischen Schutzes [...]. Ihr spezifisches Mittel, fremdes Vermögen zu schädigen, ist der Missbrauch der Machtvollkommenheit, die ihnen das Gesetz mittelbar oder unmittelbar im Interesse des nachher Benachteiligten einräumt.“³ Da das Vermögen ein unbestritten strafrechtlich schutzwürdiges Rechtsgut darstellt und die für die Schutzbedürftigkeit relevanten Selbstschutzmöglichkeiten seines Trägers in der entwickelten Industriegesellschaft mit ihrem Auseinanderfallen von Eigentumszuständigkeit und Management⁴ bei der Untreue sogar geringer

sind als beispielsweise beim Betrug,⁵ kann die herausragende kriminalpolitische Bedeutung des § 266 StGB als konzeptionelles Zentraldelikt des modernen Wirtschaftsstrafrechts schwerlich bestritten werden. Umso überraschender wirkt für den unbefangenen Leser die im aktuellen Schrifttum verbreitete Tatbestandsschelte, wenn § 266 StGB beispielsweise in den Augen *P.-A. Albrechts* eine „Ruine des Rechtsstaats“⁶ bildet bzw. laut *Perron* ein „breites Bett [...] und eine Gans, die für Wissenschaft und Strafverteidiger goldene Eier beschert“⁷, laut *Beulke, Eisenberg und Dierlamm* wegen seiner „Anwendungshypertrophie“⁸ und „völligen Konturenlosigkeit“⁹ „immer passt“¹⁰, für *Hamm* „wegen seiner Konturen- und Uferlosigkeit gefährlich nahe an die Unbestimmtheit einer Generalklausel heranreicht“¹¹ bzw. laut *Lüderssen* sogar ein „Beispiel für die Ausreizung generalklauselartiger Straftatbestände“ bildet¹². Auch für *Seier* handelt es sich um eine „Norm von kaum zu überbietender Vagheit und Konturenlosigkeit“ mit einer „vielfach nicht nachvollziehbaren, ja fast willkürlich anmutenden Anwendungspraxis“¹³, und *Lesch* und *Matt* glauben eine Tendenz diagnostiziert zu haben, jeden als „unangemessen“ empfundenen Umgang mit Geld und Vermögen durch einen Übergriff der Moral auf den Bereich des Strafrechts in den Bereich des Untreuetatbestandes zu rücken.¹⁴ Dabei liegt es auf der Hand, dass es sich bei diesen Heftigkeiten zumindest um enorme Übertreibungen handelt. Was die zunehmende Häufigkeit von Strafverfahren wegen Untreue anbetrifft, so beruht die zitierte Schelte auf einer Verwechslung von Ursache und Wirkung. Denn die nicht zu leugnende Unsicherheit der Rechtsprechung bei der Bestimmung von Grund und Grenzen des Untreueunrechts läuft (trotz einiger sowohl dogmatisch als auch kriminalpolitisch

¹ Denn durch die Alternative des „Treueverhältnisses“ sollte die schon vom RG in methodisch bedenklicher Weise praktizierte rein tatsächliche (strafrechtliche) Treubruchtheorie auf eine einwandfreie Basis gestellt werden, s. *Schwinge/Siebert*, Das neue Untreuestrafrecht, 1933, S. 12, 18, und zur Beschwichtigung der dagegen zunächst auftretenden rechtsstaatlichen Bedenken durch Einbettung in die allgemeine Theorie der Obhuts-Garantenstellungen *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012 (erscheint Juni 2012), § 266 Rn. 29 ff., 58 ff.

² *Schünemann* (Fn. 1), § 266 Rn. 1.

³ So die klassischen Worte *Bindings*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Bd. 1, 2. Aufl. 1902, S. 397, zur Begründung der sog. Missbrauchstheorie, welche aber nach der Lösung vom juristischen Vermögensbegriff für den Strafgrund der Untreue allgemein in Anspruch genommen werden können; zum seit 1933 obsoleten Streit zwischen Missbrauchs- und Treubruchtheorie *Schünemann* (Fn. 1), § 266 Rn. 6 ff.

⁴ Modellhaft ausgeprägt in der Aktiengesellschaft mit ihrer Trennung von Anteilseignerstellung und Vermögensverwaltung (dazu *Lutter*, ZIP 2003, 737; *Adams*, AG 1990, 63 [76] zum „Managerkartell“ über das Depotstimmrecht der Großbanken). Wenn dieser von mir (*Schünemann*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* [Hrsg.], *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 1) für die strafrechtliche Legitimität des § 266 StGB angeführte Gesichtspunkt von *Theile*, *wistra* 2010, 457 (458) zu einem „eminenten Strafbarkeitsrisiko für die Leitungsebene eines Unternehmens“ stilisiert wird, so spiegelt das die sogleich im Text anzusprechende Kehrtwendung des neueren Untreueschrifttums von der Rechtsgüter- zur Täterschutzperspektive wider.

⁵ Wo die den Selbstschutz des Opfers thematisierende Viktimodogmatik ein reiches (wenn auch umstrittenes) Anwendungsfeld gefunden hat, s. *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 15 ff.; *Schünemann*, in: *v. Hirsch/Seelmann/Wohlers* (Hrsg.), *Mediating Principles*, 2006, S. 18 (S. 30 ff.); *ders.*, *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, S. 51 ff.

⁶ *Albrecht*, in: *Michalke* (Hrsg.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24.12.2008*, 2008, S. 1 (S. 7).

⁷ *Perron*, GA 2009, 219 (220).

⁸ *Beulke*, in: *Müller/Sander/Válková* (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 245 (S. 266); *Bernsmann*, GA 2009, 296.

⁹ *Dierlamm*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2006, § 266 Rn. 6.

¹⁰ So ironisch *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634; ähnlich *Bernsmann*, GA 2007, 219: „Alles Untreue?“.

¹¹ *Hamm*, NJW 2005, 1993.

¹² *Lüderssen*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers*, 2009, S. 22.

¹³ *Seier*, in: *Bernsmann/Ulsenheimer* (Hrsg.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, Geilen-Symposium 2001, 2003, S. 145.

¹⁴ *Lesch*, ZRP 2002, 159 (161); *Matt*, NJW 2005, 385 (389 f.).

verfehlter Überdehnungen beim Schadensbegriff, etwa bei den *schwarzen Kassen*¹⁵) insgesamt auf eine (mit der Schadenshöhe und Hierarchieebene zunehmend) restriktive Subsumtion hinaus, weshalb es falsch ist, wenn man von einer „Mode“ bei der Heranziehung des Untreuetatbestandes spricht, die eher durch eine „Mode“ ungetreuen Verhaltens seitens der fremdes Vermögen verwaltenden Akteure der

¹⁵ Während das RG die Einrichtung schwarzer Kassen nur im Rahmen der Amtsuntreue als schadensgleiche Vermögensgefährdung qualifiziert hat und auch in der Rechtsprechung des BGH vor 2006 nur vereinzelt und in unklarer Weise eine mögliche Ausdehnung in den Bereich der privaten Vermögensverwaltung erwogen worden ist (BGH wistra 1992, 266; BGH NSTZ 2000, 206; zum geringen Aussagewert dieser Entscheidungen und der Rspr. allg. *Schünemann*, StraFo 2010, 1), hat der 2. Strafsenat im Dreierschritt der Kanther- (BGHSt 51, 100 [114]), Siemens- (BGHSt 52, 323) und Kölner Müll-Entscheidung (BGHSt 55, 266) zunächst die Einrichtung und Führung schwarzer Kassen durch Verantwortliche einer politischen Partei wegen der „konkreten, nur noch im Belieben der Täter stehenden *Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlusts*“ (sic!) als Vermögensnachteil qualifiziert (BGHSt 51, 100 [113 Rn. 43]), ist sodann, ob dieser Kennzeichnung ungerührt, bei der „Einrichtung einer verdeckten Kasse“ (in concreto ging es um die Fortführung einer schon bestehenden!) „durch leitende Angestellte“ auf die Behauptung eines „endgültigen Schadens“ eingeschwenkt (BGHSt 52, 323 [336]), weil „die Bestimmung über die Verwendung des eigenen Vermögens dem Vermögensinhaber obliegt, im Fall einer Kapitalgesellschaft dessen [sic!] zuständigen Organen“, um schließlich für eine vom alleinvertretungsberechtigten GmbH-Geschäftsführer geführte, nur von ihm kontrollierte schwarze Kasse dasselbe zu erklären (BGHSt 55, 266 [282 f.]). Während die Ausdehnung der Rechtsprechung zu schwarzen Kassen als Amtsuntreue auf die „Parteienuntreue“ durch die Kanther-Entscheidung im Schrifttum teilweise gebilligt wurde (zur immerhin plausiblen Übertragung der strengen Rspr. zur Amtsuntreue durch Einrichtung schwarzer Kassen auf das öffentlichen Zwecken dienende Vermögen politischer Parteien vgl. *Schünemann*, NSTZ 2008, 430 [433]), ist die Siemens-Entscheidung weit überwiegend abgelehnt worden (vgl. nur *Rönnau*, StV 2009, 246; *Satzger*, NSTZ 2009, 297; *Schünemann*, StraFo 2010, 1), was für die Kölner Müll-Entscheidung erst recht gilt (*Schünemann*, StraFo 2010, 477 [482]; *Saliger*, in: Heinrich u.a. [Hrsg.], Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 2, 2011, S. 1053). In der Tat ist die Rechtsprechung des 2. Strafsenats dogmatisch nicht haltbar, weil sie den behaupteten *Endschaden* unter Missachtung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs allein aus der temporären Uninvolviertheit der aktienrechtlichen Organe ableiten will (was im Siemens-Urteil bei einem Weltkonzern mit 60 bis 70 Milliarden Euro Umsatz und damals nur vier Vorstandsmitgliedern ohnehin eine rein formale Position bedeutete und im 2. Kölner Müll-Urteil einen Selbstwiderspruch) und damit auf den seit langem obsoleten juristischen Vermögensbegriff zurückfällt.

zeitgenössischen Volkswirtschaft herausgefordert und von der Praxis der Strafrechtspflege nicht einmal in der vom Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO) eigentlich erzwungenen Intensität wahrgenommen wird.¹⁶ Und die dogmatische Schelte verkennt, dass (1) das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils ja auch beim Betrug und zahlreichen anderen seit dem RStGB von 1871 unangefochtenen Tatbeständen benutzt wird, (2) das strafbarkeitseinschränkend wirkende Tätermerkmal der Obhutsherrschaft über fremdes Vermögen, das die Untreue als Garantensonderdelikt charakterisiert,¹⁷ nur ein Sonderfall der bei § 13 StGB anerkannten Garantensstellung der Übernahme (einer Obhutsfunktion über die Hilflosigkeit des Rechtsguts)¹⁸ ist und (3) überdies in den die

¹⁶ Paradigmatisch die zögerliche Verfolgung der (ohne staatliche Sanierung unvermeidbaren) Existenzvernichtung zahlreicher großer deutscher Banken seitens ihrer Vorstände durch den grob pflichtwidrigen Erwerb von (durch weitgehend wertlose amerikanische subprime mortgages nahezu ungesicherten) Wertpapieren in zweistelliger Milliardenhöhe (notabene pro Bank, näher *Kasiske*, in: *Schünemann* [Hrsg.], Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, 2010, S. 13; *Schünemann*, in: *Schünemann* [a.a.O.], S. 74; *Schröder*, NJW 2010, 1169; *ders.*, ZStW 123 [2011], 771), die selbst im krassesten Fall der IKB nur zu einer Anklage und (milden) Verurteilung des IKB-Vorstandsvorsitzenden Ortseifen wegen Kursmanipulation geführt hat (LG Düsseldorf, Urt. v. 14.7.2010 – 14 KLS 6/09), während der zentrale Untreuevorwurf von der StA Düsseldorf ohne Durchführung von umfassenden Ermittlungen am 30.6.2009 unter Verneinung des Vorsatzes eingestellt wurde. Instruktive Beispiele bieten auch die Großzügigkeit der „Kinowelt-Entscheidung“ (BGH NJW 2006, 453 [454 f.] und dazu *Schünemann*, NSTZ 2006, 196 [198], wie wohlwollend der 1. Strafsenat in dieser Entscheidung eine schon nicht mehr nur hochspekulative, sondern frivole Investition noch in den Rahmen des tolerierbaren unternehmerischen Risikos eingeordnet hatte) und der Verfahrensablauf im Fall „Bremer Vulkan“: 1996 ging der Bremer Vulkan in Konkurs; im Dezember 2001 wurde u.a. dessen früherer Vorstandsvorsitzender Hennemann nach 106 Verhandlungstagen wegen Untreue mit einem Schadensvolumen von 850 Mio. DM zu einer Bewährungsstrafe von zwei Jahren verurteilt, was am 13.5.2004 von BGHSt 49, 147 sowohl im Schuldspruch zur Nachholung rechtlichen Gehörs wegen Umstellung der Begründung für die Treupflichtverletzung auf einen existenzgefährdenden Eingriff als auch auf Strafmaßrevision der StA im Strafausspruch wegen fehlender Festsetzung einer schuldangemessenen Strafe aufgehoben wurde, woraufhin das Verfahren fünfeinhalb Jahre lang nicht betrieben und im Januar 2010 eingestellt wurde, was unweigerlich die Frage einer Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen (§ 258a StGB) aufwirft.

¹⁷ Dazu näher *Schünemann* (Fn. 1), § 266 Rn. 29, 54; *ders.*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 2007, § 25 Rn. 42 ff.

¹⁸ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 17 ff., 33 ff., 53 ff.; *Schünemann*, Grund und Grenzen der

moderne Diskussion beherrschenden Fällen fast ausschließlich in Form der Organuntreue in Erscheinung tritt, bei der die Täterqualifikation keinerlei Probleme bereitet¹⁹ und bei der (4) auch noch niemand anzugeben vermocht hat, warum es dem Organ nicht zumutbar sein soll, von einer vorsätzlichen Schädigung des ihm zur Pflege anvertrauten Vermögens Abstand zu nehmen – weshalb (5) ein so profunder Kenner wie *Rönnau* in einer rechtsvergleichenden Analyse keine vernünftige Alternative zu § 266 StGB zu finden vermochte.²⁰ Nun neigt man ja (nicht nur) in der Rechtswissenschaft dazu, Behauptungen Glauben zu schenken, wenn sie nur oft genug von verschiedenen Personen aufgestellt werden – auf diese Weise entstehen bekanntlich herrschende Meinungen, die durch die Bedingungen der juristischen Klausurenexamina das Bewusstsein des Nachwuchses prägen und darüber, ähnlich wie religiöse Dogmen, in den nicht mehr hinterfragten Glaubensschatz des „Rechtsstabes“ eingehen.²¹ Für die Untreuedogmatik drohen sich diese Mechanismen deshalb höchst einseitig auszuwirken, weil die in den letzten Jahren dazu überbordende Literatur zum großen Teil von Strafverteidigern verfasst und zum noch größeren Teil von deren Perspektive geprägt ist, die wiederum wegen der Fürsorgepflicht des Verteidigers auf die Verfechtung der für den Beschuldigten günstigsten vertretbaren Rechtsansicht²² festge-

unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 341 ff.; *ders.*, in: Böse (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 303.

¹⁹ Weshalb die ungerührte Weiterverwendung der früher dominierenden Bedenken, dass § 266 StGB seinem Wortlaut nach auch die Handlungen von Botenjungen oder Kellnern zu kriminalisieren und damit buchstäblich mit Kanonen auf Spatzen zu schießen schien (typisch dafür *Mayers Dictum*: „Sofern nicht einer der klassischen alten Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und keine Anklagebehörde, ob § 266 vorliegt oder nicht“, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, S. 337; etwa zit. bei *Saliger*, ZStW 111 [2000], 563; *Günther*, in: Heinrich u.a. [Hrsg.], Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 311 [S. 312]), heute neben der Sache liegt.

²⁰ *Rönnau*, ZStW 122 (2010), 299 (323 f.).

²¹ Das monströseste Beispiel in der abendländischen Kultur bildet die Identifikation des philiströsen Stratforder Geschäftsmannes *William Shaksper* mit dem Literaturgenie *Edward de Vere*, 17. Earl of Oxford, als Verfasser der unter dem Pseudonym *William Shake(-)Speare* publizierten Werke, dazu aus der immensen einschlägigen Literatur nur *Kreiler*, Der Mann, der Shakespeare erfand, 2009; *Robert Sean Brazil*, Edward der Vere and the Shakespeare Printers, Seattle 2010; *Richard Paul Roe*, The Shakespeare Guide to Italy, New York 2011; *Katherine Chiljan*, Shakespeare suppressed, San Francisco 2011.

²² Diese Konsequenz wird eigenartiger Weise selten diskutiert (vgl. die Andeutungen bei *Wohlens*, in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 4. Aufl. 2010, vor § 137 Rn.116), ist in meinen Augen aber zwingend.

legt ist, der ein Verteidiger dann auch als wissenschaftlicher Autor schlecht untreu werden kann, so dass seine Rechtsmeinungen einem ähnlichen Inertia-Effekt Tribut zollen wie die von der Polizeiperspektive geprägten Tatsachenfeststellungen des Richters²³ – das anzusprechen scheint mir ein Beitrag zu Ehren von *Imme Roxin*, die ich vor 45 Jahren im Göttinger Ebelhof als kluge Mentorin des wissenschaftlichen Werkes ihres Gatten *Claus Roxin* kennen lernen durfte²⁴ und die, in ihrem bewunderten jugendlichen Schwung den Zeiten trotzend, heute mit „ROXIN Rechtsanwälte“ geradezu eine Marke für wissenschaftlich fundierte Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen verkörpert, nicht nur der berufenste Ort, sondern auch derjenige mit der größten (sei es zustimmenden, sei es kritischen) Resonanz zu sein.

2. Das Schlagwort der angeblichen „Uferlosigkeit“ des Untreuetatbestandes ist deshalb – als unvertretbare Übertreibung – selbst in Verteidigerplädoyers fehl am Platz (wenngleich rechtlich folgenlos)²⁵ und sollte besser geduldiger Arbeit an einer restriktiven Revidierung des Schadensbegriffs Platz machen, dessen von § 263 StGB (!) ausgehende Überdehnung meiner Meinung nach das eigentliche Interpretationsproblem bei § 266 StGB bildet. Hier ist die Rechtsprechung von BGH und BVerfG in bemerkenswerter Weise vorangegangen, hat aber (verständlicherweise) noch keine klare und widerspruchsfreie Linie gefunden²⁶ und wird so

²³ Näher *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 1 Rn. 16, § 44 Rn. 78.

²⁴ Dazu eine Anekdote, die mir in lebhafter Erinnerung geblieben ist, weil sie den direkten, ohne rhetorische Schnörkel erfolgenden Problemzugriff der *Jubilarin* manifestiert, der auch ihre 2004 in 4. Aufl. (!) erschienene Monographie „Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege“ auszeichnet: In *Claus Roxins* großer Arbeit über „Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs“ (*Roxin*, ZStW 81 [1969], 613), stand im Entwurf die Metapher, bei den Beratungen habe „Liszts Geist befruchtend geweht“, was unter nochmaliger Sublimierung den Regen der Danaë evozierte, von der *Jubilarin* aber ironisch kommentiert und daraufhin getilgt wurde.

²⁵ So wohl *Wohlens* (Fn. 22), vor § 137 Rn. 116, der die Annahme von *Wolf*, Das System des Rechts der Strafverteidigung, 2000, S. 317 f., bei „abwegigen“ Rechtsansichten liege immerhin eine Standeswidrigkeit vor, abzulehnen scheint.

²⁶ Das BVerfG hat seine Grundsatzentscheidung BVerfGE 126, 170 über die Notwendigkeit einer realen Feststellbarkeit durch Bezifferbarkeit des Vermögensschadens im Beschl. v. 7.12.2011 = StraFo 2012, 27 fortgeführt, während der 2. Strafsenat des BGH in BGHSt 51, 100 für bestimmte Fälle des Gefährdungsschadens einen bedingten „Endschadensvorsatz“ verlangt, ausgerechnet bei loyal geführten schwarzen Kassen aber einen (rein normativ begründeten) Endschaden fingiert hat (BGHSt 52, 323; in BGHSt 55, 266 sogar für schwarze Kassen eines alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers). Weil BVerfGE 126, 170 (215 ff.) ausgerechnet die wirtschaftlich unhaltbare bloße Behauptung von BGHSt 52, 323 (336 f.), bei der schwarzen Kasse liege ein Endschaden vor, nicht beanstandet hat, hat es sich selbst

viele Einzelprobleme zu lösen haben, dass ein vom Umfang begrenzter Beitrag wie der vorliegende mit deren Behandlung überfordert wäre. Stattdessen möchte ich eine kompaktere Frage vollständig zu beantworten versuchen: Welche Rolle spielt die außerstrafrechtliche, zumeist zivilrechtliche Rechtsstellung und Rechtspflicht des Geschäftsbesorgers?²⁷

II. Wider die starre Zivilrechtsakzessorietät im Missbrauchstatbestand

Ich beginne, quasi als Aufgalopp, mit dem differentialdiagnostischen Abgrenzungsproblem zwischen Missbrauchs- und Treubruchtatbestand: Welche Alternative ist einschlägig, wenn der mit Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht ausgestattete Täter rechtsgeschäftlich handelt und hierdurch das Vermögen des Geschäftsherrn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise schädigt, seine Rechtsmacht aber „an sich“ auch im Außenverhältnis überschreitet, was der Geschäftsherr jedoch wegen des ihm zuzurechnenden Rechtsscheins oder wegen ihm treffender Beweislast nicht geltend machen kann? Obwohl die Antwort im Ergebnis gleichgültig zu sein scheint, ist sie bezeichnend für den extremen Akzessorietätsgrad, mit dem die h.L. den Straftatbestand nicht nur von der zivilrechtlichen Rechtslage, sondern sogar von deren zivilistischer Konstruktion abhängig machen will. Im Missbrauchstatbestand geht es zweifellos um „Rechtsbeziehungen, durch die einem Beteiligten ein *rechtliches Können* gewährt wird, das *über das rechtliche Dürfen* hinausgeht“²⁸. Mit der daraus entwickelten, unleugbar examensrepetitorhaft klingenden und heute in Rechtsprechung und Schrifttum fast unisono nachgesprochenen, aber bereits sinnverändernden Formel, der Täter halte sich im Rahmen des rechtlichen Könnens, überschreite aber die Grenzen des rechtlichen Dürfens,²⁹ kann man sich

widersprochen und damit den Keim der Beliebigkeit in seine Neuerung eingepflanzt (vgl. nur *Schünemann*, StraFo 2010, 477, [480 ff.] und bereits o. Fn. 15).

²⁷ So ganz zufrieden bin ich mit dieser von mir (*Schünemann* [Fn. 4], § 266 Rn. 126) vorgeschlagenen Bezeichnung für den potentiellen Untreuetäter nicht. Die gängige Bezeichnung als „Treupflichtiger“ verlegt den Akzent aber zu sehr auf die bloße, womöglich zivilrechtsakzessorisch verstandene Pflichtverletzung. Zu erwägen wäre als Pendant zum „Geschäftsherrn“ auch der „Geschäftsdienere“, vielleicht auch der „Geschäftsmittler“.

²⁸ BGHSt 5, 61 (63); BGH wistra 1988, 191; *Grünhut*, in: Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 5, 1929, S. 125; *Schwinge/Siebert* (Fn. 1), S. 27; *Siebert*, Zeitschrift für Staatswissenschaften 95 (1935), 633; anklingend schon RGSt 8, 575 (577); Beschl. der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität zur Empfehlung 3 der Unterkommission, Tagungsberichte Bd. XIII, S. 96, 100, 133; *Schünemann*, Tagungsberichte Bd. XIV, S. 261.

²⁹ So erstmals *Schwinge/Siebert* (Fn. 1), S. 27; BGHSt 5, 61 (63); 47, 293 (296); 50, 299 (313); 50, 331 (341 f.); BGH JR 1985, 28 (29) m. zust. Anm. *Otto*: „Der Täter überschreitet [...] das rechtliche Dürfen im Rahmen des rechtlichen Könnens“; BGH wistra 1988, 191; BGH wistra 2007, 259; BGH

für den Regelfall begnügen, sofern man sich der darin liegenden Vereinfachung bewusst bleibt. Denn sie ist dann und insoweit überspitzt, wenn man i.S.e. streng zivilrechtskonstruktions-akzessorischen Theorie eine speziell qua Rechtsgeschäftslehre wirksame Ausübung der eingeräumten Rechtsmacht verlangt, womit man aber gerade den schlimmsten Fall des Missbrauchs, nämlich den des (dem Geschäftsherrn unerkennbaren oder unbeweisbaren) bewussten Zusammenwirkens des Täters mit dem Geschäftsgegner zum Schaden des vertretenen Vermögens, außerhalb des Tatbestandes lassen und diesen so ad absurdum führen würde.³⁰ Die vom Gesetz gezogene Unterscheidungslinie zwischen Missbrauch und Treubruch betrifft die Form der vom Täter ausgeübten Obhutsherrschaft, während deren rechtswidrige Ausübung eine Frage der Rechtsgutsverletzung ist und damit aus dem (wirtschaftlichen bzw. integrierten)³¹ Vermögensbegriff abzuleiten ist, während eine starr zivilrechtskonstruktions-akzessorische Ausgestaltung der Missbrauchshandlung nur mit dem heute von niemandem mehr vertretenen juristischen Vermögensbegriff zu vereinbaren wäre. Unter „Missbrauch“ ist deshalb schlicht eine die Pflichten aus dem Innenverhältnis verletzende rechtsgeschäftliche Handlung zu verstehen,³² was bereits für § 266 StGB a.F. und in der Reformdiskussion vertreten

NSStZ 2007, 579 (580); *Esser*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltkommentar zum Strafgesetzbuch, § 266 Rn. 102; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 266 Rn. 24 ff., 30; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 18; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 123. Lfg., Stand: Juli 2010, § 266 Rn. 43; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 266 Rn. 82; *Dierlamm* (Fn. 9), § 266 Rn. 121; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 15.3.2012, § 266 Rn. 17; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 45 Rn. 19, freilich – im Widerspruch dazu – für eine Subsumtion jeglichen Unterlassens unter den „Missbrauch“ in § 45 Rn. 22; ebenso widersprüchlich *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 266 Rn. 6; s. ferner *Weber*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 22 Rn. 31; *Lampe*, GA 1987, 241 (247 f.); *Rönnau*, in: Hirsch/Wolter/Brauns (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, 2003, S. 46; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 33. Aufl. 2010, Rn. 753.

³⁰ So bereits *Arzt*, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 365 (S. 368 ff., 375 ff.).

³¹ Auf dessen Feinheiten, die hier ohnehin nicht thematisiert werden könnten, kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an.

³² Eingehend *Schünemann* (Fn. 4), § 266 Rn. 32 ff.; *ders.*, Organuntreue, 2004, S. 13 f.; i.E. zust. *Geffers*, Die Bedeutung des § 134 BGB für die Tathandlungen der Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch, 2004, S. 27 ff.

wurde³³ und durch die bloße Ausdehnung des § 266 StGB auf Realakte vermöge des Treubruchtatbestandes 1933 weder geändert werden sollte noch durfte, um nicht – entgegen der klaren Zielrichtung der Neufassung – unsinnige Strafbarkeitslücken aufzureißen. Denn wenn ein Vertreter seine Vertretungsmacht treuwidrig ausübt und dies dem Geschäftspartner entweder infolge von Kollusion bekannt oder bei Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennbar war, so wird der Vertretene zwar zivilrechtlich durch das Rechtsgeschäft entweder überhaupt nicht gebunden oder vermöge des Arglisteinwandes von der Bindung befreit.³⁴ In strafrechtlicher Hinsicht kann aber im Hinblick auf den nach außen hin bestehenden Anschein eines wirksamen Rechtsgeschäfts und die vom Vertretenen zu tragende Beweislast für die dem Geschäftspartner vorzuwerfende Kollusion oder Fahrlässigkeit³⁵ sehr wohl ein Vermögensnachteil in Gestalt eines wirtschaftlichen Vollverlusts zu bejahen sein. Wenn man auch in diesen Fällen mit der h.L. die zivilrechtliche Rechtswirksamkeit im Außenverhältnis zum Maßstab der strafrechtlichen Tatbestandserfüllung macht, reißt man eine von der kriminalpolitischen Schutzrichtung der Untreue her unsinnige Strafbarkeitslücke auf, die auch von dem nach h.L. als Ersatz eingreifenden Treubruchtatbestand nicht vollständig geschlossen werden könnte. Denn weil für die Täterschaft im Treubruchtatbestand gerade von der h.L. ein qualifiziertes Maß an Selbständigkeit und Entscheidungsfreiheit als Kriterium der Täterstellung gefordert wird,³⁶ lässt sich das pflichtwidrige Handeln eines Vertretungsberechtigten mit im Detail festgelegter Marschroute nach ihrem eigenen Standpunkt nicht darunter subsumieren (es sei denn, man würde dessen Interpretation wiederum in Richtung Missbrauchstatbestand ausweiten, womit die Einordnung in die erste oder zweite Alternative aber allmählich beliebig würde).³⁷ Gänzlich hilflos

steht die h.L. ferner der zivilrechtlich häufigen Konstellation gegenüber, dass die Reichweite der Außenvollmacht an die Reichweite der Befugnis im Innenverhältnis gebunden wird,³⁸ ein diese Grenzen sprengendes Rechtsgeschäft aber doch zur Verpflichtung des Geschäftsherrn führt, nämlich wenn die Grundsätze der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht³⁹ eingreifen, nach denen dieser für einen von ihm zu verantwortenden Rechtsschein haftet, den dieselben Vertreter der h.L. aber für den Missbrauchstatbestand nicht genügen lassen wollen.⁴⁰ Die Begründung von *Hoyer*,⁴¹ dass Duldungs- oder Anscheinsvollmacht „lediglich den Rechtsschein einer Vertretungsbefugnis“ begründeten, während der Täter „aufgrund einer gemäß § 169 BGB als fortbestehend fingierten Vollmacht infolge zivilrechtlicher Fiktion und strafrechtlicher Akzessorietät“ eine „(externe) Befugnis“ besitze, überzeugt schon deshalb nicht, weil die zivilrechtliche Rechtsfolge identisch ist und die Duldungs- und Anscheinsvollmachten nicht nur ebenso formal „durch Gesetz“ begründet sind, sondern ebenso auf einen vom Geschäftsherrn geschaffenen Rechtsschein zurückgehen. Auch das Argument *Saligers*, eine strafrechtsautonome Bestimmung des Schutzraums würde die Missbrauchsuntreue von ihrer „Befugnisorientierung“ lösen und zu einem allgemeinen Delikt gegen (gemeint ist: der) Schädigung fremden Vermögens entgrenzen,⁴² geht fehl, denn für die „Befugnisorientierung“ genügt es, dass sich das Verhalten des Täters als pflichtwidrige Wahrnehmung der ihm anvertrauten rechtsgeschäftlichen Kompetenz darstellt. Bereits das entspricht sowohl dem umgangssprachlichen

menen Rechtsgeschäfts den „Missbrauch der Vertretungsmacht“ bejaht, im gleichen Atemzuge den Missbrauchstatbestand wegen Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 138 BGB verneint und hieraus „unmittelbar“ folgen lässt, dass die Treubruchalternative erfüllt sei, was in Ermangelung einer anderen Verteidigungsmöglichkeit des Angeklagten vom Revisionsgericht selbst ausgesprochen werden könne (BGHSt 50, 299 [313 f.]); oder wenn der 3. *Strafsenat* im Mannesmann-Fall sogar offen gelassen hat, ob der Missbrauchs- oder der Treubruchtatbestand erfüllt sei (BGHSt 50, 331 [341 f.]).

³⁸ *Schilken*, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2012, vor § 164 ff. Rn. 33 ff.; *Schramm* (Fn. 34), § 164 Rn. 96 ff., 74 ff.

³⁹ *Schilken* (Fn. 38), § 167 Rn. 28 ff.; *Schramm* (Fn. 34), § 167 Rn. 46 ff.

⁴⁰ BGH wistra 1992, 66 (mit ins Auge springenden Problemen, aus der Nichterteilung einer Inkassovollmacht eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. Treubruchtatbestandes heraus zu destillieren!); *Beukelmann*, in: Dölling/Dutge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 266 StGB Rn. 21; *Dierlamm* (Fn. 9), § 266 Rn. 24; *Kindhäuser* (Fn. 29), § 266 Rn. 88 f.; *Perron* (Fn. 29), § 266 Rn. 4; *Saliger* (Fn. 36), § 266 Rn. 20; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, 5. Teil 2. Kap. Rn. 45 f.; *Wittig* (Fn. 29), § 266 Rn. 9.

⁴¹ Vgl. *Hoyer* (Fn. 29), § 266 Rn. 80.

⁴² *Saliger* (Fn. 36), § 266 Rn. 21.

³³ Im Prot. der Strafrechtskommission über die 269. Sitzung v. 19.8.1913 heißt es zur 2. Lesung des § 340 E (S. 17 b): „Im Gegensatz zu der Ansicht eines Mitglieds sprach sich die überwiegende Mehrheit der Kommission dahin aus, dass ein Missbrauch der Verfügungsbefugnis nicht nur in solchen Fällen angenommen werden könne, wo der Täter sich in den formellen Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten, sondern auch dann, wenn er diese Grenzen überschritten habe“.

³⁴ Vgl. BGHZ 50, 112 (114); 113, 315; BGH WM 1966, 491; BGH NJW 1989, 26; BAG NJW 1997, 1940; *Schramm*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 164 Rn. 107 ff.

³⁵ *Schramm* (Fn. 34), § 164 Rn. 110; *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 71. Aufl. 2012, § 164 Rn. 13 f.

³⁶ BGHSt 3, 289 (294); 13, 315 (317 ff.); *Perron* (Fn. 29), § 266 Rn. 24; *Dierlamm* (Fn. 9), § 266 Rn. 42 und *Saliger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 266 Rn. 10, die diese Voraussetzung sogar auf den Missbrauchstatbestand ausdehnen wollen. Näher dazu *Schünemann* (Fn. 1), § 266 Rn. 82 ff.

³⁷ So wird es mittlerweile auch wohl vom BGH behandelt, etwa wenn der 5. *Strafsenat* im ersten Urteil zum „Kölner Müllskandal“ im Falle einer Sittenwidrigkeit des vorgenom-

Verständnis des Handlungsmerkmals „missbrauchen“ als auch dessen zivilrechtlicher Verwendung, von der sich ausrechnet die zivilrechtskonstruktions-akzessorische h.L. abwenden will.⁴³ Für eine teleologische Gesetzesauslegung sollte es deshalb selbstverständlich sein, dass der Fehlgebrauch (= Missbrauch) im Hinblick auf das Vermögen als geschütztem Rechtsgut beurteilt werden muss, und das bedeutet: Wenn sich das Verhalten des Täters als eine spezifische Wahrnehmung der ihm anvertrauten rechtsgeschäftlichen Kompetenz darstellt und durch deren treuwidrigen Gebrauch zu einem Vermögensschaden führt, so muss das völlig unabhängig davon ein „Missbrauch“ sein, ob sich daraus die den Geschäftsherrn schädigenden zivilrechtlichen Rechtswirkungen aufgrund der Rechtsgeschäftslehre, aufgrund von Vertrauenstatbeständen oder aufgrund von Verwirkungstatbeständen ergeben oder ob schließlich eine aufgrund von Beweislastnormen o.ä. zivilrechtlich nachteilige Gesamtsituation eintritt, die in strafrechtlicher Hinsicht bereits als ein gegenwärtiger Vermögensnachteil qualifiziert werden muss.

III. Asymmetrische Zivilrechtsakzessorietät des Treubruchtatbestandes?

1. Die ursprünglich an den Missbrauchstatbestand geknüpfte, hier im Ergebnis folgenlose starre Zivilrechtsakzessorietätstheorie ist in jüngster Zeit mit verschwommenen Wendungen und bis heute unklaren Konsequenzen auf den Treubruchtatbestand übertragen worden. Am weitesten geht hierbei der Versuch, § 266 StGB als einen Blanketttatbestand zu deuten,⁴⁴ die zivilrechtliche Pflichtverletzung im Sinne der von Lüderssen sog. „asymmetrischen Zivilrechtsakzessorietät“⁴⁵

⁴³ Denn von einem „Missbrauch der Vertretungsmacht“ wird im Zivilrecht gerade dann gesprochen, wenn das Rechtsgeschäft wegen Kollusion oder Evidenz gegenüber dem Vertretenen unwirksam ist (*Schilken* [Fn. 37], Vor § 164 Rn. 91 ff.; *Schramm* [Fn. 33], § 164 Rn. 106 ff.), während die sich zivilrechtsakzessorisch gebärdende h.M. ausgerechnet für diesen Fall einen „Missbrauch“ ablehnen will!

⁴⁴ In diesem Sinn *Lüderssen*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 569; *Deiters*, ZIS 2006, 152 (159); *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1991, S. 505; wohl auch *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (401: „blankettartig“); wie hier *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (903 ff.); *Jakobs*, NStZ 2005, 276 (277); *Vogel/Hocke*, JZ 2006, 568 (571); wohl auch *Wittig* (Fn. 29), § 266 Rn. 49; unentschieden *Lackner/Kühl* (Fn. 29), § 266 Rn. 19.

⁴⁵ *Lüderssen*, in: *Dölling* (Hrsg.), *Jus humanum*, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 727 (S. 729); *ders.*, in: *Arnold u.a.* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 163 (S. 170); ihm nachfolgend *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (398 ff.); *ders.* (Fn. 9), § 266 Rn. 153; *Hoyer* (Fn. 29), § 266 Rn. 47 i.V.m. 54; *Günther* (Fn. 19), S. 314; ähnlich *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (354); *Dittrich*, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vor-

aber nur als notwendige, nicht hinreichende Bedingung der strafrechtlichen Pflichtverletzung anzuerkennen und eine Zwei-Stufen-Theorie der strafrechtlichen Pflichtverletzung dergestalt zu etablieren, dass auf der ersten Stufe die Verletzung einer spezifizierten zivilrechtlichen Pflicht festgestellt werden müsse, an die sich auf der zweiten Stufe die Prüfung einer zusätzlichen strafrechtlichen „Höhenmarke“ anschließe. *Tiedemann*⁴⁶ hatte in ähnlicher Weise schon früher gefordert, eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB nur zu bejahen, wenn ein „Verstoß gegen einen engen, unzweifelhaften Kernbereich“ zur Debatte stehe, weshalb „jedes wirtschaftlich irgendwie sinnvolle oder vertretbare Ziel“ hingenommen werden müsse und nur „eindeutig unvertretbare Handlungsweisen“ dem Untreuetatbestand subsumiert werden könnten. Mittlerweile hat die vom *1. Strafsenat* des BGH geprägte⁴⁷ Formel der „gravierenden Pflichtverletzung“, die „im Wege einer einzelfallbezogenen Gesamtschau anhand verschiedener Indizien bzw. Leitkriterien festgestellt werden müsse“⁴⁸ viele Anhänger gefunden.⁴⁹ Dementsprechend soll Untreue bereits auf der *ersten Stufe* ausscheiden, wenn keine „primäre“ Pflichtverletzung etwa auf dem Gebiet des Zivilrechts oder des öffentlichen Rechts

standvergütungen, 2007, S. 33 ff.; *Saliger*, HRRS 2006, 10 (14); *ders.* (Fn. 36), § 266 Rn. 31.

⁴⁶ *Tiedemann*, in: *Hanack/Rieß/Wendisch* (Hrsg.), Festschrift für Hans Dünnebieber zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, 1982, S. 519 (S. 533); *ders.*, in: *Jescheck* (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 319 (S. 329); *ders.*, in: *Eser* (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 737 (S. 747); *ders.*, *Wirtschaftsstrafrecht*, Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, Rn. 122; *ders.*, *Wirtschaftsstrafrecht*, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2011, Rn. 4a, 398 ff.

⁴⁷ BGHSt 47, 187 (197), wo, soweit ersichtlich, erstmals zwischen der gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung und der „gravierenden“ Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 klar unterschieden worden ist. In den beiden vorangegangenen Entscheidungen des *1. Strafsenats* zur Kredituntreue (BGHSt 46, 30; 47, 148), die gewöhnlich im gleichen Atemzuge angeführt werden (etwa *Hoyer* [Fn. 28], § 266 Rn. 54 Fn. 147), werden zunächst nur formelle, im Ergebnis irrelevante Pflichtverstöße ausgeschieden (deutlich BGHSt 46, 30 [32]), und sodann wird für den „gravierenden Verstoß“ ausdrücklich auf die amtlichen Verlautbarungen der Bundesaufsichtsanstalt für das Kreditwesen verwiesen (BGHSt 47, 148 [152 f.]), so dass sich zumindest die „Zweistufentheorie“ durch diese Entscheidungen noch nicht belegen lässt.

⁴⁸ Etwa *Hoyer* (Fn. 29), § 266 Rn. 55 in weitgehend wörtlicher Übernahme von BGHSt 47, 187 (197).

⁴⁹ Zustimmend alsbald *Otto*, in: *Hirsch u.a.* (Fn. 29), S. 187; *Lüderssen* (Fn. 45), S. 729; *Tiedemann*, in: *Böse* (Fn. 18), S. 319 (S. 322 f.); ebenso *Dierlamm* (Fn. 9), § 266 Rn. 154 ff.; *Saliger* (Fn. 36), § 266 Rn. 40 ff.; *Beulke* (Fn. 8), S. 253 f.; *Kiethe*, NStZ 2005, 529 (531); *ders.*, BKR 2005, 177 (185); *Kubiciel*, NStZ 2005, 357; *Kutzner*, NJW 2006, 3541 (3543); *Matt*, NJW 2005, 390.

vorliege,⁵⁰ wobei Beurteilungsgrundlage die für das jeweilige Rechtsverhältnis einschlägigen Sätze, Richtlinien, Weisungen oder vertraglichen Regelungen und beim Fehlen konkreter Vorgaben die für das jeweilige Rechtsverhältnis geltenden gesetzlichen Sorgfaltsmaßstäbe sein sollen wie die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) oder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bei Kapitalgesellschaften (§§ 93 Abs. 1, 116 AktG).⁵¹ Für den Rückgriff auf das allgemeine Schädigungsverbot⁵² bestehe keine Notwendigkeit, eben weil sich die für den Einzelfall verbindliche Pflicht beim Fehlen konkreter Vorgaben aus dem im Rechtsverkehr anerkannten Sorgfaltsmaßstab konkretisieren lasse.⁵³ Und auf der zweiten Stufe soll die strafrechtlich erforderliche Gravität der Pflichtverletzung erst vorliegen, „wenn eine bestimmte unternehmerische Entscheidung unter keinem Gesichtspunkt mehr als im materiellen Unternehmensinteresse gedacht werden kann, [...], so] dass der Anwendungsbereich des Strafrechts erst bei deutlicher Überschreitung der Grenzen gesellschaftsrechtlich eingeräumter Entscheidungs- und Handlungsspielräume beginnt, was selbst mit Blick auf die erheblichen Freiheitsgrade gilt, die die [...] Business Judgment Rule der Unternehmensleitung einräumt.“⁵⁴ Wohin das zielt, hat die sog. Finanzkrise, d.h. der (u.a.) von deutschen Landes- und Privatbanken in gigantischem Umfang betriebene Erwerb innerlich wertloser Finanzprodukte unter Umgehung des KWG, der Solvabilitätsverordnung und des Aktiengesetzes durch Verschiebung vermögensloser ausländischer Briefkastengesellschaften (sog. Conduits)⁵⁵ gezeigt, die den riesigsten Untreuekomplex aller Zeiten bilden könnte und bei der Vertreter der „Zweistufentheorie“ bereits die strafrechtliche Pflichtwidrigkeit zu verneinen versuchen, teils unter ausdrücklichem Hinweis auf die Notwendigkeit einer „gravierenden“ Pflichtverletzung,⁵⁶ teils mit noch mehr

im Nebulösen verschwimmenden, strafrechtsdogmatisch nicht nachvollziehbaren Argumenten wie dem von *Deiters*, wenn Unternehmen Anreizsysteme mit überzogenen Gewinnerwartungen schüfen, müssten sie es akzeptieren, wenn Manager sich systemkonform verhielten und diesen Anreizsystemen folgten.⁵⁷

2. Die asymmetrische Akzessorietätstheorie verzeichnet jedoch das Verhältnis von Strafrecht und Zivilrecht, weil die von ihr gewählte Anknüpfung an eine zivilrechtliche Pflichtverletzung als Ausgangspunkt der Subsumtion zu dem Missverständnis verleitet, anschließend müsse nach dem allgemeinen Grundsatz, dass Strafrecht nur die ultima ratio zum Rechtsgüterschutz sei, für das Strafrecht noch einmal „draufgesattelt“ und eben zusätzlich nach einer „gravierenden Pflichtverletzung“ gefragt werden. In Wahrheit steckt aber die bei dem falschen Ausgangspunkt naturgemäß zunächst vermisste strafrechtsspezifische Höhenmarke im Untreuetatbestand selbst und der darin vorgenommenen Beschreibung der Unrechtsmaterie in Gestalt der vorsätzlichen Schädigung anvertrauten fremden Vermögens. Die Pflicht, die hierbei verletzt wird, ist zunächst also nichts anderes als die dem Straftatbestand logisch vorausliegende Primärnorm,⁵⁸ ohne dass es dafür notwendig auf eine vorausliegende und blankettartig vom Straftatbestand in Bezug genommene außerstrafrechtliche Rechtsnorm ankäme. Das kann angesichts der im Treubruchtatbestand ausdrücklich aufgeführten Kategorie des (scil. tatsächlichen) Treueverhältnisses überhaupt nicht bestritten werden, weshalb auch *Saliger* in später von ihm außer Acht gelassener Weise davon spricht, dass die Untreue (scil. nur) „in der Regel“ eine außerstrafrechtliche Pflichtverletzung auf der Primärebene voraussetze.⁵⁹ Dass die Suche nach einer außerstrafrechtlichen „Pflichtverletzung auf der Primärebene“ keine für das Unrecht des § 266 konstitutive Bedeutung besitzt, macht auch der hierfür von der strengen Zivilrechtsakzessorietätstheorie angegebene letzte Geltungsgrund deutlich, der in den „gesetzlichen Sorgfaltsmaßstäben“ bestehen soll.⁶⁰ Denn bei einer Verletzung solcher Sorgfaltsnormen geht es – in den Kategorien der Strafrechtsdogmatik gesprochen – um fahrlässige abstrakte Gefährdungsdelikte, während es sich bei der Untreue um ein vorsätzliches Verlet-

⁵⁰ *Dierlamm* (Fn. 9), § 266 Rn. 152; *Saliger* (Fn. 36), § 266 Rn. 31; *ders.*, HRRS 2006, 10 (14).

⁵¹ *Saliger* (Fn. 36), § 266 Rn. 31.

⁵² So dezidiert *Schünemann* (Fn. 4), § 266 Rn. 94; *Perron* (Fn. 29), § 266 Rn. 36.

⁵³ *Dierlamm* (Fn. 9), § 266 Rn. 166; *Saliger* (Fn. 36), § 266 Rn. 43.

⁵⁴ *Theile*, ZIS 2011, 616 (626) m.w.N.

⁵⁵ Nachw. o. Fn. 16.

⁵⁶ *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089 (1092 f.); *Lüderssen*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Die Finanzkrise, das Strafrecht und die Moral*, 2010, S. 211 (S. 215). Wenn *Lüderssen* *ibid.* in Fn. 10 meinem Standpunkt (vorstehend Fn. 16) vorwirft, ich hätte das Kriterium der „Bestandsgefährdung“ nicht expliziert, so habe ich das allerdings angesichts einer (über die conduits verschleierten) „Investition“ von mehr als 100 Mrd. Euro seitens der deutschen Landesbanken und ca. 200 Mrd. Euro seitens der Privatbanken in minderwertige MBS-Papiere (so in dem soeben zit. Sammelband über das Symposium des von deutschen Banken, vor allem der Deutschen Bank gesponsorten Frankfurter Institute for Law and Finance selbst der Teilnehmer *Gillmeister*, in: *Lüderssen/Kempf/Volk* [a.a.O.], S. 280 [S. 286]) und der Notwendigkeit einer als „alternativlos“ im Blitztempo durchgezogenen Rettungsakti-

on des Staates mit einem Volumen von 578 Mrd. Euro (*Schünemann* [Fn. 16 – Finanzkrise], S. 79 m.w.N.) als entbehrlich angesehen.

⁵⁷ *Deiters*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Fn. 56), S. 132 (S. 135 f.); ähnlich unhaltbar die Anwendbarkeit des Strafrechts wegen „unerträglicher Marktrisiken“ abl. (die einzugehen niemand gezwungen war!) *Gillmeister* (Fn. 56), S. 289.

⁵⁸ Anerkannt seit *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, 1. Aufl. 1872, S. 23 ff. = 4. Aufl. 1924, S. 35 ff.; *ders.*, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 1885, S. 155 ff.; *ders.* *Grundriß des deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1913, S. 63 f.; später insb. *Armin Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, etwa S. 234 ff.

⁵⁹ *Saliger* (Fn. 36), § 266 Rn. 31.

⁶⁰ *Dierlamm* (Fn. 9), § 266 Rn. 151; *Saliger* (Fn. 36), § 266 Rn. 31.

zungsdelikt handelt, das allein schon dadurch die den abstrakten zivilrechtlichen Verstößen fehlende strafrechtliche Höhenmarke festlegt. Der dogmatische Fehler der asymmetrischen Zivilrechtsakzessorietätstheorie bedeutet deshalb eine ähnliche „Verdrängung des Strafrechts vom zivilistischen Denken“⁶¹ wie die Verwechslung der konkreten Fahrlässigkeit beim Erfolgsdelikt mit den abstrakten Sorgfaltsnormen⁶² oder die entsprechende Verwechslung der Garantenstellung aus Übernahme mit der Verletzung einer etwa als Epiphänomen hinzukommenden zivilrechtlichen Vertragspflicht.⁶³ Dementsprechend handelt es sich bei dem Treubruch- auch nicht etwa um einen Blankett-Straftatbestand, denn es handelt sich bei der Verletzung der außerstrafrechtlichen Pflicht (wie die Alternative des Treueverhältnisses beweist) um keine notwendige Voraussetzung der strafrechtlichen Normverletzung, sondern (wie auch bei vielen anderen Garantenstellungen) um ein (besonders häufiges) Epiphänomen. Dass der der asymmetrischen Akzessorietätstheorie deshalb anhaftende Geburtsfehler selten bemerkt wird, liegt daran, dass sich aus dem Zivilrecht (und natürlich erst recht aus dem öffentlichen Recht) allgemein zahlreiche Rechtfertigungsgründe ableiten lassen, die nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung

⁶¹ In deren Kritik die – allerdings nationalsozialistisch übersteigerte – Monographie von *Brunns*, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938, ihren berechtigten Kern hatte, vgl. *Schünemann* (Fn. 32), S. 22 f.; *Lüderssen*, in: Ebert u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, 1999, S. 487 (S. 490). Übrigens würde die angebliche Zivilrechtsakzessorietät genau umgekehrt das Zivilrecht in erhebliche Schwierigkeiten führen, weil dann die Entscheidung des 2. *Zivilsenats* des BGH im Fall „Bremer Vulkan“, die früher von ihm selbst entwickelte Haftungsfigur des „qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns“ im Wege einer Rechtsrückbildung aufzugeben und die Haftung für Schädigungen der abhängigen GmbH nunmehr über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 oder § 266 StGB „strafrechtsakzessorisch“ zu begründen, zu einem Zirkelschluss führen würde (s. BGHZ 149, 10 m. Rezension *Mödl*, JuS 2001, 14; *Schünemann*, LM § 309 AktG 1965 Nr. 1 Blatt 8 ff. (LM Nr. 1 zu § 309 AktG, 1965, Blatt 8 ff.); zur weiteren Rspr. *Vetter*, ZIP 2003, 601; *Janert*, MDR 2003, 724; ferner am Beispiel des Insolvenzstrafrechts *Achenbach*, in: *Duttge* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, S. 257; zur strafrechtlichen „Bewältigung“ des Falles BGHSt 49, 147 und dazu *Ransiek*, wistra 2005, 121; *Tiedemann*, JZ 2005, 45.

⁶² Nach h.M. kommt diesen vielmehr nur eine Indizfunktion zu (*Roxin* [Fn. 5], § 24 Rn. 16; *Fischer* (Fn. 29), § 15 Rn. 16a; *Weigend*, in: *Dölling* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, 2002, S. 129 (S.132 f.), nach Meinung von *Duttge*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn. 113 ff., nicht einmal das.

⁶³ Heute unstr., vgl. *Roxin* (Fn. 18), § 32 Rn. 13, 53; eingehend *Schünemann* (Fn. 18 – Unterlassungsdelikte), S. 342 ff., 346 f.; *ders.* (Fn. 18 – FS Amelung), S. 309.

auch im Strafrecht anerkannt werden,⁶⁴ so dass naturgemäß kein pflichtwidriges (= rechtswidriges) vermögensschädigendes Handeln vorliegt, wenn es nach der zivilrechtlichen Regelung des betreffenden Obhutsverhältnisses gestattet war. Mit anderen Worten: Das strafrechtliche Unrecht wird (wie bei jedem anderen Erfolgsdelikt und Garantensonderdelikt) von der vorsätzlichen Schädigung des anvertrauten Vermögens (=der Rechtsgutsverletzung) indiziert, kann jedoch trotz Schädigung ausgeschlossen sein, wenn der Geschäftsbesorger hierzu gegenüber dem Geschäftsherrn berechtigt war, namentlich wegen einer von diesem ausdrücklich oder konkludent erteilten Erlaubnis, die – weil es sich bei der Pflichtwidrigkeit um ein sog. gesamtatbewertendes Merkmal handelt⁶⁵ – bereits den Tatbestand ausschließt. Natürlich spielt hierfür die zivilrechtliche Regelung der Rechte und Pflichten des Geschäftsbesorgers auch quantitativ eine erhebliche Rolle, beispielsweise bei der Frage, ob der Vorstand einer AG zur Vergabe von (das AG-Vermögen eo ipso vermindernden) Spenden befugt ist: Nach der früher im Aktienrecht herrschenden Lehre handelte es sich bei der Vergabe von Spenden um eine Maßnahme der Gewinnverwendung, über die infolgedessen die Hauptversammlung zu entscheiden hatte, so dass die dem Vorstand aufgrund seiner Vertretungsbefugnis rechtlich mögliche Verausgabung ausnahmslos eine Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis bedeutet hätte und deshalb pflichtwidrig gewesen wäre.⁶⁶ Nach heute allgemeiner Auffassung, die gewöhnlich mit der sozialen Funktion von Wirtschaftsunternehmen als „good corporate citizen“ begründet wird, ist der Zweck einer Aktiengesellschaft dagegen nicht auf kurzfristige Gewinnmaximierung beschränkt, sondern schließt die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer und sogar der Öffentlichkeit ein, so dass dem Vorstand die Aufgabe einer Interessenabwägung zukommt, die ihre äußerste Grenze erst an der Erhaltung der dauerhaften Rentabilität des Unternehmens findet.⁶⁷ Der Vorstand einer Aktiengesellschaft soll deshalb auch zur Entscheidung über die Vergabe von Spenden aller Art einschließlich von Parteispenden berufen sein.⁶⁸ Das Dictum des BGH in der

⁶⁴ *Roxin* (Fn. 5), § 14 Rn. 31 ff., § 16 Rn. 107 ff., § 17 Rn. 1 ff.; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 29), Vorbem. §§ 32 ff Rn. 27 f., 81 ff.; *Rönnau*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, vor § 32 Rn. 20 ff., 233 ff.; *Schlehofer*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 62), vor §§ 32 ff. Rn. 93 ff.; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, vor §§ 32 ff. Rn. 41 ff., 187 ff.

⁶⁵ Näher *Schünemann* (Fn. 1), § 266 Rn. 193 f.; auf eine Begründung muss im vorliegenden Rahmen verzichtet werden.

⁶⁶ Vgl. *Schünemann*, in: *de Boor/Pfeiffer/Schünemann* (Hrsg.), *Parteispendenproblematik*, 1986, S. 35, 63 f. m.w.N.

⁶⁷ *Hüffer*, *Aktiengesetz, Kommentar*, 10. Aufl. 2012, § 76 Rn. 12 ff. m.w.N.

⁶⁸ *Hüffer* (Fn. 67), § 76 Rn. 14; *Kort*, in: *Hopt/Wiedemann* (Hrsg.), *Aktiengesetz, Großkommentar*, Bd. 3, 4. Aufl. 2008, § 76 Rn. 66 f.; *Mertens*, in: *Zöllner/Noack* (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2010, § 76

Mannesmann-Entscheidung, die Organe einer Aktiengesellschaft hätten „alle Maßnahmen zu unterlassen, die den Eintritt eines sicheren Vermögensschadens bei der Gesellschaft zur Folge haben“,⁶⁹ trifft deshalb auf im Interesse der Gesellschaft liegende unentgeltliche Leistungen nicht zu.⁷⁰

3. Es wäre deshalb töricht, die erhebliche Bedeutung der zivilrechtlichen Rechtslage auch im Rahmen des § 266 StGB leugnen zu wollen. Aber es handelt sich eben um ein komplizierteres Verhältnis als dasjenige starrer Akzessorietät, für das ich schon früher die Bezeichnung „Zivilrechtsaffinität“⁷¹ bzw. „sektorale Zivilrechtsakzessorietät“⁷² vorgeschlagen habe. Und es ist deshalb auch dogmatisch verfehlt, die „Vermögensbetreuungspflicht als zentrales strafbegründendes Element des Untreuetatbestandes“ zu bezeichnen,⁷³ denn strafbegründend ist die vorsätzliche Vermögensschädigung durch einen Obhutsgaranten; die Betreuungspflicht folgt (nicht anders als bei allen anderen Obhutsgarantenstellungen) aus der Obhutsherrschaft und ist mit dem strafrechtlichen Verbot identisch, wobei die zivil- (oder öffentlich-)rechtliche Regelung des Geschäftsbesorgungsverhältnisses selbstverständlich zu einem Ausschluss des tatbestandlichen Unrechts führen kann.

IV. Kein Platz für die Figur der „gravierenden Pflichtverletzung“

1. Aus den bisherigen Überlegungen folgt eo ipso die Unrichtigkeit der „Zweistufentheorie“, die das tatbestandliche Unrecht des § 266 StGB über die vorsätzliche rechtswidrige Schädigung des anvertrauten Vermögens durch einen Obhutsgaranten hinaus durch den verschwommenen Begriff der „gravierenden Pflichtverletzung“ zusätzlich einschränken will. Deren Anhänger stützen sich auf einige ältere Entscheidungen des *I. Strafsenats* des BGH, in denen für den Treubruchtatbestand ausdrücklich das Vorliegen einer gravierenden Pflichtverletzung gefordert wurde,⁷⁴ die „im Weg einer einzelfallbezogenen Gesamtschau anhand verschiedener In-

dizien bzw. Leitkriterien festgestellt werden müsse“.⁷⁵ Die Verarbeitung dieser Entscheidungen im Schrifttum hat mittlerweile zu diffizilen terminologischen Unterscheidungen geführt, so wenn etwa *Saliger*⁷⁶ eine „starr indizienbasierte strafrechtsautonome Schweretheorie“, eine „zivilrechtsakzesorische Schweretheorie“ und eine „nicht starr indizienbasierte strafrechtsautonome Schweretheorie“ unterscheiden will. Aber eine sorgfältige Analyse der BGH-Rechtsprechung zeigt, dass die Formel von der Notwendigkeit einer „gravierenden Pflichtverletzung“ durchaus nicht im Sinne einer zusätzlichen strafrechtlichen Höhenmarke als untreuenspezifische zweite Stufe der Pflichtwidrigkeit zu verstehen ist, sondern richtigerweise zum Teil andere dogmatische Zusammenhänge betrifft und im Übrigen in der Rechtsprechung der letzten Jahre keine besondere Rolle mehr spielt.⁷⁷ In seinen Entscheidungen zur Bankuntreue (BGHSt 46, 30; 47, 148) machte der *I. Strafsenat* mit dem Erfordernis der „gravierenden Pflichtverletzung“ in Wahrheit eine Voraussetzung des Vermögensschadens beim Risikogeschäft der Kreditvergabe namhaft, während es sich bei der Spendenuntreue (BGHSt 47, 187) in Wahrheit um nichts anderes als um eine Umschreibung des Ermessensspielraums handelte, den der Vorstand einer Aktiengesellschaft nach den §§ 76, 93 AktG⁷⁸ bei der Ausübung seiner Leitungsverantwortung nach den Sorgfaltsregeln eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters genießt.⁷⁹ Für eine spezifisch strafrechtliche Ausdeutung blieb lediglich noch die – dogmatisch der objektiven Zurechnung zuzuordnende – Frage übrig, ob eine aufgrund eines Ermessensfehlers getätigte Spende auch dann zur Tatbestandserfüllung ausreichen sollte, wenn es möglicherweise auch ohne den Ermessensfehler zu derselben Spende gekommen wäre (beispielhaft: wenn ein Vorstandsmitglied nicht, wie es geboten gewesen wäre, die anderen Vorstands-

⁷⁵ So etwa *Hoyer* (Fn. 29), § 266 Rn. 55 in weitgehend wörtlicher Übernahme von BGHSt 47, 187 (197).

⁷⁶ *Saliger* (Fn. 36), § 266 Rn. 41.

⁷⁷ Vgl. dazu bereits *Schünemann* (Fn. 32), S. 21 ff.; *ders.*, NStZ 2005, 473; *ders.*, NStZ 2006, 196; *ders.* (Fn. 1), § 266 Rn. 95 ff.

⁷⁸ Die Formulierung von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ als deutsche Fassung der sog. Business Judgment Rule besagt nichts anderes, und diese Grundsätze sind natürlich nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt, sondern gelten für jedes unternehmerische Handeln, beispielsweise auch bei der GmbH (BGH NJW 2003, 358 [359]; BGH ZIP 2008, 1675 [1676]; *Klein-diek*, in Lutter/Hommelhoff [Hrsg.], GmbH-Gesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2009, § 43 Rn. 16).

⁷⁹ Grdl. die „ARAG-Garmenbeck-Entscheidung“ = BGHZ 135, 244 (253); vgl. BGHSt 47, 192 sowie dazu, dass „einige“ (eigentlich: alle) „der Kriterien (des *I. Strafsenats*) auch als Grenzdaten für den weiten unternehmerischen Freiraum in Betracht kommen, den der *II. Zivilsenat* Organ und Organmitglied zubilligt“, *Henze*, WuB 2002, 789 (790).

Rn. 32 ff.; *Spindler*, in: Goette/Wulf (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2008, § 76 Rn. 87; *Fleischer*, AG 2001, 171 (179 ff.); *Gehrlein*, NZG 2002, 463; *Säcker*, BB 2009, 282.

⁶⁹ BGHSt 50, 331 (336); ebenso *Jakobs*, NStZ 2005, 276 (277).

⁷⁰ Insoweit zutr. *Deiters*, ZIS 2006, 152 (154). Der *3. Strafsenat* stellt deshalb für diese Fallgruppe die Lösung *Samsons* zur Diskussion, in dubio pro reo eine Kompensation durch die Stärkung des good will anzunehmen und aus diesem Grund einen Schaden zu verneinen (*Samson*, in: Walz u.a. [Hrsg.], Non Profit Law Yearbook 2004, S. 233 [S. 241]), aber dadurch wird das Problem lediglich verschoben und das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils mit der kaum lösbaren Saldierungsaufgabe „Geld gegen Image“ überlastet.

⁷¹ *Schünemann* (Fn. 4), § 266 Rn. 68; zust. *Mosiek*, wistra 2003, 370 (373); vermittelnd *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (906 f.).

⁷² *Schünemann* (Fn. 32), S. 25.

⁷³ So *Esser* (Fn. 29), vor § 266 Rn. 13.

⁷⁴ BGHSt 46, 30; 47, 148; 47, 187 (197), u. dazu vgl. Fn. 46.

mitglieder in die Entscheidung einbezogen hätte, wenn es aber für diesen Fall mit Sicherheit oder mit Wahrscheinlichkeit oder vielleicht auch nur möglicherweise zu derselben Entscheidung gekommen wäre). Zwar hat das LG Düsseldorf im Mannesmann-Fall die Formel des *1. Strafsenats* von der „gravierenden Pflichtverletzung“ als Forderung einer zusätzlichen strafrechtlichen Höhenmarke des zivilrechtlichen Unrechts aufgefasst und darauf seinen Freispruch gegründet,⁸⁰ aber der *3. Strafsenat* des BGH hat im dazu ergangenen Revisionsurteil die Rechtsprechung des *1. Strafsenats* im Sinn der von mir schon zuvor (o. Fn. 76) vertretenen Sachposition interpretiert („Anliegen des Urteils [scil. im Spendenfall] sei, speziell für den Bereich der Unternehmensspenden [...] die Notwendigkeit eines weiten Handlungsspielraums des Entscheidungsträgers zu betonen“) und auch für das Urteil des *1. Strafsenats* zur Kreditvergabe „die Unwägbarkeiten dieser Entscheidung“ als „Grund für die Anerkennung eines Handlungsspielraums“ gesehen, „dessen Betonung und Ausgestaltung Anliegen des 1. Strafsenats war“; zusammenfassend wurde es vom *3. Strafsenat* im 2. Leitsatz als eine „Klarstellung“ zu den Urteilen des *1. Strafsenats* formuliert, dass „die zur Erfüllung [...] der Untreue erforderliche Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht nicht zusätzlich gravierend sein“ müsse.⁸¹ Der *2. Strafsenat* hat in den von ihm entschiedenen Fällen der schwarzen Kassen, die im Interesse und zum Nutzen des Geschäftsherrn gehalten wurden, die Verneinung einer Untreue mangels „gravierender“ Pflichtverletzung nicht einmal in Erwähnung gezogen.⁸² Und auch der *1. Strafsenat* hat die ihm von Teilen des Schrifttums subintelligierte Forderung einer gravierenden Pflichtverletzung als Basis einer Zwei-Stufen-Theorie nicht bestätigt, sondern ist davon deutlich abgerückt. Zunächst hat er im Kinowelt-Urteil die „gravierende“ Pflichtverletzung auf die altbekannte, zur Abgrenzung der Täterstellung als Verlegenheitsfloskel benutzte⁸³ Wendung der Verletzung einer Hauptpflicht reduziert.⁸⁴ In

⁸⁰ LG Düsseldorf NJW 2004, 3275 (3277, 3280 f.); ebenso *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (402 f.); *Wollberg*, ZIP 2004, 646 (656 f.); *Braun*, KritV 2004, 67 (76 f.).

⁸¹ BGHSt 50, 331 (332, 345 f.).

⁸² BGHSt 52, 323; BGH ZIP 2010, 1892. Gerade wenn der BGH (gegen den fast einhelligen Widerspruch des Schrifttums und dessen durchschlagende Argumente) einen Vermögensschaden bejahen wollte, hätte er hier Anlass gehabt, angesichts des Handelns zum Nutzen des Unternehmens eine etwa erforderliche Gravität der Pflichtverletzung zu verneinen.

⁸³ *Fischer* (Fn. 29), § 266 Rn. 36, *Lackner/Kühl* (Fn. 29), § 266 Rn. 11, *Perron* (Fn. 29), § 266 Rn. 23 ff., *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 29), Rn. 769; zur Wertlosigkeit dieser Wendung (von einem „Kriterium“ zu sprechen wäre übertrieben) *Schünemann* (Fn. 1), § 266 Rn. 90.

⁸⁴ Nämlich mit der Wendung, dass dann, wenn „die weit zu ziehenden äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit überschritten werden und damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt wird, eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten (vorliegende), die so gravierend (sei), dass sie zugleich eine Pflicht-

seiner neuen Entscheidung zum Erlanger Siemens-Fall hat er den „untreuespezifischen Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und geschütztem Rechtsgut“ im Falle einer Verletzung außerstrafrechtlicher Normen davon abhängig gemacht, dass diese wenigstens „auch mittelbar vermögensschützenden Charakter für das zu betreuende Vermögen“ haben,⁸⁵ womit er das Konzept einer zweistufigen Prüfung der Pflichtwidrigkeit mit einer zusätzlichen strafrechtlichen Höhenmarke auf der zweiten Stufe zugunsten des im Schrifttum schon früher⁸⁶ geforderten Schutzzweckzusammenhangs zwischen Verletzungshandlung und Schaden verabschiedet zu haben schien. In seiner allerneuesten Entscheidung zur Kölner Parteispendenaffäre⁸⁷ hat er dann zwar den „funktionalen“ (= Schutzzweck-)Zusammenhang wieder mit der Feststellung einer „gravierenden“ Pflichtverletzung verknüpft und für letztere zusätzlich auf eine (untreuetypische und deshalb zirkuläre!) Verschleierungshandlung sowie die (in der Schädigungshandlung schon begrifflich enthaltene!) Eignung zur Schadensverursachung abgestellt,⁸⁸ aber dieser Argumentationsaufwand ist so offensichtlich gleich Null, dass man darin keinesfalls eine materielle Wiederbelebung der Zwei-Stufen-Theorie erblicken kann.

