

Tatvorwurf einzuräumen. Liegt eine solche Ausnahme nicht vor, wird in den »Regelfällen« des § 76 Abs. 3 GVG bzw. des § 33b Abs. 3 JGG der Beschluss über die Durchführung der Hauptverhandlung in reduzierter Besetzung in Ermangelung einer Begründung als objektiv willkürlich anzusehen sein. Der Gesetzgeber hat mit der Einführung der Regelbeispiele der höchstrichterlichen Rechtsprechung Rechnung getragen, wonach die voraussichtliche Dauer der Hauptverhandlung von mehr als zehn Tagen ein wesentliches Indiz dafür sei, dass der Umfang der Sache i.S.d. § 76 Abs. 2 GVG a.F. die Mitwirkung eines dritten Richters gebiete.<sup>44</sup> Entsprechendes gilt im Hinblick auf die Schwierigkeit der Sache für die Verhandlung über Straftaten i.S.d. § 74c GVG.

### E. Fazit

Mit dem Gesetz über die Besetzung der großen Straf- und Jugendkammern v. 06.12.2011 verfolgt der Gesetzgeber die Intention, die Vorgaben, ob die Kammern in der Hauptverhandlung mit drei Richtern einschließlich des Vorsitzenden oder mit zwei Richtern einschließlich des Vorsitzenden und zwei (Jugend-)Schöffen zu besetzen sind, präziser zu fassen und der Kritik an der früheren Rechtslage, die den zu großzügigen Umgang der Praxis mit der Besetzungsreduktion beanstandete, zu begegnen. Zusätzlich versucht das Gesetz Problemen Rechnung zu tragen, die in der Rechtsprechungspraxis dann aufgetreten waren, wenn die im Rahmen der Eröffnung des Hauptverfahrens getroffene Besetzungs-

entscheidung sich später als unpraktikabel erwies. Trotz oder wegen der nunmehr deutlich detaillierteren Regelungen machen die vorstehenden Ausführungen deutlich, dass weiterhin erhebliche Anwendungsprobleme bestehen und »der Teufel im Detail steckt«. Umso erstaunlicher mutet die Feststellung an, dass – soweit ersichtlich – bislang keine einzige Entscheidung bekannt geworden ist, die sich mit der neuen Gesetzeslage zu befassen hatte, obwohl das Gesetz mittlerweile ein dreiviertel Jahr in Kraft ist.<sup>45</sup> Zumindest wären Entscheidungen gem. § 222b Abs. 2 StPO zu erwarten gewesen. Da es dazu aber nur kommen kann, wenn die vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts zum Gegenstand eines Einwandes (§ 222b Abs. 1 StPO) gemacht wird, liegt die Vermutung nahe, dass von dieser Möglichkeit im Zusammenhang mit der Besetzung der großen Straf- und Jugendkammern bislang kein Gebrauch gemacht wurde. Sollte dies darauf zurückzuführen sein, dass die Besetzungsentscheidungen der Kammern von allen rügeberechtigten Verfahrensbeteiligten als vorschriftsgemäß erachtet wurden, wäre gegen das Ergebnis der rechtstatsächlichen Bestandsaufnahme nichts zu erinnern. Fatal wäre es allerdings, wenn die dazu berufenen Verteidiger ihrer Verpflichtung nicht gerecht würden, durch eine gründliche Besetzungsprüfung dazu beizutragen, dass der Angeklagte nicht seinem gesetzlichen Richter entzogen wird.

44 BGH, 3 StR 89/09 v. 18.6.2009 = StV 2010, 228; BGH, 5 StR 555/09 v. 07.07.2010 = StV 2011, 463.

45 Das Manuskript wurde am 15.10.2012 abgeschlossen.

## Die Grenzen der Nebenklagebefugnis

### – Zugleich Anmerkungen zu BGH, Beschl. v. 09.05.2012 – 5 StR 523/11\* –

Prof. Dr. Matthias Jahn, Erlangen-Nürnberg, und Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Passau

#### A. Einführung

Der amtliche Leitsatz der für BGHR – bedauerlicherweise nicht für BGHSt – vorgesehenen Entscheidung aus Leipzig behandelt mit der Bindungswirkung der Nebenklagezulassung für das Revisionsgericht ein Problem, das nicht zu den Alltagsfragen der Verteidigung in Strafsachen gehört. Der Beschluss selbst sucht aber, ohne dass das im Leitsatz ausgewiesen wäre, erstmals eine höchstrichterliche Antwort auf eine Frage, die sich für das bundesdeutsche Wirtschaftsstrafrecht schon seit drei Jahren stellt: Unter welchen Voraussetzungen kann sich ein im Wirtschaftsleben – hier: wegen des Verdachts der Untreue (§ 266 StGB) – Verletzter auf Grundlage der Neufassung des § 395 Abs. 3 StPO dem Verfahren anschließen?

Es bedarf wohl keiner näheren Darlegung, dass ihre Beantwortung aufgrund der Fülle und inhaltlichen Reichweite der Rechte des Nebenklägers im heutigen deutschen Strafverfahren für die Verteidigung von ganz erheblicher Bedeutung sein kann – und das nicht nur in Wirtschaftsstrafsachen. Ihr ist, nach einer hier notwendigen Rückblende auf den Entstehungszusammenhang des geltenden § 395 Abs. 3 StPO, in einer kritischen Rekonstruktion des BGH-Beschlusses und seiner Grundlage im tatrichterlichen Verfahren vor dem LG Göttingen nachzugehen.

#### B. Grenzen legitimen Strafverfahrens mit Drittbeteiligung – Zur Auslegung und Anwendung der Nebenklageanschlussbefugnis

##### I. Die Vorgeschichte der heute geltenden Fassung des § 395 Abs. 3 StPO

Mit Recht widmet der 5. Strafsenat der historisch-genetischen Auslegung des § 395 Abs. 3 StPO einige Sorgfalt.<sup>1</sup> Die Ausführungen sind noch zu ergänzen, um die Unzulänglichkeiten des mit der Vorschrift eingetretenen Rechtszustandes – nicht nur, aber auch im Wirtschaftsstrafrecht – vollständig überblicken zu können.

##### 1. Die Gesetzeslage

Tatsächlich war die Erweiterung der Möglichkeiten zum Nebenklageanschluss durch § 395 Abs. 3 StPO die wohl wichtigste Änderung im Rahmen des 2. Opferrechtsreformgesetzes (ORRG)<sup>2</sup>. Nach dieser Vorschrift in ihrer seit dem 01.10.2009 geltenden Fassung soll wegen *jeder* rechtswidri-

\* StV 2012, 710 (in diesem Heft). – Die Autoren sind Inhaber von Lehrstühlen für Straf- und Strafprozessrecht sowie weitere Gebiete (Jahn: Wirtschaftsstrafrecht; Bung: Kriminologie und Rechtsphilosophie) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und der Universität Passau.

<sup>1</sup> Rz. 4 ff.

<sup>2</sup> Der Entwurf auf BT-Ds. 16/12098, S. 6, 49 mündete in das Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. ORRG) v. 29.07.2009 (BGBl. I, S. 2280 [2282]).

gen Tat der Anschluss als Nebenkläger grundsätzlich möglich sein:

»Wer durch eine andere rechtswidrige Tat, *insbesondere* nach den §§ 229, 244 Abs. 1 Nr. 3, §§ 249 bis 255 und 316a StGB, verletzt ist, kann sich der erhobenen öffentlichen Klage mit der Nebenklage anschließen, wenn dies aus besonderen Gründen, insbesondere wegen der schweren Folgen der Tat, zur Wahrnehmung seiner Interessen geboten erscheint.«

Die Straftaten der fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 StGB), des Wohnungseinbruchdiebstahls (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) sowie der Raub- und Erpressungstatbestände (§§ 249 bis 255, 316a StGB) werden nur als bloße Regelbeispiele (»insbesondere«) für die in Betracht kommenden Taten aufgeführt. Nach der Entwurfsbegründung<sup>3</sup> soll § 395 Abs. 3 StPO die Funktion eines Auffangtatbestandes haben. Auch zur Beantwortung der Frage, ob besondere Gründe die Zulassung der Nebenklage zur Wahrnehmung der Interessen der verletzten Person gebieten, werden »schwere Folgen der Tat« wiederum nur beispielhaft genannt – das Wort »insbesondere« wird gedoppelt. Dabei soll es nicht erforderlich sein, dass die Schwelle schwerer körperlicher oder seelischer Schäden erreicht wird.<sup>4</sup> Schon ein »gewisser Grad an Erheblichkeit« sei ausreichend. Besondere Gründe könnten etwa auch darin liegen, dass das Opfer »schwere Schuldzuweisungen abzuwehren« habe. Es sei stets auf die Gesamtsituation des Betroffenen abzustellen.

