

# RSÜ 5

vom 7. August 2015

von Dieter Kochheim

Der unregelmäßig erscheinende Rechtsprechungsüberblick dokumentiert die aktuelle Rechtsentwicklung mit den Schwerpunkten Wirtschafts- und Ermittlungsrecht. Von besonderer Bedeutung sind die Entscheidungen zu den unerlaubten Zahlungsdiensten (Nr. 2), zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr (Nr. 4; vor allem auch wegen der vielen Verfahrensfragen, die angesprochen werden) und zum Bruttoprinzip (Nr. 6).

Inhalt:

A. Wirtschafts- und materielles Strafrecht.....	2
1. Arbeitgeber.....	2
2. Unerlaubte Zahlungsdienste .....	2
3. Urkundenfälschung und gewerbsmäßiges Handeln.....	3
4. Bestechung im geschäftlichen Verkehr .....	3
5. Missbrauch einer Zahlungskarte .....	4
6. Bruttoprinzip .....	4
7. Rechtmäßigkeit einer Diensthandlung.....	4
8. Reichweite der Verjährungsunterbrechung .....	5
9. Strafzumessung .....	5
B. Strafverfahrensrecht .....	6
10. Verbindung von Strafsachen .....	6
11. Rechtliches Gehör.....	6
12. Beweisantritt .....	7
C. Aus gegebenem Anlass.....	7
13. Der Amtseid des Bundespräsidenten.....	7
14. Kein Bestseller .....	7

## A. Wirtschafts- und materielles Strafrecht

### 1. Arbeitgeber

Zu den Fragen nach der Arbeitgebereigenschaft und der betrieblichen Einbindung hat der BGH ausgeführt:<sup>1</sup>

*Ob eine Person Arbeitgeber ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das wiederum auf das Arbeitsrecht Bezug nimmt. Arbeitgeber ist danach derjenige, dem der Arbeitnehmer nicht selbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht, wobei besondere Bedeutung dem Weisungsrecht sowie der Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers zukommt. Entscheidend sind hierbei allein die tatsächlichen Gegebenheiten (...<sup>2</sup>). Grundsätzlich ist der Wille der Vertragsparteien zwar ausschlaggebend, eine nach den tatsächlichen Verhältnissen bestehende Sozialversicherungspflicht können die Beteiligten jedoch nicht durch abweichende Vertragsgestaltung umgehen. Maßgeblich ist eine abwägende Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände (...<sup>3</sup>). Diese hat das Landgericht rechtsfehlerhaft nicht hinreichend vorgenommen.*

### 2. Unerlaubte Zahlungsdienste

2009 wurden die Vorschriften über die Zahlungsdienste in das BGB eingefügt. Gleichzeitig wurden die Strafvorschriften aus dem Kreditwesengesetz genommen – KWG – und in das neu geschaffene Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz übernommen – ZAG. Diese Strafvorschriften sind bedeutend für eine Entscheidung des BGH, mit der er eine Verfallsentscheidung über mehr als 400.000 € aufrechterhalten hat.<sup>4</sup> Ihr liegt zugrunde, dass der Veranstalter einer AutomatenSpielhalle von einem Dritten Geldausgabeautomaten aufstellen und bestücken ließ, aus denen die Spieler unter Belastung ihrer Bankkonten Bargeld abheben konnten (Point of Sale). Der BGH betrachtet den Betreiber als Zahlungsdienstleister (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG) und den Zahlungsdienst selber als Auszahlungsgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 1 ZAG (Rn. 38), dessen Betrieb einer schriftlichen Erlaubnis bedürfe (§ 8 Abs. 1 ZAG). Ohne sie ist der Betrieb strafbar (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 ZAG).

Die spannende Frage, wo der Umfang erreicht ist, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, stellte sich in diesem Fall weniger dramatisch:

*<Rn. 94> Die U. GmbH betrieb vier Spielhallen, die jeweils mit einem EC-Cash-Terminal ausgestattet waren. Die Umsätze der Terminals wurden über eigene Bankkonten abgewickelt. Allein im „Casino L.“ fielen in einem Zeitraum von drei Jahren 7.526 Bargeldauszahlungen in Höhe von insgesamt 444.230 € und Gebühren in Höhe von 7.526 € an. Dem Betrieb der EC-Cash-Terminals lag eine komplexe Vertragsgestaltung und Abwicklung zu Grunde. Der Geldkreislauf begann mit dem Abheben von Bargeld zum Befüllen der Automaten und endete mit Eingang der Gutschriften und der Gebühren auf dem für das Terminal eingerichteten Konto; Rechnungen für die Miete, für die Bereitstellung des Sammelkontos und für andere Dienstleistungen der La. AG mussten beglichen werden. Daher steht außer Frage, dass Zahlungsdienste in einem Umfang erbracht wurden, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte.*

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 24.6.2015 - 1 StR 76/15, Rn. 10.

