

Wirtschaftsstrafrecht

Kommentar mit Steuerstrafrecht und Verfahrensrecht

Bearbeitet von
Robert Esser, Markus Rübenstahl, Frank Saliger, Michael Tsambikakis

1. Auflage 2017. Buch. 3789 S. Hardcover
ISBN 978 3 504 40016 3

[Recht > Strafrecht > Nebenstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beek-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leseprobe zu



Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.)

Wirtschaftsstrafrecht

Kommentar mit Steuerstrafrecht und Verfahrensrecht

2017, 3789 Seiten, Kommentar, 17 x 24cm

ISBN 978-3-504-40016-3

299,00 €

nur scheinbare Offenlegung aller für die steuerrechtliche Bewertung erforderlichen Sachverhaltsumstände (Unvollständigkeit) erschließen.

Trotz dieses weiten Zugangs erfasst die Steuerhinterziehung damit aber weiterhin nicht jede sog. **Steuerungsumgehung** („Steuersparmodell“).¹ Indem sie die kommunizierte Fehldarstellung der Wirklichkeit und/oder den Schein der vollständigen Information über alle bewertungsrelevanten Tatsachen fordert,² hält sie dem Steuerpflichtigen in jedem Falle den Weg offen, die Grenze zur Steuerungsumgehung auszutesten, indem er abweichende Rechtsauffassungen unter Offenlegung aller Tatsachen als rechtmäßige Steuergestaltung geltend macht.³ Zudem untersagt die Steuerhinterziehung dem Steuerpflichtigen nach wie vor nicht, die für ihn günstigste **steuerliche Gestaltung zu wählen**.⁴ 116

2. Pflichtwidriges in Unkenntnis Lassen über steuerlich erhebliche Tatsachen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2)

Der Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO beinhaltet die Unterlassungstat (s. Rz. 118). Da er an eine bestimmte, ausbleibende Kommunikation gebunden ist, liegt in ihm ebenfalls ein verhaltensgebundenes Betrugsdelikt (Betrug durch Unterlassen, Rz. 119 ff.). Zentral für den Tatbestand ist die Verletzung einer steuerrechtlich geregelten Erklärungs-, Anmelde- oder Anzeigepflicht (s. Rz. 122 ff.). Die Tatvariante des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ist hinsichtlich ihres Handlungsunrechts verwirklicht, wenn der zur Erklärung (Anzeige) verpflichtete Täter (s. Rz. 129 ff.) entgegen seiner Pflicht die Finanzbehörden zu steuerlich erheblichen Tatsachen in Unkenntnis lässt, obgleich ihm die **Erfüllung** der Pflicht **möglich**⁵ und zumutbar (dazu Rz. 132 ff.) war. Anwendungsfälle der Norm sind vor allem gänzlich ausbleibende oder verspätete Steuererklärungen oder -anmeldungen. 117

a) Bezugspunkt der steuerlich erheblichen Tatsachen

Der Gehalt des pflichtwidrigen Unterlassens, das § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO effektiv verlangt, wird vornehmlich durch den Anschluss an den von § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO bekannten, rechtsgutsbezogenen Kommunikationsinhalt geprägt (s. Rz. 77 ff.). Wie bei § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO müssen steuerlich erhebliche Tatsachen Gegenstand der hier erwartungswidrig ausbleibenden Kommunikation sein. Der Kommunikationsadressat wird in § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO jedoch allein auf die Finanzbehörden festgelegt (zum Begriff schon Rz. 86 f.). Das pflichtwidrige Verhalten besteht damit in der Verweigerung einer inhaltlich bestimmten Kommunikation gegenüber den Finanzbehörden.⁶ Ein anderes, nicht den Weg der Kommunikationsverweigerung beschreitendes pflichtwidriges Verhalten zulasten des Steueraufkommens scheidet aus dem Kreis des möglichen Tatverhaltens damit auch dann aus, wenn es anderweitig gegen geltendes Steuerrecht verstößt.⁷ 118

b) Pflichtwidrigkeit der unterlassenen Kommunikation

In § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO liegt mithin eine eigenständig geregelte, jedoch in die Deliktsfamilie des Betruges eingebettete **Variante des Betruges durch Unterlassen**. Der Handlungsunwert besteht in der Versäumung einer vermögensschützenden Aufklärungspflicht. Sie muss wie bei den Fallgruppen des § 263 StGB, bei denen die Garantstellung auf das von einer Massenverwaltung betreute öffentlich-rechtliche Vermögen bezogen ist, nicht auf einem persönlichen Vertrauensverhältnis basieren. Allerdings besteht eine Abweichung und Erweiterung darin, dass § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO nicht nur an Pflichten ansetzt, welche die Entstehung oder Unterhaltung eines dem Opfer zurechenbaren und den Taterfolg auslösenden Irrtums verhindern sol- 119

1 So etwa richtig *Tiedemann*, WStR BT, Rz. 114 ff.; s. schon früh *Goldammer*, S. 11 ff., 54 ff.: nur „Steuerungsumgehungsverfleischung“ sei strafwürdig und strafbar.

2 Zu dieser Voraussetzung *Samson* in F/G/S, § 370 AO Rz. 95 und anhand des insoweit parallelen § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB schon m.w.N. OLG Jena v. 11.6.2010 – 1 Ss 338/09; *Gaede* in M/R-StGB, § 264 Rz. 32.

3 I.d.S. BGH v. 19.12.1990 – 3 StR 90/90, BGHSt 37, 266, 284; BGH v. 10.11.1999 – 5 StR 221/99, wistra 2000, 137, 139; straflos, „wenn der Steuerpflichtige offen oder verdeckt eine ihm günstige unzutreffende Rechtsansicht vertritt, aber die steuerlich erheblichen Tatsachen richtig und vollständig vorträgt und es dem Finanzamt dadurch ermöglicht, die Steuer unter abweichender rechtlicher Beurteilung zutreffend zu veranlagen.“; *Schmitz/Wulf* in MüKo-StGB, § 370 AO Rz. 232. Zum Umschlagen durch Verschleierung und Täuschung BGH v. 28.1.1987 – 3 StR 373/86, BGHSt 34, 272, 276 f.; BGH v. 24.8.1983 – 3 StR 89/83, BGHSt 32, 60, 64 f.; BGH v. 27.1.1982 – 3 StR 217/81, NSTZ 1982, 206.

4 BGH v. 10.11.1999 – 5 StR 221/99, wistra 2000, 137, 139; m.w.N. BGH v. 7.7.2009 – 1 StR 41/09, DStR 2009, 1688, 1692.

5 Zu dieser Selbstverständlichkeit nur *Joecks* in J/J/R, § 370 AO Rz. 230; zur ggf. problematischen Erfüllung hinsichtlich der konkreten Beträge bereits zutreffend BGH v. 20.5.1981 – 2 StR 666/80, BGHSt 30, 122, 124 f.

6 BGH v. 9.4.2013 – 1 StR 586/12, BGHSt 58, 218, 229 f.

7 Dazu etwa bereits *Fissenwert*, S. 49 f. und *Lürr*, S. 106 f.

len.¹ Das Gesetz begnügt sich mit Pflichten, den Staat in Gestalt der Finanzbehörden in Kenntnis zu setzen.² Hiermit reagiert das Strafgesetz auf die i.d.R. prekäre Informationslage des Staates als Gläubiger, der regelmäßig keine konkrete Vorstellung von den Ansprüchen hat und dessen Irrtum innerhalb der vorfindlichen Massenverwaltung deshalb weithin ausgeschlossen ist.³ Dem Merkmal der Pflichtwidrigkeit kommt sodann zentrale Bedeutung zu. Es kann nur aufgrund gesetzlicher Regelungen einschlägig sein (Rz. 122 ff.) und bestimmt auch die Täterschaftsfrage (s. Rz. 129 ff.).

- 120 Aus der Perspektive der Deliktfamilie führt dies zu der Frage, ob die Anforderungen der Pflichtwidrigkeit des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO nicht zu weit von den gem. §§ 263, 13 Abs. 1 StGB zu stellenden Anforderungen abweichen und folglich eine strengere Auslegung in Anlehnung an die dortigen Anforderungen angezeigt wäre. Der Betrug durch Unterlassen wird zu § 263 StGB nur um den Preis einer die Entsprechungserfordernisse des § 13 Abs. 1 S. 1 StGB realisierenden Aufklärungspflicht anerkannt.⁴ Insbesondere bei vertraglich begründeten Pflichten wird ein besonderes Vertrauensverhältnis zur Voraussetzung der Aufklärungspflicht gemacht.⁵
- 121 Tatsächlich ist § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ein Unterlaufen der Anforderungen der §§ 263, 13 Abs. 1 StGB, jedenfalls bemessen am dortigen Status quo, nicht vorzuhalten. Auch die erforderlichen steuerlichen Erklärungs- und Anzeigepflichten sind wie bei § 263 StGB auf die Aufklärung über bestimmte Tatsachen gerichtet. I.Ü. wird das Erfordernis der Vertrauensbeziehung schon bei § 263 StGB selbst differenziert eingesetzt. Bei zahlreichen Konstellationen der staatlichen Massenverwaltung tendiert die Betrugsauslegung dazu, primär auf die Existenz einer i.d.R. gesetzlich explizit begründeten Erklärungs- oder Anzeigepflicht abzustellen, obschon hier ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Bürger und (Steuer-)Staat auch normativ nicht begründet werden könnte.⁶ Dass der Erklärungsempfänger auf die Mitwirkung der Betroffenen angewiesen ist, wird z.B. innerhalb der Sozialversicherungssysteme als Grund für eine legitim herangezogene Garantenstellung betrachtet.⁷ Da die Berechtigung des qualifizierten Vertrauens auf die Unterstützung des Garanten ein zentrales Argument auch der materiellen Begründung von Garantenstellungen darstellt,⁸ ist diese Betrachtung nicht zu verwerfen. Die besondere Vertrauensbeziehung im Vertragskontext stellt sich lediglich als andere Grundlage dar, um die mit einem Vertrag noch nicht stets verbundene Berechtigung des Vertrauens befürworten zu können. Für die Steuerverwaltung ist jedoch ebenfalls geltend zu machen, dass sie auf die Mitwirkung der Steuerpflichtigen handgreiflich angewiesen ist.⁹

aa) Gesetzliche Pflichten zur Kenntnisvermittlung

- 122 Ausgelöst wird die Sonderverpflichtung durch alle steuergesetzlichen Vorgaben, im Rahmen der steuerlichen Massenverwaltung steuerlich erhebliche Sachverhalte *anzuzeigen* oder *zu erklären*.¹⁰ Allerdings bleibt für die

1 Jäger in Klein, § 370 AO Rz. 41a f.; s. auch BGH v. 20.5.1981 – 2 StR 666/80, BGHSt 30, 122.

2 S. aber für die Forderung, § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO nur bei Garantenstellungen i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB erfüllt zu sehen, Grunst, S. 45 ff.; weithin auch von der Heide, S. 79 ff. und – trotz der Ablehnung eines Betrugsdeliktes und Bejahung eines echten Unterlassungsdelikts Lütt, S. 95 ff.; zur hiesigen Akzeptanz der herrschenden Lehre schon näher begründend m.w.N. Gaede, Der Steuerbetrug, S. 733 ff.

3 Hoff, S. 120 f.; Schmitz/Wulf in MüKo-StGB, § 370 AO Rz. 283; Grunst, NStZ 1998, 548, 551; i.d.S. BFH v. 25.10.2005 – VII R 10/04, BFHE 211, 19 = BStBl II 2006, 356, 357 f.; zunehmend automatisiertes Massenverfahren; zum alternativlosen Deklarationsprinzip, das auf einem freiheitsschonenden Vertrauensvorschuss beruht, m.w.N. Seer in Tipke/Lang, § 21 Rz. 5 ff.; s. auch begründend Gaede, Der Steuerbetrug, S. 376 f.

4 BGH v. 16.11.1993 – 4 StR 648/93, BGHSt 39, 392, 398; OLG Saarbrücken v. 13.8.2007 – Ss 18/2007 (19/07), Ss 18/07 (19/07), NJW 2007, 2868 m. Bespr. Kargl, wistra 2008, 121 ff.; OLG Hamm v. 8.2.2006 – 13 U 165/05, BeckRS 2006, 03677; KG v. 2.2.1984 – (3) Ss 307/82 (27/83), JR 1984, 292; Duttge in HK-GS, § 263 Rz. 17; Tiedemann in LK-StGB, § 263 Rz. 51; s. aber auch Seibert, S. 169 ff., 267 ff., 361 f.

5 BGH v. 12.1.2010 – 1 StR 272/09, HRRS 2010 Nr. 200; BGH v. 16.11.1993 – 4 StR 648/93, BGHSt 39, 392, 399 f.; BGH v. 8.11.2000 – 5 StR 433/00, BGHSt 46, 196, 203; OLG Saarbrücken v. 13.8.2007 – Ss 18/2007 (19/07), Ss 18/07 (19/07), NJW 2007, 2868, 2869 f.; Kargl, wistra 2008, 121, 123; m.w.N. Gaede in AnwK-StGB, § 263 Rz. 38, 44.

6 Zur dennoch vorherrschenden Anerkennung der Pflichten aber OLG Köln v. 11.8.2009 – 83 Ss 54/09, NStZ-RR 2010, 79 f.; BGH v. 12.2.2003 – 5 StR 165/02, NJW 2003, 1821, 1823 f.; Fischer, StGB, § 263 Rz. 40; Saliger in M/R-StGB, § 263 Rz. 71 ff.; mit Bedenken Gaede in AnwK-StGB, § 263 Rz. 40 f.

7 OLG Köln v. 11.8.2009 – 83 Ss 54/09, NStZ-RR 2010, 79 f.; Hefendehl in MüKo-StGB, § 263 Rz. 176, 179 f.; Möhlenbruch, NJW 1988, 1894, 1895; Fischer, StGB, § 263 Rz. 40; Gaede in AnwK-StGB, § 263 Rz. 40 f.

8 Zur eigenen Position bereits m.w.N. Wohlers/Gaede in NK-StGB, § 13 Rz. 31 ff.

9 S. etwa BGH v. 21.8.2012 – 1 StR 257/12, NZWiSt 2013, 224, 226; Samson/Horn, NJW 1970, 593, 595; Fuhrhop, NJW 1980, 1261, 1263; Wenzig, DStZ 1986, 375 f.; Carl/Klos, JuS 1996, 402 f.; Birk/Desens/Tappe, SteuerR, Rz. 48 f.; Kap. C IV. 4. b). Weithin a.A. Kuhlen, Grundfragen, S. 39, 98 f., 108, 152 f.

10 S. aber einschränkend zu § 116 Abs. 1 AO bereits Bülte, NStZ 2009, 57, 58 ff., 61 f.; Jäger in Klein, § 370 AO Rz. 67.

Auslegung der einschlägigen Pflichten auch zu § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO nochmals zu bekräftigen, dass die Deutungsoffenheit des materiell ausschlaggebenden Steuerrechts insoweit nicht einseitig auf den Steuerpflichtigen abzuwälzen ist. Auch zur Unterlassung dürfen die **Erklärungspflichten nicht maßlos** sein. Vergleichsweise belastende Deutungen des Steuerrechts, die in der Finanzverwaltung und/oder der Rspr. vertreten worden sind, können für die Reichweite der Erklärungspflicht nur maßgeblich sein, wenn sie nach der entwickelten Konkretisierungslehre den Auslegungsspielraum des Steuerpflichtigen über das allgemeine Maß der vertretbaren Auslegung hinaus eingeschränkt haben (s. bereits Rz. 108 ff.).

(1) Kasuistik einschlägiger steuergesetzlicher Anzeige- und Erklärungspflichten

Diverse steuergesetzliche Anzeige- und Erklärungspflichten kommen für das pflichtwidrige Unterlassen i.S.d. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO in Betracht. So sind etwa die Erklärungspflichten gem. § 18 UStG, § 25 Abs. 3 EStG i.V.m. §§ 56, 60 EStDV, § 41a Abs. 1 EStG, § 45a EStG, § 48a EStG, § 31 KStG, § 14a GewStG selbstverständliche Anwendungsfälle. Gleiches gilt für die Anzeige und Erklärungspflichten des Schenkungs- und Erbschaftsteuerrechts (§§ 30, 31 ErbStG, dazu auch Rz. 383 ff.)¹ und des Grunderwerbsteuerrechts (§§ 18, 19 GrEStG). Ebenso ist ergänzend auf die Erklärungspflichten gemäß den z.T. konkretisierenden Vorschriften der §§ 89 Abs. 1, 93, 149 Abs. 1 S. 2, 150 AO zu verweisen.²

Besondere praktische Bedeutung erlangen auch die mit § 153 AO anerkannten bzw. begründeten Anzeige- und Berichtigungspflichten.³ Hier sind insbesondere die Pflichten des **Gesamtrechtsnachfolgers** gem. § 153 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 AO von Belang, die etwa den Erben betreffen, der Ansprüche aus einem ausländischen Schwarzkonto entdeckt und nunmehr mit seiner Kenntnis zur Offenlegung verpflichtet ist. Darüber hinaus hält § 153 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AO auch eine Berichtigungspflicht bereit, wenn ein Steuerpflichtiger nachträglich vor Ablauf der Festsetzungsfrist erkennt, dass eine **von ihm oder für ihn abgegebene Erklärung unrichtig oder unvollständig** ist und dass es dadurch zu einer Verkürzung von Steuern kommen kann oder bereits gekommen ist. Der BGH hat diese Norm sogar über den Wortlaut hinaus und im Konflikt mit dem *nemo-tenetur*-Grundsatz auf den Fall erstreckt, in dem ein anfänglich mit *dolus eventualis* hinsichtlich der Tatverwirklichung handelnder Steuerpflichtiger später sicher erfährt, dass seine steuerliche Annahme falsch war und es deshalb zu einer Steuerhinterziehung gekommen ist.⁴

(2) Diskutierte Anwendungsfälle ohne steuergesetzliche Grundlage

Schon nach dem vorherrschenden Verständnis als Blankettmerkmal muss jene Pflicht aus einem Gesetz abzuleiten sein.⁵ Entsprechend ist ein **Steuergesetz** erforderlich, in dem allein steuerrechtliche Anzeige- oder Erklärungspflichten zu finden sind.⁶

Die Forderung nach einer steuergesetzlichen Grundlage steht indes nicht außer Streit. Insbesondere für Fälle der **Ingerenz** wird erwogen, auch nicht (steuer-)gesetzlich ausgeprägte Erklärungspflichten unter das pflichtwidrige Verhalten gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO zu subsumieren.⁷ Darin läge eine Ergänzung zu § 153 AO, weil dieser insbesondere den fahrlässig beratenden und/oder für seinen Mandanten erklärenden Steuerberater, der nicht zugleich gesetzlicher Vertreter, Vermögensverwalter oder Verfügungsberechtigter ist (s. §§ 34 f., 153 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 AO), von der Berichtigungspflicht ausnimmt.⁸ Mit der erweiterten Anwendung sollen Strafbarkeitslücken vermieden werden, die durch das höchstpersönliche Erfordernis eines pflichtwidrigen Handelns entstehen könnten. Diskutierte Fälle bestehen in Konstellationen, in denen erklärungsspflichtige

1 Dazu aus jüngerer Zeit näher BGH v. 10.2.2015 – 1 StR 405/14, wistra 2015, 320.

2 Zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage der Aufforderung nach § 149 Abs. 1 S. 2 AO s. aber nur näher m.w.N. *Heuermann* in H/H/Sp, § 149 AO Rz. 14: kein Steuererklärungserfindungsrecht.