Das Tatgericht entscheidet im Rahmen des § 395 Abs. 3 StPO dabei nicht mehr nur über die formelle Anschlussbefugnis gem. § 396 Abs. 2 S. 1 StPO, sondern zusätzlich über das Vorliegen jener besonderen Gründe gem. § 396 Abs. 2 StPO nach Anhörung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten.<sup>5</sup> Die Entscheidung ist unanfechtbar, § 396 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 StPO.<sup>6</sup>

## 2. Die Gesetzgebungsgeschichte hin zum dilatorischen Formelkompromiss

In der öffentlichen Anhörung zum 2. ORRG vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages wurde die Regelung in § 395 Abs. 3 StPO kontrovers beurteilt. Während sich die in Aussicht genommene Erweiterung der Anschlussmöglichkeiten bei den Verletztenbelangen gegenüber besonders aufgeschlossenen Stimmen freundlicher Aufnahme gewiss sein konnte, warnten andere unter Hinweis auf Gesichtspunkte der Waffengleichheit mit den Beschuldigtenrechten und innerer systematischer Stimmigkeit des Gesetzentwurfs vor einer ubiquitären Ausweitung der Nebenklagebefugnis.<sup>7</sup> Als nebenklagefähig wurden auf ihrer Grundlage etwa angesehen

- das Massendelikt der Verkehrsunfallflucht gem. § 142 StGB unabhängig von dem im Einzelfall eingetretenen Sachschaden dann, wenn eine erhebliche Mitschuld des Fahrers des beschädigten Pkw am Unfallgeschehen vom Beschuldigten geltend gemacht wird,<sup>8</sup>
- das Massendelikt des einfachen Diebstahls gem. § 242 StGB dann, wenn das Affektionsinteresse des Eigentümers oder Gewahrsamsinhabers (z.B. bei der Wegnahme eines ererbten Schmuckstücks) zu einem »Schockerlebnis«<sup>9</sup> nach dessen Verlust führt und
- die einfache Brandstiftung gem. § 306 Nr. 4 StGB schon dann, wenn der Anblick seines ausgebrannten Kraftfahrzeugs beim Halter zu erheblichem psychischen Stress (und

damit einer Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB)<sup>10</sup> führt.

Angesichts dieser sich abzeichnenden Kasuistik könne, so jene kritischen Stimmen, nicht mehr von einer schlichten »Neujustierung« gesprochen werden, wie dies der Entwurf zum 2. ORRG<sup>11</sup> und auch die – ansonsten nicht affirmative – Stellungnahme des Bundesrates<sup>12</sup> an verschiedenen Stellen tun. Damit verband sich nicht nur eine Distanz gegenüber einer etwas zu euphemistischen Sprachregelung, die auch schon früheren Gesetzen mit dem Ziel des »Opferschutzes« nicht ganz wesensfremd war.<sup>13</sup> Die systemimmanente Kritik musste sich vielmehr daran entzündend, dass das 2. ORRG mit § 395 Abs. 3 StPO vorhersehbar seine eigene Zielsetzung nur verfehlen *konnte*. Das Gesetz wollte, wie es an anderer Stelle heißt, die Nebenklagebefugnis bei manifesten und aggressiven Gewalthandlungen gegen den Verletzten erhalten und ausbauen, die »typischerweise bei Opfern schwere Folgen auslösen und daher die Schutzbedürftigkeit dieser Verletzten erhöhen«<sup>14</sup>. Es wollte aus diesem Grund ein Überbleibsel aus der Phase der Parallelität von Privat- und Nebenklage streichen, nämlich die Nebenklagefähigkeit im Bereich des Urheberrechts und der gewerblichen Schutzrechte (dieses Vorhaben ist aus Gründen gut organisierter Lobbyarbeit der Rechtsinhaberverbände letztlich gescheitert)<sup>15</sup>. Begründet wurde dieses rechtspolitische Projekt damit,<sup>16</sup> dass Verstöße gegen gewerbliche Schutzrechte keine schwerwiegenden Aggressionsdelikte sind und das Opfer nicht in seinen höchstpersönlichen Rechtsgütern verletzt ist. Aus gleichem Grund waren auch die Vorschläge des Bundesrates, bei Beleidigungsdelikten die Nebenklageberechtigung künftig zu versagen<sup>17</sup> und bei Körperverletzungsdelikten die Anschlussberechtigung an schwere Folgen der Tat zu binden,<sup>18</sup> nur konsequent. Wie man aber in den oben

3 BT-Ds. 16/12098, S. 49.

4 BT-Ds. (Fn. 3).

5 Es ergeben also technisch zwei Beschlüsse, die jedoch in der Praxis typischerweise zusammenfallen, vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 595. OLG Hamm NStZ-RR 2012, 22 hält mit formelhafter Argumentation sogar eine konkludente Beschlussfassung für möglich.

6 Der Beschluss, durch welchen die formelle Anschlussbefugnis verneint wird, kann jedoch wie bisher mit der Beschwerde gem. § 304 Abs. 1 StPO angefochten werden, vgl. *Letzgas* NStZ 1989, 252 f.; *Meyer-Gofner*, StPO, 55. Aufl. 2012, § 396 Rn. 19. Genauer dazu unten II.2.a.

7 Vgl. zum Nachfolgenden Stellungnahme des *Erstverfassers* in der öffentlichen BT-Anhörung am 13.05.2009 (s. BT-Ds. 16/13671, S. 20, sowie BT-Prot. 16/142, S. 70 ff.). Zur durchaus kritischen Rezeption der Vorschrift im Schrifttum etwa *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 64 Rn. 6; *Beulke* (Fn. 5), Rn. 594 und *Meyer-Gofner* (Fn. 6), § 395 Rn. 10 f.

8 Nach der von der Gesetzesbegründung (BT-Ds. 16/12098, S. 49) ausdrücklich in Bezug genommenen Kommentierung von *Hilger* (in: Löwe/Rosenberg-StPO, 25. Aufl. 1997 ff., § 395 Rn. 18) soll es in diesen Fällen nämlich auf »Vermögens- und Sachschäden« nicht ankommen.

9 BT-Ds. 16/12098, S. 49.

10 Vgl. *Fischer*, StGB, 59. Aufl. 2012, § 223 Rn. 6e.

11 BT-Ds. 16/12098, S. 49.

12 BRats-Ds. 178/09, S. 8. Richtig wird dort an anderer Stelle (S. 9) auf die »Gefahr der Ausuferung« der Nebenklagebefugnis hingewiesen.

13 *Barton* JA 2009, 753 (757) formuliert eingängig: »Die an der Schutzbedürftigkeit der Opfer ansetzende Lyrik der Rechtspolitik (steht) im Kontrast zur Prosa des verabschiedeten Gesetzes.«; krit. auch *Bittmann* JuS 2010, 219 (221).

14 BT-Ds. 16/12098, S. 52 f.

15 Dazu *Bung* StV 2009, 430 (434 f.).

16 BT-Ds. 16/12098, S. 47. A.A. etwa Stellungnahme DAV (Ausschuss Geistiges Eigentum) Nr. 30/2009 v. April 2009, S. 4 f.

17 BRats-Ds. 178/09, S. 8.

18 BRats-Ds. 178/09, S. 10.

gebildeten Beispielen von einem »schwerwiegenden Aggressionsdelikt« der Verkehrsunfallflucht, des Diebstahls oder der Brandstiftung sprechen soll, erschloss sich schon in der Anhörung vor dem Rechtsausschuss nicht. In der Konsequenz wurde nicht nur in der Stellungnahme des Bundesrates angeregt,<sup>19</sup> das Wort »insbesondere« in § 395 Abs. 3 StPO zu streichen. In ihrer Gegenäußerung<sup>20</sup> zu diesem Vorschlag verwies die Bundesregierung darauf, dass die Befugnis der Gerichte, anhand der angeführten Regelbeispiele nach ihrem Ermessen über die Frage der Nebenklagebefugnis zu entscheiden, ein ausreichendes Korrektiv gegen die Uferlosigkeit der Anwendung des § 395 Abs. 3 StPO darstelle. Das war sybillinisch: Wie sollen sich die auch im Prozessrecht an Gesetz und Recht gebundenen Gerichte von den verfehlten Vorgaben eines Tatbestandes lösen können? Freundlich formuliert gilt also: »Die gefundene Regelung ist als Kompromissregelung der Befürworter und Gegner einer Beibehaltung anzusehen.«<sup>21</sup> Weniger diplomatisch ist an das Wort vom dilatorischen Fomelkompromiss zu erinnern. Es bezeichnet eine Regelung, die bewusst nebulös formuliert ist, um sie rechtspolitisch umfassend zustimmungsfähig zu machen.<sup>22</sup>

## II. Der Beschluss des BGH, StV 2012, 710 (in diesem Heft)

Diese unbefriedigende Lage fand der 5. Senat vor, als er den Anwendungsbereich des § 395 Abs. 3 StPO für das Vermögensdelikt der Untreue (§ 266 StGB) zu konkretisieren hatte.<sup>23</sup>

### 1. Der kurze Schluss des Tatgerichts

Formal gibt sich die Entscheidung bei unbefangener Betrachtung in die Nähe eines performativen Widerspruchs, indem sie zunächst die absolute Bindungswirkung einer Nebenklagezulassung gem. § 396 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 395 Abs. 3 StPO betont, sich dann aber doch auf eine Auseinandersetzung mit jener Rechtsfrage einlässt, die nach Maßgabe der eigenen Rechtsauffassung über die Bindungswirkung der revisionsrechtlichen Korrektur gerade entzogen ist. Es ist unschwer ersichtlich, dass der Senat hier der künftigen Judikatur unbedingt – und in der Sache verdienstlicher Weise – Leitlinien zur Auslegung der neuen Vorschrift mitgeben wollte.