<sup>2</sup> Verweis auf BGH, Beschluss vom 5.6.2013 - 1 StR 626/12.

<sup>3</sup> Verweis auf BGH, Beschluss vom 4.9.2013 - 1 StR 94/13.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 11.6.2015 - 1 StR 368/14.

### 3. Urkundenfälschung und gewerbsmäßiges Handeln

Für die besonders schwere Urkundenfälschung durch gewerbsmäßiges Handeln gilt:<sup>5</sup>

<Rn. 4> *Es ist für gewerbsmäßiges Handeln nicht erforderlich, dass der Täter seine Einnahmen unmittelbar aus der Urkundenfälschung selbst erzielen muss. Es reicht vielmehr aus, wenn die Urkundenfälschungen dazu dienen sollen, durch andere vom Täter oder Dritten beabsichtigte Straftaten Gewinn zu erzielen ...*

<Rn. 5> *In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass zur Begründung von Gewerbsmäßigkeit ein mittelbarer Vorteil des Täters ausreicht, wenn er ohne weiteres darauf zugreifen kann oder sich selbst geldwerte Vorteile aus den Taten über Dritte verspricht (...<sup>6</sup>). Einen mittelbaren Vorteil erlangt der Täter auch dann aus der Tat, wenn diese nicht selbst direkt zu einer Einnahme führt, aber notwendige Zwischenstufe für eine Handlung ist, aus der Einnahmen erzielt werden. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Urkundenfälschung selbst unmittelbar der Gewinnerzielung dient, etwa bei der Herstellung einer unechten Urkunde oder der Verfälschung einer echten Urkunde gegen Bezahlung. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass das Schutzgut der Urkundenfälschung die Sicherheit des Rechtsverkehrs ist. Der Gesetzgeber hat das Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit, das in verschiedenen Tatbeständen Eingang gefunden hat, nicht an die unmittelbare Verletzung des jeweiligen Gesetzeszwecks geknüpft, sondern an das Handeln des Täters. Würde man eine unmittelbare Verknüpfung des spezifischen Merkmals der Gewinnerzielungsabsicht mit dem Schutzzweck des jeweiligen Tatbestands verlangen, liefen Tatbestände, die keine Vermögensdelikte sind, wie etwa § 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB weithin ins Leere (...<sup>7</sup>).*

### 4. Bestechung im geschäftlichen Verkehr

Materiell befasst sich der BGH mit der Unrechtsvereinbarung im Sinne von § 299 StGB <Rn. 55> und dem Vorteil großen Ausmaßes <Rn. 62 ff.>.<sup>8</sup> Bevor er dazu kommt, müssen alle üblichen Verfahrensfragen abgearbeitet werden:

<Rn. 13 ff.> Die Rüge einer unzureichenden Mitteilung über den Inhalt von Verständigungsgesprächen muss den Angeklagten selber betreffen und darf sich - grundsätzlich - nicht nur auf einen Mitangeklagten beziehen.

<Rn. 23 ff.> Zum eigenmächtigen Ausbleiben des Angeklagten, der telefonisch nicht erreichbar ist und seinen Wohnsitz ohne Kenntnis des Gerichts gewechselt hat.

<Rn. 30> Auslandszeuge.

<Rn. 34 ff.> Abschluss des Selbstleseverfahrens (aufgrund eines unglücklich formulierten Protokolls).

<Rn. 39 ff.> Ablehnung bedeutungsloser Beweisantritte.

<Rn. 47 ff.> Hilfsbeweisanträge.

---

<sup>5</sup> BGH, Beschluss vom 30.6.2015 - 4 StR 190/15.

<sup>6</sup> Verweis auf BGH, Beschluss vom 1.6.2015 - 4 StR 21/15, Rn. 11 mwN.

<sup>7</sup> Verweis auf BGH, Beschluss vom 17.9.1999 - 2 StR 301/99.

<sup>8</sup> BGH, Beschluss vom 29.4.2015 - 1 StR 235/14.