2. a) An diesem Ergebnis wird auch durch die Untreueentscheidung des BVerfG vom 23.6.2010 nichts geändert, denn die darin zu findenden, recht eklektischen Bemerkungen zur „Pflichtwidrigkeit“ lassen keine klare Richtung und erst recht keine verfassungsrechtliche Zwangsläufigkeit erken-

widrigkeit im Sinne von § 266 StGB“ begründe, BGH NStZ 2006, 221 (222). Der *3. Strafsenat* hat dieses Urteil deshalb ausdrücklich dafür zitiert, dass dem Merkmal einer „gravierenden“ Pflichtverletzung für solche Fallgestaltungen keinerlei Bedeutung zukomme, bei denen für das Organ kein Handlungsspielraum besteht, weil die Maßnahme „für das zu betreuende Vermögen [...] ausschließlich nachteilige Wirkungen“ hat und „ein [...] irgendwie gearteter Vorteil für die Gesellschaft unter den gegebenen Umständen ersichtlich nicht eintreten konnte“, vgl. BGHSt 50, 331 (346); zu den verbleibenden Unklarheiten der Kinoweltentscheidung *Schünemann*, NStZ 2006, 196 (197 f.).

⁸⁵ BGHSt 55, 288 (301); die Norm, um deren Verletzung es hierbei ging, war das strafbare Verbot der Beeinflussung der Betriebsratswahl gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, dessen Verletzung vom *1. Strafsenat* zwar in Rn. 51 ff. bejaht wurde, ohne die von *Schünemann*, in: Bub/Mehle/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Peter Gauweiler zum 60. Geburtstag, 2009, S. 515 (S. 520 ff.) i.E. für eine angemessen restriktive Auslegung dieser Strafnorm vorgebrachten Argumente zu erwähnen, geschweige denn zu berücksichtigen. Für die Auslegung des § 266 StGB kommt es aber auf diesen Mangel der Entscheidung nur insoweit an, als sich das vom *1. Strafsenat* mit richtiger Tendenz behandelte Problem ohne ihn konkret gar nicht gestellt hätte.

⁸⁶ *Schünemann* (Fn. 32), S. 63 f.; *ders.*, NStZ 2008, 430 (434).

⁸⁷ BGHSt 56, 203.

⁸⁸ BGHSt 56, 203 Rn. 30.

nen.⁸⁹ Das BVerfG geht zunächst von dem Unrechtsspezifikum der „Schädigung von innen heraus“ und dessen großer Bedeutung angesichts des typischen Auseinanderfallens von Vermögensinhaberschaft und Verfügungsmacht aus,⁹⁰ macht dies aber für die Abgrenzung des Adressatenkreises des Treubruchtatbestandes wenig fruchtbar,⁹¹ sondern geht stattdessen ohne Berücksichtigung der Alternative des (faktischen) „Treueverhältnisses“ sogleich auf die Annahme einer „Akzessorietät des Tatbestands“ in Gestalt der „aus zivil- oder öffentlich-rechtlichen Normen folgenden Pflichtwidrigkeit des Handelns als notwendige Voraussetzung der Untreuestrafbarkeit“ ein,⁹² verwirft aber die Konstruktion eines Blanketttatbestandes und nimmt stattdessen ein „komplexes normatives Tatbestandsmerkmal“ an;⁹³ sodann verweist es pauschal auf die unsortierte Kriterienvielfalt der Rechtsprechung,⁹⁴ die von ihm ohne weitere Begründung für geeignet erklärt wird, „den Anwendungsbereich des Untreuetatbestands im Sinne der dahinter stehenden Schutzkonzeption zu begrenzen“. Ob dies hinter der Kasuistik der Rechtsprechung aufscheinenden methodischen Vakuums unbekümmert, wird sodann eine „die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall“ sichernde Konkretisierung „in fallgruppenspezifischen Obersätzen“ angenommen,⁹⁵ deren Ziel „von Verfassungen wegen darin bestehen“ soll, „die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken“, wobei die Entwicklung geeigneter dogmatischer Mittel den Strafgerichten obliege; als Beispiel wird sodann die (wie oben dargelegt, in sich wenig kohärente) neuere BGH-Rechtsprechung angeführt, als deren Spezifikum in ersichtlicher Verkennung der neuesten Entwicklung die Beschränkung auf eine „gravierende“ Pflichtverletzung genannt wird. In concreto wird die „Einhaltung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ im Sozialrecht als vermögensrelevante Pflicht des Vorstandes einer Betriebskrankenkasse anerkannt, wobei das „Eingrenzungsgebot“ schon vom Trichter dadurch gewahrt sei, dass er die Untreuestrafbarkeit „ersichtlich auf evidente und schwerwiegende Verstöße gegen diesen Grundsatz jenseits der bestehenden Entscheidungsspielräume“ beschränkt habe, weshalb eine weitere Auseinandersetzung „mit der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Erfordernis eines gravierenden Charakters der Pflichtverletzung [...] nicht geboten“ gewesen sei.⁹⁶

b) Aus diesen Zitaten wird deutlich, dass das BVerfG nicht den Ehrgeiz einer eigenen dogmatischen Konturierung des Treubruchtatbestandes hatte und nach seiner Aufgabe als Verfassungsgericht auch nicht haben konnte, sondern von der

Prämisse einer generellen Einschränkungstendenz her die dazu passenden Zitate der Rechtsprechung aufgegriffen hat, ohne auf deren innere Widersprüche (beispielsweise dass das Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung neben der Anerkennung eines weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraums keinen Sinn macht) einzugehen. Entsprechend unklar bleiben auch die Bemerkungen zur dogmatischen Funktion der (unter dem Aspekt des „Treueverhältnisses“ überhaupt nicht thematisierten) außerstrafrechtlichen Rechtspflicht für die Erfüllung des Straftatbestandes. Bezeichnend ist, dass bezüglich der nach den tatrichterlichen Feststellungen zwar von der Konzernleitung untersagten, aber zum Vorteil des Siemens-Konzerns gehaltenen schwarzen Kassen⁹⁷ die Frage nach der „gravierenden“ Pflichtwidrigkeit vom BVerfG nicht gestellt,⁹⁸ das im Schrifttum einflussreiche Konzept einer Zweistufentheorie hier also nicht einmal ventiliert wird. Wenn man schließlich berücksichtigt, dass das Restriktionsbedürfnis vom BVerfG aus dem in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen Bestimmtheitsgrundsatz abgeleitet wird,⁹⁹ so wird deutlich, dass eine nicht mit verschwommenen Formeln und einer Ansammlung schlicht nebeneinander gestellter Kriterien arbeitende, sondern ein systematisches Konzept entfaltende Interpretation des Treubruchtatbestandes, wie sie vorstehend entwickelt worden ist, den verfassungsrechtlichen Prämissen für die Interpretation des § 266 StGB weitaus besser entspricht und deshalb den vom BVerfG angeführten Maximen ohne weiteres gerecht wird. Dies gilt insbesondere auch für die vom BVerfG offenbar in Anlehnung an *Tiedemann* geforderte „Evidenz“ der Pflichtverletzung, bei der es sich ja um nicht mehr als einen intuitiven Eindruck handelt, der ohne analytische Klärung des als evident empfundenen Objekts nur eine Scheinlösung liefert.

V. Ergebnis

Der Untreuetatbestand steht im Zentrum der strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Diskussion,¹⁰⁰ seitdem die Strafjustiz ihn als eine Möglichkeit entdeckt hat, das Strafrecht aus seinem historischen Korridor der Bekämpfung der Elends- und Abenteurerkriminalität herauszuführen und zur Realisierung des Gleichheitsgrundsatzes auch gegen die

⁸⁹ So aber *Böse*, Jura 2011, 617 (622); *Tiedemann* (Fn. 46 – BT), Rn. 4a, 400 a.E.

⁹⁰ BVerfGE 126, 170 (201) = NJW 2010, 3209 (3212 Rn. 87 f.).

⁹¹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3213 Rn. 93).

⁹² BVerfG NJW 2010, 3209 (3213 Rn. 93).

⁹³ BVerfG NJW 2010, 3209 (3213 Rn. 97).

⁹⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3214 Rn. 107 ff.).

⁹⁵ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 111).

⁹⁶ BVerfG NJW 2010, 3209 (3217 Rn. 128).

⁹⁷ So die BVerfGE 126, 170 vorausgegangenen Urt. des LG Darmstadt v. 14.5.2007 – 712 Js 5213/04-9 Kls und BGHSt 52, 323.

⁹⁸ Vielmehr wird insoweit vom BVerfG nur der Schaden geprüft und mit selbstwidersprüchlicher Begründung bejaht, vgl. *Schünemann*, StraFo 2010, 477 (480 ff.).

⁹⁹ Vgl. die allgemeinen Darlegungen bei BVerfGE 126, 170, (198 f., 200 und 203 ff.) = NJW 2010, 3209 (3211 f. Rn. 81 f., sowie 3212 Rn. 85 und 3213 f. Rn. 92 ff.).

¹⁰⁰ Während das Schrifttumsverzeichnis zur Untreue für die ersten 50 Jahre der BRD in meiner Kommentierung des § 266 StGB in der 11. Aufl. des Leipziger Kommentar (vgl. *Schünemann* [Fn. 4]) eine Seite umfasste, füllt es seit 1998 in der 12. Aufl. (erscheint Juni 2012) (vgl. *Schünemann* [Fn. 1]) zur allgemeinen Übersicht neun Seiten und speziell zur Gesellschaftsuntreue noch einmal vier Seiten.

Oberschicht zur Anwendung zu bringen.¹⁰¹ Das hat in den letzten 15 Jahren bei Verteidigern und Verteidigungsgutachtern eine fieberhafte Suche nach kriminalpolitischen und dogmatischen Schwachstellen dieser zentralen Zitadelle des Wirtschaftsstrafrechts ausgelöst, die auch die Rechtsprechung nicht unbeeindruckt gelassen hat. Während beim Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils in der Tat eine Einschränkung der vor allem in der Betrugsdogmatik entwickelten Extension angebracht erscheint, führt die aus der Verteidigung in Verfahren gegen deutsche „Topmanager“ wegen Organuntreue entstandene und mittlerweile zur Mode gewordene Konzentration auf die „Vermögensbetreuungspflicht“ sowohl dogmatisch als auch kriminalpolitisch in die Irre: Eine starre Zivilrechtskonstruktions-Akzessorietät ist nicht einmal bei der Abgrenzung zwischen Missbrauchs- und Treubruchtatbestand überzeugend und verfehlt in Form der „asymmetrischen Akzessorietätstheorie“ die Tatbestandsstruktur des § 266 StGB als eines Erfolgsdelikts in Form eines Garantensonderdelikts, während die die Strafbarkeit einschränkende „Zweistufentheorie mit Forderung einer gravierenden Pflichtverletzung“ verkennt, dass die strafrechtliche Gravität bereits aus der vorsätzlichen Schädigung folgt, so dass das Verhältnis zum Zivilrecht nicht zur Begründung, sondern erst zum Ausschluss des strafrechtlichen Unrechts wichtig wird.

Diese Richtigstellungen werden, so hoffe ich, der das Schrifttum dominierenden Verteidigerphalanx den dogmatischen Schlummer unterbrechen. Auf das Urteil der allezeit wachen *Jubilarin*, die das dogmatisch Treffende in meisterhafter Weise mit dem Nützlichen verbindet, bin ich gespannt.

¹⁰¹ Dazu meine programmatische Studie „Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht, Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?“, vgl. *Schünemann*, in: Kühne/Miyazawa (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, S. 17.

Die offensichtliche Ungesetzlichkeit der „ou“-Verwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO in der Spruchpraxis des BGH

Von Prof. Dr. Henning Rosenau, Augsburg

Nach § 349 Abs. 2 StPO kann der BGH auf Antrag des Generalbundesanwaltes eine Revision mit einem einstimmigen Beschluss als „offensichtlich unbegründet“ verwerfen. Diese sogenannten „ou“-Beschlüsse oder „ou“-Verwerfungen bleiben in der Regel unbegründet.¹ Entsprechendes gilt auf einen Antrag der Generalstaatsanwaltschaft für die Oberlandesgerichte, auf die die Möglichkeit der Beschlussverwerfung durch die 3. Notverordnung vom 6.10.1931² erstreckt worden war.³

I. Die Lex Lobe

Die Entstehungsgeschichte⁴ des heutigen § 349 Abs. 2 StPO (damals § 389 Abs. 1 S. 2 RStPO) erhellt zugleich Sinn und Zweck der Option, eine Revision als offensichtlich unbegründet zu verwerfen. Die Zahl der strafrechtlichen Revisionen am RG hatte sich in den Jahren nach dem 1. Weltkrieg mehr als verdoppelt und ein Ausmaß angenommen, welches das RG nicht mehr bewältigen konnte. Zu Ende des Jahres 1921 waren dort bereits 3.259 Revisionen unerledigt geblieben.⁵ Eine Ursache wurde neben der nach dem Krieg angestiegenen Kriminalität darin gesehen, dass in zunehmendem Maße die Angeklagten vom Rechtsmittel der Revision Gebrauch machten, um sich bis zur Rechtskraft ihrer Verurteilung einen Strafaufschub zu verschaffen.⁶ Die notorisch ge-

ringen Erfolgsquoten der Revision lassen sich entsprechend zu einem Teil damit erklären, dass die Angeklagten zu diesem Rechtsmittel als ihrem letzten Strohalm greifen.⁷ Aber auch die von vornherein aussichtslosen Revisionen haben einen beachtlichen Bearbeitungsaufwand erfordert, weil bei Einhaltung der förmlichen Voraussetzungen das RG diese nur durch Urteil verwerfen konnte: es war ein Verhandlungstermin anzuberaumen, die Hauptverhandlung war mit allen Senatsmitgliedern durchzuführen und schließlich war ein begründetes Urteil abzusetzen.⁸ Es liegt auf der Hand, dass ein solchermaßen zeitaufwendiges Verfahren als leerer Formalismus erscheinen musste, wenn es dem Angeklagten offensichtlich nur um den Suspensiveffekt des Rechtsmittels und ein Hinausschieben der Vollstreckbarkeit des Urteils und weniger um dessen rechtliche Überprüfung ging.

Das RG hatte bereits begonnen, mit einer Art Notbehelf Revisionen nach § 389 Abs. 1 S. 1 RStPO als unzulässig zu verwerfen, wenn zwar nach außen eine Sachrüge erhoben worden war, die Revisionsbegründung aber die Auslegung zuließ, dass nur Tatfragen angegriffen wurden und zudem „die Annahme einer Gesetzesverletzung gänzlich ausgeschlossen ist“.⁹ Das RG wird dann sehr deutlich: „Unter solchen Umständen würde aber die Verweisung der Sache zur Hauptverhandlung einzig und allein zur Verschleppung der Rechtskraft und damit zum Schaden einer geordneten Strafrechtspflege gereichen, während durch beschlußmäßige Verwerfung der Revision irgendwelche *berechtigte* Interessen des Angeklagten nicht verletzt werden.“¹⁰

Diesen Ansatz griff der Senatspräsident am RG *Lobe* auf. Auf dessen Initiative regte das RG eine Ergänzung der Beschlussverwerfung für solche Revisionen an, die zwar zulässig, aber offensichtlich unbegründet waren. Gedacht war insbesondere an solche, mit denen nur tatsächliche Feststellungen angegriffen wurden.¹¹

Am 2.6.1922 legte der damalige Reichsjustizminister *Gustav Radbruch*, nachdem das Gesetz am 1.6.1922 vom Reichsrat gebilligt worden war, dem Reichstag den „Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Entlastung der Gerichte“ vor, in dem sich die angeregte Verwerfung als offensichtlich unbegründet wiederfand.¹² Im Rahmen der Gesetzesberatung wur-

¹ *Vogel*, Probleme der Begründungspflicht von Revisionen in Strafsachen, die gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen werden, 1994, S. 30.

² Dritte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen; RegBl. I 1931, S. 537 (S. 563).

³ *Detter*, StV 2004, 345; *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (40); *Rottmann*, Die Zurückweisung der Revision wegen offensichtlicher Unbegründetheit gem. § 349 II StPO, 1981, S. 10; *Vogel* (Fn. 1), S. 20; *Kruse*, Die „offensichtlich“ unbegründete Revision im Strafverfahren, 1980, S. 15. Auch hier ist der gerichtsverfassungsrechtliche Hintergrund zu beachten. Mit der Verlagerung des Eingangserichts vom LG zum AG im Rahmen der Emminger-Verordnung 1924 war die Revisionszuständigkeit des RG eingeschränkt worden. Der Schwerpunkt der Revisionsrechtsprechung lag bei den Oberlandesgerichten und nicht mehr beim RG; *Kruse*, a.a.O., S. 15.

⁴ Dazu ausführlich *Fezer*, StV 2007, 40 (41 f.).

⁵ *Kruse* (Fn. 3), S. 8. Die Zahl der eingelegten Revisionen stieg von 4.343 im Jahr 1918 über 5.598 im Jahr 1919 auf über 9.000 in den Jahren 1920 und 1921 an (9.617 und 9.221). Die Zahlen sind nachgewiesen in Anlage II zum Entwurf des Reichsministeriums der Justiz vom 26.1.1922 zu einem Gesetz zur Entlastung des Reichsgerichts, abgedruckt bei Schubert (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Abt. 1, Bd. 4, 1999, S. 348 (S. 356).

⁶ Siehe die Begründung zum Entwurf des Reichsministeriums der Justiz vom 26.1.1922 zu einem Gesetz zur Entlastung des Reichsgerichts, abgedruckt bei Schubert (Fn. 5), S. 348 (S. 350 u. 353); *Vogel* (Fn. 1), S. 13; *Kruse* (Fn. 3), S. 9.

⁷ *Rosenau*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 521 (S. 523).

⁸ *Kruse* (Fn. 3), S. 9 f., wie auch zum Folgenden; *Vogel* (Fn. 1), S. 15.

⁹ RGSt 40, 99 (100).

¹⁰ RGSt 40, 99 (100).

¹¹ *Kruse* (Fn. 3), S. 11; *Römer*, MDR 1984, 353.

¹² Art. IV Nr. 1; Drucksache des Reichstags Nr. 4450; vgl. Schubert (Fn. 5), S. XX. Der vorangegangene Entwurf des Reichsministeriums der Justiz v. 26.1.1922 zu einem Gesetz zur Entlastung des Reichsgerichts, der den Ländern zugeleitet

de dieses prozessuale Instrument zwar auf das RG beschränkt – es wurden also die Oberlandesgerichte ausgenommen – und es wurde die zusätzliche Klausel eingefügt, dass alle Mitglieder des erkennenden Senates einstimmig die Revision für offensichtlich unbegründet erachten müssen;¹³ aber die „Lex Lobe“¹⁴ wurde am 8.7.1922 erlassen und konnte am 1.8.1922 in Kraft treten.¹⁵

Der heutige § 349 Abs. 2 StPO ist folglich zur Entlastung der Revisionsgerichte geschaffen worden¹⁶ und rechtfertigt sich aus Gründen der Prozessökonomie.¹⁷ Das Beschlussverfahren ermöglicht dem BGH, eine Vielzahl von Revisionen auf zügigem, unkompliziertem Wege und in ressourcenschonender Weise zu erledigen und soll dessen Arbeitskraft für die nicht offensichtlich unbegründete Revision freisetzen.¹⁸ Rieß spricht von der unverzichtbaren Realbedingung für die Leistungsfähigkeit der Revision.¹⁹

Der Anteil der „ou“-Beschlüsse an allen Revisionsentscheidungen pendelte sich zunächst bei etwa 50 % ein.²⁰ Das Verfahren wurde nach dem 2. Weltkrieg mehr und mehr genutzt,²¹ inzwischen macht der BGH in durchschnittlich 76 % aller erledigten Revisionen vom Verfahren der Beschlussverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO Gebrauch.²² Damit stellt die „ou“-Verwerfung das Gros der Beschlussentscheidungen nach den §§ 349 Abs. 2 bis Abs. 4 StPO dar,²³ welche seit langem mit einem Anteil von ca. 92 % das zentra-

worden war und ebenfalls (unter III Nr. 5) die entsprechende Formel vorsah, ist abgedruckt bei Schubert (Fn. 5), S. 348 ff.

¹³ Kruse (Fn. 3), S. 13.

¹⁴ Lobe selbst empfand „gewissermaßen Vatergefühle“ für diese Bestimmung; *ders.*, JW 1925, 1612.

¹⁵ RGBI. I 1922, S. 569; vgl. Schubert (Fn. 5), S. XX.

¹⁶ Bloy, JuS 1986, 585 (595); Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2011, Rn. 321; Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 569.

¹⁷ Hanack, StV 2001, 140 (142); Momsen, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 55. Lfg., Stand: Juni 2009, § 349 Rn. 1; Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 1088.

¹⁸ Neuhaus, StV 2001, 152; Schlothauer, StV 2004, 340 (342); Dahs, NStZ 2001, 298; vgl. allgemein zu solchen Zweckmäßigkeitserwägungen Teppervien, in: Eser u.a. (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 595 (S. 603 f.).

¹⁹ Rieß, in: Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 397 (S. 415).

²⁰ Hamm, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. 2010, Rn. 4.

²¹ Römer, MDR 1984, 353 (354); Kruse (Fn. 3), S. 17; Neuhaus, StV 2001, 152.

²² 2005: 79,50 %; 2006: 77,79 %; 2007: 75,32 %; 2008: 76,17 %; 2009: 77,15 %; 2010: 75,12 %; Quellen: Übersicht über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofes 2005 ff.;

http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Statistik/StatistikStraf/statistikStraf_node.html (abgerufen am 10.1.2012).

²³ Barton, StV 2004, 332 (337).

le Erledigungsverfahren beim BGH darstellen.²⁴ Die nach dem gesetzlichen Modell an sich als Regelfall vorgesehene Hauptverhandlung bildet in der Praxis schon seit Jahrzehnten die Ausnahme.²⁵

Die gegenläufige Entwicklung von Beschlussentscheidung und Urteil und die Dominanz der „ou“-Verwerfung macht das *Diagramm* auf S. 205 noch einmal anschaulich.²⁶

Die Graphik belegt die beherrschende Rolle der Beschlussverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO. Diese Beschlussvariante macht den Löwenanteil aller Beschlüsse aus, er liegt zwischen 81 % und 83 %, so dass über $\frac{4}{5}$ aller Beschlussentscheidungen solche sind, mit denen die Revision als offensichtlich unbegründet verworfen wird.²⁸ Auf die Gesamtzahl der erledigten Revisionen bezogen sind das drei von vier Verfahren. Insgesamt dominiert also nicht nur das schriftliche Beschlussverfahren, sondern das besondere Beschlussverfahren der Verwerfung einer Revision als offensichtlich unbegründet die Revisionspraxis.

II. Kritik an der Praxis der „ou“-Verwerfung

Es ist angesichts dieser Dominanz der „ou“-Verwerfungen nicht verwunderlich, dass sich an der Handhabung des § 349 Abs. 2 StPO in der Spruchpraxis der Revisionsgerichte eine heftige Diskussion entzündet hat.

1. Das Merkmal der offensichtlichen Unbegründetheit

Die Kritik knüpft zunächst an den Begriff der offensichtlichen Unbegründetheit an, genau genommen an die Ausle-

²⁴ Rieß, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im Deutschen Anwaltverein (Hrsg.), Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs, 1986, S. 40 (S. 45).

²⁵ Graf/Wiedner, Strafprozessordnung, 2010, § 349 Vor Rn. 1; Rissing-van Saan, StraFo 2010, 359 (361); Maiwald, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 349 Rn. 1.

²⁶ Quellen: Rieß (Fn. 24) S. 58 f. (Tabelle 21); *ders.*, StV 1987, 269 (270, Tabelle 1); *ders.*, in: Hamm (Hrsg.), Festschrift für Werner Sarstedt zum 70. Geburtstag, 1981, S. 253 (S. 320, Tabelle 30); Übersichten über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des BGH 1997-2003; Kruse (Fn. 3), S. 21; Rottmann (Fn. 3), S. 2. Die auf andere Weise erledigten Revisionen wurden nicht aufgenommen. Mit diesen ergäben sich in der Addition 100 %-Werte.

²⁷ Daneben stehen die Beschlüsse nach § 349 Abs. 1 StPO (0,71 %); nach § 349 Abs. 4 StPO (3,86 %) sowie die kombinierten Beschlussformen, in denen die Revision zum einen Teil nach § 349 Abs. 4 StPO stattgegeben, zum anderen nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen wird (7,49 %). Die Prozentangaben beziehen sich auf die Jahre 1978/79, für die Rieß diese Werte errechnet hat, Rieß (Fn. 26), S. 253 (S. 323, Tabelle 34).

²⁸ S. auch Schlothauer, StV 2004, 340 u. Fürstenau, StraFo 2004, 38 (42), die einen Wert von ca. 80 % angeben.

gung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes²⁹ durch den BGH.

a) Die herrschende Definition

Ursprünglich wurde der Begriff dahin verstanden, dass sofort zu erkennen sein musste, welche Rechtsfragen vorlagen, wie sie zu beantworten waren und dass die Rügen die Revision nicht begründen konnten.³⁰ Das Ergebnis sollte zweifelsfrei auf den ersten Blick feststehen, jedenfalls ohne dass eine längere Nachprüfung erforderlich wäre. Das war aus Sicht eines Urteilenden mit entsprechender Sachkunde zu entscheiden.³¹ Gelegentlich beruft sich auch der BGH auf diese tradierten Formeln der herrschenden Meinung und stellt bei der Beschlussverwerfung darauf ab, dass es „für jeden Sachkundigen ohne längere Prüfung erkennbar [sei], dass das Urteil in sachlich-rechtlicher Hinsicht keine Fehler aufweist [...]“.³² Es wäre aber ein Trugschluss, wähte man den BGH auf der Linie der herrschenden Ansicht und des historischen Gesetzgebers, weil derartige Äußerungen dem entsprechen, was bereits *Lobe* mit dem Begriff der offensichtlichen Unbegründetheit verband. Diese solle nach *Lobe* vorliegen, „wenn sich die Unbegründetheit dem Blick eines sachkundigen Beurteilers sofort aufdränge.“³³ In der Lesung vor dem Reichstag umschrieb ein Vertreter der Reichsregierung das mit dem Gesetz verfolgte Ziel entsprechend damit, dass „der Entwurf nur beabsichtigt, solche Revisionen, bei denen die Unbegründetheit offensichtlich zu Tage liegt, von der Notwendigkeit der Erledigung durch förmliche Hauptverhandlung auszunehmen.“³⁴ Damit seien die zahlreichen Fälle gemeint, „in denen offensichtlich, also ohne daß nach irgendeiner Richtung ein Zweifel obwaltet, die Revision unbegründet ist“.³⁵

Danach scheidet die Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO aus, wenn zumindest ein Richter des zur Entscheidung berufenen *Senats* das Für und Wider länger erwägen muss und

sich Zweifel nicht sofort klären lassen.³⁶ In einem bemerkenswerten Fall, der beim OLG Hamm anhängig war, hatte der *Senat* erst nach einer Bearbeitungszeit von fünf Monaten bei der Generalstaatsanwaltschaft angeregt, einen Antrag nach § 349 Abs. 2 StPO nachzureichen, auf dass der *Senat* die Revision als „offensichtlich unbegründet“ verwerfen konnte.³⁷ Da u.a. die Anregung des Verwerfungsantrags dem Angeklagten nicht offengelegt worden war, hatte dessen Ablehnungsantrag gegen die Richter des *Senats* wegen Besorgnis der Befangenheit Erfolg.

Ob diese Form der „Bestellung“ des für das Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO unbedingt erforderlichen Verwerfungsantrags der Staatsanwaltschaft als solche nicht bereits die Besorgnis der Befangenheit begründet oder nicht zumindest unzulässig ist, ist umstritten. Vieles spricht für die Prozesswidrigkeit, weil die vom Gesetz in das Beschlussverfahren eingezogenen Kautelen zur Abwehr von Missbrauch auf diese Weise umgangen werden.³⁸ Was der Generalstaatsanwaltschaft nicht bereits bei der Übersendung der Revisionsakten an das Revisionsgericht als offensichtlich unbegründet erscheint, kann nicht aufgrund einer Anregung durch das Revisionsgericht zu einer offensichtlich unbegründeten Revision mutieren. Der Verdacht, es gebe einen Schulterchluss der schwarzen Roben,³⁹ sollte durch derartige Verfahrensweisen nicht weiter genährt werden.

Die Frage der Prozesswidrigkeit hatte der dann zu entscheidende *Senat* des OLG Hamm offengelassen. Anders als die drei abgelehnten OLG-Richter stufte er allerdings die Revision nicht als offensichtlich unbegründet ein. Er entschied stattdessen nach § 349 Abs. 4 StPO, hielt also die eingelegte Revision einstimmig für begründet und hob demzufolge das angefochtene Urteil per Beschluss auf.⁴⁰ Solche Konstellationen sollten jeden nachdenklich stimmen, der das nachfolgend zu skizzierende Verständnis des BGH für zutreffend hält.

²⁹ *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (39). Weshalb Schwierigkeiten bei der begrifflichen Klarstellung oder die Unmöglichkeit einer begrifflichen Definition (*Paulus*, in: von Heintschel-Heinegg/Stöckel [Fn. 17], Vorbereitung), § 349 Rn. 13; vgl. *Römer*, MDR 1984, 353 [355]) der Qualifikation des Merkmals als unbestimmtem Rechtsbegriff entgegenstehen sollen (*Detter*, StV 2004, 345 [346]), bleibt unerfindlich.

³⁰ BVerfG bei *Berkemann*, EuGRZ 1984, 442; BVerfG NStZ 2002, 487 (489); *Kuckein*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 349 Rn. 23; *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, S. 322; *Beulke* (Fn. 16), Rn. 569; *Hanack*, in: Rieß (Hrsg.), Löwel/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 25. Aufl. 2003, § 349 Rn. 8; *Neuhaus*, StV 2001, 221 (222 m.w.N.)

³¹ *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, S. 817; *Neuhaus*, StV 2001, 221 (222); *Dahs/Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 7. Aufl. 2008, Rn. 547; *Temming*, in: Lemke u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2009, § 349 Rn. 5.

³² BGH NJW 2002, 3266.

³³ *Lobe*, JW 1925, 1612.

³⁴ RT-Protokoll, 241. Sitzung am 1.7.1922, S. 8254.

³⁵ RT-Protokoll, 241. Sitzung am 1.7.1922, S. 8253.

³⁶ *Hanack* (Fn. 30), § 349 Rn. 10.

³⁷ OLG Hamm StV 2001, 221 (222).

³⁸ BVerfG NStZ 2000, 382 (383); das Verfahren sei mit der Regelung des § 349 Abs. 2 StPO kaum in Einklang zu bringen; *Beulke* (Fn. 16), Rn. 569; *Neuhaus*, StV 2001, 222; *ders.*, StV 2001, 152; *Bock*, JA 2011, 134 (135); *Wohlers*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 33. Lfg., Stand: September 2003, § 349 Rn. 26 m.w.N. Beim BGH wird dieses Verfahren nicht praktiziert; *Detter*, StV 2004, 345 (350). Für die Zulässigkeit einer solchen Anregung durch das Revisionsgericht OLG Zweibrücken NJW 2001, 2110; KG StV 2001, 153 (154); *Friemel*, NStZ 2002, 72 (73 f.).

³⁹ Zum Schulterchlusseffekt zwischen Richter und Staatsanwalt, allerdings außerhalb eines revisionsrechtlichen Kontextes, s. *Schünemann*, StV 2000, 159 (163).

⁴⁰ OLG Hamm StV 2001, 221 (222); dazu *Neuhaus*, StV 2001, 222 (223).

b) Die Auslegung durch den BGH

Es heißt, der Begriff „offensichtlich“ habe sich gewandelt⁴¹ und in der Praxis an Bedeutung verloren.⁴² Das ist eine stark bemäntelnde Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Korrekter wäre die Aussage, dass es auf die Offensichtlichkeit nicht mehr ankommt. Sie wird von der Praxis als obsolet betrachtet.⁴³ Dabei greift der BGH scheinbar die historische Intention des Gesetzgebers auf, den schwerfälligen und aufwendigen Apparat einer Revisionshauptverhandlung zu vermeiden,⁴⁴ wenn dort nur das den Revisionsrichtern wie anderen Sachkundigen Offensichtliche zu beurkunden ist. Es soll nun genügen, dass der Revisionsssenat einhellig der Auffassung ist, dass die von der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen zweifelsfrei zu beantworten sind und auch die Durchführung einer Revisionshauptverhandlung keine neuen Erkenntnisse tatsächlicher oder rechtlicher Art erwarten lässt.⁴⁵ § 349 Abs. 2 StPO wird folglich funktionell ausgelegt, und diese funktionelle Sichtweise wird – wenn überhaupt – dem Merkmal der Offensichtlichkeit aufgepfropft. Die spezifische Funktion dieses Kriteriums liege nur darin, solche Revisionen aus dem Bereich der Beschlussverwerfung auszunehmen, bei denen die Durchführung des Normalverfahrens, sprich der Hauptverhandlung, sinnvoll erscheint, weil von der Revisionshauptverhandlung noch ein Erkenntnisgewinn zu erwarten ist⁴⁶ oder weil dies die Schutzfunktion der mündlichen Hauptverhandlung gebiete.⁴⁷ Letzteres könne der Fall sein, wenn nur durch Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten der gesamte Verfahrensstoff allen Revisionsrichtern ausreichend vermittelt und die Rechtsposition des Angeklagten hinreichend gewahrt werden kann.⁴⁸ Diskutiert wird ein solcher Bereich für behauptete Mängel der Beweiswürdigung, die sich in ihren Verästelungen einer Darstellung mittels der schriftlichen Revisionsbegründung widersetzen und erst durch mündlichen Vortrag verdeutlichen ließen sowie für Wertungsfragen, die das Tatsächliche berühren.⁴⁹ Der Sinn

⁴¹ BGH NJW 2001, 85.

⁴² *Kintzi*, DRiZ 2000, 187 (190); *Kodde*, Zur Praxis der Beschlußverwerfung von Revisionen (§ 349 Abs. 2 StPO), 1989, S. 190.

⁴³ *Rieß* (Fn. 19), S. 397 (S. 415), der dieser Haltung zustimmt.

⁴⁴ BGH StV 2005, 3.

⁴⁵ BGH NJW 2001, 85; BGH StV 2005, 3; *Detter*, StV 2004, 345 (346); *Friemel*, NStZ 2002, 72 (73); *Meyer-Gößner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 349 Rn. 10.

⁴⁶ *Wohlers* (Fn. 38), § 349 Rn. 34; *Detter*, StV 2004, 345 (349).

⁴⁷ *Detter*, StV 2004, 345 (346); *Radtke*, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1994, S. 228.

⁴⁸ *Radtke* (Fn. 47), S. 228 f. unter Berufung auf *Penner*, Reichweite und Grenzen des § 349 Abs. 2 StPO (Lex Lobe), 1962, S. 22 und *Rottmann* (Fn. 3), S. 22.

⁴⁹ *Hanack*, in: *Hanack/Rieß/Wendisch* (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, 1982, S. 301 (S. 304); *Peters*, in: *Hassenpflug* (Hrsg.), Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag am 11.12.1979,

und Zweck des § 349 Abs. 2 StPO wird darin gesehen, dem Revisionsgericht den Aufwand einer Hauptverhandlung zu ersparen.⁵⁰ Entsprechend gehe es bei der Auslegung des § 349 Abs. 2 StPO einzig um die Frage, ob das schriftliche Entscheidungsverfahren ausreicht oder eine Hauptverhandlung geboten erscheint.⁵¹ Wie weit sich die höchstrichterliche Praxis von einer Offensichtlichkeit selbst in deren weitestem Wortsinne entfernt hat, zeigt die eingebürgerte Übung, dass die Beschlussverwerfung wegen offensichtlicher Unbegründetheit mit einer Schuldspruchberichtigung einhergehen kann, wenn eine Auswirkung auf den Rechtsfolgenauspruch auszuschließen ist,⁵² wovon teilweise in weitem Umfang und auch zum Nachteil des Angeklagten Gebrauch gemacht wird. Der einer solchen Revisionsentscheidung immanente Widerspruch wird nicht mehr wahrgenommen.

c) Diskussion des Begriffs der offensichtlichen Unbegründetheit

Es erscheint fraglich, ob sich der BGH und dessen Anhänger in dieser Frage wirklich noch im Rahmen des Telos des § 349 Abs. 2 StPO bewegen, auf den sie sich mit ihrem funktionalen Verständnis berufen. Falls es dem Gesetz darum ginge, den Aufwand einer Revisionshauptverhandlung nur dann zu verlangen, wenn davon ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn zu erwarten wäre, stünde es in der StPO. Dort heißt es aber nicht, dass eine Revision im Beschlusswege zu verwerfen sei, wenn die Durchführung einer Hauptverhandlung nicht sinnvoll erscheint, sondern wenn die Revision offensichtlich unbegründet ist. Richtig ist, dass das Revisionsverfahren einer mündlichen Verhandlung nicht obligatorisch bedarf, weil es weitgehend auf schriftliche Unterlagen zurückgreifen kann und eine Ergänzung der Tatsachen in der Regel ausscheidet.⁵³ Das findet eine Stütze in den Motiven zum Entwurf der RStPO, wenn dort zu lesen ist, „daß das Verfahren in der Revisionsinstanz [...] wesentlich ein schriftliches, d.h. ein solches ist, bei welchem der Stoff für die richterliche Entscheidung in Schriftsätzen niedergelegt und darum die mündliche Darlegung der Beschwerdepunkte vor dem erkennenden Gericht nebensächlich ist.“⁵⁴ Es wäre aber die Aufga-

1980, S. 137 (S. 152). Gegen eine Überschätzung der Leistungsfähigkeit des Mündlichkeitsgrundsatzes *Ventzke*, NStZ 2003, 104; *Fezer*, JZ 2007, 40 (45 f.). Gerade erfahrene Revisionsrichter weisen dagegen auf den Wert der mündlichen Verhandlung hin; *Hanack* (a.a.O.), S. 306 f.

⁵⁰ *Graf/Wiedner* (Fn. 25), § 349 Rn. 18; *Zwiehoff*, in: *Bemann/Manoledakis* (Hrsg.), Der Richter in Strafsachen, Griechisch-Deutsches Symposium, 1992, S. 119 (S. 121); *Hamm*, StV 2000, 454 (456); zutreffend kritisch dagegen *Meyer-Gößner* (Fn. 45), § 349 Rn. 10.

⁵¹ *Dahs*, NStZ 2001, 298 f.

⁵² *Kuckein* (Fn. 30), § 349 Rn. 29; *Hanack* (Fn. 30), § 349 Rn. 25.

⁵³ *Rieß* (Fn. 19), S. 397 (S. 414); vgl. *Ventzke*, NStZ 2003, 104 (105).

⁵⁴ *Motive*, *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 3, Materialien zur Strafprozessordnung,

be des Gesetzgebers, daraus Konsequenzen zu ziehen und als Regelverfahren ein Beschlussverfahren vorzusehen.⁵⁵ Mit einer Ausnahmevorschrift⁵⁶ wie derjenigen des § 349 Abs. 2 StPO lässt sich die Umkehrung des Ausnahmeverfahrens zum Regelverfahren jedenfalls dogmatisch haltbar nicht begründen, auch nicht durch einen „Befreiungsschlag“ des BGH, wie dessen neues Verständnis von § 349 Abs. 2 StPO titulierte wurde.⁵⁷

Die Entstehungsgeschichte hat auch gezeigt, dass der Apparat einer Revisionshauptverhandlung lediglich in den Fällen aus verfahrensökonomischen Erwägungen entbehrlich sein sollte, in denen es dem Angeklagten offensichtlich um den Aufschub der Rechtskraft und nicht um eine rechtliche Kontrolle ging. Die Entbehrlichkeit einer mündlichen Hauptverhandlung hing als Rechtsfolge vom Vorliegen dieser Voraussetzung ab, die die RStPO und später die StPO mit dem Merkmal der offensichtlichen Unbegründetheit umschrieb. Die Entbehrlichkeit der Hauptverhandlung war niemals voraussetzungslos, wird es aber in der neuen Auslegung des BGH. Ihm ist vorzuhalten, dass er die Prämisse mit der Rechtsfolge definiert, also vom erwünschten Ergebnis her argumentiert.⁵⁸ Das ist als Zirkelschluss methodisch fragwürdig.

Die Befürworter der BGH-Ansicht führen ins Feld, dass es nicht gelungen sei, eine wirklich präzise, im konkreten Fall sicher handhabbare Umschreibung für die offensichtliche Unbegründetheit im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO zu finden.⁵⁹ Die Formeln der herrschenden Meinung seien schlicht nicht operabel,⁶⁰ das Merkmal „offensichtlich“ entziehe sich einer Definition: jedenfalls werden sich bis ins Einzelne gehende sachliche Kriterien nicht finden lassen.⁶¹ Diesen Stimmen ist zuzugestehen, dass die Beurteilung, wann etwas offensichtlich ist, eine subjektive Seite und damit bekenntnishafte Elemente hat. Es ist aber keinesfalls richtig, die Offensichtlichkeit sei pures Erlebnis.⁶² Denn unter welchen Prämissen dieses „Erlebnis“ der Offensichtlichkeit eintreten soll, ist eine

normative Frage.⁶³ Sie ist damit wie bei jedem normativen Tatbestandsmerkmal auch einer Subsumtion zugänglich. Ein weiteres tritt hinzu: Es ist zu berücksichtigen, dass es um eine negative Bewertung geht, um die *Un*-Begründetheit der Revision, welche zudem offensichtlich sein muss. Es ist wissenschaftstheoretisch als negatives Prinzip ein akzeptierter Grundsatz, dass unsere Erkenntnisse beim Falsifizieren sehr viel sicherer sind, als wenn wir positiv sagen müssten, was einen Begriff ausmacht.⁶⁴ Mit anderen Worten: Die Wertung, die Revision sei offensichtlich unbegründet, lässt sich zuverlässiger treffen als die positive Wertung, sie sei offensichtlich begründet. Zutreffend wird § 349 Abs. 2 StPO vom BVerfG nicht als eine zu unbestimmte Norm angesehen. Der Inhalt dieser Bestimmung lasse sich ohne weiteres durch Auslegung ermitteln.⁶⁵

Im Übrigen führt der Anknüpfungspunkt an die Notwendigkeit einer mündlichen Revisionshauptverhandlung keinesfalls zu einer präziseren Klärung als das Kriterium der Offensichtlichkeit für jeden Sachkundigen, worauf *Radtke* zu Recht hinweist.⁶⁶ Mit der Entbehrlichkeit der Hauptverhandlung werde vielmehr ein anderer, noch um einiges vagerer Maßstab eingeführt.⁶⁷ Das zeigen nicht zuletzt die zahlreichen Verfahren, in denen die sachkundige Revisionsabteilung des Generalbundesanwalts einen Antrag nach § 349 Abs. 2 StPO stellt, der BGH aber dennoch terminiert und die angefochtenen Urteile aufhebt.⁶⁸ Besonders krass scheint die Diskrepanz im Pistazieneis-Fall auf, bei dem der Generalbundesanwalt die Revision als offensichtlich unbegründet eingestuft hatte,⁶⁹ der BGH aber direkt vom Vorwurf des Mordes freisprach.⁷⁰ Von weiteren Fällen wird bei *Sarstedt/Hamm* berichtet.⁷¹ Solche Fehlbeurteilungen zeigen gerade, dass der Maßstab des BGH untauglich ist, eine einigermaßen verlässliche Handhabung zu erzeugen. Indem sich die Rechtsprechung immer weiter von dem, was jedem mit Sachkunde ausgestatteten Beteiligten als offensichtlich unbegründet ins Auge springt, entfernt hat, hat sie zugleich ihren Beurteilungsspielraum extra legem ausgeweitet und damit zwangsläufig die Unsicherheiten potenziert. Das ist überaus bedenklich. Denn es hat weiter Gültigkeit, was *Imme Roxin* schreibt: „Es ist [...] gerade eine der zentralen Forderungen des Rechtsstaates,

Abteilung 1, 2. Aufl. Berlin 1885 (Nachdruck Aalen 1983), S. 254.

⁵⁵ *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (39). Entsprechend argumentiert *Meyer-Goßner* für eine Anpassung de lege ferenda; *Meyer-Goßner* (Fn. 45) § 349 Rn. 11.

⁵⁶ *Römer*, MDR 1984, 353 (354 u. 355); *Detter*, StV 2004, 345 (348).

⁵⁷ *Ventzke*, NStZ 2003, 104 (105).

⁵⁸ Zutreffend *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (40); *Fezer*, StV 2007, 40 (45).

⁵⁹ *Tolksdorf*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, 1995, S. 393 (S. 407).

⁶⁰ *Wohlens* (Fn. 38), § 349 Rn. 32.

⁶¹ *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1373; *Römer*, MDR 1984, 353 (355); *Paulus* (Fn. 29), § 349 Rn. 13; *Kruse* (Fn. 3), S. 32; *Meyer-Goßner* (Fn. 45), § 349 Rn. 11.

⁶² So aber *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1373.

⁶³ *Maiwald*, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 3, 1966, § 349 Rn. 6; *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (39).

⁶⁴ Vgl. zum negativen Prinzip nur *Kaufmann*, in: Zaczyk u.a. (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, 1998, S. 307 (S. 366).

⁶⁵ BVerfG NJW 1982, 925.

⁶⁶ *Radtke* (Fn. 47) S. 229.

⁶⁷ *Hanack* (Fn. 30), § 349 Rn. 9.

⁶⁸ *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1373.

⁶⁹ *Salditt*, StraFo 1999, 160 (161).

⁷⁰ BGH NJW 1999, 1562 (1564). Zuvor hatten zwei Landgerichte die Angeklagte wegen Giftmordes an deren siebenjähriger Tochter verurteilt. Bereits das erste Urteil hatte der BGH aufgehoben (BGH StV 1997, 62).

⁷¹ *Sarstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl. 1998, S. 584 f.

daß staatliches Handeln dem Bürger gegenüber grundsätzlich meßbar und vorausberechenbar sein muß.⁷²

Die vom BGH hinzugefügte Begrenzung, dass die unterbreiteten Rechtsfragen bereits höchstrichterlich geklärt sein müssen und zweifelsfrei in einem bestimmten Sinn zu beantworten sind,⁷³ taugt als Eingrenzung einer ausufernden Praxis der „ou“-Verwerfung nicht. Das Maß zweifelsfreier, ständiger Rechtsprechung als Verwerfungsgrund ist zudem mit der Aufgabe der Rechtsfortbildung kaum kompatibel. Letztlich bedeutet es Rechtsstillstand, weil ein Rechtsprechungswandel unmöglich gemacht würde und gefestigte Rechtsmeinungen nicht mehr überdacht werden könnten:⁷⁴ stattdessen wäre die Revision als offensichtlich unbegründet zu verwerfen. Die Aufgabe der Figur des Fortsetzungszusammenhanges, einem in ständiger Rechtsprechung anerkannten Institut, wäre beispielsweise prozessual an sich nicht möglich gewesen. Bezeichnenderweise hatte in den beiden der Vorlage an den *Großen Senat* für Strafsachen zugrundeliegenden Fällen der Generalbundesanwalt die Verwerfung der Revision als offensichtlich unbegründet nach § 349 Abs. 2 StPO beantragt.⁷⁵

Der Begriff der Offensichtlichkeit ist demnach wieder ernst zu nehmen. § 349 Abs. 2 StPO ist, wie es schon *Lobe* favorisierte, *eng* auszulegen. Wenn ein *Senat* eine Revision für einstimmig unbegründet hält – und dann dürfte eine mündliche Revisionshauptverhandlung regelmäßig entbehrlich erscheinen – ist die Revision noch lange nicht *offensichtlich* unbegründet. Es bedarf eines Plus*, die Unbegründetheit muss quasi auf der Hand liegen. Wenn etwa in den beiden Paderborner Bordell-Fällen den Generalbundesanwalt beim Verwerfungsantrag ein ungutes Gefühl befällt,⁷⁶ verbietet sich die Annahme einer offensichtlichen Unbegründetheit. In zutreffender Weise ausgelegt, hätte § 349 Abs. 2 StPO die Verwerfungsanträge für beide Verfahren nicht rechtfertigen können. In den besagten Fällen sind in getrennt geführten Parallelverfahren gegen zwei Mittäter die Strafkammern zu gegensätzlichen Feststellungen gekommen, weil mehrere Beweistatsachen bei ein- und demselben Sachverhalt gegensätzlich gewürdigt worden waren.⁷⁷ Eines der beiden gefundenen Ergebnisse konnte denknotwendig nicht dem tatsächlichen Geschehen entsprochen haben, so dass vorliegend ohne längeres Nachdenken offen auf der Hand liegt, dass eines der Urteile rechtlich fehlerhaft war.

Die Unbegründetheit muss also gleichsam für den Sachkundigen auf der Hand liegen. Präziser wird sich das Merkmal nicht fassen lassen. Dem Revisionsgericht wird weiterhin ein Beurteilungsspielraum verbleiben.⁷⁸ Aber nur wenn es als

einschränkendes Merkmal zur Begrenzung einer Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO verstanden wird, lässt sich den Vorwürfen des Missbrauchs dieses Instituts durch die Revisionsgerichte begegnen.

Gefordert ist damit in gleicher Weise der Generalbundesanwalt. Denn da die „ou“-Verwerfung mit seinem entsprechenden Antrag steht und fällt, hat er es ebenso in der Hand, ob es zu diesem Verfahren kommt. Ihn trifft damit dieselbe Verantwortung wie den BGH für die gesetzeskonforme Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO. Daher ist auch der Generalbundesanwalt aufgefordert, Anträge nach § 349 Abs. 2 StPO nur zu stellen, wenn die Voraussetzung der offensichtlichen Unbegründetheit der Revision in der hier angemahnten gesetzeskonformen Auslegung gegeben ist.

Dass damit eine „außerordentlich praktische Vorschrift“⁷⁹ leerlaufen würde, steht nicht zu befürchten. Auch wenn konstatiert wird, die Zahl guter Revisionsbegründungen habe zugenommen,⁸⁰ gibt es eine beträchtliche Anzahl an Revisionen, deren Qualität gering ist.⁸¹ Daran wird sich auch aufgrund des genannten „Strohhalmeffektes“ in Zukunft wenig ändern, so dass ein hinreichend breiter Anwendungsbereich für die Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO verbleibt, mit dem sich die Revisionsgerichte zeit- und arbeitssparend vornehmlich aussichtsloser Revisionen entledigen können. Bei einem großen Prozentsatz ist die sachliche Unbegründetheit auch wirklich offensichtlich im Sinne einer restriktiven Auslegung. *Kruse* hat deutlich herausgearbeitet, dass sich vielfach eindeutig entscheiden lässt, ob Offensichtlichkeit vorliegt.⁸²

2. Zur Kritik an der „ou“-Verwerfung in der revisionsrechtlichen Praxis

Jenseits des Streits um den Begriff der offensichtlichen Unbegründetheit ist die Praxis der Beschlussverwerfung von Anbeginn an Gegenstand heftigster Kontroversen gewesen. Der unbegründete Verwerfungsbeschluss wird insbesondere von der Anwaltschaft als diskriminierend wahrgenommen.⁸³ Die Kargheit und Härte solcher Beschlüsse ohne ein Wort der Erklärung ist den Mandanten schwer zu vermitteln, die in den Haftanstalten ihren Frieden mit dem Urteil finden müssten.⁸⁴ Insbesondere bei guten und ausführlichen Revisionsbegründungen, die entsprechend honoriert werden müssen, führe der

ten im verwaltungsrechtlichen Sprachgebrauch abweicht, der zwischen Tatbestandsvoraussetzungen einerseits (dann Beurteilungsspielraum) und Rechtsfolge andererseits (dann Ermessensspielraum) unterscheidet; vgl. nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, Rn. 51.

⁷² *Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 4. Aufl. 2004, S. 30.

⁷³ BGHSt 38, 177 (184); *Kuckein* (Fn. 30), § 349 Rn. 23.

⁷⁴ *Maiwald* (Fn. 63), § 349 Rn. 7; *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1375.

⁷⁵ BGHSt 40, 138 (140 u. 142).

⁷⁶ *Meyer-Goßner/Cierniak*, StV 2000, 696 (697 Fn. 8) zu BGH StV 2000, 72 sowie 72 f.

⁷⁷ Vgl. dazu *Rosenau* (Fn. 7), S. 521 (S. 541 f.).

⁷⁸ So auch *Radtke* (Fn. 47), S. 229. Das BVerfG (NStZ 2002, 487 [489]) und *Kuckein* ([Fn. 30], § 349 Rn. 24) sprechen von einem Ermessensspielraum, was von den Gepflogenheiten

⁷⁹ *Lobe*, JW 1925, 1612.

⁸⁰ *Schmidt*, MDR 1984, 174; *Jungfer*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im Deutschen Anwaltverein (Fn. 24), S. 155 (S. 160).

⁸¹ *Hanack* (Fn. 49), S. 301 (S. 308); *Detter*, StV 2004, 345 (349).

⁸² *Kruse* (Fn. 3), S. 112 ff. u. S. 296 ff.; dazu *Radtke* (Fn. 47), S. 229, Fn. 168.

⁸³ *Dahs*, NStZ 2001, 298; *Salditt*, StV 2001, 252; *Fürstenau*, StraFo 2004, 38.

⁸⁴ *Jungfer* (Fn. 80), S. 155 (S. 159).

lakonische Beschluss, die Revision sei offensichtlich unbegründet, zu Unverständnis.⁸⁵ Der Rechtskultur sei das abträglich.⁸⁶ Als Ärgernis müssen Revisionsanwälte auch empfinden, dass ihre gründlich ausgeführten Revisionen mit einer begründungslosen Verwerfung quittiert werden, während die Revision der Staatsanwaltschaft entsprechend der Übung der Generalbundesanwaltschaft regelmäßig zum Gegenstand einer Revisionshauptverhandlung gemacht wird, und zwar unabhängig von der Frage, ob jene Revision nicht auch offensichtlich unbegründet erscheinen muss.⁸⁷

Diese Einwände berühren eher atmosphärische Fragen, denen der BGH durch sprachliche Glättung zu begegnen versucht, indem er in seinen Beschlüssen lediglich die Norm des § 349 Abs. 2 StPO zitiert und die Umschreibung der Verwerfung als „offensichtlich“ unbegründet auslässt.⁸⁸ Auch die Kritik an der Übung des BGH, zuweilen die Verwerfungsbeschlüsse mit ergänzenden Hinweisen zu versehen, beispielsweise in Erwiderung auf Rechtsfragen, die Verteidiger in Gegenerklärungen angesprochen haben, geht in diese Richtung. Sie werden zu Unrecht entweder als missbräuchliche Disziplinierung der Tatgerichte oder als Abkanzlung der Verteidiger bemäkelt.⁸⁹ Solche Ergänzungen werden vom BVerfG für sinnvoll erachtet, wenn sich das Revisionsgericht nur im Ergebnis dem Verwerfungsantrag der Staatsanwaltschaft anschließen will, aber dies aufgrund einer abweichenden Rechtsauffassung tut.⁹⁰ Zweifelhaft ist eine solche Verfahrensweise gleichwohl, weil sie offenbart, dass gerade keine offensichtlich unbegründeten Revisionen vorgelegen haben. Denn Offensichtliches bedarf keiner Begründung,⁹¹ weshalb auch von Befürwortern dieser Praxis angemahnt wird, dass sich die nähere Begründung im Verwerfungsbeschluss nicht in Widerspruch zum Merkmal der offensichtlichen Unbegründetheit stellen dürfe.⁹²

Die Kritik reicht aber noch weiter ins Grundsätzliche. Es wird die nicht unerhebliche Gefahr gesehen, dass von der

Möglichkeit der arbeitssparenden Beschlussverwerfung eine gewisse Versuchung zum Missbrauch ausgeht.⁹³ Das Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO ist dem Verdacht ausgesetzt, dass mit seiner Hilfe Revisionen insgesamt erledigt werden, bei denen eine ausführliche Begründung dem Revisionsgericht argumentative Schwierigkeiten bereiten könnte.⁹⁴ Es wird gemutmaßt, dass sich der BGH auf diese Art und Weise nicht nur offensichtlich unbegründeter, sondern auch „offensichtlich unbequeme(r)“ Revisionen entledigt.⁹⁵ So schreibt der langjährige Revisionsrichter *Sarstedt*, dass sich nach seinem Eindruck bei „ou“-Verwerfungen, die er nicht für möglich gehalten habe, die Begründung für die Entscheidung nicht hätte schreiben lassen können.⁹⁶ Es liegt auf der Hand, dass derartige Befürchtungen genährt werden, wenn BGH-Richter bestätigen, dass die Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO in Relation zum aktuell zu bewältigenden Arbeitsanfall bei den Strafsenaten des BGH stehe und als Mittel der Arbeitsregulierung diene.⁹⁷ Auch im Zusammenhang mit § 349 Abs. 2 StPO begegnet einem das Motto vom „goldrichtigen“ Urteil, das man nicht aufheben könne.⁹⁸ Eine Revision wird mithin nach § 349 Abs. 2 StPO schlankerhand trotz inhaltlich zutreffender Revisionsrügen als offensichtlich unbegründet verworfen, wenn das Urteil im Ergebnis vertretbar erscheint.⁹⁹ Das öffne der Willkür Tür und Tor.¹⁰⁰

Der Vorwurf der Willkür und der Rechtsverweigerung¹⁰¹ lässt sich ohne eine inhaltliche Analyse der angegriffenen Taturteile kaum bewerten. Bislang fußt sie auf Beurteilungen und Äußerungen einzelner.¹⁰² Die Apologeten der Beschlussverwerfung verweisen demgegenüber auf die vom Gesetzgeber in das Verfahren eingebauten Garantien, die als Sicherungen ausreichend seien. Angeführt wird zunächst die erforderliche Einstimmigkeit innerhalb des Revisionssenates.¹⁰³ Das Einstimmigkeitserfordernis solle dafür Sorge tragen, dass nur solche Revisionen im Beschlusswege verworfen werden, bei denen mit hinreichender Sicherheit der Maßstab des § 349

⁸⁵ *Jungfer* (Fn. 80), S. 155 (S. 160); s. auch *Detter*, StV 2004, 345 (348 m.w.N.).

⁸⁶ *Schlothauer*, StV 2004, 340 (341).

⁸⁷ *Hamm*, StV 2000, 637. Kritisch dazu als Anwendung des § 349 StPO praeter legem *Barton*, StV 2004, 332 (338); *Meyer-Mews/Rotter*, StraFo 2011, 14 (15). Rechtlich ist nicht zu bezweifeln, dass auch eine staatsanwaltschaftliche Revision nach § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet beschieden werden kann; *Detter*, Revision im Strafverfahren, 2011, Rn. 445.

⁸⁸ *Dahs*, NStZ 1981, 205 (206).

⁸⁹ Einerseits *Dahs*, NStZ 1981, 205 (207); andererseits *Ventzke*, StV 2000, 249 (252).

⁹⁰ BVerfG NStZ 2002, 487 (489); ebenso *Detter*, StV 2004, 345 (350); *Kuckein* (Fn. 30), § 349 Rn. 28. Kritisch dagegen *Temming* (Fn. 31), § 349 Rn. 7. Dass das Revisionsgericht nicht an den Verwerfungsantrag gebunden ist, wird überwiegend anerkannt; s. nur *Maiwald* (Fn. 63), § 349 Rn. 10; *Kuckein* (Fn. 30), § 349 Rn. 25; *Temming* (Fn. 31), § 349 Rn. 7.

⁹¹ *Temming* (Fn. 31), § 349 Rn. 7.

⁹² *Kuckein* (Fn. 30), § 349 Rn. 16.

⁹³ *Neuhaus*, StV 2001, 222 (223 m.w.N.); *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1381; *Schlothauer*, StV 2004, 340 (341); *Römer*, MDR 1984, 353 (354).

⁹⁴ *Rieß* (Fn. 19), S. 397 (S. 416).

⁹⁵ *Schünemann*, JA 1982, 123 (129); *Zwiehoff* (Fn. 50), S. 119.

⁹⁶ *Sarstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 5. Aufl. 1983, S. 346; a.A. ohne Begründung *Schmidt*, MDR 1984, 174 f.; relativierend *Hamm*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im Deutschen Anwaltverein (Fn. 24), S. 19 (S. 27).

⁹⁷ *Hanack* (Fn. 49), S. 301 (S. 308); *Schlothauer*, StV 2004, 340 (341); *Neuhaus*, StV 2001, 152 m.w.N.

⁹⁸ *Barton*, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999, S. 261 f.; *Ventzke*, NStZ 2011, 481 (485 f.).

⁹⁹ *Neuhaus*, StV 2001, 222 (223).

¹⁰⁰ *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (40).

¹⁰¹ Vgl. *Kruse* (Fn. 3), S. 14.

¹⁰² *Hanack*, StV 2001, 140 (142 unter Hinweis auf *Barton* [Fn. 98], S. 261 ff.).

¹⁰³ BGH NStZ-RR 2009, 252; *Tolksdorf* (Fn. 59), S. 393 (S. 407); *Wohlers* (Fn. 38), § 349 Rn. 40; *Hamm*, StV 2000, 454 (456); *Detter*, StV 2004, 345 (349).

Abs. 2 StPO nicht überdehnt werde. Dass hier einiges von der Persönlichkeit der beteiligten Richter abhängt, liegt auf der Hand.¹⁰⁴ Es wird berichtet, dass manche Richter entgegen ihrer Rechtsansicht zustimmen, um einen arbeitssparenden Verwerfungsbeschluss zu ermöglichen; denn ein Widerspruch gegen die Mehrheit im *Senat* werde als sinnlos wahrgenommen, es komme nur zu einer nutzlosen Hauptverhandlung, infolge derer auch noch eine schriftliche Urteilsbegründung zu verfassen sei.¹⁰⁵ Alternativ werden – so ist zu vernehmen – Beratungstermine auf Zeiten der Abwesenheiten von dissentierenden Richtern gelegt, damit diese sich nicht genötigt sehen, gegen ihre eigene Überzeugung votieren zu müssen und so das Verfahren aufzuhalten. Stattdessen stimmt der geschäftsmäßige Vertreter zu, der weniger oder keinerlei Bedenken hat: alles Umgehungen, die die vom Gesetz vorgesehenen Sicherungsklauseln leer laufen lassen. In deutlichen Worten: Rechtsmissbrauch.¹⁰⁶

Ebenso relativiert sich die zweite Sicherung gegen Missbrauch bei der Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO. Diese wird im Antragserfordernis durch die Staatsanwaltschaft beim Revisionsgericht gesehen.¹⁰⁷ Staatsanwaltschaft und Gericht und damit zwei Strafverfolgungsorgane sollen unabhängig voneinander die Revision als offensichtlich unbegründet ansehen.¹⁰⁸

Die Einführung des Antragserfordernisses im Jahre 1964 durch das StPÄG vom 19.12.1964¹⁰⁹ sollte die Beschlussverwerfung erschweren.¹¹⁰ Tatsächlich habe sie diese erleichtert, weil die geteilte Verantwortung für das Revisionsgericht weniger belastend ist und zudem von der Möglichkeit der Gegenerklärung gegen den Verwerfungsantrag der Staatsanwaltschaft kaum Gebrauch gemacht wird. Das Revisionsgericht könne daraus den Schluss ziehen, dass der Revisionsführer von der Antragschrift der Staatsanwaltschaft überzeugt sei.¹¹¹

Ob das eine wie das andere letztlich überzeugen kann, mag an dieser Stelle offenbleiben. Einer Abschaffung des § 349 Abs. 2 StPO kann angesichts der Bedeutung dieses Instituts für die Funktionsfähigkeit der Revisionsgerichte auch nicht das Wort geredet werden.¹¹² Es ist nur festzuhalten, dass die Verfahrenswirklichkeit den gesetzlichen Vorga-

ben nicht entspricht.¹¹³ Die derzeitige Handhabung des § 349 Abs. 2 StPO ist zum einen mit dessen Wortlaut, zum anderen – wie wir gleich sehen werden – mit dem Verfahrensziel der Revision nicht zu vereinbaren.

3. Die Unvereinbarkeit der „ou“-Verwerfung in der heutigen Praxis mit einer qualitätskontrollierenden und -sichernden Revision

Die „ou“-Verwerfung erfolgt in aller Regel ohne Begründung.¹¹⁴ Das ergibt sich nicht aus § 349 Abs. 2 StPO, sondern entspricht seit den Zeiten des RG der ständigen Übung der Revisionsgerichte.¹¹⁵ Angesichts der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers, das vollständige Fehlen einer Begründung in allen drei großen Verfahrensordnungen zum absoluten Revisionsgrund zu machen,¹¹⁶ verwundert es nicht, wenn schließlich auch dieser Umstand Gegenstand massiver Kritik geworden ist. Verfassungsrechtlich mag das noch unbedenklich sein, weil der Revisionsführer aufgrund des Verwerfungsantrags durch die Staatsanwaltschaft beim Revisionsgericht eine, wenn auch unter Umständen nur kurze,¹¹⁷ Begründung erhält.¹¹⁸ Durch die Gründe aus dem Verwerfungsantrag und die Gründe des angefochtenen Urteils sei der Angeklagte hinreichend informiert.¹¹⁹

Das vermag jedenfalls für den Fall nicht zu überzeugen, in dem das Revisionsgericht seinen Beschluss nicht in vollem Umfang auf die Ausführungen in der Antragschrift der Staatsanwaltschaft stützt. Da es daran aber nicht gebunden ist¹²⁰ und die Antragsbegründung nicht als ein stillschweigend in Bezug genommener Teil der Beschlussentscheidung gilt,¹²¹ mutiert der Verwerfungsbeschluss in derartigen Situationen zu einer begründungslosen Entscheidung und wird rechtsstaatlich bedenklich.¹²² Diese Bedenken lassen sich

¹¹³ Fezer, StV 2007, 40 (43).

¹¹⁴ BVerfG NJW 1982, 925; bei Berkemann, EuGRZ 1984, 442; Eschelbach/Gieg/Schulz, NStZ 2000, 565 (570).

¹¹⁵ Zwiehoff (Fn. 50), S. 119 (S. 121).

¹¹⁶ Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 345 unter Hinweis auf § 547 Nr. 6 ZPO, § 338 Nr. 7 StPO sowie § 138 Nr. 6 VwGO.

¹¹⁷ Kritisch dazu Wohlers (Fn. 38), § 349 Rn. 28, der die Begründungsanforderung annahmt, die an eine Rechtsmittelentscheidung zu stellen ist.

¹¹⁸ So etwa BVerfG NStZ 2002, 487 (488 f.).

¹¹⁹ BGH NJW 2002, 3266; Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 1995, S. 280; Hanack (Fn. 30), § 349 Rn. 21; Kuckein (Fn. 30), § 349 Rn. 27; Eschelbach/Gieg/Schulz, NStZ 2000, 565 (570).

¹²⁰ Allgemeine Meinung; Temming (Fn. 31), § 349 Rn. 4; Friemel, NStZ 2002, 72 (73); Schlothauer, StraFo 2000, 289 (292).

¹²¹ Kuckein (Fn. 30), § 349 Rn. 25. A.A. noch BVerfG, 3. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 3.2.2000 – 2 BvR 152/00 und v. 1.2.2000 – 2 BvR 75/00 (unveröffentlicht): die Antragsbegründung der Staatsanwaltschaft sei in die verfahrensbeendende Beschlussentscheidung eingeflossen.

¹²² Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 2005, S. 660; wohl auch Fezer, StV 2007, 40 (44).

¹⁰⁴ Römer, MDR 1984, 353 (356).

¹⁰⁵ Berichtet von Kutzer, StraFo 2000, 325 (327); vgl. Hanack (Fn. 30), § 349 Rn. 12.

