

Ulrich Klaus
XXX

Humboldt Universität zu Berlin

Matr.-Nr.: XXX

5. Fachsemester

Strafrecht - Übung für Fortgeschrittene (GK IV)

bei

Professor Dr. Felix Herzog

im

Wintersemester 2000/01

1. (Ferien-)Hausarbeit

Sachverhalt

Der ehemalige Volkspolizist V. hatte bei seiner Übernahme in den Berliner Landesdienst als Polizeibeamter in einem Fragebogen und in einer persönlichen Unterredung mit dem Personalreferenten P. seine frühere Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit verschwiegen.

In einem anderen Zusammenhang war V. dann nach 14 Monaten von der sogenannten Gauck-Behörde als Stasi-Mitarbeiter identifiziert worden. Dies hatte die sofortige Entlassung des V. aus dem Berliner Landesdienst und die Einleitung eines Strafverfahrens gegen V. zur Konsequenz.

Prüfen Sie das Verhalten des V. in einem ausführlichen, die unterschiedlichen Meinungen abwägenden, Gutachten unter dem Gesichtspunkt der Betrugsstrafbarkeit.

II.

Der Anwalt des V. regt wegen der erheblichen Konsequenzen der Entlassung eine Einstellung des Strafverfahrens nach § 153 a StPO an.

Erörtern Sie ausführlich, inwiefern hier eine solche Einstellung in Betracht kommen könnte.

Literaturverzeichnis

Catenhusen, Hanns-Christian
Sie Stasi-Überprüfung im öffentlichen Dienst
1999

Gading, Heike
Zur strafrechtlichen Beurteilung des Verschweigens früherer MfS-Tätigkeit bei Einstellung in
den öffentlichen Dienst
in: NJ 1996, S. 297-299.

Geppert, Klaus
Zur Strafbarkeit des Anstellungsbetruges insbesondere bei Erschleichung einer Amtsstellung
in: Festschrift für H.-H. Hirsch, S. 525
1999

ders.
Anmerkung zu BGH-Beschluß vom 18.02.1999
in: NStZ 1999, S. 305-306.

Haupt, Wolfgang
Der Vermögensschaden beim Anstellungsbetrug
in: NJW 1958, S. 938-940.

Hirsch, Hans-Joachim
Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der BRD
in: ZStW 92 (1980), S. 218

Hohendorf, Andreas
§ 153 a I StPO als Radikalmittel zur Bewältigung der „Massenkriminalität“?
in: NJW 1987, S. 1177

Jescheck, Hans-Heinrich / Ruß, Wolfgang / Willms, Günther
Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar – Großkommentar
Sechster Band, §§ 263 bis 302a
10. Auflage, 1988

Kleinknecht, Theodor; Meyer-Großner, Lutz
Strafprozessordnung Kommentar
44. Auflage, 1999

Krey, Volker
Strafrecht Besonderer Teil – Band 2 Vermögensdelikte
11. Auflage, 1997

Lackner, Karl / Kühl, Kristian
Strafgesetzbuch mit Erläuterungen
23. Auflage, 1999

Lemke, Michael; Julius, Karl-Peter (u.a.)
Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung
2. Auflage, 1998

Lencker, Theodor
Zum Problem des Vermögensschadens beim Verlust nichtiger Forderungen
in: JZ 1967, S. 105

Maurach, Reinhart / Schroederr, Friedrich-Christian / Maiwald, Manfred
Strafrecht Besonderer Teil
Teilband 1- Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte
8. Auflage, 1995

Opolony, Bernhard
Die Kündigungsgründe des Einigungsvertrages
1996

Otto, Harro
Anmerkung zu BGH-Beschluß vom 18.02.1999
in: JZ 1999, S. 738-740.

Protzen, Peer Daniel G.
Der Vermögensschaden beim sog. Anstellungsbetrug – unter besonderer Berücksichtigung des Verschweigens eemaliger Tätigkeit für das MfS –
Dissertation, 2000

derselbe
Vermögensschaden durch Verschweigen ehemaliger Tätigkeit für das MfS bei der
Überprüfung für eine Weiterbeschäftigung im Staatsdienst
in: NStZ 1997, S. 525

Rieß, Peter (Hrsg.)
Löwe-Rosenberg - Strafprozessordnung Großkommentar
24. Auflage, 1987

Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckhard / Günther, Hans-Ludwig
SK-StGB - Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
Band 2 – Besonderer Teil, §§ 223 – 358

Sarstedt, Werner
Betrug durch Amterschleichung
in: JR 1952, S. 308-309

Schmidhäuser, Eberhard
Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozess
in: JZ 1973, S. 529

Schönke, Adolf / Schröder, Horst u.a.
Strafgesetzbuch Kommentar
25. Auflage, 1997
zit.: Schönke/Schröder-Bearbeiter, § , Rn.

Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas
Strafgesetzbuch und Nebengesetze – Kommentar
49. Auflage, 1999

Wassermann, Rudolf (Hrsg.)
Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, § 94 - 212b
1992

Wessels, Johannes / Hillenkamp Thomas
Strafrecht Besonderer Teil/2 – Straftaten gegen Vermögenswerte
22. Auflage, 1999

Gliederung

<u>A. Betrug des A gem. § 263 I StGB</u>	S. 1
1. Objektiver Tatbestand	S. 1
a) Täuschung durch Verschweigen	S. 1
(1) Aktives Tun oder Unterlassen	S. 2
(a) Ausfüllen des Fragebogens	S. 2
(b) Antworten gegenüber P	S. 2
(2) Täuschung	S. 2
(3) Selbstbeziehungspflicht	S. 2
(4) Zwischenergebnis	S. 2
b) Irrtum	S. 3
(1) Reines Nichtwissen	S. 3
(2) Zweifel des Getäuschten	S. 3
(3) Zwischenergebnis	S. 4
c) Vermögensverfügung	S. 4
(1) Vermögensmindernde Verfügung	S. 4
(a) Verfügung durch Ernennung zum Beamten	S. 4
(b) Vermögensminderung durch Verfügung	S. 5
(2) Zwischenergebnis	S. 6
d) Vermögensschaden	S. 7
(1) Vermögensbegriff	S. 7
(2) Vermögensschaden beim Anstellungsbetrug	S. 7
(a) Schaden durch charakterlich-sittlichen Mangel (Bloßer innerer Mangel)	S. 8
(b) Schaden durch charakterlich-sittlichen Mangel und gesetzliches Verbeamtungsverbot	S. 9
(aa) Fehlende persönliche Eignung gem. BerLBG	S. 10
(bb) Sonderkündigungstatbestand gem. Einigungsvertrag	S. 11
(cc) Zwischenergebnis	S. 13
(c) Kein Schaden durch charakterlich-sittlichen Mangel und gesetzliches Verbeamtungsverbot	S. 13

(d) Stellungnahme	S. 15
(e) Zwischenergebnis	S. 17
e) Zwischenergebnis	S. 17
2. Ergebnis	S. 17
B. <u>Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO (Hilfsgutachten)</u>	S. 17
1. Verfassungskonformität des § 153 a I StPO	S. 17
a) Verfassungswidrigkeit des § 153 a I StPO	S. 17
b) Rechtmäßigkeit des § 153 a I StPO	S. 18
c) Stellungnahme	S. 19
2. Anwendbarkeit des § 153 a I StPO	S. 20
3. Materielle Voraussetzungen	S. 20
4. Ergebnis	S. 21

A Betrug des V gem. § 263 I StGB¹

V könnte sich durch Täuschung des P des vorsätzlichen, vollendeten Betruges zu Lasten des Landes Berlin gem. § 263 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Betrug ist die Schädigung fremden Vermögens, die der Täter zur Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils für sich oder einen Dritten dadurch bewirkt, daß er durch Täuschung eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung veranlaßt².

a) Täuschung durch Verschweigen

Hier könnte das Verschweigen der MfS-Tätigkeit eine Täuschung sein.

Eine Täuschung ist die Vorspiegelung falscher bzw. die Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen im Wege des aktiven Tuns oder pflichtwidriges Unterlassen in Garantienpflicht³.

(1) Aktives Tun oder Unterlassen

Eine Täuschungshandlung ist möglicherweise in dem Verschweigen der MfS-Tätigkeit in dem Fragebogen bzw. in der Unterredung mit P zu sehen.

Fraglich ist aber, ob dieses Verhalten ein aktives Tun oder ein Unterlassen darstellt. Im eigentlichen Wortsinne stellt das Verschweigen von Tatsachen kein Tun dar, sondern das Unterlassen einer Tatsachenangabe.