## 5. Missbrauch einer Zahlungskarte

Die Verwendung einer entwendeten Zahlungskarte zusammen mit der abgepressten PIN ist ein Computerbetrug. Mehrere zeitlich-räumlich zusammenfallende Abhebungen bilden eine Tateinheit.<sup>9</sup>

## 6. Bruttoprinzip

Richtig schmerzhaft für den Täter zieht der BGH aus dem **Bruttoprinzip**:<sup>10</sup>

BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 2.7.2015 - 3 StR 157/15

<Rn. 12> "Bruttoprinzip" bedeutet, dass nicht bloß der Gewinn, sondern grundsätzlich alles, was der Täter für die Tat oder aus ihr erhalten hat, für verfallen zu erklären ist. Bei der Berechnung des aus einem strafbaren Geschäft Erlangten ist deshalb vom **gesamten Erlös ohne Abzug der Kosten** für die eigene Leistungserbringung und sonstiger Aufwendungen auszugehen. Die durch die Einführung des Bruttoprinzips angestrebte Folge, dass auch die Aufwendungen nutzlos sind, soll zur Verhinderung gewinnorientierter Straftaten - und insbesondere diese wollte der Gesetzgeber erfassen - beitragen. Würde lediglich der Tatgewinn abgeschöpft, so wäre die Tatbegehung unter finanziellen Gesichtspunkten weitgehend risikolos. Diesen **Präventionszweck** - der Verfallsbetroffene soll das Risiko strafbaren Handelns tragen - hatte der Gesetzgeber im Auge, als er sich auf den Rechtsgedanken des § 817 Satz 2 BGB bezog und darauf abhob, dass das in ein verbotenes Geschäft Investierte unwiederbringlich verloren sein soll (...<sup>11</sup>).

<Rn. 13> Wirtschaftlich erlangt ist ein Gegenstand oder Wert im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB, sobald dieser unmittelbar aus der Tat in die eigene Verfügungsgewalt des Täters übergegangen ist. Beim Erlangen im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB handelt es sich um einen tatsächlichen Vorgang; auf zivilrechtliche Besitz- und Eigentumsverhältnissen zwischen mehreren Tatbeteiligten kommt es nicht an. Spätere Mittelabflüsse können nur im Rahmen der Härtefallklausel des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB berücksichtigt werden (...<sup>12</sup>).

## 7. Rechtmäßigkeit einer Diensthandlung

Den Prüfungsmaßstab im Hinblick auf die materiellen Voraussetzungen eines Hoheitsaktes hat der BGH auf ein vernünftiges Maß reduziert:<sup>13</sup>

<Rn. 24> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestimmt sich die Rechtmäßigkeit - sowohl bezüglich § 32 Abs. 2 StGB als auch § 113 Abs. 3 StGB - des Handelns von staatlichen Hoheitsträgern bei der Ausübung von Hoheitsgewalt weder streng akzessorisch nach der materiellen Rechtmäßigkeit des dem Handeln zugrundeliegenden Rechtsgebiets (meist des materiellen Verwaltungsrechts) noch nach der Rechtmäßigkeit entsprechend dem maßgeblichen Vollstreckungsrecht (...). **Die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns in einem strafrechtlichen Sinne hängt vielmehr lediglich davon ab, dass „die äußeren Voraussetzungen zum Eingreifen des Beamten“ gegeben sind, „er also örtlich und sachlich zuständig“ ist, er die vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten einhält und der Hoheitsträger**

<sup>9</sup> [BGH, Beschluss vom 19.5.2015 - 1 StR 171/15](#), Rn. 2.

<sup>10</sup> [BGH, Urteil vom 2.7.2015 - 3 StR 157/15](#).

<sup>11</sup> Verweis auf [BGH, Urteil vom 16.5.2006 - 1 StR 46/06](#).

<sup>12</sup> Verweis ebenfalls auf [BGH, Urteil vom 16.5.2006 - 1 StR 46/06](#).

<sup>13</sup> [BGH, Urteil vom 9.6.2015 - 1 StR 606/14](#).

**sein - ihm ggf. eingeräumtes - Ermessen pflichtgemäß ausübt** (...). Befindet sich allerdings der Hoheitsträger in einem schuldhaften Irrtum über die Erforderlichkeit der Amtsausübung, handelt er willkürlich oder unter Missbrauch seines Amtes, so ist sein Handeln rechtswidrig (...).