¹⁰⁶ Vgl. Kühne (Fn. 17), Rn. 1089; abwiegelnd Wohlers (Fn. 38), § 349 Rn. 21.

¹⁰⁷ BGH NStZ-RR 2009, 252; Detter, StV 2004, 345 (349); Tolksdorf ([Fn. 59], S. 393 (S. 407)); Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 1995, S. 280; Friemel, NStZ 2002, 72; Neuhaus, StV 2001, 152 (153); Bock, JA 2011, 134 (135).

¹⁰⁸ Wohlers (Fn. 38), § 349 Rn. 25 f.

¹⁰⁹ Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG, BGBl. I 1964, S. 1067 ff.

¹¹⁰ Fezer, StV 2007, 40 (43).

¹¹¹ Hamm (Fn. 20), Rn. 4.

¹¹² Wie hier Rieß, JZ 2000, 813 (819); Bloy, JuS 1986, 585 (595).

auch nicht mit dem Argument überspielen, dass dem Revisionsführer „nur ein allgemeines, indes kein spezielles auf das einzelne rechtliche Argument bezogenes Gehör gewährt“ wird.¹²³ Denn im Ergebnis wird so das rechtliche Gehör zur leeren Hülse. Daher wird zu Recht eine Begründung auch der Beschlussverwerfung verlangt, wenn das Revisionsgericht von der Begründung des Verwerfungsantrages der Staatsanwaltschaft abweicht.¹²⁴

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn Sinn und Zweck der Revision in den Blick genommen werden. An anderer Stelle habe ich zu zeigen versucht, dass die klassischen Theorien zur strafprozessualen Revision (Rechtseinheit und Rechtsfortbildung¹²⁵ – Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit¹²⁶ – Vereinigung dieser beiden Zwecke¹²⁷ – Theorie des realistischen Rechtsschutzes¹²⁸) das Institut der Revision nicht in befriedigender Weise und vollständig erfassen können. Vielmehr kommt der Revision Disziplinierungs- und Kontrollfunktion zu¹²⁹, so dass deren Telos in einer rechtsstaatsförmigen, justizspezifischen Qualitätskontrolle und damit Qualitätssicherung im Strafverfahren zu sehen ist.¹³⁰

Ein unbegründeter Beschluss indes kann in keiner Weise auf die Rechtsprechung der Tatgerichte qualitätsfördernd wirken. Es bleibt im Verborgenen, wie das Revisionsgericht die wesentlichen Revisionsrügen bewertet hat. Eine die Rechtsprechung der Untergerichte stützende und bestärkende Wirkung wird verthan. Selbst Fehler, die dem Tatgericht unterlaufen sind und nur aufgrund des offensichtlich fehlenden Beru-

hens nicht zur Urteilsaufhebung geführt haben mögen, werden bei einem „ou“-Beschluss schweigend übergangen.

Deswegen ist nicht nur *Detter* beizupflichten, der empfiehlt, dass die Strafsenate von der Möglichkeit einer kurzen, wesentlichen Begründung des Beschlusses nach § 349 Abs. 2 StPO mehr Gebrauch machen sollten, und zwar nicht nur dann, wenn sie nicht in allen Punkten mit der Rechtsansicht der Staatsanwaltschaft konform gehen.¹³¹ Eine Begründung ist in jedem Fall anzumahnen.¹³² Mit dieser Überlegung verbietet sich auch das schlichte, geheime Austauschen von Begründungen, wenn nur das Ergebnis der offensichtlichen Unbegründetheit stimmt. Die vom BVerfG ausgeworfene Idee des Begründungsaustausches, die vom BGH geradezu dankbar aufgegriffen wurde,¹³³ ist mit einer qualitätssichernden Revision in keiner Weise kompatibel.¹³⁴ Ganz im Gegenteil würde dadurch ein Fehler in der Vorinstanz mit höchst richterlicher Aura versehen und so für die allgemeine Strafjustiz sogar noch vorbildgebend perpetuiert werden – fataler Weise.

Die durchgehende Begründung der Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO stellt auch die Entlastungswirkung für das Revisionsgericht nicht in Frage; der erforderliche zusätzliche Aufwand wäre nicht hoch, zumal bei schlecht begründeten oder aus sachfremden Erwägungen eingelegten Revisionen eine Begründung äußerst knapp ausfallen könnte.¹³⁵

Deutlich zu widersprechen ist der Ansicht, dass disziplinierende Hinweise an die Tatrichter inopportun wären.¹³⁶ Im Gegenteil ist das Disziplinierungselement ein wesentlicher Bestandteil der Qualitätskontrolle, das erst eine präventive und die Judikatur der Tatgerichte optimierende Qualitätssicherung ermöglicht. Mit begründungslosen „ou“-Beschlüssen wird auf jegliche Disziplinierungs- und Kontrollwirkung revisionsrechtlicher Tätigkeit verzichtet, was Sinn und Zweck der Revision widerspricht. Das Problem liegt deshalb bei den „ou“-Verwerfungen auch weniger in der Frage, ob eine Hauptverhandlung durchgeführt werden sollte oder nicht, und

¹²³ BGH NSTZ-RR 2009, 252.

¹²⁴ *Peters*, in: Hanack/Rieß/Wendisch (Fn. 49), S. 53 (S. 68 Fn. 42); *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1377; *Wohlers* (Fn. 38), § 349 Rn. 56; *Döllen/Meyer-Mews*, StV 2005, 4 (5); vorsichtiger *Meyer-Goßner* (Fn. 45), § 349 Rn. 20; *Salger*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im Deutschen Anwaltverein (Fn. 24), S. 166; *Hamm* (Fn. 96), S. 173 ff.

¹²⁵ *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960, S. 32.

¹²⁶ *Meurer*, NJW 2000, 2936 (2945); *Zipf*, Die Strafmaßrevision, 1969, S. 173.

¹²⁷ H.M., siehe nur *Schroeder/Verrel* (Fn. 16), Rn. 324; *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, S. 314 f.; *Lohse*, in: Krekeler u.a. (Hrsg.), Anwaltkommentar Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2010, Vor. § 333 Rn. 1.

¹²⁸ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, S. 466; *Schünemann*, JA 1982, 71 (73); *Volk*, Grundkurs StPO, 7. Aufl. 2010, S. 314; *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, 2007, S. 168; *Nagel*, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2011, § 333 Rn. 2.

¹²⁹ *Rosenau* (Fn. 7), S. 521 (S. 537 f.); positiv zum Disziplinierungsansatz auch *Schroeder/Verrel* (Fn. 16), Rn. 324; *Alsberg*, Gutachten über die Frage: Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein? in: Verhandlungen des 35 DJT, Bd. 1, 1928, S. 440 (S. 478).

¹³⁰ *Rosenau* (Fn. 7) S. 521 (S. 539). Den Qualitätsaspekt betont auch *Rieß*, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 569 (S. 582).

¹³¹ *Detter*, StV 2004, 345 (350), völlig zutreffend der BGH: „Für die Tatrichter sind auch – nicht tragende – Hinweise des Bundesgerichtshofs bedeutsam“, BGHSt 39, 221 (226), was für tragende Erwägungen erst recht gilt.

¹³² Wie hier auch *Kühne* (Fn. 17), Rn. 1089 f.

¹³³ BGH NSTZ-RR 2009, 252.

¹³⁴ Im Hinblick auf den Rechtsfortschritt ähnlich *Bock*, JA 2011, 134 (135).

¹³⁵ *Zwiehoff* (Fn. 50), S. 119 (S. 120 f.). Vgl. auch *Hamm* ([Fn. 96], S. 173 ff), der einen Quantensprung in der Revisionsrechtsprechung sähe. Denkbar wären etwa Bezugnahmen auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts, die durch Bemerkungen ergänzt werden. Dieses Verfahren wird bereits vom BGH praktiziert, s. BGH wistra 2000, 150 (151); BGH StV 2001, 387 (405); BGH NSTZ 2001, 425; BGH NSTZ-RR 2002, 176.

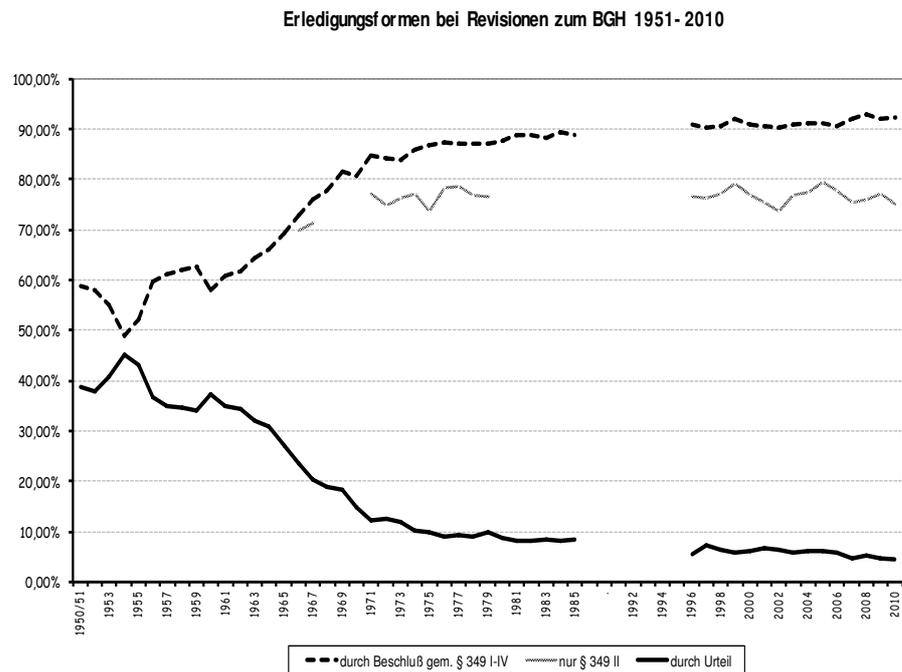
¹³⁶ *Hanack* (Fn. 30), § 349 Rn. 21; *Dahs*, NSTZ 1981, 205 (207); ähnlich auch der 1. Strafsenat, BGH JZ 2007, 152 (153). Gegen diesen richtig der 3. Strafsenat, BGH NJW 2004, 2536 (2539), s. dazu im Einzelnen *Rosenau* (Fn. 7), S. 521 (S. 537 f.).

ob mit dieser zusätzliche Erkenntnismöglichkeiten verbunden wären.¹³⁷ Das wahre Problem des § 349 Abs. 2 StPO in der Spruchpraxis des BGH ist in der fehlenden Begründung sehr belastend wirkender hoheitlicher Entscheidungen zu sehen.

Freilich ist die Möglichkeit der Befassung mit Rechtsfragen im Rahmen von Beschlussverwerfungen nach § 349 Abs. 2 StPO beschränkt, soll es nicht zum inneren Widerspruch mit der Voraussetzung der offensichtlichen Unbegründetheit kommen. Damit bestätigt die qualitätskontrollierende und qualitätssichernde Revision das Ergebnis, das bei der Erörterung des Merkmals „offensichtlich unbegründet“ gefunden werden konnte: Die Beschlussverwerfung ist auf ihren dogmengeschichtlichen Ausgangspunkt und auf deren gesetzliche Regelung in der StPO zurückzuführen. Nur bei für den Sachkundigen zweifelsfrei offensichtlicher Unbegründetheit im oben ausgeführten Sinne, wenn diese also der Revision gleichsam auf die Stirn geschrieben steht, wird kein qualitätssichernder Effekt vergeben, wenn nach § 349 Abs. 2 StPO verfahren wird.

¹³⁷ In diese Richtung argumentiert *Fezer*, StV 2007, 40 (45 u. 47), dem ich mich daher nicht anschließen kann. Er kommt indes über eine Neugestaltung des § 349 StPO de lege ferenda ebenfalls zum Ergebnis, dass das Revisionsgericht seine Entscheidungen zu begründen hat (*Fezer*, StV 2007, 40 [48]).

Diagramm



Ne bis in idem in der Europäischen Union – zum Streit um das „Vollstreckungselement“

Von Prof. Dr. **Reinhard Merkel**, Hamburg, Dr. **Jörg Scheinfeld**, Mainz

I. Einleitung

Imme Roxin hat sich in mehreren Schriften und Vorträgen eindringlich mit den Folgen einer überlangen Verfahrensdauer beschäftigt. Zu nennen ist insbesondere ihre in vierter Auflage erschienene Dissertation.¹ Für die Überlänge eines Verfahrens findet die *Autorin* den Maßstab der Unangemessenheit: Noch angemessen „ist die Frist, die die Strafverfolgungsorgane benötigen, um bei stetiger Förderung der Sache die Ziele des Strafverfahrens – möglichst vollständige Wahrheitsermittlung und Rechtsfrieden – zu erreichen. Oder, anders ausgedrückt: Das Beschleunigungsgebot ist dann verletzt, wenn die tatsächliche Verfahrensdauer die notwendige übertrifft.“² Daraus scheint uns recht zwanglos zu folgen, dass eine besonders krasse Missachtung auch des „Beschleunigungsgebotes“ vorliegt, wenn eine Rechtsgemeinschaft eine Tat zweimal verfolgt. Denn zweifaches Verfolgen ist innerhalb einer Rechtsgemeinschaft nicht nötig, es übertrumpft das Notwendige daher in besonderem Maße und sollte als klar rechtsstaatswidrig gelten.

Ganz in diesem Sinne sah der Parlamentarische Rat die Dinge seinerzeit so, dass er mit den Justizgrundrechten der Verfassung lediglich „die überkommenen rechtsstaatlichen Grundsätze“ festschrieb. Zu ihnen zählte er den Grundsatz *ne bis in idem*. Dieser Verfahrensgrundsatz darf als rechtsstaatlich „unverfügbar“ gelten, ihn im Modus wertender Abwägung zu verletzen, würde „die Institution Strafverfahren zerstören“.³ Dem Rat war es daher selbstverständlich, dass ein Beschuldigter innerhalb einer Rechtsgemeinschaft nur einmal bis hin zu einer rechtskräftigen Aburteilung verfolgt werden darf. Wer für eine Trunkenheitsfahrt von Wiesbaden nach Mainz in Hessen verurteilt worden ist, darf – so zählt es zur rechtsstaatlichen Garantie – nicht in Rheinland-Pfalz erneut verfolgt werden. Der Gedanke des *ne bis in idem* gilt demnach auch „horizontal“ zwischen den Staaten Hessen und Rheinland-Pfalz. Sollte sich eine andere Bewertung ergeben, wenn die Trunkenheitsfahrt von Duisburg nach Venlo führte und der Fahrer in den Niederlanden zu einer Geldstrafe verurteilt worden ist? Darf Deutschland ihn dann noch strafrechtlich verfolgen? Oder sollte nicht die Rechtsgemeinschaft der Europäischen Union ebenfalls und wenigstens „die überkommenen rechtsstaatlichen Grundsätze“ wahren?

Im Beispielsfall der Trunkenheitsfahrt ließe sich die deutsche Zweitverfolgung ohne Verzicht auf eine Sanktion vermeiden, indem den Niederlanden Vollstreckungshilfe geleistet wird (§ 48 Abs. 1 S. 1 IRG). In anderen Fällen funktioniert das aber nicht. Dann gibt uns die aktuelle Rechtslage eine harte Nuss der Auslegung zu knacken. Vorschläge zur Lösung des Problems dürfen auf das Interesse *Imme Roxins*

hoffen, denn als international ausgerichteter Strafverteidigerin bietet ihr ein transnationales *ne bis in idem* ein gewichtiges Verteidigungsinstrument.

II. Ein Anschauungsfall

Zur Anschauung sei hier kurz der Fall eines zweifach verfolgten Kriegsverbrechens geschildert, mit dem sich der Bundesgerichtshof zu befassen hatte:

Im Juni 1944 befahl der deutsche Staatsangehörige D in der Toskana ein Gebirgsspionierbataillon der Wehrmacht. Zwei Soldaten des Bataillons wurden von Partisanen aus einem Hinterhalt erschossen, ein weiterer wurde angeschossen. Aus Wut und Rachsucht beschloss D eine Vergeltungsaktion: Am folgenden Tag ließ er alle elf männlichen Personen des Ortes festnehmen und in einem Haus einschließen. Keiner der neun Männer und der zwei Jugendlichen war der Beteiligung an dem Partisanenanschlag verdächtig – sie waren nicht einmal verdächtig, Partisanen auch nur zu unterstützen. D ließ das Haus sprengen und anschließend die Trümmer mit Maschinengewehren beschießen. Nur ein Jugendlicher überlebte schwer verletzt.

Auf Basis dieser Feststellungen verurteilte das Landgericht München den D im Jahr 2009 wegen zehnfachen Mordes in Tateinheit mit versuchtem Mord zu lebenslanger Freiheitsstrafe. Allerdings war D bereits im Jahr 2006 durch Urteil des Militärgerichts La Spezia (Italien) zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt worden. Dieses Urteil erging seinerzeit in Abwesenheit des D, rechtskräftig ist es seit 2008. Eine Vollstreckung hat aber bislang nicht stattgefunden. Italien hat auch keine Auslieferung des mittlerweile 93-jährigen D beantragt. Eine Vollstreckung der Urteile, merkt der Bundesgerichtshof an, sei auch „aus praktischen Gründen“ weder in Italien noch in Deutschland zu erwarten.⁴

Gerade Kriegsverbrechen, wie die beschriebene Tat des D, sind typischerweise so geartet, dass zwei Staaten ein Interesse an der Verfolgung und Bestrafung des Täters haben: Zum einen der Staat, dessen Bürger verletzt oder gar getötet worden sind (und auf dessen Staatsgebiet die Tat vielleicht begangen worden ist) – im Anschauungsfall: Italien; zum andern der Staat, dessen Bürger der Täter ist, im Anschauungsfall: Deutschland. Unser Problem der Mehrfachverfolgung in verschiedenen Staaten hat also die Ursache, dass sich Strafverfolgungsinteressen überschneiden und sich deshalb die selbst gewählten Strafkompetenzen verschiedener Staaten überlappen.⁵ Das rechtsstaatliche Problem mehrfacher Straf-

¹ *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 4. Aufl. 2004, S. 51 ff., 152 ff.

² *I. Roxin* (Fn. 1), S. 158.

³ *Hassemer*, Strafen im Rechtsstaat, 2000, S. 87 ff., S. 107.

⁴ BGHSt 56, 11. Einen strukturell gleichen Fall, den eines mordenden SS-Mannes, hatte das LG Aachen zu entscheiden (Urt. v. 23.3.2010 – 52 KS Js 18/83, StV 2010, 237; vgl. dazu BGH, Beschl. v. 1.12.2010 – 2 StR 420/10 und BVerfG, Beschl. v. 15.12.2011 – 2 BvR 148/11).

⁵ *Hecker*, ZIS 2011, 60; *Radtke/Mahler*, in: Steinberg (Hrsg.), Recht und Macht. Festschrift für Hinrich Rüping zum 65. Geburtstag, 2008, S. 49 f.; *Zöller*, in: Günther/Amelung/Küh-

verfolgung ließe sich daher bei der Wurzel packen, wenn die europäischen Staaten ihr Strafanwendungsrecht derart aufeinander abstimmen, dass man überlappende Strafkompetenzen vermeide oder sich zumindest auf verbindliche Vorrangsregeln einigte. Solange dies aber nicht geschieht, muss der Rechtsanwender mit der geltenden Gesetzeslage zurechtkommen – was ja in Deutschland insbesondere heißt, dass nach dem Legalitätsprinzip des § 152 Abs. 2 StPO auch eine Zweitverfolgung aufgenommen werden *muss*, wenn kein Verfahrenshindernis des Strafklageverbrauchs vorliegt. Deshalb kommt es für den Anschauungsfall darauf an, ob das italienische Urteil die Strafklage innerhalb der Europäischen Union verbraucht.

III. Aussonderung: Innerstaatlicher Strafklageverbrauch

Aus unseren Überlegungen aussondern können wir zunächst die Normen, die lediglich einen innerstaatlichen Strafklageverbrauch bestimmen. Das sind vor allem § 14 Abs. 7 IPbPr und Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK. Sie verbieten nur die erneute Strafverfolgung „desselben Landes“ bzw. – in leicht anderer Formulierung: „in einem Strafverfahren desselben *Staates*“. In die deutsche Rechtsordnung hineingezogen wird ein transnational geltendes *ne bis in idem* auch nicht von Art. 25 GG. Denn bei unserem Verfahrensgrundsatz handelt es sich gerade nicht um eine „allgemeine Regel des Völkerrechts“, wie sie Art. 25 voraussetzt.⁶ Es fehlt an einer Anerkennung durch die überwiegende Mehrheit der Staaten. Dies lässt sich vor allem daran ablesen, dass nicht einmal auf europäischer Ebene das „Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen“ (1970) von einer Mehrheit der Staaten ratifiziert worden ist.⁷ Auch vielfach ratifizierte internationale Verträge (wie etwa das Schengener Durchführungsübereinkommen) bieten zahlreiche Durchbrechungen und Ausnahmen vom innerstaatlich üblichen Zuschnitt des *ne bis in idem* (so etwa Art. 54, 55 SDÜ).⁸ Insgesamt bieten die einschlägigen völkerrechtlichen Verträge (soweit sie überhaupt ratifiziert worden sind) ein Bild der Uneinigkeit – und damit ungefähr das Gegenteil dessen, was notwendig wäre, um von einer „allgemeinen Regel des Völkerrechts“ sprechen zu können.

Schließlich bestimmt auch Art. 103 Abs. 3 GG nur die Binnengeltung des Strafklageverbrauchs. Eine historische Betrachtung erhellt das: Der Verfassungsgeber wollte den seinerzeit praktizierten Grundsatz *ne bis in idem* verfassungs-

rechtlich verankern.⁹ Seine Vorstellung von diesem Grundsatz hat er indes nach den zuvor geltenden Vorschriften des einfachen Rechts gebildet. Und aus ihnen ergibt sich, dass der Grundsatz die *ausländische* Strafverfolgung gerade nicht als sperrende Erstbestrafung oder Erstverfolgung erfasst hat. Am deutlichsten ist § 7 RStGB. Die Vorschrift ordnet bei inländischer Zweitverurteilung die Anrechnung der ausländischen Erstverurteilung an, setzt also die Zulässigkeit einer Zweitverfolgung voraus – und somit auch die Nichtgeltung eines transnationalen *ne bis in idem*. Übereinstimmend mit dieser vorkonstitutionellen Rechtslage wollte der Verfassungsgeber in Art. 103 Abs. 3 GG nur einen innerstaatlichen Strafklageverbrauch festschreiben.¹⁰ Daher meint der Artikel nur Strafverfahren der *deutschen*, nicht die einer ausländischen Justiz.¹¹

IV. Unionsrecht und *ne bis in idem*

1. Art. 54 SDÜ

Bislang war die zentrale Vorschrift für ein europäisches *ne bis in idem* der Art. 54 SDÜ. Markante Abweichung zu innerstaatlich wirkenden Regelungen ist das darin enthaltene so genannte „Vollstreckungselement“. Danach setzt der Eintritt des transnationalen Strafklageverbrauchs voraus, „dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.“¹² Dieses Vollstreckungserfordernis soll insbesondere ein „forum fleeing“ verhindern, nämlich das Verschwinden des Verurteilten

⁹ Parlamentarischer Rat, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland, 1948/1949 (BT-Drs. 850/854), S. 49.

¹⁰ Näher und überzeugend BVerfG HRRS 2008, Nr. 378 Rn. 18 f. Am Rande sei angefügt, dass die §§ 51 Abs. 3 StGB, 153c StPO für die Auslegung des Art. 103 Abs. 3 GG irrelevant sind. Existenz und Inhalt dieser Normen bezeugen zwar, dass der heutige einfache Gesetzgeber dem *ne bis in idem* nur eine innerstaatliche Wirkung zuschreibt. Die Normen können aber als einfachgesetzliches und nachkonstitutionelles Recht die Auslegung der höherrangigen Verfassungsnorm nicht bestimmen.

¹¹ Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 86. Eine Klarstellung ist freilich noch veranlasst: Gerichte der Europäischen Union üben ebenfalls, und zwar mittelbar deutsche Staatsgewalt aus. Ihre Urteilsprüche und ihre qualifizierten Verfahrensbeendigungen wären also vom Verfassungsgrundsatz erfasst. Irrelevant für unsere Suche nach einem transnational-horizontalen *ne bis in idem* ist auch Art. 20 ICC-Statut. Das dort geregelte *ne bis in idem* gilt nur, wenn der Internationale Strafgerichtshof an der Erst- oder Zweiverfolgung beteiligt ist (eingehend zu diesem Artikel des ICC-Statuts Scheschonka, Der Grundsatz „*ne bis in idem*“ im Völkerstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Kodifizierung durch das ICTY-Statut und das ISTGH-Statut, 2005, S. 250 ff.).

¹² Freisprechende Entscheidungen verbrauchen stets die Strafklage.

ne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010, 2010, S. 501 (S. 505 f.).

⁶ Näher BVerfG HRRS 2008 Nr. 378; Vogel, in: Hoyer (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schröder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 877 (S. 879); vgl. aber auch Dannecker, in: Hirsch/Wolter/Brauns (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, S. 593 (S. 611 f.).

⁷ Zu diesem Übereinkommen auch BVerfG HRRS 2008 Nr. 378 Rn. 32.

⁸ Dazu sogleich noch näher (unter IV.).

in einen anderen Schengenstaat, um sich so der Vollstreckung und der Zweitverfolgung zu entziehen.¹³ Dem D unseres Anschauungsfalles würde Art. 54 SDÜ nichts nutzen. Keine der Voraussetzungen des Vollstreckungselements ist in seinem Fall erfüllt. Die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe hat nie begonnen; nach italienischem Recht dürfte aber noch vollstreckt werden, weil keine dauerhaften Vollstreckungshindernisse bestehen (etwa eine Begnadigung). Blicke es für den Fall des D in puncto Strafklageverbrauch allein bei Art. 54 SDÜ, so bestünde für das Zweitverfolgungsverfahren in München kein Verfahrenshindernis.

2. Art. 50 GrCh und sein Verhältnis zu Art. 54 SDÜ

Dieses Ergebnis ist mit Inkrafttreten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union am 1.12.2009 fraglich geworden. Ihr Art. 50 bestimmt nunmehr: „Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.“ Wer Art. 50 GrCh unbefangen liest, muss zunächst feststellen, dass kein Vollstreckungselement aufzufinden ist.¹⁴ Wäre Art. 50 GrCh beim Wort zu nehmen, könnte sich D zurücklehnen: Er dürfte in Deutschland nicht mehr verfolgt werden.¹⁵

¹³ Dazu Zöller (Fn. 5), S. 501 (S. 518 f.).

¹⁴ Für viele war damit die Rechtslage so klar, dass sie weitere Überlegungen gar nicht angestellt haben: *Anagnostopoulos*, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 1121 (S. 1137); *Eser*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 50 Rn. 14; *Reichling*, StraFo 2010, 179 (181); *Zöller* (Fn. 5), S. 501 (S. 518 f.); vor Inkrafttreten der Charta schon *Heger*, ZIS 2009, 406 (408); *Vogel* (Fn. 6), S. 877 (S. 890).

¹⁵ Zur Anwendbarkeit der Charta sei hier nur dies gesagt: Art. 50 GrCh ist grundsätzlich anwendbar gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh. Dessen Voraussetzung „Durchführung des Rechts der Union“ wird von den deutschen Strafgerichten – als Zweitverfolger – und als Staatsgewalt eines Mitgliedstaates erfüllt. Die Strafgerichte müssen nämlich Art. 54 SDÜ prüfen und damit „durchführen“. Art. 54 SDÜ „entfaltet [...] dieselben Rechtswirkungen wie sekundäres Unionsrecht“, seitdem es mit Protokoll zum Vertrag von Amsterdam in den EU-Rahmen einbezogen worden ist (dazu BVerfG, Beschl. v. 15.12.2011 – 2 BvR 148/11 Rz. 40). Ferner lässt sich für die Anwendbarkeit des Art. 50 GrCh argumentieren, dass mit der Entscheidung der deutschen Strafgerichte europäisches Primärrecht „durchgeführt“ wird; denn die Strafgerichte beantworten zumindest implizit die Frage, ob das Recht auf Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV dadurch im zulässigen Maße eingeschränkt wird, dass Art. 54 SDÜ als Schrankenbestimmung des Art. 50 GrCh gedeutet wird (vgl. *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179 [182] in Fn. 27). Einer Anwendung des Art. 50 GrCh steht übrigens auch nicht Art. 52 Abs. 2 GrCh entgegen, weil diese Norm allein das europäische Primärrecht in Bezug nimmt, nämlich nur das „in den Gemeinschaftsverträgen“ (*Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl.

Über den Einzelfall hinaus hätte Art. 50 GrCh bei dieser wortlautgetreuen Lesart eine epochemachende Bedeutung: Der Grundsatz *ne bis in idem* wäre umfassend zwischen den (an die Charta gebundenen) Mitgliedstaaten besiegelt.¹⁶ Die große Frage lautet deshalb: Wie hält es Art. 50 GrCh mit dem Vollstreckungselement? Für die Antwort kommt es auf das Verhältnis von Art. 54 SDÜ zu Art. 50 GrCh an. Darf man Art. 54 SDÜ als eine Schutzbereichs- oder Schrankenbestimmung des Art. 50 GrCh deuten und so das Vollstreckungselement als fortgeltend beibehalten? Dass eine bereits bestehende Norm den Anwendungsbereich einer späteren höherrangigen Norm modifizieren kann, ist nicht ausgeschlossen. Gerade für den Grundsatz *ne bis in idem* findet sich im deutschen Strafprozessrecht hierzu ein Beispiel: die Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Verurteilten in § 362 StPO. Der Grundgesetzgeber meinte das *ne bis in idem* von vornherein nur so, dass die bis dato anerkannten Wiederaufnahmegründe weiter gelten sollten (etwa die erneute Verfolgung nach Abgabe eines glaubhaften Geständnisses).¹⁷ Darf man (oder muss man sogar) auch Art. 54 SDÜ eine solche Wirkung auf Art. 50 GrCh zuschreiben?¹⁸ Rechtsmethodisch genauso wenig ausgeschlossen ist freilich die Annahme, dass Art. 50 GrCh als *lex posterior* und *lex superior* die ältere Regelung des Art. 54 SDÜ beschnitten, das transnationale *ne bis in idem* erweitert und das Vollstreckungselement als Bestandteil des geltenden Rechts beseitigt hat. Um die Frage zu klären, welche der beiden gegensätzlichen Deutungen zutrifft, bedarf es zunächst und vor allem einer umfassenden Auslegung der involvierten Normen.

a) Die Erläuterungen zu Art. 50 GrCh

Der Bundesgerichtshof bejaht die Fortgeltung des Vollstreckungselements als einer sekundärrechtlichen Schrankenbestimmung zum Grundrecht aus Art. 50 GrCh. Dabei stützt er sich hauptsächlich auf die Erläuterungen zur Charta.¹⁹ Diese vom Präsidium des Konvents verfassten Erläuterungen sind gemäß Art. 52 Abs. 7 als „Anleitung für die Auslegung der Charta“ gedacht und von den Mitgliedstaaten „gebührend zu berücksichtigen“.²⁰ Darin heißt es: „Nach Art. 50 findet der Grundsatz ‚ne bis in idem‘ nicht nur innerhalb der Gerichts-

2010, § 13 Rn. 39; *Koch/Dorn*, Jura 2011, 690 [694]). Geht eine Sanktionsnorm auf eine europäische Richtlinie oder Verordnung zurück, wird bei Anwendung dieser Norm Unionsrecht angewendet; eines Rückgriffs auf das Sekundärrecht bedarf es dann nicht (*Dannecker* [Fn. 6], S. 593 [S. 614]).

¹⁶ Nicht gebunden sind derzeit Polen und das Vereinigte Königreich (vgl. Protokoll Nr. 30 zum Vertrag von Lissabon, ABl. C 313 v. 9.5.2008, S. 313 f.); Tschechien hat der Europäische Rat eine weitere Ausnahme zugesagt (Rats-Dok. 15265/1/09 REV 1 v. 1.12.2009, S. 2, 14).

¹⁷ *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 702.

¹⁸ Je nach Ansatz ggf. über die Einschränkungsbestimmung des Art. 52 Abs. 1 GrCh.

¹⁹ BGHSt, 56, 11 (14 f.).

²⁰ Ähnlich bestimmen die Präambel der Charta sowie Art. 6 Abs. 1 EUV.

barkeit eines Staates, sondern auch zwischen den Gerichtsbarkeiten mehrerer Mitgliedstaaten seine Anwendung. Dies entspricht dem Rechtsbesitzstand der Union; siehe Artikel 54 bis 58 des Schengener Durchführungsübereinkommens [...]. Die klar eingegrenzten Ausnahmen, in denen die Mitgliedstaaten nach diesen Übereinkommen von dem Grundsatz ‚ne bis in idem‘ abweichen können, sind von der horizontalen Klausel des Artikel 52 Absatz 1 über die Einschränkung abgedeckt.“

Wir verstehen die Ausführungen des BGH so, dass er meint, zu den „Ausnahmen“ vom ne bis in idem zähle das „Vollstreckungselement“ des Art. 54 SDÜ. Diese Deutung erscheint uns aus mehreren Gründen nicht überzeugend. Schon auf den ersten Blick erstaunt, dass der BGH das Vollstreckungselement, welches Art. 54 SDÜ deutlich als *Voraussetzung* des ne bis in idem formuliert („darf ... nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass ...“), unter den Begriff jener „Ausnahmen“ davon subsumiert, die in den „Erläuterungen“ genannt werden.²¹ Voraussetzungen sind aber etwas anderes als Ausnahmen; sie sind nachgerade das Gegenteil. Zwar können sie logisch in Ausnahmen transformiert werden, jedoch nur dadurch, dass man sie mit einer Negation versieht – eben in ihr Gegenteil wendet. Wenn Voraussetzung V die Bedingung einer Anwendbarkeit der Norm N ist, dann kann ersichtlich nur die Verneinung Vs eine *Nichtanwendung* Ns begründen, also eine Ausnahme vom Regelungsbereich der Norm. Schon in der Alltagssprache wird diese Logik von Position und Negation, von Bedingung und Ausnahme beachtet. Für die Rechtssprache gilt das a fortiori. Mit der Formulierung von Voraussetzungen, sprachlich zumeist durch „wenn“ oder „sofern“ indiziert, meint der Gesetzgeber grundsätzlich nicht die Anordnung von Ausnahmen. Will er diese normieren, so verwendet er vielmehr regelmäßig die negative Formulierung, also etwa „wenn nicht“ oder „sofern nicht“.

Man betrachte zur Illustration und als beliebiges Beispiel § 1 StGB: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Das gesetzliche Bestimmte ist Voraussetzung der Strafbarkeit. Formuliert man es, logisch korrekt, in eine Ausnahme um, so klänge das so: „Eine Tat kann bestraft werden“ (Regel); „dies gilt nicht“ (Ausnahme), „wenn die Strafbarkeit *nicht* gesetzlich bestimmt war, bevor ...“. Das ist zwar logisch äquivalent mit der Formulierung des § 1 StGB, wäre aber semantisch eine heillos verquere Deutung. Denn die darin enthaltene Regel „Taten können bestraft werden“ als eine des Rechts, zu der dann das gesetzliche Nichtbestimmte nur Ausnahmen formuliert, mutet einigermaßen bizarr an. Hiergegen halte man nun § 186 StGB: „Wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet ..., welche denselben verächtlich zu machen [etc.] geeignet ist, wird, *wenn nicht* diese Tatsache erweislich wahr ist, ... bestraft.“ Hier ist keine Strafbarkeitsvoraussetzung formuliert, sondern deren Negation, eben eine Ausnahme davon. Grob: „Wer einen anderen durch Behauptung einer Tatsache verächtlich macht, wird bestraft“ (Regel); „dies gilt nicht, wenn

die Tatsache erweislich wahr ist“ (Ausnahme). Das ist eine gänzlich plausible Deutung des Tatbestands der Üblen Nachrede.

Man mag diesen Verweis auf die Logik der Alltags- wie der Gesetzessprache als etwas leichtgewichtig empfinden (wiewohl jede Auslegung damit zu beginnen hat). Aber der zweite Einwand gegen die Annahme des BGH, das Vollstreckungselement in Art. 54 SDÜ gehöre zu den von den „Erläuterungen“ gemeinten „Ausnahmen“, ist dies nicht. Der BGH vernachlässigt, dass der Ausdruck „Ausnahmen“ an der zitierten Stelle als rechtlicher terminus technicus einen eindeutigen Bezug hat: die direkt nach dem in Art. 54 SDÜ normierten Grundsatz in Art. 55 Abs. 1 SDÜ genannten Konstellationen, für welche dieser nicht zwingend gilt, weshalb sich in solchen Fällen jede Vertragspartei vom ne bis in idem-Prinzip dispensieren kann – etwa (nach lit. a) für den Fall, dass eine Tat „ganz oder teilweise in ihrem Hoheitsgebiet begangen wurde“. Diese in Art. 55 SDÜ aufgezählten Dispensierungsmöglichkeiten werden dort mehrmals als „Ausnahmen“ bezeichnet. Die Identität dieses rechtlichen Begriffs in Art. 55 SDÜ mit dem, der in den eben darauf verweisenden „Erläuterungen“ verwendet wird, ist für die Auslegung rechtmethodisch zwingend: Dies allein sind die von den Erläuterungen gemeinten „Ausnahmen“. Mit der Vollstreckungsklausel des Art. 54 SDÜ haben sie nichts zu tun.²² Und daran erweist sich die Deutung des BGH als irrig.

Nun könnte man noch versuchen, den Passus der Erläuterungen „Dies entspricht dem Rechtsbesitzstand der Union“ für die Sicht des BGH fruchtbar zu machen. Darin könnte die Aussage stecken, Art. 50 GrCh entspreche mit seinem Grundsatz ne bis in idem exakt der Regelung in den Art. 54-58 SDÜ und diese machten eben den vorherigen „Rechtsbesitzstand der Union“ aus. Aber das wäre eine für den Grundsatz höchst unplausible Inbezugnahme: Denn Art. 50 GrCh gilt – wie die Erläuterungen selbst betonen – auch „innerhalb der Gerichtsbarkeit eines Staates“. Innerstaatlich wäre ein Vollstreckungselement aber sinnlos: Ein vollstreckbares Urteil läge ja vor und machte eine Zweitverfolgung desselben Staates überflüssig. Wenn die Erläuterungen davon sprechen, dass der „Grundsatz ne bis in idem“ dem „Rechtsbesitzstand der Union entspricht“, kann also sinnvoller Weise nur der Grundsatz ohne Vollstreckungselement gemeint sein. Sonst hätte „der Grundsatz“ zwei verschiedene Inhalte: Innerstaatlich würde er ohne Vollstreckungselement gelten, transnational dagegen mit Vollstreckungselement. Dann handelte es sich aber nicht mehr um einen einheitlichen Grundsatz, von der methodischen Misslichkeit eines solchen Abwandeln und Anpassens der eigenen Deutung je nach Kontext ganz abgesehen. Dies legt es nahe, die Entsprechung zwischen Charta und Rechtsbesitzstand der Union, von der die Erläuterungen reden, allein darin zu sehen, dass weiterhin eine horizontale Geltung des Verfahrensgrundsatzes besteht, also „zwischen den Gerichtsbarkeiten mehrerer Mitgliedstaaten“, wie sie vorher in gewissem Maße schon bestanden hat.

Letzte Gewissheit lässt sich aus den Erläuterungen allerdings nicht gewinnen. Blickt man auf die bisherigen Diskus-

²¹ Dies vermerkt mit Recht kritisch schon Böse, GA 2011, 504 (506).

²² Siehe zutr. ebenfalls bereits Böse, GA 2011, 504 (506).

sionsbeiträge, so muss man eher das Gegenteil feststellen: Wie die Inbezugnahme der Art. 54-58 SDÜ gemeint ist, ist alles andere als geklärt. Wie immer man die Erläuterungen deuten mag, sie sind bei der Auslegung der Charta eben nur „gebührend zu berücksichtigen“ und sprechen daher nicht das letzte Wort. Wir müssen deshalb weitere Auslegungssichtspunkte heranziehen.

b) „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“
(Art. 3 Abs. 2 EUV)

Für eine systematisch-teleologische Auslegung kommt zunächst Art. 3 Abs. 2 EUV in den Blick. Danach bietet die Europäische Union ihren Bürgerinnen und Bürgern „einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“. Für einen solchen „einheitlichen Rechtsraum“ ist nicht einzusehen, dass der Einzelne mehrfache Strafverfolgung wegen derselben Tat soll gewärtigen müssen. Das stünde insbesondere in einem Spannungsverhältnis zum Recht auf Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV.²³ Das Recht, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten“, ist nicht viel oder doch nicht genügend wert, wenn der rechtskräftig Abgeurteilte nicht nur die vielleicht verdiente Strafvollstreckung erleiden muss, sondern auch das Übel einer zweiten Strafverfolgung – mit allen Eingriffsbefugnissen der Strafverfolgungsbehörden, die ein Strafverfahren mit sich bringt.

Dies bestätigt uns die Argumentation *Satzgers*: Er sieht de lege lata in Art. 50 GrCh ein Vollstreckungselement verankert. Er will aber u.a. gerade auch daraus schlussfolgern, dass der „einheitliche Rechtsraum“ Europäische Union noch eine „Fiktion“ sei. Denn in einem wirklich einheitlichen Rechtsraum müsste der Verfahrensgrundsatz des *ne bis in idem* ohne Vollstreckungselement gelten.²⁴ Diese Argumentation stellt die Dinge aber wohl auf den Kopf: Es ist ja nicht zuletzt *Satzgers* Auslegung des Art. 50 GrCh, also das Hineinlesen eines Vollstreckungselements, woraus sich dem *Autor* das derzeit bloß Fiktionale eines einheitlichen Rechtsraums ergibt. Damit ist die Auslegung aber nicht hinreichend an Art. 3 Abs. 2 EUV orientiert, sondern setzt sich bewusst zu ihm in Widerspruch. Wir dürfen jedenfalls für die Auslegung des Unionsrechts nicht davon ausgehen, dass mit Art. 3 Abs. 2 EUV ein Lippenbekenntnis abgegeben, sondern müssen annehmen, dass eine ernstzunehmende normative Bestimmung zum Status quo und jedenfalls zum Status ad quem der Rechtsgemeinschaft Europäische Union gesetzt werden sollte. Gewiss kann man *Satzger* konzedieren, dass die Union rechtspolitisch von der Wirklichkeit eines einheitlichen Rechts-

raums noch ein gutes Stück entfernt ist. Nicht zugestehen kann man aber, dass sich gerade daraus eine *Maxime* zur Auslegung von Unionsnormen gewinnen lasse, die das genaue Gegenteil voraussetzen oder doch als Zielbestimmung postulieren. Ein pragmatischer Realismus wie der *Satzgers*, der für politische Diagnosen angemessen ist, kommt als Prämisse für die Auslegung von Normen, die ausdrücklich zu seiner Überwindung bestimmt sind, nicht in Betracht. Weil *Satzgers* Deutung des Art. 50 GrCh dies alles – eingestandenmaßen – nicht beherzigt, muss sie unrichtig sein und sollte aufgegeben werden. Art. 3 Abs. 2 EUV drängt uns also dahin, für Art. 50 GrCh auf ein Vollstreckungselement zu verzichten.

c) *Einwand: forum shopping/forum fleeing*

Oder sollte die pragmatische Anerkennung der europäischen Wirklichkeit für die Auslegung der Unionsnormen doch den Vorrang vor den geläufigen Regeln juristischer Auslegung erhalten?²⁵ Sollte also das Insistieren auf einem Vollstreckungselement auch für Art. 50 GrCh einem Vernunftgebot entsprechen, wonach sich nicht nur die Wirklichkeit den Normen, sondern auch diese sich jener zu fügen haben? Führt ein Verzicht auf das Vollstreckungselement zu unliebsamen Konsequenzen, vor allem zu nicht hinnehmbaren Einbußen der Strafrechtspflege? Zu Missbrauchsfällen? Muss die Betonung auch auf dem „Raum der Sicherheit“ liegen und schon deshalb das Vollstreckungselement fortgelten?

In diese Richtung deutet die Befürchtung mancher Autoren, dass ein Verzicht auf das Vollstreckungselement zum sog. *forum shopping* führen werde. Gemeint ist und beanstandet wird, dass viele Verfolgte damit Chance und Anreiz erhielten, gerade den Staat aufzusuchen, dessen Strafanwendungsrecht einerseits ihren jeweiligen Fall erfasse und dessen Strafnormen andererseits die relativ günstigste Sanktion dafür androhten. Aber was genau, so muss man fragen, wäre daran eigentlich problematisch? In einem „einheitlichen Rechtsraum“, in dem die einzelnen Mitgliedstaaten die Urteile und sonstigen rechtskräftigen Verfahrensbeendigungen der anderen *anerkennen* (Art. 67 Abs. 3 AEUV), sollte doch mit der Entscheidung jedes beliebigen Mitgliedstaats auch in den anderen Rechtsfrieden einkehren. Günstige Entscheidungen für den Beschuldigten nehmen die Mitgliedstaaten seit langem und auch unter Geltung des Vollstreckungselements hin.²⁶ Augenfällig ist der Fall Gözütok. Der Beschuldigte führte einen Strafklageverbrauch herbei, und zwar erst dann, als er für seine Tat schon in deutscher Untersuchungshaft saß. Das schaffte er, indem er die in den Niederlanden für dieselbe Tat zuvor verhängte Geldauflage zahlte und damit – ähnlich wie nach § 153a StPO – materielle Rechtskraft herstellte. Kurzum: Das Problem des *forum shopping* (wenn es denn

²³ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – C-187/01 (Gözütok) und C-385/01 (Brügge), Rn. 38 sowie EuGH, Urt. v. 11.12.2008 – C-297/07 (Bourquain), Rn. 42, 51.

²⁴ *Satzger*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 2, S. 1515 (S. 1522 f.); in *ders.*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2011, § 10 Rn. 68, nennt der *Autor* den „einheitlichen Rechtsraum“ sogar (derzeit noch) eine „Illusion“.

²⁵ Der Methodenkanon zur Auslegung völkerrechtlicher Normen ist ohnehin umfangreicher als der für innerstaatliche Normen; s. für völkerrechtliche Verträge dazu die abstrakten Grundregeln der Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention, die in der Völkerrechtsdoktrin durch eine Reihe weiterer Kriterien konkretisiert werden.

²⁶ Klar gesehen von *Böse*, GA 2011, 503 (508 f.) mit Fn. 32.

eines sein soll) wird nicht einfach dadurch vermieden, dass man in Art. 50 GrCh ein Vollstreckungselement einbezieht.

Das Phänomen ist übrigens nicht EU-spezifisch, sondern tritt auch innerstaatlich auf: Wer mit ein und derselben Tat Drogen über Hamburg eingeführt und mit ihnen später in Augsburg gehandelt hat, ist gut beraten, wenn er sich lieber in Hamburg der Strafverfolgung stellt. Das Nord-Süd-Gefälle ist bei Drogendelikten erheblich und kann mehrere Jahre Differenz im Strafausspruch bedeuten. Wenn wir dies innerstaatlich akzeptieren, dann können wir es auch transnational hinnehmen – jedenfalls innerhalb eines „Raumes des Rechts“ (Art. 3 Abs. 2 EUV), der die „gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen“ als eine von verschiedenen Bedingungen seiner künftigen Identität anstrebt (Art. 67 Abs. 3 AEUV).

Mit dem forum fleeing ist eine andere Befürchtung angesprochen, nämlich die, dass der Verurteilte kurz vor Vollstreckungsbeginn das Erstverfolgerland verlässt, in den nächsten EU-Mitgliedstaat reist und seine Verfolgung dort von einem einschränkungslosen ne bis in idem blockiert wäre. Dies dürfte die Kernsorge der Befürworter des Vollstreckungselementes sein.²⁷ Dem Missstand kann aber vielfach vorgebeugt oder abgeholfen werden. So ist mittlerweile eine Auslieferung des Verurteilten ins Erstverfolgerland auf der Basis eines Europäischen Haftbefehls möglich²⁸ und ebenso die Übernahme der Vollstreckung.²⁹

Freilich geht das nicht in allen Fällen. Manchmal bestehen Auslieferungshindernisse. So wäre in unserem BGH-Fall eine Auslieferung des Kriegsverbrechers D an Italien wohl nicht möglich, weil es sich um ein Abwesenheitsurteil handelte (vgl. § 83 Nr. 3 IRG). Dass D deshalb „davonkommen“ dürfen sollte, mutet auf den ersten Blick unbefriedigend an. Aber bevor man das tadelt, muss man den Grund der Nichtauslieferung näher betrachten. Bei den meisten Abwesenheitsurteilen wird von Seiten Deutschlands nicht ausgeliefert, weil in solchen Verfahren rechtsstaatliche Mindestgarantien – wie die Gewährung rechtlichen Gehörs und der Grundsatz der Unmittelbarkeit – nicht eingehalten worden sind. Dann wäre es aber befremdlich, wenn gerade wegen dieser Rechtsstaatswidrigkeit des Erstverfahrens dem Beschuldigten noch ein zweites Verfahren zugemutet werden dürfte. Dass der Erstverfolgerstaat elementare Verteidigungsrechte verletzt, sollte kein Anlass sein, den Grundsatz ne bis in idem zu durchbrechen! Man würde der ersten Verweigerung rechtsstaatlicher Garantien für den Beschuldigten sonst (und eben deshalb) noch eine zweite hinzufügen, die des ne bis in idem.³⁰ Das sollte nicht mit der vermeintlichen Logik des

rechtsstaatlich dubiosen Arguments verdunkelt werden, wenn man für die Auslieferung das erste Verfahren nicht anerkennt, dann auch nicht als Hindernis für eine erneute Verfolgung. Es ist Aufgabe des Erstverfolgerstaates in rechtsstaatlicher Hinsicht „das Wesentliche richtig zu machen“ und nicht schuldhaft für einen Eintritt des Strafklageverbrauchs zu sorgen.³¹ Und es ist jedenfalls nicht Aufgabe des Unionsrechts, dafür zu sorgen, dass Rechtsstaatsdefizite an einem Ort des „einheitlichen Rechtsraums“ sozusagen schmerzlos weiter hinnehmbar erscheinen, weil ihre Konsequenzen an einem anderen Ort durch ein neues Verfahren korrigiert werden können. Auf die Spitze getrieben könnte die Annahme, der Betroffene dürfe erneut verfolgt werden, weil der Erstverfolgerstaat ihm kein faires Verfahren gewährt hat, zu mehr als befremdlichen Konsequenzen führen. Man denke sich einen Zweitverfolgerstaat, der den Beschuldigten in U-Haft nimmt und eben dadurch im Erstverfolgerstaat ein Abwesenheitsurteil provoziert: Er würde sich damit mittelbar selbst die Legitimation zur erneuten Strafverfolgung schaffen.

Dies alles wäre aber schwerlich vereinbar mit der Regelung des Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrCh, wonach Einschränkungen der Grundrechte nur vorgenommen werden dürfen, soweit sie „erforderlich“ sind. Um zu einer Verurteilung des Beschuldigten zu gelangen, ist es aber nicht „erforderlich“, zunächst in einem Mitgliedstaat ein rechtsstaatswidriges Verfahren zu führen und danach in einem weiteren Mitgliedstaat ein zweites Verfahren anzustrengen. Wenn wir dies erkennen, fällt uns die weitere Erkenntnis zu, dass die Auslieferungs- und Vollstreckungshindernisse, die auf Fehlern bei der Erstverfolgung beruhen, nicht für, sondern gegen ein Vollstreckungselement sprechen. Erst recht ist ein Zweitverfahren nicht erforderlich, wenn die Mitgliedstaaten im Wege der Auslieferung oder Übernahme der Vollstreckung die Sanktionierung gewährleisten können. Es ist daher im Ergebnis ganz richtig, wenn *Safferling* sagt, dass „für den Fall der Freiheitsstrafe das Vollstreckungselement insoweit entbehrlich ist, als über den Europäischen Haftbefehl [...] die Durchführung der Haft im Verurteilungsstaat gewährt wird.“³² Nur darf man dabei nicht stehen bleiben.

Für den Fall des D ist die Berufung auf Folgerichtigkeit des Strafklageverbrauchs freilich nur die halbe Wahrheit: Seine Auslieferung wäre sicher auch daran gescheitert, dass er der Auslieferung nicht zugestimmt hätte, was aber gemäß § 80 Abs. 3 S. 1 IRG nötig gewesen wäre. Diese Gesetzeslage entspringt der Schutzpflicht des deutschen Staates gegenüber seinen Staatsbürgern.³³ Aber auch hier haben es die Mitgliedstaaten in der Hand, eine Mehrfachverfolgung zu vermeiden. Sie könnten und sollten ihre Strafkompetenzen so abstimmen, dass in solchen Fällen der Heimatstaat des Be-

²⁷ Vgl. dazu *Hecker* (Fn. 15), § 13 Rn. 38; *Satzger* (Fn. 24 – FS Roxin), S. 1515 (S. 1522 f.).

²⁸ *Anagnostopoulos* (Fn. 14), S. 1121 (S. 1137).

²⁹ *Böse*, GA 2011, 504 (508 ff.).

³⁰ Wobei außerdem zu bedenken ist, dass die deutsche Auslieferungspraxis zur Vollstreckung rechtskräftiger ausländischer Urteile sich ohnehin nur an einem völkerrechtlichen Minimalstandard orientiert; gegen diese „rechtsstaatliche Nonchalance“ mit Recht *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 62 Rn. 2.

³¹ Überzeugend *Böse*, GA 2011, 504 (510).

³² *Safferling*, Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht, 2011, Part 2, § 3 Rn. 85. – Auch er will dann aber an Auslieferungshindernissen anknüpfen, um die Erforderlichkeit eines zweiten Verfahrens zu bestimmen.

³³ BVerfGE 113, 273 Rn. 89 ff.

schuldigten verfolgen darf.³⁴ Auch dies darf innerhalb eines „einheitlichen Rechtsraumes“ unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit erwartet werden.

d) Ergebnis zum Verhältnis Art. 50 GrCh – Art. 54 SDÜ

Nach allem Dargelegten kommen wir zu dem Ergebnis, dass ein Vollstreckungselement aus systematisch-teleologischen Gründen rechtlich nicht mehr gilt und auch aus sonstigen Erwägungen nicht zu fordern ist. Deshalb ist die wortlautgetreue Lesart des Art. 50 GrCh vorzuziehen. Vielleicht hat sie auch die positive Anreizwirkung, dass Staaten mit Rechtsstaatsdefiziten sich – jedenfalls in Fällen mit Auslandsbezug – ein wenig mehr bemühen als bislang, die europäischen Standards einzuhalten.

V. Aussicht

Um am Schluss der Betrachtungen des Art. 50 GrCh mit einem simplen, aber uns richtig erscheinenden Syllogismus zur Aussage des Parlamentarischen Rates zurückzukehren: Der Grundsatz *ne bis in idem* ist – ohne Vollstreckungselement gedacht – eine rechtsstaatliche Garantie des fairen Verfahrens, wie sie innerhalb einer Rechtsgemeinschaft geboten ist. Die Europäische Union will und soll ein „einheitlicher Rechtsraum“, also eine Rechtsgemeinschaft sein. Dann muss die Union diese rechtsstaatliche Garantie uneingeschränkt übernehmen! Mit einer Formulierung *Satzgers* lässt sich daher sagen: Ein wortlautgetreu verstandener Art. 50 GrCh ist die „einzig sinnvolle Regelung“.³⁵ Man darf sie nicht de lege lata mit wenig überzeugenden Gründen beiseiteschieben. Vielmehr sollte man sie mit der Forderung stärken, die Strafkompetenz der Staaten weitgehend überschneidungsfrei zu gestalten. Dazu bietet sich in erster Linie das Territorialprinzip an. Denn der Umstand, dass eine Tat auf dem Staatsgebiet eines Mitgliedstaates begangen worden ist, betrifft (geläufig: „erschüttert“) wohl am ehesten die dortige Rechtsgemeinschaft und schafft damit den engsten Bezug zur Tat.³⁶ Dann sollte vorrangig auch diese Rechtsgemeinschaft die Strafverfolgung übernehmen. An eine Ausnahme von diesem Prinzip ließe sich denken für Taten, wie die des D: Wenn herausragend wichtige Rechtsgüter eines Unionsbürgers verletzt worden sind, sollte vielleicht das passive Personalitätsprinzip vorgehen (vgl. § 7 Abs. 1 StGB) und der Heimatstaat des Opfers die Tat verfolgen. Auf lange Sicht sollte freilich der Umstand, wo innerhalb der Union eine Straftat verfolgt wird, für die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft „Europäische

Union“ so unwichtig werden, wie es derzeit für deutsche Bürger die Festlegung ist, ob eine Straftat in Hessen oder Rheinland-Pfalz verfolgt wird. In einer solchen Rechtsgemeinschaft sollten auch die letzten Relikte jener verjährten nationalstaatlichen Neigung zur selbstherrlichen Reklamation transnationaler Verfolgungskompetenz fallen, welcher *Binding* anno Kaiserreich den charakteristischen Ausdruck gegeben hat, es sei „eine Phrase“, dem souveränen Staat das Recht abzusprechen, den Geltungsraum seines Strafrechts nach seiner freien Willkür zu bestimmen; denn er allein besitze „Kompetenz-Kompetenz trotz allen Protesten des Naturrechts“.³⁷ Die Zeiten sind vorbei. Auch ihren letzten Nachklängen sollte kein Gehör mehr zuteilwerden. Das Naturrecht brauchen wir dafür nicht mehr.

VI. Schlussbemerkung – zur Vorlagepflicht des BGH im Anschauungsfall

Am Ende eine Anmerkung zur Umgehung des EuGH durch die deutsche Judikatur: Selbst wer unserer Deutung des Art. 50 GrCh nicht folgt, dürfte einräumen, dass die Unionsrechtslage keinesfalls – wie der *1. Strafsenat* des BGH behauptet – „offenkundig und zweifelsfrei“ ist.³⁸ Deshalb durfte der *Senat* sich auch nicht über die vom EuGH entwickelte *acte claire*-Doktrin selbst dispensieren von der Vorlagepflicht des Art. 267 Abs. 3 AEUV.³⁹ Es wäre nicht nur peinlich für den *1. Strafsenat*, sollte der Europäische Gerichtshof demnächst Art. 50 GrCh im hier präferierten weiten Sinne deuten und damit die Offenkundigkeitsbehauptung *ad absurdum* führen; auch der Bruch des Art. 267 Abs. 3 AEUV würde dann offenkundig werden. Ihn hätte übrigens schon das Bundesverfassungsgericht identifizieren müssen, als es in einem sachlich ganz ähnlichen Verfahren die Frage des Verstoßes gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters zu bewerten hatte (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG).⁴⁰ Die 2. Kammer des *2. Senats* des BVerfG hat keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gesehen, weil die Deutung des Unionsrechts (Art. 54 SDÜ als Einschränkung des Art. 50 GrCh) als „zumindest vertretbar“ einzustufen sei.⁴¹ Aber *diese* Vertretbarkeit ist für Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht entscheidend! Art. 267 Abs. 3 AEUV trifft eine Festlegung des gesetzlichen Richters.⁴² Und *diese* Vorschrift hat der *Strafsenat* des BGH in unvertretbarer Weise nicht angewendet. Denn als Gericht, „dessen Entscheidung selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden“ konnte, war er in der entscheidungserheblichen Frage „zur Anrufung des

³⁴ Wenn man es denn mit dem Schutzprinzip für unvereinbar hält, dass der Fremdstaat das Verfahren gemäß dem Territorialitätsprinzip führt.

³⁵ *Satzger* (Fn. 24 – FS Roxin), S. 1515 (S. 1521), der dies vor dem Hintergrund seiner Skepsis gegenüber dem „einheitlichen Rechtsraum“ freilich nicht im Indikativ formuliert, sondern mit dem „wäre“ einer Art *Coniunctivus irrealis*.

³⁶ Für den Vorrang dieses Prinzips spricht auch ein praktischer Grund: Die Aufklärung der Tat dürfte am ehesten und am einfachsten am Tatort gelingen (vgl. § 7 Abs. 1 StPO mit Nr. 2 Abs. 1 RiStBV).

³⁷ *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 374.

³⁸ BGHSt 56, 11 (16). Vgl. nur die Einschätzung von *Koch/Dorn*, Jura 2011, 690: „noch nicht abschließend geklärte Frage nach dem Verhältnis von Art. 50 GrCh und Art. 54 SDÜ“.

³⁹ Vgl. auch bei *Böse*, GA 2011, 504 (512); *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179 (185 ff.); *Satzger* (Fn. 24 – FS Roxin), S. 1515 (S. 1525).

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2011 – 2 BvR 148/11.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2011 – 2 BvR 148/11, Rn. 34 ff., 37, 43.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 15.12.2011 – 2 BvR 148/11, Rn. 35.

Gerichtshofs *verpflichtet*“. Man muss sich bewusst machen, wie die 2. Kammer des 2. *Senats* des BVerfG den Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG hinweg argumentieren möchte: Gerade für entscheidungserhebliche Fragen zur Auslegung des Unionsrechts bestimmt Art. 267 Abs. 3 AEUV eine Vorlagepflicht und macht damit die europäischen Richter zu den gesetzlichen Richtern im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Diese Vorlagepflicht und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt der BGH nun angeblich dann nicht, wenn er die entscheidungserheblichen Fragen zur Auslegung des Unionsrechts kurzerhand selbst beantwortet und dabei keine offen abwegigen Auffassungen zugrunde legt. Diese Deutung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG erscheint uns auch für das BVerfG unvertretbar.

Man hat, und wohl mit Recht, für die beiden einschlägigen Fälle vermutet, die damit befassten deutschen Gerichte hätten einfach vermeiden wollen, dass die Beschuldigten, beides ehemalige Nazi-Verbrecher, wegen ihres Alters und wegen des Zeitaufwands für sämtliche denkbaren Alternativen zu Verfahren im Inland auf Dauer ihrer strafgerichtlichen Sühne entzogen werden könnten.⁴³ Das mag man unter verschiedenen Aspekten als ehrenwertes Motiv empfinden. Uns legt es aber den Hinweis nahe, dass sich die souveräne Autorität des Rechtsstaats nirgends deutlicher zeigt als dort, wo er noch die Taten seiner schlimmsten Verächter ohne die mindesten Abstriche nur in eben den Schranken für verfolgbar erklärt, die gerade seine Differenz zu jenen beglaubigen.

⁴³ *Swoboda*, JICL 9 (2011), 243 (269).

Bin ich „Jurist als solcher“ – und wenn ja, wie viele?

Von Prof. Dr. Klaus Volk, München

Er, *Richard David Precht*, wird es mir nachsehen, dass ich eine Anleihe bei seinem Buchtitel nehme.¹ *Imme Roxin*, der dieser Beitrag – es ist nur ein Essay – in freundschaftlicher Verbundenheit gewidmet ist, kennt das Problem aus der Familie: sie als die höchst erfolgreich praktizierende Anwältin und ihr Mann als der höchst erfolgreiche Wissenschaftler. Ist „Erfolg“ in beiden Feldern dasselbe? *Imme Roxin* arbeitet ja selbst wissenschaftlich, trägt also das Problem auch in sich und muss, wie ich, mit einer Frage fertig werden, die sich viele stellen: Wie kann man sich als Wissenschaftler treu bleiben, wenn man für die einseitige Wahrnehmung von Interessen bezahlt wird? Schlüpft man mit der Robe in ein anderes „Ich“, einen Avatar, eine Parallel-Existenz?

Wenn man Selbstvergewisserung (was schon sprachlich etwas mit Gewissen zu tun hat) dieser Art betreibt, darf man zunächst froh sein, dass der gesellschaftliche Argwohn nicht mehr den „Gelehrten“, also studierten Juristen generell gilt. Das war über Jahrhunderte anders. „Juristen, böse Christen“. *Luther* hat diese Redensart oft in seinen Tischreden gebraucht, aber nicht selbst geprägt. Es war *Hugo v. Trimberg*, der um 1300 in seinem Lehrgedicht „Der Renner“ eine Pathologie des Juristenstandes seiner Zeit entwarf. Seine Zeit war die der Rezeption des römischen Rechts, das nun von gelehrten, meist in Italien ausgebildeten Richtern auf den deutschen Alltag angewandt wurde. Vom Rechte, das mit uns geboren, das von den Vätern erzählt und ererbt worden war, durfte man nicht mehr viel erwarten, und wer Recht suchte, fand es nun nicht mehr von seinesgleichen gesprochen, sondern von Leuten in schwarzen Roben. Deren Sozialprestige war rasch abgesunken. Die Figur des Notars in komischen Opern ist eine freundliche Karikatur; sie zeigt den nützlichen, letztlich aber unnützen Trottel. Die Karikaturen *Daumiers* rücken schon deutlicher ins Bild, was man über Juristen dachte. Eitel und aufgeblasen, geldgierig und geltungssüchtig, verschlagen und listenreich, nur an das gute Ende, aber nicht an das Gute denkend. Sie rechtfertigen sich über den Erfolg. Das war es auch, was *Luther*, jenes Sprichwort zitierend, sagen wollte. Er kritisierte die Rechtfertigung über die Werke.

Juristen, böse Christen. *Hugo v. Trimberg* hatte das gar nicht geschrieben. Bei ihm heißt es böse „Judisten“, Judasöhne. Aber bei allen, die es abgeschrieben haben, liest man böse „Christen“, wohl deshalb, weil diese Wendung bereits als Sprichwort im Umlauf war. Diesen Effekt kennt man als Strafverteidiger. Die Leute sehen, was sie zu sehen glauben, sie lesen, was sie hineinlesen, sie hören, was sie hören wollen. Böse Christen sind die Juristen, weil sich von der Macht korrumpieren lassen. „Der Gelehrten Recht ist der Macht und Geldes Knecht“, hieß es 1630. Recht und Macht, Jus und Vis, das ist eine Verdrehung, zu der vor allem Juristen fähig sind. Ein letztes Sprichwort noch: „Wes Brot ich ess“, des Lied ich sing“. Das war zwar auf Söldner gemünzt. Aber es passt auch auf Anwälte. Wir finden die Assoziation auf bezahltes Gewehrfeuer wieder in der Wendung, mit der heute in den USA

¹ *Precht*, Wer bin ich – und wenn ja wie viele?, Eine philosophische Reise, 16. Aufl. 2007, S. 62 ff.: Wer ist „Ich“?

die Anwälte bezeichnet werden: „hired gun“. Mit diesem Sprung in die Jetzt-Zeit beende ich abrupt die historischen Reminiszenzen, die ja ohnehin keine waren, sondern nur Worte von gestern für Ansichten, die auch heute noch nicht ausgestorben sind.

Aber man differenziert, immerhin. Den „reinen“ Gelehrten, den Wissenschaftler par excellence, betreffen sie nicht. Er genießt, wie *Claus Roxin*, weltweit höchstes Ansehen. Man verspielt es nicht, wenn man Gutachten im Auftrag erstellt; es sei denn, dass einer sich selbst und die Wissenschaft verrät. Als junger Assistent habe ich mit der gebotenen Ehrfurcht einen sehr renommierten und arrivierten Professor gefragt, ob er in seinem Gutachten über [...] denn wirklich [...] vertreten wolle [...]. Er sagte: „Mein Gott, wenn’s wissen wollen, was ich wirklich denke, dürfen’s nicht meine Gutachten lesen; lesen’s meine Aufsätze“. Der Klassiker von *Peter W. Huber*, „Galileo’s Revenge, Junk Science in the Courtroom“ erschien erst 1993.

Aber jener verehrungswürdige Kollege hat mit seinem Sarkasmus ja nicht etwa junk science eingeräumt. Nicht *Galileo* rächt sich an und bei Juristen. Was da zurückschlägt, ist die „Vertretbarkeit“. Sie ist weit gefasst. Was vertreten wird, ist auch vertretbar.² Es ist kein Kunstfehler, sich im Rahmen der Vertretbarkeit zu bewegen. Und man läuft als Wissenschaftler, wenn man bis an den Rand der Vertretbarkeit geht und eine exotische Ansicht verfiert, auch kein Risiko – rein wissenschaftlich gesehen. Dem Auftraggeber wird das herzlich gleichgültig sein. Er will wissen, ob ihm ein Gutachten „Erfolg“ verspricht und welches wirtschaftliche Risiko mit dem Standpunkt des Gutachters verbunden ist. Dem kann der Gutachter nicht entgegnen, dass derartige Entscheidungshorizonte und Erfolgsorientierungen „nicht Sache des Juristen als solchen“³ seien. Dieses berühmte Diktum *Windscheids* bezog sich zwar nur auf den Unterschied zwischen dem hermeneutisch arbeitenden Juristen und dem Gesetzgeber. Aber auch mit dieser Einschränkung repräsentiert es einen Positivismus, der schon lange nicht mehr haltbar ist. Die Folgenorientierung ist Bestandteil juristischen Denkens in allen Bereichen geworden. Im Strafrecht marginalisiert sie die klassische Dogmatik (ich komme beim Thema Absprachen darauf zurück). Der Gutachter, der den Entscheidungshorizont und die Ziele des Auftraggebers einbezieht, handelt also nicht per se gegen die Regeln seiner Zunft. Nehmen wir an, dass er zu dem erwünschten Ergebnis kommt.