Dem Sachverhalt selbst ist nicht unmittelbar zu entnehmen, daß V in dem Fragebogen oder in dem Gespräch nach einer früheren Tätigkeit beim MfS gefragt wird, oder daß er dies von sich aus aktiv verneint. Andererseits ist zu beachten, daß die Befragung von Beschäftigten der ehemaligen Volkspolizei der DDR im Rahmen ihrer Übernahme in den Berliner Landesdienst unter anderem das Ziel hatte, die Eignung dieser Personen als Beamte im Berliner Polizeidienst gem. § 9 I Landesbeamtengesetz Berlin (BerLBG) zu prüfen. Zu diesem Zwecke wurden im Land Berlin von der Senatsverwaltung für Inneres einheitliche Fragebögen ausgegeben, in welchen ausdrücklich nach einer früheren Tätigkeit für das MfS gefragt wurde⁴. Diese Überprüfung hinsichtlich einer MfS-Tätigkeit bzw. der Eignung wurde noch durch persönliche Gespräche ergänzt⁵.

Bei einer lebensnahen Auslegung des Sachverhalts ist folglich davon auszugehen, daß auch dem ehemaligen Volkspolizist V, der ja in der Folge tatsächlich als Polizist verbeamtet wurde,

¹ Alle §§ ohne nähere Angabe sind solche des Strafgesetzbuches.

² Wessels/Hillenkamp, Rn. 489.

³ Wessels/Hillenkamp, Rn. 489.

⁴ Protzen, S. 312.

⁵ Vgl. BGH JR 1998, S. 434, 435; Protzen, S. 320.

sowohl im Fragebogen, als auch von P die Frage nach einer früheren MfS-Tätigkeit gestellt wurde.

Dem Sachverhalt nach „verschweigt“ V seine Tätigkeit in beiden Fällen.

(a) Ausfüllen des Fragebogens

Im Falle des Fragebogens ist auch durch eine Auslegung des Sachverhalt nicht zu erkennen, ob V die Fragen nach einer MfS-Tätigkeit aktiv verneint oder diese schlicht unbeantwortet läßt.

Ob hier also ein aktives Tun seitens V vorliegt ist also fraglich.

(b) Antworten gegenüber P

Dies kann aber dahingestellt bleiben, wenn V Rahmen des Gespräches mit P eine aktive Täuschungshandlung begeht.

Im Gegensatz zum Fragebogen ist im Falle des persönlichen Gespräches zwischen V und P nach lebensnaher Auslegung des Sachverhalts anzunehmen, daß V direkt verneinend auf die Fragen des P nach einer MfS-Tätigkeit antwortet. Eine Weigerung auf diese Frage zu antworten, kann nämlich nicht mehr als ein Verschweigen im Sinne des Sachverhaltswortlautes verstanden werden.

Folglich ist das „Verschweigen“ in diesem Falle ein direktes Leugnen, mithin ein aktives Tun des V.

(2) Täuschung

Weiterhin müßte in diesem Tun des V eine Täuschung liegen. Durch seine Falschantwort spiegelt V hier falsche Tatsachen vor, nämlich den Umstand, er wäre nie für das MfS tätig geworden, bzw. er entstellt die Wahrheit über seine früheren Beschäftigungsverhältnisse.

(3) Selbsbeziehungspflicht

Möglicherweise greift aber hier der rechtstaatliche Grundsatz des „nemo tenetur se ipse prodere“ ein, nachdem sich grundsätzlich niemand selbst belasten muß. Demnach wäre eine Täuschung hier nicht möglich, da auch eine unrichtige Antwort in Bezug auf die MfS-Vergangenheit zulässig wäre.

Fragen nach einer ehemaligen Tätigkeit für das MfS sind im Rahmen der Verbeamtung aber grundsätzlich zulässig⁶, der Grundsatz mithin hier nicht einschlägig.

(4) Zwischenergebnis

Eine Täuschung des V durch aktives Tun ist hier somit gegeben.

b) Irrtum

Durch die Täuschung des V müßte beim Getäuschten ein Irrtum erregt worden sein. Ein Irrtum ist jede unrichtige, der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung des Getäuschten

⁶ BVerwG, DtZ 1997, S. 143,144.