3 S. umfassend dazu etwa *Schmitz/Wulf* in MüKo-StGB, § 370 AO Rz. 301 ff.

4 So gegen das bislang von den Gerichten nicht verworfene, ganz herrschende Schrifttum BGH v. 17.3.2009 – 1 StR 479/08, BGHSt 53, 210, 216 ff. zur Kritik stellvertretend *Bülte*, BB 2010, 607 ff.; *Wulf*, PStR 2009, 190 ff. und später *Alvermann/Talaska*, HRRS 2010, 166 ff.; s. zum akt. Stand und einer gebotenen Aufgabe dieser Rspr. *Schmitz/Wulf* in MüKo-StGB, § 370 AO Rz. 308 f.

5 M.w.N. BGH v. 11.7.2008 – 5 StR 156/08, NStZ 2009, 273, 274; betont i.d.S. *Schmitz/Wulf* in MüKo-StGB, § 370 AO Rz. 284 ff.

6 M.w.N. *Schmitz/Wulf* in MüKo-StGB, § 370 AO Rz. 285 ff., 332; z.B. § 153 AO BGH v. 17.3.2009 – 1 StR 479/08, BGHSt 53, 210 ff.; s. nun aber *obiter* partiell anders BGH v. 9.4.2013 – 1 StR 586/12, BGHSt 58, 218, 229 ff.

7 So etwa *Fissenewert*, S. 50 f.; *Mösbauer*, S. 49; implizit so ansetzend *Joecks* in J/J/R, § 370 AO Rz. 237 ff., der die Anwendbarkeit des § 13 StGB auf § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO nicht erörtert; mittelbar einbeziehend BFH v. 23.7.2001 – II B 73/00, BFH/NV 2001, 1532; *obiter* so nun BGH v. 9.4.2013 – 1 StR 586/12, BGHSt 58, 218, 229 ff.

8 Dazu BGH v. 20.12.1995 – 5 StR 412/95, NStZ 1996, 563, 565 und *Danzer*, DStJG 6 (1983), S. 67, 83 f.

Personen mithilfe von (bewussten) Falschinformationen oder unter Einsatz von Nötigungen dazu gebracht werden, steuerlich erforderliche Tatsachenangaben zu unterlassen.¹

- 127 Eine *ausdrückliche* Bindung der Kommunikationspflichten an eine steuerrechtliche Grundlage ist dem Wortlaut des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO zwar nicht zu entnehmen. Ebenso ist die Blankettthese aus anderenorts gegebenen Gründen zur Begründung eines Gesetzesvorbehalts allein nicht tragfähig.² Dennoch ist **an dem Erfordernis einer steuergesetzlichen Grundlage festzuhalten**.³ Nur scheinbar wurde ein Verzicht auf eine gesetzliche Begründung bereits affirmativ beantwortet, indem die Blanketteigenschaft des Pflichtwidrigkeitsmerkmals verneint wurde. Die Blanketteigenschaft ist indes nur eine der möglichen Begründungslinien für einen Gesetzesvorbehalt.⁴ Das Gesetzlichkeitserfordernis ist bereits ein **originäres Erfordernis des Steuerrechts**. Auch in ihm wird eine beliebige Freigabe, den Bürger infolge von materiell formulierbaren Rechtssätzen belasten zu dürfen, seit langem nicht mehr vertreten. Diskussionen um zulässige Analogien betreffen vornehmlich Konstellationen, in denen gleichheitswidrige Ergebnisse zu Besteuerungstatbeständen vermieden werden sollen. Rein materiell hergeleitete Erklärungspflichten hat das Steuerrecht hingegen nicht zugelassen. Die hier i.d.R. betroffene Pflicht, sich zulasten des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung über eigene Verhältnisse erklären zu müssen,⁵ erweist sich als entscheidender Schlüssel zur Durchsetzung der steuerrechtlichen Belastungen, da der Steuerstaat die steuererheblichen Sachverhalte nicht umfassend selbst erheben kann und die Besteuerung ohne diese Pflichten regelmäßig ausscheiden müsste.⁶ Soll die Besteuerung angesichts ihrer Strafbewehrung aber grundrechts- und insbesondere eigentumsschonend organisiert sein, muss jedenfalls diese Schlüsselfrage zugunsten des Bürgers durch eine parlamentarische Pflichtbegründung bestimmt ausgeprägt sein.
- 128 Für diese Beurteilung spricht nicht zuletzt zusätzlich das **Bestimmungsinteresse des historischen Gesetzgebers**, der seine Regelung noch unter dem Eindruck einer Einstufung als Blankettmerkmal getroffen hat. Er hat die Strafnorm im damals allgemeinen Bewusstsein geschaffen, dass die konstitutiven Erklärungspflichten eine gesetzliche Grundlage voraussetzen. Sein Ziel lag in der genaueren Festlegung des Handlungsunrechts sowohl für das aktive Tun als auch für die Unterlassung.⁷ Die Öffnung der zentralen Erklärungspflicht für nicht gesetzlich bestimmte Pflichten lieferte diesem Interesse diametral zuwider. Die Öffnung für die Ingerenz würde auch weitere etwa zu § 13 Abs. 1 StGB anerkannte materielle Pflichtengründe anwendbar sein lassen, obgleich die Garantenstellungsfälle in der Rechtspraxis nicht vereinheitlicht sind und absehbar Konflikte zur Reichweite der sachnahen steuerrechtlichen Regelungen wie § 153 AO hervorrufen.⁸

bb) Pflichtwidriges Handeln als Täterschaftserfordernis

- 129 Das Delikt bindet die Tatbegehung damit an eine konstitutive steuerrechtliche Erklärungspflicht. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ist deshalb ein Sonder- bzw. Pflichtdelikt.⁹ Zweifelhafterweise soll es sich bei der Pflichtenbindung aber nicht um ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 StGB handeln.¹⁰ Die Pflichtenbin-

1 S. früh hierzu *Samson* in F/G/S, § 370 AO Rz. 82, 87 f.; Regelungslücke; *Hellmann* in H/H/Sp, § 370 AO Rz. 70 f.
 2 S. zum einen § 370 Rz. 31 ff. und näher auch gegen die insoweit deutlich stärkeren Begründungen der Blankettthese bei *Schmitz/Wulf* m.w.N. *Gaede*, Der Steuerbetrug, S. 468 ff.
 3 Näher zur eigenen Position schon *Gaede*, Der Steuerbetrug, S. 471 ff., 735 ff.
 4 Vgl. auch bereits über Art. 103 Abs. 2 GG hinausgehend *Schlepp*, wistra 2004, 454, 457; *Grote*, S. 101 ff.; *Ransiek*, FS Tiedemann, S. 171, 186; unmissverständlich *Heuermann* in H/H/Sp, § 149 AO Rz. 4, 14.
 5 Deshalb verlangen einen Gesetzesvorbehalt *Grote*, S. 87 ff.; *Schmitz/Wulf* in MüKo-StGB, § 370 AO Rz. 285; *Heuermann* in H/H/Sp, § 149 AO Rz. 4; zu Art. 14 GG s. *Gaede*, Der Steuerbetrug, S. 383 ff.; a.A. *Grunst*, S. 31 f.
 6 Näher schon *Gaede*, Der Steuerbetrug, S. 376 ff., 383 ff.; zur besseren Erkenntnismöglichkeit des Steuerpflichtigen auch BGH v. 17.3.2009 – 1 StR 479/08, BGHSt 53, 210, 217.
 7 BT-Drucks. VI/1982, S. 193 f.: „Tathandlungen hinreichend bestimmt eingrenzen“; m.w.N. *Wulf*, S. 122 f.: Norm ist nicht als die § 13 Abs. 1 StGB zu entnehmende Befugnis zur Rechtsfortbildung zu deuten; bestätigend BGH v. 4.4.1979 – 3 StR 488/78, BGHSt 28, 371, 378: Anerkennung einer zusätzlichen weitreichenden Garantenstellung würde die Strafbarkeitsgrenzen der Steuerhinterziehung über eine außergesetzliche Erweiterung des Pflichtenkreises des Steuerpflichtigen rechtsstaatlich bedenklich ausdehnen, den Bestrebungen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, die Strafvorschrift über Steuerhinterziehung möglichst eindeutig zu fassen; BGH v. 28.5.1986 – 3 StR 103/86, NStZ 1986, 463. Aus dem Schrifttum etwa *Ransiek* in Kohlmann, § 370 AO Rz. 12: Gesetzgeber wollte Unterlassung exakt bestimmen; *Herdemerten*, NJW 1980, 442.
 8 S. statt vieler etwa *Danzer*, DStJG 6 (1983), S. 67, 84: Sonderbehandlung durch § 153 AO; *Simon/Vogelberg*, S. 147 f.; *Gast-de Haan* in Klein⁹, § 370 AO Rz. 40; m.w.N. *Wulf*, S. 113 ff. Für das jüngere Beispiel des § 35 AO *Rübenstahl*, NJW 2013, 2456.
 9 M.w.N. BGH v. 12.11.1986 – 3 StR 405/86, wistra 1987, 147 f.; *Schmitz/Wulf* in MüKo-StGB, § 370 AO Rz. 282.
 10 Zur streitigen, vorherrschend aber versagten Einordnung als besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 StGB s. m.w.N. gegen die damalige Ansicht des GBA BGH v. 25.1.1995 – 5 StR 491/94, BGHSt 41, 1 ff.: tatbezogenes Merkmal, weil die Erklärungspflichten an objektiven Vorgängen anknüpfen; BGH v. 8.2.2011 – 1 StR 651/10,

dung führt indes auch nach der Rspr. zu der Konsequenz, dass nur **Täter** des Delikts sein kann, **wer selbst vor der Tat zur Inkenntnissetzung der Finanzbehörden** verpflichtet ist.¹ Wirkt etwa ein nicht zur Erklärung Verpflichteter mit erheblichen Tatbeiträgen darauf hin, dass der Steuerpflichtige seiner Erklärungspflicht nicht nachkommt, kann allenfalls eine Teilnahme bei vorsätzlichem Handeln begründet werden. Eine Mittäterschaft und die mittelbare Täterschaft scheiden hingegen aus.

Drohende Strafbarkeitslücken bei der Bewältigung von Schmuggelfällen führten jedoch zu Überlegungen, ob § 370 Abs. 1 Nr. 2 StGB tatsächlich als Sonderdelikt zu verstehen ist, das eine eigene Erklärungspflicht für die täterschaftliche Tatverwirklichung stets voraussetzt.² Läge in dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal ein tatbezogen interpretiertes Merkmal, könnte es einer Zurechnung fähig sein. So wäre auch auf der Grundlage des früheren Zollkodexes eine täterschaftliche Strafbarkeit von Hintermännern möglich gewesen, soweit eine Pflichtverletzung durch einen Verbringer abgabepflichtiger Waren vorliegt und die allgemeinen Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB erfüllt sind.³ Das Hauptargument für die Aufgabe des Sonderdeliktscharakters besteht in der These, die Pflichtwidrigkeit impliziere keine Beschreibung einer besonderen persönlichen Stellung des Täters, sondern eine Charakterisierung des Tatverhaltens.⁴

Die Abkehr von der Sonderpflichtlehre zu § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO vermag indes nicht zu überzeugen. Von Möglichkeiten abgesehen, Strafbarkeitslücken über § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO und über die Auslegung der steuerrechtlichen Erklärungstatbestände zu vermeiden, kommt in einer mangelnden Strafbarkeit zunächst das im besonderen Steuerkontext des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO wurzelnde Gesetzlichkeitsmerkmal zum Ausdruck, das nicht nur als kriminalpolitisches Hindernis zu bewerten, sondern zu achten ist. Der Gesetzgeber kann, so wie er dies im Zollrecht für richtig befunden hat, nötige Erweiterungen vornehmen. Ferner prägt § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO mit der Pflichtwidrigkeit noch immer ein Merkmal aus, das vor dem Hintergrund des betroffenen Rechtsgebiets für eine kennzeichnende Sonderstellung steht.⁵ Die Pflichtwidrigkeit verweist auf eine notwendig gesetzlich konkretisierte Sonderstellung gegenüber dem betroffenen Steuervermögen. Zu dieser prägenden, den Kreis der Normadressaten einengenden Auswahl tritt hinzu, dass der Gesetzgeber in § 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO differenziert und nur in § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO eine von speziellen persönlichen Pflichtenstellungen unabhängige Tat geschaffen hat. Schließlich ist nur so eine kohärente Behandlung gegenüber den allgemeinen Betrugsfällen nach den §§ 263, 13 Abs. 1 StGB gesichert.⁶ Ein (mit-)täterschaftlicher Betrug durch Unterlassen ist lediglich aus einer eigenen Garantenstellung heraus möglich.

c) Suspendierung infolge Unzumutbarkeit

Nach der vorherrschenden Dogmatik zum (unechten) Unterlassungsdelikt muss die Pflichterfüllung dem Täter auch zumutbar sein.⁷ Dies ist auch für die Steuerhinterziehung im Ergebnis unstrittig anerkannt, wobei es konkret um die **Grenzen einzelner Erklärungspflichten** geht.⁸ Ist die Erfüllung einer steuerrecht-

BGHSt 56, 153, 155; Seer in Tipke/Lang, § 23 Rz. 26; i.E. Schünemann, FS Küper, S. 561, 566 f.; a.A. mit guten Gründen Grunst, NStZ 1998, 548 ff.; Puppe in NK-StGB, § 28 Rz. 69, 72 ff.; Hellmann in H/H/Sp, § 370 AO Rz. 109; krit. Gaede, Der Steuerbetrug, S. 746 f.

1 M.w.N. BGH v. 12.11.1986 – 3 StR 405/86, wistra 1987, 147 f.; BGH v. 24.10.2002 – 5 StR 600/01, BGHSt 48, 52, 68 f.; BGH v. 22.5.2003 – 5 StR 520/02, NJW 2003, 2924 f.; auch für den 1. Strafsenat etwa noch BGH v. 14.4.2010 – 1 StR 105/10, HRRS 2010 Nr. 399; Täter des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO „kann nur sein, wer zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen besonders verpflichtet ist“; Schmitz/Wulf in MüKo-StGB, § 370 AO Rz. 282; den Begriff des Sonderdelikts nun zugunsten einer höchstpersönlichen Aufklärungspflicht meidend aber BGH v. 9.4.2013 – 1 StR 586/12, BGHSt 58, 218, 229 f.; gegen die rein begriffliche Abkehr schon Höll, wistra 2013, 455, 458.

2 S. dazu im Rückblick Gaede, Der Steuerbetrug, S. 744 f.

3 So gegen die Sonderdeliktsthese Bender, wistra 2004, 369 f.; Kuhlen, FS Jung, S. 445, 457 ff. In die andere Richtung harmonisierend dagegen Wulf, S. 196 ff.; tendenziell wie er Schmitz/Wulf in MüKo-StGB, § 370 AO Rz. 280, 282. Mit dem BGH für eine Ausweitung des § 370 AO *de lege ferenda* Rinjes, NZWiSt 2014, 455; abl. zu Neufassungen Höll, wistra 2013, 455, 459 f.

4 Bender, wistra 2004, 368, 370; Kuhlen, FS Jung, S. 445, 457 f.; materiell zust. BGH v. 9.4.2013 – 1 StR 586/12, BGHSt 58, 218, 229 f.; dagegen schon Höll, wistra 2013, 455, 458.