Mit dem Ergebnis ist es so eine Sache in der Juristerei. Das Ergebnis eines Gutachtens kann man nur angreifen, wenn die Prämissen und/oder die Art der Ableitung falsch sind. Bei wissenschaftlichen „Theorien“, wie unsere Lehr-

² Davon sollten die Studenten profitieren. Tun sie aber nicht. Ich habe einmal in einer meiner Vorgerücktenübungen unter einem Pseudonym mitgeschrieben und alle in meiner Musterlösung als „vertretbar“ bezeichneten Ansichten miteinander verknüpft. War nicht so toll. Fünf Punkte.

³ *Windscheid*, in: Oertmann (Hrsg.), Bernhard Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen, 1904.

meinungen anspruchsvoll heißen, ist es ähnlich. Hier steht es dem „Designer“ allerdings frei, seine Prämissen axiologisch unangreifbar zu machen. Eine Gerichtsentscheidung jedoch kann man kritisieren mit dem Satz „im Ergebnis richtig, in der Begründung aber nicht“. Wer das Ergebnis nicht in Frage stellt, muss eine andere, bessere Beweisführung haben. Die aber zweifelt nicht an, dass der konkrete Einzelfall „richtig“ (gerecht) entschieden wurde, sondern prognostiziert nur, dass mit dieser als verfehlt kritisierten Begründung zukünftige Fälle falsch entschieden werden könnten.

Die Jurisprudenz hat ihre eigene Art, das Verhältnis von *Procedere* und *Resultat* zu bestimmen. Wir trennen „Sachrüge“ und „Verfahrensrüge“. Ein Naturwissenschaftler wird das kaum verstehen. Für ihn kann ein falsches Verfahren nicht zu einem richtigen Ergebnis führen. Für Juristen ist die „Gerechtigkeit“ als im Ergebnis „richtige“ Anwendung des materiellen Rechts ein Wert, der nicht zwingend abhängig ist von der „Justizförmigkeit des Verfahrens“, die einen eigenen, davon unabhängigen Wert darstellt. Es ist übrigens diese Trennung, die es überhaupt erst möglich macht, Absprachen zu verteidigen (aber dazu, wie gesagt, später noch einmal). Sie sorgt auch dafür, dass der moralische Rollenkonflikt zwischen dem „reinen“ Juristen und dem Verteidiger, der einseitig Interessen vertreten muss, selten entsteht oder doch jedenfalls nicht schmerzt.

Dieser Trennung entspricht die zwischen der Wahrheit und ihrem Beweis. Unsere herrschende Lehre von der objektiven Wahrheit geht davon aus, dass es sie „gibt“ (wie ein vergrabenes Goldstück) und dass man sie nur finden und ans Licht der Sonne bringen muss (wobei die Schürfrechte im deutschen Strafprozessmodell ausschließlich beim Gericht und nicht bei den „Parteien“ liegen).⁴ Wie man sie beweisen kann, soll eine andere Frage sein. Auch das ist den Naturwissenschaften fremd. Wer da sagen würde, ich weiß, dass es etwas gibt (ein Elementarteilchen, einen Stern), kann es aber nicht beweisen, würde verlacht. Juristen hingegen können etwas wissen (die dem Verteidiger gestandene Täterschaft zum Beispiel) und, ohne ein anderes Ich anzunehmen, dennoch darauf bestehen, dass sich das Gericht in der Beweisaufnahme nicht hat vergewissern können. Da es unser Rechtssystem ist, das diese Fragen aufspaltet, wird man selbst nicht zur gespaltenen Persönlichkeit, wenn man es anwendet und für den Mandanten Nutzen daraus zieht.

Es sind nicht die Freiheiten, die man als Wissenschaftler und als Verteidiger hat, die einen in einen Rollenkonflikt bringen können. Es sind die Pflichten. Die Wahrheitspflicht des Verteidigers verträgt sich gut mit wissenschaftlichem Ethos. Seine Schweigepflicht kann ihm nur Probleme bereiten, wenn er es sich als Wissenschaftler angewöhnt hat, alles zu veröffentlichen, was er glaubt erkannt zu haben. Aber die Fürsorgepflicht, das Gebot, einseitig die Interessen des Mandanten zu vertreten, kann mit dem kollidieren, was er als Wissenschaftler für vertretbar hält. Ich habe einmal über

„Kronzeugen *praeter legem*“ geschrieben.⁵ Es ging um die damals bei nahezu allen Bauunternehmen verfolgte Methode der Absprachen und die ebenso gängige Methode der Staatsanwaltschaft, den Verfolgten in Aussicht zu stellen, ihre Taten nach § 154 StPO einzustellen, wenn sie nur über andere, der Staatsanwaltschaft noch unbekanntes Beteiligte Angaben machen würden. Der Generalstaatsanwalt, sehr erobost, hielt mir vor, dass man „Beanstandungen“ ihm vorzutragen, aber nicht zu veröffentlichen habe. Da kann man sich als Professor entspannt zurücklehnen und auf die Freiheit der Wissenschaft berufen. Ein anderer Staatsanwalt, eher amüsiert, fragte mich, was denn jetzt zu tun sei. Ich hatte später ein Mandat in jenem Absprache-Skandal übernommen. Ob er nach der von mir kritisierten Praxis verfahren oder meinen Mandanten nach den Regeln meines Aufsatzes behandeln sollte? Der äußere Konflikt wäre mir erspart geblieben, hätte ich meine Überzeugung nicht zu Papier gebracht – der innere nicht. Da muss man seine Ansicht vom „Richtigen“ opfern und verraten, weil es falsch wäre, den Mandanten zu verraten und zu opfern. Die Fürsorgepflicht gebietet es, ihn aus der Haft zu holen.

Hier ist die Entscheidung vielleicht unangenehm, aber klar und vorgezeichnet. Nur noch unangenehm ist sie, wenn man eine Absprache angeboten (bis „angedroht“) bekommt oder sie selbst initiiert. Absprachen sind, wie erwähnt, nur deshalb überhaupt möglich, weil Juristen zwischen dem richtigen Weg und dem richtigen Ergebnis trennen, weil sie Justizförmigkeit und Gerechtigkeit unterscheiden. Als Verteidiger weiß man, dass Mandanten nach einem „Deal“ nicht selten erst einmal drei Kreuze machen und drei Tage froh sind, sich dann aber zunehmend über das „Unrechtsurteil“ und ihren Anwalt ärgern. Ohne dessen Kompromissbereitschaft würden sie Jahre später nicht auf ihn, sondern auf das Gericht schimpfen. Besser für den Anwalt. Das ist sehr utilitaristisch und pragmatisch gedacht. Aber anders als in einem weiteren Sinne utilitaristisch und pragmatisch lassen sich Absprachen derzeit auch nicht rechtfertigen.

Fundamental ist das hier nicht auszubreiten. Es geht ja nur um die Frage der potentiellen Konflikte zwischen dem Juristen „als“ Wissenschaftler und „als“ Verteidiger. Was die Absprachen betrifft, schleicht sich in beiden Rollen leise Resignation ins Gemüt. Ich kann nur von mir sprechen. Die „materielle“ Wahrheit, hier schon als Goldstück apostrophiert, ist, sehr pointiert gesagt, ein goldenes Kalb, um das ein ritueller Tanz vollführt wird. Andere als formalisierte, am Ende also formelle Wahrheiten, gibt es nicht, und darauf darf man rechtsstaatlich sogar stolz sein.⁶ Es gibt auch eine Gerechtigkeit, die auf anderen Werten beruht. Die aber können nur aus „Fairness“ und „Justizförmigkeit“ abgeleitet werden. Konsensuale Elemente – gerne, nichts gegen sie – sind jedoch vom Gesetzgeber in seiner Regelung der Absprachen durch die Prädominanz der Inquisitionsmaxime desavouiert worden. Sie „passen“ nicht, wie man weiß, in unser über-

⁴ Zur materiellen Wahrheit und ihrem angeblichen Gegensatz zu einer „nur formellen“ möchte ich hier nichts ausführen, vgl. Fn. 6.

⁵ *Verf.*, NJW 1996, 879.

⁶ *Verf.*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, 1995, S. 411.

kommenes System. Ein Verfahren aber, das genuin „prozedural“ die Gerechtigkeit des Ergebnisses verbürgen könnte, findet bei Absprachen eben gerade nicht statt. Von „Justizförmigkeit“ im ursprünglichen Sinne kann keine Rede sein – es sei denn, man reduziert sie auf Formalitäten. Die viel diskutierte prozedurale Rechtsfindung ist legitim bei fehlenden, auch nicht zu erlangenden Informationen, Ungewissheit über den Ausgang und dem Mangel an Alternativen für die Produktion eines „richtigen“ Ergebnisses.⁷ So liegt es hier nicht. Man müsste in den meisten Fällen einfach nur „weitermachen“. Und der bei Absprachen am Ende stehende Konsens über das Ergebnis des Verfahrens beruht nun wirklich nicht auf einem Diskurs, der es in seiner Dignität mit einem kontrovers geführten, alle Aspekte des Falles erschöpfenden justizförmigen Verfahren aufnehmen könnte.

Von einem „Basar“, der oft empört vergleichend aufgerufen wird, sollte man aber auch nicht sprechen. Das ginge so (alte Anekdote): „sagt er zwölf, meint er zehn, will er haben acht, wird wert sein sechs, will ich zahlen vier, werd' ich sagen zwei“. Selbst das ist im Grunde gar nicht so lustig, sondern nur die Widerspiegelung von Gesetzen des Marktes. Das aber ist es eben – werden bei einer Absprache die Tageskurse von Gerechtigkeit im unregulierten Freiverkehr ausgehandelt? Nein. Die Beteiligten haben ein „Judiz“. Wenn man diesen Begriff bei Wikipedia nachschlägt, wird man auf das Rechtsgefühl verwiesen. Gemeint ist das der juristisch Gebildeten.⁸ Sie haben alle einmal Dogmatik gelernt, die uns lehrt, wie man einen Fall abarbeitet. Nun geschieht bei einer Absprache genau das nicht. Die Dogmatik ist nicht einmal mehr Requisite, sondern nur noch Kulisse in diesem ernstesten Stück vor leeren Rängen.

Die Akteure haben Entscheidungen unter Risiko zu treffen. Sie müssen versuchen einzuschätzen und abzuwägen, wie hoch das Risiko von Verurteilung und Freispruch ist, wie groß die Chancen der Beweisbarkeit sind, welche Folgen mit einer Absprache oder ihrer Verweigerung verbunden sind, etc. Derartige „unternehmerische“ Entscheidungen trifft der Wissenschaftler nicht. Er mag über das Risiko schreiben, trägt aber selbst keines. Diese Freiheit hat der Verteidiger nicht.

Was ist es nun, was Absprachen erträglich machen kann? Es ist zunächst einmal jenes von der Wissenschaft erarbeitete und zur Verfügung gestellte gemeinsame „Hintergrundwissen“. Es eint die Beteiligten (vom Beschuldigten einmal abgesehen). Hinzu kommt hoffentlich ein gemeinsames Ethos „als Juristen“, welche Rolle sie auch immer spielen. Auch dieses Ethos sollte man an der Universität vermittelt bekom-

men, wenn auch „Bologna“ nicht dazu beigetragen hat, dieses Ausbildungsziel zu stärken. Diese beiden Gemeinsamkeiten, Wissen und Ethos, müssen den Pragmatismus mit Werten füllen und dem Utilitarismus Grenzen setzen. Wie man das macht, hat uns *Imme Roxin* stets vorgelebt.

⁷ Optimistischer *Hassemer*, in: Pieth (Hrsg.), *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das Strafrecht*, Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauss, 2006, S. 9 (S. 12); kritischer die Beiträge von *Saliger* und *Stratenwerth*, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, S. 599 und 639.

⁸ Eine entsetzliche – zum Glück wenig realistische – Vorstellung ist die allerdings im System angelegte Möglichkeit, dass einer derer, die vor kurzem zur Lynchjustiz an einem unschuldigen Verdächtigen aufgerufen haben, Schöffe würde.

Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?*

Von Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, Frankfurt a.M.

I. Der Befund

Wirtschaftsstrafrecht gilt zu Recht als „modern“.¹ Nur prima facie kann verwirren, dass dies für die gegensätzlichen Konnotationen,² die mit dem Begriff des „modernen Strafrechts“ verbunden sind, gilt. Es hat aber über die ambivalente Modernität hinaus Konjunktur:³ Im deutschsprachigen Raum ist das Lehrbuch *Klaus Tiedemanns*⁴ zwar lange das einzige geblieben,⁵ der monographischen Abhandlung *Bernd Schünemanns* über „Unternehmenskriminalität und Strafrecht“⁶ aber ist eine Vielzahl von einschlägigen – kriminologischen und strafrechtlichen – Untersuchungen gefolgt, der Anteil wirtschaftsstrafrechtlicher Beiträge in Festschriften und Fachzeitschriften hat ebenso stetig zugenommen wie die Zahl einschlägiger Fachtagungen.

Unübersehbare Anzeichen dafür, dass es sich nicht um ein nur passageres Phänomen handelt, sind hinzugekommen: Das Wirtschaftsstrafrecht hat Eingang in die Curricula des rechtswissenschaftlichen Studiums gefunden,⁷ darauf reagierend –

* Diese Zeilen sind *Imme Roxin*, mit herzlichen Grüßen, mit Hochachtung für Ihre ebenso theoriegeleiteten wie praxisnahen Beiträge zum Wirtschaftsstrafrecht wie zu anderen strafrechtlichen Themen, und in Erinnerung an viele Treffen im In- und Ausland seit 1973 zgedacht; an das erste Treffen im WS 1973/1974 in München wird und kann sich die *Jubilare* nicht erinnern, denn es bestand aus einer „einseitigen“ Wahrnehmung des Studenten *C.P.*, der zusammen mit seinen Kommilitonen neugierig zur Kenntnis nahm, dass die Ehefrau ihres ersten Strafrechtslehrers *Claus Roxin* immer wieder Gast im Grundkurs Strafrecht war.

¹ Vgl. etwa *Rotsch*, ZIS 2007, 260.

² Das „moderne Strafrecht“, teils verstanden als fortschrittliches und den aktuellen gesellschaftlichen und staatlichen Problemen entsprechendes Strafrecht (so etwa: *Broda*, Der modernen Gesellschaft ein modernes Strafrecht, 1968), teils verstanden als Ergebnis einer „kriminalpolitischen Entwicklungstendenz, bei der sich das Strafrecht von ‚klassischen‘ rechtsstaatlichen Grundsätzen zusehends entfernt und sukzessive durch ein ‚modernes‘, d.h. ein entformalisiertes und funktionalisiertes Strafrecht, das auf einen kompromißlosen Kampf gegen bestimmte Kriminalitätsformen ausgerichtet ist“ (so die online-Informationen des Duncker & Humblot Verlages zum Buch von *Park*, Vermögensstrafe und „modernes“ Strafrecht, 1997), ersetzt wird. Das „moderne“ Strafrecht teilt damit die Ambivalenz des Begriffs der Moderne.

³ Zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts: *Trendelenburg*, *Ultima ratio?*, 2011, S. 4.

⁴ Vgl. (inzwischen) *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2010; *ders.*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2011.

⁵ Vgl. jetzt *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2011; *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2010; *Kudlich/Oglakcioglu*, Wirtschaftsstrafrecht, 2011.

⁶ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979.

⁷ Das gilt jedenfalls für das universitäre Schwerpunktstudium.

aber realistischerweise auch auf steigenden Beratungsbedarf und damit einhergehende Mandate und Gutachtensaufträge hoffen dürfend – stieg die Zahl von Strafrechtslehrstühlen mit einer speziellen Wirtschaftsstrafrechtswidmung und folgerichtig die Zahl von Strafrechtswissenschaftlerinnen und Strafrechtswissenschaftlern, welche die *venia legendi* für das Fach Wirtschaftsstrafrecht anstreben und erhalten. Und letzte Zweifel mussten verschwinden, als Anfang 2012 die fast schon betagt anmutende, auf Wirtschafts- und Steuerstrafrecht spezialisierte *wistra*⁸ durch das im Verlag C.H. Beck erschienene NJW-Enkelkind NZWiSt⁹ Konkurrenz bekommen hat.

Diese Konjunktur hat gut nachvollziehbare Gründe, die nur der kurzen Skizzierung bedürfen. Der nationale Gesetzgeber ist – teils parallel, teils nachfolgend, aber immer passend zu europäischen und internationalen Entwicklungen – seit einigen Jahrzehnten verstärkt tätig geworden und hat „neues“ Wirtschaftsstrafrecht geschaffen.¹⁰ Daneben haben – massenmedial überwiegend mit Beifall begleitet – Politik und Gesellschaft, Strafverfolgung und Justiz die Wirtschaftskriminalität ins Hellfeld gerückt, die es, ebenso wie die vor allem einschlägigen Strafrechtsnormen Betrug und Untreue, schon lange gibt. Nicht gänzlich überraschend haben die solchermaßen ins Visier der Strafverfolger geratenen und mit hoher Beschwerdemacht ausgestatteten natürlichen und juristischen Personen anders reagiert als früher mit Kriminalisierung und Strafverfolgung Bedrohte. Die von der Neukriminalisierung betroffenen Wirtschaftsakteure haben sich, anders als ganz früher einmal die Wilddiebe, später die neu aufgefallenen Bankräuber und die der Gesellschaft besonders bedrohlich erscheinenden Sexualstraftäter, anders aber auch als die sogenannte – ökonomisch oder politisch motivierte – „organisierte Kriminalität“, auf verschiedenen Ebenen erfolgreich zur Wehr gesetzt. Der Wirtschaftsstrafgesetzgebungsprozess wird von den Lobbies konstruktiv begleitet, wirtschaftsstrafrechtliche und wirtschaftskriminologische Forschung hat gegenüber klassisch strafrechtlicher und kriminologischer Forschung deutliche Vorteile bei der Drittmittelgewinnung;¹¹ vor allem aber können sich die Unternehmen, ihr Führungspersonal und ihre Mitarbeiter im Rahmen von drohenden – und zum Teil noch vermeidbaren – und laufenden Strafverfahren des sachverständigen Rats hochspezialisierter und

⁸ Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Verlag C.F. Müller; Heft 1 erschien 1982, nur ein Jahr, nachdem 1981 mit den Fachzeitschriften NStZ und Strafverteidiger die Spezialisierung der nicht rein wissenschaftlichen Strafrechtsspezialzeitschriften begonnen hatte.

⁹ Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht, Heft 1 erschien im Januar 2012.

¹⁰ Vgl. nochmals zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts: *Trendelenburg* (Fn. 3), S. 4 m.w.N.

¹¹ Vgl. etwa *Bussmanns* Kooperation mit PricewaterhouseCoopers, Nachweise bei *Bussman*, in: Schröder/Hellmann (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 57.

jenseits der BRAGO-Sätze bezahlter Strafverteidiger bedienen – und sich das auch leisten.

II. Die Interpretation

Wie ist der in Ausmaß und Begründung skizzierte Befund zu deuten? Was folgt aus ihm, wenn denn überhaupt etwas aus ihm folgt?

1. Selbstverständlichkeiten und Normalitäten

Es empfiehlt sich, zunächst mit der gebotenen Gelassenheit die Selbstverständlichkeiten und Normalitäten zu notieren, die manchen Beobachtern, die wahlweise „die Wirtschaft“ zu Unrecht an den Pranger gestellt sehen oder aber meinen, in der Unternehmenskriminalität das „eigentliche Objekt des Strafrechts“¹² erkannt zu haben, im Eifer des Gefechts bisweilen abhandengekommen scheint.

Dazu gehört in erster Linie die Einsicht, dass sich das Strafrecht – normativ immer schon, empirisch sich vorsichtig dem Ideal annähernd – weder als ein Unterschicht- noch als ein Oberschicht- und Elitenstrafrecht, sondern als Bürger- und Personenstrafrecht versteht, das für Mächtige und Ohnmächtige, Konsumenten und Produzenten, Arbeitnehmer und Arbeitgeber gilt.

Will man sich mit einer solchen Aussage nicht dem Vorwurf aussetzen, rechtstatsachenblind einem „majestätischen Gesetz“ das Wort zu reden, das Armen wie Reichen gleichermaßen verbietet, unter Brücken zu schlafen,¹³ muss man bestimmte Aktivitäten des Strafgesetzgebers und der Strafrechtsanwender benennen und zu der Frage ihrer Selbstverständlichkeit und Normalität Stellung beziehen.

Ohne damit schon abschließend zur Sinnhaftigkeit und Legitimität einzelner Teilbereiche des neu geschaffenen Wirtschaftsstrafrechts Stellung zu beziehen, wird man zunächst nicht daran Anstoß nehmen, dass der Gesetzgeber seiner Verantwortung, die Rahmenbedingungen gesellschaftlichen Handelns umfassend – und das heißt unter Umständen auch strafrechtlich sanktioniert – festzulegen, auch im Bereich des Subsystems Wirtschaft nachkommt. Ungeachtet der sehr ernstzunehmenden Frage, ob das sogenannte Nebenstrafrecht neben dem StGB, das wegen seiner überwiegenden Akzessorietät augenscheinlich und auch per definitionem nicht den Ehrgeiz haben kann, magna charta des u.U. rechtbrechungsgeneigten Bürgers¹⁴ zu sein, dürfte feststehen, dass der Gesetzgeber in der Tradition eines solchen Nebenstraf-

rechts auch das Verhalten wirtschaftlicher Akteure pönalisieren darf – oder sogar muss.¹⁵

Dasselbe gilt – eher noch stärker – für die Anwendung allgemeiner strafrechtlicher Verbote wie z.B. des Betrugs und der Untreue, die selbstverständlich an alle Bürger und – wegen des Wirtschaftsbezugs dieser Tatbestände – in besonderem Maße an *wirtschaftliche* Akteure gerichtet sind. Natürlich soll auch mit diesem Bekenntnis zur selbstverständlichen Normalität der Debatte nicht vorgegriffen sein, ob die dankbare Nutzung des bedenklich unbestimmten und anerkannt zu weit ausgreifenden Tatbestandes zur „Bekämpfung“ der Wirtschaftskriminalität als rechtsstaatlich unbedenklich gelten darf.

Schließlich ist auch schnell einzusehen, dass das Mehr an Wirtschaftsstrafrecht, das Strafgesetzgeber und Strafrechtsprechung produzieren, zu einer erhöhten Nachfrage an wirtschaftsstrafrechtlich kompetenten Strafrechtspraktikern und also auch an entsprechenden Strafrechtslehrern und damit auch wissenschaftlichen (und publizistischen) Schwerpunkten „Wirtschaftsstrafrecht“ in Rechtswissenschaft und Kriminologie führt.

Vielleicht am schwersten mag dem einen oder anderen fallen, einzusehen, dass auch die – möglichst erfolgreiche – Vertretung der Interessen wirtschaftlicher Akteure in den Prozessen der Gesetzgebung und der Gesetzesanwendung nicht zu beanstanden ist. Sie entspricht, das bedarf hier nur der Andeutung, dem Selbstverständnis des freiheitlichen Rechtsstaats.

2. Anstößiges und Kritikwürdiges

Was bleibt an Kritikwürdigem? Bleibt, wenn man das Wirtschaftsstrafrecht „in the books“ und „in action“ betrachtet und die soeben angedeutete Checkliste der Selbstverständlichkeiten abgearbeitet hat, überhaupt etwas, an dem man Anstoß nehmen kann?

Um die Antwort vorwegzunehmen: Es bleiben Zweifel. Sie betreffen verschiedene Ebenen, sie kommen aus unterschiedlichen und zum Teil gegensätzlichen Richtungen und sie haben sich als basso continuo zu der „Alles in Ordnung“-Melodie des vergangenen Abschnitts schon angedeutet.

Kriminalpolitisch ist zu beobachten, dass aus – jeweils nachvollziehbarer – Perspektive aus einer Ecke als zu viel und zu harte Kriminalisierung kritisiert wird, was aus einer anderen Ecke als unangemessen wenig und zu milde Kriminalisierung empfunden wird. Dementsprechend werden Bemühungen, die Wirtschaftsstrafgesetzgebung zu beeinflussen, als tendenziell illegitime – jedenfalls aber die Mausechelen der Mächtigen offenlegende – Aktivitäten wahrgenommen, während der Wirtschaftsakteur ein solches Vorgehen als selbstverständlich und nützlich ansieht. Bemühungen der Strafverteidiger, unterstützt vom strafrechtsskeptischen Teil

¹² So etwa *Schünemann*, in: Schünemann (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Die Rechtseinheit – Arbeitskreis Strafrecht, Bd. 3, Unternehmenskriminalität, 1996, S. 129.

¹³ So die beißende Kritik *Anatole Frances*.

¹⁴ Zur wichtigen und folgenreichen Unterscheidung zwischen der Sichtweise von Art. 103 Abs. 2 GG und des StGB als magna charta des *Verbrechers* (so das Originalzitat bei *v. Liszt*, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 1, 1905, S. 80) oder des *Bürgers* (*Naucke*, Strafrecht, Eine Einführung, 9. Aufl. 2000, § 2 Rn 28 ff.).

¹⁵ Dass allerdings staatliche Pönalisierungspflichten, der Entscheidung BVerfGE 88, 203 folgend, ernsthaft erst seit der Debatte um die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs im Gespräch sind, muss in Anbetracht des Ausmaßes potentieller Sozialschädlichkeit wirtschaftlichen Handelns erstaunen.

der Strafrechtswissenschaft, werden als Engagement auf der falschen Seite wahrgenommen. Das Beharren auf Strafrechtbegrenzungsprinzipien wie dem ultima ratio-Satz auch im wirtschaftsstrafrechtlichen bzw. -kriminalpolitischen Kontext wird teils als Parteinahme verstanden, teilweise als besonders auffallendes und daher plakatives Anwendungsbeispiel für einen an Prinzipien insgesamt, an Begrenzungsprinzipien besonders desinteressierten Staat. Objektive und subjektive Zurechnungsfragen, namentlich das Verhältnis zwischen individueller und kollektiver Verantwortlichkeit, werden kontrovers behandelt. Und wichtige Richtungen der Kriminologie stehen verwirrt und unentschieden vor der Tatsache, dass Strafrecht nicht immer als das Recht der Mächtigen gegen die Ohnmächtigen decouvrierbar ist und sind verunsichert, ob sie unverändert kriminalisierungskritisch agieren oder sich auf die Seite der Kriminalisierer schlagen sollen.

3. Versuch einer Zusammenschau

Versucht man auf diesem unsicheren Terrain Position zu beziehen, die sich weder als kriminalisierungsfreundlich oder -skeptisch versteht, noch von vornherein wirtschaftsfeindlich oder wirtschaftsaffin auftritt, dann wird man die Turbulenzen am ehesten verstehen als Ergebnis wenig bis gar nicht zusammenpassender Teilsysteme.

Sieht man von Kriminalitätsphänomenen ab, die genauer als „Kriminalität in der Wirtschaft“ denn als „Wirtschaftskriminalität“ bezeichnet sind, dann scheinen „Wirtschaft“ und „Strafrecht“ in vielfacher Hinsicht nicht zueinander zu passen.

Wirtschaftsstrafrecht ist zunächst in dem Sinn „modern“, als es in besonders hohem Maße die Merkmale aufweist, die das „moderne“ Risikostrafrecht auszeichnen – und es als problematisches Strafrecht kennzeichnen.¹⁶ Die Verhaltensweisen, die es regelt, sind ganz überwiegend keine mala per se, sie sind auch kein abweichendes, sondern eher (system-)konformes, ja oft – sofern es nur nicht tatbestandsmäßig ist – erwünschtes Verhalten. Auf dieses Verhalten wird nicht in erster Linie wegen seiner Unerträglichkeit für die Gesellschaft reagiert, sondern man will damit steuern – und zwar handelt es sich nicht um Steuerungen en detail, sondern um Großsteuerungsversuche.

Das Recht, mit dem geregelt wird, ist ein Recht, das besonders früh prävenieren will und den Bereich strafbaren Verhaltens deswegen vorverlegt; es ist ein Recht, dem der Nachweis des Tatverhaltens besonders schwer fällt und das deswegen den Bereich strafbaren Verhaltens noch einmal vorverlegt, ein Recht, das es wegen des Kontextes des möglichen tatbestandsmäßigen Verhaltens besonders schwer hat, verschiedene individuelle Verantwortlichkeiten untereinander und individuelle von kollektiver Verantwortlichkeit zu unterscheiden und deswegen innovative Zurechnungsfiguren – wie den von Rotsch so genannten „ökonomischen Täterbegriff“¹⁷ – favorisiert oder kreierte. Es ist zugleich ein Recht, dem die traditionelle Strafrechtsfolge „Freiheitsstrafe“ in mehrfacher Hinsicht unangebracht erscheint und das daher reichlich

Gebrauch macht von Einstellungsmöglichkeiten, das „innovative“ Prozessstrategien wie den „Deal“ favorisiert und innovative Sanktionen fiskalisch ertragreicher Verfahrensausgänge produziert. Und schließlich ist es ein Recht, das in einem – in anderen Rechtsbereichen schier undenkbar – Ausmaß durch das Institut der Compliance die Strafverfolgung privatisiert bzw. Strafverfolgung und Strafvermeidung in höchst innovativer Weise in die Sphäre der Rechtsunterworfenen zurückverweist.

Wirtschaftskriminalität kann man mit guten Gründen *Wirtschaftskriminalität* nennen, mit hergebrachter Kriminalität hat sie oft und weitgehend wenig gemein. Und Wirtschaftsstrafrecht kann man mit gutem Gewissen *Wirtschaftsstrafrecht* nennen, mit dem hergebrachten Strafrecht hat es oft und weitgehend wenig zu tun. Thomas Rotsch hat diese Besonderheiten vor einigen Jahren mit den Begriffen „Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung“ beschrieben.¹⁸ Und diese Kategorien passen nicht nur trefflich der Sache nach, wie er anhand einer Reihe von Beispielen bezogen auf die Strafrechtsdogmatik nachweist,¹⁹ sondern bringen die Entwicklung auch insofern auf den Punkt, als diese der Ökonomie entlehnten – und eben nicht nur auf die Wirtschaft, sondern auch auf das *Wirtschaftsstrafrecht* passenden – Begriffe überzeugend belegen, dass die Gesetzmäßigkeiten der Wirtschaft das sie regeln sollende Strafrecht weit stärker prägen, als umgekehrt das Strafrecht die Wirtschaft. Schon der Strafgesetzgeber, der sich im traditionellen prinzipienorientierten Strafrechtsbetrieb eher einheitlicher, bestimmter und letzten Endes recht „einfacher“ Formen bedient hat, benutzt die Instrumente der Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung, und was noch nicht hinreichend differenziert, diversifiziert und divisionalisiert ist, erfährt den Feinschliff durch eine Rechtsprechung, die bereit ist, den hinderlichen Täterbegriff passend zum Kriminalitätsausschnitt zu modifizieren, hinderliche Zurechnungsprinzipien an den betreffenden Kriminalitätsausschnitt anzupassen und auch – Stichwort: „Deal“ – hinderliche Beweisanforderungen und Verfahrensgrundsätze so zu schleifen, dass vom hergebrachten Strafrecht materieller und formeller Art nicht viel übrig bleibt. Entstanden ist vielmehr ein „Wirtschaftsstrafrecht“ genanntes Sonderstrafrecht, entstanden sind Verfahren, die sich in so vielen Punkten vom hergebrachten Verfahren unterscheiden, dass man getrost auch von einem *Sonderstrafprozessrecht* sprechen kann.

Mit diesen – natürlich zuspitzenden – Einordnungen ist jedoch keineswegs a limine eine Wertung verbunden. Es kann ja sein – und in der Tat spricht viel dafür – dass das Strafrecht mit seinen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen und samt seines Verfahrensrechts auf den Bereich der Wirtschaft gar nicht passt, so dass Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung notwendige Voraussetzung eines gelingenden Wirtschaftsstrafrechts sind.

Gleichwohl scheint mir weit mehr dafür zu sprechen, dass der Staat klug beraten ist, im Bereich seines Strafrechts eher auf Einheitlichkeit und Ganzheitlichkeit zu setzen, solange er

¹⁶ Vgl. dazu Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993.

¹⁷ Rotsch, ZIS 2007, 260.

¹⁸ Rotsch, ZIS 2007, 260.

¹⁹ Rotsch, ZIS 2007, 260 (263 ff.).

überhaupt auf ein „Strafrecht“ genanntes Instrumentarium setzt, das man getrost als – vielleicht nötiges – Überbleibsel eines eher eindimensionalen, in mancherlei Beziehung gar atavistischen Staat-Bürger-Verhältnisses bezeichnen kann. Es ist ja alles andere als ein Zufall, dass Umweltstrafrecht und Wirtschaftsstrafrecht in das Strafgesetzbuch aufgenommen wurden. Symbolträchtig und auf Symbole bauend wurden diese Sanktionsregelungen damit einem Rechtsgebiet eingemeindet, das – normativ weitgehend unbestritten²⁰ – ultima ratio sein soll.

Gleichzeitig das „scharfe Schwert“ Strafrecht – eine technologisch unbestreitbar veraltete Waffe – zu nutzen und es zu einer geschmeidigen Vielzweckwaffe umzugestalten, dürfte eine Überforderung des Unternehmens „Staatliches Strafrecht“ darstellen. Es wäre nicht das erste Mal, dass Maßnahmen der Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung, die ja die Gesamtleistung des Unternehmens verbessern sollen,²¹ das Ende des Unternehmens bedeuten.

Der Umgang mit dem Schwert „Strafrecht“ erfordert, will man es effektiv und legitim einsetzen, sehr wohl eine fein ausziselierete, geschliffene und komplexe Strafrechtsdogmatik. Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung sind zwar auch meines Erachtens „Phänomene moderner Strafrechtstheorie und -praxis“, wie *Rotsch* meint, aber nicht ohne weiteres als „Ausfluss und Konsequenz“ der traditionell subtilen Strafrechtsdogmatik zu begreifen, die sich ja stets – Ausnahmen stets konzediert – gerade um systematische und prinzipiengeleitete Kategorienbildung bemüht hat. Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung dagegen bedienen sich zwar bei oberflächlicher Betrachtung der Sprache und Begrifflichkeit der traditionellen Strafrechtsdogmatik, unterwandern aber im Grunde mit ökonomischer Begrifflichkeit und Logik den Bereich, der sie regeln soll.

Das Rechtsgebiet „Wirtschaftsstrafrecht“, das so entstanden ist, hat sich von Voraussetzungen, Rechtsfolgen und Verfahren weit vom hergebrachten Strafrecht entfernt. Es ist ein Sonderstrafrecht, das bisweilen (und von Manchen) als Sonderstrafrecht für Feinde gedacht wird und ausgestaltet werden soll, das von anderen als Sonderstrafrecht für Freunde gedacht wird und ausgestaltet werden soll. Es ist aber gerade kein Bürgerstrafrecht, das ein solches Ausmaß an Diffusion seiner Instrumente und Verfahren nicht zulässt, ohne das Schaden entsteht. Ein Recht, jedenfalls ein *Strafrecht*, das, wie *Rotsch* schreibt, „jede Ansicht, jede Norm und jede Entscheidung zulässt“,²² ist kein Recht, auf das man symbolträchtig setzen kann.

III. Ausblick

Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung und damit die von *Rotsch* befürchtete Diffusion des Strafrechts sind im Wirtschaftsstrafrecht weit fortgeschritten. Geht es also nur um den Abgesang, ein Klagelied des dahinsiechenden Strafrechts? Das wäre zu pessimistisch und auch wenig

realistisch. Wirtschaftsstrafrecht ist rückbaubar, es verfügt nicht über den harten „Stahl“ des Strafrechtsschwertes und sollte es auch nicht.

Die Gesellschaft muss sich zunächst entscheiden, wie weit sie dem Staat aufgeben will, das Teilsystem Wirtschaft (und Finanzen) zu regeln. Viel spricht dafür, nicht alles dem Teilsystem selbst zu überlassen. Steht dann fest, *was* im Bereich Wirtschaft geregelt werden muss, dann müssen Strafgesetzgeber und (praktische und wissenschaftliche) Strafrechtsanwender prinzipiengeleitet und mit Blick auf inhaltlich und formal zu Bewahrendes im Strafrecht entscheiden, wo Wirtschaftsstrafrecht, das seinen Namen verdient und weder im Übermaß differenziert, noch diversifiziert und divisionalisiert ist, Not tut. Diese Aufgabe ist anspruchsvoll; sie stellt den Kern eines Wirtschaftsstrafrechts mit Prinzipien- und Grundlagenbezug dar, den jede rechtswissenschaftliche Fakultät im Angebot haben sollte, weil sie das der Gesellschaft und ihren Studierenden schuldet.

²⁰ Vgl. dazu jetzt umfassend *Trendelenburg* (Fn. 3), passim.

²¹ *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (263) mit betriebswirtschaftlichem Nachweis in Fn. 39.

²² *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (265).

Nemo tenetur-Grundsatz im Steuerstrafrecht

Verwertbarkeit einer gescheiterten Selbstanzeige?

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

Das Steuerstrafrecht und vor allem die Selbstanzeigemöglichkeit, die es mit § 371 AO bietet, gilt als eines der beratungsintensivsten Felder der Strafverteidigungspraxis. Das wird auch an der inzwischen großen Anzahl der Publikationen deutlich, die alleine zur Selbstanzeige in den letzten Jahren erschienen sind. Die Neuregelung des § 371 AO durch das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz¹ wird sein Übriges dafür tun, weitere Publikationen zu veranlassen, weil insbesondere das neu geregelte Zusammenspiel der nunmehr eingeschränkten Selbstanzeigemöglichkeit mit der Einstellung gegen Aufschlagszahlung nach § 398a AO eine Fülle neuer Fragen aufwirft, die nicht nur die Wissenschaft, sondern auch die Praxis bisweilen ratlos zurücklassen.²

Das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz hat aber nicht nur für neue Probleme gesorgt, die der wissenschaftlichen Durchdringung bedürfen, sondern gibt auch althergebrachten Konsellationen eine neue Relevanz. Das gilt auch für die Verwertbarkeit einer gescheiterten Selbstanzeige. Zwar war es immer schon möglich, dass eine Selbstanzeige, die der Steuerpflichtige in gutem Glauben an ihre Wirksamkeit und damit an seine Straffreiheit abgegeben hat, sich im Nachhinein als unwirksam herausgestellt hat. Die Frage, ob die vom Steuerpflichtigen in dieser freiwilligen, unwirksamen Selbstanzeige gemachten Angaben im folgenden Strafverfahren verwertet werden dürfen, stellte sich also schon vor der Einschränkung des § 371 AO. Gewachsen ist aber das Risiko der Unwirksamkeit der „gutgläubigen“ Selbstanzeige und damit letztlich auch die Bedeutung der Frage, ob die freiwillig der Finanzbehörde gemachten Angaben über eine vergangene Steuerhinterziehung verwertbar sind.

Die *Jubilarin* gehört zu den Strafverteidigerinnen, die das Steuerstrafrecht nicht als „Modethema“ entdeckt haben; sie ist vielmehr seit vielen Jahren vor allem im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht nicht nur in der Praxis, sondern auch der Wissenschaft aktiv. Ihr sei der folgende Beitrag über „ein altes Problem im neuen Gewand“ gewidmet.

I. Problemaufriss

Das Steuerstrafrecht bietet mit § 371 AO eine ansonsten dem Strafrecht unbekanntes Möglichkeit, nämlich sich nach vollendeter und sogar beendeter Tat selbst anzuzeigen und damit straffrei zu werden. Der Steuerhinterzieher kann damit von einem Privileg Gebrauch machen, das es ansonsten im Strafrecht nicht gibt³ und durch ein Nachtatverhalten Straffreiheit erlangen.

Über die Berechtigung dieser Ausnahme wird viel gestritten.⁴ Nach überwiegender Ansicht stehen aber auch fiskalische Erwägungen im Vordergrund, weil die Selbstanzeige dem Fiskus bislang unbekanntes Steuerquellen erschließen soll.⁵ Welchen Grund der Steuerpflichtige seinerseits für die Berichtigung hat, ist unerheblich. § 371 AO verlangt keine moralisch intendierte Rückkehr in die Steuerehrlichkeit,⁶ sondern lässt es auch zu, wenn der Steuerpflichtige die Angaben nur berichtet, weil er befürchten muss, dass die Steuerstrafat demnächst – etwa weil eine sog. „Steuer-CD“ im Umlauf ist – entdeckt wird.⁷ Verschlungen ist die Selbstanzeige erst dann, wenn ein Sperrgrund vorliegt, die Tat also z.B. schon entdeckt worden ist. Grundsätzlich ist eine „taktische Selbstanzeige“ – also eine Reaktion, aber auch ein Abwarten auf eine mögliche Entdeckung – deshalb statthaft und wahrscheinlich sogar üblich.⁸

Mit diesem Bild eines taktisch agierenden Steuerpflichtigen vor Augen dürfte die Antwort auf die Frage, wer das Risiko zu tragen hat, dass die Selbstanzeige sich im Nachhinein als unwirksam herausstellt, leicht zu beantworten sein: Der Steuerpflichtige selbst.

Die Selbstanzeige kann aus vielerlei Gründen unwirksam sein, etwa weil der Umfang der Berichtigungen nicht ausreicht, wider Erwarten ein Sperrgrund vorliegt oder dem Steuerpflichtigen die finanziellen Mittel fehlen, die erforderliche Nachzahlung zu leisten. Da sich aber der Steuerpflichtige dazu entschlossen hat, eine Selbstanzeige abzugeben und damit der Finanzbehörde Informationen über eine begangene Steuerstrafat zu übermitteln, ist er verantwortlich dafür, dass seine Angaben tatsächlich straffbefreiende Wirkung haben und deshalb in einem folgenden Strafverfahren nicht gegen ihn verwendet werden. Im Ergebnis belastet sich der Steuerpflichtige nicht selbst, wenn seine eigenen Angaben, mit denen er die Tatsachen der vorangegangenen Steuerhinterziehung mitteilt, gleichzeitig die Straffreiheit herbeiführen.

⁴ Siehe zusammenfassend statt vieler: *Kohler* (Fn. 3), § 371 AO Rn. 19 ff.

⁵ BGHSt 12, 100; *Jäger*, in: Klein, Abgabenordnung, Kommentar, 11. Aufl. 2012, § 371 Rn. 4; *Kemper*, in: Rolletschke/Kemper (Hrsg.), Steuerverfehlungen, Kommentar zum Steuerstrafrecht, Stand: Februar 2012, § 371 AO Rn. 15; *Wulf*, JuS 2008, 318; *Rüping*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.), Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 214. Lfg., Stand: November 2000, § 371 AO Rn. 10; *Rolletschke*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2011, § 371 AO Rn. 4; vgl. aber auch *Joecks*, in: Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2009, § 371 AO Rn. 18 ff., insbesondere Rn. 28.

⁶ *Jäger* (Fn. 5), § 371 Rn. 4; *Joecks* (Fn. 5), § 371 AO Rn. 16 f.; *Kohler* (Fn. 3), § 371 AO Rn. 21.

⁷ *Kemper* (Fn. 5), § 371 AO Rn. 61.

⁸ *Kemper*, ZRP 2008, 105.

¹ BGBl. I 2011, S. 676.

² *Beckemper/Schmitz/Wegner/Wulf*, wistra 2011, 281.

³ Siehe aber zu den Parallelen zur tätigen Reue *Kohler*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 6/1, 2010, § 371 AO Rn. 15.

Ist die Selbstanzeige dagegen nicht wirksam, belastet er sich zwar im Ergebnis selbst, indem er über die Einzelheiten der Steuerstrafat Angaben gemacht hat. Letztlich geschieht dies aber aufgrund seines Entschlusses oder gar Kalküls, weil er sich eigenverantwortlich für eine Selbstanzeige – und man darf wohl unterstellen: oftmals tatsächlich aus taktischen Gründen – entschieden hat. Vordergründig gibt es keinen Grund, für ein Verwertungsverbot der Angaben aus einer gescheiterten Selbstanzeige zu plädieren, weil ein Zwang zur Berichtigung auf den ersten Blick nicht besteht.

Auf den zweiten mag allerdings etwas anderes gelten. In vielen Fällen wird der Steuerpflichtige nämlich nur in die Steuerehrlichkeit zurückkehren können, indem er sich für die vergangenen Jahre selbst belastet. Wer Einkünfte auf einmal erklärt, wird sich die Frage gefallen lassen müssen, ob diese in der Vergangenheit nicht auch schon hätten angegeben werden müssen.⁹ Im Ergebnis belastet sich der Steuerpflichtige folglich für die Vergangenheit selbst, wenn er nunmehr eine richtige Steuererklärung abgibt. Der Weg in die Steuerehrlichkeit ist also nur durch eine Selbstanzeige möglich.¹⁰ In diesen Konstellationen des nicht taktisch vorgehenden, sondern um die nunmehrige Steuerehrlichkeit bemühten Steuerpflichtigen fällt es sehr viel weniger leicht, die Verantwortung für die Wirksamkeit der Selbstanzeige einseitig dem Steuerpflichtigen aufzuerlegen und eine Verwertbarkeit der Angaben zu bejahen. Da der Steuerpflichtige die Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung nur verhindern kann, indem er sich für die Vergangenheit selbst anzeigt, liegt es zumindest nicht völlig fern, einen mittelbar wirkenden Zwang zur Selbstanzeige auszumachen. Dennoch liegt auch bei diesem Steuerpflichtigen das Risiko der Wirksamkeit der Selbstanzeige. Selbst wenn er sich unbewusst belastet, weil er seine Selbstanzeige fälschlicherweise für wirksam hält, ist dies unerheblich, weil subjektive Elemente bei § 371 AO nach allgemeiner Meinung unbeachtlich sind.¹¹ Deshalb ist aber auch ein Irrtum unbeachtlich.

Eine Pflicht zur Selbstanzeige enthält aber das Urteil des *I. Senats* vom 17.3.2009¹², nach dem der Steuerpflichtige eine unrichtige Erklärung auch dann berichtigen muss, wenn diese bedingt vorsätzlich war und so bereits eine Steuerhinterziehung vorliegt. Die Verpflichtung nach § 153 AO, eine mit *dolus eventualis* vorgenommene unrichtige Steuererklärung zu berichtigen, wenn der Steuerpflichtige später sicheres Wissen über die Unrichtigkeit hat, kann nur deshalb verlangt werden, weil die Berichtigung gleichzeitig eine Selbstanzeige ist. Aber der *I. Senat* verlangt sie eben auch, d.h., der Steuerpflichtige macht sich wegen unterlassener Steuerhinterziehung strafbar, wenn er sich nicht selbst anzeigt, nachdem er sicher weiß, dass die vormalige Erklärung unrichtig war. Letztlich ist er also gezwungen, sich selbst anzuzeigen, um sich nicht ein weiteres Mal strafbar zu machen. In diesen Fällen erscheint es durchaus sachgerecht, eine Konfliktsitua-

tion des Steuerpflichtigen anzunehmen und zu einem Verwertungsverbot zu gelangen, wenn die Selbstanzeige nicht wirksam ist.

Mit dem Schwarzgeldbekämpfungsgesetz sind die Anforderungen an eine wirksame Selbstanzeige erheblich gestiegen. Die wichtigste Neuerung dürfte wohl darin bestehen, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung des *I. Senats*¹³ aufgegriffen und eine Teilanzeige für unzulässig erklärt hat. Dabei geht das Gesetz über das *obiter dictum* des *I. Senats* sogar noch hinaus und verlangt eine Nacherklärung der unrichtigen Angaben aller unverjährten Steuerstrafataten bezüglich einer Steuerart.

Die Neuregelung gibt auch der Frage, inwieweit die Angaben einer gescheiterten Selbstanzeige verwertet werden können, eine neue Dringlichkeit. So kann der *I. Senat* zwar verlangen, dass eine bedingt vorsätzliche unrichtige Steuererklärung berichtigt werden muss, weil die Berichtigung gleichzeitig eine Selbstanzeige darstellt. Diese Situation hat sich aber durch die Neuregelung des § 371 AO verändert. Die Berichtigung ist keine wirksame Selbstanzeige mehr, wenn der Steuerpflichtige weitere Steuerhinterziehungen begangen hat, welche die gleiche Steuerart betreffen, die noch nicht verjährt sind. Der Steuerpflichtige, welcher der Pflicht nachkommt, die der *I. Senat* aufgestellt hat – der also die Angaben berichtigt, von denen er im Nachhinein mit Sicherheit erfährt, dass sie unrichtig sind –, muss sich selbst belasten, wenn ihm die Möglichkeit fehlt – etwa wegen fehlender finanzieller Mittel – sich gleichzeitig wegen anderer unverjährter Steuerhinterziehungen der gleichen Steuerart anzuzeigen.

Das lässt zumindest Zweifel daran aufkommen, ob an dem Ergebnis, eine Selbstanzeige sei immer freiwillig und deshalb die Angaben verwertbar, festgehalten werden muss.

Bei Übertragung der Grundsätze, welche die Rechtsprechung zur Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes im Steuerstrafrecht aufgestellt hat, ist dies letztlich aber dennoch zu bejahen. Das zeigt ein kursorischer Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung zur Reichweite des *nemo tenetur*-Grundsatzes im Steuerstrafrecht.

II. Konflikt zwischen Steuer- und Steuerstrafrecht

Das Verbot des Selbstbelastungszwangs gehört zu den Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens und ist ein anerkannter Grundsatz im deutschen Strafverfahren. Der Beschuldigte hat in allen Verfahrenslagen das Recht, zur Sache zu schweigen, ohne dass er in seiner Entscheidung durch Zwangsmittel beeinflusst werden darf.

Die Freiheit von Zwang zur Selbstbezichtigung existiert in diesem strengen Maße aber nur im Strafverfahren. In anderen staatlichen Verfahren ist die Mitwirkung des Bürgers dagegen erforderlich.

⁹ *Bülte*, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 5), § 393 AO Rn. 5.

¹⁰ *Joecks* (Fn. 5), § 371 AO Rn. 26.

¹¹ *Kohler* (Fn. 3), § 371 AO Rn. 8; *Rüping* (Fn. 5), § 371 AO Rn. 25.

¹² BGHSt 53, 210.

¹³ BGHSt 55, 180; dazu statt vieler *Meyberg*, Praxis Steuerstrafrecht 2010, 162; *Bittmann*, NJW 2010, 2149; *Schwartz*, wistra 2011, 81 (89); *Wulf*, AG 2010, 540.

1. Mitwirkungspflicht im Steuerrecht

So ist auch die Mitwirkung auch im Besteuerungsverfahren erforderlich. Die Erklärungs-, Mitwirkungs- und Offenbarungspflichten stehen der Freiheit zur Selbstbelastung damit diametral gegenüber. Die Erklärungspflichten im Besteuerungsverfahren sind sogar umfassend. So ist nach § 149 Abs. 1 S. 2 AO jeder nach Aufforderung der Finanzbehörde verpflichtet, eine Steuererklärung abzugeben und alle steuerlich relevanten Tatsachen wahrheitsgemäß anzugeben.

Der Steuerpflichtige ist zur Mitwirkung bei der Ermittlung des steuerlichen Sachverhalts verpflichtet. Er muss die steuerlichen Tatsachen vollständig und wahrheitsgemäß offenlegen und wird nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO bestraft, wenn er dieser Pflicht nicht nachkommt. Es besteht also eine umfassende unbeschränkte Erklärungspflicht, die bei Nichtbefolgung jedenfalls dann, wenn es dadurch zu einer Steuerverkürzung kommt, eine Sanktion nach sich zieht.¹⁴ Der Steuerpflichtige ist dabei – wie erwähnt – sogar dann zur Offenbarung steuerlicher Sachverhalte verpflichtet, wenn er durch die Angaben Steuerhinterziehungen in vergangenen Veranlagungszeiträumen offenbart.¹⁵

2. Schutz des § 30 AO

Geschützt wird der Steuerpflichtige aber z.T. durch das in § 30 AO enthaltene Steuergeheimnis. Diese Vorschrift soll die vom Steuerpflichtigen offenbarten Daten sichern, nämlich zum einen vor der Öffentlichkeit und zum andern vor einer Verwendung außerhalb des Besteuerungsverfahrens.¹⁶ Das Steuergeheimnis bietet jedoch keinen umfassenden Schutz. Wird wegen einer Steuerstraftat ein Strafverfahren eingeleitet, kommt es nach § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO zu einer Durchbrechung des Steuergeheimnisses. Der Steuerpflichtige, der die Erklärungspflichten verletzt, soll gerade nicht davor geschützt werden, dass diese Missachtung der Steuergesetze strafrechtlich nicht geahndet werden kann.¹⁷ Nach § 30 Abs. 4 Nr. 4 AO dürfen die Angaben daneben auch bei der Einleitung eines Verfahrens wegen einer Nichtsteuerstraftat offenbart werden.¹⁸

3. Schutz durch § 393 AO

Auch der Gesetzgeber hat erkannt, dass die Parallelität von Besteuerungs- und Strafverfahren zu Problemen führen kann. Er hat deshalb mit § 393 AO eine Schutzvorschrift geschaffen. Nach § 393 Abs. 1 S. 1 AO sind Besteuerungs- und Strafverfahren zwei eigenständige getrennte Verfahrensarten, für die unterschiedliche Verfahrensrechte gelten. Auch die Beteiligtenrechte richten sich nach dem jeweiligen Verfahren.

§ 393 Abs. 1 S. 2 AO enthält ein Zwangsmittelverbot der Steuerbehörde für die in § 328 AO normierten Maßnahmen,

wenn der Steuerpflichtige gezwungen würde, sich selbst zu belasten. Das gilt jedenfalls dann, wenn ein Strafverfahren eingeleitet worden ist. Schließlich schließt § 393 Abs. 2 S. 1 AO die Verwendung von Kenntnissen, die durch Aussagen des Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren erlangt wurden, im Strafverfahren aus.

Auch § 393 AO bietet jedoch keinen lückenlosen Schutz vor dem Zwang zur Selbstbelastung im Strafverfahren.

§ 393 Abs. 1 S. 2 AO verbietet nur die Androhung und Anwendung von Zwangsmitteln im Sinne des § 328 AO. Keinen Schutz bietet die Vorschrift dagegen, wenn die Finanzbehörde eine steuerliche Schätzung androht und der Steuerpflichtige die Besteuerungsgrundlagen mitteilen möchte, um eine überhöhte Schätzung zu verhindern, dabei aber in der Vergangenheit begangene Steuerstraftaten aufdecken würde.¹⁹

Die Steuerschätzung ist ein potenzielles Druckmittel, weil sie zum Nachteil des Steuerpflichtigen ausfallen und so mittelbaren Zwang ausüben kann. Die Schätzung ist zwar nicht als Sanktion oder Zwangsmittel konzipiert, weil sie die Besteuerungsgrundlagen so nahe wie möglich abbilden soll. Die Schätzung ist aber bis zu einem Betrag vertretbar, der noch als realistisch anzusehen ist. Eine häufig überhöhte Schätzung wird insbesondere durch Unsicherheitszuschläge erreicht, die es für den Steuerpflichtigen in der Regel unattraktiv machen, sich schätzen zu lassen.²⁰ Eine bewusst überhöhte Schätzung ist allerdings nach richtiger Auffassung ein Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz und führt deshalb zu einem Verwertungsverbot.²¹

Auch das Verwertungsverbot des § 393 Abs. 2 S. 2 AO schützt nicht umfassend, weil es nicht für Nichtsteuerstraftaten gilt, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht. Dann lässt auch § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses zu.

4. Fazit

Die vom Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten beantworten die Frage, wie der Konflikt zwischen Selbstbelastungsfreiheit und steuerlichen Mitwirkungspflichten zu lösen ist, nicht ausreichend. Die Literatur hat unterschiedliche Lösungsvorschläge zur Auflösung dieses Konflikts unterbreitet. So wird z.B. ein Verwendungsverbot für die Angaben gefordert, mit denen sich der Steuerpflichtige selbst belastet.²² Andere nehmen die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens an²³ oder

¹⁴ Samson, wistra 1988, 130 (131).

¹⁵ Joecks (Fn. 5), § 371 AO Rn. 26.

¹⁶ Vgl. dazu aber Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 5), § 30 AO Rn. 3.

¹⁷ Alber (Fn. 16), § 30 AO Rn. 156.

¹⁸ Dazu Müller, DStR 1986, 699.

¹⁹ Hellmann, in: Schneider u.a. (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008, 2008, S. 143 (S. 146).

²⁰ Kopf/Szalai, NJ 2010, 363 (366); Schaefer, Der nemo tenetur-Grundsatz im Strafverfahren, 2006, S. 33.

²¹ Bülte (Fn. 9), § 393 AO Rn. 12; Joecks (Fn. 5), § 371 AO Rn. 30a; Hellmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 5), § 393 AO Rn. 76; ders. (Fn. 19), S. 148.

²² Hellmann, JZ 2002, 617; krit. Bülte (Fn. 9), § 393 AO Rn. 45.

²³ Joecks (Fn. 5), § 371 AO Rn. 39a; Joecks, in: Hirsch/Wolter/Brauns (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum

propagieren eine einschränkende Auslegung des § 370 AO mit der Folge, dass die Erklärungspflicht suspendiert sei,²⁴ wieder andere eine teleologische Erweiterung des § 371 AO.²⁵ Die Rechtsprechung ist indes keinem dieser Wege gefolgt.

III. Auflösung des Konflikts nach der Rechtsprechung des BGH

1. BGH, *Beschl. v. 26.4.2001 – 5 StR 587/00*²⁶

In dem diesem Beschluss zugrunde liegenden Fall hatte der Angeklagte von Januar bis Oktober 1997 inhaltlich unrichtige Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben. Im Dezember wurde ein Steuerstrafverfahren gegen ihn eingeleitet. Eine Umsatzsteuerjahreserklärung hatte der Steuerpflichtige nicht abgegeben. Der BGH hat eine Strafbarkeit nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO verneint.

Ausgangspunkt war der Gemeinschuldnerbeschluss des BVerfG. Danach sind Ausnahmen von Auskunftspflichten dann zulässig, wenn das Interesse eines Auskunftspflichtigen, die Informationen nicht mitzuteilen, mit dem Interesse anderer kollidiert. Der BGH stellt fest, dass zwar im Steuerrecht das Erfordernis einer gleichmäßigen Besteuerung und die Steuergerechtigkeit eine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Angabe der steuerlich erheblichen Tatsachen rechtfertige. Aber § 393 Abs. 1 S. 2 AO zeige auch, dass im Falle der Einleitung eines Steuerstrafverfahrens der Steuerpflichtige nicht mit Zwangsmitteln zur Abgabe einer Steuererklärung gezwungen werden dürfe, wenn er sich damit einer Steuerstraftat selbst belaste. Es laufe aber auf eine solche Selbstbelastung hinaus, wenn der Steuerpflichtige gezwungen sei, eine Steuererklärung abzugeben, mit der er sich selbst einer vorangegangenen Steuerstraftat belaste. Letztlich sei die Androhung einer Sanktion nach § 370 AO ein stärkeres Zwangsmittel als es die Zwangsmaßnahmen des § 328 AO seien. Deshalb erfordere eine an Sinn und Zweck orientierte Auslegung, dass der Steuerpflichtige von einer Pflicht, sich selbst zu belasten, suspendiert sei. Die Nichtabgabe der Steuererklärung sei deshalb keine Straftat nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO. Die Abgabe einer Steuererklärung sei in einem solchen Fall unzumutbar. Damit konkretisiere § 393 Abs. 1 S. 2 AO nur die allgemeingültigen Grundsätze des Unterlassungsdelikts, nach denen niemand eine unzumutbare Handlung vornehmen müsse.

2. BGH, *Beschl. v. 23.1.2002 – 5 StR 540/01*²⁷

Zu einer Erweiterung der Suspendierungspflicht kam es durch den Beschluss des 5. Strafsenats vom 23.1.2002. Der Sachverhalt unterscheidet sich von dem oben genannten dadurch, dass die Einleitung des Steuerstrafverfahrens bekannt

gegeben wurde, nachdem die Erklärungspflicht abgelaufen war und der Steuerpflichtige bereits das Stadium des Versuchs überschritten hatte.

Der Angeklagte hatte für die Veranlagungszeiträume von 1997 bis 1999 weder Umsatz- noch Gewerbe- oder Einkommensteuererklärungen abgegeben. Dadurch kam es zu einer Steuerverkürzung. Hinsichtlich der Gewerbesteuer für die Jahre 1998 und 1999 sowie bezüglich der Einkommensteuer für die Jahre 1998 und 1999 hatte das LG nur einen Versuch der Steuerhinterziehung angenommen, weil die Veranlagungsarbeiten im Bezirk noch nicht im Wesentlichen abgeschlossen waren, bevor dem Angeklagten die Einleitung eines Steuerstrafverfahrens bekannt gegeben wurde.

Der Senat rekurriert auf den Beschluss vom 26.4.2001, nach dem die Erklärungspflichten jedenfalls dann suspendiert werden, wenn bereits ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist. Die Strafbefreiung einer Nichtabgabe einer Steuererklärung rechtfertige sich in diesen Fällen aus dem Zwangsmittelverbot. Ein vergleichbares Spannungsverhältnis bestehe aber auch, wenn der Steuerpflichtige bereits das Stadium des Versuchs erreicht habe. Mit der ihm gegenüber mitgeteilten Einleitung eines Ermittlungsverfahrens entfalle für ihn die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts, weil es an der Freiwilligkeit fehle. Auch eine Selbstanzeige sei nicht mehr möglich, weil ein Ausschlussgrund vorliege. Für den Steuerpflichtigen bleibe dann nur die Wahl, die Hinterziehung selbst aufzudecken oder sich letztendlich der vollendeten Steuerhinterziehung durch Unterlassen strafbar zu machen. Eine solche Konfliktlage wolle § 393 AO aber gerade vermeiden. Der Grundgedanke des § 393 AO sei es, dass der Steuerpflichtige nicht in das Spannungsverhältnis von Besteuerungs- und Steuerstrafverfahren gelange. Dies könne wirksam nur dadurch erfolgen, dass die Erklärungspflicht so lange suspendiert werde, wie ein Steuerstrafverfahren für ein bestimmtes Veranlagungsjahr anhängig sei.

Der Senat weist aber noch einmal darauf hin, dass die Erklärungspflicht unberührt bleibt, wenn für frühere Veranlagungszeiträume ein Steuerstrafverfahren eingeleitet sein sollte. Dies gelte auch, wenn sich das steuerliche Fehlverhalten hinsichtlich der einzelnen Veranlagungszeiträume praktisch gleich. Das Zwangsmittelverbot des § 393 AO rechtfertige nicht die Begehung neuen Unrechts.

Damit hat der Senat ausdrücklich klargestellt, dass der Steuerpflichtige weiter verpflichtet bleibt, seine Steuern richtig zu erklären, auch wenn er sich damit einer Steuerstraftat in vorangegangenen Veranlagungszeiträumen bezichtigt. Das Zwangsmittelverbot kann also nicht dazu führen, Unrecht zu perpetuieren. Der Steuerpflichtige, der in die Steuerehrlichkeit zurückkehren will, ist damit auf die Selbstanzeige verwiesen.

3. BGH, *Beschl. v. 10.1.2002 – 5 StR 452/01*²⁸

Eine Zementierung der Aussagen, dass die Erklärungspflichten für Zeiträume, auf die sich das Steuerstrafverfahren nicht bezieht, findet sich im Beschluss des gleichen Senats vom 10.1.2002.

70. Geburtstag, 2003, S. 451 (S. 462); ähnlich *Aselmann*, NStZ 2003, 71 (75); kritisch *Bülte* (Fn. 9), § 393 AO Rn. 52.

²⁴ *Sahan*, Keine Steuererklärungspflicht bei Gefahr strafrechtlicher Selbstbelastung, 2006, S. 97.

²⁵ Zusammenfassend *Kopf/Szalai*, NJ 2010, 363.

²⁶ BGHSt 47, 8.

²⁷ BGH NJW 2002, 1733.

²⁸ BGH NJW 2002, 1134.

Der Angeklagte hatte in den Einkommensteuererklärungen für die Jahre 1991 bis 1996 wesentliche Teile seiner Einkünfte nicht angegeben. Er wurde wegen Hinterziehung von Einkommensteuer in sechs Fällen verurteilt. Obwohl dem Angeklagten im November 1998 die Einleitung des Ermittlungsverfahrens bekannt gegeben wurde, machte er auch noch danach in den Einkommensteuererklärungen für 1997 und 1998 unrichtige Angaben.

Der BGH sah zwar die Konfliktlage des Beschuldigten, weil er nach der Einleitung des Ermittlungsverfahrens bei wahrheitsgemäßen Angaben in den Erklärungen für 1997 und 1998 sich selbst belastet und der Finanzbehörde wesentliche Anhaltspunkte über die Höhe der hinterzogenen Steuern in den Vorjahren gegeben hätte. Das Zwangsmittelverbot des § 393 AO führe auch zu einer Suspendierung der Strafbewehrung der Verletzung der steuerlichen Erklärungspflichten. Dies gelte aber nicht für Zeiträume, auf die sich das Strafverfahren nicht beziehe. Das Zwangsmittelverbot finde dort seine Grenze, wo es nicht mehr um bereits begangenes Unrecht gehe, sondern um andere Veranlagungszeiträume. Das gelte auch dann, wenn die richtige Steuererklärung für die nachfolgenden Besteuerungszeiträume Auswirkungen auf das laufende Ermittlungsverfahren haben könnten. Wäre die Abgabe einer weiteren unrichtigen Steuererklärung gestattet, führe dies zu neuem Unrecht und würde den Steuerpflichtigen besser stellen als andere Steuerpflichtige, die ebenfalls verpflichtet seien, richtige Steuererklärungen abzugeben. Dabei rekurriert der *Senat* auch auf das BVerfG, nach dem es im Hinblick auf die Steuergerechtigkeit und die Notwendigkeit eines gesicherten Steueraufkommens notwendig sei, dass die Steuerpflichtigen zur Auskunft verpflichtet sind, auch wenn sie sich damit einer Steuerstraftat selbst bezichtigen.

Ob eventuelle neue, richtige Angaben zu einem Verwerbungsverbot im Steuerstrafverfahren führen, kann der *Senat* offen lassen, weil in casu unrichtige Angaben gemacht worden sind.

4. BGH, Beschl. v. 12.1.2005 – 5 StR 191/04²⁹

Auf der gleichen Linie liegt der Beschluss vom 12.1.2004. Der Angeklagte hatte in seiner Einkommensteuererklärung Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit nicht angegeben. Gegen den Angeklagten war bereits 1995 ein Steuerstrafverfahren eingeleitet worden. Für 1995 und 1996 gab der Angeklagte keine Einkommensteuererklärung ab.

Der *Senat* weist darauf hin, dass der nemo tenetur-Grundsatz zwar den Einsatz von Zwangsmitteln untersage, soweit der Steuerpflichtige Steuerstraftaten offenbaren müsse. Das Zwangsmittelverbot finde seine Grenze aber dort, wo es nicht mehr um bereits begangenes Unrecht gehe, sondern um neue Veranlagungszeiträume. Nur wenn wegen derselben Steuerart und desselben Besteuerungszeitraums ein Ermittlungsverfahren eingeleitet sei, wäre die strafbewehrte Unterlassung der Erklärungspflicht suspendiert.

Der *Senat* bejaht allerdings ein Verwendungsverbot, weil die Erfüllung der steuerrechtlichen Offenbarungspflichten dem Steuerpflichtigen nur zumutbar ist, wenn die Angaben in

einem Strafverfahren nicht gegen ihn verwendet werden dürfen. Deshalb dürften die Angaben nur für das Besteuerungsverfahren, nicht jedoch für das laufende Strafverfahren verwendet werden.