Gegenstand der höchstrichterlichen Kritik ist der Beschluss der 8. Großen Strafkammer (Wirtschaftsstrafkammer) des LG Göttingen v. 15.12.2009<sup>24</sup> über die Befugnis zum Nebenklageanschluss in einem Verfahren wegen Untreue in einem besonders schweren Fall, § 266 Abs. 1, Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB. Der später vom LG freigesprochene Angeklagte<sup>25</sup> sollte dem angeblich Verletzten, der seine Zulassung als Nebenkläger begehrte, einen Vermögensschaden in Höhe von 19.425.204 CHF (das sind annähernd 13 Mio. €) zugefügt haben. Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft waren die Voraussetzungen des § 395 Abs. 3 StPO erfüllt. Das LG hat sich dem angeschlossen. Die Aufzählung des § 395 Abs. 3 StPO sei nicht abschließend, daraus folge

»im Umkehrschluss, dass grundsätzlich auch Vermögensdelikte wie Untreue den Anwendungsbereich des § 395 Abs. 3 StPO eröffnen«.

Das Kriterium für diese Öffnung wurde verblüffend umstandslos bestimmt. Die Voraussetzung der schweren Tatfolgen in § 395 Abs. 3 StPO wurde kurzerhand mit dem

Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB, dem Vermögensverlust großen Ausmaßes, assoziiert. Das LG hob selbst hervor, dass an die Anwendung des § 395 Abs. 3 StPO im Falle von Delikten, die sich nicht gegen höchstpersönliche Rechtsgüter richten, höhere Anforderungen zu stellen seien. Durch die Anlehnung an das Regelbeispiel (§ 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB) glaubte es aber offensichtlich, diesen höheren Anforderungen bereits zu genügen. Der mutmaßliche Schaden in zweistelliger Millionenhöhe überschreite die von der Rechtsprechung bekanntlich gezogene Wertgrenze von etwa 50.000 €<sup>26</sup> »bei weitem«. Lapidar heißt es in dem Beschluss:

»Vorliegend sind die Voraussetzungen von § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB und damit auch von § 395 Abs. 3 StPO erfüllt.«

### 2. Die Kritik des 5. Strafsenats: Umkehrung der Regelvermutung im Wirtschaftsstrafrecht

Diese ersichtlich kurzschlüssige Begründung konnte auch den 5. Senat nicht überzeugen. Ihr Abstellen auf rein wirtschaftliche Aspekte läuft nach Auffassung des Leipziger Gerichts der legislativen Intention sowie der Ratio eines materiellen Anschlussfordernisses in § 395 Abs. 3 StPO zuwider. Zwar steht auch für den Senat außer Zweifel, dass nach dem Wortlaut des § 395 Abs. 3 StPO im Prinzip »alle rechtswidrigen Taten grundsätzlich anschlussfähig [sind]«, so dass »ausnahmsweise auch die Untreue gem. § 266 StGB zum Nebenklageanschluss berechtigen [kann]«<sup>27</sup>. Von einer ausnahmsweisen Einbeziehung kann freilich bei einer schematischen Ausrichtung an der Wertgrenze des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB offenkundig nicht die Rede sein. Nach Ansicht des Senats ist in Anbetracht der von der General Klausel des § 395 Abs. 3 StPO verlangten besonderen prozessualen Schutzbedürftigkeit ein Nebenklageanschluss gerade umgekehrt »in aller Regel bei rechtswidrigen Taten nach §§ 242, 263 und 266 StGB ausgeschlossen«<sup>28</sup>. Dieser Umkehrung der Regelvermutung ist aus Sicht der Verfasser einschränkungslos beizutreten.

### a) Bindungswirkung der tatgerichtlich festgestellten Nebenklageberechtigung?

Allerdings, so die Leipziger Richter, sei eine Prüfung, ob das Tatgericht die materielle Anschlussvoraussetzung des § 395 Abs. 3 StPO rechtsfehlerfrei angenommen habe, dem Revisionsgericht nicht ermöglicht.<sup>29</sup> Im Gegensatz zur lediglich deklaratorischen Entscheidung über die Zulässigkeit der Anschlussklärung in den Fällen des § 396 Abs. 2 S. 1 StPO, die das Rechtsmittelgericht nicht binde, sei die durch das

19 BRats-Ds. 178/09, S. 8 f. sowie Rechtsausschuss-Stellungnahme Jahn (Fn. 7).

20 BT-Ds. 16/12812, Anlage 4 zu Nr. 9.

21 So unlängst LG Freiburg, Beschl. v. 17.08.2012, 3 Qs 442/12, Tz. 5 (juris).

22 Carl Schmitt, Verfassungslehre, 6. Aufl. (Nachdr.) 1983, S. 31; siehe dazu H. A. Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, 2000, S. 378 f.

23 BGH, Beschl. v. 09.05.2012, 5 StR 523/11 = StV 2012, 710 (in diesem Heft) m. Bespr. Barton StRR 2012, 344.

24 LG Göttingen, Beschl. v. 15.12.2009, 8 KLS 7/09 (unveröff.).

25 LG Göttingen, Urt. v. 24.06.2011.

26 Statt aller BGHSt 48, 360 (361) = StV 2004, 20; Fischer (Fn. 10), § 263 Rn. 215.

27 Rz. 4.

28 Rz. 6.

29 Rz. 5.



Tatgericht nach § 396 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 395 Abs. 3 StPO festgestellte Nebenklageberechtigung *konstitutiv*.<sup>30</sup>

Die begriffliche Alternative konstitutiv/deklaratorisch ist allemal keine ornamentale Dogmatik, sondern hat unmittelbare Auswirkung auf die Gestaltungsmacht des mutmaßlich Verletzten. Eine konstitutive Anschlussklärung begründet ihre rechtliche Existenz selbst und kann selbst durch eine gerichtliche Nichtanerkennung nicht beseitigt werden. Die aus § 396 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 StPO hervorgehende Unanfechtbarkeit der Entscheidung betrifft zwar lediglich die Frage, ob die in § 395 Abs. 3 StPO verlangten besonderen Gründe vorliegen; bezüglich der formellen Anschlussvoraussetzungen gelten nach h.M. die allgemeinen Regeln, etwa über die Möglichkeit der Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO.<sup>31</sup> Nachdem die formellen Voraussetzungen im vorliegenden Fall unproblematisch waren, war diese Differenzierung aber irrelevant.<sup>32</sup>

Der *Senat* argumentiert damit auf der Linie der zur Frage der Bindungswirkung der Nebenklagezulassung vertretenen h.M., wonach aus dem Regelungszusammenhang der §§ 395 Abs. 3, 396 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 336 S. 2 StPO folgt, dass die Entscheidung über das materielle Anschlussfordernis der Prüfung durch das Revisionsgericht entzogen ist.<sup>33</sup> Damit war die Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers bereits durch die Vorinstanz verbindlich entschieden.