<Rn. 28> Der Bundesgerichtshof hat bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeit (im Sinne von § 32 StGB und § 113 StGB) von hoheitlichem Handeln stets in den Blick genommen, in welcher Lage sich (Polizei)Vollzugsbeamte bei Ausübung hoheitlicher Tätigkeit befinden (...). Diese müssen sich in der konkreten Situation in der Regel unter einem gewissen zeitlichen Druck auf die Ermittlung eines äußeren Sachverhalts beschränken, ohne die Rechtmäßigkeit des eigenen Handelns auf der Grundlage des materiellen Rechts oder des (Verwaltungs)Vollstreckungsrechts bis in alle Einzelheiten klären zu können (...). Das Bundesverfassungsgericht hat vor dem dargestellten Hintergrund bezüglich der Auslegung des Rechtmäßigkeitsbegriffs in § 113 Abs. 3 StGB verfassungsrechtlich akzeptiert, dass bei der Notwendigkeit umgehenden behördlichen Einschreitens eine Pflicht des betroffenen Bürgers zur Befolgung einer wirksamen, wenn auch gegebenenfalls rechtswidrigen Diensthandlung besteht (...). Er muss die Amtshandlung grundsätzlich hinnehmen und kann erst nachträglich eine Feststellung der eventuellen Rechtmäßigkeit der Maßnahme erreichen (...).

## 8. Reichweite der Verjährungsunterbrechung

Aus dem Steuerstrafrecht sind fein ausformulierte Verfahrenserweiterungen und Eröffnungen gewohnt, die jedenfalls in der üblichen Breite nicht erforderlich sind:<sup>14</sup>

<Rn. 3> Wird in einem Strafverfahren wegen einer Vielzahl von Taten ermittelt, erstreckt sich die Unterbrechungswirkung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich auf alle Taten, die Gegenstand des Verfahrens sind. Dies ist lediglich dann nicht der Fall, wenn der – insoweit maßgebliche – Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörden auf eine oder mehrere Taten beschränkt ist. Für die Bestimmung des Verfolgungswillens ist der Zweck der Untersuchungshandlung maßgeblich. Ergibt sich dieser nicht bereits aus deren Wortlaut, ist namentlich auf den Sach- und Verfahrenszusammenhang abzustellen (...).

## 9. Strafzumessung

Alles wird besser, weil wir ein weiteres Strafzumessungskriterium haben (§ 46 Var. 1 StGB): Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende ...

---

<sup>14</sup> [BGH, Beschluss vom 25.6.2015 - 1 StR 579/14.](#)

## B. Strafverfahrensrecht

### 10. Verbindung von Strafsachen

Der BGH meint:<sup>15</sup>

*<Rn. 4> Die Verbindung von Strafsachen, die nicht nur die örtliche, sondern auch die sachliche Zuständigkeit betrifft, kann nicht durch eine Vereinbarung der beteiligten Gerichte nach § 13 Abs. 2 Satz 1 StPO geschehen. Eine solche Verbindung kann vielmehr in den Fällen, in denen ... die verschiedenen Gerichte nicht alle zu dem Bezirk des ranghöheren gehören, nur durch Entscheidung des gemeinschaftlichen oberen Gerichts – hier des Oberlandesgerichts Celle – herbeigeführt werden (§ 4 Abs. 2 Satz 2 StPO; vgl. BGH aaO). Daran fehlt es. Die Sache ist hinsichtlich der Tatvorwürfe der Steuerhinterziehung nicht bei dem Landgericht Hildesheim rechtshängig geworden.*

Daran sind Zweifel anzumelden: Sowohl die Vorwürfe der Steuerhinterziehung wie auch der Bestechlichkeit sind Wirtschaftsstrafsachen im Sinne von § 74c Abs. 1 Nr. 3 und 6.a) GVG. Aufgrund der Ermächtigung in § 73c Abs. 3 GVG hat die Landesregierung in Niedersachsen durch § 18 Abs. 1 Nr. 1. der Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten in der Gerichtsbarkeit und der Justizverwaltung die Wirtschaftsstrafsachen aus den Landgerichtsbezirken Bückeburg, Hannover und Hildesheim bei dem Landgericht Hildesheim konzentriert, so dass sich wegen der § 74c GVG-Straftaten der Bezirk des Landgerichts Hildesheim auch auf die der anderen beiden Bezirke erstreckt (§ 74c Abs. 4 GVG). Es ist demzufolge auch das Berufungsgericht für die Urteile der Amtsgerichte aus den Bezirken Bückeburg und Hannover (§ 73 Abs. 1 GVG) und somit auch das Gericht höherer Ordnung im Sinne von § 4 Abs. 2 StPO. Einer Entscheidung des *gemeinschaftlich* höheren Gerichts, also des OLG Celle, bedarf es in diesem Fall nicht.