5. BGH, Beschl. v. 17.3.2009 – 1 StR 479/08³⁰

Der nunmehr zuständige *1. Senat* schloss sich dieser Linie an. Der Sachverhalt, über den dieser zu entscheiden hatte, unterscheidet sich allerdings von den vorhergehenden. Der *Senat* bejaht eine Berichtigungspflicht nach § 153 Abs. 1 Nr. 1 AO auch dann, wenn derjenige, der die Unrichtigkeit der Angaben zunächst nur billigend in Kauf genommen hat, später erfährt, dass sie tatsächlich unrichtig waren.

In diesem Zusammenhang erörtert er auch die Vereinbarkeit mit dem nemo tenetur-Grundsatz.

Eine Strafbarkeit nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO durch die Nichtbeachtung der Pflicht aus § 153 AO sei auch dann strafbewehrt, wenn sich der Steuerpflichtige durch die Erfüllung der Pflicht – also durch die Berichtigung der mit dolus eventualis vorgenommenen Erklärungen – selbst bezichtige.

Der nemo tenetur-Grundsatz stehe dem nicht entgegen, weil dieser nicht lückenlos gelte. Der Steuerpflichtige sei hier in keiner unauflösbaren Konfliktlage, weil eine Berichtigung auch gleichzeitig eine Selbstanzeige sei, die als solche nicht bezeichnet werden müsse. Eine Suspendierung komme nur dann in Frage, wenn sich die Erklärungspflichten auf einen Zeitraum bezögen, für den bereits ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden sei.

Der *Senat* spricht aber auch ein eingangs erwähntes Problem an, nämlich dass der Steuerpflichtige nicht in der Lage ist, die hinterzogenen Steuern nachzuentrichten. Eine Suspendierung der Strafbewehrung der steuerlichen Berichtigungspflicht komme aber auch in diesen Fällen nicht in Betracht, wenn der Steuerpflichtige bei pflichtgemäßer und rechtzeitiger Erfüllung seiner Pflicht noch in der Lage gewesen wäre, die Steuern zu zahlen. Das ergebe sich schon aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Steuerpflichtigen.

6. Zusammenfassung

Kann der Steuerpflichtige keine Selbstanzeige mehr erstatten, weil bereits ein Ermittlungsverfahren für den betreffenden Veranlagungszeitraum eingeleitet worden ist, suspendiert der BGH die Erklärungspflicht. Dies gilt aber nur und ausschließlich für diesen Veranlagungszeitraum.

Eine Berechtigung, auch darüber hinaus eine Steuererklärung zu unterlassen oder unrichtige Angaben zu machen, hat der Steuerpflichtige nicht. Das dürfte inzwischen als gefestigte Rechtsprechung gelten, weil auch der nunmehr für das Steuerstrafrecht zuständige *1. Senat* dieser Linie treu geblieben ist. Der *1. Senat* hat außerdem klargestellt, dass die Unmöglichkeit der Nachentrichtung der Steuern ebenfalls kein Grund ist, die Berichtigungspflicht nicht zu erfüllen. Die Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung ist also auch dann gegeben, wenn der Steuerpflichtige aus persönlichen, finanziellen Gründen nicht in der Lage ist, eine wirksame Selbst-

²⁹ BGH NJW 2005, 763.

³⁰ BGHSt 53, 210.

anzeige abzugeben, zumindest wenn er zum Zeitpunkt der Steuererklärung noch über die notwendigen liquiden Mittel verfügt hat.

IV. Verwertbarkeit einer gescheiterten Selbstanzeige

Der Rechtsprechung lässt sich eines entnehmen: Eine Selbstanzeige, die der Steuerpflichtige aus eigenem Antrieb abgegeben hat, kann verwertet werden, wenn die Selbstanzeige nicht wirksam ist. Dieses Risiko hat der Steuerpflichtige zu tragen. Die Rechtsprechung erkennt zwar an, dass sich der Steuerpflichtige in einer Konfliktlage zwischen seinen Erklärungs-pflichten und dem Risiko der Selbstbelastung befinden kann. Aber eine solche Konfliktlage ist bei einem Steuerpflichtigen, der sich für eine Selbstanzeige – und das wohl oftmals aus wenig hehren Motiven – entscheidet, nicht auszumachen.

An diesem Befund dürfte auch die neu geregelte Selbstanzeige nichts ändern. Zwar sind die Hürden für die Wirksamkeit einer Selbstanzeige durch den neu geregelten § 371 AO gestiegen. Dies kann aber nicht dazu führen, eine Konfliktlage für den Steuerhinterzieher auszumachen.

Der *nemo tenetur*-Grundsatz verbietet nur die Anwendung von Zwang, sich selbst zu belasten. Dies gilt zwar auch für mittelbaren Zwang. Ein Zwang zur Selbstanzeige besteht aber erst einmal grundsätzlich nicht. Aus der Verfassung lassen sich damit nicht unmittelbar Verwertungsverbote für die Angaben aus einer gescheiterten Selbstanzeige folgern.

Neu zu überdenken ist indes die Entscheidung des *I. Senats*, der eine Berichtigung einer mit *dolus eventualis* vorgenommenen unrichtigen Erklärung verlangt. Diese Entscheidung ist zu einem Zeitpunkt ergangen, in dem es dem *Senat* möglich war, dieses Verdikt mit dem Hinweis auf die Möglichkeit des § 371 AO zu begründen. Nur die Möglichkeit, einen Verstoß gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz zu verneinen, weil die Berichtigung gleichzeitig auch eine strafausschließende Selbstanzeige darstellte, versetzte den *Senat* in die Lage, eine solche Pflicht zur Offenbarung einer bedingt vorsätzlichen Steuerhinterziehung.

Dies hat sich durch die Neufassung des § 371 AO verändert. Da eine wirksame Selbstanzeige davon abhängt, dass der Steuerpflichtige alle unrichtigen Steuererklärungen einer Steuerart in unverjährter Zeit berichtigt, stellt die Anzeige der einzelnen bedingt vorsätzlichen Steuerhinterziehung gerade nicht mehr automatisch eine Selbstanzeige dar, wenn der Steuerpflichtige nicht auch gleichzeitig andere Angaben berichtigt. Dem Verdikt des *I. Senats* ist damit der Boden entzogen.

Das hat zwei mögliche Konsequenzen. Zum einen ist neu über ein Verwendungsverbot nachzudenken. Das hat zwar auch der *I. Senat* schon getan, indem er hilfsweise ein Beweismittelverwendungs- und -verwendungsverbot annehmen möchte, wenn ein Sperrgrund des § 371 Abs. 2 AO vorliegt. Die Dringlichkeit, ein Verwertungsverbot der Angaben aus einer Selbstanzeige anzunehmen, hat sich durch § 371 AO n.F. aber erhöht. Eine mögliche Lösung wäre es also, die Berichtigungspflicht zwar anzunehmen, aber ein Verwendungsverbot zu bejahen, wenn die Berichtigung im Ergebnis zu einer Selbstbelastung führt und nur deshalb keine wirksame

Selbstanzeige ist, weil es sich um eine dolose Teilanzeige handelt, die nach der Neufassung nicht mehr möglich ist. Das ließe sich mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz begründen. Der Zwang, sich wegen einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen strafbar zu machen, wenn der Steuerpflichtige die Berichtigung nicht vornimmt, ist ein Zwang, der eine Selbstbelastung gebietet und gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz verstößt. Das wird auch die Rechtsprechung so sehen, so viel lässt sich aus der Rechtsprechungsgeschichte folgern. Wenn schon der *Senat* darüber nachdenkt, ein Verwertungsverbot ausnahmsweise anzunehmen, wenn ein Sperrgrund nach § 371 Abs. 2 AO vorliegt, dann lässt sich bei aller Vorsicht auch prognostizieren, dass ein Verwertungsverbot auch dann angenommen werden kann, wenn die Wirksamkeit der Selbstanzeige an einer nunmehr nicht mehr möglichen dolosen Teilselbstanzeige scheitert.

Fraglich ist allein, ob dies dem Steuerpflichtigen nutzt. Schon unter Geltung des § 371 AO a.F. hat ein Teil der Literatur konstatiert, dass das Verwertungsverbot dem Steuerpflichtigen kaum etwas bringe, weil die Lösung des BGH nur „mühsam den Verstoß gegen den *nemo-tenetur*-Grundsatz bemäntele“³¹. Der Finanzbehörde blieben genügend Ermittlungsansätze, um den Steuerpflichtigen auch strafrechtlich verfolgen zu können, ohne die Berichtigung selbst zu verwerfen. Dies muss erst recht konstatiert werden unter der Geltung der neuen Regelung, die eine Teilselbstanzeige ausschließt.

Es bleibt deshalb die zweite mögliche Lösung: Die Entscheidung des *Senats* ist unter der Geltung des § 371 AO n.F. nicht mehr zu begründen. Schon zur Zeit des Verdikts – also unter der Geltung des § 371 AO a.F. – waren erhebliche gewichtige Bedenken gegen die Lösung des BGH zu erheben.³² Dogmatisch war diese kaum noch zu vertreten. Nunmehr dürfte die neue Regelung aber das Argumentationsfundament völlig zerstört haben.

V. Ausblick

Der Steuerpflichtige, der eine Selbstanzeige abgibt, tut dies auf eigenes Risiko. Eine Unverwertbarkeit seiner Angaben aus der Verfassung zu folgern, dürfte kaum möglich sein. Ein Zwang – auch ein mittelbarer Zwang –, von dem Privileg des § 371 AO Gebrauch zu machen, besteht jedenfalls nicht.

Was aber konstatiert werden kann: Die Pflicht, eine bedingt vorsätzliche Steuerhinterziehung aufzudecken, kann jedenfalls dann nicht mehr angenommen werden, wenn diese Berichtigung nicht als Selbstanzeige zu werten ist, weil es sich um eine dolose Teilselbstanzeige handelt. Eine solche Berichtigungspflicht ist unter der Geltung des neuen § 371 AO nicht mehr zu verlangen.

Aber auch das Ergebnis, dass der Steuerpflichtige einseitig das Risiko der Wirksamkeit der Selbstanzeige trägt, mag durchaus unbefriedigend erscheinen. Es gibt gehörige Einwände aus der Praxis, eine unbewusst unwirksame Selbstanzeige zu Lasten des Steuerpflichtigen zu verwerten. Den Ein-

³¹ *Schmitz/Wulf*, in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 370 AO Rn. 315a.

³² *Bülte*, BB 2010, 607 (612); Joecks (Fn. 5), § 371 AO Rn. 182; *Schmitz/Wulf* (Fn. 31), § 370 AO Rn. 283a.

wänden ist insoweit zuzustimmen, als es unter der erhöhten Gefahr der Unwirksamkeit einer Selbstanzeige unsachgemäß erscheinen mag, dem gutgläubigen Steuerpflichtigen das Risiko der Wirksamkeit einseitig aufzuerlegen. Ein Verwertungsverbot aus der Verfassung lässt sich aber sicher nicht konstruieren.

Das mag in den Fällen unbefriedigend erscheinen, in denen der Steuerpflichtige irrtümlich an die Wirksamkeit seiner Selbstanzeige geglaubt hat. Da subjektive Elemente aber keine Berücksichtigung finden,³³ trägt der Steuerpflichtige auch einseitig das Risiko, dass keine Sperrgründe vorliegen und er in der Lage ist, die erforderlichen Berichtigungen und die Nachzahlung vorzunehmen.

Etwas anderes ergäbe sich nur dann, wenn von dem Grundsatz, nach dem Irrtümer über Strafaufhebungs- und Strafaufhebungsgründe unbeachtlich sind, abgerückt werden könnte. Das ist in der Tat ein Weg, den die Wissenschaft in der Zukunft noch beschreiten muss. Die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes im Steuerstrafverfahren dürfte kaum als Problem gelten, das umfänglich geklärt ist.

Das gilt umso mehr, wenn der BFH nun in einer jüngsten Entscheidung kund tut, der Anwendung von Zwangsmitteln stände der nemo tenetur-Grundsatz und auch § 393 AO nicht im Wege, wenn der Steuerpflichtige der Weg der Selbstanzeige noch offen stände.³⁴ In der konkreten Entscheidung ging es um die Zulässigkeit der Anwendung von Zwangsmitteln zur Erzwingung der erforderlichen Mitwirkung. Der Steuerpflichtige machte geltend, er würde sich durch die Mitwirkung selbst belasten, was der BFH für unbeachtlich hielt, weil die Offenlegung der steuerlich erheblichen Tatsachen gleichzeitig auch eine Selbstanzeige darstelle. Ein Konflikt mit der Selbstbelastungsfreiheit sei deshalb nicht zu erkennen bzw. von dem Steuerpflichtigen selbst zu beseitigen, indem er im Gleichlauf mit der steuerlichen Mitwirkung auch eine Selbstanzeige abgebe.

Man mag dem BFH zugestehen, dass diese Sicht durchaus pragmatische Gründe hat. Es kann dem Steuerpflichtigen nicht freigestellt sein, ob er seine Mitwirkungspflichten erfüllt oder nicht, weil er sich darauf beruft, sich eventuell selbst belasten zu müssen. Die Rechtsprechung ist hier eindeutig: Die Suspendierung betrifft nur die Zeiträume, über die schon ein Steuerstrafverfahren eröffnet worden ist. Dem BFH ist deshalb zuzustimmen, dass ein Zwangsgeld auch zulässig ist, wenn der Steuerpflichtige sich darauf beruft, dass er sich durch die geforderte Mitwirkung selbst belaste.

Diese Entscheidung lässt aber auch die Ausgangsfrage noch einmal in einem neuen Lichte erscheinen. Wenn die finanzgerichtliche Rechtsprechung die notwendige Mitwirkung des Steuerpflichtigen mit einem Zwangsgeld erzwingen kann, weil die erforderlichen Informationen auch gleichzeitig eine Selbstanzeige sind, dann mag noch einmal neu darüber nachgedacht werden, ob diese Pflicht nicht gleichzeitig einen Zwang zur Selbstanzeige konstruiert, der zu einem Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz führt. Der BFH mag zwar darin Recht haben, dass der Steuerpflichtige sich nicht seiner

Mitwirkung entziehen kann, indem er – eventuell sogar ohne Grund – auf seine Selbstbelastungsfreiheit verweist. Der Hinweis des BFH – in jeder Mitwirkung sei auch eine Selbstanzeige zu sehen, wenn kein Sperrgrund vorliege – dürfte aber auch zu kurz gegriffen sein. Dieser Hinweis verfährt jedenfalls dann nicht, wenn der Steuerpflichtige zur Nachzahlung nicht in der Lage ist. Er verfährt auch dann nicht, wenn die neue Regelung des § 371 AO dem Steuerpflichtigen die Selbstanzeige durch die Mitwirkung versperrt, weil er neben dieser einen Information noch weitere Hinterziehungen offenbaren muss, weil eine Teilselbstanzeige nicht mehr möglich ist. Wenn dem Steuerpflichtigen der Weg einer Selbstanzeige nicht offen steht, weil er – aus welchen Gründen auch immer – eine Selbstanzeige über alle nicht verjährten Steuerhinterziehungen einer Steuerart nicht abgeben kann, geht auch die Argumentation des BFH ins Leere. Wenn die Verhängung eines Zwangsgeldes zulässig ist, um den Steuerpflichtigen zur notwendigen Mitwirkung zu bewegen, dann mag neu darüber nachgedacht werden, ob die Pflicht zur Mitwirkung nicht doch der Situation des Gemeinschuldnerbeschlusses ähnelt.

Der Widerstreit zwischen der Selbstbelastungsfreiheit und der Mitwirkungspflicht im Steuerrecht ist inzwischen vielfach diskutiert. Nicht zuletzt durch die Neureglung des § 371 AO hat er aber ein neues Gewicht bekommen. Er wird die Wissenschaft und die Praxis und damit die *Jubilarin*, der an dieser Stelle alles Gute zu wünschen ist, sicherlich noch des Öfteren und auch kontrovers beschäftigen.

³³ Rüping (Fn. 5), § 371 AO Rn. 75 m.w.N.

³⁴ BFH, Beschl. vom 1.2.2012 – VII B 234/11.

Befangenheit im Prozess

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Berlin

I. Einleitung

Zu den elementaren Grundsätzen nicht nur rechtsstaatlicher Gerichtsverfahren gehört die Maxime, dass niemand Richter in eigener Sache und dass ein Richter nicht befangen sein darf, d.h.: nicht parteilich oder in sonstiger Weise voreingenommen.¹ Die Unvoreingenommenheit des Richters zählt neben seiner Informiertheit und der rationalen Begründbarkeit seiner Entscheidung zu den „aus der Gerechtigkeitsidee selbst“ ableitbaren prozeduralen Grundbedingungen für eine mit der materialen Rechtslage übereinstimmende (gerechte) Entscheidung.² „Nichts widerstreitet der Verfahrensgerechtigkeit mehr als Voreingenommenheit und Einseitigkeit“, schreibt der Philosoph *Ottfried Höffe* in seiner philosophischen Einführung in die „Gerechtigkeit“.³

Dementsprechend sieht das deutsche Recht in allen Verfahrensordnungen die Möglichkeit vor, einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen (§§ 41 ff. ZPO, §§ 22 ff. StPO, § 54 VwGO, § 18 BVerfGG). Aus verfassungsrechtlicher Sicht handelt es sich hierbei um eine Ausprägung des in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verankerten Anspruchs auf den gesetzlichen Richter. Im „System der normativen Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters“, so das BVerfG, müsse Vorsorge dafür getroffen sein, dass im Einzelfall ein Richter, der nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist oder im Ablehnungsverfahren ausgeschlossen werden kann; denn nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG müsse gewährleistet sein, dass der Rechtssuchende nicht vor einem Richter steht, der aus bestimmten Gründen die gebotene Neutralität und Distanz vermissen lässt.⁴ Das sind klare Worte.

Wie intensiv diese Gewährleistung zu sein hat, erscheint weniger klar. So weisen die verschiedenen Verfahrensordnungen z.T. erhebliche Unterschiede auf, insbesondere bei den Beschwerdemöglichkeiten gegen Entscheidungen über Ablehnungsgesuche (s.u. unter III.). Ausgesprochen unübersichtlich, bisweilen sogar widersprüchlich stellt sich die Rspr. zu der Kernfrage dar, wann eine geltend gemachte „Besorgnis der Befangenheit“ rechtlich begründet ist. *Zuck* konstatierte im Jahre 1988, das Recht der Befangenheit lebe von Leerformeln und arbiträrer Kasuistik.⁵ Das ist heute nicht anders (unter IV.).

Allgemein lässt sich nur feststellen, dass Befangenheitsgesuche in der Praxis bei Richtern nicht selten auf Unverständnis stoßen und die Rechtsprechung zur Frage der Begründetheit sehr restriktiv ist. Anders ausgedrückt: Befan-

genheitsgesuche haben in der Sache selten Erfolg,⁶ verschlechtern aber oftmals die „Stimmung im Gerichtssaal“. Das hat verschiedene Gründe.

Nicht wenige Richter fühlen sich von Befangenheitsgesuchen persönlich angegriffen, zumindest aber in ihrer beruflichen Integrität in Frage gestellt. Bezeichnenderweise beginnen viele dienstliche Erklärungen abgelehnter Richter mit den Worten: „Ich fühle mich nicht befangen“ – obwohl es für die Begründetheit eines Ablehnungsgesuchs darauf gar nicht ankommt. Bedeutsam ist allein die „Besorgnis“ der Befangenheit auf Seiten des Antragstellers (unter IV. 1.). Auch in vielen juristischen Kommentaren wird zwischen tatsächlicher Befangenheit und Besorgnis der Befangenheit nicht sorgfältig unterschieden, wenn statt von Besorgnisgründen von „Befangenheitsgründen“ die Rede ist und die Rechtsprechung nach Rubriken wie „Befangenheit wurde angenommen“ bzw. „Befangenheit wurde verneint“ referiert wird.

Die zu beobachtende Empfindlichkeit ist menschlich verständlich, aus prozessualer Sicht indes unangebracht. Unbefangenheit ist zwar ein notwendiges Ideal, aber gewiss kein selbstverständlicher Zustand. Es liegt in der Natur der Sache, dass gerade der möglicherweise Befangene den Eindruck verkennen kann, den er auf andere macht. Das Wissen darum sollte einen jeden Richter souverän mit Ablehnungsgesuchen umgehen lassen.

Indes leistet die Rechtsprechung der Empfindlichkeit in gewisser Weise Vorschub, indem sie die richterliche Unvoreingenommenheit zum Normalzustand erhoben hat, an dem Zweifel unangebracht sind. „Mit der gewissenhaften Erfüllung dieser Pflicht können die Beteiligten rechnen“, heißt es in mehreren, vom BVerfG zustimmend zitierten Entscheidungen des RG.⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint die von den Gerichten nur selten bejahte Besorgnis der Befangenheit wie eine Bemakelung, was sie nicht ist. Richter sind bekanntlich auch nur Menschen.

Tatsächlich dürfte der tiefere Grund für die sehr restriktive Rechtsprechung denn auch weniger im Glauben an die richterliche Unvoreingenommenheit liegen als in dem pragmatischen Bestreben, Verfahrensverzögerungen zu vermeiden und die Autorität der Justiz im Interesse ihrer Funktionsfähigkeit zu bewahren, was ein durchaus berechtigtes Anliegen ist, zumal nicht jedem Befangenheitsgesuch eine wirkliche Besorgnis zugrunde liegt. Es ist eine häufige Erfahrung, dass mit Befangenheitsgesuchen unterschiedliche Ziele verfolgt werden. Andererseits darf sich die Justiz nicht unfehlbar geben. Das Vertrauen in die Rechtsprechung lebt auch davon, dass sie berechtigte Kritik annimmt.

Mit der vorliegenden Ausgabe der ZIS wird eine Anwältin geehrt, die im „Kampf um’s Recht“ steht. Daher dürfte es passen, mit dem Befangenheitsrecht ein prozessuales Teilgebiet zu thematisieren, das in der Praxis eine große Rolle

¹ Vgl. Corpus iuris civilis, Codex 3, 5 Rubrik (bei *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl. 2007, N 56) und Codex 3, 1, 16.

² *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 136 f.

³ *Höffe*, Gerechtigkeit, Eine philosophische Einführung, 4. Aufl. 2010, S. 49.

⁴ BVerfG NJW 1971, 1029.

⁵ *Zuck*, DRiZ 1988, 172 (179).

⁶ Näher zu den Gründen für die hohe Erfolglosigkeit von Ablehnungsgesuchen im Zivilprozess *Schneider*, NJW 1996, 2285.

⁷ BVerfG NJW 1971, 1029 (1030). Näher dazu unter IV. 1.

spielt, indes darunter leidet, dass es in Dogmatik und Ausbildung nur wenig Beachtung findet. Die rechtliche Unsicherheit ist mit Händen zu greifen. Die folgende Darstellung will dem Praktiker eine gewisse Orientierung geben und zu einer verstärkten dogmatischen Befassung im Interesse der Praxis anregen.

Der Beitrag gibt eine Übersicht über das Recht der Befangenheit in allen Verfahrensordnungen, um sowohl wesentliche Gemeinsamkeiten als auch signifikante Unterschiede deutlich zu machen. Ferner wird der Versuch unternommen, die reichhaltige Kasuistik mit Hilfe von Fallgruppenbildungen zu systematisieren und dadurch die Rechtsanwendung zu erleichtern. Der Rechtsanwender kommt um diese Kasuistik nicht herum. Eine einfache subsumtionsfähige Formel für die von Rechts wegen beachtliche Besorgnis der Befangenheit ist nicht ersichtlich.

II. Ausschließung von Gerichtspersonen

Zunächst ein Blick auf die gesetzlichen Ausschließungsgründe, die wie das Befangenheitsrecht die Unparteilichkeit des Richters gewährleisten sollen und in allen Prozessordnungen im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Ablehnung von Gerichtspersonen geregelt sind: Es handelt sich um Konkretisierungen der *Maxime*, dass niemand Richter in eigener Sache sein kann, und damit gleichsam um unwiderleglich vermutete Besorgnisgründe.

Als Beispiel dient § 41 ZPO. Die Vorschrift sieht zum einen *persönliche* Ausschließungsgründe vor, nämlich in Sachen, in denen der Richter entweder selbst Partei ist oder zu einer Partei im Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen steht (Nr. 1), in Sachen seines (ehemaligen) Ehepartners (Nr. 2) oder Lebenspartners (Nr. 2a) sowie in Sachen einer Person, mit der er in enger Weise verwandt oder verschwägert ist (Nr. 3). Zum anderen ist der Richter aus einer Reihe *sachlicher* Gründe von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, nämlich in Sachen, in denen er als Prozessbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist (Nr. 4), in Sachen, in denen er bereits als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist (Nr. 5), schließlich in Sachen, in denen er in einem früheren Rechtszug oder im schiedsgerichtlichen Verfahren bei dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Tätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt (Nr. 6).

Die VwGO verweist in § 54 Abs. 1 für die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen auf die §§ 41 bis 49 der ZPO, übernimmt also die Ausschließungsgründe der ZPO vollständig. Darüber hinaus erweitert sie die Ausschließungsgründe in Abs. 2 auf den Fall, dass der Richter bei dem vorangegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat. Einen rechtssystematischen Sonderfall bildet § 54 Abs. 3 VwGO, der explizit die „Besorgnis der Befangenheit“ nach § 42 ZPO für „begründet“ erklärt, wenn der Richter oder ehrenamtliche Richter einer Körperschaft angehört, deren Interessen durch das Verfahren berührt werden.

Die StPO regelt die Ablehnung und die Ausschließung von Gerichtspersonen zwar wie die ZPO selbständig (§§ 22 ff. StPO). Die Vorschriften sind aber, bezogen auf die Eigentümlichkeiten des Strafprozesses, denen der ZPO vergleichbar. So ist der Richter gemäß § 22 StPO aus *persönlichen* Gründen von der Ausübung seines Richteramtes ausgeschlossen, wenn er selbst durch die Straftat verletzt ist (Nr. 1), wenn er Ehegatte, Lebenspartner, Vormund oder Betreuer des Beschuldigten oder des Verletzten ist oder gewesen ist (Nr. 2) oder wenn er mit dem Beschuldigten oder mit dem Verletzten in enger Weise verwandt oder verschwägert ist oder war. Aus *sachlichen* Gründen ist er ausgeschlossen, wenn er in der Sache als Beamter der Staatsanwaltschaft, als Polizeibeamter, als Anwalt des Verletzten oder als Verteidiger tätig gewesen ist (Nr. 4) oder wenn er in der Sache als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist (Nr. 5). Was den Ausschluss wegen der Mitwirkung in einem früheren Verfahren anbelangt, so sieht die Strafprozessordnung in einer eigenen Vorschrift (§ 23 StPO) den Ausschluss zum einen dann vor, wenn der Richter bei einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat (Abs. 1). Zum anderen (Abs. 2) schließt die Vorschrift im Fall des Wiederaufnahmeverfahrens den Richter aus, der an der angefochtenen Entscheidung oder – bei Anfechtung eines im Rechtsmittelzuges ergangenen Urteils – an der ihr zugrunde liegenden Entscheidung im unteren Rechtszug mitgewirkt hat, aus. Entsprechendes gilt für die Mitwirkung bei Entscheidungen zur Vorbereitung des Wiederaufnahmeverfahrens⁸ (§ 23 Abs. 2 S. 3 StPO).

Auch das BVerfGG sieht in § 18 BVerfG den Ausschluss eines Richters des Bundesverfassungsgerichts von der Ausübung seines Richteramtes aus persönlichen (Abs. 1 Nr. 1) und sachlichen (Abs. 1 Nr. 2) Gründen vor. Dabei nimmt es in den Abs. 2 und 3 wiederum bestimmte Einschränkungen vor, die ausdrücklich auf die Besonderheiten der verfassungsrechtlichen Angelegenheiten zugeschnitten sind.

III. Zulässigkeit von Ablehnungsgesuchen bzw. Ablehnungsverfahren

Während die gesetzlichen Ausschließungsgründe einen Ausschluss des Richters von Gesetzes wegen bewirken und von Amts wegen zu beachten sind, kommt der Ausschluss eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit nur bei einem zulässigen Ablehnungsgesuch und in einem sich daran anschließenden Ablehnungsverfahren in Betracht. Erfahrungsgemäß werden in der Praxis die Anforderungen an die Zulässigkeit von Ablehnungsgesuchen nicht immer sorgfältig beachtet. Es empfiehlt sich, in einem Ablehnungsgesuch das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen „schulmäßig“ auszuführen.

⁸ Näher *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 23 Rn. 6.

1. Zivilprozess

Die Anforderungen an ein zulässiges Ablehnungsgesuch im Zivilprozess ergeben sich aus den §§ 42 ff. ZPO.⁹ Die Normen finden Anwendung in allen Prozessarten der ZPO und gelten unmittelbar für alle Richter der Zivilgerichtsbarkeit, auch ehrenamtliche Richter.¹⁰ Zur Statthaftigkeit eines Ablehnungsgesuchs gehört ferner, dass es sich auf einen oder mehrere bestimmte Richter bezieht, also nicht auf ein ganzes Gericht oder einen Spruchkörper als solchen, und dass es von einer Partei (Abs. 3) oder einem Nebenintervenienten (§ 66 ZPO) gestellt wird, bzw. vom Prozessbevollmächtigten im Namen des Ablehnungsberechtigten. Der Prozessbevollmächtigte hat kein Ablehnungsrecht.

Das Gesuch kann im Zivilprozess ab Anhängigkeit und grundsätzlich bis zur Endentscheidung gestellt werden.¹¹ Das Ablehnungsrecht geht allerdings gem. § 43 ZPO verloren, wenn sich die ablehnungsberechtigte Partei bei dem betreffenden Richter in eine Verhandlung einlässt oder Anträge stellt, ohne zuvor den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen. Wann ein solches Sich-Einlassen gegeben ist, ist im Einzelnen umstritten.¹² Gleichfalls umstritten ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Missbrauch des Ablehnungsrechts mit der Folge angenommen werden kann, dass ein Ablehnungsgesuch unzulässig ist.¹³ Zu Recht wird ein sehr zurückhaltender Gebrauch dieser Möglichkeit ange-mahnt.¹⁴

Schließlich sind im Rahmen der Zulässigkeit die formellen Anforderungen des § 44 ZPO zu beachten. Demgemäß ist das Ablehnungsgesuch bei dem Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört, anzubringen (Abs. 1). Hierbei ist ein Ablehnungsgrund glaubhaft, d.h. wahrscheinlich zu machen. Als Mittel der Glaubhaftmachung ist die Versicherung an Eides statt ausdrücklich ausgeschlossen; es kann aber auf das Zeugnis des abgelehnten Richters, der sich gem. Abs. 3 über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern hat, Bezug genommen werden (Abs. 2). Im Übrigen gilt § 294 ZPO. Häufiges Mittel der Glaubhaftmachung ist die anwaltliche Versicherung des behaupteten Ablehnungsgrundes.

Wichtig ist, dass als Ablehnungsgrund (Abs. 2) Tatsachen benannt werden. Die Frage, ob die behaupteten Tatsachen die Besorgnis der Befangenheit begründen, ist demgegenüber eine Rechtsfrage, zu der sich der Ablehnende äußern kann, aber nicht äußern muss.

Das Verfahren der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch regelt § 45 ZPO. Demgemäß entscheidet über das Ablehnungsgesuch das Gericht, dem der Abgelehnte angehört, ohne dessen Mitwirkung (Abs. 1). An die Stelle des abge-

lehnten Richters tritt dessen im Geschäftsverteilungsplan vorgesehener Vertreter. Selten dürfte der Fall sein, dass das zur Entscheidung berufene Gericht durch Ausscheiden des abgelehnten Mitglieds beschlussunfähig wird, weil es wegen Erschöpfung der Vertretungsregelung keine ordnungsgemäße Besetzung aufbieten kann.¹⁵ Dann entscheidet das im Rechtszug zunächst höhere Gericht (Abs. 3).

Wird ein Richter beim Amtsgericht abgelehnt, so entscheidet ein anderer – hierfür im Geschäftsverteilungsplan (§ 21e Abs. 1 S. 1 GVG) vorzusehender – Richter des Amtsgerichts über das Gesuch, § 45 Abs. 2 S. 1 ZPO. Diesem ist das Gesuch vorzulegen. Die Vorlagepflicht entfällt, wenn der abgelehnte Richter das Ablehnungsgesuch für begründet hält, § 45 Abs. 2 S. 2 ZPO. Es kommt dann nicht einmal zu einer Entscheidung.

Streitig ist, inwieweit der abgelehnte Richter selbst berechtigt ist, die Zulässigkeit des Ablehnungsgesuchs zu prüfen bzw. an einer die Unzulässigkeit feststellenden Entscheidung mitwirken kann.¹⁶ Nach zutreffender Auffassung des BVerfG darf der Abgelehnte nur dann (mit-)entscheiden, wenn das Gesuch wegen von vornherein untauglicher Begründung offensichtlich unzulässig ist.¹⁷

Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch ergeht durch Beschluss, § 46 Abs. 1 ZPO. Gegen den Beschluss, durch den das Gesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel statt, § 46 Abs. 2 Hs. 1 ZPO. Gegen den Beschluss, durch den das Gesuch für unbegründet erklärt wird, eröffnet § 46 Abs. 2 Hs. 2 ZPO das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 567 ZPO). Das gilt auch bei einer Zurückweisung des Gesuchs als unzulässig.¹⁸ Zusätzlich ist gegen die Beschlüsse des OLG und des LG im Berufungs- und Beschwerdeverfahren im Einzelfall die Rechtsbeschwerde möglich, wenn sie zugelassen wird, § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.¹⁹ Anderenfalls sind die Entscheidungen des OLG und des LG im Berufungs- und Beschwerdeverfahren unanfechtbar. Im Arbeitsgerichtsprozess ist ein Rechtsmittel gegen Entscheidungen über Ablehnungsgesuche kategorisch ausgeschlossen (§ 49 Abs. 3 ArbGG).²⁰

Die Revision kann ebenso wie eine Nichtigkeitsklage nur damit begründet werden, dass bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt worden war (§§ 547 Nr. 3, 579 Nr. 3 ZPO).

2. Verwaltungsprozess

Das Verwaltungsprozessrecht folgt dem Zivilprozessrecht, indem § 54 Abs. 1 VwGO ebenso wie für die Ausschließung auch für die Ablehnung der Gerichtspersonen die §§ 41 bis 49 ZPO für entsprechend anwendbar bestimmt.

⁹ Gute Übersicht bei *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Kommentar, 32. Aufl. 2011, § 42 Rn. 1 ff.

¹⁰ *Hüßtege* (Fn. 9), Vorbem. § 41 Rn. 1.

¹¹ Dazu *Hüßtege* (Fn. 9), § 42 Rn. 3.

¹² Näher dazu *Hüßtege* (Fn. 9), § 43 Rn. 4; *E. Schneider*, MDR 2005, 671.

¹³ Näher dazu *Hüßtege* (Fn. 9), § 41 Rn. 5 m.w.N.

¹⁴ Vgl. *Hüßtege* (Fn. 9), § 42 Rn. 5 mit Hinweis auf LG Frankfurt a.M. NJW-RR 2000, 1086.

¹⁵ *Hüßtege* (Fn. 9), § 45 Rn. 5.

¹⁶ Näher dazu *Hüßtege* (Fn. 9), § 45 Rn. 1.

¹⁷ BVerfG NJW 2005, 341 (342).

¹⁸ *Hüßtege* (Fn. 9), § 46 Rn. 6 m.w.N. und näheren Einzelheiten.

¹⁹ *Hüßtege* (Fn. 9), § 47 Rn. 7 mit Hinweis auf BGH NJW-RR 2005, 294.

²⁰ Krit. *Schneider*, NJW 1996, 2285.

Eine Besonderheit des Verwaltungsprozesses besteht zunächst darin, dass – wie im Arbeitsgerichtsprozess (s.o.) – gem. § 146 Abs. 2 VwGO eine Beschwerde gegen einen Beschluss über ein Ablehnungsgesuch von Gerichtspersonen stets ausgeschlossen ist, gleichgültig, ob dem Ablehnungsgesuch stattgegeben oder ob es abgelehnt wurde.²¹

Als Rechtsschutz gegen die Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs kommt somit – theoretisch – nur ein Rechtsmittel gegen die gerichtliche Entscheidung in der Sache selbst in Betracht. Allerdings scheidet insofern ein Antrag auf Zulassung der Berufung bzw. eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision, mit der Begründung, ein Ablehnungsgesuch sei zu Unrecht abgelehnt oder ihm sei zu Unrecht stattgegeben worden, grundsätzlich aus; denn unanfechtbare Entscheidungen unterliegen gem. § 512 ZPO nicht der Beurteilung eines Berufungsgerichts und gem. § 557 Abs. 2 ZPO nicht der Beurteilung des Revisionsgerichts. Allenfalls dann, wenn eine fehlerhafte Entscheidung über die Ablehnung zugleich eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG beinhaltet, d.h. die Zuständigkeitsvorschriften willkürlich unrichtig angewendet werden, kommt ein über § 124 Abs. 2 Nr. 5 und § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO rügbarer Verfahrensmangel in Betracht.²² Im Übrigen bildet wie im Zivilprozess (nur) die Mitwirkung eines Richters an einer Entscheidung, der gem. § 41 ZPO ausgeschlossen war oder mit Erfolg wegen Befangenheit abgelehnt wurde, einen absoluten Revisionsgrund gem. § 138 Nr. 2 VwGO und einen Wiederaufnahmegrund nach § 153 VwGO i.V.m. § 579 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

Der generelle Ausschluss des Beschwerderechts gegen Entscheidungen über Ablehnungsgesuche im Verwaltungs- und im Arbeitsgerichtsprozess ist hoch problematisch. Wenn nur Richter desselben Gerichts wie der abgelehnte Kollege dessen Verhalten zu bewerten haben und über ihnen der „blaue Himmel“ ist, dann wirkt sich, wie *Schneider* zu Recht ausführt, verstärkt der Gruppenzusammenhalt aus. Richterablenkungen erscheinen unter diesen Voraussetzungen von vornherein als aussichtslos.²³

3. Strafprozess

Die in den §§ 24 ff. StPO geregelten Vorschriften über die Zulässigkeit eines Ablehnungsgesuchs und das Ablehnungsverfahren entsprechen in vielem denen der Zivilprozessordnung. Eine Besonderheit bildet zunächst der Zeitpunkt der Ablehnung. Gem. § 25 Abs. 1 S. 1 StPO muss die Ablehnung bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse erfolgen, in der Hauptverhandlung über die Berufung oder die Revision bis zum Beginn des Vortrages des Berichterstatters. Nach diesem Zeitpunkt darf gem. § 25 Abs. 2 StPO ein Richter nur abgelehnt werden, wenn erstens die Umstände, auf welche die Ablehnung gestützt wird, erst später eingetreten oder dem Ablehnungsberechtigten erst später bekannt geworden sind, und zweitens die Ablehnung „unverzüglich“ geltend gemacht wird.

²¹ *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 17. Aufl. 2011, § 54 Rn. 19.

²² *Kopp/Schenke* (Fn. 21), § 54 Rn. 22 m.w.N.

²³ *Schneider*, NJW 1996, 2285 (2286).

Anders als die ZPO regelt die StPO in einer eigenen Vorschrift (§ 26a StPO) die Voraussetzungen, unter denen ein Ablehnungsgesuch von „dem Gericht“, d.h. unter Mitwirkung des abgelehnten Richters, als unzulässig verworfen werden darf, und das hierbei zu beachtende Verfahren.

Außerdem ist im Strafverfahren die Anfechtung einer Ablehnungsentscheidung gegen einen erkennenden Richter nur zusammen mit dem Urteil möglich, § 28 Abs. 2 S. 2 StPO. Damit korrespondiert die Vorschrift des § 338 Nr. 3 StPO, wonach ein absoluter Revisionsgrund besteht, wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, nachdem er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt war und das Ablehnungsgesuch entweder für begründet erklärt war oder mit Unrecht verworfen worden ist. Praktisch bedeutet das, dass bei entsprechender (Verfahrens-)Rüge das Revisionsgericht die Rechtmäßigkeit der Verwerfung eines Ablehnungsgesuches überprüft.²⁴

IV. Besorgnis der Befangenheit

1. Allgemeines

„Befangenheit“ wird in Rspr. und Lit. definiert als eine innere Haltung des Richters, die dessen Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit störend beeinflussen kann.²⁵ Da sich ein solcher Zustand in der Regel nicht beweisen lässt, setzt eine Ablehnung nicht den Beweis voraus, dass ein Richter tatsächlich befangen ist. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob er sich selbst für befangen hält, noch darauf, ob er Verständnis für Zweifel an seiner Unbefangenheit aufbringt.²⁶ Erforderlich ist nach allen Verfahrensordnungen (lediglich) ein „Grund“, „der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen“; anders ausgedrückt: ein Verdacht der Befangenheit.

Die Rspr. folgert aus dem Wortlaut des Gesetzes („geeignet [...] zu rechtfertigen“, § 42 ZPO, § 24 StPO) seit je, dass die Besorgnis der Befangenheit nicht (allein) vom subjektiven Standpunkt des Ablehnenden aus zu beurteilen ist, sondern dass es sich um eine verallgemeinerungsfähige Sichtweise handeln muss. So exemplarisch das BVerfG: „Entscheidend ist ausschließlich, ob ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit und objektiven Einstellung des Richters zu zweifeln“.²⁷

Zwar ist anerkannt, dass bei der Objektivierung des Besorgnisgrundes („vernünftige Würdigung“) der Standpunkt des Ablehnenden nicht in der Weise aus dem Blick verloren werden darf, dass an dessen Stelle eine richterliche Bewer-

²⁴ Näher dazu *Meyer-Göfner* (Fn. 8), § 338 Rn. 23 ff.

²⁵ RGSt 61, 67; BGHSt 1, 34; *Siolek*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, § 24 Rn. 4.

²⁶ Statt Vieler BVerfGE 32, 282 (290); zuvor BVerfGE 20, 1 (5); 20, 9 (14). Dazu *Zuck*, DRiZ 1988, 172.

²⁷ Wie vorige Fn.; vgl. auch die zahlreichen Nachweise auf die Rechtsprechung aller Rechtsbereiche in den einschlägigen Kommentierungen.

tung tritt, die ihre dem Ablehnenden als seine unterstellt.²⁸ In der Praxis besteht jedoch zumindest eine Tendenz in diese Richtung. Faktisch wird die „Besorgnis der Befangenheit“ als normatives, d.h. wertausfüllungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal verstanden, in dessen Auslegung die Gerichte vielfältige Bewertungen der richterlichen Tätigkeit im allgemeinen und des im Ablehnungsgesuch glaubhaft gemachten konkreten richterlichen Verhaltens einfließen lassen. Diese Bewertungen sind stark von einem Idealbild richterlicher Unvoreingenommenheit geprägt, das zumindest faktisch eine gewisse Vermutung für die Unvoreingenommenheit auch des abgelehnten Richters entfaltet.

Dies zeigt bspw. die Rechtsprechung zur Frage, ob die Vorbefassung des Richters mit der von ihm zu entscheidenden Sache außerhalb der sachlichen Ausschließungsgründe ggf. die Besorgnis der Befangenheit begründen kann (näher unter III. 2. b). Dazu führt das BVerfG unter Bezugnahme auf das RG aus: „Seit jeher war das deutsche Verfahrensrecht von der Auffassung beherrscht, dass der Richter auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung der Sache herantrete, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet habe. Das RG hatte auf den Pflichtenkreis des Richters abgestellt: ‚Auch für einen Richter, der in einer früheren Sache sein Urteil auf eine bestimmte Auffassung des ihm vorliegenden Sachverhalts gestützt hatte, besteht selbstverständlich die Pflicht, sich in einem neuen Verfahren, in dem es wieder auf die Beurteilung derselben Vorgänge ankommt, sein Urteil unbefangen und auf Grund des in dem neuen Verfahren vorgetragenen Beweisstoffs zu bilden. Mit der gewissenhaften Erfüllung dieser Pflicht können die Beteiligten rechnen.‘ (RGSt. 59 409 f.; vgl. ebenfalls RGSt. 60, 43 [46]; 61, 67 [68]; 62, 299 [302]).“

Faktisch kommt damit dem Ablehnenden gleichsam die Beweislast dafür zu, die grundsätzliche Vermutung für die Unvoreingenommenheit des Richters im Einzelfall zu widerlegen. Das läuft der Ratio des Befangenheitsrechts zuwider, wonach es nicht erst auf die – nicht beweisbare – Befangenheit, sondern auf die Besorgnis einer Befangenheit ankommt. Bei der vom Gesetz geforderten Berechtigung des geltend gemachten Besorgnisgrundes kann es deshalb nur um dessen Nachvollziehbarkeit durch einen „vernünftigen“ Dritten gehen.

2. Fallgruppen

Betrachtet man die einschlägige Rechtsprechung im Überblick, dann lassen sich gewisse Fallgruppen unterscheiden, bei denen die Unvoreingenommenheit typischerweise in Frage gestellt wird und bisweilen die Besorgnis der Befangenheit als berechtigt angesehen wird. Es sind dies:

- besondere Näheverhältnisse des Richters zu Verfahrensbeteiligten
- Mitwirkungen an Vorentscheidungen oder sonstige Vorbefassungen mit der zu entscheidenden Sache
- Verfahrensfehler

²⁸ *Siolek* (Fn. 25) § 24 Rn. 8.

- Äußerungen über das Prozessverhalten von Verfahrensbeteiligten
- Weltanschauliche Einstellungen etc.
- Interessen am Prozessausgang

a) Näheverhältnisse

Persönliche Näheverhältnisse des Richters zu einer Partei bzw. einem Verfahrensbeteiligten außerhalb der gesetzlich vorgesehenen persönlichen Ausschließungsgründe anerkennt die Rechtsprechung nur in seltenen Ausnahmefällen als Ablehnungsgrund.²⁹

Beispielhaft für die restriktive Grundeinstellung der Rechtsprechung ist eine jüngere Entscheidung des BGH in Zivilsachen, wonach die Mitwirkung der Ehefrau eines Rechtsmittelrichters am erstinstanzlichen Urteil in Bezug auf diesen weder einen Ausschlussgrund entsprechend § 41 Nr. 6 ZPO noch generell einen Ablehnungsgrund gemäß § 42 Abs. 2 ZPO bildet, sofern nicht Umstände glaubhaft gemacht werden, aus denen sich ergeben kann, dass in die Kollegialentscheidung des Rechtsmittelgerichts in Folge des ehelichen Näheverhältnisses sachfremde Erwägungen einfließen könnten.³⁰ Zur Begründung hat der BGH u.a. ausgeführt, dass eine allein auf die Tatsache des ehelichen Näheverhältnisses abstellende Betrachtung bei § 42 Abs. 2 ZPO „im Endergebnis auf dem Umweg über § 42 ZPO zu einer unzulässigen Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 41 ZPO führen [würde], da sie faktisch einem Ausschluss kraft Gesetzes gleich käme“.

Die Argumentation, die gesetzlichen Ausschließungsgründe würden besorgnisrelevante Näheverhältnisse abschließend erfassen, überzeugt nicht. Bei den gesetzlichen Ausschließungsgründen wird eine Besorgnis unwiderleglich vermutet. Sonstige enge persönliche Beziehungen eines Verfahrensbeteiligten zu einem Richter wie ein Verlöbnis, ein Liebesverhältnis, Verwandtschaft oder Schwägerschaft sowie eine engere Bekanntschaft oder Freundschaft, aber auch eine Feindschaft, müssen zwar nicht, können aber dessen Unvoreingenommenheit beeinträchtigen. Die Frage einer berechtigten Besorgnis ist daher im Einzelfall zu prüfen.³¹

b) Mitwirkung an Vorentscheidungen bzw. Vorbefassung

Auch in den Fällen, in denen ein Richter mit der von ihm (mit) zu entscheidenden Sache in einer Weise vorbefasst war, die nicht bereits einen gesetzlichen Ausschließungsgrund darstellt, ist die Rechtsprechung – in allen Rechtsgebieten – sehr zurückhaltend, einen Besorgnisgrund anzunehmen. Dies wird häufig ebenfalls recht formal damit begründet, dass die diesbezüglichen gesetzlichen Ausschließungsregelungen nicht auslegungs- bzw. analogiefähig seien, weil es sich hierbei um

²⁹ Für den Zivilprozess s. näher *Hüßtege* (Fn. 9), § 42 Rn. 10 m.w.N.; für den Verwaltungsprozess vgl. *Kopp/Schenke* (Fn. 21), § 54 Rn. 6 f. m.w.N.; für den Strafprozess *Meyer-Goßner* (Fn. 8), § 24 Rn. 11.

³⁰ BGH NJW 2004, 163.

³¹ *Hüßtege* (Fn. 9), § 42 Rn. 10; *Kopp/Schenke* (Fn. 21), § 54 Rn. 6 f.; *Meyer-Goßner* (Fn. 8), § 24 Rn. 11.

Vorschriften über den gesetzlichen Richter handle.³² Vor allem aber wird die bereits angeführte generelle Vorstellung ins Feld geführt, dass der Richter auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantrete, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet hat.³³

Dementsprechend hat bspw. das BVerwG die Ablehnung eines Rechtsmittelrichters (Richter am BVerwG) im Hinblick darauf, dass er zwar nicht am angefochtenen Urteil, aber an der vorinstanzlichen Entscheidung über einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 S. 5 VwGO mitgewirkt hat, nicht als gerechtfertigt angesehen.³⁴ Ein aus einer Vorbefassung hergeleitetes Misstrauen einer Partei gegen die Unparteilichkeit des Richters bestehe erst dann, wenn sich „aufgrund besonderer, zusätzlicher Umstände“ der Eindruck einer unsachlichen, auf Voreingenommenheit beruhenden Einstellung des Richters gegenüber der Partei oder der streitgegenständlichen Sache aufdränge. Die Frage, welche besonderen Umstände das sein könnten, hat das BVerwG offen gelassen.

Ebenso hat das OLG Düsseldorf die Besorgnis der Befangenheit eines Richters in einem Haftpflichtprozess verneint, in dem der Kläger seinen früheren Prozessbevollmächtigten verklagte und es darum ging, ob die Berufung gegen ein dem Kläger nachteiliges früheres Urteil Erfolg gehabt hätte. Der abgelehnte Richter hatte an diesem Urteil mitgewirkt. In der gerichtlichen Praxis, so das OLG, würden zahlreiche Konstellationen existieren, in denen ein Richter eigene Entscheidungen im weiteren Verfahren zu überprüfen und ggf. zu ändern habe.³⁵ Ein Richter, der in solchen Fällen seine Rechtsmeinung in der von ihm verlangten Entscheidung pflichtgemäß dargelegt habe, verliere allein hierdurch nicht seine Unabhängigkeit von den Beteiligten, trete nicht in das Lager einer Partei und könne bei verständiger Sicht auch nicht diesen Anschein erwecken. In all diesen Fällen gehe das Gesetz vielmehr davon aus, dass er seine Meinung unter Berücksichtigung der Argumente der Parteien und etwaiger neuerer Erkenntnisse unvoreingenommen überdenkt und ggf. bereit ist, sich von ihnen zu lösen.

Anders entschied vor einigen Jahren einmal das OVG Schleswig in einem Berufungsverfahren, dem eine Schadensersatzklage wegen beamtenrechtlicher Fürsorgepflicht zugrunde lag und in dem ein Richter möglicherweise die Frage zu beantworten hatte, ob ein vorangehender Beschluss des *Senats*, an dem er mitgewirkt hatte, an einem besonders gravierenden bzw. die Grenzen rechtlicher Vertretbarkeit überschreitenden Rechtsverstoß litt. Nur in diesem Fall hätte sich die verklagte Behörde im Hinblick auf den Beschluss des *Senats* auf die sog. Kollegialgerichts Klausel berufen können.

Das OVG Schleswig führte aus, es sei von einem Richter zwar zu erwarten, dass er seine eigene Rechtsauffassung stets überdenke und einer kritischen Würdigung unterziehe. Indessen werde im Rahmen der sich hier möglicherweise stellenden Frage, ob ein Verschuldensausschluss durch die Kollegialgerichts Klausel zu bejahen sei, mehr verlangt. Der Richter müsste ggf. die eigene Entscheidung nachträglich nicht nur als unrichtig, sondern als „handgreiflich falsch“ erachten. Dies, so das OVG, erfordere ein besonders ausgeprägtes, weit überdurchschnittliches Maß an Fähigkeit und Bereitschaft zur Selbstkritik, an deren Vorhandensein ein Verfahrensbeteiligter bei vernünftiger Würdigung und lebensnaher Betrachtung Zweifel haben könne.³⁶

Insbesondere im Strafprozessrecht wird lebhaft die Frage diskutiert und in der Praxis immer wieder thematisiert, ob (und wenn ja: unter welchen Voraussetzungen) die Mitwirkung eines Richters, der über einen Angeklagten in einer Sache zu Gericht sitzt, mit der er bereits befasst war, die Besorgnis der Befangenheit begründet.³⁷ Mit Recht wird dort die enge Rechtsprechung kritisiert, wonach die Besorgnis der Befangenheit unbegründet sein soll, wenn ein Richter über einen Angeklagten zu Gericht sitzt, über dessen Schuld er sich bereits im Rahmen einer Hauptverhandlung gegen einen Mitangeklagten einen Überzeugung gebildet hat. Dass dieser Angeklagte Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Richters hegt, ist objektiv nachvollziehbar. Es dürfte für einen Richter kaum möglich sein, die Vorgänge und Eindrücke in den beiden Verhandlungen strikt voneinander zu trennen und nur aufgrund der neuen Verhandlung zu urteilen.³⁸

c) Verfahrensfehler

Auch Verfahrensfehler von Richtern, die in der Praxis häufiger zum Anlass von Ablehnungsgesuchen genommen werden, werden von der Rechtsprechung nur selten als Ablehnungsgründe anerkannt. Die Begründung besteht hier vor allem darin, dass es im Ablehnungsverfahren nicht um die Richtigkeit einer Entscheidung, sondern um die Parteilichkeit des Richters gehe.³⁹ Damit korrespondiert das Argument, dass das Ablehnungsrecht kein Instrument der Verfahrens- oder Fehlerkontrolle sei, sondern hierfür die Rechtsmittel zur Verfügung stehen.⁴⁰ Die Rechtsprechung läuft häufig darauf hinaus, dass Verfahrensfehler nur dann die Besorgnis der Befangenheit begründen, wenn die Schwere bzw. die Art des Verstoßes auf eine „unsachliche Einstellung“ des Richters gegen eine Partei bzw. einen Verfahrensbeteiligten hindeutet. Auch insoweit bleibt jedoch meist offen, was das im Einzelnen bedeutet. In der Literatur wird kritisiert, dass richterliches Fehlverhalten in der Rechtsprechung zum Befangenheitsrecht fast uferlos toleriert werde.⁴¹

³² Vgl. BVerfG NJW 1990, 2457.

³³ Beispielhaft BVerfG NJW 1989, 25.

³⁴ BVerwG NVwZ-RR 1998, 268.

³⁵ Z.B. Schlüssigkeitsprüfung nach Einspruch gegen ein Versäumnisurteil, Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund nach Widerspruch gegen eine im Beschlussverfahren ergangene einstweilige Verfügung, Befassung mit der Hauptsache nach Entscheidung im Prozesskostenhilfverfahren.

³⁶ OVG Schleswig NVwZ-RR 2004, 457.

³⁷ Näher dazu *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 73 f.; *Meyer-Goßner* (Fn. 8), § 23 Rn. 2.

³⁸ Vgl. *Beulke* (Fn. 37), Rn. 37.

³⁹ KG MDR 2005, 703.

⁴⁰ Z.B. OLG Frankfurt a.M. NJW 2004, 621; OLG Naumburg NJW-RR 2002, 502.

⁴¹ *Schneider*, NJW 1996, 2285 (2286).

Nimmt man einzelne Entscheidungen näher in den Blick, in denen Verfahrensfehler als Besorgnis begründend anerkannt oder doch zumindest in Betracht gezogen wurden, dann lässt sich eine gewisse Systematik relevanter Fehler erkennen.

aa) Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Zivilprozess ist beherrscht bzw. soll beherrscht sein vom Grundsatz der Äquidistanz des Richters zu den Parteien. Dies bedeutet, dass sich der Richter nicht einseitig zum Berater einer Partei machen darf. Dementsprechend wird ein die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigender Grund in Betracht gezogen, wenn ein Richter darauf hinwirkt, dass eine Prozesspartei bestimmte Angriffs- oder Verteidigungsmittel ergreift, z.B. durch einen Hinweis auf Verjährung.⁴² Im Einzelnen ist hier allerdings vieles umstritten.⁴³ Der Grundsatz der Äquidistanz lässt sich insbesondere nicht ohne Weiteres auf den Strafprozess übertragen, in welchem dem Richter in einem gewissen Umfang – in Ergänzung des dortigen Inquisitionsprinzips – eine Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschuldigten zukommt, die insbesondere auch die Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte beinhaltet.⁴⁴

Als Fälle Besorgnis begründender Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilprozess lassen sich richterliche Entscheidungen ansehen, bei denen ein Richter sich ausschließlich die Argumente einer Partei zu eigen macht, während er die der anderen erkennbar nicht behandelt,⁴⁵ oder einer Partei verweigert, was er der anderen gewährt (zum Beispiel: einer Partei verweigert, ihren Antrag ins Protokoll aufzunehmen, während er umgekehrt Anträge der Gegenseite im Protokoll festhält).⁴⁶

bb) Sonstige Benachteiligungen einer Partei

Sonstige Benachteiligungen einer Partei bzw. eines Verfahrensbeteiligten, die eine Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen, können bspw. darin liegen, dass ein Richter in einem wesentlichen Punkt eine objektiv falsche Erklärung abgibt⁴⁷ oder dass er eine evident mangelhafte Sorgfalt an den Tag legt.⁴⁸ Dazu zählen auch die Fälle, in denen es zu einer Häufung von Verfahrensfehlern kommt.⁴⁹

Insbesondere die in der Praxis nicht seltenen Zurückweisungen von Anträgen auf Terminverlegung lassen sich, wenn die Anträge begründet sind, dieser Gruppe zuordnen. Die Rechtsprechung hierzu ist allerdings uneinheitlich. Einerseits

wird angenommen, dass bereits eine zu Unrecht erfolgte Ablehnung eines begründeten Vertagungsantrags einen berechtigten Besorgnisgrund darstellt.⁵⁰ Andererseits werden zusätzlich zu einer solchen Zurückweisung weitere Gründe gefordert, in denen „eine augenfällige Ungleichbehandlung der Prozessparteien“ zum Ausdruck kommt⁵¹ oder der Eindruck erweckt wird, der Richter setze sich über die Interessen einer Partei ungemessen hinweg und stehe ihr nicht unvoreingenommen gegenüber.⁵² Zu eng ist jedenfalls die Auffassung, wonach die Zurückweisung willkürlich erscheinen muss.⁵³ Bei einem willkürlichen Vorgehen eines Richters drängt sich ohnehin die Besorgnis der Befangenheit auf (näher sogleich).

Weitere Benachteiligungen einer Partei oder eines Verfahrensbeteiligten, die einen Grund zur Besorgnis der Befangenheit abgeben, können nach der Rechtsprechung sein:

- die Weigerung, in der Sache zu entscheiden⁵⁴
- die Versagung des rechtlichen Gehörs⁵⁵
- die unberechtigte Einschränkung des Fragerechts⁵⁶

cc) Willkürliche bzw. willkürlich erscheinende Entscheidungen

Die Frage einer Besorgnis der Befangenheit stellt sich insbesondere dann, wenn ein Richter eine willkürliche oder zumindest willkürlich erscheinende Entscheidung trifft.

Das KG hat eine auf den Eindruck der Willkür gestützte Besorgnis bspw. in einem Fall als begründet angesehen, in dem ein Richter unter Verstoß gegen das Abänderungsverbot des § 318 ZPO nachträglich die Kostenentscheidung eines Urteils geändert hatte.⁵⁷ Zur Bestimmung der Willkür hat das KG die Rechtsprechung des BVerfG herangezogen, wonach die fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes allein eine Gerichtsentscheidung nicht willkürlich macht, Willkür aber dann vorliegt, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet wird,⁵⁸ mit anderen Worten: wenn ein Richterspruch unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht.⁵⁹

Ein Beispiel für eine willkürliche Entscheidung im Bereich des Strafrechts bildet ein Fall, in dem ein Gericht ein vorläufiges Berufsverbot im Zwischenverfahren ohne vorherige Anhörung des Angeschuldigten erlassen hat.⁶⁰

⁴² Vgl. die Entscheidung BGH NJW 2004, 164, in der eine Besorgnis der Befangenheit bejaht wurde.

⁴³ Anders noch BGH NJW 1998, 612.

⁴⁴ Vgl. Meyer-Goßner (Fn. 8), Einl. Rn. 157.

⁴⁵ OLG Schleswig FamRZ 2007, 401.

⁴⁶ OLG Köln NJW-RR 1999, 288.

⁴⁷ Vgl. OLG Frankfurt MDR 1978, 409.

⁴⁸ Vgl. dazu Schneider, NJW 1996, 2285 mit Hinweis auf OLG Oldenburg FamRZ 1992, 191.

⁴⁹ Dazu Schneider, NJW 1996, 2285 mit Hinweis auf OLG Karlsruhe MDR 1991, 1195 und OLG Schleswig NJW 1994, 1227.

⁵⁰ Vgl. OLG München NJW-RR 2002, 862 mit Hinweis auf Thomas/Putzo (Fn. 9), § 42 Rn. 12.

⁵¹ Vgl. etwa KG MDR 2005, 708 m.w.N.

⁵² Vgl. Pfälz. OLG Zweibrücken MDR 1999, 113 m. Anm. Schneider.

⁵³ Vgl. OLG Naumburg NJW-RR 2002, 502.

⁵⁴ OLG Rostock NJW-RR 1999, 1507.

⁵⁵ Siolak (Fn. 25), § 24 Rn. 54. m.w.N.

⁵⁶ BGH StV 1985, 2.

⁵⁷ KG NJW-RR 2006, 1577.

⁵⁸ BVerfG NJW 1983, 809; BVerfG NJW 1991, 157; BVerfG NJW 1992, 1675.

⁵⁹ KG NJW-RR 2006, 1577.

⁶⁰ OLG Frankfurt StV 2001, 496.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann von willkürlicher Missdeutung dann nicht gesprochen werden, wenn sich das Gericht mit der Rechtslage eingehend auseinandersetzt und seine Auffassung nicht jedes sachlichen Grundes entbehrt.⁶¹

dd) Unzulässige Ermittlungshandlungen

Insbesondere bei Strafverfahren, aber auch bei anderen Verfahren, kann es die Besorgnis der Befangenheit begründen, wenn ein Richter in unzulässiger Weise Beweiserhebungen oder sonstige Ermittlungshandlungen vornimmt, bspw. unzulässig auf Zeugen einwirkt⁶² oder eine sachverständige Zeugin vor dem Termin unter Ausschluss der Parteien befragt.⁶³

Ein eindrückliches Beispiel hierfür ist ein Fall, der im Jahre 1951 zu einer Entscheidung des BGH führte, die bis heute häufig zitiert wird und in der Tat sowohl dem Ergebnis wie der Begründung nach bis heute besondere Beachtung verdient.⁶⁴ Im zugrunde liegenden Fall hatte der (inhaftierte) Angeklagte einen erkennenden Richter abgelehnt, weil dieser vor der Hauptverhandlung den Antrag seiner Ehefrau auf eine Sprecherlaubnis zum Anlass genommen hatte, der Ehefrau nahezu legen, in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch zu machen. Der BGH erachtete das Ablehnungsgesuch für begründet und führte hierzu aus:

„Ein Zeuge, dem nach § 52 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, kann nach seinem Ermessen entscheiden, ob er davon Gebrauch machen will oder nicht. Jede Einwirkung auf ihn in dem Sinne, dass er von seinem Recht keinen Gebrauch machen solle, wäre für den Richter ein Eingriff in diese Entschlussfreiheit und ist ihm daher nicht gestattet. Geschieht es dennoch, vor allem dann, wenn – wie im vorliegenden Falle – zu erwarten ist, dass der Angehörige den Angeklagten belastenden Aussagen machen könnte, so setzt sich der Richter dem Verdacht oder der Missdeutung aus, dass er sich aus unsachlichen Gründen nicht auf die ihm obliegende Aufgabe beschränken wolle, unter Benutzung der gesetzlich zulässigen Beweismittel die Wahrheit zu erforschen, sondern dass er den durch das Verfahrensrecht gewiesenen Weg verlasse und aufgrund einer vorgefassten Meinung von der Schuld des Angeklagten seine Aufgabe darin sehe, möglichst viel belastendes Material zusammenzutragen.“

ee) Übergeordneter rechtlicher Maßstab?

Es fragt sich, ob sich den vorgenannten Fällen ein übergeordneter rechtlicher Maßstab für die berechtigte Besorgnis der Befangenheit entnehmen lässt. *Zuck* erblickt ihn zum einen im Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 S. 2 GG). Dieser gibt den Prozessbeteiligten ein Recht darauf, sich zu dem der gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt zu äußern und verpflichtet das Gericht, An-

träge und Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen.⁶⁵ Dazu schreibt *Zuck*: „Der Richter soll zuhören, darum geht es. Natürlich hört der befangene Richter nicht wirklich zu, sei es, weil er voreingenommen ist, also intellektuell gesperrt ist, sei es, weil persönliche Verärgerung ihn emotional hemmt.“

Damit ist in der Tat ein wesentliches Kriterium von Befangenheit bzw. Besorgnis der Befangenheit angesprochen: die fehlende Bereitschaft eines Richters, das Vorbringen einer Partei angemessen zur Kenntnis zu nehmen und in seine Erwägungen mit einzubeziehen. Zahlreiche Verfahrensweisen, die zur Besorgnis der Befangenheit Anlass geben, sind solche, die den Eindruck vermitteln, der Richter sei gegenüber dem Vorbringen einer Partei nicht aufgeschlossen, es interessiere ihn nicht, er habe sich gedanklich bereits festgelegt. Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher gewiss ein wichtiges Indiz für Befangenheit. Allerdings kann sich die Besorgnis auch auf Verhaltensweisen stützen, die nicht bereits eine Verletzung des Gehörsanspruchs sind. *Zuck* zieht daher zusätzlich das vom BVerfG entwickelte Fairnessprinzip heran.⁶⁶ Ein Verfahrensbeteiligter, für den Grund zur Annahme besteht, der Amtswalter sei nicht unabhängig oder höre ihm nicht zu, habe kein faires Verfahren mehr. Das ist für sich genommen einleuchtend; nur bietet das Fairnessprinzip selbst schon wegen seiner Weite kaum Kriterien, an denen sich die Besorgnis der Befangenheit festmachen ließe. Letztlich kommt man um die Bildung von Fallgruppen nachvollziehbarer Besorgnisgründe wohl nicht herum.

d) Äußerungen

In der Praxis werden insbesondere dann Befangenheitsgesuche gestellt, wenn sich ein Richter in einer Weise über das prozessuale Verhalten von Verfahrensbeteiligten äußert, die bei diesen den Eindruck erweckt, er sei ihnen gegenüber voreingenommen, in der Sache längst festgelegt oder nehme sie nicht ernst. Erfolg ist solchen Gesuchen in der Regel nur dann beschieden, wenn die betreffende Äußerung praktisch keine andere Auslegung zulässt, also z.B. ein Richter die Beanstandung seiner Verhandlungsführung mit dem Wort „Kinkerlitzchen“ kommentiert⁶⁷ oder den Sachvortrag einer Partei mit den Worten, er lasse sich nicht „vera[...]“⁶⁸. Anders verhält es sich, wenn die Äußerung auslegungsfähig ist.

So erachtete z.B. das OLG Frankfurt a.M. die Bezeichnung der Argumentation einer Partei als „rabulistisch“ nicht als Besorgnis begründend, weil damit nicht zwingend der Prozessbeteiligte als „Rechtsverdrehler“ bezeichnet werde (was die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen würde). Der Begriff „rabulistisch“ werde vorrangig mit „spitzfindig“ übersetzt, was ersichtlich keine abschätzige, den Beklagtenvorwurf abwertende Bemerkung sei.⁶⁹

⁶¹ BVerfG NJW 1993, 996 (997).

⁶² Dazu BGHSt 1, 34.

⁶³ OLG Frankfurt NJW 1972, 2310.

⁶⁴ BGHSt 1, 34.

⁶⁵ Näher *Zuck*, DRiZ 1988, 172 (177) m.w.N.