Bei der Frage der Bindungswirkung des Zulassungsbeschlusses fällt auf, dass sich der Gesetzgeber zur Unanfechtbarkeitsregel des § 396 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 StPO in der amtlichen Begründung zum Opferschutzgesetz v. 18.12.1986 auf eine Weise erklärt hat, die z.T. als widersprüchlich aufgefasst wurde.<sup>34</sup> Die Entscheidung über das Vorliegen der materiellen Anschlussvoraussetzung des § 395 Abs. 3 StPO soll wegen § 396 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 i.V.m. § 336 S. 2 StPO der revisionsrechtlichen Kontrolle entzogen sein.<sup>35</sup> Das berühre aber nicht die Befugnis des im Sinne von § 395 Abs. 3 StPO Verletzten »nach ergangenem Urteil erneut seinen Anschluss als Nebenkläger, auch verbunden mit der Einlegung eines Rechtsmittels, zu erklären«. Darüber solle dann das Rechtsmittelgericht unter selbstständiger Anwendung der Maßstäbe des § 395 Abs. 3 StPO entscheiden.<sup>36</sup> Wenn schon kein Widerspruch im strengen Sinne, so ergibt sich doch jedenfalls dann eine Ungereimtheit, wenn die Frage der Bindungswirkung für die Fälle der Zulassung und der Nichtzulassung der Nebenklage »aus besonderen Gründen« (§ 395 Abs. 3 StPO) einheitlich und im Lichte der prozessualen Chancengleichheit beantwortet werden soll: Eine positive Zulassungsentscheidung, wie im vorliegenden Fall, gilt absolut, auch gegen den Beschuldigten, während eine ablehnende Entscheidung dem angeblich Verletzten die Möglichkeit eröffnen soll, es – ggf. einschließlich nachfolgender Belastung des Beschuldigten mit den Kosten – erneut zu versuchen.

Auch aus dem Gesichtspunkt der Verfahrensfairness gibt es daher gute Gründe für die Auffassung, dass §§ 395 Abs. 3, 396 Abs. 2 S. 2 StPO *lex specialis* sind und keine Umgehung der Unanfechtbarkeit, etwa über § 395 Abs. 4 StPO, erlauben.<sup>37</sup> Dass es in Fällen des § 395 Abs. 3 StPO ein stärkeres Bedürfnis für Verfahrenssymmetrie gibt, ist im Übrigen § 396 Abs. 2 S. 2 StPO selbst zu entnehmen, der dem Gericht (im Gegensatz zum *Procedere* nach § 396 Abs. 2 S. 1 StPO) auch die Anhörung des Beschuldigten vorschreibt.<sup>38</sup>

#### aa) Die strukturelle Benachteiligung des Beschuldigten im Institut der Nebenklage am Beispiel des § 396 StPO

Die Benachteiligung des Beschuldigten ist im Institut der Nebenklage, vollends in ihrer durch die Opferrechtsreform veränderten Gestalt, jedoch strukturell angelegt. Dies wird sogleich noch genauer zu belegen und in einen größeren Zusammenhang zu stellen sein (unten C.). Zunächst bedarf es aber einer besonderen Sensibilität für Verstärkungen des Verfahrensungleichgewichts. Dieses Bewusstsein ist in der Praxis vielfach noch unterentwickelt.<sup>39</sup> Dass in § 396 Abs. 2 S. 1 StPO eine Anhörung des Beschuldigten nicht vorgesehen ist, verstößt nach überwiegender Ansicht nicht gegen Art. 103 Abs. 1 GG.<sup>40</sup> Dabei wird jedoch verkannt, dass der Beschuldigte bereits durch die (deklaratorische) Zulassung der Nebenklage beschwert ist.<sup>41</sup> Soweit die Nebenklagegegenstand revisionsrichterlicher Überprüfung ist, soll die fehlerhafte Ablehnung der Zulassung in der Vorinstanz zur Aufhebung des Urteils führen, wenn nicht auszuschließen ist, dass das Vorbringen des Nebenklägers für

30 Rz. 3. Diese Auffassung entspricht der ganz h.M., vgl. OLG Hamm NStZ-RR 2012, 22; *Meyer-Gofner* (Fn. 6), § 396 Rn. 13 f.; *Radtke/Hohmann-StPO/Merz*, 2011, § 395 Rn. 8 a.E.; *SK-StPO/Velten*, 31. Lfg. (Mai 2003), § 396 Rn. 11 f.; *KMR-StPO/Stückel*, 34. Lfg. (Januar 2003), § 396 Rn. 10 ff.; *HK-StPO/Kurth*, 4. Aufl. 2009, § 396 Rn. 15 ff.; *KK-StPO/Senge*, 6. Aufl. 2008, § 396 Rn. 7, jeweils m.w.N. Ausführlich, auch zur Rechtsprechungsgeschichte *LR-StPO/Hilger*, 26. Aufl. 2009, § 396 Rn. 12 ff., insbesondere überzeugend gegen die Deutung des Zulassungsbeschlusses gem. § 396 Abs. 2 S. 2 als bloß deklaratorisch, Rn. 18 f. Gegen den Versuch, ablehnenden Beschlüssen konstitutive Wirkung beizumessen, überzeugend *BGHSt* 41, 288 (289) = *StV* 1996, 83.

31 Nachw. o. Fn. 6.

32 Vgl. Rz. 3.

33 *KK-StPO/Senge* (Fn. 30), § 396 Rn. 6; *Radtke/Hohmann-StPO/Merz* (Fn. 30), § 396 Rn. 13; *Meyer-Gofner* (Fn. 6), § 396 Rn. 23; für eine Bindungswirkung im gesamten Strafverfahren *OLG Düsseldorf NStZ* 1994, 49. Für das Berufungsverfahren wird die Bindungswirkung z.T. bestritten, weil es an einer § 336 S. 2 StPO entsprechenden Vorschrift für das Berufungsverfahren fehlt, siehe *LR-StPO/Hilger* (Fn. 30), § 396 Rn. 24.

34 Vgl. *Rössner NStZ* 1994, 507; *OLG Düsseldorf NStZ-RR* 1996, 311.

35 *BT-Ds.* 10/5303, S. 13.

36 *BT-Ds.* (Fn. 35).

37 Beachtliche Argumente bei *Rössner NStZ* 1994, 507 unter Bezugnahme auf *OLG Düsseldorf NStZ* 1994, 49 f. Überzeugend auch *OLG Düsseldorf NStZ-RR* 1996, 311: Die inhaltsgleiche Übernahme von § 395 Abs. 1 S. 2 StPO a.F. in § 395 Abs. 4 StPO n.F. ändere nichts daran, dass das Recht auf Anschlussklärung zur Einlegung von Rechtsmitteln seine ursprüngliche Bedeutung verloren habe, weil es einer Rechtslage entstammt, die lediglich den Fall einer konstitutiv wirkenden Anschlussklärung kannte. Gegen diese restriktive Auffassung spricht zwar die amtliche Begründung in *BT-Ds.* 10/5303, S. 13 – allerdings gibt es in der Rechtsmethodik keine Auslegungsregel »im Zweifel wie der Entwurf«. Auf die amtliche Begründung sowie (systematisch fragwürdig) auf § 395 Abs. 4 StPO beruft sich der Sache nach aber ein nicht unerheblicher Teil der Literatur, vgl. *Rieß/Hilger NStZ* 1987, 145 (154 mit Fn. 201); *Letzgas NStZ* 1989, 352 (352); *HK-StPO/Kurth* (Fn. 30), § 396 Rn. 31; *KMR-StPO/Stückel* (Fn. 30), § 396 Rn. 20; *SK-StPO/Velten* (Fn. 30), § 396 Rn. 11 f.; *LR-StPO/Hilger* (Fn. 30), § 396 Rn. 24. Vgl. ferner auch *Beulke DAR* 1988, 114 (118), dazu krit. *Rössner* aaO.

38 Damit soll freilich nicht die herrschende Auffassung bestätigt werden, die einseitige Anhörungspflicht nach § 396 Abs. 2 S. 1 StPO sei mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG nicht bedenklich, vgl. *Meyer-Gofner* (Fn. 6), § 396 Rn. 11 m.w.N. Im Gegenteil sollte auch im Verfahren nach § 396 Abs. 2 S. 1 StPO eine Anhörung des Beschuldigten erfolgen. Vgl. *KMR-StPO/Stückel* (Fn. 30), § 396 Rn. 10 ff. mit der Anregung, die Anhörung des Beschuldigten de lege ferenda in § 396 Abs. 2 S. 1 StPO aufzunehmen. Für eine verfassungskonforme Auslegung des § 396 Abs. 2 S. 1 StPO mit beachtlichen Argumenten *SK-StPO/Velten* (Fn. 30), § 396 Rn. 6.

39 Zutreffend die Analyse von *Schiemann KritV* 2012, 161, wonach »die Rechte des Beschuldigten auf niedrigem Niveau stagnieren«.