5 I.E. wie hier wieder BGH v. 9.4.2013 – 1 StR 586/12, BGHSt 58, 218, 231: Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn die auf das Verhalten des Täters bezogene Pflichtwidrigkeit für die Täterschaft nicht mehr erforderlich ist (zust. etwa Kasiske, wistra 2014, 100, 101). S. auch BGH v. 25.1.1995 – 5 StR 491/94, BGHSt 41, 1, 3 f., dort wird § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO als unechtes Unterlassungsdelikt angesprochen und in der Pflichtwidrigkeit im Ausgangspunkt immer noch ein tatbezogenes aber auch persönliches Merkmal gesehen.

6 S. auch für eine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB auf persönliche Merkmale, die keinen besonderen Personenstatus betreffen, inkonsequent Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 12 Rz. 191 f.

7 Dazu s. nur m.w.N. zur Vermeidung von Wiederholungen schon näher Wohlers/Gaede in NK-StGB, § 13 Rz. 17 f., 29 ff.

8 Dafür s. nur BGH v. 19.12.1997 – 5 StR 569/96, BGHSt 43, 381, 398 f.; BGH v. 26.4.2001 – 5 StR 587/00, BGHSt 47, 8, 14 ff.; BGH v. 23.1.2002 – 5 StR 540/01, wistra 2002, 150; BGH v. 7.9.1993 – 1 StR 325/93, NStZ 1994, 29.

lich begründeten Anzeige- oder Erklärungspflicht unzumutbar, kann dies zu einem Auseinanderfallen der Rechtslage im Besteuerungsverfahren und der strafrechtlichen Beurteilung führen. Straf- bzw. strafverfahrensrechtlich vorrangige Rechtspositionen können einer bestimmten Ausdehnung der Steuerpflicht entgegenstehen.¹ Die relevante Konfliktlage resultiert aus dem Umstand, dass das Besteuerungsverfahren von umfangreichen Mitwirkungspflichten geprägt ist (vgl. §§ 90 ff., 200 AO), während im Strafverfahren die **Selbstbelastungsfreiheit** die Mitwirkung freistellt. Erfüllt der Steuerpflichtige seine steuerverfahrensrechtlich begründeten Pflichten, können ihn seine Angaben oder Materiallieferungen unmittelbar oder doch mittelbar über mögliche Rückschlüsse auf tatbefangene Zeiträume im Strafverfahren belasten. Grundsätzlich versucht § 393 AO, die aufkommenden Probleme zu lösen. Da diese Norm jedoch nur eine eingeschränkte Achtung des *nemo tenetur*-Grundsatzes vorsieht und überdies die zentrale Steuererklärungspflicht gar nicht thematisiert, sind auch materiellrechtliche Problemstellungen vorprogrammiert. § 393 Abs. 1 S. 2 AO widmet sich streng genommen nur *steuerlichen Zwangsmitteln*, nicht hingegen der davon zu trennenden Steuererklärungspflicht an sich.²

- 133 Insofern ist auch in der Rspr. anerkannt, dass eine Erklärungspflicht im Hinblick auf den *nemo tenetur*-Grundsatz zumindest dann suspendiert ist, wenn **hinsichtlich der zu erklärenden Tatsachen bereits ein Steuerstrafverfahren eingeleitet** wurde.³ Dazu kann es insbesondere kommen, wenn Taten hinsichtlich der Umsatzsteuervoranmeldungen bereits verfolgt werden und nunmehr die Umsatzsteuerjahreserklärung für den gleichen Zeitraum ansteht.⁴ Gleiches gilt, wenn nach Ablauf der steuerlichen Erklärungspflicht bereits ein Strafverfahren eingeleitet wurde und bislang nur ein Versuch der Steuerhinterziehung vorliegt, da andernfalls der beabsichtigte Hinterziehungsumfang offenbart werden müsste.⁵ Eine Suspendierung tritt i.d.S. dann und *nur dann* ein, wenn gegen den Beschuldigten *wegen der betroffenen steuerlichen Sachverhalte* (Veranlagungsjahre) bereits ein steuerstrafrechtliches Verfahren läuft. Schon dann, wenn die Erfüllung der neu anstehenden Erklärungspflichten **lediglich mittelbare Rückschlüsse** auf frühere, möglicherweise tatbefangene Erklärungszeiträume gestattet, hält die Rspr. die Erfüllung der Pflichten nach wie vor für zumutbar.⁶ Soweit etwa die Angabe von Zinseinnahmen aus einem Auslandskonto für das Jahr 2015 Rückschlüsse auf die Erträge in früheren Jahren gestattet, soll i.S.d. gleichen Pflicht eines jeden Staatsbürgers zur Erklärung der eigenen Einnahmen lediglich ein Beweisverwendungsverbot die Interessen des Betroffenen schützen. Eine Suspendierung auch für Folgezeiträume gehe zu weit, da die Selbstbelastungsfreiheit anderenfalls die Begehung neuen Unrechts ermögliche. Auch nach Ansicht des BGH dürfen jedoch Angaben, die der Steuerpflichtige zu den Folgejahren macht, **nicht zur Aufklärung derjenigen Steuerjahre verwendet werden**, für die bereits Strafverfahren eingeleitet sind.⁷ Diese Rspr. sieht sich jedoch auch infolge der bislang durchbrochenen Regelung in § 393 Abs. 2 AO Zweifeln ausgesetzt, die kaum überzeugend ausgeräumt sind.⁸
- 134 Ein weiteres Problem offenbart sich, wenn die steuerrechtliche Pflicht in Rede steht, gem. § 40 AO ebenfalls heranzuziehende Einnahmen aus allgemeinen Straftaten (sog. **Allgemeindelikte**) zu offenbaren. Ein Anwendungsfall betraf Bestechungsgeld, das ein Bauamtsleiter vereinnahmt und entgegen § 22 Abs. 1 Nr. 3 EStG⁹ nicht in seinen Steuererklärungen korrekt angegeben hatte. Strafprozessual ist hier grundsätzlich zunächst das **Verwendungsverbot des § 393 Abs. 2 AO** einschlägig,¹⁰ zu dem sich jedoch gerade bei Korruptions-

1 So auch explizit BGH v. 26.4.2001 – 5 StR 587/00, BGHSt 47, 8, 15; s. früh *Henneberg*, INF 1980, 292, 293 ff.

2 S. dazu schon krit. *Samson*, wistra 1988, 130, 136; HansOLG v. 7.5.1996 – 2 StO 1/96, NStZ 1996, 557, 558.

3 BGH v. 26.4.2001 – 5 StR 587/00, BGHSt 47, 8, 14 ff.; m.w.N. BGH v. 17.3.2005 – 5 StR 328/04, NStZ 2005, 517, 518; nicht unproblematisch eine Übertragung auf § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO verneinend OLG Frankfurt v. 11.7.2005 – 1 Ws 11/04, wistra 2006, 198, 199; nur eng für 153 Abs. 1 AO nach Bekanntgabe der Verfahrenseinleitung BGH v. 17.3.2009 – 1 StR 479/08, BGHSt 53, 210, 217 ff.

4 Grundlegend BGH v. 26.4.2001 – 5 StR 587/00, BGHSt 47, 8, 12 ff.; später z.B. BGH v. 12.1.2005 – 5 StR 191/04, wistra 2005, 148, 149.

5 Vgl. BGH v. 23.1.2002 – 5 StR 540/01, NJW 2002, 1733, 1734; *Aselmann*, NStZ 2003, 71, 72 f. In diesem Fall kann es praktisch nicht mehr zur Vollendung der Tat kommen.

6 BGH v. 12.1.2005 – 5 StR 191/04, wistra 2005, 148, 149 f.; BGH v. 26.4.2001 – 5 StR 587/00, BGHSt 47, 8, 12 ff.; BGH v. 11.9.2003 – 5 StR 253/03, wistra 2003, 429 f.; BGH v. 10.1.2002 – 5 StR 452/01, NJW 2002, 1134; BGH v. 23.1.2002 – 5 StR 540/01, NJW 2002, 1733, 1734; *Jäger*, NStZ 2005, 552, 556 f.; zust. *Hellmann*, JZ 2002, 617, 619 f.

7 Vgl. BGH v. 12.1.2005 – 5 StR 191/04, wistra 2005, 148, 150; m.w.N. *Eidam*, S. 221 ff. auch zur Frage des Bedarfs nach einer gesetzlichen Regelung.

8 S. a.A. bzw. abl. OLG Hamburg v. 7.5.1996 – 2 StO 1/96, NStZ 1996, 557, 559; *Salditt*, NStZ 2001, 544; solange kein umfassendes gesetzgeberisches Verwertungsverbot vorliegt auch *Wulf*, wistra 2006, 89, 95 f.; *Aselmann*, NStZ 2003, 71, 75.

9 Zur Anwendbarkeit nur BGH v. 20.2.1981 – 2 StR 644/80, BGHSt 30, 46, 51; *Wulf*, wistra 2006, 89 f.

10 Zur treffenden Einstufung als Verwendungsverbot vgl. m.w.N. *Rogall*, FS-Kohlmann, S. 465, 478 ff.; *Eidam*, S. 182 ff.; BGH v. 12.1.2005 – 5 StR 191/04, wistra 2005, 148 ff.

delikten¹ die Frage einer verfassungswidrigen Ausnahme gem. §§ 393 Abs. 2 S. 2, 30 Abs. 4 Nr. 5 AO stellt. Erkennt man einen solchen Ausnahmefall an, entsteht so das Problem, dass ein Steuerpflichtiger nun doch durch die Erfüllung erzwingbarer steuerlicher Erklärungsspflichten zu selbstbelastenden Angaben gebracht werden kann, ohne dass seine Selbstbelastungsfreiheit geschützt bleibt. Dies wird vom BGH im Wege der Abwägung für zutreffend gehalten. Der BGH sucht die entstehenden Folgen lediglich abzumildern, indem er Steuerpflichtigen gestattet, die Einkünfte aus Straftaten bei der Erfüllung ihrer steuerlichen Mitwirkungspflichten *in einem geringeren Grad zu konkretisieren*.² So soll es bei Bestechungszahlungen genügen, dass der Täter – anders als es nach § 90 AO geboten ist – nur den Betrag der Einkünfte angibt, nicht jedoch auch die Einkunftsquelle. Zusätzlich fordert der BGH, dass in diesem Fall in der **Strafzumessung (Gesamtstrafenbildung)** der enge zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen dem Allgemeindelikt (im Beispiel: Bestechlichkeit im Amt) und der Steuerhinterziehung betont mildernd berücksichtigt wird.³ Da sich jedoch ohne nähere Angaben eine Rückfrage seitens des Finanzamts aufdrängt, ist dieser Rspr. bislang keine Lösung des Dilemmas zu entnehmen. Tatsächlich muss hier, hält man die Erfüllung der Erklärungspflicht nicht von vornherein für unzumutbar, mindestens ein striktes und undurchbrochenes Verwendungsverbot entgegen der verfassungs- und konventionswidrigen Ausnahme des § 393 Abs. 2 S. 2 AO gelten.⁴ Für eine Abwägung mit „zwingenden öffentlichen Interessen“ ist schon kein Raum.

3. Ergänzender Unterlassungstatbestand gemäß §§ 370 Abs. 1 Nr. 1, 369 Abs. 2 AO, § 13 StGB

Im Schrifttum wird diskutiert, ob neben dem in § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO explizit geregelten Unterlassungstatbestand auch gem. §§ 370 Abs. 1 Nr. 1, 369 Abs. 2 AO, § 13 Abs. 1 StGB ein **zusätzliches unechtes Unterlassungsdelikt** zu einer Bestrafung wegen Steuerhinterziehung führen kann. Neben Pflichten, die aus dem besonderen Verwaltungsrecht des Steuerrechts insbesondere für Steuerpflichtige, gesetzliche Vertreter, Vermögenverwalter und Verfügungsberechtigte (§§ 33–35 AO) abzuleiten sind, könnten wie bei §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB weitere Pflichtbegründungen insbesondere unter dem Aspekt der Ingerenz treten.⁵ Hierfür wird neben der Existenz des § 369 Abs. 2 AO primär darauf verwiesen, dass dieser Deliktsansatz ggf. bestehende **Strafbarkeitslücken** vermeiden könnte, die zu § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO aus einer mangelnden Pflichtenstellung der zentral das Geschehen steuernden Person resultieren könnten. Die teilweise mögliche Bestrafung als Teilnehmer (konkret z.B.: Anstiftung durch eine Nötigung zur entschuldigenden abpflichtwidrigen Nichtanmeldung einer Steuer) soll unzureichend und eine täterschaftliche Erfassung geboten sein.⁶ Entsprechend könnte gem. §§ 370 Abs. 1 Nr. 1, 369 Abs. 2 AO, § 13 Abs. 1 StGB für einen Garanten das Gebot bestehen, erfolgsbegründende unrichtige oder unvollständige Angaben etwa nach der vorherigen Herbeiführung eines Irrtums des Erklärungspflichtigen zu vermeiden. Die Rspr. hat noch keine belastbare höchstrichterliche Position erarbeitet⁷ und § 13 Abs. 1 StGB lediglich unter dem Gesichtspunkt der *Beihilfe* zur Steuerhinterziehung durch Unterlassen angewendet, ohne dies zu begründen.⁸

135

1 Vgl. zu der für die Gerichte nahe liegenden Anwendung der Ausnahme BGH v. 5.5.2004 – 5 StR 139/03, StV 2004, 578; Wulf, wistra 2006, 89, 96; offen lassend aber zu *kick-back*-Zahlungen BGH v. 11.11.2004 – 5 StR 299/03, BGHSt 49, 317, wistra 2005, 58, 63 f.

2 So BGH v. 5.5.2004 – 5 StR 139/03, StV 2004, 578; BGH v. 11.11.2004 – 5 StR 299/03, BGHSt 49, 317, wistra 2005, 58, 63 f.; BGH v. 2.12.2005 – 5 StR 119/05, BGHSt 50, 299, NJW 2006, 925, 932 f. unter unrichtiger Berufung auf BVerfG v. 15.10.2004 – 2 BvR 1316/04, NJW 2005, 352, 353; Jäger, NStZ 2005, 552, 558.

3 Zu alledem vgl. BGH v. 5.5.2004 – 5 StR 139/03, StV 2004, 578.

4 So schon m.w.N. Gaede, JA 2009, 633, 636 ff.; abl. auch bereits Wulf, wistra 2006, 89, 93 f.; Eidam, S. 176 ff., 190 ff.; Rogall, FS-Kohlmann, S. 465, 495 ff.; zur verfassungsrechtlichen Verankerung s. schon den Gemeinschaftsbeschluss BVerfG v. 13.1.1981 – 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37, 41 ff.

5 Dafür etwa Jäger in Klein, § 370 AO Rz. 41a; Harms, StbG 2005, 12, 13 f. (zur Ingerenz); befürwortend auch Grunst, S. 38 ff.; Wenzig, DSTZ 1986, 375, 382; Joecks in J/J/R, § 370 AO Rz. 161, 237 ff. (widersprüchlich Rz. 163); Gußen, Rz. 66; früh bereits Samson in F/G/S, § 370 AO Rz. 80 f., 83 ff.; i.E. auch Hoff, S. 35 f., 55 f. und Hellmann in H/H/Sp, § 370 AO Rz. 70 f., 96; erwägend, aber abl. zu § 392 AO BGH v. 4.4.1979 – 3 StR 488/78, BGHSt 28, 371, 376 ff.; zu § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO FG Niedersachsen v. 12.7.2004 – 1 K 325/01, EFG 2004, 1882, 1883 f.

6 Joecks in J/J/R, § 370 AO Rz. 116 f.; i.E. auch Jäger in Klein, § 370 AO Rz. 41a.

7 S. aber BGH v. 20.12.1995 – 5 StR 412/95, NStZ 1996, 563, 565, AO § 153 Berichtigungspflicht 1 Steuerberater, dort wird die Möglichkeit einer Garantenstellung aus § 13 Abs. 1 StGB immerhin hinsichtlich der beruflichen Stellung des Steuerberaters erwogen, jedoch sogleich verneint („Bei dieser Rechtslage ... außer Zweifel, daß sich für den Steuerberater aus der bloßen beruflichen Stellung auch keine Garantenstellung aus § 13 Abs. 1 StGB herleiten läßt“). Klar abl. FG Niedersachsen v. 12.7.2004 – 1 K 325/01, EFG 2004, 1882, 1883 f.

8 So im Fall Zwick BGH v. 19.12.1997 – 5 StR 569/96, BGHSt 43, 381, 396 ff.; s. auch in BGH v. 20.12.1995 – 5 StR 412/95, NStZ 1996, 563, 565. Die jüngere Entscheidung BGH v. 9.4.2013 – 1 StR 568/12, BGHSt 58, 218, 229 ff., die *obiter* auch die Ingerenz für möglich hält, behandelt allein § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO. Man mag sie so lesen wollen, dass sie durch den direkten Rekurs auf § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO den Weg über § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO ablehnt, BGHSt 58, 218, 229 f.