⁶⁶ Vgl. exemplarisch BVerfGE 57, 250. Dazu *Zuck*, DRiZ 1988, 178.

⁶⁷ OLG Hamburg NJW 1992, 2036.

⁶⁸ OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1995, 890.

⁶⁹ OLG Frankfurt a.M. NJW 2004, 621.

Auch die bloße „Unmutsäußerung“ eines Richters über das Verhalten eines Prozessbeteiligten soll ein Befangenheitsgesuch nicht begründen.⁷⁰

Insbesondere im Bereich des Strafprozessrechts lassen sich nicht wenige Entscheidungen finden, in denen Äußerungen des Richters gegenüber dem Angeklagten oder auch dessen Verteidiger als Ausdruck möglicher Befangenheit gewertet wurden. Das Spektrum umfasst Bemerkungen wie „Nach Aktenlage lügen Sie unverschämt“⁷¹ oder „Ihre erste Niederlage, Herr Verteidiger“ (nach der Ablehnung eines Antrags)⁷². Dass es gerade in Strafverfahren vergleichsweise häufig zu Ablehnungsgesuchen kommt und diese nicht immer erfolglos sind, dürfte mit der eigentümlichen Struktur der Hauptverhandlung zusammenhängen, in welcher das Gericht sowohl Urteils- als auch Ermittlungsorgan ist, wobei der Vorsitzende, um mit *Max Alsborg* zu sprechen, in dem Kampf, der sich in foro abspielt, an vorderster Stelle steht.⁷³ Das ist vor allem bei der Vernehmung des Angeklagten der Fall (§ 243 Abs. 4 S. 2 StPO), ein prozessuales Institut, für das es in den anderen Prozessarten keinen Vergleich gibt. Spannungen zwischen dem Angeklagten und dem Vorsitzenden Richter sind hierbei geradezu vorprogrammiert.

Ein besonderes Problem stellen im Strafprozess Spannungen zwischen Richter und Verteidiger dar, die im Verlauf des Verfahrens entstehen. Nach der Rspr. des BGH begründen sie in der Regel nicht die Besorgnis der Befangenheit. Sie soll sich aber aus Reaktionen eines Richters ergeben können, die zu dem sie auslösenden Anlass in keinem vertretbaren Verhältnis mehr stehen und auch bei einem verständigen Angeklagten die Besorgnis richterlicher Voreingenommenheit entstehen lassen. Der BGH hat dies in einem Fall bejaht, in dem ein Verteidiger eine Zeugin, von der bekannt geworden war, dass die Berichterstatlerin mit ihr außerhalb der Hauptverhandlung telefoniert hatte, nach dem Gesprächsinhalt befragte, was der Vorsitzende als „Unverschämtheit“ bezeichnete und äußerte, eine Einschaltung der Anwaltskammer komme

in Betracht, der Verteidiger sei mit dem Knüppel über Kollegen hergefallen.⁷⁴

Rechtsmeinungen eines Richters, die er im Vorfeld einer Entscheidung äußert und die für eine Partei bzw. einen Verfahrensbeteiligten nachteilig sind, begründen nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht die Besorgnis der Befangenheit. Insofern besteht die Vorstellung, dass die Rechtsordnung den wissenschaftlichen Richter voraussetze. Es liege in der Natur des Richterberufs begründet, so das BSG, sich ständig Ansichten über Rechtsfragen zu bilden. Wenn der Richter seine Rechtsmeinung bspw. in einer Kommentierung niederlege, so bedeute dies keine Festlegung, sondern die Eröffnung bzw. Fortführung einer in der Öffentlichkeit breit angelegten Diskussion.⁷⁵ Die Problematik spielte früher insbesondere bei Richtern des BVerfG eine Rolle, die zu mehreren Entscheidungen des BVerfG geführt hat. Inzwischen bestimmt § 18 Abs. 3 Nr. 2 BVerfGG ausdrücklich, dass die Äußerung einer wissenschaftlichen Meinung zu einer Rechtsfrage, die für das Verfahren bedeutsam sein kann, keine Tätigkeit i.S.d. Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG ist, wonach ein Richter des BVerfG von der Ausübung seines Richteramtes ausgeschlossen werden kann, wenn er in derselben Sache bereits von Amts oder Berufs wegen tätig gewesen ist.

e) Weltanschauliche Einstellungen etc.

Sehr zurückhaltend ist die Rechtsprechung auch, wenn Ablehnungsgesuche auf weltanschauliche Einstellungen von Richtern und dergleichen gestützt werden.⁷⁶ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es sich bei den Gründen, die geeignet sind, Zweifel an der Unparteilichkeit zu rechtfertigen, immer um individuelle, aus der Person des einzelnen Richters hergeleitete Gründe handeln muss; allgemeine Gründe wie Staatsangehörigkeit, Geschlecht, Zugehörigkeit zu einer Konfession etc. reichen nicht aus und dementsprechend – grundsätzlich – auch nicht politische und religiöse Auffassungen.⁷⁷ Anders hat das LG Berlin allerdings in einem Fall entschieden, in dem in einer Hauptverhandlung gegen arabische und türkische Angeklagte ein Schöffe ein schwarzes Sweatshirt trug, auf dem im Brustbereich in weißen Buchstaben „Pit Bull Germany“ aufgedruckt war.⁷⁸ Das LG Dortmund gab einem Befangenheitsgesuch gegen eine Schöffin statt, die sich aus weltanschaulichen Gründen weigerte, in der Hauptverhandlung ihr Kopftuch abzunehmen.⁷⁹

f) Persönliche Interessen am Prozessausgang

Ein im Rahmen des Befangenheitsrechts kaum behandeltes Problem sind mögliche persönliche Interessen eines Richters am Prozessausgang außerhalb der sachlichen Ausschließungsgründe. Bemerkenswert hierzu ist eine Entscheidung

⁷⁰ Vgl. BGH wistra 1993, 228.

⁷¹ BayObLG NJW 1993, 2948.

⁷² OLG Brandenburg StV 1992, 455. Weitere Bsp. nach *Beulke* (Fn. 37), Rn. 70; LG Mainz StV 2004, 531 (Richter erklärt am Telefon gegenüber dem Verteidiger, die Einlassung des Beschuldigten in der Hauptverhandlung sei „schwachsinnig“ und der Sachverständige, der im vorbereitenden schriftlichen Gutachten diese Aussage gestützt hat, müsse sich „für die Hauptverhandlung warm anziehen.“); KG StV 2005, 490 (Der Vorsitzende entgegnet auf die den Tatvorwurf bestreitende Einlassung des Angeklagten: „Dann will ich es Ihnen mal erklären, denn Sie waren es“); BGH StV 2006, 59 (Mehrere Beweisanträge zur Schuldfähigkeit des Angeklagten wurden gestellt, die Verhandlung wird daraufhin für eine Stunde unterbrochen. Auf Hinweis eines Verteidigers, dass die Unterbrechung zu kurz sei, erklärt der Vorsitzende noch vor der Beratung: „Meinen Sie, dass wir die Anträge noch schneller ablehnen können?“).

⁷³ *Alsborg*, in: *Taschke* (Hrsg.), *Max Alsborg – Ausgewählte Schriften*, 1992, S. 181 (S. 183).

⁷⁴ BGH StV 1993, 339.

⁷⁵ BSG NJW 1993, 2261.

⁷⁶ Dazu *Kopp/Schenke* (Fn. 21), § 54 Rn. 11a; *Siolek* (Fn. 25), § 24 Rn. 31.

⁷⁷ *Kopp/Schenke* (Fn. 21), § 54 Rn. 11a.

⁷⁸ LG Berlin StV 2002, 132.

⁷⁹ LG Dortmund NJW 2007, 3013.

des OVG Münster aus dem Jahre 2003 anlässlich eines Verwaltungsrechtsstreits, in dem es um Fluglärmimmissionen ging. Das Gericht hatte über einen Befangenheitsantrag gegen einen ehrenamtlichen Richter zu entscheiden, der ein von ihm bewohntes Grundstück in einem Bereich hatte, in dem der Lärm des Nachtflugbetriebes wahrnehmbar war.⁸⁰

Das OVG Münster führte in seiner Entscheidung grundsätzlich aus, dass die Befürchtung, ein Richter werde nicht unparteiisch sachlich entscheiden, objektiv berechtigt sein könne, wenn der Ausgang des Verfahrens und die dabei heranzuziehenden Grundsätze auch seine Interessen berühren, wenn also das Obsiegen oder Unterliegen einer Seite zugleich für ihn positive oder negative Folgen haben könne. An diese Möglichkeit sei grundsätzlich zu denken, wenn in einem Verfahren um die Minderung von Immissionen gestritten werde, die auch den zur Entscheidung berufenen Richter treffen oder treffen können.

Hierbei sei allerdings zu bedenken, dass sich die Betroffenheit durch bestimmte Immissionen als eine Erscheinung innerhalb der Vielfalt allgemeiner Lebensumstände darstelle, denen auch der Richter ausgesetzt sei. Es gehöre zudem zum Selbstverständlichen in der Wahrnehmung der zur Objektivität verpflichteten richterlichen Aufgabe, bestimmte Vorstellungen und Eindrücke aus den Alltagserfahrungen bei der richterlichen Tätigkeit unter Kontrolle zu halten. Für die berechnete Besorgnis der Befangenheit sei daher eine über den Bereich gleicher oder ähnlicher Erfahrungen hinausgehende eindeutige Verbundenheit mit oder Parallelität zu der streitbefangenen Situation und in Rede stehenden Interessenlage erforderlich.

Eine solche verneinte das OVG Münster im konkreten Fall, weil der ehrenamtliche Richter die Entfernung seines Wohnsitzes von dem des ihm am nächsten wohnenden Klägers unwidersprochen mit etwa 5 Km angegeben habe. Auch habe der abgelehnte Richter in seiner Erklärung im Hinblick auf den Fluglärm für sich weder Vor- noch Nachteile gesehen, was nicht im Widerspruch zu der von ihm dargetanen Wahrnehmbarkeit des Fluglärms stehe; denn das Entfallen eines lediglich wahrnehmbaren Geräusches sei nicht zwingend mit einem empfundenen Vorteil gleichzusetzen.

Die Entscheidung verdeutlicht die Probleme, die sich für die Frage einer möglichen Befangenheit stellen, wenn persönliche Interessen des Richters von einer Entscheidung berührt sind. Diese Problematik mag für den Zivilprozess und den Strafprozess von den bestehenden Regelungen über die gesetzlichen Ausschließungsgründe ausreichend erfasst sein, obwohl auch hier im Einzelnen Auslegungsprobleme bestehen. Für den Bereich des Verwaltungsprozesses stellt sich die Problematik, wie der Fall veranschaulicht, komplexer dar. Umso fragwürdiger ist es, dass ausgerechnet im Verwaltungsprozess gegen ablehnende Entscheidungen über Ablehnungsgesuche praktisch kein Rechtsbehelf besteht (s.o.).

V. Schlussbemerkung

Das Befangenheitsrecht ist das sprichwörtliche „weite Feld“. Das kann nicht überraschen. Richterliche Unvoreingenommenheit ist ein Ideal, tatsächliche Befangenheit nicht nachweisbar und die Besorgnis der Befangenheit eine Bewertungsfrage. Eine griffige Formel, anhand derer sich bestimmen ließe, wann ein richterliches Verhalten geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen (§ 42 ZPO, § 24 StPO), existiert nicht. Eine Orientierungshilfe bilden exemplarische von der Rechtsprechung entschiedene Fälle, die sich nach Fallgruppen ordnen lassen. Dabei sind als allgemeine rechtliche Gesichtspunkte insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör, das Fairnessgebot und das Willkürverbot erkennbar. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles. Eine gewisse Objektivierung des Besorgnisgrundes ist notwendig, darf aber nicht dazu führen, dass an die Stelle des Standpunktes des Ablehnenden ein richterlicher tritt. Maßgeblich sollte die Nachvollziehbarkeit der Besorgnis des Ablehnenden durch einen vernünftigen Dritten sein. Insbesondere auch wegen der Komplexität der unumgänglichen Bewertung ist der generelle Ausschluss des Beschwerderechts gegen Entscheidungen über Ablehnungsgesuche im Verwaltungs- und Arbeitsgerichtsprozess hoch problematisch und sollte de lege ferenda abgeschafft werden.

⁸⁰ OVG Münster NVwZ-RR 2004, 457.

Staatlich gesteuerte Selbstbelastungsprovokation mit Umgehung des Schweigerechts Zur objektiven Zurechnung im Strafprozessrecht

Von Prof. Dr. Jürgen Wolter, Mannheim

I. Ursprung, Gegenstand und Begrenzung des Themas

1. Ursprünglich sollte mit diesem Beitrag die auch strafprozess-systematisch wegweisende Monographie von *Imme Roxin* über „Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege“ mit einem dritten Problembereich – der Selbstbelastungsprovokation – behutsam „fortgeschrieben“ werden. Denn mit den beiden Kernthemen des Buches – der Verfahrenseinstellung nach überlangem Strafverfahren und dem Freispruch wegen Strafausschließungsgrundes bei Tatprovokation namentlich eines Unverdächtigen – hat *I. Roxin* in inzwischen vier Auflagen ihres Buches die Diskussion maßgeblich geprägt.¹ Und angesichts der Entwicklung seit 2004 einschließlich der neuen §§ 198 ff. GVG² sowie der EGMR-Rechtsprechung zur Tatprovokation³ ist dem Werk eine fünfte Auflage zu wünschen (wobei schon die bisherigen Auflagen eine bemerkenswerte wissenschaftliche Leistung in sich sind). Ohnehin hatte *I. Roxin* zwei weitere Themenkomplexe aus der ersten Auflage (Konsequenzen aus einem völkerrechtswidrigen Ergreifen des Beschuldigten sowie sonstige rechtsstaatswidrige Verhaltensweisen der Ermittlungsbehörden, namentlich beim Eindringen in das Verteidigungskonzept) in den Folgeauflagen mangels Parallelität bzw. mangels Praxisrelevanz nicht mehr aufgegriffen.

Bei der im Buch behandelten Tatprovokation und der hier vorzustellenden sog. Selbstbelastungsprovokation (die Ermittlungsbehörden steuern einen Dritten – verdeckten Ermittler, V-Mann oder Informanten – dahin, den Beschuldigten zur Selbstbelastung zu verleiten, und umgehen dadurch dessen Schweigerecht) scheinen dagegen auf den ersten Blick neben der Praxisbedeutung vor allem die (dogmatischen) Parallelen unübersehbar. In dem neuen leading case des EGMR (*Bykov v. Russland*) hatte dann auch Richter Costa in seinem Sondervotum Parallelen der Selbstbelastungsprovokation zu der vom EGMR begrenzten Tatprovokation gesehen.⁴ Bei der Tatprovokation wie bei der Selbstbelastungsprovokation wird zudem im Ansatz – wie *I. Roxin* für die ersteren

Fälle sehr früh herausgearbeitet hat⁵ – eine absolute Grenze beim Eindringen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung gezogen, auch wenn die neuere Diskussion vor einer Relativierung der Menschenwürdegarantie zum Teil nicht mehr Halt macht.⁶ Weiterhin gibt es auch in beiden Problem-bereichen Fälle, die sich über Nötigungsnotstand des Betroffenen und mittelbare Täterschaft des Provokateurs vergleichsweise klar lösen lassen.⁷ Zudem ist in beiden Problem-bereichen festzustellen, dass der BGH nicht vollends bereit ist, den „Vorgaben“ des EGMR zu folgen.⁸

Und dennoch liegen die beiden Konstellationen höchst unterschiedlich.⁹ Eine 5. Auflage der Monographie von *I. Roxin* mag deshalb im Ergebnis die Problematik der Selbstbelastungsprovokation auch weiterhin aussparen: Bei der Tatprovokation eines Unverdächtigen werden die Grenzen des Strafprozessrechts gesprengt. Eine Bestrafungsbe-fugnis des Staates ist mangels Anfangsverdachts erst gar nicht entstanden. Die Aufgabe wirksamer Strafrechtspflege in einem fairen Strafverfahren, die Wahrheit mit dem Ziel gerechter Wiederherstellung des Rechtsfriedens zu erforschen, wird von vornherein verhindert.¹⁰ Dem Staat fehlt hier – ebenso wie bei einem ihm anzulastenden überlangen Strafverfahren, das mit Blick auf die erlittene U-Haft mit deren Anrechnung bereits den Strafrahmen des abzuurteilenden Delikts überschreitet – die sittliche Autorität und rechtliche Legitimation zur (weiteren) Führung eines Strafverfahrens

¹ *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 1. Aufl. 1987; 2. Neubearb. Aufl. 1995; 3. Neubearb. und erweiterte Aufl. 2000; 4. Aufl. 2004 (Nachdruck der 3. Aufl. mit einem aktualisierten Vorwort); zum überlangen Verfahren vgl. auch *dies.*, in: Hassemer (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 617; *dies.*, StV 2008, 14.

² Gesetz v. 24.11.2011 (in Kraft seit 3.12.2011), BGBl. I 2011 S. 2302; vgl. auch *I. Roxin*, StV 2011, Editorial.

³ Ausgangspunkt EGMR NStZ 1999, 47 (*Castro v. Portugal*); ferner EGMR NJW 2009, 3565 (*Ramanauskas v. Litauen*); EGMR HRRS 2008, 292 (*Pyriotakis v. Griechenland*), jew. m. Anm. *Gaede*.

⁴ Vgl. EGMR JR 2009, 514 (518, *Bykov v. Russland*); ferner *Gaede*, JR 2009, 493 (498).

⁵ *I. Roxin* (Fn. 1), S. 121 zur Tatprovokation; vgl. z.B. *C. Roxin*, in: Geisler (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, 2011, S. 549 (S. 567) zur Selbstbelastungsprovokation; allgemein für sämtliche Ermittlungsmethoden *Wolter*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 4. Aufl. 2010, § 100f Rn. 37.

⁶ Zuletzt *Mosbacher*, JuS 2009, 696 (700); *Mahlstedt*, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei, Informelle Informationserhebung und Selbstbelastungsfreiheit, 2011, S. 115; dagegen m. Recht *C. Roxin*, GA 2012, 108.

⁷ Unten III. 1.; aber auch *I. Roxin* (Fn. 1), S. 113.

⁸ Nachw. unten in Fn. 73.

⁹ Dabei bleibt schon beiseite, dass bei der Tatprovokation (ohne Tatverdacht) nach der Rechtsprechung des EGMR die Beeinflussung des Betroffenen nicht besonders nachhaltig sein muss, Kausalität vielmehr genügt (vgl. EGMR NStZ 1999, 47 [*Castro v. Portugal*]; EGMR NJW 2009, 3565 [*Ramanauskas v. Litauen*]; EGMR HRRS 2008, 292 [*Pyriotakis v. Griechenland*]), während der psychologische Druck bei der Selbstbelastungsprovokation durchaus ein leitender Gesichtspunkt ist (unten III. 2.).

¹⁰ *Wolter* (Fn. 5), § 110c Rn. 10; vgl. auch *Gaede*, HRRS 2008, 279 (285).

bzw. zur Verhängung einer Strafe.¹¹ Bei der Selbstbelastungsprovokation hingegen geht es von vornherein um Tatverdacht, Überführungsmöglichkeiten und etwaige Bestrafung. Die Rechtsfolge kann deshalb strafprozessimmanent allein ein (ggf. qualifiziertes; unten III. 1.) Beweisverwertungsverbot sein.¹²

2. Das auf diese Weise eingerahmte und spezifische Thema der „staatlich gesteuerten Selbstbelastungsprovokation mit Umgehung des Schweigerechts“ ist hier noch einmal in sich zu begrenzen. Zwar gibt es inzwischen das durchaus weiterführende Buch von *Mahlstedt* aus dem Jahre 2011;¹³ aber es ist – wie auch dieser Beitrag nahelegen wird – noch nicht das letzte Wort.¹⁴ Auch hat *Claus Roxin* ebenfalls 2011 die sehr verzweigte Thematik zusammengeführt und mit Recht sogleich um die parallelen Abhörfälle erweitert;¹⁵ aber das für alle Beispiele vorgeschlagene übergreifende Lösungskriterium des „staatlich veranlassten Missbrauchs eines Vertrauensverhältnisses“ passt, bei aller grundlegenden Überzeugungsstärke und dann auch im Verein mit der Beeinträchtigung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, nicht auf jede Lebenswirklichkeit¹⁶ – wie auch die neueste BGH-Entscheidung¹⁷ zur Selbstbelastungsprovokation offenbart. Und da dieses jüngste BGH-Urteil gleichsam wie durch ein Brennglas fast sämtliche Probleme der Selbstbelastungsprovokation aufleuchten und zudem Überzeugungskraft vermissen lässt, soll die vorliegende Abhandlung auf seine kritische Begleitung beschränkt werden. Die dahinter stehenden Prob-

leme sind in ihrer Vielzahl ohnehin überwältigend und allein durch eine ergänzende neuerliche Monographie – gleichsam als wissenschaftliche Schwester zu dem Buch von *Imme Roxin* – in den Griff zu bekommen.

Diese Probleme sind: Rechtsgedanken bzw. Analogie zu den §§ 136a, 136, 110c ff. StPO; „vernehmungsrechtlicher Lösungsansatz“ und vorherige Berufung des Beschuldigten auf sein Schweigerecht; Täuschung i.S.v. § 136a StPO; ungeschriebenes Merkmal der List; Reichweite des nemo tenetur-Grundsatzes; Kernbereich privater Lebensgestaltung; psychologischer Druck, beharrliches Befragen und besonderes Vertrauensverhältnis; Abwägung mit der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege im Rahmen von Art. 1 Abs. 1 GG bzw. beim Kerngehalt von Art. 6 EMRK; Informant als „Agent des Staates“ und „funktionales Äquivalent einer Vernehmung“ (EGMR); Nicht-Adaption der EGMR-Rechtsprechung durch den BGH; Gesamtschau im Gegensatz zur Abwägung und im Verein mit einer Einzelfallprüfung; Erfordernis weiterer Beweismittel; Widerspruchslösung; qualifizierte Ermittlungshilfen (Technik; U-Haft; Vortäuschen eines Liebesverhältnisses; Zusage eines gesetzlich [nicht] vorgesehenen Vorteils); Ermittlungshilfen des Staates allein im „Vorbereitungsstadium“; Eigeninitiative des Informanten.

II. Die Entscheidung des BGH¹⁸

Der wegen einer Betäubungsmittelstraftat rechtskräftig verurteilte H hatte während seiner Hauptverhandlung den Angeklagten A mit Hinweis auf dessen Beteiligung belastet. E, die Ehefrau von H, erklärte sich aus eigenem Antrieb gegenüber der Polizei bereit, an der Überführung von A mitzuwirken, ihn zur Rede zu stellen und das Gespräch heimlich aufzuzeichnen, um H die Vergünstigung des § 31 BtMG zu sichern. Das AG Düsseldorf ordnete im Ermittlungsverfahren gegen A das Abhören gemäß § 100f StPO an. In dem Gespräch mit A, in dem E wahrheitswidrig ein Geständnis von H angab und Vertraulichkeit der Unterhaltung zusicherte (wobei zwischen A und E keine engere Beziehung bestand), und in dem E dem A „drängende Fragen“ stellte, belastete sich A selbst. Der Verwertung der für die Verurteilung maßgebenden Gesprächsaufzeichnung (den Angaben von H wurde im Urteil keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen) hat A in der Hauptverhandlung widersprochen.

Der BGH lehnt – wie das LG – ein Beweisverwertungsverbot ab: Die §§ 163a Abs. 4, 136 Abs. 1 StPO seien mangels Vernehmung bzw. vernehmungähnlicher Situation nicht (analog) anwendbar. Ebenso scheitere eine Anwendung der §§ 163a Abs. 4, 136a Abs. 1 StPO – mangels einer Täuschung, die mit den anderen verbotenen Ermittlungsmethoden vergleichbar sei. Der nemo tenetur-Grundsatz sei nicht verletzt, insbesondere – bei der erforderlichen Prüfung der Einzelfallumstände – weil sich A nicht vorher auf sein Schweigerecht berufen hatte und weil es keinen psychologischen Druck durch E sowie kein besonderes Vertrauensverhältnis gegeben habe (mit Hinweis auf die Fälle einer Ausforschung in der U-Haft, auf BGHSt 52, 11 und auf EGMR,

¹¹ Insofern ist in diesem Sonderfall für einen staatlich veranlassten materiellen Strafaufhebungsgrund zu plädieren (*Wolter*, GA 1996, 207 [217]); bei der Tatprovokation eines Unverdächtigen scheint hingegen die Kombination von Strafausschließungsgrund und Beweisverwertungsverbot hilfreich (zur Begründung *Wolter* [Fn. 5], § 110c Rn. 11).

¹² Insoweit ist entgegen meiner bisherigen Position – erneut Kombination von Strafausschließungsgrund und Beweisverwertungsverbot (*Wolter* [Fn. 5], § 110c Rn. 11a) – allein für eine prozessuale Lösung (Beweisverbot) zu plädieren.

¹³ *Mahlstedt* (Fn. 6), passim mit grundsätzlich zustimmender Rezension von *C. Roxin*, GA 2012, 108; vgl. noch unten Fn. 65.

¹⁴ Einige Kritikpunkte ergeben sich im Laufe dieses Beitrags: Anknüpfungspunkt von § 136a StPO (*Mahlstedt* [Fn. 6], S. 230, dagegen unten III. 1., 2. m. Fn. 40); Relativierung von Art. 1 Abs. 1 GG (dagegen oben Fn. 6); nahezu durchgehendes nemo tenetur-Prinzip bei Selbstbelastungen (a.a.O., S. 122, 236, dagegen unten Fn. 28).

¹⁵ *C. Roxin* (Fn. 5), S. 549; vgl. aber auch den Hinweis von *Rogall*, HRRS 2010, 289 (294), dass der Beschuldigte insofern nicht zur Aussage gezwungen bzw. verleitet wird; demgegenüber wiederum die Angleichungen in BGHSt 52, 11 zu „Mitteilungsfällen“ und BGHSt 53, 294 zu einem „Abhörfall“.

¹⁶ *C. Roxin* (Fn. 5), S. 558 ff. Auch wird der Beschuldigte z.B. bzgl. des „Vertrauens auf die Nichterzwingbarkeit einer fixierten Stimmprobe“ jedenfalls keine Erwägungen anstellen, die dann enttäuscht werden könnten; vgl. auch *Zuck*, JR 2010, 17 (21).

¹⁷ BGH NStZ 2011, 596.

¹⁸ BGH NStZ 2011, 596 m. Anm. *Eisenberg*, JR 2011, 407 (409); *Jäger*, JA 2011, 712.

Allan v. Großbritannien sowie Bykov v. Russland); es sei m.a.W. kein „funktionales Äquivalent einer Vernehmung“ gegeben. Schließlich habe sich E von sich aus der Polizei als Informant zur Verfügung gestellt, und sie sei von den Behörden weder instruiert noch angeleitet, sondern im Vorfeld allein mit technischen (und rechtlichen) Mitteln zur Aufzeichnung des Gesprächs ausgestattet worden.

III. Die vier Stufen eines Eingriffs in die Selbstbelastungsfreiheit

Am ehesten lassen sich die vielfältigen Probleme und Fallkonstellationen zur Selbstbelastungsprovokation und -freiheit in vier Stufen darstellen (1. Rechtsgedanke des § 136a StPO; 2. Rechtsgedanke des § 136 StPO; 3. Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips; 4. Nichtprovokation), wobei das eigentliche Thema und dann auch die hier zu besprechende BGH-Entscheidung erst und schon die umstrittene zweite Stufe – wenn nicht die dritte Stufe – berühren (näher unten IV.). Insbesondere in den ersten beiden Stufen und bei der Abgrenzung zur Stufe 3 helfen – i.S.e. äußeren Rahmens – nicht nur Überlegungen zur Beweisverbotslehre weiter, sondern vor allem Parallelen zur objektiven Zurechnungslehre im Rahmen einer Unrechtssystematik.¹⁹ Namentlich: Inwieweit liegt der Handlungsunwert einer staatlich gesteuerten Verleitung des Beschuldigten zur Selbstbelastung vor, und wann führt z.B. eine staatlich gesteuerte Täuschung zu einer maßgeblichen Gefahr der Selbstbelastung (Handlungs- und Risikounwert)? Und inwieweit entsteht daraus (zurechenbar) der Erfolgswert²⁰ einer Umgehung des Schweigerechts, des Entlockens bzw. „Entlocktseins“ von Informationen mit der Folge eines qualifizierten Beweisverwertungsverbots (entsprechend § 136a Abs. 3 StPO auf der 1. Stufe bzw. eines einfachen Verwertungsverbots (wie z.B. bei Verletzung des § 136 StPO auf der 2. Stufe)?

Etwas verkürzt, jedoch sachentsprechend fragt der EGMR und ihm teilweise folgend der BGH – ohne jeweils zwischen diesen beiden Stufen zu differenzieren – danach, ob der Informant (z.B. V-Mann; Dritte) im Verhältnis zu den Ermittlungsbehörden „Agent des Staates“²¹ ist, und ob sich das Gespräch zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten als „funktionales Äquivalent einer Vernehmung“ darstellt²² –

¹⁹ Vgl. auch die ersten Ansätze bei Wolter, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 11. Lieferung, Stand: Juni 1994, Vor § 151 Rn. 123; Gaede, JR 2009, 493 (498); ders., StV 2004, 46 (51 f.).

²⁰ Zur Parallele der Schutzzweck- und Regressverbotslehre bei der Selbstbelastungsprovokation unten Fälle zu 2.; allgemein Wolter, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1160 (auch zum hypothetisch-rechtmäßigen Verhalten); ergänzend unten Fn. 49.

²¹ EGMR StV 2003, 257 (259 f.) – Allan v. Großbritannien; vgl. auch Sondervoten EGMR JR 2009, 514 (518) – Bykov v. Russland.

²² EGMR StV 2003, 257 (259 f.); JR 2009, 514 (518); BGH NStZ 2011, 596 (598).

und insofern ohne die erforderlichen Belehrungen z.B. entsprechend den §§ 136 Abs. 1, 163a StPO einschließlich des Rechts auf einen Verteidiger erfolgt. Auf dieser dogmatischen Linie unterscheidet auch § 136a StPO nicht nur zwischen Beweiserhebungs- (Abs. 1) und – qualifiziertem – Beweisverwertungsverbot (Abs. 3), sondern auch zwischen Handlungs-/ Risikounwert (z.B. Täuschung) und Erfolgswert (Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit).²³

1. Rechtsgedanke von § 136a StPO; qualifiziertes Beweisverwertungsverbot

Es gibt besonders schwerwiegende Fälle der Selbstbelastungsprovokation, die dem Rechtsgedanken des § 136a StPO Folge geben.²⁴ Eine Vernehmung und eine Berufung auf das Schweigerecht müssen dabei nicht vorausgegangen sein (Ablehnung des „vernehmungrechtlichen Ansatzes“).²⁵ Das Schweigerecht wird durch eine (massive) Täuschung oder

²³ Vgl. aber zur Vermengung *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (712).

²⁴ Näher zum Folgenden Wolter (Fn. 19), Vor § 151 Rn. 122 ff.

²⁵ Da es sich bei der Selbstbelastungsprovokation um einen eigenständigen, von der Vernehmungssituation gemäß den §§ 136a, 136 StPO losgelösten Fall der heimlichen Ausforschung handelt (Umgehung des hinter der Belehrungspflicht stehenden Schweigerechts und der von den §§ 136a, 136 StPO geschützten Selbstbelastungsfreiheit als Ausprägung von Art. 1 Abs. 1 GG und des Kerngehalts von Art. 6 EMRK; dazu Fezer, NStZ 1996, 289; *Renzikowski*, JZ 1997, 710 [713, 717]; Wolter, in: Canaris u.a. [Hrsg.], 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S. 963 [S. 974]), kommt es auf Argumente aus der direkten oder analogen Anwendung der §§ 136a, 136 StPO als Vernehmungsvorschriften nicht an (Mangel an Täuschung i.S.v. § 136a Abs. 1 StPO; Ausschluss einer Verletzung des nemo tenetur-Prinzips [dazu sogleich bei Fn. 28]; vgl. demgegenüber z.B. BGHSt 34, 39; 52, 11; BGH StV 1995, 283 [286]; s. [aber] auch BGH NStZ 2011, 596 [597 f.]). Insofern wäre die Befürwortung einer Verletzung des Aussageverweigerungsrechts i.S.d. BGH allein dann, wenn der Beschuldigte in einer Vernehmung eine Aussage bereits abgelehnt hat (BGHSt 52, 11 [17 ff.]; BGH NStZ 2009, 343 [344]; ähnlich BGHSt 40, 211; 40, 66; 42, 139; aber auch BGH NJW 2010, 3669 [3670, 3672]), nicht nur Zufall, sondern ein Freibrief zur unmittelbaren verdeckten Ermittlung (vgl. auch Jäger, JA 2011, 712 [714]; C. Roxin, NStZ-Sonderheft 2009, 41 [43, 45 ff.]; Wolter [a.a.O.], S. 976; ders. [Fn. 5], § 110a Rn. 4 Fn. 17; ferner *Renzikowski*, JR 2008, 164 [165]; Eisenberg, JR 2011, 407 [409]; Bannenberg/Baumann/Höpfel u.a., Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens [AE-EV], 2001, S. 62). Vgl. noch dazu, dass auch EGMR StV 2003, 257 (259) letztlich nicht das „gezielte Unterlaufen“ des ausdrücklich ausgeübten Schweigerechts verlangt, Gaede, StV 2003, 257 (260); C. Roxin, NStZ-Sonderheft 2009, 41 (43). S. ferner – eingeschränkt – *Mahlstedt* (Fn. 6), S. 227.

List²⁶ oder durch einen entsprechenden Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung umgangen. Die Täuschung oder List als Handlungsweise erscheint zwangsgleich und somit normativ auf einer Stufe mit den anderen von § 136a StPO erfassten Methoden,²⁷ mag auch der nemo tenetur-Grundsatz insoweit nicht tangiert sein.²⁸ Die Freiheit der Willensentschließung bzw. der Willensbetätigung²⁹ (als „Erfolg“ der Ermittlungsmethode) wird nicht nur mit einer gewissen verbleibenden Wahlfreiheit maßgeblich eingeschränkt (dazu die 2. Stufe), sondern ohne eigentliche Wahlmöglichkeit aufgehoben bzw. „beeinträchtigt“ (vgl. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO). Die Methode trägt die Züge der mittelbaren Täterschaft oder gerät in die absolute Nähe davon; es liegt vielfach i.S.e. besonderen psychischen Zwangslage ein Nötigungsnotstand vor.³⁰

Beispiele bilden – in durchaus extrem gelagerten Fällen – die Ausnutzung der sexuellen Abhängigkeit³¹ oder die sog. „Stimmenfalle“, bei der eine Schutzvorkehrung des (uneingeweihten) Beschuldigten allein das völlige, in der Situation nachgerade lebensfremde Schweigen sein kann.³² Es geht um Fälle, in denen das Schweigen durch die Ausnutzung von Abhängigkeiten und auch Vertrauensverhältnissen (z.B. in der U-Haft bei eingeschleusten Zellengenossen)³³ unmöglich,

²⁶ Auch wenn die List – anders als z.B. in den §§ 232, 234 StGB und de lege ferenda in § 150b Abs. 1 AE-EV bei *Bannenberg/Baumann/Höpfel* (Fn. 25), S. 4, 61 ff.: „Niemand darf durch Zwang, Täuschung oder List dazu veranlasst werden, sich selbst strafrechtlich zu belasten.“ – in dem nicht direkt anwendbaren § 136a StPO gar nicht aufgeführt ist, vgl. noch *Wolter* (Fn. 19), Vor § 151 Rn. 123a; *ders.* (Fn. 25), S. 973 m.w.N.; ferner AG Freiburg StV 1988, 383 (listige Umgehung des Schweigerechts).

²⁷ BGH NSTz 2011, 596 (597).

²⁸ Vielmehr allein bei Zwang oder bei dem von den Behörden erregten oder unterhaltenen Irrtum über eine Aussageverpflichtung (*Wolter* [Fn. 19], Vor § 151 Rn. 123; BGHSt 38, 214 [220 ff.]; *Hanack*, JR 1980, 434; aber auch EGMR StV 2003, 257; BGH NJW 2010, 3669 [3671 f.]; BGHSt 51, 11; BGH NSTz 2011, 596 (597); *Mahlstedt* [Fn. 6], S. 112, 136). Eine bloße Nähe zur Verletzung des nemo tenetur-Prinzips (so BGHSt 42, 139; 53, 294 [309]) ist ein Widerspruch in sich (vgl. auch BGHSt 52, 11).

²⁹ Grundsätzlich auch *Schneider*, NSTz 2001, 8 (10).

³⁰ *Wolter* (Fn. 19), Vor § 151 Rn. 123b, 123; vgl. auch BGH NJW 2010, 3669 (3672).

³¹ *Wolter* (Fn. 19), Vor § 151 Rn. 123b.

³² *Wolter* (Fn. 25), S. 974.

³³ Dazu *Wolter* (Fn. 19), Vor § 151 Rn. 123a, 124b; vgl. auch §§ 100c Abs. 4, 6 StPO (die in BGHSt 53, 294 [301 f., 303 f.] dann auch erwogene analoge Heranziehung der §§ 100c Abs. 4, 100a Abs. 4 StPO würde freilich nach Auffassung der Gerichte angesichts des zu erwartenden Misch-Gesprächs auch über Straftaten nicht weiterführen; demgegenüber freilich *Wolter* [Fn. 5], § 100c Rn. 54 ff., § 100a Rn. 59, § 100f Rn. 37). Es geht jedenfalls nicht um Zwang mit dem Mittel der U-Haft oder Zwangsgleichheit (vgl. aber BGHSt 34, 362 [363]; BGH NSTz 1989, 333), sondern um ein „Einschleichen

aussichtslos, unzumutbar oder sinnlos und das Opfer schon deshalb zum wehrlosen Objekt des Strafverfahrens wird.³⁴

Die Rechtsfolge in diesen qualifizierten Fällen eines Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsgedanken in § 136a Abs. 1 StPO ist ein qualifiziertes Beweisverwertungsverbot entsprechend § 136a Abs. 3 S. 2 StPO (mit der Vorwirkung eines absoluten Beweiserhebungsverbots)³⁵. Der Kerngehalt von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist dann „zwangsläufig“ mit betroffen.³⁶ Eine Abwägung der Grund- und Menschenrechte mit der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips verbietet sich.³⁷ Der Gesetzgeber kann insoweit dann auch keine Regelung treffen; die §§ 110a ff. StPO sind nicht einschlägig bzw. obsolet.³⁸

Anders ausgedrückt – mit Anleihen bei der objektiven Zurechnungslehre: Das Handeln erfordert u.a. eine zwangsgleiche Täuschung oder List auf der Ebene oder in der Nähe der mittelbaren Täterschaft, die das (höchste) Risiko einer Selbstbelastung (Selbstüberführung) durch Umgehung des Schweigerechts schafft („Handlungs- und Risikounwert“). Die Gefahr ist derart, dass man ex ante von einer „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ ihrer Realisierung ausgehen kann. Und dieses Risiko verwirklicht sich dann auf objektiv ebenso zurechenbare Weise in der Aufhebung der Willensentschließungs- bzw. Willensbetätigungsfreiheit, weil das Schweigen in der geschaffenen Situation unmöglich, aussichtslos, völlig unvernünftig oder nachgerade sinnlos

in das Vertrauen“ und um den „intimen Ort der Haftzelle (LG Hannover StV 1986, 521 [522]; *Fezer*, JZ 1987, 938; vgl. auch *C. Roxin*, in: *Jauernig/Roxin* [Hrsg.], 40 Jahre Bundesgerichtshof, 1991, S. 82 f.; *ders.* [Fn. 5], S. 559 f.).

³⁴ Vgl. auch BGHSt 35, 328 m. zust. Anm. *Bloy*, JR 1990, 165; *Wolter* (Fn. 19), Vor § 151 Rn. 123a; *ders.* (Fn. 5), § 110a Rn. 3a.

³⁵ Jedenfalls für ein (einfaches) Beweisverwertungsverbot BGH NJW 2010, 3669 (3672). Zur Vorwirkung *Wolter* (Fn. 5), § 100c Rn. 83, § 110a Rn. 3a, § 100a Rn. 21, 60; § 100f Rn. 37.

³⁶ Vgl. auch BGH NSTz 2011, 596 (597). Dabei mag hier unberücksichtigt bleiben, dass die Wurzeln des isoliert betrachteten Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK in der freiheitssichernden Funktion der Grundrechte (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) liegen, so dass man ggf. zumindest auf Art. 19 Abs. 2 GG bzw. den Rechtsgedanken des ordre public verweisen kann (*Wolter*, in: *Heinrich u.a.* [Hrsg.], *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, Bd. 2, S. 1245 [S. 1264]). Vgl. noch unten Fn. 37; *Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller* (Hrsg.), *Alternativentwurf Europol und Europäischer Datenschutz*, 2008, § 26 Abs. 1, S. 59 ff.

³⁷ *Wolter* (Fn. 36), S. 1262 f. m.w.N.; vgl. aber auch BGHSt 34, 39; 40, 66; 42, 139; ferner BGHSt 19, 331; 34, 397 (401); wie hier hingegen BGHSt 4, 332 (333 f.); 13, 358 (359 f., 364); 31, 296 (299); 36, 167 (173); BGH NSTz 1999, 145 (147).

³⁸ Vgl. auch die Nachw. unten bei Fn. 53.

geworden ist, die Selbstüberführung hingegen geradezu vorprogrammiert war; die Informationen werden so durch Umgehung des Schweigerechts „entlockt“ („Erfolgsunwert“).

2. Rechtsgedanke von § 136 StPO; einfaches Beweisverwertungsverbot

Daneben gibt es die hier im Vordergrund stehenden und eher praxisrelevanten Fälle der Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG sowie des Kerngehalts von Art. 6 Abs. 1 EMRK ohne Zwang und Zwangsgleichheit. Die Ermittlungsmethoden tragen die Unzulässigkeit nicht gleichsam auf der Stirn.³⁹ Aber die genannten Gehalte von GG und EMRK sind verletzt, weil das Schweigerecht wiederum durch (erhebliche) Täuschung oder List oder durch Beeinträchtigung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung umgangen wird. Dieses unzulässige Entlocken von Informationen zum Zwecke einer Selbstüberführung entspricht nunmehr dem Rechtsgedanken des § 136 StPO.⁴⁰ Handlungs-, Risiko- und Erfolgsunwert sind nicht so offensichtlich und „durchschlagend“ vorhanden wie in den Fällen mit Zwangsmethoden oder zwangsgleichen Ermittlungen. Die Rechtsfolge ist deshalb „unterhalb“ der Ebene des § 136a StPO allein ein einfaches (absolutes) Beweisverwertungsverbot (mit der Vorwirkung eines Erhebungsverbots).

Im Rahmen des Handlungs- und Risikounwerts müssen deshalb erneut eine – allein im „Nachdruck“ ggf. abgesenkte – „staatliche Steuerung“ sowie eine – nur in der Stärke ggf. ebenfalls reduzierte, jedoch naheliegende – Gefahr der Selbstbelastung gegeben sein. Der Informant muss freilich nach wie vor – mit den Worten des EGMR – „Agent des Staates“ bleiben; und die Gefahr muss immerhin – nach einer Parallele des EGMR zur Rechtsprechung des kanadischen

³⁹ Für dieses Stufenverhältnis sehr beachtlich BGH NJW 2010, 3669 (3672). Für Zulässigkeit der Fälle in der 2. Stufe *Schneider*, NStZ 2001, 8 (10). Vgl. demgegenüber zur Geltungskraft des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei *allen* Ermittlungsmethoden (jenseits der §§ 100a Abs. 4, 100c Abs. 4 StPO) *C. Roxin* (Fn. 5), S. 565; *Wolter* (Fn. 5), § 100f Fn. 37.

⁴⁰ Allgemein *Wolter* (Fn. 19), Vor § 151 Rn. 123a, 125a; *ders.* (Fn. 5), § 100f Rn. 37 (anders *Mahlstedt* [Fn. 6], S. 230: alleinige Analogie zu § 136a StPO). Eine vorherige Berufung auf das Schweigerecht ist freilich wiederum nicht erforderlich. Ohnehin lassen sich die vorstehenden Fälle zu 1. (Rechtsgedanke des § 136a StPO) entsprechend zugleich und subsidiär bei § 136 StPO einordnen (von gleitenden Übergängen bereits abgesehen). Dennoch sind die beiden Fallgruppen – wie die nachfolgenden Überlegungen belegen – zu differenzieren (vgl. im Ansatz auch BGH NJW 2010, 3668 [3672]). Die eindeutigen Fälle zu 2. folgen also nicht zugleich dem Rechtsgedanken von § 136a StPO, mögen die §§ 136a, 136 StPO auch gleichermaßen Ausprägungen des Rechts auf ein faires Verfahren und der Selbstbelastungsfreiheit sein und mögen die Umgehungen des Schweigerechts auch jeweils Art. 1 Abs. 1 GG unterfallen (vgl. noch oben Fn. 36; aber auch *C. Roxin*, GA 2012, 108 [109]). Insofern rechtfertigt sich auch die unterschiedliche Reichweite der Beweisverwertungsverbote.

Supreme Court – das (freilich der Konkretisierung bedürftige) Urteil der „Wahrscheinlichkeit“ tragen.⁴¹

Diese staatliche Steuerung (Handlungsunwert) ist gegeben, wenn die Ermittlungsbehörden, durchaus im „Vorbereitungsstadium“ der Gespräche mit dem Beschuldigten, konkrete Anregungen, Anweisungen („es sei alles herauszuholen“) oder/und technische Ausrüstung (Abhörgerät) geben, darüber hinaus, wenn sie – wie zusätzlich in unserem Fall – dem staatlichen Agenten Vergünstigungen für sich oder Angehörige/Freunde in Aussicht stellen (z.B. die Strafmilderung nach § 31 BtMG).⁴² Insofern mag als Parallele – wenn man von einer Art „Mittäterschaft“ bereits absieht – eine (qualifizierte) Anstiftung oder Beihilfe i.S.v. z.B. „nachdrücklichem“ bzw. „anhaltendem Verleiten“ bzw. „bedrohlichem Auffordern“ oder von „Intensivieren“ und maßgeblichem „Erleichtern“ gelten („qualifizierte Teilnahme an der Verleitung“).⁴³ Nicht entscheidend ist (wie bei der „Teilnahme“) damit, dass die Initiative – wie hier – vom Dritten ausgegangen („von sich aus zur Polizei“) und im Ausführungsstadium ganz allein umgesetzt worden ist.⁴⁴ Die staatliche Steuerung kann dabei durch Vertrauensverhältnisse, psychologischen Druck (auch durch beharrliches Fragen), Intimität oder besondere Versprechungen oder Aussichten verstärkt werden. – Das Risiko der Selbstbelastung (Risikounwert) ist aufgrund all dieser Maßgaben dann besonders naheliegend und die Selbstüberführung zunächst einmal „wahrscheinlich“ (nicht geradezu sicher wie in den Fällen zu 1.), wenn der Beschuldigte z.B. aufgrund eines eingegangenen Vertrauensverhältnisses,⁴⁵ aufgrund von beharrlichem und lang andauerndem Nachfragen,⁴⁶ von psychologischem Druck⁴⁷, oder aufgrund von Intimität im Rahmen des Kernbereichs privater Lebensgestaltung oder eben aufgrund von Hoffnungen und Aussichten (Geschäftsbeziehungen, Freundschaft, sexuelle Begegnung, Geld, Wiedersehen von Kindern) – ggf. auch durch besonde-

⁴¹ *Gaede*, StV 2003, 257 (261): „Situation, in der es wahrscheinlicher war, dass der Beschuldigte sein Schweigen brechen würde“; vgl. auch *Dutge*, JZ 2008, 261 (264); *Wolter* (Fn. 5), § 100f Fn. 37.

⁴² Nachdrücklich *Jäger*, JA 2011, 712 (714).

⁴³ Vgl. auch *Gaede*, StV 2004, 46 (47, 50, 51 f.).

⁴⁴ Vgl. aber BGH NStZ 2011, 596 (598) im vorliegenden Fall; ferner EGMR StV 2003, 257 (260) zur Instruktion des Informanten im Vorbereitungsstadium, „herauszuholen, was möglich ist“.

⁴⁵ Dazu BGHSt 52, 11; BGH NStZ 2011, 596 (598); zum EGMR und zum kanadischen Supreme Court *Gaede*, StV 2003, 257 (261). *C. Roxin* (Fn. 5), S. 558 ff. will mit guten Gründen den Vertrauensmissbrauch zum allgemeinen Kriterium der unzulässigen Aushorchungen erheben (freilich zeigen z.B. die Fälle unten bei Fn. 48, dass dieser Gesichtspunkt gewisser Ergänzungen bedarf).

⁴⁶ Vgl. EGMR StV 2003, 257 (260); ferner BGH HRRS 2009, Nr. 334 (Zeitraum von eineinhalb Jahren).

⁴⁷ EGMR StV 2003, 257 (260); vgl. auch BGH HRRS 2009, Nr. 334 (wahrheitswidriges Bekenntnis zur eigenen Täterschaft des Informanten).

re behördliche Arrangements⁴⁸ – in eine Gesprächssituation gerät, in der die Preisgabe selbstüberführender Informationen nicht nur – schon deutlich über die objektive Vorhersehbarkeit bzw. Adäquanz hinaus – (tatsächlich) wahrscheinlich, sondern auch (normativ) sinnvoll, vernünftig, menschlich verständlich, das Schweigen hingegen unvernünftig oder unverständlich ist. Gewisse Anklänge an die Schutzzweck- und Regressverbotslehren bei der objektiven Zurechnung (z.B. bei den „Verfolgerfällen“) bzw. im (europäischen) Produkthaftungsrecht kommen nicht von ungefähr.⁴⁹ U.a. in diesen Bereichen versucht man, Kriterien für „Maßgeblichkeit“ zu finden.

Das Geständnis ist schließlich „entlockt“⁵⁰, das Schweigerecht und das Verteidigungsrecht sind umgangen⁵¹ („Erfolgsunwert“), wenn sich der Beschuldigte zu seiner dann gemachten Äußerung „herausgefordert“ bzw. mit all seinen Schwächen (besonders) „aufgefordert“ gefühlt hat, mag er auch zunächst noch eine gewisse Wahlfreiheit zwischen Schweigen und Aussage behalten haben. Seine Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit ist dann nicht wie in den Fällen zu 1. aufgehoben („beeinträchtigt“), sondern nur (im beim Risikounwert beschriebenen Sinne) objektiv zurechenbar/maßgeblich eingeschränkt⁵²/manipuliert worden. Der EGMR spricht hier mit Blick auf die Beziehung zwischen Informant und Beschuldigtem – wie gesagt – von einem Gespräch als „funktionales Äquivalent einer Verneh-

mung“, ohne die erforderlichen Belehrungen (entsprechend den §§ 136, 163a StPO) und ohne das Recht auf Verteidigung. Auch insoweit sind die §§ 110a ff. StPO obsolet.⁵³ Eine Abwägung mit Strafverfolgungsinteressen ist ausgeschlossen. Der Gesetzgeber darf solche Provokationen nicht erlauben.

a) Exkurs: Zwischenbilanz für die beiden Fallgruppen

Im Ergebnis lassen sich die Stufen zu 1. (entsprechend „§ 136a StPO“) und zu 2. (gemäß „§ 136 StPO“) mit gewichtigen rechtlichen Konsequenzen wie folgt differenzieren – ungeachtet fließender Übergänge in Einzelfällen, unbeschadet der Subsidiarität von § 136 StPO (das auch in § 136 StPO verankerte Schweigerecht wird zugleich in den Fällen nach § 136a StPO umgangen) und trotz der vielfältigen gemeinsamen – dann eben unterschiedlich ausgeprägten – Ausgangskriterien (z.B.: jeweils Agenten des Staates und funktionales Äquivalent einer Vernehmung; je Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG und den Kerngehalt von Art. 6 EMRK durch Umgehung des Schweigerechts; ggfs. jeweils Eindringen in Kernbereich der privaten Lebensgestaltung; Handlungs-, Risiko- und Erfolgsunwerte mit Parallelen zur objektiven Zurechnungslehre; jeweils Ablehnung eines vernehmungrechtlichen Ansatzes; Unbeachtlichkeit der §§ 110a ff. StPO; Ausschluss einer künftigen gesetzlichen Regelung).

Diese Gegensatzpaare sind:

- Rechtsgedanke des § 136a StPO einerseits – Rechtsgedanke des § 136 StPO andererseits
- qualifiziertes absolutes Beweisverwertungsverbot (entsprechend § 136a Abs. 3 StPO) – einfaches absolutes Beweisverwertungsverbot
- Aufhebung der Willensentschließungs- bzw. Willensbetätigungsfreiheit – bloße Einschränkung derselben
- Zwang bzw. Zwangsgleichheit – maßgebliche, noch nicht zwangsgleiche, psychologische Druck- bzw. Vertrauenssituation
- Parallele zu mittelbarer Täterschaft und Nötigungsnotstand – Parallele zu Mittäterschaft bzw. qualifizierter Anstiftung oder Beihilfe
- fehlende Wahlfreiheit, da Schweigen unmöglich, aussichtslos, sinnlos ist und Aussage mit größter, an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erfolgt einerseits – andererseits erheblich eingeschränkte Wahlfreiheit, da Aussage deutlich über die objektive Vorhersehbarkeit hinaus tatsächlich wahrscheinlich und, i.S.e. „Herausforderung“ bzw. Manipulation, normativ sinnvoll, das Schweigen hingegen in hohem Grade unvernünftig und unverständlich ist.

b) Exkurs: Teilkritik am BGH

In beiden Gruppen kann es also Fälle von Täuschung und List (dann aber in unterschiedlicher Stärke geben); auf eine Unterscheidung zwischen grober Lüge und feinsinniger List

⁴⁸ Vgl. auch *Duttge*, JZ 2008, 261 (264); *Eisenberg*, JR 2011, 407 (410); ferner zu BGHSt 53, 294: *Rogall*, HRRS 2010, 289 (293: besonderer Raum; – vermeintliches – Absehen der Behörden von der üblichen offenen Überwachung); *Wolter* (Fn. 5), § 100f Rn. 37 (Gespräch in der marokkanischen Muttersprache).

⁴⁹ Näher z.B. *Jakobs*, ZStW 89 (1977), 1; *Wolter*, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 431 (S. 434, 441). Hingegen sind Parallel-Überlegungen zum hypothetisch-rechtmäßigen Verhalten der Ermittlungsbehörden im Rahmen der Art. 1 Abs. 1 GG bzw. des Kerngehalts von Art. 6 EMRK von vornherein ausgeschlossen (*Wolter* [Fn. 25], S. 1004; anders aber § 150e Abs. 2 AE-EV, *Bannenberg/Baumann/Höpfel* u.a. [Fn. 25], S. 6, 70); ohnehin werden die Behörden in den einschlägigen Fällen vielfach keine Alternative für zulässige Methoden besitzen. Anzumerken bleibt bei alledem, dass das Strafrechtssystem dennoch keine vollständigen Parallelen für das Strafprozessrechtssystem bietet (Stichwort: „Ermittlungsperson als Straftäter“); näher dazu *Wolter* (Fn. 36), S. 1160-1164.

⁵⁰ (Auch zu den Begriffen) EGMR StV 2003, 257 (259); *Wolter* (Fn. 25), S. 972 f.

⁵¹ *Wolter* (Fn. 5), § 100f Rn. 37.

⁵² Vgl. *Duttge*, JZ 2008, 261 (263); ferner EGMR StV 2003, 257 (260: Einschränkung der Freiwilligkeit durch psychologischen Druck); *Gaede*, StV 2003, 257 (260). Insgesamt genügen beim Erfolgsunwert weder Kausalität noch Adäquanz und beim Risikounwert entsprechend weder „Kausalträchtigkeit“ noch objektive Vorhersehbarkeit (vgl. auch *Gaede*, JR 2009, 493 [497]).

⁵³ *Bannenberg/Baumann/Höpfel* u.a. (Fn. 25), S. 62; vgl. auch *C. Roxin*, NSTZ-Sonderheft 2009, 41 (42).

kommt es dabei jeweils nicht an.⁵⁴ Selbstverständlich sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.⁵⁵ Entgegen dem BGH ist diese Einzelfallbetrachtung jedoch strikt von der sog. Gesamtschau zu trennen, die namentlich der EGMR⁵⁶ angesichts der Weite z.B. des Art. 6 EMRK, aber auch zum Zwecke einer Summierung in sich nicht nachhaltiger Verfahrensfehler, andererseits zur „Abwertung“ einzelner maßgebender Verfahrensverstöße in einer Gesamtbetrachtung, ferner zur Beurteilung der Stärke des Beweismittels und insgesamt in einer Rückschau auf sämtliche Verfahrensstadien⁵⁷ im Wege einer Beruhensprüfung vornimmt. Und sie hat auch nichts zu tun mit einer Abwägung mit Blick auf die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege⁵⁸ nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die in den Fallgruppen zu 1. und 2. (Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG und den Kern von Art. 6 EMRK) ohnehin nicht in Betracht kommt.⁵⁹

Des Weiteren ist nicht entscheidend, dass es zusätzliche, unmaßgebliche weitere Beweismittel gibt⁶⁰ und dass der Beschuldigte der Verwertung des (Haupt-)Beweismittels (nicht nur i.S.d. Widerspruchslösung widerstreiten muss, sondern auch – dann offenbar rechtlich folgenlos) widersprochen hat.⁶¹ Es ist schließlich auch nicht maßgebend, dass die Ermittlungsbehörden „qualifizierte Mittel“ (wie technisches Gerät, V-Mann in der Haftzelle oder in einem vorgetäuschten Liebesverhältnis) einsetzen.⁶²

c) Exkurs: Dogmatischer Gewinn bei der Aufteilung der Fallgruppen

Im Ergebnis wird mit der neuen 2. Fallgruppe zur Umgehung des Schweigerechts durch Täuschung oder List (jenseits von Zwang und zwangsgleichen Methoden in der 1. Gruppe) ein doppelter strafprozessdogmatischer Gewinn erzielt: Einmal

vermag man die mit dem Rechtsgedanken des § 136a StPO erfassten qualifizierten Fälle mit einem qualifizierten Beweisverwertungsverbot zu belegen (entsprechend § 136a Abs. 3 StPO). Vor allem jedoch vermeidet man das soeben dargestellte Argumentationsmittel der Gesamtschau, das der EGMR und der BGH u.a. angesichts der Weite z.B. des Art. 6 EMRK sowie zum Zwecke einer Summierung oder Abwertung von Verfahrensverstößen anwenden – der BGH etwa in der zweiten Hinsicht, wenn sich ein Fall nicht über eine Täuschung nach § 136a Abs. 1 StPO und auch nicht über die Verletzung des nemo tentur-Prinzips lösen lässt. Eine solche Gesamtschau bleibt vage, ggf. willkürlich und mag im Einzelfall dem Parlamentsvorhalt widerstreiten.⁶³ Aber sie zeigt, dass auch in Deutschland Bedarf für eine dogmatische Durchdringung besteht.

3. Abwägungsfälle nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips; Gesetzesvorbehalt

Die weiteren – weniger gewichtigen – Fälle der Selbstbelastungsprovokation mögen im Einzelfall von den §§ 110a ff. StPO (also für verdeckte Ermittler) gedeckt sein. Der Staat muss selbstverständlich in breitem Umfang heimlich kraft Täuschung und List ermitteln können und dürfen, unterliegt dann freilich dem Regime des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Erlaubt sein mögen dann auch bestimmte nachdrückliche Fragen („persistant questioning“), d.h. gezielte Aufforderungen zur Information.⁶⁴ Für V-Leute ist dafür allerdings zunächst einmal eine gesetzliche Grundlage erforderlich; die §§ 161, 163 StPO reichen angesichts der immer noch erheblichen Informationseingriffe nicht aus. Auch eine Analogie zu den §§ 110a ff. StPO entfällt.⁶⁵ Im Falle der Unverhältnismäßigkeit oder des Verstoßes gegen den Parlamentsvorbehalt gilt auch ein absolutes Beweisverwertungsverbot.

4. Geringfügige Eingriffe in die Selbstbelastungsfreiheit; §§ 161, 163 StPO

Anders liegt es jenseits der Provokation und im Einzelfall auch jenseits des gezielten Vorgehens. Selbstverständlich sind bloße (dann offene) Befragungen oder (heimliche) Beobachtungen zulässig – ebenso wie das Entgegennehmen von spontanen Äußerungen oder eine Art „passives Aushorchen“ bzw. das „bloße Registrieren und Sammeln von Informationen“.⁶⁶ Diese Methoden mögen „geringfügige „Informationseingriffe“ sein, für die jedoch die §§ 161, 163 StPO ausrei-

⁵⁴ Wolter (Fn. 19), Vor § 151 Rn. 123a.

⁵⁵ BGH NStZ 2011, 596 (598); BGHSt 53, 294 (305); EGMR StV 2003, 257 (259).

⁵⁶ Etwa EGMR NJW 2006, 3117 (3162); EGMR NJW 2007, 2461 ff.; vgl. auch BGHSt 53, 294 (304 f.).

⁵⁷ Näher Jäger, GA 2008, 473 (482 f.); Gaede, JR 2009, 493 (494 f.); ders., HRRS 2008, 279 (286 f.); vgl. auch BGHSt 53, 294 (306); EGMR JZ 2000, 994 (995).

⁵⁸ BGHSt 53, 294 (304, 305 f., 310) bringt diese Gesichtspunkte geradezu kombiniert ins Spiel.

⁵⁹ Nachw. o. Fn. 37.

⁶⁰ So der BGH im vorliegenden Fall (BGH NStZ 2011, 596 [598]). Der EGMR verlangt weitere Beweismittel nicht zwingend (vgl. EGMR StV 1997, 617 [619]), fordert freilich ggf. – entsprechend dem vorliegenden BGH-Fall –, dass die Verurteilung maßgeblich auf dem Beweismittel beruht, auf das sich der Vorwurf der Konventionswidrigkeit gründet (dazu Jäger, GA 2008, 473 [482]).

⁶¹ Vgl. aber den BGH im vorliegenden Fall (BGH NStZ 2011, 586 [598]); dazu kritisch Eisenberg, JR 2011, 407 (409); allgemein Wolter (Fn. 20), S. 1160 f.

⁶² So aber Schneider, NStZ 2001, 8 (10); anders Wolter (Fn. 25), S. 975; Mahlstedt (Fn. 6), S. 228, 230; C. Roxin, GA 2012, 108; vgl. noch Duttge, JZ 2008, 261 (262, 264).

⁶³ Vgl. auch Jäger, GA 2008, 473 [482 f.].

⁶⁴ Allg. Esser, JR 2004, 105.

⁶⁵ Jeweils (gesetzliche Grundlage; §§ 161, 163 StPO ungenügend; keine Analogie zu den §§ 110a ff. StPO) Wolter (Fn. 5), § 110a Rn. 3 m.w.N.; ferner BGH NJW 2010, 3669 (3671); vgl. aber auch Mahlstedt (Fn. 6), S. 243, der den Gesetzgeber bzgl. des Einsatzes von Privatpersonen durch Art. 33 Abs. 4 GG gehindert sieht.

⁶⁶ Vgl. Esser, JR 2004, 105; auch BGHSt 52, 11; Sondervotum EGMR (Bykov v. Russland) bei Gaede, JR 2009, 514 (518).

chen⁶⁷ – von der vielfach fehlenden Unfreiwilligkeit bereits abgesehen.

IV. Die Lösung des BGH-Falles

Die hier vorgestellte BGH-Entscheidung unterfällt – sicher in einem schwierigen Grenzfall – nach allem der oben unter III. 2. erläuterten zweiten Stufe und bleibt deshalb im Ergebnis ohne Überzeugungskraft. Zunächst ist zutreffend, dass § 136a StPO nicht ins Bild kommen darf, da die Täuschung nicht gewichtig genug („zwangsgleich“) ist. Auch der *nemo tenetur*-Grundsatz ist mangels Zwangs bzw. mangels Irrtums über eine Aussagepflicht nicht betroffen.⁶⁸ Hingegen ist der Rechtsgedanke des § 136 StPO berührt, wenn eben auch in dem stets eigenständig und anders gelagerten Fall der verdeckten Befragung:⁶⁹

Die Ehefrau war zunächst einmal „Agentin des Staates“ und „staatlich gesteuert“. Zwar hat sie sich „aus eigenem Antrieb“ bereit erklärt, an der Überführung des Beschuldigten mitzuwirken, und sie wurde auch von der Polizei weder instruiert noch angeleitet. Aber die Behörden haben – durchaus im „Vorbereitungsstadium“, aber auch im Sinne zumindest einer „qualifizierten Beihilfe wie Anstiftung“ eigens einen Beschluss nach § 100f StPO herbeigeführt, die Ehefrau mit technischem Gerät ausgestattet und ihr bzw. ihrem Ehemann die Vergünstigung des § 31 BtMG „nahegebracht“. Angesichts dieser Ausgangssituation spricht der BGH selbst von „drängenden Fragen“ der Zeugin und davon, dass sie dem Angeklagten – der ohnehin ein Komplize bei einer Drogenstraftat war – wahrheitswidrig zugesichert hatte, das Gespräch vertraulich zu behandeln. Qualifizierte Beteiligung des Staates durch Recht (§ 100f StPO), Technik und Versprechungen sowie psychischer Druck und vorgetäuschte Vertraulichkeit durch den Informanten – dies alles ergibt den „Handlungsunwert“ bei einer Selbstbelastungsprovokation.

Dann lässt sich auch durchaus halten, dass die selbstbelastende Aussage des Angeklagten „wahrscheinlich“ gemacht wurde und dass es besonders naheliegend und „verständlich“ war, dass er sich zu seiner Äußerung hinreißen ließ, mag er auch eine gewisse Wahlfreiheit für sein Schweigen behalten haben (Risikounwert). Und dann hat auch eine Agentin des Staates das Geständnis durch Täuschung bzw. List und mit technischer Aufzeichnung auf zurechenbare Weise „entlockt“; das Schweigerecht und die von § 136 StPO vorgezeichneten Verteidigungsmöglichkeiten sind umgangen und verhindert worden (Erfolgsunwert) – oder, mit den Worten des EGMR: Das Gespräch war ein „funktionales Äquivalent einer Vernehmung“.⁷⁰ Die Konsequenz im BGH-Fall hätte

⁶⁷ Wolter (Fn. 65), § 110a Rn. 3.

⁶⁸ Oben Fn. 28.

⁶⁹ Nachw. oben Fn. 25.

⁷⁰ Der EGMR-Fall *Bykov v. Russland* (EGMR JR 2009, 514) hätte deshalb anders entschieden werden müssen (vgl. auch Sondervoten bei Gaede, JR 2009, 514 [518]); krit. auch Paeffgen, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 10, 4. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 86 b m. Fn. 700; Esser/Gaede/Tsambikakis, NStZ 2011, 140 (143 f.).

deshalb ein absolutes Beweisverwertungsverbot sein müssen.⁷¹

V. Widmung, Ergebnis und Ausblick

Mit besonders herzlichen Glückwünschen widme ich diesen eher leichtwiegenden Beitrag zu „Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege“ *Imme Roxin* („Dreh- und Angelpunkt“ in der Familie Roxin, Autorin und Referentin in der Strafrechtswissenschaft⁷² sowie Rechtsanwältin und Regisseurin in der von ihr begründeten Münchener Anwaltskanzlei) – einer Persönlichkeit, zu deren freundschaftlichen Verehrern ich mich schon seit meiner Göttinger Doktorandenzeit bei *Claus Roxin* zähle. Das hier behandelte Problem der Selbstbelastungsprovokation gehört zwar nicht – wie eingangs erläutert – zu dem engeren Themenkreis der Monographie von *Imme Roxin*; aber es offenbart ebenso die Notwendigkeit einer Theorie, Systematik und Dogmatik des Strafprozessrechts, die *Imme Roxin* auf dem Teilgebiet der gesprengten Grenzen des Strafprozesses beispielhaft vorgeführt hat (Strafausschlussgrund bei Tatprovokation; Verfahrenshindernis von Verfassungen wegen bei überlangem Strafprozess).