40 Vgl. z.B. *Meyer-Gofner* (Fn. 6), § 396 Rn. 11; *Radtke/Hohmann-StPO/Merz* (Fn. 30), § 396 Rn. 6.

41 Zutr. *KMR-StPO/Stückel* (Fn. 30), § 396 Rn. 7; *LR-StPO/Hilger* (Fn. 30), § 396 Rn. 9; *SK-StPO/Velten* (Fn. 30), § 396 Rn. 6.

die Entscheidung wesentliche Bedeutung hätte haben können.<sup>42</sup> Dagegen soll nach h.M. das Urteil bei einem zu Unrecht bewilligten Anschluss in der Regel nicht auf diesem Fehler beruhen.<sup>43</sup> Der Grund für die Ungleichbehandlung bleibt im Dunkeln.<sup>44</sup> Soweit die Nebenklage Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist, soll der Nebenkläger auch noch nach Rechtskraft des Urteils durch Anfechtung des ablehnenden Beschlusses die Erstattung der ihm erstandenen Kosten erstreiten können.<sup>45</sup> Dagegen soll der Beschuldigte nach Rechtskraft des Urteils nicht die Möglichkeit haben, durch Anfechtung des zulassenden Beschlusses die ihn belastenden Folgen zu beseitigen.<sup>46</sup>

Auch das Argument des 5. *Senats* im vorliegenden Fall, für die Bindung des Revisionsgerichts an die Zulassungsentcheidung gem. § 396 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 395 Abs. 3 StPO sprächen »Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes«,<sup>47</sup> ist einseitig. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass sonst

»gerade mit Blick auf die maßgeblich vom Gesetzgeber erstrebte verbesserte Rechtsstellung des Verletzten (...) eine Regelung über die Folgen in der Rechtsmittelinstanz aberkannter besonderer Gründe zu erwarten gewesen [wäre]«,<sup>48</sup>

Es darf dabei jedoch nicht übersehen werden, dass Vertrauensschutz zugunsten der Nebenklage hier zu Lasten des Beschuldigten geht.

#### bb) Die erste Konsequenz: Teleologische Reduktion des § 336 S. 2 StPO

Das Institut der Nebenklage beruht überhaupt auf einem Vertrauensvorschuss in Gestalt der Vermutung, dass der angeblich Verletzte auch der *wahren* Verletzte ist. Dass es nicht so ist, kann sich, wie der vorliegende Fall zeigt, ebenso herausstellen, wie der Umstand, dass die Voraussetzungen für den Anschluss als Nebenkläger nicht erfüllt oder jedenfalls nicht hinreichend dargetan sind. Warum sollte das Revisionsgericht dann an eine fehlerhafte Zulassung gebunden sein? Aus der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung folgt jedenfalls noch nicht, dass sie auch für ein Gericht unabänderlich ist.<sup>49</sup> Es bedarf schon einer zusätzlichen Voraussetzung, damit aus der Unanfechtbarkeit eine entsprechende Bindungswirkung hervorgeht.

Das leistet vorliegend § 336 S. 2 StPO. Die Vorschrift ist allerdings keineswegs unumstritten. Ist schon die Unanfechtbarkeit gerichtlicher Beschlüsse im Lichte des Rechtsstaatsprinzips nicht selbstverständlich, ist es die Unüberprüfbarkeit des Unanfechtbaren (»Unanfechtbarkeit samt revisionsrechtlicher Flankierung«<sup>50</sup>) erst recht. Zumindest im Falle der Betroffenheit von Grundrechtspositionen (namentlich im Bereich der justiziellen Grundrechte) wird mit guten Gründen eine teleologisch reduzierte Lesart des § 336 S. 2 StPO befürwortet.<sup>51</sup> Es soll ihrer nur nicht bedürfen »bei den Beschwerdeführer nur begünstigenden oder für ihn neutralen Vorentscheidungen«<sup>52</sup>. Aber eine Entscheidung über die Zulassung zur Nebenklage ist nicht neutral – und begünstigt nur einen anderen Prozessbeteiligten. Insofern sprechen für eine teleologische Reduktion des § 336 S. 2 i.V.m. §§ 336 Abs. 2 S. 2, 395 Abs. 3 StPO Gründe des Verfahrensgleichgewichts und der Verfahrensfairness. Maßgeblich kann hierbei nicht die Verengung auf Gesichtspunkte des »Opferschutzes«, sondern muss die Frage sein, »ob und wie weit eine (...) Doppelbesetzung der Strafverfolgung dem Beschuldigten gegenüber verantwortet werden

kann«<sup>53</sup>. Dabei soll das grundsätzliche Problem nicht übersehen werden, dass die Institutionierung einer Verfahrensrolle normative Fakten mit Folgen schafft, die nicht so einfach rückabgewickelt werden können. Schon deshalb ist es geboten, die Gefahr einer »Entfesselung der Nebenklage«<sup>54</sup> im Auge zu behalten.

#### b) Die zweite Konsequenz: Zum künftigen Umgang von Tat- und Revisionsgericht mit § 395 Abs. 3 StPO

Die Berücksichtigung dieser Gefahr muss nach dem 2. ORRG von 2009 auch zu einer restriktiven Handhabung der Generalklausel des § 395 Abs. 3 StPO führen. Das im Zusammenhang der Unanfechtbarkeitsregel des § 396 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 StPO vorgebrachte Argument, für die absolute Unanfechtbarkeit spreche auch »die kriminalpolitische Intention des Opferschutzgesetzes, die Nebenklage auf besonders schutzwürdige, schwer verletzte Opfer zu zentrieren«<sup>55</sup> meint im Kern das Richtige, erweist sich bei näherer Betrachtung jedoch als *petitio principii*. Denn der Sinn einer strikten Handhabung der Unanfechtbarkeit stellt sich nur bei restriktiver Handhabung der Generalklausel des § 395 Abs. 3 StPO durch die Tatgerichte ein, setzt also die Restriktion, die er bewirken soll, gerade voraus. In dieser Hinsicht muss aber die gesetzliche Neufassung des § 395 Abs. 3 StPO sowie eine Anwendung, wie sie durch das *LG Göttingen* exemplifiziert wird, bedenklich stimmen.

#### aa) Ein kaum gesund zu schreibendes Gesetz

Aus diesem Grunde ist es zu begrüßen, dass sich der 5. *Senat* in dem vorliegenden Beschluss inhaltlich auf die Diskussion eingelassen hat, für die es seiner eigenen Rechtsauffassung zufolge streng genommen gar keinen Anlass gab.<sup>56</sup> Dabei kann er die in ihrer »uferlosen Weite«<sup>57</sup> misslungene und durch den Gesetzgeber nicht konsistent begründete Vorschrift des § 395 Abs. 3 StPO aber nicht besser machen, als sie ist. Die tendenziell unbegrenzte Generalklausel über den Gesichtspunkt der besonderen Gründe als »Korrektiv« gegen

42 BGH StV 1981, 535; NSStZ 1997, 97; NSStZ 1999, 259; Meyer-Gofner (Fn. 6), § 396 Rn. 22; KMR-StPO/Stöckel (Fn. 30), § 396 Rn. 18; LR-StPO/Hilger (Fn. 30), § 396 Rn. 34.

43 BGH NSStZ 1994, 26; Meyer-Gofner (Fn. 6), § 396 Rn. 21; HK-StPO/Kurth (Fn. 30), § 396 Rn. 28, jew. m.w.N.; a.A. RGSt 66, 348; OLG Frankfurt NJW 1966, 1669; diff. nach dem Einzelfall KK-StPO/Senge (Fn. 30), § 396 Rn. 14.

44 Daher zu Recht krit. SK-StPO/Velten (Fn. 30), § 396 Rn. 18; ebenso LR-StPO/Hilger (Fn. 30), § 396 Rn. 34.

45 OLG Hamm JZ 1972, 252; KMR-StPO/Stöckel (Fn. 30), § 396 Rn. 14.

46 OLG Zweibrücken StV 1982, 66. HK-StPO/Kurth (Fn. 30), § 396 Rn. 25. Rz. 11.

47 Rz. 11.

48 Rz. 11.

49 Zutr. LR-StPO/Hilger (Fn. 30), § 396 Rn. 24.

50 Formulierung von SK-StPO/Frisch (Fn. 30), § 336 Rn. 14.

51 SK-StPO/Frisch (Fn. 30), § 336 Rn. 14 f. m.w.N.

52 SK-StPO/Frisch (Fn. 30), § 336 Rn. 14.

53 Rieß FS Jung, 2007, S. 751 (755).

54 Bung StV 2009, 430 (434 f.).

55 Rössner NSStZ 1994, 506 (507).

56 Die *Bundesanwaltschaft* hatte beantragt, die Revision als unzulässig zu verwerfen, weil die Zulassung zur Nebenklage von Anfang an unzulässig gewesen sei. Erst auf Aufforderung des *Vorsitzenden* des 5. *Strafsenats* an den *GBA*, er solle hilfsweise auch Stellung dazu nehmen, ob die Revision Erfolg haben könnte, war er – im Gegensatz zur *StA* bei dem *LG Göttingen* – der Auffassung, die Revision sei nicht aussichtsreich (vgl. Rz. 12). Diese Informationen entnehmen wir dem verschrifteten Diskussionsbeitrag von *Rainer Hamm* auf dem Kriminalwissenschaftlichen Symposium aus Anlass und zu Ehren des 80. Geburtstages von Klaus Lüderssen am 04./05.05.2012 im Forschungskolleg Humanwissenschaften in Bad Homburg (erscheint unter dem Titel »Rationalität und Empathie im Strafrecht« 2013).