3. Einzelne, wirtschaftsstrafrechtlich relevante Betrugs- und Schadensfallgruppen

a) Ärztlicher Abrechnungsbetrug

aa) Grundlagen: Das kassenärztliche Abrechnungssystem

Seit nahezu drei Jahrzehnten beschäftigt die betrügerische Honorarabrechnung durch Ärzte (ärztlicher Abrechnungsbetrug) in zunehmendem Maße die Strafjustiz.¹ Zur **Täuschung** Rz. 29 f. (ausdrücklich) und Rz. 51 (schlüssig), zum **Irrtum** Rz. 95 f. Die Leistungsbeziehungen im **kassenärztlichen** (vertragsärztlichen) **Abrechnungssystem** nehmen sich dabei wie folgt aus:² Der Kassenpatient hat als Mitglied der KK gegen diese einen Anspruch auf Erhaltung, Wiederherstellung und Besserung seiner Gesundheit (§§ 1, 2 Abs. 2 SGB V) gemäß den in den §§ 11 ff. SGB V aufgeführten Behandlungsmaßnahmen. Über die jew. Behandlung wird zwischen Kassenpatient und Arzt ein Vertrag geschlossen. Der Honoraranspruch des Arztes richtet sich aber nicht gegen den Patienten, sondern gegen die Kassen(zahn)ärztliche Vereinigung (KV), die die Honorare an die in ihrem jew. örtlichen Zuständigkeitsbereich zugelassenen Ärzte auszahlt (vgl. §§ 85 Abs. 4, 4a SGB V) und ihrerseits einen Anspruch gegen die KK auf Gesamtvergütung der medizinischen Versorgungsleistungen hat (§ 85 Abs. 1 SGB V). Die **Person des potentiell Geschädigten** richtet sich nach dem zwischen KK und KV für die jew. Leistungsart ausgehandeltem Finanzierungsmodell (§ 85 Abs. 2, 2a ff. SGB V). Soweit danach auf Basis pauschalierter Gesamtvergütungsverträge und ausgehandelter Kopfpauschalen der zu verteilende **Gesamtbetrag gedeckelt** ist, führt eine betrügerische Abrechnungsmanipulation eines Kassenarztes nicht zu einer Schädigung der KK, sondern dazu, dass den korrekt abrechnenden (redlichen) **anderen Vertragsärzten** in der manipulierten Höhe weniger Geld zur Verfügung steht. Nur hinsichtlich der von der **Gesamtvergütung ausgenommenen vertragsärztlichen Leistungen** (Einzelleistungsvergütung) führen Abrechnungsmanipulationen zu einer Schädigung der **KK** in Höhe der manipulierten ausgezahlten Vergütung.³ Auf diesem Hintergrund⁴ lassen sich in **schadensbezogener** Hinsicht folgende **Fallgruppen** unterscheiden:

bb) Unproblematische Betrugsformen (Luftleistungen, Falschdeklarationen) und Anforderungen an die Feststellung

Unproblematisch ist zunächst die Annahme eines Vermögensschadens, wenn der Kassenarzt auf den Abrechnungsunterlagen (z.B. Krankenscheinen, Liquidationen) Leistungen einträgt, die er nicht oder nicht in dem behaupteten Umfang erbracht hat (**Luftleistungen**),⁵ worunter auch Leistungsabrechnungen für bereits verstorbene Patienten fallen.⁶ Das ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Saldierung (Rz. 157 ff.), weil der Honorarzahler bei einer vollständigen oder teilweisen Luftleistung keine ärztliche Leistung als kompensationsstauglicher Gegenwert gegenübersteht.⁷ Das Gleiche gilt für **Falschdeklarationen**, bei denen der Arzt zwar eine (auch medizinisch nicht indizierte und insoweit unbegründete)⁸ Leistung erbracht hat, diese Leistung aber gebührenrechtlich bewusst und unstreitig falsch einordnet.⁹ Das kann in verschiedener Weise geschehen. So deklariert in schädigender Weise falsch, wer eine bestimmte nicht abrechenbare Behandlung unter einer **falschen Gebührennummer** abrechnet;¹⁰ wer als Facharzt für Laboratoriumsmedizin unter dem Posten „Beschaffung und Aufbereitung von Ra-

1 Zum Folgenden bereits *Saliger* in M/R-StGB, § 263 Rz. 246 ff.; zur Kriminologie *Ehlers*, FS Schüler-Springorum, 1993, S. 163 ff.; *Badle*, NJW 2008, 1028 ff.; *Meier/Homann*, MschrKrim 2009, 373 f.; *Kölbel*, NStZ 2009, 312; *Steinhilper*, GesR 2010, 398. Als Monographien s. *Hellmann/Herffs*, Abrechnungsbetrug, 2006; *Hancock*, Abrechnungsbetrug, 2006; *Freitag*, Abrechnungsbetrug, 2009; *Luig*, Abrechnungsbetrug, 2009. Ferner *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, 5. Aufl. 2015, 14/1075 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, Rz. 580. Ferner *Hellmann* in Fischer u.a. (Hrsg.), Dogmatik, 2015, S. 245; *Gaede*, ebenda, S. 257.

2 Vgl. BGH v. 15.10.1991 – 4 StR 420/91, wistra 1992, 95; BGH v. 10.3.1993 – 3 StR 461/92, NStZ 1993, 388 f.; *Idler*, JuS 2004, 1040; *Hellmann/Herffs*, S. 1 ff.; *Hancock*, S. 57 ff.; *Freitag*, S. 25 ff.; *Luig*, S. 7 ff.

3 *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 13; *Schneider* in Wienke, S. 60; *Luig*, S. 68 ff., 73 ff., 80.

4 Zum Abrechnungsbetrug bei der Privatliquidation BGH v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, NJW 2012, 1377 m. überw. abl. Anm. *Dann*, NJW 2012, 2001; *Jäger*, ZWH 2012, 185; *Lindemann*, NZWiSt 2012, 334; *Schuh*, wistra 2012, 265; *Tiedemann*, JZ 2012, 525; *Geiger*, GesR 2013, 7; *Mahler*, wistra 2013, 44; *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284; ferner *Dahm*, MedR 2003, 268; *Ulsenheimer*, 14/1100 und 14/1151 ff.; *Hellmann/Herffs*, S. 31 ff., 117 ff.; *Freitag*, S. 78 ff., 153 ff.

5 BGH v. 14.12.1989 – 4 StR 419/89, BGHSt 36, 320 m. krit. Anm. *Salditt*, StV 1990, 151; auch BGH v. 21.5.1992 – 4 StR 577/91, NStZ 1992, 436, BGH v. 11.7.1996 – 3 Ws 164/96, NStZ 1997, 130 und BGH v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, NJW 2012, 1377, 1383 Rz. 78.

6 *Badle*, NJW 2008, 1032.

7 *Hefendehl* in MüKo-StGB, § 263 Rz. 582; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 255; *Schuh* in Spickhoff, Medizinrecht, § 263 StGB Rz. 43; *Volk*, NJW 2000, 3386; *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 13; *Hellmann/Herffs*, S. 52 ff.; *Freitag*, S. 89 ff., 124 ff.

8 Vgl. BGH v. 14.1.2010 – III ZR 188/09, NJW 2010, 1200, 1203 Rz. 25 f.

9 Vgl. BGH v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, NJW 2012, 1377, 1379 und 1383 Rz. 79; ferner *Hefendehl* in MüKo-StGB, § 263 Rz. 582; *Schuh* in Spickhoff, Medizinrecht, § 263 StGB Rz. 43; *Volk*, NJW 2000, 3386 f.; *Idler*, JuS 2004, 1040; *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 11, 13; *Kölbel*, NStZ 2009, 314 f. und 315 f.; *Hancock*, S. 135 ff., 185 f.; *Luig* S. 195 ff.

10 BGH v. 10.3.1993 – 3 StR 461/92, NStZ 1993, 388: Deklaration einer Magnetfeldtherapiebehandlung als Dezimeterwellenbehandlung.

dionuklid“ nicht gesondert erstattungsfähige allgemeine Praxiskosten (Personal-, Raum- und Sachkosten) abrechnet;¹ wer **überhöhte pauschale Beträge** anstatt die tatsächlich angefallenen Kosten geltend macht;² wer eine bestimmte Leistung, die nur zu einem geringeren Gebührensatz abgerechnet werden kann, als **höherwertige Leistung falsch klassifiziert**;³ wer nicht gesondert abrechnungsfähige Leistungen „**splittet**“, indem er sie auf andere Behandlungstage vor- oder rückdatiert;⁴ wer als integrativer Bestandteil einer anderen Leistung nicht selbständig abrechenbare Leistungen zusätzlich abrechnet (Verstoß gegen das **Zielleistungsprinzip** gem. § 4 Abs. 2a GOÄ);⁵ wer Leistungen, die er für einen Patienten erbracht hat, unter einem **anderen Patienten** abrechnet;⁶ oder wer bei der Abrechnung seiner Leistungen von Lieferanten erhaltene **Rabatte, Barrückvergütungen**, Boni, Umsatzbeteiligungen oder andere Vergünstigungen **nicht angibt** und insoweit höhere Preise ansetzt.⁷ Soweit sich die Ab- bzw. Nichtabrechenbarkeit der erbrachten ärztlichen Leistung nach **Preisfestsetzungen** in spezifischen **Vergütungssystemen** und **Gebührenordnungen** (z.B. EBM, BEMA, DRG-Fallpauschale, GOÄ, BMV-Ä, Ärzte-ZV) richtet, treten diese Normen an die Stelle des Marktes (vgl. Rz. 162) und leiten die Saldierung von ärztlichem Honoraranspruch und ärztlicher Leistung.⁸ Betrugsrisiken können sich auch im Zusammenhang mit **Einweisungsvergütungen** und **getarnten Kopfprämien** ergeben.⁹ Mangels Täuschung bzw. Irrtumserregung **keinen Betrug**, sondern Untreue begeht dagegen der Kassenarzt, der **Rezepte ohne medizinische Indikation**, also nicht notwendige Medikamente **verordnet** (dazu auch Rz. 51 m.w.N.).¹⁰ Ebenfalls straflose Beihilfe zum Betrug als mitbestrafte Nachtat zur Untreue soll ein Vertragsarzt begehen, der fiktive Heilmittelverordnungen für abrechnende Physiotherapeuten erstellt.¹¹ Wegen Abrechnungsbetrugs strafbar macht sich dagegen der **Apotheker**, der gefälschte oder angekaufte Rezepte ohne entsprechende Arzneimittelabgabe zur Abrechnung einreicht (Luftleistung),¹² der auf dem grauen Arzneimittelmarkt erheblich billiger erworbene, uneingeschränkt taugliche Präparate als Originalpräparate abrechnet¹³ oder der in Deutschland nicht zugelassene Fertigarzneimittel abrechnet.¹⁴ Abrechnungsbetrag begeht auch der **Betreiber** eines ambulanten **Pflegedienstes**, der Rechnungen mit überhöhter Stundenzahl einreicht oder wahrheitswidrig angibt, Pflegepersonal mit der vertraglich vereinbarten Qualifikation eingesetzt zu haben (Schaden in voller Höhe).¹⁵ Auch ein **Patient** soll sich wegen Betrugs zum Nachteil der KK strafbar machen, wenn er den Vertragsarzt über die medizinische Notwendigkeit der Verschreibung eines Medikaments täuscht.¹⁶

- 212 Obgleich Art und Zahl der Manipulationen auf den Krankenscheinen wegen der häufig **seriellen**, auf Wiederholung angelegten **Begehungsweise** des ärztlichen Abrechnungsbetrugs¹⁷ oftmals nur schwer oder mit außerordentlichem Aufwand feststellbar sind, fordert der BGH mit Recht, dass der Tatrichter zu **jeder Tathandlung ausreichende Feststellungen** zu treffen hat.¹⁸ Insbesondere sind die Einzelakte so **konkret** und **individualisiert** festzustellen, dass sich daraus die Verwirklichung des objektiven und subjektiven Tatbestands für jede Einzeltat ergibt.¹⁹ Sind nicht alle Einzelakte konkret feststellbar, so sind jedenfalls **Mindestfeststellungen** zu treffen,²⁰ die bei Zugrundelegung des Zweifelssatzes auch auf tragfähigen **Schätzgrundlagen** beruhen können.²¹ Dass sich der Tatrichter dazu **mathematisch-statistischer** Methoden (Hochrechnungen) bedient, hat der BGH an sich (noch) nicht beanstandet (zwh.).²² An den Beweis, dass der Täter sein Verhalten nicht verändert hat, sind je-

1 BGH v. 1.9.1993 – 2 StR 258/93, wistra 1994, 22, 23 f.; ähnlich BGH v. 24.8.1994 – 3 StR 204/94, NStZ 1994, 585 f.
 2 BGH v. 15.10.1991 – 4 StR 420/91, wistra 1992, 95, 96, 97 f. zu einem Facharzt für Radiologie und Nuklearmedizin.
 3 Vgl. BGH v. 21.5.1992 – 4 StR 577/91, NStZ 1992, 436 u.a. zur Abrechnung der telefonischen Mitteilung von Laborergebnissen durch Arzthelferinnen als Beratung; Volk, NJW 2000, 3386; Idler, JuS 2004, 1040; Ellbogen/Wichmann, MedR 2007, 11, 13; Badle, NJW 2008, 1032; Kölbel, NStZ 2009, 314 f.; Luig, S. 195 f.
 4 BGH v. 14.12.1989 – 4 StR 419/89, BGHSt 36, 320, 326; Badle, NJW 2008, 1032; Luig, S. 196.
 5 Badle, NJW 2008, 1032.
 6 Luig, S. 196.
 7 BGH v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, NStZ 2004, 568 f.; StA Wuppertal 80 Js 29/03, zit. bei Badle, NJW 2008, 1033; Volk, NJW 2000, 3387; Ellbogen/Wichmann, MedR 2007, 11, 13.
 8 BGH v. 10.3.1993 – 3 StR 461/92, NStZ 1993, 388 f.; BGH v. 28.9.1994 – 4 StR 280/94, NStZ 1995, 85, 86; auch Volk, NJW 2000, 3387; Hefendehl in MüKo-StGB, § 263 Rz. 578, 582 f.
 9 Näher Kölbel, wistra 2009, 132 f.; Schneider, HRRS 2009, 487 f.
 10 BGH v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17, 21 ff. m. zust. Anm. Herffs, wistra 2006, 63; BGH v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, NStZ 2004, 568, 569 f. Zur Arztuntreue § 266 StGB Rz. 16 und 127.
 11 BGH v. 16.8.2016 – 4 StR 163/16, BeckRS 2016, 16636, Rz. 42 ff.
 12 BGH v. 12.2.2015 – 2 StR 109/14, NStZ 2015, 341, 342.
 13 BGH v. 30.6.2011 – 3 StR 117/11, HRRS 2011 Nr. 988.
 14 BGH v. 4.9.2012 – 1 StR 534/11, NJW 2012, 3665, 3668 m. i.E. zust. Anm. Kölbel, JZ 2013, 849.
 15 BGH v. 16.6.2014 – 4 StR 21/14, NJW 2014, 3170, 3171 m. Anm. Schuhr und Piel, NStZ 2014, 643.
 16 OLG Stuttgart v. 18.12.2012 – 1 Ss 559/12, NStZ-RR 2013, 174.
 17 Vgl. dazu BGH v. 14.12.1989 – 4 StR 419/89, BGHSt 36, 320, 326; BGH v. 21.5.1992 – 4 StR 577/91, NStZ 1992, 436; BGH v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, NStZ 2004, 568 f.; Weidhaas, ZMGR 2008, 200.
 18 BGH v. 14.12.1989 – 4 StR 419/89, BGHSt 36, 320, 321; BGH v. 15.10.1991 – 4 StR 420/91, wistra 1992, 95.
 19 BGH v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, NStZ 2004, 568, 569.
 20 BGH v. 14.12.1989 – 4 StR 419/89, BGHSt 36, 320, 321; BGH v. 15.10.1991 – 4 StR 420/91, wistra 1992, 95.
 21 BGH v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, NStZ 2004, 568, 569.
 22 BGH v. 14.12.1989 – 4 StR 419/89, BGHSt 36, 320, 325 ff.; zust. Freitag, S. 125 ff., 127 f.; auch Ulsenheimer, 14/1131. Abl. bzw. krit. Salditt, StV 1990, 151, 152; Hancock, S. 186 ff., 195.

doch **hohe Anforderungen** zu stellen.¹ Bei Serientaten des Betrugs müssen die Urteilsgründe regelmäßig darlegen, **wer die schädigende Verfügung getroffen** hat und welche Vorstellungen er dabei hatte (vgl. auch Rz. 95 f.).² Das gilt auch für die Frage, welche **Leistungsträger** konkret geschädigt worden sind.³ Bei **standardisierten**, auf **Massenerledigung** angelegten **Abrechnungsverfahren** genügt allerdings ein grundsätzliches sachgedankliches Mitbewußtsein der KK-Mitarbeiter, dass die Abrechnung insgesamt in Ordnung ist, so dass es weder einer Individualisierung des jew. handelnden Mitarbeiters noch der Feststellung seiner individuellen Vorstellungen bedarf.⁴ Zulässig ist es, einen **Mindestschaden** notfalls im Wege der **Schätzung** zu ermitteln.⁵ Dabei kann dem Betrag, zu dem sich der Täter gegenüber der KV zur Rückzahlung verpflichtet hat, ein gewisser Indizwert für den Mindestschaden zukommen.⁶ Der Annahme eines (Mindest-)Schadens stehen beanstandungsfreie Wirtschaftlichkeitsprüfungen durch die KV oder entsprechende Auskünfte eines Prüfarztes nicht entgegen, wobei freilich auch von den Fachkollegen beanstandungsfrei praktizierte fehlerhafte Kostenberechnungen und mangelnde Kontrollen der KV die individuelle Schuld des Täters mindern.⁷ Allgemein kommt beim Vorwurf langjähriger betrügerischer kassenärztlicher Abrechnungspraxis den **Feststellungen** zu den **objektiven Umständen** erhebliche Bedeutung für die Frage der Nachweisbarkeit der **inneren Tatseite** zu.⁸ Zur **Strafzumessung** Rz. 273, insbesondere zur **bandenmäßigen** Begehung des Abrechnungsbetrugs Rz. 280, 291 f.