Für die Entscheidung über die Eröffnung einer Strafsache, die zu einem laufenden Verfahren verbunden soll, gilt:<sup>16</sup>

*<Rn. 8> Für die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist die Strafkammer in der Besetzung zuständig, die außerhalb der Hauptverhandlung zu entscheiden hat, also mit drei Berufsrichtern (§ 76 Abs. 1 GVG). Schöffen können am Eröffnungsbeschluss nicht mitwirken, da sie mangels Aktenkenntnis nicht das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts im Sinne von § 203 StPO beurteilen können (...<sup>17</sup>). Auch dann, wenn eine zunächst unterbliebene Eröffnungsentscheidung erst in der Hauptverhandlung nachgeholt werden soll, muss die Strafkammer in der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung entscheiden (...<sup>18</sup>)*

...

### 11. Rechtliches Gehör

Gegen die üblichen Beanstandungen gegen eine gerichtliche Entscheidung wendet sich das BVerfG:<sup>19</sup>

<sup>15</sup> [BGH, Beschluss vom 20.5.2015 - 1 StR 578/14.](#)

<sup>16</sup> [BGH, Urteil vom 20.5.2015 - 2 StR 45/14.](#)

<sup>17</sup> Verweis auf [BGH, Beschluss vom 2.11.2005 - 4 StR 418/05.](#)

<sup>18</sup> Verweise auf [BGH, Beschluss vom 7.9.2011 - 1 StR 388/11](#); [BGH, Beschluss vom 27.2.2014 - 1 StR 50/14.](#)

<sup>19</sup> [BVerfG, Beschluss vom 30.6.2015 - 2 BvR 433/15.](#)

<Rn. 9> a) *Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verpflichtet das entscheidende Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (...). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht das von ihm entgegengenommene Vorbringen der Beteiligten auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Die Gerichte brauchen nicht jedes Vorbringen der Beteiligten in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich zu bescheiden. Geht das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen jedoch nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder aber offensichtlich unsubstantiiert war (...).*

## 12. Beweisantritt

In gebotener Kürze heißt es:<sup>20</sup> *Ein geringer, geminderter oder zweifelhafter Beweiswert darf nicht mit völliger Ungeeignetheit gleichgesetzt werden.*

## C. Aus gegebenem Anlass

### 13. Der Amtseid des Bundespräsidenten

lautet (Art 56 GG): *"Ich schwöre, dass ich meine Kraft dem Wohle des deutschen Volkes widmen, seinen Nutzen mehren, Schaden von ihm wenden, das Grundgesetz und die Gesetze des Bundes wahren und verteidigen, meine Pflichten gewissenhaft erfüllen und Gerechtigkeit gegen jedermann üben werde. ..."*

Wegen der Bundesregierung heißt es (Art 64 Abs. 2 GG): *Der Bundeskanzler und die Bundesminister leisten bei der Amtsübernahme vor dem Bundestage den in Artikel 56 vorgesehenen Eid.*

Soweit zu den Grenzen der Weisungsbefugnis des Bundesjustizministers gegenüber dem Generalbundesanwalt, die im Gerichtsverfassungsgesetz vorgesehen ist (§ 147 Nr. 1. GVG): *Das Recht der Aufsicht und Leitung steht zu: ... dem Bundesminister der Justiz hinsichtlich des Generalbundesanwalts und der Bundesanwälte ...*

Das heißt jedoch nicht, dass sich der Bundesminister über das Bundesrecht hinwegsetzen darf, zum Beispiel über § 94 Abs. 1 Nr. 2. StGB: *Wer ein Staatsgeheimnis ... sonst an einen Unbefugten gelangen lässt oder öffentlich bekanntmacht, um die Bundesrepublik Deutschland zu benachteiligen oder eine fremde Macht zu begünstigen, und dadurch die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.*

### 14. Kein Bestseller

Der „Palandt“ ist als Bestseller bei Amazon auf Rang 24.989, der „Fischer“ folgt auf Rang 26.345. Da müssen andere erst hinkommen (Rang 775.998).<sup>21</sup>

<sup>20</sup> [BGH, Urteil vom 20.5.2015 - 2 StR 46/14](#), Rn. 24.

<sup>21</sup> [Amazon: Palandt](#); [Amazon: Fischer](#); [Amazon: Kochheim](#).