57 Rz. 6.

sich selbst in Stellung zu bringen,<sup>58</sup> mutet eher wie ein gut gemeintes, jedoch schizophreses Verzweiflungsargument an. Der *Senat* stellt aber zwei entscheidende Punkte klar: Entgegen der vom *LG Göttingen* in dem Zulassungsbeschluss vorgelegten Begründung kann es *erstens* nicht auf eine generalisierende Betrachtung (Wertgrenze des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB) und *zweitens* nicht ausschließlich auf wirtschaftliche Gesichtspunkte ankommen:

»Maßgeblich für die Zuerkennung der privilegierten Rechtsstellung eines Nebenklägers ist die im Einzelfall zu prüfende prozessuale Schutzbedürftigkeit des möglicherweise durch die Tat Verletzten.«<sup>59</sup> Und: »Allein das wirtschaftliche Interesse eines möglichen Verletzten (...) ist zur Begründung besonderer Schutzbedürfnisse unzureichend.«<sup>60</sup>

Nach Ansicht der Leipziger Richter reicht das Abstellen des *LG* auf den vom Nebenkläger in der Anschlussklärung geltend gemachten »wirtschaftlichen Engpass« für die Zulassung nicht aus.<sup>61</sup> Auf eine ggf. zu berücksichtigende »gravierende Beweisnot, die durch einen Auslandsbezug begründet sein kann«<sup>62</sup> (in dem Verfahren ging es um in der Schweiz angelegtes Wertpapierdepotvermögen) habe das *LG* seine Entscheidung nicht gestützt.<sup>63</sup> Damit werde die Entscheidung den Ansprüchen, die an die Handhabung der Generalklausel des § 395 Abs. 3 StPO zu stellen seien, nicht gerecht.<sup>64</sup> Zur Wahrnehmung wirtschaftlicher Interessen, namentlich zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche, stelle »das Zivilprozessrecht hinreichende Möglichkeiten zur Verfügung, welche durch die ohnehin bestehenden Möglichkeiten des Adhäsionsverfahrens (§§ 403 ff. StPO) und die Verletztenbefugnisse nach §§ 406d ff. StPO strafprozessual bereits erheblich zu Lasten des Angeklagten erweitert werden.«<sup>65</sup>

#### bb) Insbesondere: Das doppelte »insbesondere«

Der *Senat* verweist auf die amtlichen Begründungen zum Opferschutzgesetz v. 18.12.1986 und zum 2. ORRG v. 29.07.2009. Anhaltspunkte für die individuell zu ermittelnde besondere Schutzbedürftigkeit seien »durch Aggressionsdelikte ausgelöste körperliche oder seelische Schäden sowie Traumata oder Schockzustände, die bereits eingetreten oder zu erwarten sind«<sup>66</sup>. Der *Senat* übersieht nicht, dass in der »Systematik des Regelungsregimes der Nebenklage«<sup>67</sup> Systembrüche zu verzeichnen sind. § 395 Abs. 1 Nr. 6 StPO wird als »systemfremd«<sup>68</sup> identifiziert. Allerdings lässt sich in den amtlichen Stellungnahmen zum 2. ORRG auch nachlesen, dass der Gesetzgeber eine Beschränkung auf bestimmte Delikte ausdrücklich nicht gewünscht hat, »weil die Schwere der Folgen einer Tat allein durch die Deliktsart nicht präjudiziert werden kann«<sup>69</sup>. Die Doppelung des Ausdrucks »insbesondere« in § 395 Abs. 3 StPO ist gesetzlicher Ausdruck einer Rechtspolitik, der es unmissverständlich darum zu tun war, die Möglichkeit der Nebenklage im Zeichen des Opferschutzes auszuweiten. Selbst wenn die vom *BGH* vorgetragene Rekonstruktion der legislativen Absicht des Opferschutzgesetzes zutrifft, muss man spätestens seit dem 2. ORRG Einschränkungen machen.

### C. Weitergehende Folgerungen: Keine »Wesensänderung der Nebenklage« durch § 395 Abs. 3 StPO?

#### I. Das teilprivatisierte Strafverfahren

Der 5. *Senat* meint im Ergebnis, dass einer vom Gesetzgeber des 2. ORRG »nicht beabsichtigten Wesensänderung der

Nebenklage«<sup>70</sup> gerade das beibehaltene materielle Anschlussfordernis entgegenwirken soll.

Doch kann man sich da sicher sein? Denn die Richtigkeit dieser Hypothese setzt voraus, dass der Gesetzgeber die Nebenklage trotz aller Verbalvorbehalte tatsächlich nicht doch der Sache nach umgestaltet hat.<sup>71</sup> Da § 395 StPO Anknüpfungspunkt für eine Vielzahl von Verletztenrechten ist, ist die trotz aller anerkannteswerten Restriktionsbemühungen des 5. *Senats* potentiell fast ubiquitäre Anschlussberechtigung der vorläufige Schlussstein einer imposanten Häufung von »Opfer«-Rechten.<sup>72</sup> Deren Gesamtanlage entspricht nicht mehr der bisherigen Konzeption des reformierten Inquisitionsprozesses. Die Nebenklage hatte, wie §§ 153, 153a, 400 Abs. 1 StPO noch deutlich erkennen lassen, jedenfalls vor dem 2. ORRG keine als eigenständig konzipierte Verfahrensrolle.<sup>73</sup> Es galt der Grundsatz, dass der Individualkonflikt in einem rechtsstaatlichen Verfahren mediatisiert werden sollte. Der staatliche Strafanspruch wurde rechtsgeschichtlich gerade aus dem Geist der Neutralisierung des Opfers geboren.<sup>74</sup> Die Strafprozessreform hatte diesen Grundsatz bis in die jüngste Zeit hinein punktuell, etwa beim Verzicht auf ein Vetorecht des Nebenklägers in der gesetzlichen Regelung der Verständigung im Strafverfahren nach § 257c StPO, trotz gegenteiliger Forderungen<sup>75</sup> noch beachtet.<sup>76</sup> Diese Überzeugung scheint in den wenigen Wochen zwischen dem 04.08.2009 (Inkrafttreten VerstG) und dem 01.10.2009 (Inkrafttreten

58 Vgl. Rz. 6.

59 Rz. 6.

60 Rz. 9.

61 Vgl. Rz. 10.

62 Rz. 10.

63 Dazu krit. *Schiemann* JR 2012, 393 f.

64 Vgl. Rz. 10.

65 Rz. 9.

66 Rz. 8.

67 Rz. 11.

68 Rz. 7.

69 BT-Ds. 16/12812, S. 31; genauer sogleich unter C.

70 Rz. 9 a.E.

71 Die nachfolgenden Überlegungen werden unter dem Titel »Aus der grauen Zone zwischen staatlichen und individuellen Interessen: Das Bild vom Strafverfahren im Spiegel neuester und allerneuester Verletztenrechte« demnächst ausführlicher entwickelt in dem Beitrag des *Erstverfassers* zu dem Tagungsband des Lüderssen-Symposiums (Fn. 56).

72 Vgl. Stellungnahme *Strafrechtsausschuss BRAK* zum Entwurf eines 2. ORRG (BE: *Schlothauer*), BRAK-Stellungnahme Nr. 9/2009, S. 4. Zur Entwicklung in der jüngeren deutschen Strafrechtsgeschichte siehe insbesondere das 1. ORRG v. 18.12.1986, das OrgKG v. 15.07.1992, das Verbrechenbekämpfungsg v. 28.10.1994, das ZSchG v. 30. 04.1998 und das Gesetz zur verfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs v. 20.12.1999; die letzte, vom Gesetzgeber seit über einem Jahr nicht gegangene Wegstrecke hin zum StORMG beschreibt *Pollähne*, in: Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Absicht?, Inst. f. Konfliktforschung (Hrsg.), 2012, S. 5 ff. Zur jüngeren Geschichte des Opferschutzgedankens im Strafverfahren *J. Herrmann* ZIS 2010, 236 f.; *K. Schroth* NJW 2009, 2916 (2917); *Stiebig* Jura 2005, 592 (593 ff.); LR-StPO/*Kühne* (Fn. 30), Einl. F Rn. 125; MAH Strafverteidigung/*S. Kauder*, 2006, § 53 Rn. 3 ff., speziell zu den Zeugenschutzregelungen HbStrVf/*Jahn*, 2008, Kap. II Rn. 157 ff. Zusf. dazu das Gutachten der *Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes*, Stärkung der Rechte des Opfers auf Gehör im Strafverfahren, S. 11 ff. (dazu auch *Caspari* DRiZ 2011, 350 f.).