cc) Verstoß gegen die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung

Nicht unumstritten ist, wie die Fälle zu beurteilen sind, in denen **medizinisch indizierte** und **lege artis ausgeführte tatsächliche** Leistungen abgerechnet werden, die jedoch nicht abrechnungsfähig sind, weil sie unter **Verstoß** gegen die **Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung**, wie sie in zahlreichen Vorschriften normiert ist (vgl. z.B. § 613 BGB, § 15 Abs. 1 SGB V, § 32 Ärzte-ZV, § 19 MBO-Ä, § 15 BMV-Ä i.V.m. § 82 Abs. 1 SGB V), erbracht worden sind und kein Fall einer zulässigen Vertretung oder Delegation im Einzelfall vorliegt. Der 4. Senat des BGH hat **strafbaren Abrechnungsbetrug** in voller Höhe des erstatteten Betrags **bejaht** für einen Radiologen und Nuklearmediziner, der **von seinem Praxispersonal aufgrund genereller Weisung** erbrachte ärztliche Leistungen (intravenöse Injektionen, Infusionen, Blutentnahmen) abgerechnet hatte, obwohl die Leistungen nur abrechnungsfähig gewesen wären, wenn er im Einzelfall die erforderliche Anweisung erteilt hätte.⁹ Dieser Schadensbestimmung stehe nicht entgegen, dass tatsächlich lege artis Leistungen sowohl von dem Arzt (Auswertung der Laborbefunde, Diagnosestellung) als auch von dem von ihm beauftragten Hilfspersonal in welchem Umfang erbracht worden sind. Denn maßgeblich sei die für den Bereich des **Sozialversicherungsrechts geltende streng formale Betrachtungsweise**, nach der eine Leistung insgesamt nicht erstattungsfähig ist, wenn sie in Teilbereichen nicht den gestellten Anforderungen genügt.¹⁰ Eine Kompensation in der Form ersparter Aufwendungen durch die erbrachten Leistungen finde nicht statt, zumal ein anderer hypothetischer Sachverhalt zugrunde gelegt wird und offenbleiben muss, ob ein anderer Arzt die gleiche Behandlungsweise gewählt hätte.¹¹ Die erbrachten medizinischen Leistungen und der Umstand, dass in solchen Fällen das ärztliche Handeln nicht als negativer Beitrag zur Kostensteigerung im Gesundheitswesen gewertet werden könne, müssen jedoch, so der BGH, im Rahmen der Strafzumessung in angemessener Weise zugunsten des Täters berücksichtigt werden (**Strafzumessungslösung**).¹² In der Konsequenz dieser Judikatur liegt es, wenn die **nicht genehmigte** bzw. **nicht** vom Praxisinhaber **überwachte** Tätigkeit von **Assistenzärzten** bzw. **AiPs** sowie der **unzulässige** Vertretungseinsatz von **Oberärzten** als vollendeter Abrechnungsbetrug gewertet wird.¹³ Ebenfalls folgerichtig ist es, in der **Erschleichung einer kassenärztlichen Zulassung** durch einen **Nichtarzt** (ohne Approbation) noch keinen Anstellungsbetrug (dazu Rz. 216 ff.), sondern eine Vorbereitungshandlung zu einem späteren Abrechnungsbetrug zu Lasten der KK zu sehen, sofern der Nichtarzt gegenüber der KV Behandlungen nach der für Kassenärzte geltenden Honorarordnung abrechnet.¹⁴

1 BGH v. 14.12.1989 – 4 StR 419/89, BGHSt 36, 320, 326 f.

2 BGH v. 5.12.2002 – 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198, 1199 f.; BGH v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, NStZ 2004, 568, 569; BGH v. 4.9.2012 – 1 StR 534/11, NJW 2012, 3665, 3668.

3 BGH v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, NStZ 2004, 568, 569.

4 BGH v. 12.2.2015 – 2 StR 109/14, NStZ 2015, 341, 342.

5 BGH v. 14.12.1989 – 4 StR 419/89, BGHSt 36, 320, 328; BGH v. 15.10.1991 – 4 StR 420/91, wistra 1992, 95, 98; BGH v. 1.9.1993 – 2 StR 258/93, wistra 1994, 22, 23.

6 BGH v. 1.9.1993 – 2 StR 258/93, wistra 1994, 22, 23.

7 BGH v. 15.10.1991 – 4 StR 420/91, wistra 1992, 95, 97 f.

8 BGH v. 24.8.1994 – 3 StR 204/94, NStZ 1994, 585, 586.

9 BGH v. 28.9.1994 – 4 StR 280/94, NStZ 1995, 85 m. zust. Anm. *Hellmann*, NStZ 1995, 232; auch *Gaidzik*, wistra 1998, 329; *Volk*, NJW 2000, 3385.

10 BGH v. 28.9.1994 – 4 StR 280/94, NStZ 1995, 85, 86 unter Bezug u.a. auf BSG v. 6.5.1975 – 6 RKA 22/74, BSGE 39, 288, 290 für Leistungen ärztlichen Hilfspersonals; verfassungsrechtlich nicht beanstandet von BVerfG v. 8.9.1997 – 2 BvR 2414/94, NJW 1998, 810. Für die Privatliquidation ebenso BGH v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, NJW 2012, 1377, 1383 Rz. 79 ff. m. zu Recht abl. Anm. *Tiedemann*, JZ 2012, 525; *Jäger*, ZWH 2012, 186; *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284.

11 BGH v. 28.9.1994 – 4 StR 280/94, NStZ 1995, 85, 86; BGH v. 5.12.2002 – 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198, 1200; BGH v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, NJW 2012, 1377, 1384 Rz. 87.

12 BGH v. 28.9.1994 – 4 StR 280/94, NStZ 1995, 85, 86.

13 Vgl. LG Bochum v. 11.9.1995 – 10 Kls 35 Js 169/93, zit. bei *Gaidzik*, wistra 1998, 329 f.

14 BGH v. 6.7.1993 – 1 StR 280/93, NStZ 1994, 236, 237 f. m. Anm. *Zimmerling* (nur zu § 132a).

214 Diese Rspr. ist überwiegend auf Zustimmung¹ und nur teilweise auf gänzliche Ablehnung gestoßen.² Richtigerweise ist entgegen dem BGH mit einer im Vordringen begriffenen Auffassung zu **differenzieren**:³ Der h.M. ist zuzugeben, dass die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung auch leistungsbezogene Vergütungs- und damit **Marktrelevanz** insofern hat, als sie die fach- und qualitätsgerechte medizinische Behandlung des Patienten sicherstellen soll. Deshalb vollendeter Abrechnungsbetrug, wenn sich durch Folgeschäden oder die Folgeuntersuchung eines Kollegen herausstellt, dass die nicht persönlich erbrachte Leistung nicht medizinisch indiziert oder nicht lege artis durchgeführt worden ist und deshalb etwa zur Absicherung eines Befundes nachgeholt werden muss. Steht jedoch im **Abrechnungszeitpunkt**, also im Zeitpunkt der Einreichung der Abrechnungsunterlagen, **fest**, dass die abzurechnende, nicht persönlich erbrachte Leistung (z.B. eine Blutabnahme oder Infusion) **medizinisch indiziert** und **lege artis ausgeführt** worden ist, führt diese medizinische Leistung zum Erlöschen des Anspruchs des Patienten gegenüber seiner KK als der zentralen Leistungsbeziehung. Damit scheidet wegen **Kompensation** (Befreiung der KK von einer Verbindlichkeit) ein Vermögensschaden und folglich ein strafbarer Abrechnungsbetrug aus (**Tatbestandslösung**). Es kommt also sehr wohl darauf an, ob sich die Maßnahme nachträglich als richtig erweist,⁴ bzw. darauf, ob sich die durch die nicht persönliche Leistungserbringung begründete abstrakte Gefahr einer minderwertigen Leistung auch im Einzelfall konkretisiert.⁵ Ebenfalls mangels Vermögensschadens (zur fehlenden konkludenten Täuschung vgl. Rz. 51)⁶ keinen strafbaren Abrechnungsbetrug begründet die praxisrelevante Konstellation,⁷ dass Ärzte gegenüber Privatpatienten in Auftrag gegebene und persönlich validierte **Laboruntersuchungen als eigene Leistung abrechnen**. Soweit die Strafjustiz hierin einen Verstoß gegen § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ sieht und daraus unter Berufung auf die streng sozialrechtliche Betrachtungsweise einen Vermögensschaden herleitet, übersieht sie, dass § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ in erster Linie den **gebührenpolitischen Zweck** verfolgt, die Bezahlbarkeit von Speziallaborleistungen als sog. Selbstzuweisung einzuschränken und den behandelnden Ärzten das finanzielle Interesse an einer Mengenausweitung der Laborleistungen zu nehmen.⁸ Insbesondere im Hinblick auf die vom BVerfG angemahnte wirtschaftliche Betrachtungsweise (Rz. 149 ff.) liegt die Kriminalisierung der Verfehlung gebührenpolitischer Zwecke jedoch nicht im Schutzbereich des Betrugs als reinem Vermögensdelikt (Rz. 1). Letzterer kann nur die Verfehlung primär individual-wirtschaftlich basierter Abrechnungsvoraussetzungen strafrechtlich sanktionieren. Es kommt also auf den **Zweck der verfehlten Abrechnungsvoraussetzung** an (näher Rz. 215). Deshalb kompensiert auch in dieser Fallgruppe die indizierte und lege artis ausgeführte Laboruntersuchung die Honorarzählung des Privatpatienten. Das gilt umso mehr, als der Arzt mit der persönlichen Validierung der Laborbefunde den zentralen wirtschaftlichen Teil der Speziallaborleistung in eigener Person erbringt.⁹

dd) Verstöße gegen Statusfragen: Scheingemeinschaftspraxis und Strohärzte

215 Sehr strittig ist, ob einen strafbaren Abrechnungsbetrug begeht, wer medizinisch indizierte und lege artis ausgeführte Leistungen abrechnet, die nur deshalb nach einschlägigen Vorschriften der ärztlichen Vergütungssysteme und Gebührenordnungen nicht abgerechnet werden dürfen, weil sie **berufsordnungs- und standespolitischen Zwecken** zuwiderlaufen. So soll nach dem OLG Koblenz derjenige Arzt einen Betrag zum Nachteil der KV (!) begehen, der die Kassenzulassung von Ärzten, die er im Angestelltenverhältnis beschäftigt, durch Vorlage von „Scheinverträgen“ über ihre Aufnahme als Freiberufler in eine Gemeinschaftspraxis erschleicht und die von ihnen erbrachten Leistungen als solche der Gemeinschaftspraxis abrechnet (**Scheingemeinschaftspraxis, Arzt im verdeckten Angestelltenverhältnis**).¹⁰ Das OLG Koblenz stützt diese Auslegung ebenfalls auf die **streng formale Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts**, wonach einen betrugstauglichen Vermögensschaden bereits eine in Teilbereichen nicht erstattungsfähige ärztliche Leistung begründet, und folgt der Strafzumessungslösung des 4. Strafsenats des BGH.¹¹ Strafbarer Abrechnungsbetrug bejaht hat im Ergebnis auch der 3. Strafsenat des BGH für einen Fall, wo eine **Vertragsarzt-Zulassung** des abrechnenden Arztes, der eine reine Privatpraxis be-

1 *Schuhr* in Spickhoff, Medizinrecht, § 263 StGB Rz. 44; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 256; *Hellmann*, NSTz 1995, 233; *Volk*, NJW 2000, 3387; *Stein*, MedR 2001, 126 f.; *Beckemper/Wegner*, NSTz 2003, 316; *Hellmann/Herffs*, S. 75; *Hancock*, S. 206 f. und 208; *Luig*, S. 203; *Freitag*, S. 139 f.

2 *Gaidzik*, wistra 1998, 334; vgl. ferner *Gercke/Leimenstoll*, MedR 2010, 695, 698 ff.; krit. und diff. auch *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 11, 13 ff.

3 Wie hier: *Saliger* in M/R-StGB, § 263 Rz. 250; *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 11, 13 ff., 14 f.; *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284; in die gleiche Richtung *Schneider* in Wienke, S. 69; vgl. auch *Perron* in S/S-StGB, § 263 Rz. 112b.

4 A.A. *Stein*, MedR 2001, 127.

5 A.A. *Luig*, S. 203.

6 Dazu näher *Gercke/Leimenstoll*, MedR 2010, 698; *Saliger*, FS Imme Roxin, 2012, S. 314 ff.

7 Vgl. Bayerischer Landtag Drucks. 16/8832; *Taupitz/Neikes*, MedR 2008, 121; *Gercke/Leimenstoll*, MedR 2010, 695, jew. m.w.N.

8 BR-Drucks. 211/94, S. 88, 91, 94; BÄK, DÄ 2000, A-2058 f.; *Taupitz/Neikes*, MedR 2008, 130; *Franck* in Hermanns/Filmler/Roscher, GOÄ, 5. Aufl. 2011, S. 39.

9 Näher *Saliger*, FS Imme Roxin, 2012, S. 319 ff.; i.E. ebenso *Gercke/Leimenstoll*, MedR 2010, 698 f. A.A. *Schuhr* in Spickhoff, Medizinrecht, § 263 StGB Rz. 44; *Badle/Raschke*, medstra 2016, 264.

10 OLG Koblenz v. 2.3.2000 – 2 Ws 92/00, 2 Ws 93/00, 2 Ws 94/00, MedR 2001, 144 m. abl. Bespr. *Stein*, MedR 2001, 124; ebenso LG Würzburg 15.12.1998 – 6 KLS 155 Js 704/97, zit. bei *Luig*, S. 24; dazu abl. auch *Herffs*, wistra 2004, 281 ff.

11 OLG Koblenz v. 2.3.2000 – 2 Ws 92/00, 2 Ws 93/00, 2 Ws 94/00, MedR 2001, 144, 145.

trieb, **völlig fehlte** und die Abrechnung durch Zwischenschaltung eines zugelassenen Kassenarztes als **Strohmann** erfolgte.¹ Bemerkenswert ist, dass der 3. Strafsenat die Bejahung eines Vermögensschadens für die Fälle der Scheinselbständigen bezweifelt, weil der Irrtum der Verantwortlichen der KV hier allein eine Statusfrage und nicht die Abrechnungsvoraussetzungen betreffe. Anders als die dortigen Ärzte, die immerhin wirksam zugelassen gewesen seien und nach Genehmigung auch als Angestellte eines Kassenarztes hätten tätig werden dürfen, liege beim Strohmann ein klarer Abrechnungsbetrug vor, weil der abrechnende Arzt nicht zum Kreis der Anspruchsberechtigten gehöre.² Diese Rspr. wird **zu Recht ganz überwiegend abgelehnt** (str.).³ Der grundsätzlich zulässige Rekurs auf staatliche Vergütungssysteme im ärztlichen Leistungsbereich als Marktersatz findet seine Grenze in der Gefahr der Rechtsgutsvertauschung, die real wird, wenn an Vorschriften angeknüpft werden muss, die allein berufsordnungs- und standespolitischen Zwecken dienen (**eingeschränkte Sozialversicherungsakzessorietät**; dazu bereits Rz. 162). Das ist der Fall bei den Abrechnungsvoraussetzungen der Kassenzulassung eines approbierten Arztes oder dem Verbot verdeckter Angestelltenverhältnisse, die das ordnungspolitische Ziel verfolgen, die ambulante ärztliche Versorgung grundsätzlich „in freier Praxis“ zu gewährleisten.⁴ Diese Abrechnungsvoraussetzungen konkretisieren **nicht die wirtschaftliche Werthaltigkeit** der ärztlichen Leistung nach Art, Inhalt und Qualität, setzen also nicht ihre an der Patientengesundheit orientierte medizinische Indikation und lege artis-Durchführung um, sondern betreffen eine **Statusfrage**. Deshalb kann ihre Sanktionierung nicht im Wege des auf rein materiellen Vermögensschutz beschränkten Betrugstatbestands (Rz. 1) erfolgen.⁵ Folglich ist in den Fällen der Scheingemeinschaftspraxis und des Stroharztes wirtschaftlich ebenfalls auf die medizinisch indizierte und lege artis erbrachte ärztliche Leistung abzustellen, die zur Erfüllung des Anspruchs des Patienten gegenüber seiner KK führt mit der Konsequenz, dass wegen **Kompensation** (Befreiung von einer Verbindlichkeit) ein Vermögensschaden ausscheidet.⁶ Zur Sicherung der ordnungspolitischen Ziele genügen **disziplinar- und berufsrechtliche** Sanktionen.⁷ Demgegenüber gehört die Rspr. mit ihrer strikten **Formalisierung des Schadens** und dem **Verbot der Kompensation** durch eine indizierte und lege artis ausgeführte medizinische Leistung auf den **verfassungsrechtlichen Prüfstand**, weil sie gegen das Verschleifungsverbot von Täuschung und Schaden verstößt und damit den Vermögensdeliktscharakter des Betrugs untergräbt (vgl. Rz. 149 ff., 155 f.).⁸

b) Anstellungsbetrug

aa) Grundsätze

Der Anstellungsbetrug ist nach h.M. ein Unterfall des **Eingehungsbetrugs** (dazu Rz. 200 ff.).⁹ Er kommt in Betracht, wenn AN ihren AG bei der Anstellung oder Beförderung¹⁰ über **rechtserhebliche** Einstellungsvoraussetzungen (insoweit besteht **Arbeits- und Beamtenrechtsakzessorietät**)¹¹ täuschen und ihm dadurch einen Vermögensschaden zufügen (**Anstellungsbetrug** im Unterschied zum Arbeitsbetrug, Rz. 140). Der Vermögensschaden ergibt sich durch einen Vergleich des Vermögensstandes des AG vor und nach dem **Vertragschluss** als Vermögensverfügung. Zu vergleichen sind die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen. Das Vermögen des AG ist **geschädigt**, wenn der Wert des vertraglichen Anspruchs auf die Leistung des Täuschenden (die Arbeitsleistung bzw. Amtsführung) hinter dem Wert der Verpflichtung des AG zur Gegenleistung (im Kern die versprochene Ver-

1 BGH v. 5.12.2002 – 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198, 1200 m. Bespr. *Beckemper/Wegner*, NStZ 2003, 315; *Krüger*, wistra 2003, 297 und teils abl. Bespr. *Idler*, JuS 2004, 1037. Zust. *Luig*, S. 205 ff.