Mit den bei der Selbstbelastungsprovokation zusätzlich vorgestellten Überlegungen zu unterschiedlich weit reichenden Beweisverwertungsverboten mit der Vorwirkung von Beweiserhebungsverboten im Rahmen einer objektiven Zurechnungslehre und einer Differenzierung der Fälle entsprechend § 136a StPO und nach § 136 StPO mag ein (weiterer) Anstoß gegeben werden, eine allgemeine Theorie und Systematik des Strafprozessrechts zu entwickeln – mit Blick auf Art. 1 Abs. 1 GG, auf den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung und auf den entsprechenden Kerngehalt von Art. 6 EMRK sowie ggf. Art. 8 EMRK in einem fairen Strafprozess. Nur so kann es auch gelingen – entgegen den halbherzigen Versuchen des BGH –, die Rechtsprechung des EGMR angemessen zu integrieren und fortzuführen⁷³ sowie das Abwägungsstrafprozessrecht (durchgängige Abwägungstheorie zugunsten einer wirksamen Strafrechtspflege; „Gesamtchau“) wirkungsvoll einzudämmen.⁷⁴

⁷¹ Vgl. auch Gaede, StV 2003, 257 (262); Wolter (Fn. 36), S. 1262 ff.

⁷² Glücklicherweise jetzt auch in Goldammer's Archiv für Strafrecht – vgl. *I. Roxin*, GA 2010, 425 über „Ambivalente Wirkungen des Beschleunigungsgebotes“ (Erweiterung des auf dem Symposium zum 30-jährigen Bestehen des „Strafverteidiger“ gehaltenen Vortrags).

⁷³ Vgl. auch Gaede, StV 2003, 257 (263); Wolter (Fn. 5), § 100f Rn. 37 Fn. 81. Das gleiche gilt übrigens für die Tatprovokation: Wolter (a.a.O.), § 110c Rn. 9b m.w.N.

⁷⁴ Wolter (Fn. 36), S. 1245 ff.; für den Kernbereich privater Lebensgestaltung *I. Roxin* (Fn. 1), S. 121.

Bürgerpartizipation und Anklageparteien im spanischen Strafverfahren

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Manuel Cancio Meliá, Madrid

Imme Roxins strafrechtliche Tätigkeit ist diejenige einer Strafverteidigerin. Deshalb mag es angehen, wenn in einem Beitrag in einer ihr zu Ehren veröffentlichten Schriftensammlung eine rechtspolitisch brisante Besonderheit des spanischen Strafverfahrens kurz dargestellt und kriminalpolitisch beleuchtet wird, die auch entscheidenden Einfluss auf die anwaltliche Praxis in Strafsachen hat: die Erweiterung der Anklageparteien über die öffentliche Anklage der Staatsanwaltschaft hinaus.

I. Einführung

Meines Erachtens hängen die rechtsvergleichend wohl bedeutendsten Besonderheiten des spanischen Strafverfahrens vor allem mit dem Umstand zusammen, dass nach unserem Verfahrensrecht mehrere Anklageparteien in ein und demselben Prozess agieren können. Bei der Verhandlung kann es geschehen – und kommt in der Praxis auch öfter vor –, dass eine Verteidigung sogar drei (grundsätzlich) gleichberechtigten anklagenden Parteien gegenübersteht: der von dem Verletzten oder seinem Vertreter getragenen Privatanklage (*acusación particular*), der jedem spanischen Bürger bei Offizialdelikten zustehenden Popularanklage (*acusación popular*) und der Staatsanwaltschaft.¹

Diese Möglichkeit einer multiplen Anklage ergibt sich wiederum aus der spezifischen geschichtlichen Entwicklung des spanischen Strafverfahrensrechts.

Sollte der Stand dieser Entwicklung in einem Wort charakterisiert werden, so wäre dies vermutlich Reformstau: Das geltende Strafverfahrensrecht ist auch heute noch in dem ursprünglich 1882 eingeführten (und entsprechend oft novellierten) *Ley de enjuiciamiento criminal* (LECrím, Strafverfahrensgesetz) enthalten. In dessen hauptsächlich am französischen Beispiel orientierten Regelungsmodell wird das Ermittlungsverfahren – wie früher auch in Deutschland – vom Untersuchungsrichter (*juez de instrucción*) geleitet. Die Einführung des heutigen westlichen Standards der Leitung der Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft wird von der Mehrheit der Wissenschaftler befürwortet und war auch mehrere Male erklärtes Ziel verschiedener Regierungen. Die Argumentation für diese Reform beruft sich zunächst üblicherweise auf das rechtsvergleichende Argument, dass bis auf Frankreich alle wichtigen Länder in unserem Umfeld eine leitende Funktion der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren kennen. Materiell wird festgestellt, dass ein wirklich akkusatorisches Verfahren mit der Figur des ermittelnden Untersuchungsrichters nicht verträglich sei, da dieser als Leiter der Ermittlungen ein Eigeninteresse daran entwickeln müsse, das mit seiner Garantiefunktion und der dafür uner-

lässlichen Objektivität nicht zu vereinbaren sei.² Für die Beibehaltung des aktuellen Systems wird in der politischen Diskussion vor allem auf die institutionell bestimmte Unabhängigkeit des Untersuchungsrichters gegenüber der Weisungsgebundenheit und potentiellen Regierungsnähe des Staatsanwalts hingewiesen.³ Die Reform musste jedenfalls immer wieder – so wie in der eben zu Ende gegangenen Legislaturperiode – ad acta gelegt werden, weil das politisch hochbrisante Thema der Stellung der Staatsanwaltschaft in Bezug auf die Exekutive einen Konsens zwischen den beiden großen gesamtspanischen Parteien (Konservative und Sozialdemokraten) bislang unmöglich gemacht hat.⁴

Die spanische Verfassung von 1978 (*Constitución española*, CE) enthält in Art. 24.1 ein Grundrecht auf rechtliches Gehör und auf einen gerechten (*fairen*) Prozess, wozu selbstverständlich auch die Waffengleichheit der Parteien gehört.⁵ Die ursprünglich inquisitive Position des Untersuchungsrichters ist natürlich damit nicht kompatibel. Seit der Wiedereinführung eines Rechtsstaates nach der Diktatur von General Franco im Jahre 1977 sind dementsprechend nach und nach verschiedene mit dem Parteienverfahren nicht zu vereinbarende Zuständigkeiten und Befugnisse des Untersuchungsrichters zurückgeschnitten worden, teilweise durch das Eingreifen des Verfassungsgerichts (zum Schutze des vorgenannten Grundrechts ex Art. 24.1 CE). So lässt sich also das spanische Verfahrensrecht der Gegenwart allgemein als Mischform, als akkusatorischer Prozess in inquisitiver Form bezeichnen. Diese Ausgestaltung des Verfahrens wirkt auch auf das Problem der Mehrheit von Anklageparteien durch.

Im Folgenden soll zunächst (unten II.) die Regelung der verschiedenen Formen von Bürgerteilnahme am Strafverfahren kurz angerissen werden, um danach (unten III.) einige kriminalpolitische Überlegungen dazu zu formulieren.

¹ Der andere Ausfluss der „Renaissance des Opfers“ in diesem Bereich, die Mediation/Täter-Opfer-Ausgleich, ist in Spanien im Vergleich relativ unterentwickelt; vgl. zum Stand nur Díaz López, InDret 3/2011 (abrufbar unter: <http://www.indret.com/pdf/826.pdf> [1.5.2012]).

² In der Tat lässt sich nicht von der Hand weisen, dass verschiedene Untersuchungsrichter, die besonders an der Medienfront interessiert sind, eine geradezu polizeiliche Mentalität entwickeln.

³ Vgl. zum derzeitigen Stand der Frage nur Trillo Navarro, *El fiscal en el nuevo proceso penal*, *Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal*, 2007, S. 171 ff., 192 ff.

⁴ Es ist regelmäßig zu beobachten, wie die politischen Kräfte, die jeweils in der Opposition stehen, der Regierung Manipulation der Staatsanwaltschaft durch den Generalstaatsanwalt vorhalten – ein aus hiesiger Perspektive oft zutreffender Vorwurf.

⁵ Es handelt sich um dasjenige Grundrecht, dessen Verletzung in Spanien die weitaus meisten Verfassungsbeschwerden begründen soll.

II. Bürgerpartizipation im spanischen Strafverfahren – eine Skizze⁶

1. Verfahrenseröffnung

Schon beim Verfahrensbeginn zeigen sich die Spannungen, die das Mischmodell erzeugt: eigentlich ist der Beginn des Verfahrens sua sponte durch den Untersuchungsrichter aus der Perspektive eines akkusatorischen Verfahrens systemwidrig, da ja dann keine Anklagepartei agiert. Deshalb erlaubt zwar das Strafverfahrensgesetz den Beschluss zum Beginn des Ermittlungsverfahrens durch den Untersuchungsrichter, wenn er die *notitia criminis* durch eigene, unmittelbare Erkenntnis erhalten kann, etabliert aber auch in Art. 308 LE-Crim seine Pflicht, die Sache sofort dem Staatsanwalt vorlegen zu lassen.

Hält dieser die bekanntgewordenen Tatsachen dem Anschein nach für eine strafbare Handlung, muss – Officialprinzip – das Ermittlungsverfahren eröffnet werden, es sei denn, der Untersuchungsrichter hält die mitgeteilten tatsächlichen Feststellungen für offensichtlich falsch oder nicht strafbar. Der Ermittlungsrichter kann aber selbstverständlich in einem akkusatorischen Verfahren die Hauptverhandlung nicht ohne Vorliegen einer Anklage eröffnen.

Neben der direkten Erkenntnis durch den Untersuchungsrichter kann das Verfahren auch durch Anzeige (*denuncia*) eingeleitet werden. Formell stellt die Anzeige von Verbrechen eine allgemeine Bürgerpflicht dar. Sie besteht nur aus der Mitteilung der relevanten Tatumstände und enthält keine Formulierung eines Anklageanspruchs und macht den die Anzeige formulierenden Bürger natürlich auch nicht zu einer Verfahrenspartei. Auch die Vorermittlungen durch die (allgemeine präventive) Polizei kommen in Form einer Anzeige zum Untersuchungsrichter. Die eigentlichen Ermittlungen werden dann unter der funktionalen Leitung des Ermittlungsrichters von der Gerichtspolizei (*policía judicial*) vorgenommen. Dabei handelt es sich um keine getrennt aufgebaute, den Ermittlungsrichtern zugeordnete Kriminalpolizei; die Polizeibeamten stehen vielmehr „organisch“ weiterhin in der Befehlskette des Innenministeriums, was zu manchen Reibungen zwischen Untersuchungsrichtern und Polizeibehörden führt und auch politisch ausgeschlachtet wird.⁷

Zusätzlich zur Anzeige führt die mögliche Pluralität von anklagenden Parteien dazu, dass das Ermittlungsverfahren auch durch eine Anklageschrift (*querella*) in Gang gesetzt wird. Die Anklageschrift enthält im Gegensatz zur Anzeige nicht nur die Mitteilung der Tatsachen, sondern auch die Subsumtion unter einen Straftatbestand und ggf. Antrag auf

konkrete Ermittlungsmaßnahmen: Es handelt sich um eine formelle Anklage und bedeutet einen Antrag auf Eröffnung des Ermittlungsverfahrens und Teilnahme daran als anklagende Partei.

2. Anklageparteien

a) Staatsanwaltschaft

Der spanischen Staatsanwaltschaft kommen – seit einer Reform aus dem Jahre 2007 – begrenzte Ermittlungskompetenzen zu, die aber sehr selten genutzt werden. Außerhalb des Jugendstrafrechts – in dem sie das Ermittlungsverfahren leitet – erfüllt also die Staatsanwaltschaft nur die begrenzte Funktion der Anklagevertretung im Verfahren; sie handelt als Partei im Ermittlungsverfahren, aber vor allem im Rahmen des Hauptverfahrens in der Verhandlung.

In ihrer Organisation entspricht sie einer Mischform aus deutsch-französischen und italienischen Elementen: Innerhalb der Institution sind die Mitglieder weisungsgebunden und hierarchisch unter dem Generalstaatsanwalt organisiert. Dieser ist zwar (formell) von der Exekutive unabhängig, wird aber von der Regierung (seit neuestem für einen bestimmten Zeitraum) bestellt, so dass stets von einer großen politischen Nähe der Kriterien der Staatsanwaltschaft und der jeweiligen Regierung ausgegangen wird. Die Staatsanwaltschaft als Institution „verteidigt die Gesetzlichkeit“ und ist unparteiisch (Art. 124 CE); sie handelt nach dem Officialprinzip.⁸

b) Privatparteien

Neben der Anklage durch den Staat (Staatsanwaltschaft⁹) sieht das spanische Strafverfahrensrecht – wie bereits dargelegt – auch private Verfahrensparteien vor:

aa) Die (zivilrechtliche) Privatklage im Strafverfahren

Im spanischen Recht besteht die Möglichkeit, die zivilrechtliche Haftung für die Deliktsbegehung im Strafverfahren zu behandeln (das Strafgesetzbuch enthält auch diese Haftungsform regelnde Bestimmungen). Wird dieses Recht vom Geschädigten ausgeübt, nimmt seine Vertretung in darauf beschränkter Weise am Verfahren teil. Der geschädigten Person steht wie gesagt offen, ihren Anspruch im Strafverfahren selbst oder in einem gesonderten Zivilverfahren geltend zu machen; da aber Strafverfahren üblicherweise schneller abgewickelt werden und die Strafgerichte zu höheren Entschädigungen neigen, wird die Möglichkeit, am Strafprozess teilzunehmen, in den meisten Fällen auch wahrgenommen; dies führt dazu, dass öfter Verfahren angestrengt werden – z.B. bei Strafverfahren wegen ärztlicher Fahrlässigkeit –, bei denen es vor allem um die zivilrechtliche Haftung geht.

⁶ Zu den hier im Folgenden nur ganz kurz zu skizzierenden Verfahrensregeln und -begriffen s. z.B. *Moreno Catena/Cortés Domínguez*, *Derecho procesal penal*, 3. Aufl. 2008, S. 93 ff., 119 ff., 133 ff.

⁷ So kommt es z.B. bei Ermittlungsverfahren in Korruptionsfällen, bei denen Politiker der Opposition belangt werden, vor, dass diese der Regierung vorwirft, über das Innenministerium und dessen leitende Beamten – und über den Kopf des Untersuchungsrichters hinweg – eine rechtswidrige Einflussnahme auf gerichtliche Ermittlungen zu verfolgen.

⁸ S. z.B. die Darstellung bei *Trillo Navarro* (Fn. 3), S. 15 ff.

⁹ Staatliche Instanzen auf der Ebene des Zentralstaats, der autonomen Gemeinschaften (= Länder) und der Gemeinden können auch als Privatparteien an einem Strafverfahren teilnehmen (vgl. unten im Text); so werden die Vermögensinteressen der Steuerbehörde (des Zentralstaats) in einem Strafprozess von der *abogacía del Estado* (entspricht der Bundesanwaltschaft) vertreten.

*bb) Partikularanklage (acusación particular)*¹⁰

Dem Opfer der Straftat kommt aber auch die Befugnis zu, selbst eine Kriminalanklage im Verfahren¹¹ zu formulieren: *acusación particular*. Bei einigen wenigen Straftaten findet Strafverfolgung nur auf Antrag des Opfers statt, und die Staatsanwaltschaft beteiligt sich nicht an Verfahren wegen Beleidigung und Verleumdung, bei denen die Anklage ausschließlich durch das Opfer erfolgt. Anklageberechtigt sind sowohl Personen als auch Verbände, sowohl spanische als auch ausländische Bürger; es wird keine Kaution erhoben. Die Verfahrensbeteiligung muss vor der Eröffnung der Hauptverhandlung erfolgen. Die Regelung ist also darauf ausgerichtet, einfach eine zusätzliche Anklagepartei mit allen Rechten, die dieser Verfahrensposition zukommen, zuzulassen.

Doch der Schein trügt: Die durch die Rechtsprechung erarbeiteten Auswirkungen des Grundrechts auf ein ordentliches Verfahren führen natürlich zu einer differenzierten Ausgestaltung – insbesondere, was die Verfahrensmöglichkeiten bei Rechtsmitteln gegen eine den Angeklagten freisprechenden Entscheidung angeht – der Verfahrensposition von Verteidigung und (Partikular-)Anklage, da dem Grundrecht auf Verteidigung in einem Strafverfahren kein paralleles Recht auf Durchsetzung des (staatlichen) Strafanspruches entsprechen kann. Es gibt kein Grundrecht auf Bestrafung des Täters.¹² In den Worten des spanischen Verfassungsgerichts: „Dass die Auseinandersetzung im Verfahren unter gleichen Bedingungen [für Verteidigung und Partikularanklage] stattzufinden hat, so dass alle Verfahrensteilnehmer über gleiche Antrags- und Beweisrechte verfügen [...] und deshalb sowohl [Privat-]Ankläger als auch Verteidiger von derselben Garantie gedeckt werden, bedeutet aber nicht [...], dass diese Gewährleistung auch gleich auszugestalten ist, denn weder sind die im Strafverfahren auf dem Spiel stehenden Interessen gleich, noch ist dieses primär ein Mechanismus zur Lösung eines Konfliktes zwischen ihnen, sondern ein Instrument zur Durchsetzung des *ius puniendi* des Staates [...]“¹³.

¹⁰ Vgl. die allgemeinen Darstellungen der Regelung z.B. bei *Gallego Sánchez*, in: Consejo General del Poder Judicial/Porres Ortiz de Urbina (Hrsg.), *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, 2009, S. 263 (S. 264 ff.); *Delgado Martín* (ebenda), S. 221.

¹¹ In der ursprünglichen Fassung des Jugendstrafgesetzes (Art. 25) aus dem Jahre 2000 wurde die Partikularanklage im Jugendstrafrecht ausgeschlossen, aber schon drei Jahre später wieder eingeführt.

¹² Vgl. hierzu aus einer kriminalpolitischen Perspektive nur *Silva Sánchez*, *Pace Law Review* 28 (2008), 865 (879 ff.) m.w.N.

¹³ Entscheidung des Verfassungsgerichtes (Sentencia del Tribunal Constitucional), vgl. Tribunal Constitucional, Urt. v. 8.5.2006 – STC 141/2006.

cc) Popularanklage (acusación popular)

Nach Art. 125 der spanischen Verfassung¹⁴ – und Art. 101 des Strafverfahrensgesetzes¹⁵ – kommt schließlich bei allen öffentlich verfolgbar Straftaten (bis auf einige wenige Ausnahmen sind dies, wie gesagt, alle Delikte) jedem spanischen Bürger das Recht zu, Anklage zu erheben, wozu eine *querrela*, eine Anklageschrift, vorgelegt werden muss, mit deren Annahme die Beteiligung als Prozesspartei beginnt.

Die Popularanklage¹⁶ war in der ersten spanischen Verfassung von 1812 in Art. 255.2 ursprünglich nur für Straftaten im Amt vorgesehen, wurde aber bis 1882, bei der Einführung des heute noch geltenden Strafverfahrensgesetzes, schließlich auf alle Officialdelikte ausgedehnt. Dabei wirkte wohl das englische Modell als Vorbild; der damalige, liberal eingestellte Gesetzgeber verfolgte damit das Ziel, das schlechte Ansehen des spanischen Strafverfahrens (als geheimnisvolle, schriftliche und bürgerferne Struktur) durch die frische Luft der Bürgerbeteiligung zu verbessern – und übersah damit wohl, dass die Anklageerhebung durch die Bürger auch schon zu diesem Zeitpunkt in England und Wales vor allem eine Fiktion war, da die Anklage normalerweise durch Mitglieder der örtlichen Polizeibehörde – wenn auch formell in ihrer Eigenschaft als Bürger – vorgenommen wurde.¹⁷

Bei dieser Figur handelt es sich um eine Institution, die der demokratischen Partizipation der Bürger an der Gerichtsbarkeit Rechnung tragen soll und die zusammen mit dem Laiengericht (*jurado*) und der Teilnahme an traditionellen, gewohnheitsrechtlichen gerichtlichen Institutionen geregelt wird. Bei der Popularanklage ist auch stets die Funktion präsent, eine unter Umständen politisch durch die Exekutive beeinflussbare Staatsanwaltschaft unter Bürgerkontrolle zu halten. Die Vorschrift des Art. 125 CE ist systematisch in den Rahmen der Behandlung der Judikative eingeordnet, nicht im Grundrechtsteil.

Unmittelbar ist das Recht auf Popularanklage in der heutigen spanischen Verfassung also jedenfalls kein Grundrecht,

¹⁴ „Die Bürger haben das Recht, die Popularanklage auszuüben [...]“.

¹⁵ „Die Strafanklage ist öffentlich. Alle spanischen Bürger haben das Recht, sie nach Maßgabe des Gesetzes zu erheben.“

¹⁶ Es besteht keine historische Kontinuität zu vormodernen Formen von Bürgerbeteiligung; vielmehr erscheint das Institut der Popularanklage erst im 19. Jahrhundert im Zusammenhang mit aufgeklärt-liberalen Reformen, durch die wie anderswo in Europa auch die Macht der dem Ancien Régime verhafteten Gerichte aufgebrochen und demokratische Partizipation ermöglicht werden sollte. Bezeichnenderweise wird der Begriff *acusación popular* erstmals 1811 – während der napoleonischen Invasion Spaniens und inmitten des liberalen Umbruchs – in einem Gesetz verwandt, in dem – nach Abschaffung der Folter – das Verbrechen des Anwendens von Folter spezifisch der Anklage durch die Bürger eröffnet wurde. Zum geschichtlichen Werdegang vgl. *Pérez Gil*, *La acusación popular*, 1998, S. 31 ff., 201 ff.

¹⁷ Vgl. z.B. *Perrodet*, in: *Delmas-Marty/Spencer* (Hrsg.), *European Criminal Procedures*, 3. Aufl. 2008, S. 415.

bei dem nach deutschem Modell – in Art. 53 CE etabliert – ein Wesensgehalt bei seiner gesetzlichen Ausgestaltung zu beachten wäre. Aus dieser Perspektive stünde es also dem Gesetzgeber frei, es über die konkrete Ausgestaltung der Ausübung – auch einschneidend – zu begrenzen. Doch das spanische Verfassungsgericht ist nach einigen Schwankungen zur Auffassung gelangt, dass die Verbindung von Art. 125 CE mit dem Grundrecht auf rechtliches Gehör dazu führt, dass indirekt ein Grundrecht auf Popularanklage besteht.¹⁸

Bei der konkreten Ausgestaltung der Popularanklage sind vor allem drei Elemente von besonderer Bedeutung und führen zu großer Polemik in der Praxis, bei der es – natürlich – stets um öffentlich und politisch bedeutsame Verfahren geht:

Dies gilt zunächst bezüglich der Frage, wer denn „die Bürger“ sind, denen aktive Legitimation zukommt, das heißt, ob auch verschiedenste Kollektive die Anklage erheben können. Nach verschiedenen Schwankungen ist auch hier das spanische Verfassungsgericht zu einer weiten Auffassung gelangt: Kollektive dürfen dieses Recht wahrnehmen, auch wenn keine konkrete Beziehung des Verbands zur Straftat vorliegt.¹⁹ Dies führt zu der derzeitigen Lage, bei der eine politische Partei, ein Verein oder eine Gebietskörperschaft (Gemeinden, Länder [comunidades autónomas]) die Popularanklage erhebt – häufig im Zusammenhang mit politischen Auseinandersetzungen.

Zweitens ist auch die Frage brisant, wie das gesetzlich zur Missbrauchsvermeidung vorgesehene Erfordernis einer Kaution (fianza) auszulegen ist. Auch hier ist der Standard der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts sehr anklagefreundlich und argumentiert weitgehend pro actione.²⁰

Drittens ist schließlich die Frage hochaktuell, ob die alleinige Anklageerhebung durch die Popularanklage zur Eröffnung des Hauptverfahrens durch den Untersuchungsrichter ausreicht (d.h., wenn die Staatsanwaltschaft oder ggf. die Partikularanklage diese nicht beantragen). Selbstverständlich wird hier die politisch und institutionell wichtigste Wirkungsmöglichkeit der Popularanklage berührt: ein Strafverfahren anzustrengen, wenn die (von der Exekutive beeinflusste?) Staatsanwaltschaft *nicht* anklagt, also eine demokratische Kontrolle der Ausübung staatlichen ius puniendi zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang hat eine unklare Regelung zu intensiver Polemik bezüglich einschlägiger Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes (Tribunal Supremo) in verschiedenen politisch brisanten Fällen geführt.

Zwei von diesen Fällen sollen hier kurz genauer dargestellt werden, weil sie das Zusammenspiel von Staatsanwaltschaft, Regierung und Gerichten sowie die Rolle der Popularanklage darin verdeutlichen können. Eine der wichtigsten Funktionen der Anklageparteien ist selbstverständlich – in einem akkusatorischen Verfahren – die Formulierung der Anklage, ohne welche der Untersuchungsrichter die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht beschließen kann. Der Aus-

gangspunkt für die Polemik ist Art. 782.1 LECrim: „Der Richter beschließt die Einstellung des Verfahrens, wenn dies die Staatsanwaltschaft und der Partikulärankläger [...] beantragen“. Bedeutet dies, dass die alleinige Anklageerhebung durch die *Popularanklage* nicht zur Hauptverfahrenseröffnung führen darf? Zunächst stellt sich eine rein sprachliche Auslegungsfrage: Die ungenaue Handhabung des Terminus „acusador particular“ (Partikulärankläger) im (wie gesagt: uralten) Strafverfahrensgesetz führt dazu, dass er sowohl auf die Partikularanklage in engerem Sinne – die Opfervertretung – als auch auf beide nicht-öffentlichen (also partikulären) Anklageformen bezogen werden kann. Die Rechtsprechung des Tribunal Supremo (= TS), des Obersten Gerichtshofes, verstand die Vorschrift ursprünglich im zweiten Sinne, so dass bei Vorliegen nur der Anklageerhebung durch die Popularanklage diese vom Untersuchungsrichter angenommen werden kann, kurz, dass also die Popularanklage aus eigener Kraft – bei Billigung durch den Untersuchungsrichter – ein Verfahren zur Hauptverhandlung zu bringen imstande ist.²¹

Nun ergab sich zunächst in folgendem Fall die relevante Konstellation: Die Leitungsspitze der wichtigsten Bank Spaniens war in einem Verfahren wegen einer Steuerstrafat angeklagt. Am Ende des 15 Jahre in Anspruch nehmenden Ermittlungsverfahrens beantragten sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Vertretung der Steuerbehörde die Einstellung des Verfahrens (!), nur die Popularanklage die Zulassung der Anklageerhebung und Eröffnung des Hauptverfahrens. Interessant ist anzumerken, dass diese Popularanklage von einer angeblichen Verbraucher-Kleinaktionärs-Organisation getragen wurde, der man aber engste Beziehungen zu einer mit der Leitung der Bank seit einer feindlichen Übernahme im Streit lebenden Personen-(Aktionärs-)gruppe nachsagte. Das zuständige Gericht interpretierte die Vorschrift strikt, stellte ein und sprach somit die angeklagten Bankiers frei; der Oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung in seinem Urteil vom 17.12.2007 und beschnitt so den Wirkungskreis der Popularanklage entgegen seiner bisherigen Linie ganz erheblich. Kurz darauf musste aber ein ähnlicher, aber politisch anders gelagerter Fall behandelt werden: Während der Regierungszeit der Konservativen Partido Popular wurde in Spanien ein bis dahin im spanischen Recht nicht bestehendes Parteiverbotsverfahren eingeführt.²² Dadurch wurde die bis dahin legale, der terroristischen Organisation ETA politisch nahestehende baskische Partei Batasuna verboten. In dem aber schon gewählten baskischen Parlament war eine Anzahl von Abgeordneten dieser nun verbotenen Partei vertreten, deren persönliches Mandat von diesem späteren Verbot unberührt blieb; den Normen des Parlaments gemäß hatten sie eine eigene Fraktion gegründet. Der in Spanien für die Parteiverbotsverfahren zuständige Oberste Gerichtshof gab dem Präsidium des Parlaments – Präsident und zwei

¹⁸ Vgl. *Crespo Barquero*, in: Casas Baamonde/Rodríguez Piñero (Hrsg.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2008, S. 1941; krit. *Pérez Gil* (Fn. 16), S. 243 ff.

¹⁹ Vgl. *Crespo Barquero* (Fn. 18), S. 1942 f.

²⁰ Vgl. *Crespo Barquero* (Fn. 18), S. 1943 f.

²¹ Vgl. z.B. *Gallego Sánchez* (Fn. 10), S. 271 ff.

²² In Art. 10 ff. des neuen Parteiengesetzes (*Ley Orgánica* v. 27.6.2002, de Partidos Políticos); vgl. aus der Perspektive des Strafrechts hierzu nur *Fernández Hernández*, *Ley de partidos políticos y derecho penal, Una nueva forma de lucha contra el terrorismo*, 2008, passim.

Vizepräsidenten – die Anweisung, diese Fraktion (nach ihrer Umbenennung) als solche aufzulösen. Die drei späteren Angeklagten – Vertreter von anderen, nicht ETA-nahen baskisch-nationalistischen Parteien – leisteten dieser Anweisung keine Folge mit der Begründung, sie könnten eine Gruppe von Abgeordneten nach geltendem parlamentarischen Recht nicht daran hindern, eine Fraktion zu gründen. Daraufhin strengte der von der damaligen konservativen spanischen Zentralregierung ernannte Generalstaatsanwalt gegen die Mitglieder des Präsidiums ein Strafverfahren wegen einer Straftat des Widerstands gegen eine gerichtliche Anordnung an. Als der Prozess schließlich vor den Tribunal Supremo gelangte, klagte die Staatsanwaltschaft – inzwischen war die Regierung auf die Sozialdemokraten übergegangen, die einen neuen Generalstaatsanwalt ernannt hatten – nicht mehr an. Anklage wollte nur die Popularanklage – in diesem Verfahren von einer obskuren ultrarechten Gruppierung vertreten – erheben. In diesem Fall, entschied der Oberste Gerichtshof in seinem Urteil vom 8.4.2008, reicht die Popularanklage zur Verfahrenseröffnung aus, da es sich um eine Straftat ohne konkretes Opfer handele, vielmehr ein kollektives Rechtsgut mit der Figur geschützt werde, somit es auch keine Partikularanklage in engerem Sinne geben könne; deshalb müsse in diesem Fall eine weite Auslegung des Begriffes gelten. Er verurteilte die drei Angeklagten.

Wie an diesen Versuchen des TS, die Popularanklage je nach Fall zu bändigen oder aber den Zugang zu erleichtern, abzulesen ist, entfaltet diese Institution eine ungeheure politische Kraft und vermag in einigen Fällen eine ungestörte juristische Behandlung unmöglich zu machen.

III. Kriminalpolitische Bedeutung

Für viele Juristen aus anderen westlichen Länder wirkt die Teilnahme am Strafverfahren des Opfers durch die Partikularanklage und/oder einer Popularanklage archaisch und kriminalpolitisch sehr bedenklich.²³ In einer Art Nullsummenspiel wird davon ausgegangen, dass das Einräumen von Partizipationsmöglichkeiten bezüglich des konkreten Opfers oder anderer Bürger und Bürgerkollektive notwendigerweise eine Beschneidung der Rechte der Verteidigung mit sich bringen muss.

²³ Vgl. z.B. Pérez Gil (Fn. 16), S. 163 ff., 169 ff. m.w.N. zur historischen Diskussion (und mehrheitlichen Ablehnung) der Popularanklage in Deutschland und Italien; Jung meint z.B., das deutsche Strafrecht sei „eher durch einen Überfluss an Beteiligungsrechten von Verletzten gekennzeichnet“ (Jung, ZRP 2000, 159). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass diese geradezu exotische Besonderheit in einer Strafrechtsordnung auftritt, die prozessrechtlich an die Standards der EMRK gebunden ist und hinsichtlich der Verbrechenslehre sich bekanntermaßen ganz besonders eng an die Dogmatik deutscher Prägung anlehnt.

1. Kriminalpolitischer Kontext: Katastrophenpotential für den Rechtsstaat

Die Bedenken sind natürlich verständlich. Einerseits weckt die Partikularanklage sofort den Verdacht, dass sie mit der „Neutralisierung“²⁴ oder gar „Entmachtung“²⁵ des Opfers, die einen ganz wesentlichen Eckpunkt modernen Strafrechts darstellen, bricht, um der Rache des konkreten Opfers Eingang in die Gerichtssäle zu verschaffen. Andererseits – wie die vorhergehende Falldarstellung zu zeigen versucht hat – ist es offensichtlich, dass sich die Popularanklage instrumentalisieren lässt: Rein politisch motivierte, von Parteien oder sogar Landesregierungen angestrebte Schauprozesse, eine schillernde Szene von allerlei Moralunternehmern, die manchmal sogar mit Richtern, Staatsanwaltschaft und Polizei zweideutige Beziehungen unterhalten, in summa Dekadenz der Strafgerichtsbarkeit ist zu befürchten.²⁶

In der Tat sind beide Beteiligungsformen von Bürgern am Strafprozess in der aktuellen Phase der Kriminalpolitik des expandierenden Strafrechts der postindustriellen westlichen Gesellschaft besonders brisant. Die hauptsächlichen Kennzeichen der in den letzten Jahren praktizierten Kriminalpolitik lassen sich in dem Begriff der „Expansion“ des Strafrechts zusammenfassen.²⁷ Gegenwärtig kann das wichtigste Phänomen in den Strafgesetzgebungen der „westlichen Welt“ in der Einführung vieler neuartiger Tatbestände – manchmal ganzer Regelungssektoren –, neben einer gegenüber früheren Zeiten wesentlich beschleunigten und erweiterten Reformtätigkeit bezüglich schon bestehender Figuren ausgemacht werden. Der Ansatzpunkt liegt tatsächlich in einer simplen Feststel-

²⁴ Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 70.

²⁵ Jung, ZRP 2000, 159.

²⁶ Festzustellen ist, dass der anderen Hauptwirkung der sogenannten „Renaissance des Opfers“ auf dem Gebiet des Strafrechts (der Thematisierung der Bedeutung des Opferverhaltens bei der materiell-rechtlichen Zurechnung nach Maßgabe des Selbstverantwortungsgrundsatzes) weit mehr Beachtung durch die Lehre geschenkt und diese – insbesondere im Zusammenhang mit der Debatte um die sog. „Viktimidogmatik“ – kriminalpolitisch auch viel differenzierter behandelt worden ist; vgl. in letzter Zeit eingehend Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, passim; zum Stand der Diskussion und Anwendung auch im spanischen Sprachraum Cancio Meliá, Conducta de la víctima e imputación objetiva, 2. Aufl. 2001, passim.

²⁷ Ihn hat Silva Sánchez zum Titel seiner diesbezügliche Entwicklung prägnant zusammenfassenden Monographie (La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 1. Aufl. 1999, 3. Aufl. 2011; deutsche Übersetzung der ersten spanischen Aufl.: Die Expansion des Strafrechts, Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, 2003) gewählt. Vgl. hierzu die verschiedenen Darstellungen der Autoren der Frankfurter Schule in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995; Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, 5 Bde., 1998, passim.

lung: Die gesetzgeberische Tätigkeit auf dem Gebiet des Strafrechts hat um den Kern aus heutiger Perspektive „klassisch“ erscheinender Tatbestände einen Ring neuer Delikte gelegt, die bezüglich der herkömmlichen Rechtsgüter „Vorfeldkriminalisierungen“²⁸ darstellen und deren Strafandrohungen im Vergleich zu denen des alten Kernstrafrechts außer Verhältnis stehen. Zusammengefasst: In der gegenwärtigen Entwicklung sowohl des Strafprozesses als auch des materiellen Strafrechts sind Tendenzen zu konstatieren, die immer schärfer das Bild eines illiberalen „Gefährdungsstrafrechts“²⁹ zeichnen,³⁰ das sich in einigen Sektoren zu einem wahrhaftigen „Feindstrafrecht“³¹ verdichtet.

Dieses neue, auf fortwährende Verschärfung des Strafrechts drängende kriminalpolitische Klima lässt sich ohne Hinweis auf die Wandlungen der Position des Opfers nicht verstehen: Die Risikobalance ist neu austariert, das Risiko für den Schaden „Verbrechen“ soll nun alleine vom Straftäter getragen werden, seine Person und mögliche Gründe in seinem gesellschaftlichen Zusammenhang werden ausgeblendet. Die Gesellschaft identifiziert sich überhaupt nicht (mehr) mit den Belangen des Angeklagten in Händen der Staatsgewalt, sondern ausschließlich mit dem konkreten Opfer (prototypisch: eines Gewaltdelikts) – dessen Schicksal medial ver-

²⁸ Jakobs, ZStW 97 (1985), 751.

²⁹ Zu diesem Begriff Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, S. 50 ff.

³⁰ Vgl. z.B. Hassemer, in: Philipps/Frommel (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 85 (S. 88); ders., in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, S. 329; Herzog (Fn. 29), S. 65 ff.; Albrecht, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Fn. 27), S. 429.

³¹ Zum Begriff nur Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (753 ff.); ders., HRRS 2004, 88; ders., Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck, 2003, S. 40 ff.; ders., in: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (Hrsg.), Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión, 2006, Bd. 2, S. 93. Für seine analytische Potenz, gegen seine Vereinbarkeit mit einem rechtsstaatlichen (Straf-)Recht Cancio Meliá, ZStW 117 (2005), 267; ders., in: Jakobs/Cancio Meliá (Hrsg.), Derecho penal del enemigo, 2. Aufl. 2006, S. 85 (vgl. aber die Skepsis z.B. Grecos, GA 2006, 96 [104 ff.] und Roxins, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 126 ff., bzgl. seiner Nützlichkeit als kritischer Begriff [zu weit und zu emotionell]; hiergegen ist einzuwenden, dass der Begriff „Feindstrafrecht“ bei diagnostischer Verwendung tatsächlich nicht geeignet ist – außer vielleicht bezüglich der Terrorismusstraftaten – bei der Tatbestandsanalyse im Besonderen Teil unvermittelt zur Anwendung zu kommen; es handelt sich aber um ein Weitwinkelobjektiv, das nicht für Nahaufnahmen, wohl aber für Panoramabilder taugt). Die aus hiesiger Perspektive jedenfalls fruchtbare Polemik wird umfangreich und international dokumentiert in dem soeben genannten Sammelwerk von Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez; zuletzt in deutscher Sprache, vgl. Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2009, passim.

vielfacht wird –, die kriminalpolitische Perspektive reduziert sich auf die Position eines potentiellen Opfers.

In diesem allgemeineren Klima liegt die Überlegung nicht fern, Partikular- und Popularanklage de lege ferenda abzulehnen oder – im Falle Spaniens, wo letztere, wie gesagt, in der Verfassung festgeschrieben ist – so weit wie möglich zurückzuschneiden. Diese Partizipationsmöglichkeiten können in der Tat zu gefährlichen Kanälen werden, mit denen ein aggressiver punitive populism dem kriminalpolitischen Scheiterhaufen neuen Brennstoff zuführen kann. Man denke insbesondere an die Opfervertretung durch eine Partikularanklage und an die Entwicklung der victim's rights movement in den USA, die ganz entscheidend zur strafrechtlichen Eskalation dort beigetragen hat.³² Wie gesagt: Vorsicht ist sicher geboten.

2. Entwarnung

Doch die spanische Gerichtspraxis bestätigt aus hiesiger Perspektive diese Befürchtungen nicht. Was die Partikularanklage angeht, ist sie fest in der Verfahrenswirklichkeit verwurzelt, ohne dass aber von ihr (soweit ersichtlich) ein besonderer Punitivismus oder eine besondere mediale Vermarktung – von Ausnahmen abgesehen – einer einseitigen Opfer-Rache-Perspektive ausgehen würde. Obwohl die gegenwärtige spanische Kriminalpolitik sehr repressiv orientiert ist,³³ ist dies keine Leistung einer Opferlobby: Es gibt (noch) keine Opferorganisationen, die – von der sehr besonderen Situation der Terrorismusopfer abgesehen – in der kriminalpolitischen Diskussion eine nennenswerte Rolle spielen würden.³⁴

Angesichts dieses Befundes stellt sich die Frage, ob nicht diese relativ ruhige Opferfront in Spanien vielleicht mit einer Ventilfunktion der Partikularanklage zusammenhängt: Das in der viktimologischen Literatur weitverbreitete Klagen über die Enteignung des Konflikts durch den Staat und die Sekundärviktimisierung durch den Justizbetrieb hört sich in Spanien durchaus anders an, wenn man weiß, dass man – durch seinen Anwalt vertreten – im Strafverfahren handeln und anklagen kann, wenn man Opfer einer Straftat wird. Es han-

³² Vgl. nur Dubber, Victims in the War on Crime, The Use and Abuse of Victims' Rights, 2002, passim.

³³ Sowohl was den Einzugsbereich der Kriminalisierung als auch die angedrohten Strafen angeht; bei einer eher niedrigen Kriminalitätsrate (insbesondere bei Gewaltverbrechen) weist Spanien seit einigen Jahren die höchste Strafgefangenenrate Westeuropas auf.

³⁴ Ansätze zu einer Entwicklung dieses Marktes (v.a. bei Straßenverkehrsdelikten, oder seitens der Opfer von Fehlleistungen von Medizinern, bei Straftaten mit rassistischem oder rechtsextremen Hintergrund oder bei einigen Sexualdelikten, bzgl. derer „Opferorganisationen“ als atypische Moralunternehmer zu agieren beginnen) werden über die Popularanklage kanalisiert, haben aber unter der „Konkurrenz“ von Gebietskörperschaften zu leiden: Es ist mittlerweile üblich, dass bei einem irgendwie aufsehenerregenden Kriminalfall auch ohne parteipolitischen Bezug z.B. die entsprechende Gemeinde oder eine interessierte politische Partei die Popularanklage ausüben.

delt sich aus hiesiger Perspektive um eine Institution, die durchaus positive Wirkungen zeitigen kann.

Einerseits ist festzustellen, dass durch die Institution der Partikularanklage natürlich Opferbelange auf das Umfassendste gewahrt werden können. Insbesondere hemmt diese aktive Partizipationsmöglichkeit, wie vorhin angedeutet, vor allem eine mögliche Sekundärviktimsierung: Offensichtlich sind die Ohnmachts- und Konflikteignungsgefühle des zum Objekt des Verfahrens degradierten Opfers nicht zu fürchten, wenn dieses eine eigenständige, aktive Position einnehmen kann. Im Zusammenhang mit dem gegenwärtigen Anliegen einer Einschränkung dieses Phänomens scheint es, dass Archaisches modern wird: Vergleicht man die spanische Rechtslage mit den Inhalten der EU-Rechtsentwicklung auf dem Gebiet, d.h., mit dem Rahmenbeschluss des Rates 2001/220/JI vom 15.3.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren, und auch mit der weitreichenderen Regelung des Entwurfs einer Richtlinie zur Festlegung von Mindestnormen für die Rechte, Unterstützung und Schutz der Opfer von Verbrechen,³⁵ so ist festzustellen, dass die (alte) spanische Regelung die (aktuellen) Reformbemühungen schon vorwegnimmt.

Ebenfalls positiv kann sich das Vorhandensein einer eigenständigen Anklage des Opfers auch auf die Position der öffentlichen Anklage, der Staatsanwaltschaft, auswirken: Wird die Rolle der Wahrnehmung der Opferbelange – auch der punitiven Ansprüche – von einer anderen Vertretung wahrgenommen, ist es für die Staatsanwaltschaft viel einfacher, ein differenziertes öffentliches Verständnis der Erfordernisse des *ius puniendi* im konkreten Fall zu entwickeln. So ist in der Praxis regelmäßig festzustellen, dass die Anklageschriften der Staatsanwaltschaft in Verfahren ein gemäßigteres Niveau an Strafanträgen aufweist, quasi also zwischen Verteidigung und privater Anklage eine mittlere, objektive Linie verfolgt.

Schließlich ist auch festzustellen, dass die Möglichkeit einer multiplen Anklage auch positive Auswirkungen auf die anwaltliche Praxis hat: Der Rechtsanwalt in Strafsachen, der es auch gewohnt ist, auch „auf der anderen Seite“, derjenigen der Anklage, zu agieren, gewinnt selbstverständlich ein umfassenderes Verständnis des Mechanismus des Strafverfahrens.

Natürlich liegen die Dinge bei der Popularanklage deutlich anders; hier ist auch festzustellen, dass allgemein davon ausgegangen wird, dass insoweit ein Reformbedürfnis besteht. Denn bei der Popularanklage ist festzustellen, dass sehr oft politisch manipulierte, aus rechtlicher Perspektive bedenkliche Verfahren mit einer unlauteren Ausübung der Popularanklage zusammenhängen. Diese geht so weit, dass manche Popularanklagen vom Verfahren ausgeschlossen worden sind, weil sie in Wirklichkeit Interessenvertreterinnen der Angeklagten waren. Die Möglichkeiten, die es in Korruptions- und sonst politisch brisanten Fällen für eine spektaku-

läre Parallelschlacht in den Medien gibt,³⁶ wenn eine Popularanklage ein Verfahren aufheizt, brauchen nicht besonders dargestellt werden.

Andererseits ist es aber auch richtig, wenn hier darauf hingewiesen wird, dass die Zuerkennung des Rechts auf Anklageerhebung für alle Bürger ein unzweifelhaftes demokratisches Moment mit sich bringt. Und es ist ebenso richtig, dass die Institution der Popularanklage ein effektives Mittel zur Kontrolle der Staatsanwaltschaft – insbesondere bei die Exekutive berührenden Angelegenheiten – sein kann. Eine neue gesetzliche Regelung vermöchte vielleicht diese Vorzüge weiterhin zur Geltung bringen und den Missbrauch zurückzuschneiden. Diese Neuregelung scheint aber vor der so lange hinausgeschobenen Globalreform des spanischen Strafverfahrens nicht möglich.

³⁵ Vgl. KOM (2011) 275 endg., S. 8; abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/criminal/victims/docs/com_2011_275_en.pdf (1.5.2012); vgl. insb. Art. 9 und 10.

³⁶ Bei formell sehr weitreichenden Geheimhaltungsbeschlüssen des Untersuchungsrichters (sogar jahrelange, immer wieder erneuerte Beschlüsse zur Geheimhaltung der Ermittlungen sind bei komplexeren Verfahren gang und gäbe) wird beinahe jedes (ein öffentliches Interesse findende) Verfahren umfassend, mit Wiedergabe von Schriftstücken und allen Details, in der Presse ausgebreitet – den Strafvorschriften bezüglich des Geheimnisverrats zum Trotz.

Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Eigentums- und Vermögensdelikten anhand der Entscheidungen in der japanischen Judikatur*

Von Prof. Dr. Dres. h.c. Keiichi Yamanaka, Osaka

Die verehrte Jubilarin lernte ich 1979 in Japan kennen, als sie mit ihrem Mann, Herrn Professor Roxin, in Osaka die Kansai-Universität besuchte. Während meiner anschließenden Zeit als Humboldt-Stipendiat (1980 bis 1982) in München wurden meine Familie und ich oft von beiden nach Hause eingeladen und seither hatte ich bei vielen Treffen immer wieder die Gelegenheit, Frau Roxin als exzellente Juristin und äußerst liebenswürdige Gastgeberin zu erleben. Auch war es für mich eine große persönliche Freude und Ehre, dass sie meiner inzwischen ebenfalls als Strafrechtslehrerin in Osaka tätigen Tochter im Jahre 2009 den Wunsch erfüllte, in ihrer renommierten wirtschaftsstrafrechtlichen Münchener Kanzlei ein Praktikum machen zu können. Ich widme ihr meinen kleinen Beitrag mit den herzlichsten Glückwünschen für allerbeste Gesundheit und fortwährenden beruflichen Erfolg.

I. Problemstellung

1. Gesetzliche Regelungen in StGB

Das deutsche StGB regelt den Betrug wie folgt: „Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“ (§ 263 Abs. 1). Dabei beinhaltet der Begriff des „Vermögensvorteils“ auch das „Eigentum“, d.h. Handlungsobjekt des Betrugstatbestandes sind alle wirtschaftliche Güter, nicht nur Rechte, Forderungen oder Leistungen, sondern auch körperliche „Sachen“. Dagegen regelt das japanische StGB den Betrugstatbestand wie folgt: „Wer einen anderen täuscht und sich damit eine Vermögenssache verschafft, wird mit der Zuchthausstrafe bis zu 10 Jahren bestraft“ (§ 246 Abs. 1 jStGB). „Wer mit der letztgenannten Methode sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft oder einen Fremden ihn sich verschaffen lässt, wird mit der Zuchthausstrafe bis zu 10 Jahren bestraft“ (§ 246 Abs. 2 jStGB).

Offensichtlich unterscheidet das japanische StGB beim Betrug zwischen den Eigentums- und den Vermögensdelikten. Das führt zur Frage, ob es sich bei dem Handlungsobjekt im konkreten Fall um eine „Vermögenssache“¹ oder einen

sonstigen „Vermögensvorteil“ handelt. Diese Unterscheidung zwischen „Sachen“ und sonstigen „Vermögensvorteilen“ betrifft auch Erpressung (§ 249 jStGB) und Raub (§ 236 jStGB), d.h. auch bei diesen Tatbeständen gibt es wie beim Betrug immer zwei Absätze: Abs. 1 (Vermögenssachen) und Abs. 2 (sonstiges Vermögen). Man bezeichnet daher die Vermögenssachdelikte² bei diesen Paragraphen als „Absatz 1-“ und die Vermögensdelikte als „Absatz 2-Delikte“.³ Hingegen wird beim Diebstahl (§ 235 jStGB)⁴ und bei der Unterschlagung (§§ 252, 253 jStGB)⁵ als Handlungsobjekt nur die „Vermögenssache“ oder die „Sache“⁶ tatbestandlich erfasst.

2. Schaden als Verschlechterung der Gesamtvermögenslage oder Verlust einer individuellen Sache

Vorab sind einige wichtige Streitpunkte der japanischen Vermögensdelikte zu erwähnen. So ist in Japan strittig, ob Rechtsgut der Eigentumsdelikte der „Gewahrsam“ oder das „Eigentum“ ist. Von der herrschenden Meinung⁷ und Rechtsprechung wird die Gewahrsamstheorie mit einer Einschränkung unterstützt, genauer, mit dem „Gewahrsam mit irgendeinem angemessenen Grund“⁸ oder dem „friedlichen Ge-

Urt. v. 4.3.1968 – Entscheidungen der Unteren Gerichte in Strafsachen = *Kakeishu* 10 [1968], 225), bei 13 schmutzigen Tischpapieren (OG Tokyo, Urt. v. 6.4.1970 – Entscheidungsbericht des OG Tokyo = *Tokokeijihō* 21 [1970], 152), einer gekauften, aber nicht gewinnbringenden Totalisatorkarte (AG Sapporo, Urt. v. 6.12.1976 – Monatsbericht der strafrechtlichen Entscheidungen = *Keigetzu* 8 [1976], 525) und bei verteilten Broschüren eines Bekleidungsgeschäfts (OG Tokyo, Urt. v. 29.3.1979 – *Tokokeijihō*) die Einordnung als „Sache“ verneint.

² Ich selbst ziehe der Bezeichnung „Vermögenssachdelikte“ den Terminus „Sachdelikte“ als verständlichere Bezeichnung vor.

³ Zu neueren Entscheidungen in Bezug auf „Abs. 1-Delikte“ *Kimura*, *Hogaku Kyoshitsu* 371 (2011), 34.

⁴ Was „Immobilien“ betrifft, so kennt das jStGB neben Diebstahl (§ 235) einen anderen Tatbestand (§ 235a) für das illegale Besitzen von Häusern oder Grundstücken.

⁵ § 253 jStGB ist Qualifikationstatbestand zu § 252 jStGB, nach dem schwerer bestraft wird, wer als „Betreiber“ wie Lagerhausbesitzer eine Sachunterschlagung begeht.

⁶ Das Gesetz hat nur bei der Unterschlagung den Begriff „Sache“, bei allen anderen Delikten dagegen „Vermögenssache“ verwendet. Die Lehrmeinungen interpretieren beide Begriffe synonym.

⁷ Früher war die Eigentumstheorie herrschend; vgl. *Yamanaka*, *Keiho Kakuron* (Strafrecht, Besonderer Teil), 2. Aufl. 2009, S. 236 ff.

⁸ Vgl. *Ono*, *Keisatu Kenkyū* Bd. 33 Heft 1, 105.

* Ich danke meinem verehrten Freund, PD Dr. *Joerg Brammosen* in Bayreuth, herzlich für sprachliche Verbesserung und freundliche Hinweise.

¹ Bei der Unterschlagung (§ 252, 253 jStGB) spricht das Gesetz nur von „Sache“ und nicht von „Vermögenssache“. Im Allgemeinen werden beide Ausdrücke so interpretiert, dass sich kein Unterschied ergibt, es also – solange nur eine körperliche Sache vorliegt – ohne Bedeutung ist, ob die Sache überhaupt einen „wirtschaftlichen Wert“ hat. In der bisherigen Rechtsprechung wurden etwa bei einem Papierschnitt mit selbst geschriebenen englischen Gedichten (OG Osaka,

wahrsam“.⁹ Danach sind die Eigentumsdelikte mit Gewahrsamsverletzung, also „Gewahrsamsverlagerung“ oder (aus Opfersicht) „Gewahrsamsverlust“ vollendet.

Deswegen kommt das Tatbestandsmerkmal „Beschädigung“ des Vermögensvorteils oder wirtschaftlicher „Verlust“ bei Eigentumsdelikten eigentlich nicht in Betracht. Das gilt auch für den Raub,¹⁰ die Erpressung oder den Betrug als Eigentumsdelikte, also für sog. „Abs. 1-Delikte“, während es sich bei Erpressung oder Betrug im deutschen StGB immer um „Vermögensverlust“ oder „Beschädigung“ inklusive Sachverlust handeln soll. Dagegen erfordert das japanische StGB bei den „Abs. 2-Delikten“ die Verschaffung eines „Vermögensvorteils“ – bei Vermögensraub (§ 236 Abs. 2 jStGB), Vermögensbetrug (§ 246 Abs. 2 jStGB) und bei der Vermögenserpressung (§ 249 Abs. 2 jStGB). Allerdings finden sich die Begriffe „Vermögensbeschädigung“ und „Vermögensverlust“ in der Regel nicht in den Tatbeständen. Nur beim Untreuetatbestand wird der Begriff des „Schadens“ verwendet.¹¹ Beim Begriff des „Vermögensvorteils“ handelt es sich nach herrschender Meinung in Japan um die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre.

Grundsätzlich geht es bei den Eigentumsdelikten um keinen Vermögensverlust, weil nicht gegenseitige Geschäftshandlungen, sondern von Seiten des Täters nur eine einseitige als tatbestandsmäßige Handlung bestimmt ist. Beim Betrug hingegen steht in der Regel der gegenseitige Geschäftsverkehr in Frage: Wer z.B. einem Fremden eine einfache Armbanduhr für tausend Euro unter Vorspiegelung einer teureren Markenuhr verkauft, hat tausend Euro gewonnen (unter Einsatz der normalen Armbanduhr für beispielsweise nur fünfzig Euro). Die japanische Judikatur sieht in dem Verlust der tausend Euro eine Beschädigung, da § 246 Abs. 1 jStGB kein Delikt gegen das Vermögen als Ganzes, sondern ein Delikt gegen das Eigentum an einer einzelnen Sache oder einzelne Vermögenswerte ist.

3. Drei neuere Probleme

Die Unterscheidung zwischen Abs. 1 als Eigentums- und Abs. 2 als Vermögensdelikt führt zu einigen schwierigen Fragen:

⁹ Vgl. *Hirano*, Keiho Gaisetsu (Grundriss des Strafrechts), 1977, S. 206; *Nishihara*, Hanzai Kakuron (Strafrecht, Besonderer Teil), 2. Aufl. 1983, S. 210.

¹⁰ Der Raubtatbestand (§ 249) erfasst wie der Diebstahl (§ 242) im deutschen StGB nur „bewegliche Sachen“.

¹¹ § 247 jStGB. Das verursacht ein Auslegungsproblem in Bezug auf die „Beschädigungsabsicht“ als vom Gesetz verwendetes subjektives Tatbestandsmerkmal: Fraglich ist, ob dieses Merkmal Vorsatz oder „überschießende Innentendenz“ bedeutet. Das Gesetz verlangt alternativ auch „Bereicherungsabsicht“. Hier ist klar, dass dieses Merkmal „überschießende Innentendenz“ bedeutet, da der objektive Tatbestand eine „Bereicherung“ nicht verlangt.

- (1) Strittig ist, ob der Kreditkartenbetrug, der in Japan nach überwiegender Meinung und Judikatur als normaler Betrug¹² gilt, von Abs. 1 oder Abs. 2 erfasst ist.
- (2) Weiterhin ist fraglich, wie die Problematik in Abs. 1 oder Abs. 2 der Erpressung (§ 249 jStGB) gelöst werden kann, wenn der Täter z.B. als Endziel Bargeld bekommen, aber als Mittel Geldautomaten verwenden will, so dass er das Opfer erpresst, ihm das Geld auf sein Konto zu überweisen.
- (3) Schließlich ist strittig, ob die Tat als vollendeter Betrug gegen das Vermögen (also § 246 Abs. 2 jStGB) bestraft wird, wenn der Karteninhaber die Geheimnummer (PIN) der zuvor zufällig auf der Straße gefundenen Geldautomatenkarte durch Täuschung vom Besitzer erlangt hat, kann er doch schon mit dem Fund das Geld (die „Vermögensvorteile“) bei der betreffenden Bank vom Konto des Opfers abheben.

4. Ziel des Beitrags

Mein Beitrag soll zeigen, dass die japanische Judikatur in Bezug auf die Konkurrenz der Absätze 1 und 2 bei Betrug, Raub und Erpressung noch keine klare Linie gefunden hat, obwohl einige fragwürdige Fälle entstanden sind und recht verschiedene Lösungen vertreten werden. Als problematisch erscheint vor allem die Lösung der dritten Frage in manchen Entscheidungen. Die Entscheidungen scheinen der Gefahr zu erliegen, die Vermögensdelikte von Verletzungs- in Gefährdungsdelikte umzuformieren.

II. Ist das Handlungsobjekt des Kreditkartenbetrugs die Sache oder das Vermögen?

1. Judikatur bezüglich des Missbrauchs eigener Kreditkarten

Die japanische Judikatur beschäftigt sich schon seit mehr als 35 Jahren mit der Frage, ob der Missbrauch eigener Kreditkarten ein Betrug ist, wenn der Karteninhaber damit Einkäufe getätigt hat, obwohl er weder zahlungswillig noch -fähig war. Abgesehen von einigen früheren erstinstanzlichen Entscheidungen¹³ hat die Rechtsprechung diesen Missbrauch als Betrug beurteilt.¹⁴ Danach erfüllt eine Tat den Tatbestand des

¹² Obwohl diese Frage des Kreditkartenmissbrauchs in Deutschland schon durch das 2. WiKG 1986 gesetzgeberisch in § 266b des dStGB durch dessen Normierung als Sonder tatbestand gelöst wurde, subsumiert die Judikatur in Japan diese Tat als normalen Betrug.

¹³ LG Nagoya, Urt. v. 7.2.1984 – nicht veröff.; LG Fukuoka, Urt. v. 26.3.1981 – nicht veröff.. Beide Urteile wurden durch die Obergerichte (s. nächste Fußnote) verworfen.

¹⁴ LG Wakayama, Urt. v. 27.9.1974 = Hanreijiho 775 (1974), 178; OG Fukuoka, Urt. v. 21.9.1981 – Monatsbericht der strafrechtlichen Entscheidungen = Keigetsu 13 [1981], 527; OG Nagoya, Urt. v. 3.7.1984 = Hanrei Times 544 (1984), 268; OG Tokyo, Urt. v. 31.10.1984 = Hanrei Times 550 (1984), 289; OG Tokyo, Urt. v. 19.11.1984 = Hanrei Times 544 (1984), 251.

sog. Sachbetrugs,¹⁵ wenn der Täter ohne Zahlungswillen und -fähigkeit mit seiner Kreditkarte irgendwelche „Sachen“ kaufen will.

Obwohl ich damals die Meinung vertrat, dass diese Tat mangels „Täuschung“, „Irrtum“ oder „, auf Irrtum beruhender Verfügung“ kein Betrug ist,¹⁶ folgte die herrschende Literaturmeinung im Ergebnis der Rechtsprechung. Aber es gab auch die Meinung, nach der es sich dabei um einen „Vermögensbetrug“ (§ 246 Abs. 2 jStGB) handelt, obwohl der Täter in einem Laden die Waren als „Sache“ mit der Kreditkarte gekauft hatte.¹⁷

2. Theorie des Vermögensbetrugs

Es gibt hauptsächlich zwei Theorien, die den Kreditkartenmissbrauch als „Abs. 2-Betrug“ ansehen. Nach der einen Ansicht ist die Kreditkartengesellschaft sowohl Getäuschter wie Geschädigter.¹⁸ Der Kreditkarteninhaber habe durch Zusage des Kassensbons des Ladens, in dem er eingekauft hat, an die Kreditgesellschaft diese indirekt getäuscht. Die Kreditkartengesellschaft hat ihm darum Vermögen zur Verfügung gestellt, weil sie irrtumsbedingt den Kaufpreis auf das Konto des Geschäfts überwiesen hat. Wegen der Banküberweisung sei die Tat nur als Vermögensbetrug (Abs. 2) zu würdigen. Diese Theorie ist durchweg kritisiert worden, wobei sich die Kritik gegen den „Irrtum“ auf Seiten der Kreditkartengesellschaft und den verspäteten Vollendungszeitpunkt richtet: Der zuständige Angestellte der Gesellschaft interessiert sich bei seiner Überweisungsarbeit nicht dafür, ob der Kassenzettel von einem Zahlungsunfähigen eingereicht wurde. Die Kreditkartengesellschaft hat vielmehr immer ausbezahlt, wenn sie Kassensbons erhält, die einem Geschäft mit gültiger Kreditkarte entstammen. Da eine Schädigung der Gesellschaft erst festgestellt werden kann, wenn das Konto des Karteninhabers keine Deckung aufweist, ist der Betrug erst nach etwa einem Monat vollendet, obwohl die Auszahlung an das Ladengeschäft längst stattgefunden hat.

Die zweite Theorie¹⁹ beruht auf der Rechtsfigur des Dreiecksbetrugs. Danach ist der getäuschte Verfügende der La-

deninhaber, die Kreditkartengesellschaft hingegen die Geschädigte. Handlungsobjekt ist also nun nicht mehr die „Sache“, sondern der „Vermögensvorteil“, den der Geschädigte durch die Kaufpreisüberweisung verloren hat. Da auch nach dieser Theorie der Vollendungszeitpunkt auf die Überweisung verschoben wird,²⁰ nimmt ein Teil der Literatur eine Vollendung des Betrugs schon für den Zeitpunkt an, in dem der Kreditkarteninhaber die Ware mit der Kreditkarte gekauft²¹ und den Kassenzettel erhalten hat. Die Erklärungen, warum hier ein vollendeter Betrug schon vor Kaufpreisüberweisung der Kreditkartengesellschaft vorliegen soll, sind verschieden, gemeinsam ist ihnen allen aber das Argument, die Gesellschaft sei durch den Kaufvertrag in dem Laden eine Kaufpreisschuld eingegangen.²² Ein Anhänger dieser Theorie begründet dies damit, dass die Kreditkartengesellschaft dem Laden vertragsgemäß die Befugnis zur Vermögensverfügung eingeräumt hat.²³

Zweifelhaft ist aber, ob man diesen Fall des Kreditkartenmissbrauchs überhaupt als Dreiecksbetrug ansehen darf. Erstens ist fraglich, ob der Ladeninhaber einem Irrtum unterliegt, auch wenn er eine Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Kreditkartengesellschaft hätte, da er keine Vorstellung hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises hat. Zweitens ist der Vollendungszeitpunkt zu früh angesetzt. Wenn nämlich der Täter die Zahlstelle, die den Kaufpreis von der Kreditkartengesellschaft bezahlen lassen kann, im Laden angeben und gleichzeitig der Gesellschaft die Kaufpreisschuld aufgebürdet hat, ist letzterer noch kein Schaden entstanden. Drittens bleibt fraglich, warum der Täter nicht einen Sach-, sondern einen Vermögensbetrug begeht, obwohl er sich die „Sache“ beschafft hat. Viertens fehlt meines Erachtens die Stoffgleichheit zwischen Vorteil und Nachteil des Vermögens: Der Vorteil für den Karteninhaber liegt in seiner Befreiung von der Kaufpreisschuld, der Nachteil der Kreditkartengesellschaft in der Zahlung an den Ladeninhaber. Dass die Gesellschaft den Kaufpreis für den Karteninhaber quasi „auslegen lässt“, bedeutet nicht gleichzeitig eine Schuldbefreiung des Karteninhabers. Eine solche entsteht erst, wenn der Ladeninhaber vom Karteninhaber, der von seinem Konto überweisen will, sein Geld bekommen kann. Deswegen sind Vor- und Nachteil nicht Vorder- und Rückseite einer Medaille.

¹⁵ Aus der Literatur: *Otsuka*, Keiho Gaisetsu (Grundriss des Strafrechts) Besonderer Teil, 4. Aufl. 2005, S. 250; *Oya*, Keiho Kogi (Vorlesung des Strafrechts, Besonderer Teil), 2. Aufl. 2007, S. 253; *Uchida*, Keiho (Strafrecht, Besonderer Teil), 3. Aufl. 1996, S. 315.

¹⁶ *Yamanaka*, Hogaku Ronshu Bd. 36, H. 6 (1987), 39 ff.; Bd. 37, H. 1 (1987), 33 ff.; *ders.* (Fn. 7), S. 324 ff.; so auch *Kamiyama*, Okayama Hogakkai Zasshi 36 (1987), 451.

¹⁷ Hauptvertreter war *Fujiki*, Keiho Kogi Kakuron (Lehrbuch des Strafrechts, Besonderer Teil), 1976, S. 370; neuerdings auch *Ito*, Keiho Kogi Kakuron (Lehrbuch des Strafrechts, Besonderer Teil), 2011, S. 203 f.

¹⁸ *Fujiki* (Fn. 17), S. 370; *Ito* (Fn. 17), S. 203 f.

¹⁹ *Nakamori*, Hanrei Times Nr. 526, S. 79; *Sone*, Keiho Kakuron (Strafrecht, Besonderer Teil), 4. Aufl. 2008, S. 150; *Yamaguchi*, Keiho Kakuron (Strafrecht, Besonderer Teil), 2005, S. 261; *ders.*, Mondai Tankyu Keiho Kakuron (Forschung der strafrechtlichen Probleme, Besonderer Teil), 1999, S. 174. Sonst *Nishida*, Keiho Kakuron (Strafrecht,

Besonderer Teil), 5. Aufl. 2010, S. 197; *Hayashi*, Keiho Kakuron (Strafrecht, Besonderer Teil), 2. Aufl. 2007, S. 253; *Takahashi*, Keiho Kakuron (Strafrecht, Besonderer Teil), 2011, S. 313.

²⁰ Diese Meinung vertritt *Sone* (Fn. 19), S. 150.

²¹ So *Nishida* (Fn. 19), S. 197; *Hayashi* (Fn. 19), S. 253; *Takahashi* (Fn. 19), S. 313. In ihren Begründungen sind die in Nuancen verschiedenen Argumentationen zu finden.

²² Stellvertretend sei benannt *Nakamori*, Keiho Kakuron (Strafrecht, Besonderer Teil), 2. Aufl. 1996, S. 149.

²³ Vgl. *Yamaguchi* (Fn. 19), S. 262.

III. Begründet die Verschaffung von Vermögen im Vorfeld der Sachherrschaft ein Vermögensdelikt?

1. Fragestellung

Seit 1987 kennt das japanische StGB eine Strafvorschrift des Computerbetrugs (§ 246a jStGB),²⁴ die das missbräuchliche Verwenden von Geldautomaten, z.B. mit einer fremden Geldkarte (cash card) eine bestimmte Summe von diesem auf sein eigenes Konto zu überweisen, bestraft. Die vertatbestandlichten Handlungsweisen, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, sind eingeschränkt: Der Täter muss dem Automaten „falsche Daten“ eingeben oder „unrichtige Befehle“ geben. Aber wenn er mit der Karte das Bargeld dem Geldautomaten entzogen und an sich genommen hat, wird er wegen Diebstahls bestraft, weil er das Geld als „Sache“ gestohlen hat. § 246a jStGB bezieht sich aber auf die Verschaffung eines „Vermögensvorteils“. Wie liegt nun der Fall, wenn der Täter mit einer auf der Straße gefundenen fremden Geldautomatenkarte sich Geld auf sein eigenes Konto überweist und es nachher als Bargeld dem Geldautomaten entnimmt? Hier scheint der Computerbetrug vollendet zu sein. Der Diebstahl des Bargeldes wäre dann eine straflose Nachtat und der Täter nur wegen Computerbetrugs zu bestrafen. Kann aber der Computerbetrug andererseits selbst nur eine straflose Vortat des Diebstahls sein oder kann der Täter nicht wegen beider Delikte in Realkonkurrenz (§§ 45, 47 jStGB) strafbar sein?