73 *Barton* FS Schwind, 2006, S. 211 (215); LR-StPO/*Hilger* (Fn. 30), Vorb. § 395 Rn. 2.

74 Vgl. *Safferling* ZStW 122 (2010), 87 (89); *Dölling* FS Jung (Fn. 53), S. 77 (81 f.); *Lüderssen* FS Hirsch, 1999, S. 879 (889); *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 72; *K. Schroth*, Die Rechte des Opfers im Strafprozess, 2005, Rn. 1.

75 *Fischer* StraFo 2009, 177 (182); *Landaul/Büniger* ZRP 2005, 268 (271).

76 Vgl. – mit Nachweisen – *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2630).



2. ORRG) verloren gegangen zu sein. *Barton*<sup>77</sup> folgt auch aus der Neuregelung des § 395 Abs. 3 StPO zutreffend: »Die Nebenklage wird in Zukunft häufiger und zur Normalität des Gerichtsalltags werden«.

Angesichts der Gesamtentwicklung erscheint es jedoch – auch in Ansehung der bedenkenswerten Antikritik von *Heinz Schöch* –<sup>78</sup> nicht zu hoch gegriffen, die Errungenschaft der Aufklärung in Form eines genuin staatlichen Strafanspruchs bedroht zu sehen. Eine rationale und entemotionalisierte Konfliktverarbeitung als Ziel des rechtsstaatlichen Strafverfahrens wird zunehmend erschwert, wenn nicht im Einzelfall sogar vereitelt.<sup>79</sup> Die Perspektive ist diejenige einer Teilprivatisierung der strafrechtlichen Anklage, die, im Zusammenspiel mit parallelen Entwicklungen wie etwa der Entstaatlichung von Ermittlungen im Wirtschaftsstrafverfahren durch *internal investigations* und der normativen Steuerung durch nichtstaatliche Akteure im Compliance-Kontext, unser Bild vom Strafverfahren im Ganzen ändern dürfte.

## II. Die Gretchenfrage: Gibt es ein Recht des »Opfers« auf Bestrafung des »Täters«?

Entgegen beschwichtigender Rhetorik – bloße »Neujustierung«, aber keine »Wesensänderung« der Nebenklage – geht also ein neues Paradigma um: »Die Strafe für das Opfer«<sup>80</sup>.

### 1. Ein neues Paradigma

In dem von *Thomas Weigend*, einem der besten Kenner unseres Themas, in Bezug genommenen Referenztext<sup>81</sup> heißt es schon eine Dekade zuvor weiter:

»Es (das Opfer – *die Verf.*) soll nicht nur entschädigt werden; vielmehr soll es einen Anspruch darauf haben, daß ihm der Staat durch die Bestrafung des Täters Genugtuung verschaffe. Das ist ein neuer Strafzweck, so sehr auch die bekannten Vokabeln über diesen Tatbestand hinweg täuschen könnten«.

In der Tat: Nach bislang absolut vorherrschender, insbesondere vom *BVerfG*<sup>82</sup> in ständiger Rechtsprechung vertretener Ansicht besteht weder ein verfassungsrechtlich verbürgter Anspruch des Verletzten auf Durchführung eines Strafverfahrens noch ein subjektiv-öffentliches Recht auf Bestrafung des Täters. Stimmt das noch einschränkungslos, fragt sich *Weigend*<sup>83</sup> in der Analyse der jüngeren kriminalpolitischen Entwicklung, und verneint die Frage: Das Genugtuungsinteresse des Opfers sei von der Strafrechtsordnung zumindest dann anzuerkennen, wenn es sich um eine schwere Straftat gegen die Person handele. Dort müsse ein gegenständlich begrenztes Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters einschließlich der prozessualen Instrumentarien seiner Durchsetzung anerkannt werden. Dies fordere das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

Das geht, trotz der Differenzierung nach der Schwere der Rechtsgutverletzung, verfassungsrechtlich zu weit.<sup>84</sup> In der Konsequenz der von *Weigend* anspruchsvoll und glänzend formulierten Auffassung liegt es ungeachtet solcher Kritik jedenfalls, dass ein Recht des »Opfers« auf Bestrafung des »Täters« nach nochmals verbesserten prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten jenseits von Klageerzwingung, Privat- und Nebenklage verlangen würde. § 395 Abs. 3 StPO wäre hier letztlich nur Vorbote einer derzeit nur schwer absehbaren Durchdringung weiterer Segmente der Strafprozessordnung mit multiplen Verletztenrechten.

### 2. Genugtuung als legitimer Zweck der Opferrechte?

Ausweislich seiner Begründung verfolgte schon das 2. ORRG das Ziel, die Rechte der Opfer und Zeugen von

Straftaten nochmals zu erweitern und bereits bestehenden Rechten zur besseren Durchsetzung zu verhelfen.<sup>85</sup> Dem Opfer- und Zeugenschutz solle »die ihm gebührende Achtung zukommen«<sup>86</sup>. Die für einen nüchtern-bürokratischen Gesetzentwurf irritierende rhetorische Überhöhung verschafft einem seit Jahrzehnten bestehenden rechtspolitischen und gesellschaftlichen Impuls Ausdruck. Bei *Hassemer/Reemtsma* kann man nachlesen, wie die mit dem AE 1966 einflussreich gewordene Resozialisierungseuphorie sich zwischen der durch empirische Befunde der Viktimologie gestützten Forderung nach mehr Gerechtigkeit für die Opfer von Straftaten und gesellschaftlichen Sicherheitsbedürfnissen aufgebraucht hat.<sup>87</sup> Die Beschwörung angeblich stiefmütterlicher Behandlung des Opfers im Strafverfahren, noch vor einigen Jahren rechtspolitische Folklore, deutet heute allenfalls noch auf bewunderungswürdige Beharrungskraft, im Einzelfall nurmehr auf bedauerliche Rechtsverleugung hin.

Natürlich: Es ist eine Ausprägung der staatlichen Fürsorgepflicht und Würde des Menschen, auch dem Verletzten ein Strafverfahren zu garantieren, in dem neben den Interessen der Allgemeinheit seine Belange wahr- und ernstgenommen werden.<sup>88</sup> Erst dann kann es der Erreichung von drei weiteren Zielen dienen: Rehabilitation, Wiedereingliederung und Befriedung.<sup>89</sup> Entgegen *Weigend* kann man dieser Trias

77 *Barton*, in: Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits? (Fn. 72), S. 21 (34); bestätigend *ders.* StRR 2012, 344: »Wie man aus der Praxis hört, werden in der letzten Zeit in Wirtschaftsstrafverfahren vermehrt Anträge gestellt, in denen ökonomisch potente Geschädigte beantragen, als Nebenkläger gem. § 395 Abs. 3 StPO zugelassen zu werden« und im Editorial dieses Heftes, StV 12/2012, S. 1.

78 Die ausgewogene Zurückweisung der vom *Erstverfasser* bereits im Rahmen der Rechtsausschussanhörung (Fn. 7) vertretenen Position durch *Schöch*, in: Loccumer Protokolle 09/11, 2011, S. 41 (45 f.) wäre weit überzeugender, wenn die Mehrzahl der rechtspolitischen Agenten des Opferschutzes ebenso ausgewogen argumentieren würden. Ausdrücklich zustimmend hingegen unter Rückgriff auf die schriftliche Stellungnahme des *Erstverfassers* jetzt *R. P. Anders* ZStW 124 (2012), 374 (383).

79 Vgl. Stellungnahme des *Strafrechtsausschusses* der BRAK (Fn. 72), S. 7 und schon *Heike Jung* JR 1984, 309. Ebenso *Bung* StV 2009, 430 (432); *K. Schroth* NJW 2009, 2916 (2919).

80 GrdLg. *Weigend* Rechtswissenschaft (RW) 2010, 39.

81 *Lüderssen*, in: Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, Prittwitz/Manolodakis (Hrsg.), 2000, S. 63.

82 BVerfGE 21, 245 (261); 51, 176 (187); BVerfG NStZ 2002, 211 (212); zuzf. *Hanloser*, Das Recht des Opfers auf Gehör im Strafverfahren, 2010, S. 239.