2 BGH v. 5.12.2002 – 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198, 1200; vgl. auch BGH v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, NJW 2012, 1377, 1383 f. Rz. 85.

3 Wie hier i.E.: LG Lübeck, GesR 2006, 177 m. Bespr. *Wessing/Dann*, GesR 2006, 150; *Hefendehl* in MüKo-StGB, § 263 Rz. 582 f.; *Perron* in S/S-StGB, Rz. 112b; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 257; *Saliger* in M/R-StGB, § 263 Rz. 251; *Volk*, NJW 2000, 3387 ff.; *Stein*, MedR 2001, 131; *Herffs*, wistra 2004, 288; *Idler*, JuS 2004, 1041; *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 11, 15; *Walter*, FS Herzberg, 2008, S. 771 f.; *Schneider* in Wienke, S. 64 ff.; *Krüger/Burgert*, ZWH 2012, 213; *Ulsenheimer*, 14/1127 ff.; *Hancock*, S. 223 f.; *Hellmann/Herffs*, S. 90; *Tsambikakis* in Prütting/FAK MedR, § 263 StGB Rz. 52; auch *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rz. 56. Nur beim Arzt im verdeckten Angestelltenverhältnis abl. *Luig*, S. 204 f. Dem BGH zust. *Fischer*, StGB, § 263 Rz. 155.

4 *Stein*, MedR 2001, 127; vgl. auch *Idler*, JuS 2004, 1041.

5 *Saliger*, FS Imme Roxin, 2012, S. 321 ff., 324; in die gleiche Richtung *Volk*, NJW 2000, 3387 f.; *Schneider* in Wienke, S. 68 f.; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 257; *Hefendehl* in MüKo-StGB, § 263 Rz. 582.

6 *Idler*, JuS 2004, 1041; *Herffs*, wistra 2004, 287; *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 11, 15.

7 *Stein*, MedR 2001, 131; vgl. auch *Gaidzik*, wistra 1998, 334.

8 Näher *Saliger*, FS Imme Roxin, 2012, S. 312 ff. und 321 ff.; überholt wäre damit BVerfG v. 8.9.1997 – 2 BvR 2414/94, NJW 1998, 810.

9 Zum Folgenden *Saliger* in M/R-StGB, § 263 Rz. 252 ff.; vgl. ferner BVerfG v. 20.5.1998 – 2 BvR 1385/95, NStZ 1998, 506; RG v. 2.12.1929 – II 1265/29, RGSt 64, 33, 37 f.; BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 4; *Perron* in S/S-StGB, § 263 Rz. 153; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rz. 52; *Fischer*, StGB, § 263 Rz. 152; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 261; *Tiedemann* in LK-StGB, § 263 Rz. 223; *Hefendehl* in MüKo-StGB, § 263 Rz. 567; *Ransiek* in Fischer u.a. (Hrsg.), Dogmatik, 2015, S. 285 ff.; *Gercke*, ebenda, S. 299 ff.

10 Vgl. BGH v. 29.10.1957 – 5 StR 279/57, bei *Dallinger*, MDR 1958, 564; BGH v. 21.7.1961 – 4 StR 93/61, NJW 1961, 2027.

11 Dazu *Budde*, Anstellungsbetrug, S. 196 ff., 206 ff., 238 f.

gütung) zurückbleibt.¹ Da beim Anstellungsbetrug auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, ergibt sich der Vermögensschaden aus einer **schadensbegründenden Vermögensgefahr**, sofern sie **konkret** ist (Rz. 187).² Die dem täuschungsbedingten Vertragsabschluss nachfolgende **Erfüllung** des Vertrages durch den AG stellt, auch soweit die ursprüngliche Täuschung fortwirkt, **nur noch die Vertiefung** des mit Vertragsschluss eingetretenen vollendeten Eingehungsschadens dar (zur str. **Beendigung** und **Verjährung** Rz. 261).³ Soweit der Vermögensschaden danach auf Basis einer **ex-ante Betrachtung** des Vertragsschlusses ermittelt werden muss, steht der Umstand, dass der Täuschende bei einer Amterschleichung später fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbringt, einerseits der Annahme eines Vermögensschadens nicht entgegen.⁴ Andererseits kann bei dem Wertvergleich bei längerer Dauer des Dienstverhältnisses die spätere tatsächliche (untadelige) Leistung des Verpflichteten als Indiz für die bei Vertragsschluss bestehende Gefährdung herangezogen werden,⁵ während bei nur kürzerer Beschäftigungsdauer zu berücksichtigen ist, dass infolge der zeitlichen Beschränkung das allgemeine Leistungsvermögen des Verpflichteten möglicherweise nicht voll in Erscheinung treten konnte.⁶

bb) Erschlichesenes privatrechtliches Anstellungsverhältnis

- 217 Bei der Feststellung des Eingehungsschadens unterscheidet die (noch) **h.M.**, insbesondere die Rspr., grundsätzlich zwischen der Erschleichung eines privaten Arbeitsverhältnisses (auch eines Arbeiter- oder Angestelltenverhältnisses im öffentlichen Dienst) und der Erschleichung einer Beamtenstellung (zwh.).⁷ So stellt die Judikatur für **privatrechtliche Arbeits- und Dienstverhältnisse** letztlich entscheidend auf die **tatsächlich erbrachte Leistung** ab.⁸ Anerkannt ist, dass der AG bei **fehlender fachlicher Eignung** einen Vermögensschaden erleidet, wenn dem Bewerber die erforderliche Vorbildung fehlt und er deshalb überhaupt **nicht in der Lage** ist, die Arbeiten auszuführen, zu deren Verrichtung er sich im Anstellungsvertrag verpflichtet hatte und für die er bezahlt wurde.⁹ Erbringt der Arbeiter oder Angestellte aber **fachlich einwandfreie Leistungen** – wobei Maßstab bei kurzer Beschäftigungsdauer nicht die angefallenen Arbeiten, sondern die allgemeinen Leistungsanforderungen auf der Stelle sind¹⁰ –, kommt ein Schaden **nur ausnahmsweise** in Betracht.¹¹ Insbesondere ist derjenige, der den an die erstrebte Vergütungsgruppe zu stellenden Anforderungen genügt, auch dann eine vollwertige Arbeitskraft, wenn seine Ausbildung hinter dem für diese Vergütungsgruppe an sich geforderten Stand zurückbleibt.¹² Ausnahmsweise kann – in Anknüpfung an die für Beamte aufgestellten Grundsätze (Rz. 218) – ein Vermögensschaden bei Täuschungen über den beruflichen Werdegang, Art und Dauer der Tätigkeiten oder sein sonstiges Vorleben (z.B. Vorstrafen) auch bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen anzunehmen sein, wenn 1. die dem Dienstverpflichteten gestellten Aufgaben besondere **Vertrauenswürdigkeit** und **Zuverlässigkeit** erfordern und die Bezahlung gerade mit Rücksicht auf diese Eigenschaften besonders hoch festgesetzt ist, oder 2. Anstellung und Höhe der Bezüge – ähnlich wie beim Beamten – eine **abgeschlossene Ausbildung** voraussetzen oder von **Art und Dauer früherer Beschäftigungen** abhängen.¹³ Die Rspr. hat diese Voraussetzungen z.B. bejaht für einen Betriebsingenieur als Stellvertreter des

1 BVerfG v. 20.5.1998 – 2 BvR 1385/95, NStZ 1998, 506; BGH 4.5.1962 – 4 StR 71/62, BGHSt 17, 254, 256; BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 4; BGH v. 21.7.1961 – 4 StR 93/61, NJW 1961, 2027, 2028; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rz. 52; *Tiedemann* in LK-StGB, § 263 Rz. 223; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 261; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, Rz. 580. Dazu, dass anderes gelten kann, wenn der AN nach Einstellung erneut selbständig täuscht, s. BGH v. 29.10.1957 – 5 StR 297/57, bei *Dallinger*, MDR 1958, 564 f.

2 BVerfG v. 20.5.1998 – 2 BvR 1385/95, NStZ 1998, 506; BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 4 f.; *Hefendehl* in MüKo-StGB, § 263 Rz. 568.

3 BVerfG v. 20.5.1998 – 2 BvR 1385/95, NStZ 1998, 506; RG v. 2.12.1929 – II 1265/29, RGSt 64, 33, 38 f.; BGH v. 29.10.1957 – 5 StR 297/57, bei *Dallinger*, MDR 1958, 564.

4 BGH v. 16.3.1954 – 5 StR 552/53, BGHSt 5, 358, 362; BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 12.

5 BGH v. 14.5.1962 – 5 StR 51/62, BGHSt 17, 254, 256; BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 5; *Perron* in S/S-StGB, § 263 Rz. 153; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 261.

6 BGH v. 14.5.1962 – 5 StR 51/62, BGHSt 17, 254, 256.

7 BVerfG v. 20.5.1998 – 2 BvR 1385/95, NStZ 1998, 506; BGH v. 21.7.1961 – 4 StR 93/61, NJW 1961, 2027, 2028; BGH v. 14.5.1962 – 5 StR 51/62, BGHSt 17, 254, 256; OLG Celle v. 28.1.1960 – 1 Ss 350/59, MDR 1960, 696, 697; *Tiedemann* in LK-StGB, § 263 Rz. 223; *Kindhäuser* in NK-StGB, § 263 Rz. 323 ff.; *Fischer*, StGB, § 263 Rz. 153 f.; *Wessel*, Anstellungerschleichung, S. 170. Krit. *Geppert*, FS Hirsch, 1999, S. 539 ff.; *Saliger*, ZStW 112 (2000), 606 f.; *Duttge*, JR 2002, 273 ff.

8 BGH v. 21.7.1961 – 4 StR 93/61, NJW 1961, 2027, 2028; BGH v. 4.5.1962 – 4 StR 71/62, BGHSt 17, 254, 257; OLG Celle v. 28.1.1960 – 1 Ss 350/59, MDR 1960, 696, 697; AG Tiergarten v. 29.11.1993 – 272 Ds 833/93, NStZ 1994, 243; *Tiedemann* in LK-StGB, § 263 Rz. 225 (Angestellte), 227 (Arbeiter); *Hoyer* in SK-StGB, § 263 Rz. 257; *Kindhäuser* in NK-StGB, § 263 Rz. 326.

9 BGH v. 5.1.1951 – 2 StR 29/50, BGHSt 1, 13, 14; *Fischer*, StGB, § 263 Rz. 152; *Hefendehl* in MüKo-StGB, § 263 Rz. 568; *Wessel*, S. 144; *Budde*, S. 237.

10 BGH v. 4.5.1962 – 4 StR 71/62, BGHSt 17, 254, 257 f.; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 262.

11 AG Tiergarten v. 29.11.1993 – 272 Ds 833/93, NStZ 1994, 243; *Perron* in S/S-StGB, § 263 Rz. 154; *Fischer*, StGB, § 263 Rz. 154; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 263.

12 BGH v. 4.5.1962 – 4 StR 71/62, BGHSt 17, 254, 257.

13 RG v. 13.7.1939 – 3 D 472/39, RGSt 73, 268, 269; 75, 8; BGH v. 21.7.1961 – 4 StR 93/61, NJW 1961, 2027, 2028; BGH v. 4.5.1962 – 4 StR 71/62, BGHSt 17, 254, 256 f.; *Perron* in S/S-StGB, § 263 Rz. 154; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 263 f.; *Tiedemann* in LK-StGB, § 263 Rz. 226; *Wessels*, S. 144; *Budde*, S. 237.

Betriebsleiters¹ und verneint für einen Bauingenieur.² Jedoch begründet weder die bloße Schädigung des Ansehens des Arbeitgebers bei Bekanntwerden der Einstellung eines vorbestraften Angestellten einen betrugstauglichen Vermögensschaden³ noch liegt ein Vermögensschaden schon deshalb vor, weil der AG bei Kenntnis der wahren Verhältnisse den Täter nicht eingestellt hätte (vgl. auch Rz. 1).⁴ Zur Erschleichung der Zulassung als **Kassenarzt**, die kein Anstellungsbetrag ist, Rz. 213.

cc) Amterschleichung

Deutlich strenger behandelt die Rspr. die Amterschleichung.⁵ **Unstreitig** ist zunächst, dass bei **fehlender fachlicher Eignung** des Bewerbers ein Vermögensschaden des Dienstherrn grundsätzlich begründet sein kann. Denn soweit dem Bewerber oder Beamten die laufbahnrechtlich zwingend erforderlichen fachlichen Qualifikationen (z.B. Laufbahnvoraussetzungen, Ausbildung oder akademische Grade) für die Anstellung oder Beförderung fehlen, mangelt es regelmäßig an der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung im Einstellungs- bzw. Beförderungszeitpunkt.⁶ Die fachlichen Kriterien spiegeln gleichsam den durch die Besoldungsordnung festgesetzten objektiven **Marktpreis**, zu dem der Bewerber als „Humankapital“ eingekauft wird.⁷ Darauf, dass der Beamte fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbringt, kommt es dann nicht an (vgl. Rz. 217; str.).⁸ Gleiches gilt bei Täuschungen über ein höheres Besoldungsdienstalter oder einen anderen Familienstand, weil der Beamte dadurch unberechtigt höhere Bezüge erhält.⁹ Grundsätzlich ähnlich wollen die neuere **Rspr.** und ein Teil des Schrifttums auch die Fälle **fehlender persönlicher Eignung** (Vorstrafen, gröbliche Dienstverfehlungen, Unwahrhaftigkeiten hinsichtlich des Vorlebens, Zweifel an Verfassungstreue etc.) beurteilen. Selbst wenn die neuere Judikatur sich dabei von älterer, teilweise stark moralisierender Judikatur abwendet¹⁰ und insbesondere die ältere Rspr., der zufolge **Vorstrafen** allein wegen der mit ihnen (vermeintlich) einhergehenden Dauergefahr eine konkrete Vermögensgefahr begründen sollen,¹¹ mangels Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung (vgl. Rz. 112 ff.) nicht (mehr) haltbar ist,¹² bejaht der 5. Strafsenat des BGH einen Vermögensschaden des Dienstherrn im Einstellungszeitpunkt stets, wenn der Beamte über Umstände täuscht, die seiner Einstellung aufgrund einer **Ermessensreduzierung auf Null** entgegenstehen. Zu diesen Umständen gehöre die nach Gesetz oder Verwaltungsvorschriften notwendige persönliche Eignung des Beamten, die auch seine **persönliche Zuverlässigkeit** im Hinblick auf die versprochene Amtsführung umfasst. Insoweit sei eine schadensgleiche Vermögensgefährdung stets gegeben, wenn es naheliegt, dass das Fehlen persönlicher Zuverlässigkeit sich nach außen nachteilig auf die Amtsführung auswirkt und deswegen ein Einstellungshindernis begründet. Gerade bei **Polizeibeamten** bilde die persönliche Zuverlässigkeit einen maßgeblichen objektiven Faktor für die Bemessung des wirtschaftlichen Wertes der versprochenen Amtsführung.¹³ Auch die Tätigkeit als **inoffizieller Stasi-Mitarbeiter** soll – verfassungsrechtlich bestätigt¹⁴ – ein solches, für einen Vermögensschaden hinreichendes beamtenrechtliches Einstellungshindernis begründen, namentlich dann, wenn zwischen der Beendigung der Stasi-Verstrickung und dem Einstellungszeitpunkt keine allzu große Zeitspanne verstrichen ist.¹⁵

218

1 OLG Celle v. 28.1.1960 – 1 Ss 350/59, MDR 1960, 696 f.

2 BGH v. 21.7.1961 – 4 StR 93/61, NJW 1961, 2027 f.

3 BGH v. 4.5.1962 – 4 StR 71/62, BGHSt 17, 254, 258 f. für Stadtverwaltungen.

4 AG Tiergarten v. 29.11.1993 – 272 Ds 833/93, NStZ 1994, 243; Perron in S/S-StGB, § 263 Rz. 154.

5 Tiedemann in LK-StGB, § 263 Rz. 224.

6 BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 5 f.; auch RG v. 2.12.1929 – II 1265/29, RGSt 64, 33, 38 f.; BGH v. 16.3.1954 – 5 StR 552/53, BGHSt 5, 358, 362; Perron in S/S-StGB, § 263 Rz. 156; Tiedemann in LK-StGB, § 263 Rz. 224; Lackner in LK-StGB Rz. 239; Saliger, ZStW 112 (2000), 606; Wessel, S. 171.

7 BGH v. 16.3.1954 – 5 StR 552/53, BGHSt 5, 358, 361; Saliger, ZStW 112 (2000), 605 f.

8 Wie hier: BGH v. 16.3.1954 – 5 StR 552/53, BGHSt 5, 358, 361 f.; BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 12; Saliger, ZStW 112 (2000), 606; Rengier, BT/1, § 13 Rz. 225; A.A. Otto, JZ 1999, 738 f.; Geppert, FS Hirsch, 1999, S. 539 ff.

9 BGH v. 16.3.1954 – 5 StR 552/53, BGHSt 5, 358, 361 f.; BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 6; Perron in S/S-StGB, § 263 Rz. 156; Hefendehl in MüKo-StGB, § 263 Rz. 569.