2. Erpressungsfall

Der nachfolgende Erpressungsfall²⁵ lässt das Problem hervortreten: X hat vor, von dem praktizierenden Arzt A Geld zu erpressen. Er eröffnet bei der K-Bank ein Konto auf den Namen des M, bekommt eine Geldautomatenkarte und schickt dem A einen Erpresserbrief, in dem er ihn auffordert, auf das M-Konto 500.000 Yen zu überweisen. Dem folgt A; er hatte aber zuvor die Polizei eingeschaltet, die sich mit der K-Bank in Verbindung gesetzt und diese instruiert hat, das Geld nicht auszuzahlen. Die Bank programmiert den Automaten so, dass vom Konto des M nichts abgehoben werden kann und auf dem Bildschirm die Botschaft „Diese Karte ist ungültig, bitte kommen Sie an den Schalter“ erscheint, wenn eine Auszahlung getätigt wird. Gleichzeitig zeigen die Computer in der Bank die Botschaft „Bitte mit Ihrem Chef in Verbindung setzen“ an, wenn von dem M-Konto Geld abgehoben werden soll. X wird beim Versuch der Tat von der Polizei festgenommen.

Die Staatsanwaltschaft klagte vollendete Erpressung an, weil X bereits mit der Geldüberweisung sein Ziel erreicht habe. Das Landgericht nahm demgegenüber nur versuchte Erpressung (§ 249 Abs. 1 jStGB) an, da X nie das von A überwiesene Geld vom Konto abheben konnte.

Sehen wir genauer hin. Der Angeklagte hat das Geld als „Sache“ nicht in die Hände bekommen. Die Annahme einer

nur versuchten Tat erscheint überzeugend, wenn man sie als Sacherpressung sieht. Fraglich bleibt, warum die Staatsanwaltschaft Anklage wegen Sacherpressung (§ 249 Abs. 1 jStGB) erhob. Hätte sie wegen Vermögenserpressung (§ 249 Abs. 2 jStGB) angeklagt, wäre normalerweise eine vollendete Erpressung festgestellt worden, wenn das Geld auf das Konto überwiesen wurde. Oder ist die Tat auch bei dieser Konstruktion noch im Versuchsstadium, weil X nicht auf das Geld und das Konto zugreifen konnte?

3. Diebstahl nach Betrug

a) Handy-Shop-Fall²⁶

Ein Angestellter X eines Handy-Shops will sich ein Smartphone verschaffen. Er fotokopiert seine Versicherungspolice, nachdem er Adresse und Geburtsdatum dadurch geändert hat, dass er die passend geschnittene Kopie einer falschen Hausnummer seiner Adresse und falscher Ziffern seines Geburtsdatums über die wahren Zahlen gelegt hatte. Diese Kopie schickte er per Fax als Identitätsnachweis an die Mobilfunkgesellschaft, um sie dort auf den Computerbildschirm projizieren zu lassen. Die zuständigen Sachbearbeiter der Gesellschaft konnten die gefälschte Versicherungspolice nicht als solche erkennen. Der damit gestellte Antrag auf Abschluss eines Benutzungsvertrags für ein Smartphone wurde von der Gesellschaft angenommen. Einen Tag nach Vertragsabschluss meldete er das Smartphone, das die Gesellschaft dem Handy-Shop für ihn geliefert hatte, der Gesellschaft als bei seiner Heimkehr als gestohlen. Der Besitzer des gelieferten Smartphones, das bereits Kommunikation mit Dritten gestattetete, war nicht X, sondern der Ladeninhaber.

Das Obergericht Tokyo verurteilte X wegen Verfälschung einer öffentlichen Urkunde und Diebstahl, was von der Verteidigung angegriffen wurde. Unser Interesse gilt hier nur dem Diebstahl: Der Verteidiger hatte argumentiert, dass X das Smartphone verwenden durfte, weil er einen entsprechenden Nutzungsvertrag abgeschlossen habe. Das OG hat Eigentum und Gewahrsam am Smartphone dem Ladeninhaber zuerkannt. X hatte Diebstahlsvorsatz.

b) Betrug?

Weil das erstinstanzliche Urteil nicht veröffentlicht ist und sich sein Inhalt auch nicht den Urteilsgründen des OG entnehmen lässt, bleibt unklar, ob die Staatsanwaltschaft Anklage wegen Vermögensbetrugs erhoben hatte. Hätte X das Smartphone nicht gestohlen, hätte die Staatsanwaltschaft gegen X Anklage wegen Betrugs erhoben. Und hätte der Ladeninhaber zufällig erkannt, dass X mittels einer verfälschten Urkunde das Smartphone bekommen wollte, hätte er ihn bei der Polizei angezeigt. Dann hätte die Staatsanwaltschaft vollendeten Vermögensbetrug (§ 246 Abs. 2 jStGB) angeklagt. Aber wenn man erneut fragt, ob die Staatsanwaltschaft auch dann Vermögensbetrug angeklagt hätte, wenn X das Smartphone tatsächlich bekommen hätte, so hätte sie mit an

²⁴ Dazu Yamanaka, in: Plywaczewski (Hrsg.), *Aktuelle Probleme Prawa Karnego i Kriminologii*, 2005, S. 394.

²⁵ LG Urawa, Urt. v. 24.4.1992 – Entscheidungsbericht = Hanrei Jiho 1437 (1992), 151.

²⁶ OG Tokyo, Urt. v. 18.7.2008 = Hanrei Times 1306 (2008), 311.

Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wegen Sachbetrugs angeklagt.

c) Ist die Sachbeschaffung immer ein Sachbetrug?

Begeht jemand, der einen anderen täuscht und sich dessen Geldkarte mit der PIN verschafft, immer Sachbetrug? Die Geldkarte (Sache) und die Stellung, welche die Möglichkeit der Vermögensverwendung (des Vermögensvorteils) eröffnet, wurden gleichzeitig erlangt. Normalerweise wird hier Sachbetrug angenommen. Beide Taten stehen meist in Gesetzesinheit, Sachbetrug ist „spezieller“ als Vermögensbetrug. Sobald der Täter irgendeine Sache bekommt, handelt es sich immer um Sachbetrug.

Eine Ausnahme wird nur bei der Urkundenschleichung angenommen. Wer z.B. einen Reisepass vom Ausländeramt erschleicht, verschafft sich zwar mit dem Pass eine Sache, tut dies aber nach der Entscheidung ohne Betrug, sondern durch mittelbare Falschbeurkundung der notariellen Urkunde (§ 152 jStGB), also Falschbeurkundung des Passes (§ 152 Abs. 2 jStGB).²⁷ Hier verneinte das Gericht den Betrug,²⁸ allerdings aus anderen Gründen.

IV. Ist die Verschaffung der Möglichkeit zur Vermögensverwendung bereits ein vollendetes Vermögensdelikt?

1. Leihkarten (Loancard)-Fall²⁹

a) Sachverhalt

Die Leihkarte ist eine Karte, mit der man nach Abschluss eines Kreditvertrags mit einem Geldinstitut Geld aus dessen Geldautomaten bekommen kann. Im vorliegenden Fall wurde die Leihkarte wie folgt dem Kunden ausgehändigt: Der Interessent erhält unentgeltlich die für sich fast wertlose Plastikkarte aus einem Automaten, wenn er die geforderten Informationen bezüglich seines Namens, seiner Adresse usw. in den Computer eintippt. Die Karte darf allerdings nicht als Leihkarte verwendet werden.³⁰ Wenn der Kunde nun mit dem Institut einen Leihvertrag über einen bestimmten Betrag mit dieser potenziellen Leihkarte abschließen will, muss er dies am Schalter beantragen. Sodann muss er die weitere Prüfung des Kreditinstituts bestehen, wenn er später am Automaten mit der Leihkarte Geld ausleihen will.

Der Angeklagte hatte in einem Fall³¹ unter Angabe eines falschen Namens die Leihkarte aus dem Automaten erhalten. Anschließend unterzog er sich mittels der Versicherungspolice eines Bekannten der genannten Prüfung, um die zuvor erlangte Karte als Leihkarte aufwerten zu lassen. Der Grund-

vertrag mit der Bank über die Einräumung eines bestimmten Kreditbetrags wurde abgeschlossen.

Bekommt der Täter unter fremden Namen die gültige Leihkarte direkt am Schalter, wird diese Tat als Sachbetrug (§ 246 Abs. 1 jStGB) qualifiziert.³² Im obigen Fall hat er sich allerdings nur im Nachhinein die Rechte verschafft, die Karte als Sache hingegen bereits vorher bekommen.

b) Urteil des OG Tokyo

Das OG Tokyo nahm neben Diebstahl der Plastikkarte (§ 235 jStGB) auch Vermögensbetrug (§ 246 Abs. 2 jStGB) an, obwohl die erste Instanz den zweiten Tatbestand mit der Begründung verneint hatte, dass die Erlangung der Karte bereits die Möglichkeit, Geld bis zum bestimmten Betrag damit auszuleihen, eröffnet habe. In den Urteilsgründen heißt es zum Vermögensbetrug:

„Der Angeklagte hat durch die Tat die Möglichkeit erhalten, von dem Geldinstitut bis zu einem bestimmten Betrag wiederholt und mehrmals Geld entleihen zu können. Zwar hatte er zu diesem Zeitpunkt kein konkretes Leistungsforforderungsrecht über einen bestimmten Betrag und das Geldinstitut hatte nicht die Pflicht, ihm Geld zu leihen. Es ist aber Folgendes festzustellen: Wenn der Angeklagte unter Verwendung der Karte Geld entleihen will, muss ihm das Institut nach dem Vertrag ohne weitere Qualifikationsprüfung automatisch Geld bis zu dem vereinbarten Betrag leihen. Deswegen bekommt der Angeklagte die oben genannte Zugriffsmöglichkeit. Dadurch steht er materiell in der gleichen Situation, wie wenn er die konkrete Berechtigung zur Geldleihe bis zum Kreditrahmen von 300.000 Yen bekommen hat. Darüber hinaus ist festgestellt, dass die Erfüllung dieses Rechts fast sicher war“.

In der Frage, ob der Angeklagte sich einen „Vermögensvorteil“ verschafft hatte, entschied die erste Instanz (LG Tokyo) wie folgt: Die Erlangung der tatsächlichen Möglichkeit zur Geldleihe mittels der Leihkarte durch die Tat des Angeklagten ist noch kein aktueller wirtschaftlicher Vorteil. Aber nach der Entscheidung der zweiten Instanz lässt sich einwenden, dass man von der tatsächlichen Erlangung eines Vermögensvorteils ausgehen kann, weil das Leihen von Geld an dem Automaten mittels einer Geldkarte innerhalb des Kreditrahmens nur nach einer mechanischen Identitätsprüfung der eingetippten PIN möglich ist.

Das OG Tokyo zitiert dafür eine frühere Entscheidung des OGH³³ aus dem Jahre 2002. Demnach hatte die Rechtsprechung bis dato Leihkarten, die von Geldinstituten nach einer Finanzierungsprüfung herausgegeben werden, als Vermögens-„Sache“ qualifiziert und deshalb die Tat, mit der diese Karte erschwindelt wird, als Betrug (§ 246 Abs. 1 jStGB) interpretiert. Dahinter steht die Erkenntnis, dass die Situation, in der man im Rahmen des gewährten Limits ohne Prüfung Geld abheben kann, als zentral erachtet wird.

²⁷ Im deutschen StGB entspricht § 271 (mittelbare Falschbeurkundung) § 152 jStGB.

²⁸ OGH, Urt. v. 25.12.1952 – Entscheidungen des OGH in Strafsachen = Keishu Bd. 12, H. 12 (2002), 1171.

²⁹ OG Tokyo, Urt. v. 21.11.2006 = Tokokeijiho Bd. 57, H. 1=12 (2006), 69 mit Besprechung Kimura (Fn. 3), Hogaku Kyoshitsu 71 (2011), 37.

³⁰ Diese Tat wird in der Entscheidung als Diebstahl qualifiziert.

³¹ OG Tokyo, Urt. v. 21.11.2006 = Tokokeijiho Bd. 57, H. 1=12 (2006), 69.

³² OGH, Beschl. v. 8.2.2002 = Keishu Bd. 56, H. 3 (2002), 71.

³³ Vgl. OGH, Beschl. v. 8.2.2002 = Keishu Bd. 56, H. 3 (2002), 71.

2. Entscheidungen zur Verschaffung der „Karte“

Im Urteil des OGH von 2002 beschäftigt sich das Gericht nicht nur mit dem Merkmal des „Vermögensvorteils“ (Abs. 2), sondern auch mit dem der „Sacherlangung“ (Abs. 1). Der Täter hatte in dem entschiedenen Fall eine Karte bekommen, welche die bereits kreditierte Verfügbarkeit enthielt, mithin die „Karte“ als Sache betrügerisch erlangt. Im obigen Fall des OG Tokyo verschaffte sich hingegen der Täter zuerst die fast wertlose Karte als Sache und erst dann deren „Verfügbarkeit zur Geldleihe bis zu einer bestimmten Summe“. Das OG Tokyo verurteilte den Täter auch wegen Diebstahls, weil er mit der Karte im zweiten Schritt Bargeld aus dem Automaten abhob. Dieser Diebstahl ist in Japan nach Rechtsprechung wie herrschender Meinung keine straflose Nachtat. Denn die Tat, die den getäuschten zuständigen Bearbeiter der Kreditgesellschaft die Karte abgeben lässt, und die spätere Tat, die dem Geldautomaten mit der Leihkarte Bargeld entzieht, gehören nach allgemeiner Ansicht unterschiedlichen Kategorien an.

Wenn der Täter erst die Geldkarte stiehlt und dann Geld aus dem Automaten abhebt, liegt nach gefestigter Rechtsprechung sowohl Diebstahl als auch Betrug vor, weil mit dem zweiten Schritt eine „neue Rechtsgutsverletzung“ erfolgt.³⁴

3. Kontoeröffnung oder Bordkartenbeschaffung mit Übergabeabsicht an Dritte

Neuerdings hat die Rechtsprechung Taten als Sachbetrug (Abs. 1) qualifiziert, bei denen die Täter in einer Bank zwar unter ihrem Namen ein Konto eröffnet hatten, das Konto aber einem anderen übergeben wollten (Kontoeröffnungsfall)³⁵ oder eine Bordkarte für einen Auslandsflug auf ihren Namen erhielten, um sie an Dritte abzugeben (Bordkartenfall)³⁶. In beiden Fällen hatten die Täter das Kontobuch und die Geldkarte bzw. die Bordkarte, also jeweils „Sachen“ bekommen.

³⁴ Zwischen Erpressung der Geldkarte und Diebstahl für die Geldentziehung vgl. OG Fukuoka, Urt. v. 17.5.2001, LEX/DB. Das ist anders als in der deutschen Praxis, die eine „straflose Nachtat“ bejaht. Der Betrug wegen der Abhebung des Geldes vom Konto des Opfers wird vom Diebstahl des Sparbuchs „konsumiert“ (Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 33 Rn. 214).

³⁵ OGH, Beschl. v. 17.7.2007 = Keishu Bd. 61, H. 5, 521 mit Besprechung Yamaguchi, NBL 871, 8; sonstige Urteilsbesprechungen von Nagai, Juyo Hanrei Kaisetsu 2007, 179; Matsumiya, Ritsumeikan Hogaku Nr. 323, 235; Maeda, Hoso Jiho Bd. 62, H. 10, 119.

³⁶ OGH, Besch. v. 29.7.2010 = Keishu Bd. 64, H. 5 (2010), 829 mit Besprechung Kadota, Hogaku Seminar 670 (2010), 139; Maeda, Keisatsugaku Ronshu Bd. 63, H. 11 (2010), 144; Terunuma, Keijiho Journal 27 (2011), 87; Wada, Kenshu 752 (2011), 17; Yoshida, Sosa Kenkyu Bd. 60, H. 4 (2011), 80; Maruyama, Keisatsugaku Ronshu Bd. 64, H. 7 (2011), 167; Saganuma, Hogaku Shinpo Bd. 118, H. 1=2 (2011), 685; Ito, Hanrei Select 2010, Hogaku Kyoshitsu Nr. 365, 36; Wada, Juyo Hanrei Kaisetsu 2011, 212 f.

a) Kontoeröffnungsfall

Die Entscheidung lautet hier wie folgt: „Die betreffenden Banken verbieten nach der Verordnung über Allgemeinkontengeschäfte, der Verordnung über Sparkonten und über die Geldkarte jede Veräußerung, Verpfändung oder Verwendung aller solcher mit dem Sparkontovertrag entstehenden Rechte, die zum Kontobuch oder zur Geldkarte gehören, an Dritte. Die Bankangestellten A und B hätten daher der Kontoeröffnung, der Aushändigung des Geldbuchs oder der Geldkarte nicht zugestimmt, wenn ihnen die Absicht der Antragsteller, diese an Dritte zu übergeben, bewusst gewesen wäre“. Und weiter heißt es: „Unter diesen Umständen stellt der Antrag auf Kontoeröffnung an die Bankangestellten klar, dass die Antragsteller den Willen zu ihrer eigenen Verwendung haben. Deshalb ist die Tat, die diesen Willen verheimlichend einen Antrag stellt, nichts anderes als ‚Täuschen‘ im Sinne des Betrugstatbestands. Daher ist es klar, dass das Aushändigen des Geldbuchs und der Geldkarte einen Betrug im Sinne des § 246 Abs. 1 StGB konstituiert“. A und B wurden somit wegen mittäterschaftlichen (§ 60 jStGB) Sachbetrugs (§ 246 Abs. 1 jStGB) verurteilt.

b) Bordkartenfall

Dieser OGH-Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Täter kaufte in Verabredung mit B am Schalter der Fluggesellschaft einen Flug nach Vancouver. Er verheimlichte dabei, dass er das Ticket einem Dritten (der nach Kanada fliegen soll) überlassen will und gibt vor, für D zu kaufen.

Der Angestellte darf, so wird in der Entscheidung ausgeführt, die Bordkarte erst dann aushändigen, wenn er sich Pass und Ticket vorlegen lässt und dann die Identität der im Pass genannten Person mittels Vergleich von Foto und Gesicht der vor ihm stehenden Person prüft. Diese Identitätsprüfung wird streng gehandhabt, weil die Fluggesellschaft keine anderen als die identifizierten Passagiere transportieren darf, um die Flugsicherheit nicht zu gefährden und um, wie im vorliegenden Fall, zusätzlich der von Kanada ausgehenden Verpflichtung nachzukommen, illegale Einwanderung zu verhindern. Ausgangspunkt war weiterhin, dass das Schalterpersonal keine Bordkarte ohne erfolgreiche Identitätsprüfung ausgegeben hätte und dies auch dann unterlassen hätte, wenn es von der genannten heimlichen Absicht gewusst hätte.

Der Täter wurde wegen Betrugs nach § 246 Abs. 1 jStGB verurteilt, sei doch der Umstand, ob der die Bordkarte Verlangende persönlich das Flugzeug besteigt, „eine wichtige Angelegenheit, die die Basis der Beurteilung darüber bildet, ob die Karte ausgehändigt werden soll“.

c) Sachbetrug

Beiden Fällen ist gemeinsam, dass der Täter die „Sache“ – Geldkarte oder Bordkarte – nur mittels Täuschung erhalten konnte. Deswegen haben die Gerichte ihn wegen Sachbetrugs verurteilt. Vor allem beim Bordkartenfall scheint er aber zuvor die „Flugkarte“ in der gleichen Absicht gekauft zu haben, obwohl die Staatsanwaltschaft dem keine Bedeutung beigemessen hat. Wenn er die Flugkarte z.B. zuvor per Inter-

net unter Verwendung der Kreditkarte gekauft und ihm die Fluggesellschaft automatisch per Email die Reservierungsnummer mitgeteilt hätte, könnte ein Computerbetrug (§ 246a jStGB) schon in diesem Zeitpunkt vollendet sein, weil er die „Gelegenheit, einen Vermögensvorteil zu bekommen“, erhalten, aber noch keine „Karte“ aus Papier als „Sache“ erhalten habe.³⁷ Weil dem Computer keine „falschen Daten“ mitgeteilt wurden, lässt sich hier aber schwerlich Computerbetrug annehmen. Dies gilt auch dann, wenn der Täter die Bordkarte dadurch von einem Bordkartenautomat im Flughafen bekommt, dass er seinen Pass vom Automaten mechanisch einlesen lässt und die Reservierungsnummer eintippt. Die Tat ist auch kein Diebstahl, hat doch der Automat nicht die Funktion, die Absicht des Benutzers zu beurteilen.

4. Vermögensraub (§ 236 Abs. 2 jStGB)

Interessant ist, dass diese Frage die Judikatur neuerdings beim Raub beschäftigt hat (Kontonummer-Raubfall).³⁸

a) Sachverhalt

Der Angeklagte X betrat mit der Absicht des Gelddiebstahls die Wohnung des A und traf diesen schlafend an. In einem Zimmer fand er eine Tasche mit einem Portemonnaie mit nur wenig Bargeld, aber mit einigen Geldkarten. X entschloss sich, mit einer Geldkarte Bargeld abzuheben und bedrohte dazu den A mit einem Küchenmesser, um von ihm die PIN zu erfahren. Das Portemonnaie mit den Geldkarten hatte er auf ein Regal in der Ecke des Zimmers gelegt, um die Geldkarte beim Weggehen mitzunehmen.³⁹ Er holte ein Messer aus der Küche, zeigte es dem A und drohte: „Sei ruhig. Zeige mir die Geldkarte, auf deren Konto das meiste Geld ist. Wenn du mir die Geheimnummer verrätst und schweigst, töte ich Dich nicht“. A verriet ihm die Nummer. Die Staatsanwaltschaft hat X auch wegen Vermögensraubs (§ 236 Abs. 2 jStGB) angeklagt.⁴⁰

³⁷ Computerbetrug ist hier fraglich, weil der Computer nicht erkennt, ob der Täter die Flugkarte einem Dritten verschaffen will. Insofern gibt der Täter keine „falschen Daten“ ein.

³⁸ OG Tokyo, Urt. v. 16.11.2009 = Hanreijiho 2103, 158; Hanrei Times 1337, 280; Urteilsbesprechungen von *Shimao-ka*, Keijiho Journal 25 (2010), 50 und *Toyoda*, Hogaku Seminar 677 (2011), 125.

³⁹ In seiner Begründung hielt das OG die Annahme eines vollendeten Diebstahls für fragwürdig. X hatte aber die Tasche mit den Geldkarten so gelegt, dass er sie nach Erhalt der PIN jeden Moment leicht aufnehmen konnte. Unter diesen Umständen verhält es sich wie beim bereits begründeten Gewahrsam an der Geldkarte.

⁴⁰ Dass X erst die Geldkarte gestohlen hatte, wurde als Diebstahl angeklagt.

b) Urteil des LG Saitama

Nach dem Urteil der zweiten Instanz verneinte das erstinstanzliche Gericht⁴¹ den Vermögensraub aus folgenden Gründen:

- (1) X habe sich bei seinem zwangsweisen Verlangen nach Mitteilung der PIN der von ihm gestohlenen Geldkarte noch keinen konkreten und aktuellen Vermögensvorteil verschafft, der mit dem Gewinn der Sache gleichgesetzt werden könne.
- (2) X habe sich auch sonst keinen „Vermögensvorteil verschafft“. Der „Vermögensvorteil“ im § 236 Abs. 2 jStGB sei auf den Vorteil begrenzt, der mit der „Verlagerungsmöglichkeit“ verbunden sei. Voraussetzung für den Tatbestand sei ein Nachteil (Vorteilsverlust) auf Seiten des Opfers, der durch Mitteilung der PIN noch nicht eingetreten sei.

Die erste Instanz hat deshalb alleine eine Nötigung angenommen.

c) Urteil des OG Tokyo

Dagegen hat das OG Tokyo auf Vermögensraub erkannt:

- (1) Die Kenntnis der mitgeteilten PIN ermögliche es, dass X Geld vom Konto des A abheben kann, ihm mithin einen konkreten Vermögensvorteil verschafft, der bei einer Sache der Gewahrsamsverlagerung entspricht.
- (2) Um den Abs. 2-Raub zu bejahen, sei eine unmittelbare Verlagerung des Vermögensvorteils vom Opfer zum Täter unnötig. Es verhalte sich wie bei den zwei Seiten einer Medaille: Der Nachteil des Opfers korrespondiere mit dem Vorteil beim Täter. Es bedürfe keiner vollständigen Entsprechung zwischen Vorteil und Nachteil, sondern eine gewisse Entsprechung.

X kann sich mit der Geldkarte des A mittels mechanischer Identifikation über die Eingabe der korrekten PIN ohne weiteres Geld auszahlen lassen. In tatsächlicher Hinsicht beherrscht er das Konto wie der berechtigte Gläubiger. Deshalb liege bereits im Besitz der Geldkarte bei Kenntnis der PIN ein Vorteil. Ihn habe, so die Entscheidung, X mit der Verwendung von Karte und PIN erlangt“. Im Hinblick auf die Entsprechung von Vor- und Nachteil nehme X die Stelle desjenigen ein, der Rückzahlung fordern kann, worin der Vorteil liege. A wiederum erleide den Nachteil, der sich nach der Höhe des ausgezahlten Betrags bemisst, sofern ein zumindest relativer Verlust der Herrschaft über sein Sparkonto eingetreten ist.

Das Argument der ersten Instanz, die auf X beschränkte Kenntnis der PIN sei noch kein Verlust des Vermögens, verkenne, dass die PIN nicht nur Information liefere, sondern auch eine wirtschaftliche Funktion habe.

⁴¹ LG Saitama (Zweigstelle Kawagoe), Urt. v. 1.6.2009 (nicht veröffentlicht).

Fraglich sei nicht die Stoffgleichheit der Gefährdung, sondern die der Verletzung.

V. Analyse und Problemlösung

Alle drei Probleme im Verhältnis der Eigentums- und Vermögensdelikte lassen sich bei folgendem Ausgangspunkt lösen:

- (1) Sachdelikte verdrängen die Vermögensdelikte im Rahmen der Gesetzeskonkurrenz wegen Spezialität.
- (2) Vermögensdelikte sind keine Gefährdungsdelikte. Für ihre Vollendung ist es erforderlich, nicht nur die Chance, auf deren Grund man einen Vermögensvorteil bekommen kann, zu erhalten, sondern sie auch realisiert zu haben.

1. Sachbetrug vor dem Vermögensdelikt

Bei An- und Verkaufsgeschäften liegt der Betrug sowohl in Bezug auf die Sachen als auch auf das Vermögen vor: Wenn z.B. jemand eine Kamera per Internet-Auktion verkauft und vom Käufer den Kaufpreis vorab per Banküberweisung erhält, dann aber die Kamera nicht liefert, begeht er einen „Vermögensbetrug“. Wenn der Käufer sich die Kamera vom Verkäufer schicken lässt, ohne anschließend zu bezahlen, begeht er einen „Sachbetrug“.

Wird die Tat beim Kreditkartenmissbrauch zum Zwecke eines Warenkaufs begangen, sollte – wenn überhaupt ein Betrug vorliegt – ein Sachbetrug angenommen werden. Betrug kann in diesem Fall aber nicht alleine deshalb angenommen werden, weil das Handlungsobjekt eine Sache ist. Erschwindelt sich der Kreditkarteninhaber in einem Laden eine Sache, liegt ein Sach- und kein Vermögensbetrug vor.

Im obigen Erpressungsfall ging es dem Täter um das Geld (die Sache). Aber er wollte es per Banküberweisung bekommen. Wenn das Opfer die Summe überweist, gelangt das Vermögen in die Herrschaftssphäre des Täters. Deswegen ist dieser Fall eigentlich auch ein Vermögensdelikt. Das Urteil des LG nimmt jedoch eine Sacherpressung an. Folgt man dem, scheint die Tat erst dann vollendet zu sein, wenn der Täter das Geld (die Sache) in seinen Händen hält. Selbst wenn man hier von einem Vermögensdelikt ausgeht, fehlt es an der Vollendung, weil der Täter mangels Kontoherrschaft noch nicht über das Vermögen verfügen kann. Daraus folgt, dass auch die Vermögenserpressung nur versucht ist. Die Sacherpressung ist zur Vermögenserpressung speziell und geht ihr deshalb vor. Lässt sich der Täter das Geld tatsächlich auszahlen, verschafft er sich das Geld (die Sache). Dann wird die vollendete Vermögenserpressung von der Scheinerpressung konsumiert.

Im Handy-Shop-Fall beging der Täter zuerst einen Betrug und dann, vor Vollendung, einen Diebstahl desselben Handlungsobjekts (Handy). Hier wird von der Rechtsprechung alleine Diebstahl in „pauschaler Tateinheit“ angenommen.⁴²

Weil der Betrug „mitbestrafte Vortat“ ist, ließe sich auch Gesetzeinheit annehmen. Der Betrug bezüglich des Handy-Nutzungsvertrags scheint zwar bereits mit Vertragsabschluss vollendet zu sein, doch ist der Vermögensbetrug erst dann vollendet, wenn der Täter sich nach Auslieferung des Telefons einen Vermögensvorteil verschaffen kann. Deswegen ist hier ein Sachbetrug anzunehmen.

2. Vollendungszeitpunkt des Vermögensbetruges

Wer eine Geldkarte mit Gewalt oder Drohung raubt und dabei gleichzeitig die PIN des Kontos erfährt, wird nur wegen Raubes der Geldkarte, nicht wegen des Raubes des Vermögens bzw. des Geldes auf dem Konto bestraft. Wer die geraubte Geldkarte am Geldautomaten verwendet, wird wegen Raubes der Karte und wegen Diebstahls des Geldes in Realkonkurrenz bestraft. Weil der Diebstahl zu einer neuen Rechtsgutsverletzung führt, sollte der Geldkartenräuber im obigen Fall nur wegen Sachraubs (§ 236 Abs. 1 jStGB) der Geldkarte bestraft werden, nicht aber zusätzlich wegen Vermögensraubs (§ 236 Abs. 2 jStGB).

Wenn sich der Täter durch Täuschung eine Leihkarte beschafft, liegt Sachbetrug vor. Wenn er aber zuerst die Leihkarte legal oder illegal bekommt und sich anschließend betrügerisch ein Entleihungsrecht eintragen lässt, begeht er nach der Rechtsprechung einen Vermögensbetrug (im illegalen Fall: in Realkonkurrenz mit Diebstahl). Vermögensbetrug liegt demnach vor, wenn man mit der Kreditkarte eines Fremden via Internet ein Flugticket kauft und dann via Mail die Reservierung bestätigt wird. Erhält man später die Quittung in Papierform, liegt Sachbetrug vor.

So gesehen scheinen der Sach- und der Vermögensbetrug in tatsächlicher wie funktionaler Hinsicht mit Blick auf den Zeitpunkt der Vollendung parallel zu liegen. Dieses Ergebnis ist kriminalpolitisch wie aus Gründen der Gleichbehandlung richtig. Aber das Kriterium zur Beurteilung der Vollendung unterscheidet sich in beiden Fällen. Beim Sachbetrug ist Vollendung mit der Verlagerung des Gewahrsams an der Sache anzunehmen. Beim Vermögensbetrug geht es demgegenüber um die Verlagerung des Vermögensvorteils. Beim Ticketkauf am Schalter liegt dann ein Sachbetrug vor, wenn das Ticket gekauft wird, um es an einen Fremden weiterzugeben. Dann beschafft der Täter sich das Ticket. Liegt aber ein vollendeter Vermögensbetrug vor, wenn er das Ticket zwar am Schalter kauft, dann aber nur eine Mail mit Reservierungsnummer (mithin keine Sache) erhält? Zwar ist hier ein in der Zukunft liegender Transportvorteil anzunehmen, aber der Vermögensvorteil als solcher und die Möglichkeit, ihn zu realisieren, müssen unterschieden werden. Hier spielt wieder die Stoffgleichheit von Vorteil und Nachteil eine Rolle. Der Vermögensvorteil des Täters ist der Zugang zu einer Ausgabestelle, bei der er den Vermögensvorteil realisieren kann. Der Vermögensverlust der Fluggesellschaft ist dementsprechend die Verpflichtung, den Täter künftig zu

⁴² Dem Urteil des OG Tokyo lässt sich nicht entnehmen, ob die Staatsanwaltschaft auch Betrug angeklagt hatte. Vermutlich hat sie nur wegen Diebstahls Anklage erhoben, weil der Betrug im Endeffekt sowieso vom Diebstahl konsumiert

wird. Der Begriff des „Pauschaldelikts“ ist in Japan sehr verbreitet. Seit Abschaffung des „fortgesetzten Delikts“ (§ 55 jStGB a.F.) von 1947 verwendet man ihn öfter auch für ungleichartige sukzessive Taten.

transportieren. Aber auf einem Buchungsplatz zu stehen, ist noch kein Vermögensverlust, sondern die Gefahr eines späteren Verlustes. Vermögensdelikte sind aber keine Gefährdungs-, sondern Verletzungsdelikte.

Anders muss die Frage nach der Strafbarkeit der Tat als Betrugsversuch beantwortet werden. Denn es ist wohl möglich, dass der Anfang der Tatausführung schon feststellbar ist, wenn der Täter unmittelbar vor seiner letzten Handlung zum Erfolgseintritt steht, obwohl es noch einer weiteren Handlung bedarf. So muss etwa der Täter noch die letzte Boarding-Stelle passieren oder es muss beim Kontonummernraub noch die Eingabe am Geldautomaten erfolgen. Ob in diesen Fällen nach der Rechtsprechung Betrug- oder Raubversuch angenommen werden kann, hängt von den Tatumständen, dem Abstand zum Eintritt des Erfolgs, dem Plan des Täters oder der Umgebung am Tatort ab.

VI. Fazit

Meiner Ansicht nach lässt sich in der japanischen Judikatur die Tendenz feststellen, den Tatbestand des Betrugs kontinuierlich auszudehnen. Mir scheint, dass die Judikatur beim Betrugstatbestand nicht nur am Vermögensschutz interessiert ist, sondern auch an anderen Zwecken, wie der Verbürgung der Identität von Bankkunden oder dem Schutz vor illegaler Einwanderung. Der Vermögensverlust, der in den genannten Entscheidungen angenommen wird, ist nicht mehr als ein Nebeneffekt der in Frage stehenden Taten. Dass man bereits die Möglichkeit des Zugriffs als vollendeten Betrug qualifiziert, lässt aus dem Verletzungsdelikt des Betrugs ein Gefährdungsdelikt werden.

Strafbarkeit wegen falscher Verdächtigung im Lichte des nemo tenetur-Grundsatzes nach polnischem Strafrecht

Von Prof. Dr. Andrzej Zoll, Krakau

Ich wünsche der verehrten *Jubilarin* viele Jahre in Gesundheit und Freude in ihrer wissenschaftlichen und beruflichen Tätigkeit und möchte aus diesem Anlass einen bescheidenen Beitrag zur Diskussion über ein wichtiges Problem im Schnittpunkt zwischen dem materiellen Strafrecht und dem Strafprozessrecht vorlegen. Die Aktivität der *Jubilarin* in der Strafrechts- und Strafprozesslehre sowie als Rechtsanwältin wird meine Wahl begründen.

Das verfassungsrechtlich garantierte Recht des Angeklagten auf Verteidigung¹ enthält eine Reihe von Einzelgrundsätzen. Einer von ihnen ist der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* mit dem Verbot, von dem Beschuldigten zu verlangen, ihn belastende Beweismittel vorzulegen.² Dieser Grundsatz ist mit den Prozessgrundsätzen der Unschuldsvermutung (*praesumptio boni viri*) und der Entscheidung zugunsten des Angeklagten beim Vorliegen unwiderlegbarer Zweifel (*in dubio pro reo*) eng verbunden. Die genannten Grundsätze bezwecken eine solche Gestaltung des Rechts auf Verteidigung, dass eine fälschlicherweise der Begehung einer Straftat beschuldigte Person nicht strafrechtlich belangt wird. Sie haben somit nicht nur die Belange des Angeklagten, vielmehr auch die der Rechtspflege zu schützen.

In der polnischen Strafrechtslehre³ und der Rechtsprechung wird der Umfang der Rechtfertigung des Verhaltens des Angeklagten im Rahmen des Rechts auf Verteidigung nicht einheitlich verstanden. Hat das Recht auf Verteidigung zu bedeuten, dass der Angeklagte das Recht hat, zu schweigen oder dass er von der strafrechtlichen Verantwortung wegen des Inhalts seiner Angaben bzw. Aussagen zu befreien ist, wenn dieser Inhalt die tatbestandsmäßigen Merkmale verwirklicht?⁴ Auf dem Boden des polnischen Rechts können die in Art. 233 § 1 polnStGB (Falschaussage), Art. 234 polnStGB (falsche Beschuldigung), Art. 236 § 1 polnStGB (Verheimlichung von Beweisen für die Unschuld einer der Begehung einer Straftat verdächtigen Person) oder Art. 240 § 1 polnStGB (Nichtanzeige einer Straftat) bezeichneten Straftatbestände in Frage kommen. Die Regelung enthält des Weiteren die Möglichkeit, von der in Art. 236 § 1 polnStGB bezeichneten Straftat abzusehen. Dies ist im Hinblick auf den

in Art. 236 § 2 vorgesehenen Ausschluss der Strafbarkeit dann der Fall, wenn Beweismittel zugunsten des Tatverdächtigen (sei es – um an dieser Stelle an die im polnischen Strafrecht geläufige, vorliegend nicht erhebliche Unterscheidung von Straftat und Finanzstraftat anzuschließen – eine Straftat oder auch eine Finanzstraftat, eine Übertretung, speziell eine Finanzübertretung oder auch eine Disziplinarverfehlung) verheimlicht werden, weil der Verdächtige die Strafverfolgung gegen sich selbst oder einen „Allernächsten“⁵ befürchtet. Dasselbe gilt für eine Straftat nach Art. 240 § 1 polnStGB – ebenfalls wegen der in § 3 dieser Vorschrift vorgesehenen Straffreiheit –, wenn der Täter die Benachrichtigung des zuständigen Verfolgungsorgans aus Angst vor der ihm oder einem Allernächsten drohenden Strafverfolgung unterlassen hat. Der Gesetzgeber selbst setzt somit in solchen Fällen die fehlende Strafbarkeit einer der Begehung einer Straftat (potentiell) verdächtigen Person wegen Verheimlichung von Beweisen für die Unschuld einer anderen der Begehung dieser Straftat verdächtigen Person (auch bei Vernehmung als Beschuldigter bzw. Zeuge) oder wegen Nichtbenachrichtigung voraus. Art. 236 § 2 polnStGB findet auch dann Anwendung, wenn sich die Verheimlichung von Unschuldsbeweisen auf eine Person bezieht, die der Begehung einer anderen Straftat verdächtigt wird, die jedoch mit der Straftat im Zusammenhang steht, deren Begehung die Unschuldsbeweise verheimlichende Person verdächtigt wird.

Die Aufnahme der Straffreiheitsklausel in Art. 236 § 2 polnStGB und Art. 240 § 3 polnStGB gibt zweifelsfrei Anlass zu einer inhaltlichen Interpretation jener Vorschriften, in denen eine solche Klausel fehlt. Es geht insbesondere um Art. 234 polnStGB – falsche Beschuldigung der Begehung einer Straftat (auch einer Finanzstraftat), einer Übertretung (auch einer Finanzübertretung) bzw. einer Disziplinarverfehlung.

Es gilt zunächst die Frage zu beantworten, ob ein Verdächtiger bzw. ein als Zeuge vernommener Täter, der im Verfahren wegen der Begehung einer Straftat Aussagen macht, wegen Falschaussage strafrechtlich belangt werden kann.

Es sei in diesem Zusammenhang vor allem auf die Tatbestandsmerkmale des Art. 233 § 1 polnStGB hingewiesen, in dem als ursächliche Handlung eindeutig die Aussage bestimmt wurde. Eine so definierte Handlung wird weder von einem im vorbereitenden Verfahren als Verdächtiger noch von einem im Gerichtsverfahren als Angeklagter Vernommenen verwirklicht. Angaben in solchen Vernehmungen ver-

¹ Siehe Art. 42 Abs. 1 Verfassung der Republik Polen, Art. 6 polnStPO sowie Art. 14 Abs. 3 lit g des Internationalen Pakts über Bürgerliche und Politische Rechte (Dz. U von 1977 Nr. 38, Pos. 168).

² Art. 74 § 1 polnStPO: „Ein Angeklagter hat weder die Pflicht, seine Unschuld zu beweisen, noch die Pflicht, belastende Beweismittel vorzulegen“.

³ Mit diesem Grundsatz befasste sich in seiner Monographie *Sobolewski*, Samooskarzenie w świetle prawa karnego (*nemo se ipsum accusare tenetur*) – Selbstbeschuldigung im Lichte des Strafrechts (*nemo se ipsum accusare tenetur*), 1982.

⁴ Gem. Art. 175 § 1 polnStPO hat der Angeklagte das Recht, Angaben zu machen oder sie zu verweigern. Ein Zeuge dagegen hat Aussagen zu machen (Art. 177 § 1 polnStPO).

⁵ Das polnische Strafrecht unterscheidet zwischen „Allernächstem“ und nur „Nahestehendem“. Die Allernächsten (Art. 115 § 11 polnStGB) sind der Ehegatte, der Aszendent und der Deszendent, die Geschwister, der in der gleichen Linie oder im gleichen Grad Verschwägte, eine im Adoptionsverhältnis stehende Person und deren Ehegatte sowie eine in faktischer Lebensgemeinschaft stehende Person.

wirklichen deshalb keine der in Art. 233 § 1 polnStGB bezeichneten Tatbestandsmerkmale. In einem solchen Fall braucht es deshalb keine weitere Begründung für den Ausschluss der Strafbarkeit wegen falscher Angaben, da der in eigener Sache vernommene und falsche Angaben machende Verdächtige bzw. Angeklagte nicht die in Art. 233 § 1 polnStGB bezeichneten Tatbestandsmerkmale verwirklicht. Ein solches Verhalten ist, wie man wohl sagen darf, bereits tatbestandlich und nicht erst wegen Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes (sekundäre Legalität) straflos.

Dem Recht auf Verteidigung als Rechtfertigungsgrund kommt aber auch auf dem Boden des Art. 233 § 1 polnStGB Bedeutung zu. Es betrifft nämlich den Inhalt der Aussagen einer als Zeuge hinsichtlich der Begehung einer Straftat vernommenen Person, der im Nachhinein die Begehung dieser Straftat vorgeworfen wird. Steht dem Verdächtigen das Recht auf Verteidigung erst ab der formellen Beschuldigung oder bereits früher zu? Gilt der Ausschluss der Strafbarkeit wegen Falschaussage auch für einen Verdächtigen bzw. Angeklagten, der im Strafverfahren gegen eine andere Person wahrheitsgemäße Aussagen macht, mit denen er sich selbst möglicherweise belastet? Und schließlich: Endet das die Falschaussage ausschließende Recht auf Verteidigung als Rechtfertigung mit der rechtskräftigen Entscheidung (Verurteilung bzw. Freispruch) oder besteht es weiter und – wenn ja – bis zu welchem Zeitpunkt?

Nicht ohne Bedeutung für die Beantwortung der vorstehenden Fragen ist die in Art. 233 § 3 polnStGB bestimmte Grundlage für den Ausschluss der Strafbarkeit, wenn der Betroffene in Unkenntnis seines Aussageverweigerungsrechts oder seines Rechts, die Beantwortung bestimmter Fragen zu verweigern, aus Angst vor einer ihm selbst oder einem Allernächsten drohenden Strafverfolgung eine falsche Aussage macht. Das Aussageverweigerungsrecht und das Recht, die Beantwortung bestimmter Fragen zu verweigern – in dem durch das *nemo tenetur*-Prinzip erfassten Umfang –, sind in Art. 182 § 3 polnStPO⁶ und Art. 183 § 1 polnStPO⁷ bestimmt.

Aus Art. 233 § 3 polnStGB in Verbindung mit Art. 182 § 3 polnStPO und Art. 183 § 1 polnStPO wäre zu schließen, dass der polnische Gesetzgeber das Modell „Wahrheit sagen oder schweigen“ angenommen und im Rahmen des Rechts auf Verteidigung die Möglichkeit der Aussage- bzw. Auskunftsverweigerung eingeräumt hat. Eine Strafbarkeit wegen Falschaussage setzt die Kenntnis des Aussagenden über das ihm zustehende Schweigerecht voraus. Bei Unkenntnis dieses Rechts spricht das Gesetz von „Nichtbestrafung“, was darauf hinweist, dass in diesem Fall weder die Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen noch Rechtfertigungsgründe vorlie-

gen. Im letzteren Fall bedient sich das Gesetz der Formel „keine Straftat begeht“. Der Gesetzgeber sieht somit die Falschaussage bei Unkenntnis des dem Aussagenden zustehenden Schweigerechts als ein Verhalten, das die Tatbestandsmerkmale einer unter Androhung von Strafe verbotenen Tat verwirklicht, als ein rechtswidriges, aus kriminalpolitischen Gründen aber straffreies Verhalten an. Ob eine solche Qualifizierung der unter Umständen gem. Art. 233 § 3 polnStGB gemachten Aussagen dogmatisch richtig ist, ist nicht unumstritten. Anders übrigens werden die unter solchen Umständen gemachten Aussagen durch das Oberste Gericht (OG) qualifiziert, das in seinem Urteil vom 12.2.2009⁸ feststellte: „Keine Straftat der Falschaussage (Art. 233 § 1 polnStGB) begeht, wer vorsätzlich unwahre Aussagen hinsichtlich der Umstände macht, die für die Verwirklichung seines Rechts auf Verteidigung von Bedeutung sind (Art. 6 polnStPO)“. Aus den Urteilsgründen ging nicht hervor, ob der Falschaussagende über das ihm zustehende Aussageverweigerungsrecht bzw. das Recht, die Beantwortung bestimmter Fragen zu verweigern, belehrt worden ist. Es ist somit anzunehmen, dass das Oberste Gericht die unter solchen Umständen gemachten Falschaussagen als einen wegen Vorliegens des gesetzlichen Konträrtypus (Recht auf Verteidigung) rechtswidrigkeitsausschließenden Umstand qualifiziert.

Umstritten bleibt aber nach wie vor, ob Falschaussagen einer über das Aussage- bzw. Auskunftsverweigerungsrecht belehrten Person in der Situation, in der wahre Aussagen ihre Prozesssituation verschlechtern würden, die Strafbarkeit wegen der Straftat gem. Art. 233 § 1 polnStGB begründen. Auf die so formulierte Frage gibt das Schrifttum verschiedene Antworten. In der älteren Fachliteratur wurde angenommen, dass die trotz Belehrung über das Aussage- bzw. Auskunftsverweigerungsrecht gemachten Falschaussagen eine Strafbarkeit wegen Falschaussage begründen (jetzt Art. 233 § 1 polnStGB). Diesen Standpunkt vertraten u.a. *Młynarczyk*⁹ und *Wąsek*¹⁰.

Zu den bestehenden Zweifeln bezog das OG in seinem Beschluss vom 20.9.2007¹¹ unmittelbar Stellung. In der Begründung zum Beschluss bewertet das OG kritisch die in Art. 233 § 3 polnStGB und in Art. 183 § 1 polnStPO angenommene Lösung wegen der ihr anhaftenden inneren Widersprüchlichkeit und der Unvereinbarkeit mit den verfassungs- und prozessrechtlichen Garantien des Rechts auf Verteidigung. Aus diesen Gründen kann die Möglichkeit, die Beantwortung der Frage unter Umständen gem. Art. 183 § 1 polnStGB zu verweigern, nach Auffassung des OG von minimaler praktischer Bedeutung sein. Unter Berufung auf die Meinung von *Sowiński*¹² stellt das OG fest, dass der diskutierte Konstruktion „ein angeborener Mangel anhaftet, den

⁶ „Das Zeugnisverweigerungsrecht steht auch einem Zeugen zu, der in einer anderen anhängigen Sache wegen Beteiligung an der Straftat angeklagt ist, auf die sich das Verfahren erstreckt.“

⁷ „Jeder Zeuge kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen seiner nächsten Angehörigen der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat oder einer Fiskalstraftat verfolgt zu werden“.

⁸ III KK 339/08, LEX Nr. 486545

⁹ *Młynarczyk*, *Falszywe zeznania w polskim prawie karnym* (Falschaussagen im polnischen Strafrecht), 1971, S. 153 f.

¹⁰ *Wąsek*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* z. 3-4/1992, 73.

¹¹ I KZP 26/07, OSNKW 10/2007, Pos. 71.

¹² *Sowiński*, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym* (Das Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess), 2004, S. 126.

keine Kur zu heilen vermag“. Wir haben es somit mit einer Desavouierung einer gesetzlichen Lösung durch das OG zu tun. Angebracht wäre in diesem Fall der in der Verfassung vorgesehene Weg¹³ und der Antrag an den Verfassungsgerichtshof auf Prüfung der Vereinbarkeit des Art. 183 § 1 polnStPO i.V.m. Art. 233 § 1 polnStGB mit der Verfassung.

Das OG stellte somit fest, dass unabhängig von der Belehrung über das Aussage- und Auskunftsverweigerungsrecht „keine Falschaussage (Art. 233 § 1 polnStGB) begeht, wer vorsätzlich unwahre Aussagen hinsichtlich der für die Verwirklichung seines Rechts auf Verteidigung relevanten Umstände gemacht hat (Art. 6 polnStPO)“. Das Recht auf Verteidigung stelle das Recht auf Verteidigung des Menschen, und nicht seiner Rolle bzw. seines Status im Strafverfahren dar.¹⁴ Folglich könne es nicht von der Prozessrolle der Verurteilten und insbesondere davon abhängig gemacht werden, ob ihm die Tat bereits zur Last gelegt worden ist oder noch ein ad rem-Verfahren geführt wird. Unter Verweis auf Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte¹⁵ stellte das OG fest, der nemo tenetur-Grundsatz habe einen weiteren Anwendungsumfang als die Prozessgarantien des Beschuldigten (Angeklagten bzw. Verdächtigen). „Er schützt nämlich auch jeden zur Abgabe von Prozessklärungen verpflichteten Verfahrensbeteiligten (Zeugen, Sachverständige, Verfahrensparteien), dem bei Straftataufdeckung die Strafverfolgung drohen würde.“¹⁶

In der Begründung zum erwähnten Beschluss führte das OG ausführliche Argumente dafür an, den Ausschluss der Strafverantwortung des Zeugen wegen Falschaussagen hinsichtlich des Verhaltens des Zeugen, das seine Strafverantwortung begründen könnte, als einen Rechtfertigungsgrund (Konträrtypus) zu betrachten.

Das I-Tüpfelchen stellte, wie man wohl sagen kann, das Urteil des OG vom 30.6.2009¹⁷ dar. „Das Handeln des Angeklagten im Rahmen des ihm zustehenden Rechts auf Verteidigung“ – so das OG – „stellt einen Konträrtypus dar, der die Rechtswidrigkeit der Falschaussage ausschließt und insbesondere in den Vorschriften von Art. 6, Art. 74 § 1 und Art. 175 polnStPO begründet ist. Liegen also im Zusammenhang mit einem bestimmten Ereignis die Voraussetzungen für

die Strafverfolgung einer konkreten Person vor, so kann ihr nicht zugleich die Falschaussage hinsichtlich des Verlaufs dieses Ereignisses zur Last gelegt werden, selbst dann nicht, wenn sie vor der Erhebung der den Vorwurf der Straftatbegehung begründenden Beweise vernommen worden ist. In einer solchen Situation sind Aussagen dieser Person für die Verwirklichung ihres Rechts auf Verteidigung immer von Belang“.

Fasst man dies zusammen, dann begeht nach Auffassung vor allem des Obersten Gerichts, aber auch eines Teils der Strafrechtlehre, keine Straftat gem. Art. 233 § 1 polnStGB, wer Aussagen über Umstände macht, die ihn belasten. Dies gilt für alle Phasen des Strafverfahrens und unabhängig von einer Belehrung. Dogmatisch begründet wird die fehlende Strafbarkeit der Falschaussage durch die Situation des Konträrtypus, d.h. dem Vorliegen einer Rechtfertigung, der sekundären Legalität aufgrund eines Güterkonflikts.

Dies ist meines Erachtens ein überzeugender Standpunkt. Mein einziger Zweifel gilt der Nichtbeachtung des Inhalts von Art. 233 § 3 polnStGB und Art. 183 § 1 polnStPO. Das OG nimmt eine Rechtfertigung entgegen der eindeutigen Regelung des Gesetzes, d.h. des Gesetzgebers an. Es kommen somit Zweifel verfassungsrechtlicher Natur auf, insbesondere in Bezug auf die Verletzung des sich aus Art. 10 VerfRP ergebenden Prinzips der Gewaltenteilung. Die bereits gefestigte Rechtsprechung des OG lässt sich nur dann mit der geltenden Rechtsordnung vereinbaren, wenn sie der Vorentscheidung des Gesetzgebers entspricht.

Die Feststellung der fehlenden Strafbarkeit wegen Falschaussage einer ihr Recht auf Verteidigung in den durch das OG festgelegten Grenzen wahrnehmenden Person ist noch nicht für die Beantwortung der Frage entscheidend, ob der Aussagende wegen einer anderen als in Art. 233 § 1 polnStGB bezeichneten Straftat strafrechtlich belangt werden kann, wenn der Inhalt seiner Aussagen die Tatbestandsmerkmale einer unter Strafantrohung verbotenen Tat verwirklicht. Dasselbe gilt auch für die vom Verdächtigen bzw. Angeklagten gemachten Angaben. Entsprechend dem hiesigen Thema geht es mir um die mögliche Strafbarkeit einer solchen Person wegen einer Straftat nach Art. 234 polnStGB. Die fehlende Strafbarkeit wegen Falschaussage bzw. falscher Angaben begründet noch nicht die fehlende Strafbarkeit wegen der durch den Inhalt dieser Aussagen bzw. Angaben verwirklichten Tatbestandsmerkmale der falschen Beschuldigung der Begehung einer Straftat, einer Übertretung bzw. einer Disziplinarverfehlung. Einen anderen Standpunkt nahm in dieser Frage *Szewczyk* ein. Für ihn ist mit Rücksicht auf die Einheit der Rechtsordnung davon auszugehen, „dass, wenn der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Angeklagte wegen seiner falschen Beweiserklärungen niemals strafrechtlich belangt wird [...], unter Würdigung dieser Lösung konsequenterweise auch dem Standpunkt zuzustimmen wäre, dass dieselben Gründe ausreichend sind, um ihn von der Strafverantwortung wegen jeder, nur durch Abgabe von falschen Erklärungen zustande gekommenen Straftat zu befreien“¹⁸. Diese Argumentation ist allerdings nicht korrekt. Für die Strafbar-

¹³ Siehe Art. 193 VerfRP: „Jedes Gericht kann dem Verfassungsgerichtshof eine Rechtsfrage bezüglich der Vereinbarkeit eines Normativaktes mit der Verfassung, den ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen oder dem Gesetz vorlegen, wenn von der Beantwortung der Rechtsfrage die Entscheidung einer bei dem Gericht anhängigen Sache abhängig ist.“

¹⁴ Siehe *Dudek*, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie* (Verfassungsrechtliche Freiheit des Menschen und Untersuchungshaft), 1999, S. 202

¹⁵ Siehe Fn. 1.

¹⁶ Begründung zum Beschluss des OG (siehe Fn. 9). Einen ähnlichen Standpunkt vertreten in der polnischen Fachliteratur *Sobolewski* (Fn. 3), S. 11 und *Wiliński*, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym* (Der Grundsatz des Rechts auf Verteidigung im polnischen Strafprozess), 2006, S. 356.

¹⁷ V KK 25/09, LEX Nr. 512071.

¹⁸ *Szewczyk*, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 12/2004, 682.

keit wegen falscher Verdächtigung sprechen nämlich andere Gründe als für den Ausschluss der Strafbarkeit wegen Falschaussage bzw. Falschangaben. Neben dem (den Konträrtypus des Rechts auf Verteidigung begründenden) Interesse der Justiz kommen im Falle der falschen Beschuldigung auch noch die Rechtsgüter der falsch beschuldigten Person ins Spiel sowie die Gefahr einer ungerechten Verurteilung und somit eine Gefahr für die Justiz in einem anderen Aspekt, als es bei der Begründung des Rechts auf Verteidigung der Fall ist.

Für die Absicht des Gesetzgebers, wegen falscher Beschuldigung auch denjenigen strafrechtlich zu belangen, der mit seinen Aussagen bzw. Angaben fälschlicherweise eine andere Person beschuldigt, um sich auf diese Weise der Strafverantwortung zu entziehen, spricht der Umstand, dass Art. 234 polnStGB keine Straffreiheitsklausel enthält, wie sie in Art. 236 § 2 polnStGB und Art. 240 § 3 polnStGB vorgesehen ist. Aber auch hinsichtlich dieser Frage sind die Meinungen der Rechtslehre und der Rechtsprechung geteilt. Es lassen sich hierbei drei Auffassungen unterscheiden. Nach der ersten gibt es im besprochenen Fall keine Begründung für einen Ausschluss der Strafbarkeit wegen falscher Beschuldigung. Nach der zweiten liefert das Recht auf Verteidigung einen Rechtfertigungsgrund, d.h. es greift als rechtswidrigkeitsausschließender Konträrtypus ein. Nach der dritten Auffassung bleibt die Falschaussage bzw. falsche Angabe strafrei, allerdings nur in den Grenzen des tatsächlich wahrgenommenen Rechts auf Verteidigung; fehlt diese Voraussetzung, kann sich ein Beschuldigter durch Erklärungen im Prozess wegen falscher Beschuldigung strafbar machen.

Die im Fehlen der Straffreiheitsklausel in Art. 234 polnStGB verankerte erste Auffassung, fand in der früheren, noch auf der Grundlage des Strafgesetzbuches von 1932 ergangenen Rechtsprechung ihren Ausdruck. Das OG hielt die bei Abgabe von Prozessklärungen erfolgte falsche Beschuldigung im Urteil vom 24.4.1934 für strafbar.¹⁹ Aufrechterhalten wurde dieser Standpunkt durch das OG in der Zeit der Volksrepublik Polen. Im Beschluss der Strafkammer vom 18.2.1961²⁰ stellte das Gericht fest: „Wer vor einem für die Verfolgung von Straftaten zuständigen Organ eine andere Person bewusst fälschlicherweise der Begehung der ihm vorgeworfenen Straftat, einer anderen Straftat bzw. der Beteiligung an der Straftatbegehung beschuldigt, überschreitet das Recht auf Verteidigung und begeht ein Vergehen im Sinne des Art. 143 polnStGB (StGB von 1932 – Anm. des Verf.)“. In diesem Beschluss verwies das OG, in der Zeit der Volksrepublik Polen eher eine Ausnahme, auf die damals geltende Verfassung von 1952, die in Art. 76 die Wahrnehmung der zustehenden Rechte in Übereinstimmung mit den Vorschriften des Gesetzes und den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens zuließ. Die in der Ausübung des Rechts auf Verteidigung erfolgte falsche Beschuldigung verstieß nach Auffassung des OG nicht nur gegen das Recht (Art. 143 polnStGB von 1932), sondern auch gegen die Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens.

An den oben erwähnten Beschluss der Strafkammer wurde im Beschluss des OG in der Besetzung von sieben Richtern vom 29.6.1972 angeknüpft²¹, in dem das Gericht Folgendes feststellte: „Die vor einem Gericht gemachten Angaben des Angeklagten, in denen er einen Funktionär der Bürgermiliz fälschlicherweise der Anwendung von unerlaubten Vernehmungsmethoden beschuldigt, können eine Straftat im Sinne des Art. 178 § 1 polnStGB, und wenn der Täter zwecks Herabwürdigung dieses Funktionärs in der öffentlichen Meinung bzw. zwecks Gefährdung seines Vertrauenskredits handelt, eine Straftat im Sinne des Art. 178 § 2 polnStGB bilden“. Das Gericht schloss die Strafbarkeit des Täters der falschen Beschuldigung nach Art. 248 polnStGB von 1969 aus, weil es, anders als Art. 234 polnStGB von 1997, die Strafbarkeit wegen falscher Beschuldigung auf die vor einer für die Verfolgung von Straftaten zuständigen Behörde oder einem ebensolchen Amt beschränkte. Das Gericht sei keine solche Behörde bzw. Amt.

Diese Richtung der Rechtsprechung gehört keineswegs der Geschichte an.²² In dem erwähnten Urteil v. 30.6.2009²³ nahm das OG an, dass der im Rahmen des Rechts auf Verteidigung Falschaussagende wegen der Straftat im Sinne des Art. 233 § 1 polnStGB nicht zur Strafverantwortung gezogen werden kann. Es verzichtete dabei allerdings darauf, den abweichenden Standpunkt der Gerichte in den Vorinstanzen für falsch zu erklären.

Vertreten wurde der Standpunkt, wonach eine Strafbarkeit nach Art. 234 polnStGB vorliegt, auch in der älteren Fachliteratur. *Papierkowski* schrieb: „Selbst der weitest gehende Liberalismus der neuzeitlichen Gesetzgebungsrichtungen, der den Angeklagten mit Rechten der Prozesspartei ausstattet, darf bestimmte Grenzen nicht überschreiten; deren Überschreitung käme der Einführung des Unrechts in die Rechtsordnung gleich. Jene Grenze, an der das Recht des Angeklagten auf Verteidigung endet und dessen verbrecherische Tätigkeit beginnt, bildet die Heranziehung zu Verteidigungszwecken solcher Maßnahmen, die als ein Angriff auf Rechtsgüter Dritter anzusehen sind“²⁴. Ähnlicher Meinung war auch *Śliwiński*.²⁵

Ein entschiedener Anhänger der zweiten Auffassung, nach der die Strafbarkeit entfällt, war *Cieślak*.²⁶ Seinem Standpunkt lagen Argumente praxeologischer Natur zugrunde. Nach Auffassung von *Cieślak* sei es lohnender, eine sozial-schädliche falsche Beschuldigung durch den Angeklagten straflos zu lassen, als ihn zur Strafverantwortung zu ziehen. Falsche Angaben des Angeklagten dürften nach Auffassung dieses Autors nach keiner Strafvorschrift als eine Straftat qualifiziert werden. Diesen Standpunkt vertritt heute vor

²¹ VI KZP 67/71, OSNKW 10/1972, Pos. 150.

²² Siehe OG, Beschl. v. 25.4.1995 – II KO 6/95 = Prokuratura i Prawo 7-8/1995, Beiheft Pos. 7.

²³ V KK 25/09, LEX 512071.

²⁴ *Papierkowski*, Głos Prawa 9-10/1935, 9 f.

²⁵ *Śliwiński*, Polski proces karny przed sądem powszechnym (Der polnische Strafprozess vor ordentlichen Gerichten), 1959, S. 189.

²⁶ Siehe *Cieślak*, Państwo i Prawo 11/1973, 183 f.

¹⁹ 2 K 289/34, Zb.O. 268/34.

²⁰ VI KO 29/59, OSNCK 2/1961, Pos. 20.

allem *Szewczyk*.²⁷ Wie bereits erwähnt, stützt diese Autorin ihren Standpunkt auf die allgemein anerkannte Straffreiheit wegen Abgabe von falschen Prozesserkklärungen durch eine Person, der das Recht auf Verteidigung zusteht (Art. 233 § 1 polnStGB) und die sich daraus mit Rücksicht auf die Kohärenz des Rechtssystems zu ergebende Straffreiheit wegen falscher Verdächtigung.

Nach der heute vorherrschenden Lehre²⁸ und der Rechtsprechung ist die Strafflosigkeit dann anzunehmen, wenn die falsche Beschuldigung nicht nur neben anderen Motiven, sondern unmittelbar dem Recht auf Verteidigung diene. Die für diese Auffassung wohl repräsentativste Entscheidung ist, zumindest bis jetzt, der Beschluss des OG v. 11.1.2006.²⁹ In der Begründung zu diesem Beschluss stellte das OG Folgendes fest: „Es sollte [...] offensichtlich sein, dass die Verteidigung des Angeklagten nicht uneingeschränkt, per fas et nefas, sondern in den durch die Vorschriften des Rechts festgesetzten Grenzen verwirklicht werden darf. Sowohl die Konstruktion der Verteidigung als Prozesstätigkeit selbst als auch das Recht auf diese Verteidigung bilden nämlich Einrichtungen des Rechts, so dass sie mit rechtlich vorgesehenen (zulässigen) Mitteln und Maßnahmen zu realisieren sind und nur dieses Recht jenes ‚nefas‘, d.h. die ‚Ruchlosigkeit‘ bestimmter Verteidigungshandlungen des Angeklagten in einem bestimmten Umfang zulassen kann.“ Des Weiteren hielt das Gericht fest: „[...] der Angeklagte trägt keine Strafverantwortung wegen der sich aus seinen falschen Angaben ergebenden Inhalte, solange diese Angaben der Verwirklichung seiner Verteidigung dienen“. Dieser Standpunkt umfasst somit auch die falsche Beschuldigung.

Man kann unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit diesem Standpunkt des OG zustimmen, auch wenn diese „Billigkeit“ in diesem Fall nicht ganz eindeutig ist. Nur schwer kann ich mich aber, wie es auch bei der Interpretation der Strafbarkeit wegen Falschaussage der Fall war, kommentarlos über den Inhalt des Strafgesetzbuches hinwegsetzen. Dass in der Vorschrift über falsche Beschuldigung die Straffreiheitsklausel fehlt, während sie in Bezug auf die in Art. 236 § 1 polnStGB und Art. 240 § 1 polnStGB bezeichneten Straftaten vorgesehen ist, hat doch etwas zu bedeuten. Auch in diesem Fall wäre eine Entscheidung des Gesetzgebers oder zumindest des Verfassungsgerichtshofes angezeigt.

Das OG neigt dazu, den Ausschluss der Strafbarkeit wegen falscher Beschuldigung im Rahmen des Rechts auf Verteidigung als Rechtfertigungsgrund (Konträrtypus) zu qualifi-

zieren.³⁰ Dieser Standpunkt kann nicht nur in dogmatischer Hinsicht, sondern auch im Hinblick auf praktische Konsequenzen zu erheblichen Zweifeln Anlass geben. Die Annahme, ein bestimmter Umstand schließe die Rechtswidrigkeit der Tat aus, bewirkt, dass eine tatbestandsmäßige Tat als durch die Rechtsordnung gerechtfertigt und somit legal zu gelten hat. Die Folge wäre, dass einer falsch beschuldigten Person die Möglichkeit genommen würde, den Schutz ihrer persönlichen Rechte auf dem Boden des Zivilrechts geltend zu machen. Dies wäre ein entschieden zu weit gehender Liberalismus, der zu Lasten der Ehre bzw. des guten Rufs einer Person als wichtiges, verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut ginge.

Im Ergebnis ist die Verwirklichung des Rechts auf Verteidigung in Form von falschen Aussagen bzw. Angaben auf Kosten anderer Personen ein Umstand, der lediglich die Strafbarkeit der Tat, nicht aber deren Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ausschließt.

²⁷ Siehe *Szewczyk*, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 12/2004, 682, sowie *ders.*, in: Zoll (Hrsg.), *Komentarz do Kodeksu karnego* (Kommentar zum Strafgesetzbuch), Bd. 2, 2006, S. 1027 ff.

²⁸ Siehe *Kunicka-Michalska*, in: Wąsek (Hrsg.), *Kodeks karny, Część szczególna* (Strafgesetzbuch, Besonderer Teil), Bd. 2, 2004, S. 188; *Wiliński* (Fn. 16), S. 368; *Potulski*, *Gdańskie Studia Prawnicze* 4/2006, 121 ff.

²⁹ I KZP 49/05, OSNKW 2/2006, Pos. 12.

³⁰ Siehe insbesondere: OG, *Beschl. v. 22.9.2008 – IV KK 241/08 = Prokuratura i Prawo* 2/2009, Beiheft Pos. 6. sowie OG, *Urt. v. 20.6.2009 – V KK 25/09 = LEX Nr. 512071*.