83 *Weigend* RW 2010, 39 (57); diff. bereits *Schöch* NStZ 1984, 384 (387).

84 Ebenso etwa *Löffelmann*, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2011, Rn. 770 f. m.w.N. Knappe Zurückweisung auch bei *Lüderssen*, Rechtsfreie Räume?, 2012, S. 25 f.; *ders.*, in: Die Handlungsfreiheit des Unternehmers ..., Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), 2009, S. 241 (303).

85 BT-Ds. 16/12098, S. 1.

86 BT-Ds. 16/12098, S. 2.

87 *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechenopfer, 2002, S. 13 ff.; ebenso *Schünemann* FS Hamm, 2008, S. 687. Auch *Weigend* RW 2010, 39 (40), sieht die zunehmende Opferorientierung durch das Sicherheitsbedürfnis der Risikogesellschaft und einer gewachsenen Empathie mit den tatsächlichen Verbrechenopfern bedingt.

88 Vgl. *Safferling* ZStW 122 (2010), 87 (89). GrdLg. *Rief*, Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, 1984; *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989.

89 *Baumann* FS Stree/Wessels, 1993, S. 41 (43 ff.); *Sarban*, Wiedergutmachung zugunsten des Opfers im Lichte strafrechtlicher Trennungsdogmatik, 2006, S. 49 f. Notwendige Differenzierungen zur Frage eines Strafzwecks »Opferfürsorge« bei *Lüderssen*, Rechtsfreie Räume? (Fn. 84), S. 24 ff.; *ders.* FS Hirsch (Fn. 74), S. 879 (886 ff.); *ders.*, in: Kriminologie – wissenschaftliche und praktische Entwicklungen, Brägger u.a. (Hrsg.), 2004, S. 171 (177 ff.); *Barton/Flotho*, Opferanwälte im Strafverfahren, 2010, S. 29, 250.

aber die Genugtuung nicht hinzurechnen. Er meint zwar einschränkend, sie dürfe nicht als »emotionaler Wunsch nach Rache«, sondern nur als psychologisches Faktum und Bedürfnis des Opfers nach einer offiziellen Reaktion auf die verübte Tat verstanden werden.<sup>90</sup> Es bleibt allerdings offen, wie ein solches Faktum derart bestimmt werden sollte, dass es dem Gesetzgeber und Rechtsanwender Handlungsanweisungen gibt.<sup>91</sup> Genugtuung ist nicht standardisierbar, sondern – wie die mit ihr verschwisterte Vergeltung – naturwüchsig, kurz: so unberechenbar wie maßlos.<sup>92</sup>

#### D. Ein kurzes Fazit

Liest man das Gesetz und seine Begründung, kann man nicht umhin zu erkennen, dass die vom 5. Senat aufgegriffene »Wesensänderung der Nebenklage« in den 2009 geänderten gesetzlichen Vorschriften selbst angelegt ist. Der Paradigmenwechsel ist vom Gesetzgeber gewollt, auch wenn er sich zum Teil beschwichtigend artikuliert.<sup>93</sup> In der kriminalpolitischen Debatte wird dies glücklicherweise mittlerweile auf breiter Front registriert – und beherzt kritisiert. Die Reformen zielten, so kann man jetzt lesen, in ihrem Subtext einseitig auf die soziale Konsensfähigkeit eines *punitive turn*. Sie sollten den Boden für die Akzeptanz eines wiedererstarkenden sanktions- und exklusionsorientierten Strafrechts bereiten.<sup>94</sup> Infolgedessen bleibt wenig mehr als die Hoffnung, dass die Rechtsprechung mit den neuen Vorschriften weiterhin verantwortungsbewusst und besonders behutsam umgeht.<sup>95</sup> Hier kann dem Beschluss des 5. Senats

ungeachtet mancher Inkonsistenzen Signalwirkung zukommen.<sup>96</sup> Jede Stimme zählt.

90 Weigend RW 2010, 39 (43, 57). Dieses Verständnis von Genugtuung füge sich in die repressive Straftheorie ein, so dass es eines eigenständigen Strafzwecks »Genugtuung für den Verletzten« nicht bedürfe. In einem neueren Beitrag heißt es (möglicherweise den Gedanken der Genugtuung variierend), »es kann nur darum gehen, dass dem Opfer die Möglichkeit gegeben wird, seine Sicht des Geschehens so darzulegen, dass es den Gerichtssaal erhobenen Hauptes verlassen kann.«: Weigend, in: Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts, Barton/Kölbel (Hrsg.), 2012, S. 29 (50).

91 Zutreffend Hörnle, Straftheorien, 2011, S. 38, wonach »das rein faktische Haben von Bedürfnissen zur Rechtfertigung von Kriminalstrafe nicht ausreichend [wäre].«

92 In diesem Zusammenhang sind – ohne dass das Verhältnis von Genugtuung und Vergeltung hier im Einzelnen geklärt werden kann – auch jene bedenkenswerten Stimmen zu berücksichtigen, die durch den Ausbau der Nebenklage eine Wiederkehr eines Vergeltungsstrafrechts befürchten, so Schünemann NSz 1986, 193 (197); Barton JA 2009, 753 (758); R. P. Anders ZStW 214 (2012), 374 (409 f.); Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, § 11 Rn. 257.1. Dazu pointiert Sabine Rückert, in: Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits? (Fn. 72), S. 165: »Auge um Auge, Zahn um Zahn ist nicht der Maßstab des Grundgesetzes.«

93 Vgl. Bung StV 2009, 430 (433).

94 Blum/Hüls/Lindemann/Möller MschrKrim 95 (2012), 71 sowie eindrucksvoll die mit den beiden Bänden »Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts«, Barton/Kölbel (Hrsg.), 2012, und »Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits?«, Inst. f. Konfliktforschung (Hrsg.), 2012, vorgelegten Bilanzen der Diskussion des letzten Vierteljahrhunderts.

95 Auf eine Zurücknahme des § 395 Abs. 3 StPO durch den Gesetzgeber hofft – nach menschlichem Ermessen: vergeblich – Schiemann JR 2012, 393 (394). Auch die noch weiter gehende Forderung des diesjährigen 36. Strafrechtstagungstages in Hannover, über die Abschaffung der Nebenklage nachzudenken (StV 2012, 437: »Es sprechen [...] gewichtige Gründe dafür, die Nebenklage abzuschaffen und die Verletzten von Straftaten zur Durchsetzung ihrer Rechte auf ein noch zu schaffendes Institut eines isolierten Opferschutzverfahrens zu verweisen, [...]«), wird nicht mehrheitsfähig werden.

96 Man wird weiter besonders aufmerksam zu beobachten haben, wie sich deutsche Gerichte, auch unter dem Einfluss der in diesem Beitrag aus Raumgründen nicht behandelten europäischen Rechtsentwicklung (s. aber Fn. 71), zum Problem einer Begrenzung des Umfangs der Nebenklage in Zukunft verhalten werden. Das aktuellste Dokument, die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.09.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten, 2011/0129 (COD), wird keine Lösung des behandelten Problems, sondern eher eine Zunahme der Probleme erbringen. Zwar sind nach Art. 2 Abs. 1 lit. a des Vorschlags als Opfer unter anderem auch solche Personen zu fassen, die »einen wirtschaftlichen Verlust als direkte Folge der Straftat erlitten haben«. Es geht jedoch aus der Begründung nichts hervor, was für eine schematisierende ökonomische Betrachtung nach dem Muster der LG Göttingen sprechen würde. Insgesamt lassen sich in dem Kommissionsvorschlag ähnliche logisch-systematischen Brüche wie in den offiziellen Begründungen zur Opferrechtsreform in Deutschland verzeichnen.

## Dokumentation

# Beschlüsse der Abteilung Strafrecht des 69. Deutschen Juristentages in München 2012

## I. Beschlüsse zum Gegenstand Straftaten und Strafverfolgung im Internet<sup>1</sup>

### I. Grundlagen

1. Die starke Abhängigkeit der modernen Gesellschaft von informationstechnischen Systemen und deren Verletzlichkeit erfordert nicht nur technische, sondern auch strafrechtliche Antworten. Da das gegenwärtige strafrechtliche und strafprozessuale System primär auf materielle Güter und

nicht auf immaterielle Daten zugeschnitten ist, bedarf es einer grundlegenden Anpassung.

angenommen 70:4:1

2. Dabei ist dem raschen informationstechnischen Wandel Rechnung zu tragen. Dies kann nicht durch Normen be-

1 Volltext unter [www.djt.de/fileadmin/downloads/69/120921\\_djt\\_69\\_beschluesse\\_web\\_rz.pdf](http://www.djt.de/fileadmin/downloads/69/120921_djt_69_beschluesse_web_rz.pdf).