10 Vgl. BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 6 ff., 11; zur älteren Rspr. auch BGH v. 31.8.1955 – 2 StR 110/55, GA 1956, 121.

11 BGH v. 13.8.1953 – 4 StR 320/53, zit. in BGHSt 45, 1, 7; BGH v. 4.5.1962 – 4 StR 71/62, BGHSt 17, 254, 259; BGH v. 9.5.1978 – StR 104/78, NJW 1978, 2042, 2043 m. abl. Bespr. Miehe, JuS 1980, 261.

12 Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rz. 52; Perron in S/S-StGB, § 263 Rz. 154; Tiedemann in LK-StGB, § 263 Rz. 227; Hefendehl in MüKo-StGB, § 263 Rz. 572 f.; Saliger, ZStW 112 (2000), 604; Geppert, FS Hirsch, 1999, S. 535 f.; Rengier, BT/1, § 13 Rz. 225.

13 BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 11 f.

14 BVerfG v. 20.5.1998 – 2 BvR 1385/95, NStZ 1998, 506.

15 BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 13 ff. m. Anm. Geppert, NStZ 1999, 305; Otto, JZ 1999, 738; Jahn, JA 1999, 628; Seelmann, JR 2000, 164 und Bespr. Jerouschek/Koch, GA 2001, 273. Auch Gading, NJ 1996, 297; Dammann/Kutscha, NJ 1999, 285; Saliger, ZStW 112 (2000), 600 ff. für die Untreue; OLG Dresden v. 28.4.1999 – 2 Ss 714/98, NStZ 2000, 259 f.; Protzen, Anstellungsbetrag, S. 252 ff.

219 Diese Rspr. ist als **Moralisierung** bzw. Fiktionalisierung des Schadens **abzulehnen** (vgl. bereits Rz. 156; str.).¹ Bei einem Vermögensdelikt kann Kriterium für die Schadenstauglichkeit einer Einstellungsvoraussetzung entgegen der Rspr. nicht die Existenz eines zwingenden rechtlichen Einstellungshindernisses, sondern nur die Kommerzialisierung bzw. **Kommerzialisierbarkeit** der Einstellungsvoraussetzung sein.² Danach begründet eine Täuschung über die **persönliche Zuverlässigkeit** mangels Kommerzialisierbarkeit **grundsätzlich keinen Vermögensschaden**. Soweit etwa ein Beamter die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen erfüllt, fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbringt und allein eine frühere Vorstrafe bei der Einstellung verschwiegen hat, ist es wirtschaftlich gesehen nicht plausibel zu sagen, dass „der Preis von Diensten, die diese Personen in diesen Ämtern leisten möchten, gleich Null“ ist.³ Das gilt in besonderem Maße für die Kriminalisierung der Nichtoffenbarung einer Stasi-Tätigkeit als Anstellungsbetrug. Mit der Gleichung „Täuschung über zwingendes Einstellungshindernis gleich Vermögensschaden“⁴ werden die Zwecksetzungen des Beamtenrechts umstandslos via Beamtenbesoldung als Marktersatz⁵ in Schutzwecke der strafrechtlichen Vermögensdelikte transformiert. Es geht also um den Schutz **überindividuel-ler, vermögensneutraler Aspekte** wie das Ansehen des Staates, die Verfassungstreue und Lauterkeit der staatlichen Amtsführung oder die Idee eines untadeligen Berufsbeamtentums, die zweifellos alle auch **politisch-moralische Konnotationen** haben.⁶ Der Schutz dieser legitimen öffentlichen Interessen gehört jedoch ins Beamten- und Arbeitsrecht, nicht ins Vermögensstrafrecht. Eine **Ausnahme** wird man nur dort für die privatrechtliche Anstellung wie die Beamtenernennung machen dürfen, wo eine **besondere Vertrauenswürdigkeit** des Bewerbers Einstellungsvoraussetzung mit **unmittelbarer und isolierbarer Vergütungsrelevanz** ist, wie bei der Einstellung eines wegen Unterschlagung vorbestraften Bankkassierers.⁷ Das aber bedarf besonderer Feststellungen. Abgesehen von dieser Ausnahme bedeutet die umstandslose Kriminalisierung von Täuschungen über die persönliche Eignung nicht nur eine Radikalisierung der Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag⁸ und damit einen **unzulässigen selbständigen Dispositionsschutz** (vgl. Rz. 155),⁹ sondern **mangels Bezifferbarkeit der Schadenshöhe** bei der fachlich nicht zu beanstandenden Dienstleistung eines persönlich unzuverlässigen Beamten auch eine unzulässige **Schadensfiktionalisierung** (vgl. Rz. 156),¹⁰ die im Lichte der Entscheidungen des BVerfG zum Bestimmtheitsgrundsatz (dazu Rz. 149 ff.) der erneuten verfassungsrechtlichen Überprüfung bedarf.¹¹

c) Parteienbetrug

220 Die Spendenskandale der SPD in Köln und Wuppertal sowie der Fall *Möllemann* bei der FDP in NRW haben neben der im Vordergrund stehenden Parteienuntreue (dazu § 266 StGB Rz. 125 f.) auch die Frage nach einer Betrugsstrafbarkeit durch die Falschdeklarierung von Parteispenden aufgeworfen.¹² Nach den durch den 3. Strafsenat des BGH im Wuppertaler Fall im Wesentlichen zutreffend aufgestellten Rechtsgrundsätzen¹³ gilt Folgendes: **Vollendeter** Betrug gegenüber dem Bundestagspräsidenten als mittelverwaltende Stelle (§ 21 Abs. 2 PartG) kommt in Betracht durch die täuschungsbedingte **Überhöhung festsetzungsrelevanter Einnahmeausweise** in eingereichten Rechenschaftsberichten (**Parteienbetrug**). Das ist etwa der Fall, wenn verbotene **Parteispenden** „reingewaschen“ oder gänzlich fiktive Parteispenden oder **Mitgliedsbeiträge** aufgeführt werden. Diese Falschangaben sind doppelt festsetzungsrelevant für die staatliche Parteienfinanzierung: einerseits für die Höhe des Zuwendungsanteils, wonach die Partei 0,45 Euro für jeden Zuwendungsseuro (eingezahlter Mitglieds- oder Mandatsträgerbeitrag oder rechtmäßig erlangte Spende) bis zu 3300 EUR einer natürlichen Person erhält (§ 18 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PartG); andererseits für die relative Obergrenze, wonach die Höhe der staatlichen Finanzierung einer Partei die Summe ihrer selbst erwirtschafteten Einnahmen nicht überschreiten darf (§ 18 Abs. 5 S. 1 PartG). Jenseits der privilegierten Zuwendungen ist ein Parteienbetrug auch möglich durch die Manipulation

1 Zum Folgenden *Saliger*, ZStW 112 (2000), 605 ff. Wie hier: *Hefendehl* in MüKo-StGB, § 263 Rz. 576; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 266; *Geppert*, FS Hirsch, 1999, S. 539 ff.; *Dammann/Kutscha*, NJ 1999, 284 f.; *Jerouschek/Koch*, GA 2001, 280 ff.; *Duttge*, JR 2002, 275; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, Rz. 580; *Budde*, Anstellungsbetrug, S. 237. A.A. und dem BGH i.E. zust. *Fischer*, StGB, § 263 Rz. 153; *Tiedemann* in LK-StGB, § 263 Rz. 224; *Perron* in S/S-StGB, § 263 Rz. 156; *Kindhäuser* in NK-StGB, § 263 Rz. 324; *Wessel*, S. 171 ff., 179.

2 Im Grundsatz übereinstimmend *Jahn*, JA 1999, 630.

3 *Sarstedt*, JR 1952, 308; vgl. auch BGH v. 16.3.1954 – 5 StR 552/53, BGHSt 5, 358, 361 und *Protzen*, NStZ 1997, 527.

4 BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 11 ff., 13.

5 *Protzen*, NStZ 1997, 527.

6 Ebenso KG v. 26.2.1998 – (4) 1 Ss 218/97 (88/97), JR 1998, 438 f.; *Geppert*, NStZ 1999, 306; *Jahn*, JA 1999, 630.

7 Vgl. BGH v. 4.5.1962 – 4 StR 71/62, BGHSt 17, 254, 259; BGH v. 9.5.1978 – 1 StR 104/78, NJW 1978, 2043; *Lackner* in LK-StGB Rz. 238 m.w.N.; *Rengier*, BT/1, § 13 Rz. 226.

8 A.A. BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 11 f.

9 Vgl. auch *Hefendehl* in MüKo-StGB, § 263 Rz. 576; *Satzger* in S/S/W-StGB, § 263 Rz. 266; *Otto*, JZ 1999, 739.

10 Vgl. auch *Duttge*, JR 2002, 274.

11 S. bereits *Saliger*, ZIS 2011, 917 f.

12 S. zum Folgenden bereits *Saliger* in M/R-StGB, § 263 Rz. 256 f.; *Ipsen/Saliger*, PartG, § 31d Rz. 152 ff.; *Saliger/Sinner*, NJW 2005, 1076 f.; *Saliger*, Parteiengesetz, S. 493 ff. und 689 ff. Ferner *Grunst*, wistra 2004, 95; *Maier*, NJW 2000, 1007; *Hefendehl* in MüKo-StGB, § 263 Rz. 746; *Kindhäuser* in NK-StGB, § 263 Rz. 348a; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, Rz. 580.

13 BGH v. 28.10.2004 – 3 StR 301/03, BGHSt 49, 275, 299 ff. m. Anm. *Deiters*, MIP 2004/2005, 18; *Saliger/Sinner*, NJW 2005, 1073; *Korte*, NStZ 2005, 512; *Kargl*, JZ 2005, 503; *Dölling*, JR 2005, 519.

§ 97 Beschlagnahmeverbot

(1) Der Beschlagnahme unterliegen nicht

1. schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und den Personen, die nach § 52 oder § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b das Zeugnis verweigern dürfen;
2. Aufzeichnungen, welche die in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b Genannten über die ihnen vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht haben, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt;
3. andere Gegenstände einschließlich der ärztlichen Untersuchungsbefunde, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b Genannten erstreckt.

(2) Diese Beschränkungen gelten nur, wenn die Gegenstände im Gewahrsam der zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten sind, es sei denn, es handelt sich um eine elektronische Gesundheitskarte im Sinne des § 291a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch. Der Beschlagnahme unterliegen auch nicht Gegenstände, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte, Zahnärzte, Psychologischen Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Apotheker und Hebammen erstreckt, wenn sie im Gewahrsam einer Krankenanstalt oder eines Dienstleisters, der für die Genannten personenbezogene Daten erhebt, verarbeitet oder nutzt, sind, sowie Gegenstände, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3a und 3b genannten Personen erstreckt, wenn sie im Gewahrsam der in dieser Vorschrift bezeichneten Beratungsstelle sind. Die Beschränkungen der Beschlagnahme gelten nicht, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist, oder wenn es sich um Gegenstände handelt, die durch eine Straftat hervorgebracht oder zur Begehung einer Straftat gebraucht oder bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind entsprechend anzuwenden, soweit die Hilfspersonen (§ 53a) der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b Genannten das Zeugnis verweigern dürfen.

(4) Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 genannten Personen reicht, ist die Beschlagnahme von Gegenständen unzulässig. Dieser Beschlagnahmeschutz erstreckt sich auch auf Gegenstände, die von den in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 genannten Personen ihren Hilfspersonen (§ 53a) anvertraut sind. Satz 1 gilt entsprechend, soweit die Hilfspersonen (§ 53a) der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 genannten Personen das Zeugnis verweigern dürften.

(5) Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 genannten Personen reicht, ist die Beschlagnahme von Schriftstücken, Ton-, Bild- und Datenträgern, Abbildungen und anderen Darstellungen, die sich im Gewahrsam dieser Personen oder der Redaktion, des Verlages, der Druckerei oder der Rundfunkanstalt befinden, unzulässig. Absatz 2 Satz 3 und § 160a Abs. 4 Satz 2 gelten entsprechend, die Beteiligungsregelung in Absatz 2 Satz 3 jedoch nur dann, wenn die bestimmten Tatsachen einen dringenden Verdacht der Beteiligung begründen; die Beschlagnahme ist jedoch auch in diesen Fällen nur zulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der Grundrechte aus Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht und die Erforschung des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

A. Zweck und Anwendungsbereich

Durch das **Beschlagnahmeverbot** in § 97 soll eine Umgehung der in §§ 52 ff. garantierten Zeugnisverweigerungsrechte verhindert werden.¹ Dieser Zweck umfasst bereits die Beschlagnahmeanordnung sowie die Anordnung und Durchführung einer Durchsuchung.² Die Vorschrift kann indes nicht auf Personen, denen kein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt, entsprechend angewendet werden.³ Ausgenommen hiervon sind Beschlagnahmeverbote, die sich ausnahmsweise direkt aus dem Grundgesetz ergeben.⁴ Die Vorschrift ist auf Beweismittel beschränkt, so dass die Herausgabe von Verfalls- und Einziehungsgegenständen nicht auf dieser Grundlage verweigert werden darf.⁵

Die Norm schützt nicht den **beschuldigten Zeugnisverweigerungsberechtigten** (vgl. Abs. 2 S. 3 für Teilnahmeverdächtige).⁶ Handelt es sich bei dem Beschuldigten allerdings um einen **Strafverteidiger**, so sind die aus den beschlagnahmten Gegenständen erlangten Erkenntnisse nur in dem gegen diesen geführten Strafverfahren ver-

1 BVerfG v. 8.3.1972 – 2 BvR 28/71, NJW 1972, 1123; Schmidt, wistra 1991, 246; Schuhmann, wistra 1995, 51.

2 Greven in KK-StPO, § 97 Rz. 2.

3 Menges in L/R, § 97 StPO Rz. 11 mit Verweis auf BVerfG v. 19.7.1972 – 2 BvL 7/71, NJW 1972, 2214; Wohlers in SK-StPO, § 97 Rz. 4 ff.

4 Schmitt in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 2.

5 Schmitt in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 3.

6 So seit BGBl. I 2007, S. 3198; BGH v. 27.3.2009 – 2 StR 302/08, NJW 2009, 2690.

wertbar, wohingegen für das Verfahren gegen den Mandanten § 97 Abs. 1 gilt. Vergleichbares gilt für Patientenunterlagen, die beim **beschuldigten Arzt** beschlagnahmt werden. Auch diese dürfen nur gegen den Arzt, nicht aber gegen den Patienten verwendet werden.¹

B. Verzicht auf das Beschlagnahmeverbot

- 3 Der Zeugnisverweigerungsberechtigte, der hierüber sowie auf das hieraus resultierende Beschlagnahmeverbot in jedem Fall, d.h. auch bei spontaner Herausgabe, zu **belehren** ist (vgl. § 52 Abs. 3), wird nicht geschützt, wenn er die Beweisgegenstände nach erfolgter Belehrung **freiwillig herausgibt**. Hierdurch verzichtet er auf das Beschlagnahme- und Verwertungsverbot, auch wenn er mit dieser Einwilligung gegen § 203 StGB verstößt.² Ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht hat ein **Beweisverwertungsverbot** zur Folge, welches allerdings durch eine nachträgliche Belehrung sowie Einverständniserklärung des Berechtigten geheilt werden kann.³ Die Einwilligung kann widerrufen werden mit der Folge, dass die Beweismittelgegenstände herauszugeben sind. Bis zum Zeitpunkt der Herausgabe gewonnene Erkenntnisse können dann jedoch Gegenstand weiterer Beweiserhebungen sein (z.B. durch Vernehmung des auswertenden Ermittlungsbeamten).⁴ Die freiwillige Herausgabe führt zu einer unbeschränkten Verwertbarkeit des Beweisgegenstands nur in dem Verfahren, in dem er herausgegeben worden ist. Im Falle der **Entbindung von der Schweigepflicht** entfallen das Zeugnisverweigerungsrecht und damit auch das Beschlagnahmeverbot.⁵

C. Beginn des Beschlagnahmeverbots

- 4 Str. ist, zu welchem **Zeitpunkt** der Schutz des § 97 eingreift. Überwiegend wird darauf abgestellt, ob bereits ein Beschuldigter im förmlichen Sinne identifiziert wurde, wobei die Beschlagnahmefreiheit ausnahmsweise auch zugunsten des bislang nur Verdächtigen gelten soll, wenn das Verfahren gegen „Unbekannt“ geführt wird.⁶ Nach der Tat, aber vor Einleitung des Ermittlungsverfahrens angefertigte Unterlagen sollen deshalb dem Schutz des § 97 nicht unterfallen. Bei **juristischen Personen** wird demzufolge die beschuldigtenähnliche Verfahrensstellung eines Beteiligteninteressenten (§§ 431, 444) vorausgesetzt.⁷ **Richtigerweise** kann es indes auf die förmliche Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nicht ankommen. Die Schutzbedürftigkeit von Unterlagen i.S.d. § 97 Abs. 1 kann nicht mit der – zeitlich oftmals zufälligen und dem Betroffenen u.U. zunächst unbekannt – formalen Beschuldigteneigenschaft verknüpft werden.⁸ Vielmehr sind erkennbar der Verteidigung in der konkreten Angelegenheit dienende Unterlagen bereits vor Einleitung des Ermittlungsverfahrens von § 97 geschützt. Andernfalls wäre dem Beschuldigten die schutzwürdige Möglichkeit genommen, sich in sicherer Erwartung eines bevorstehenden Ermittlungsverfahrens mit seinem Verteidiger vertrauensvoll über die angemessene Verteidigungsstrategie schriftlich auszutauschen.⁹
- 5 Weiterhin ist ein Beschlagnahmeverbot zu bejahen, wenn ein Zeuge bis zur Abtrennung des dieselbe Tat betreffenden Verfahrens **Mitbeschuldigter** war.¹⁰ Bei gemeinsamem Gewahrsam an dem Beweisgegenstand durch Beschuldigten und Zeugnisverweigerungsberechtigten greift jedoch kein Beschlagnahmeverbot ein.¹¹ Wie die Sache in den Gewahrsamsbereich des Zeugnisverweigerungsberechtigten gelangt ist, ist irrelevant.¹²

D. Allgemeine Voraussetzungen des Beschlagnahmeverbots

I. Geschützte Gegenstände

- 6 Unter den Begriff der **schriftlichen Mitteilungen (Abs. 1 Nr. 1)** fallen alle Gedankenäußerungen zwischen einem Absender und einem Empfänger, die zur Kenntnisnahme bestimmt sind, insbesondere Briefe, Karten und Faxanschreiben, aber auch Mitteilungen durch Zeichnungen und Skizzen sowie die Kommunikation auf Ton- oder Bildträgern (vgl. § 11 Abs. 3 StGB).¹³ Keiner besonderen Geheimhaltung unterliegen indes Schriftstücke,

1 Str., wie hier BerlVerfGH v. 28.6.2001 – VerfGH 100/00, NVwZ-RR 2002, 401; vgl. auch die ausdr. Regelung in § 108 Abs. 2.

2 BGH v. 12.1.1956 – 3 StR 195/55, NJW 1956, 599; *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 5; a.A. *Fezer*, JuS 1978, 472.

3 *Greven* in KK-StPO, § 97 Rz. 3.

4 *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 7; a.A. *Mitsch*, AfP 2012, 521.

5 *Greven* in KK-StPO, § 97 Rz. 5.

6 RG v. 8.2.1917 – VIII 146, RGSt 50, 241; *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 10.

7 *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 10c; LG Bonn v. 21.6.2012 – 27 Qs 2/12, NZWiSt 2013, 28.

8 So auch für den Fall einer Verfahrenstrennung *Menges* in L/R, § 97 StPO Rz. 23.

9 Im Ergebnis ebenso LG Gießen v. 25.6.2012 – 7 Qs 100/12, wistra 2012, 409; *Jahn/Kirsch*, NZWiSt 2013, 28; OLG Celle v. 23.11.1962 – 3 Ws 280/62, NJW 1963, 406; LG Braunschweig v. 21.7.2015 – 6 Qs 116/15, NZWiSt 2016, 37; *Klengel/Buchert*, NSTZ 2016, 383.

10 BGH v. 13.11.1997 – 4 StR 404/97, NJW 1998, 840.

11 BGH v. 4.8.1964 – StB 12/63, BGHSt 19, 374; LG Stuttgart v. 4.4.1990 – 14 Qs 53/90, wistra 1990, 282; *Wohlers* in SK-StPO, § 97 Rz. 15. Für weitere Fallbeispiele s. auch *Wohlers* in SK-StPO, § 97 Rz. 17, 24.

12 *Wohlers* in SK-StPO, § 97 Rz. 16.

13 *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 28; BGH v. 28.6.2001 – 1 StR 198/01, StraFo 2001, 380.

die zur Kenntnisnahme Dritter bestimmt sind (wie z.B. notarielle Urkunden).¹ Geschützt sind i.Ü. nur Mitteilungen zwischen Beschuldigtem und Zeugnisverweigerungsberechtigtem, so dass Mitteilungen an Dritte, die sich im Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten befinden, beschlagnahmt werden können.² Im Hinblick auf den in § 52 genannten Personenkreis ist es überdies unerheblich, welchen Inhalt die Mitteilung hat und wann sie erstellt wurde.³ Es ist keine Beziehung zwischen der Mitteilung und der Tat notwendig. Erst das Ende des Angehörigenverhältnisses führt wieder zur Beschlagnahmefähigkeit, wenn gleichzeitig auch das Zeugnisverweigerungsrecht entfällt. Demgegenüber gilt für den in § 53 Abs. 1 Nr. 1–3b genannten Personenkreis, dass nur solche schriftlichen Mitteilungen umfasst sind, die nach ihrem **Aussagegehalt zur Verweigerung** des Zeugnisses berechtigen.⁴

Aufzeichnungen (Abs. 1 Nr. 2) umfassen jede Art von Gedankenerklärungen oder Wahrnehmungen des Zeugnisverweigerungsberechtigten auf Papier oder anderem Material wie z.B. Karteien, Krankenblättern, Handakten, Vertragsentwürfen oder Schriftsätzen, solange sich das Zeugnisverweigerungsrecht hierauf erstreckt.⁵ Solange die Wahrnehmungen vom Zeugnisverweigerungsberechtigten stammen, ist unerheblich, wer sie aufgezeichnet hat.⁶ Nach § 11 Abs. 3 StGB sind auch Tonträger sowie Bild- und Datenträger geschützt.⁷

Der Begriff der **anderen Gegenstände (Abs. 1 Nr. 3)** ist ebenfalls weit gefasst und umfasst etwa technische Untersuchungsbeefunde wie Röntgenaufnahmen, Kardiogramme, vom Beschuligten beauftragte Sachverständigen-Gutachten sowie Buchungs- und Geschäftsunterlagen.⁸ Auch hier gilt nach h.L., dass nur das **Vertrauensverhältnis zwischen Beschuldigtem und Zeugnisverweigerungsberechtigtem** geschützt ist.⁹ Dies ist nicht unbedenklich, da zumindest der Wortlaut einen weiten Schutzbereich unter Einbeziehung aller vom Zeugnisverweigerungsrecht umfassten Gegenstände – ohne besonderen Bezug zum Beschuligten – nahelegt, im Ergebnis angesichts des Schutzzwecks der Norm aber wohl mitzutragen.

II. Betroffene Personengruppen

Für die Personengruppe der **Verteidiger** (§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2) sowie der **Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater und ähnlicher Berufe** (§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3) gilt, dass alle Unterlagen i.S.d. Abs. 1 Nr. 1 bis 3 beschlagnahmefrei sind, die einen konkreten Zusammenhang zu den Vorwürfen aus dem gegenständlichen Ermittlungsverfahren aufweisen, nicht jedoch Unterlagen, die ein anderes Verfahren betreffen.¹⁰ Beschlagnahmefrei sind demzufolge alle Unterlagen, die der Geheimhaltung unterliegen (d.h. etwa nicht: Notarielle Urkunden, vgl. oben unter Rz. 6).¹¹ Nach richtiger Ansicht ebenfalls nicht beschlagnahmefähig sind auch Unterlagen über ein **Anderkonto**, das ein Notar oder Rechtsanwalt von Gesetzes wegen bei einem Kreditinstitut einzurichten hat, da das Kreditinstitut insoweit allenfalls die Stellung eines Berufshelfers (vgl. Absatz 3) hat.¹²

Für **Rechtsanwälte** stellen sich überdies bei der **Vertretung von juristischen Personen** regelmäßig Fragen zur Abgrenzung von § 160a Abs. 1, insbesondere in Konstellationen, in denen beim Unternehmensanwalt Unterlagen beschlagnahmt werden sollen, die im Zuge **interner Untersuchungen** zur Strafbarkeit einzelner Mitarbeiter des beauftragenden Unternehmens erstellt wurden.¹³ Regelmäßig handelt es sich hierbei um Untersuchungsberichte und Interviewprotokolle sowie eine Zusammenstellung und Auswertung der im Unternehmen in diesem Zusammenhang aufgefundenen Dokumente, E-Mails und Buchhaltungsunterlagen.¹⁴ Aufgrund der intensiven Vorbefassung mit der Angelegenheit durch externe Rechtsexperten sind diese Unterlagen für die Strafverfolgungsbehörden häufig von besonderem Interesse. Hierbei wird überwiegend angenommen, aufgrund der Regelung in § 160a Abs. 5 bleibe die Beschränkung des § 97 auf das Vertrauensverhältnis zwischen Beschuldigtem und Zeugnisverweigerungsberechtigtem vorrangig anwendbar.¹⁵ Unterlagen seien weiterhin nur bei dem Verteidiger des Beschuligten beschlagnahmefrei, während Untersuchungsberichte beim Rechtsanwalt des Unternehmens nicht

1 LG Stuttgart v. 21.4.1988 – 8 Qs 28/88, wistra 1988, 245; LG Darmstadt v. 12.12.1986 – 13 Qs 1368/86, wistra 1987, 232; LG Kiel v. 6.8.1999 – 39 Qs 27 u. 32/99, wistra 2000, 194.

2 H.L., vgl. *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 10 m. Nachw. zur Gegenansicht.

3 *Greven* in KK-StPO, § 97 Rz. 12.

4 *Beulke* in FS Lüderssen, 2002, S. 693, 700.

5 *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 29.

6 *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 29; OLG Köln v. 7.5.1991 – 2 Ws 149/91, NSTZ 1991, 452.

7 BVerfG v. 30.1.2002 – 2 BvR 2248/00, NJW 2002, 1410.

8 *Greven* in KK-StPO, § 97 Rz. 14.

9 *Greven* in KK-StPO, § 97 Rz. 15; *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 10a m.w.N.; LG Bochum v. 16.3.2016 – II-6 Qs 1/16, NSTZ 2016, 500, das aus genannten Gründen einen Beschlagnahmeschutz für anonyme Hinweise bei Compliance-Ombudsleuten ablehnt.

10 *Menges* in L/R, § 97 StPO Rz. 86.

11 *Wohlens* in SK-StPO, § 97 Rz. 15, 87.

12 *Greven* in KK-StPO, § 97 Rz. 18; AG Münster v. 8.8.1997 – 23 Gs 459/97, wistra 1998, 237; *Stahl*, wistra 1990, 96; *Rau*, wistra 2006, 414 f.; *Kretschmer*, wistra 2009, 181; a.A. LG Würzburg v. 20.9.1989 – QS 323/89, wistra 1990, 118; BVerfG v. 9.10.1989 – 2 BvR 1558/89, wistra 1990, 97; LG Chemnitz v. 2.6.2001 – 4 Qs 13/01, wistra 2001, 399.

13 *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 10b.

14 *Wohlens* in SK-StPO, § 97 Rz. 90.

15 BT-Drucks. 16/5846, 38; LG Hamburg v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, NJW 2011, 942.

unter § 97 fielen und deshalb beschlagnahmt werden könnten.¹ Diese Sichtweise ist **abzulehnen**. Der Wortlaut des § 160a Abs. 1 ist insoweit eindeutig. Die mit der internen Untersuchung beauftragte Rechtsanwaltskanzlei hat gegenüber ihrem Auftraggeber ein Zeugnisverweigerungsrecht.² Die Beschlagnahme von Mandatskorrespondenz und Untersuchungsberichten bedeutet die Erlangung von Erkenntnissen, die gem. § 160a Abs. 1 S. 2 **absolut geschützt** sind. Die Bestimmung des § 160a Abs. 5, wonach die §§ 97 und 100c Abs. 6 unberührt bleiben sollen, steht dieser Auslegung nicht entgegen.³ Nach allgemeinen Anwendungsgrundsätzen kann der Vorrang von § 97 nur soweit gehen, wie diese Vorschrift überhaupt Anwendung findet. Die fehlende Beschuldigteneigenschaft einer juristischen Person kann nicht dazu führen, dass § 160a Abs. 1 S. 1 für Beschlagnahmemaßnahmen beim Rechtsanwalt keine Anwendung finden würde.⁴ Soweit § 160a als allgemeine Vorschrift ein höheres Schutzniveau bietet, muss sie vielmehr zwingend zur Anwendung kommen. § 97 kann § 160a nur ergänzen, nicht jedoch einschränken.⁵ Bei gegenteiliger Lesart würde die mit dem „Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht“ vom 22.12.2010⁶ erfolgte Aufnahme der Rechtsanwälte in den Kreis der in § 160a absolut geschützten Berufsheimträger i.Ü. erheblich entwertet. Das staatliche Strafverfolgungsinteresse wird hierdurch nicht unzumutbar eingeschränkt, denn den Strafverfolgungsbehörden bleibt es unbenommen, die Unternehmensmitarbeiter als Zeugen zu vernehmen.⁷ **Unstreitig** dürfte zumindest sein, dass die Beschlagnahme bei dem vom Unternehmen beauftragten Rechtsanwalt nach § 97 im Hinblick auf die dort genannten Unterlagen jedenfalls dann unzulässig ist, wenn das **Unternehmen** die Stellung eines **Nebenbeteiligten** gem. §§ 431, 444 innehat.⁸ Der in diesen Fällen anwendbare § 434 Abs. 1 S. 2 verweist auf die allgemeinen Vorschriften zur Verteidigung eines Beschuldigten (§§ 137 ff.). Damit kommt dem Unternehmen eine für § 97 ausreichende Quasi-Beschuldigtenstellung zu. Allerdings erstreckt sich dieser Schutz nicht auf den unternehmens- und konzerninternen Schriftwechsel mit Syndikusanwälten.⁹

- 11 **Höchst umstr.**¹⁰ ist die Beschlagnahmefreiheit von Geschäftsunterlagen und Buchungsbelegen im Gewahrsam von **Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern**, wenn es sich hierbei nicht um Deliktsgegenstände handelt. Nach einer Auffassung sollen insbesondere solche Unterlagen, die lediglich zur Durchführung der Buchhaltung benötigt werden oder zu deren Aufbewahrung der Auftraggeber gesetzlich verpflichtet ist, nicht der Beschlagnahmefreiheit unterfallen, solange sie nicht der konkreten und individuellen Steuerberatung dienen.¹¹ Hiervon sind insbesondere Auftragsverhältnisse betroffen, in denen der Steuerberater lediglich als externer Buchhalter eingesetzt wird oder die Unterlagen nur in Verwahrung hat, da hieraus kein Rückschluss auf die eigentliche Beratungstätigkeit gezogen werden könne.¹² **Richtigerweise** sind jedoch **alle Unterlagen**, die der Auftraggeber dem Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer im Rahmen eines konkreten Auftragsverhältnisses übergibt, beschlagnahmefrei.¹³ Zum einen wird der Zeugnisverweigerungsrechte häufig umfassende Beratungs- sowie sonstige Dienstleistungen erbringen, die eine Unterscheidung der Unterlagen in beschlagnahmefähig und beschlagnahmefrei faktisch unmöglich macht.¹⁴ Zum anderen ist das in § 53 Abs. 1 Nr. 3 statuierte Zeugnisverweigerungsrecht umfassend ausgestaltet, solange die Information dem Steuerberater/Wirtschaftsprüfer „in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden ist“. Dies ist indes bei allen Unterlagen der Fall, die – unabhängig von der jeweiligen Ausgestaltung – im Zuge des konkreten Auftragsverhältnisses übergeben wurden.¹⁵

III. Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten

- 12 Gem. **Abs. 2 S. 1** greift der Beschlagnahmeschutz nur, wenn sich die Gegenstände im **Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten** befinden (Ausnahme: Elektronische Gesundheitskarte gem. § 291a SGB VI). Dagegen sind Gegenstände beschlagnahmefähig, die sich (noch) auf dem Postweg befinden oder an denen ein Be-

1 LG Hamburg v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, NJW 2011, 942 auch unter Hinweis auf § 356 StGB; *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 10b.

2 *Gräfin von Galen*, NJW 2011, 945; *Schuster*, NZWiSt 2012, 28.

3 A.A. LG Mannheim v. 3.7.2012 – 24 Qs 1/12, 24 Qs 2/12, NZWiSt 2012, 424; zur Kritik dieses Beschlusses *Ballo*, NZWiSt 2013, 46.

4 I.E. LG Mannheim v. 3.7.2012 – 24 Qs 1/12, 24 Qs 2/12, NZWiSt 2012, 424; BT-Drucks. 16/5846, 38.

5 Ebenso *Schuster*, NZWiSt 2012, 26; *Ballo*, NZWiSt 2013, 52; *Gräfin von Galen*, NJW 2011, 942; *Knierim*, FD-StrafR 2011, 314177.

6 BGBl. I, S. 2261.

7 *Sidhu/v. Saucken/Ruhmannseder*, NJW 2011, 881; zu den zivilrechtlichen Implikationen vgl. *Franzen* in FS Köhler, 2014, S. 133 ff.

8 *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 10c m.w.N.; *Wohlens* in SK-StPO, § 97 Rz. 10; ebenso *Rütters/Schneider*, GA 2014, 160; *Klengel/Buchert*, NStZ 2016, 383.

9 EuGH v. 14.9.2010 – C-550/07, NJW 2010, 3557 (Akzo Nobel).

10 Für ein umfassendes Meinungsbild vgl. *Wohlens* in SK-StPO, § 97 Rz. 82.

11 BVerfG v. 18.6.1980 – 1 BvR 697/77, NJW 1981, 33; *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 40.

12 LG Berlin v. 10.11.1976 – 514 a/514 Qs 73/76, NJW 1977, 725; LG München I v. 3.8.1984 – 27 Qs 8/84, wistra 1985, 41; LG Hildesheim v. 21.4.1988 – 22 Qs 1/88, wistra 1988, 327; *Schmitt* in M-G/S-StPO, § 97 Rz. 40.

13 *Schmidt*, wistra 1991, 250.

14 LG Bonn v. 15.3.1984 – 30 Qs 7/84, DB 1984, 2193.

15 LG Berlin v. 1.3.1989 – 520 Qs 22/89, NJW 1990, 1058; LG München I v. 14.12.1983 – 19 Qs 4/83, NJW 1984, 1191.