über Tatsachen⁷. Erregt wird ein Irrtum durch die Einwirkung auf die Vorstellungskraft des Getäuschten⁸.

(1) Reines Nichtwissen

Aufgrund der Täuschung des V weiß P nichts von dessen früherer MfS-Tätigkeit. Reines Nichtwissen („ignorantia facti“) aber, das keine konkrete Fehlvorstellung umfaßt, ist nicht ausreichend, um einen Irrtum zu begründen⁹.

Da die Überprüfung des V aber auch deshalb durchgeführt wurde, um Kenntnis über eine ehemalige Tätigkeit für das MfS zu erlangen, muß P aus der Antwort des V schließen, daß eine solche gerade nicht vorliegt. Daher liegt bei P nicht allein ein Fortbestand des reinen Nichtwissens über die Tätigkeit an sich vor, sondern er bildet sich eine unrichtige Vorstellung von der Nichtexistenz dieser Tätigkeit, welche durch das Verschweigen, also einer Einwirkung des V auf das Vorstellungsbild bei P, erregt wurde.

(2) Zweifel des Getäuschten

Möglicherweise scheidet hier aber die Annahme eines Irrtums, aufgrund von Zweifeln des P an V's Antwort.

Da die Tätigkeit für das MfS einer der Gegenstände der Überprüfung ist und dessen Bestätigung negative Folgen für die Überprüften haben kann, ist grundsätzlich anzunehmen, daß der Gegenüber bei Selbstangaben dieser Art Zweifel an deren Richtigkeit hat.

Umstritten ist aber, ob ein Zweifel einen Irrtum überhaupt ausschließen kann. Gemäß der ersten Ansicht, liegt ein Irrtum vor, wenn der Getäuschte die Angaben für möglich hält. Zweifel störten dieses Fürmöglichhalten nicht¹⁰. Einer anderen Ansicht dagegen muß er die Angaben für wahrscheinlich halten, einen bestehenden Zweifel also ausschließen¹¹.

Dieser Streit kann jedoch dahingestellt bleiben, wenn P hier gar keine Zweifel an der Richtigkeit der Angaben V's hatte.

Aufgrund der weitreichenden Folgen, die eine Verbeamtung für Staat und Bewerber nach sich zieht, hätte ein hinreichend begründeter Zweifel des P zur Folge gehabt, daß V nicht sofort, sondern erst nach einer Überprüfung durch die Gauck-Behörde zum Beamten ernannt worden wäre bzw., daß man die Ernennung mit dem Vorbehalt der Gauck-Auskunft verbunden hätte. Der Umstand, daß eine solche Überprüfung aber erst 14 Monate später und darüber hinaus aus anderen Gründen vorgenommen wurde, läßt unmittelbar darauf schließen, daß mögliche Zweifel bei der endgültigen Entscheidung nicht mehr zum Tragen kamen. Ein Zweifel bei P ist also nicht vorhanden.

⁷ Wessels/Hillenkamp, Rn. 508.

⁸ Tröndle/Fischer-Fischer, § 263, Rn. 18a.

⁹ Wessels/Hillenkamp, Rn. 508.

¹⁰ Wessels/Hillenkamp, Rn. 510.

¹¹ Krey, BT 2, Rn. 373 f..

(3) Zwischenergebnis

Ein durch die Täuschung des V erregter Irrtum des P liegt hier also vor.

c) Vermögensverfügung

P müßte als Getäuschter weiterhin aufgrund des Irrtums zu einer Vermögensverfügung über sein Vermögen oder das eines Dritten veranlaßt worden sein¹². Erheblich ist hierbei jedes Handeln, Tun oder Unterlassen seitens des Getäuschten, das zu einer unmittelbaren Vermögensminderung bei dem Getäuschten oder einem Dritten im wirtschaftlichen Sinn führt¹³.

(1) Vermögensmindernde Verfügung

Die getäuschte und die verfügende Person müssen identisch sein. Also müßte hier P eine vermögensmindernde Verfügung vorgenommen haben.

Dem Sachverhalt direkt ist keine Verfügung des P zu entnehmen.

Es folgt allerdings aus der Logik des Sachverhalts, daß P hier im Rahmen der Überprüfung für seine Dienstbehörde tätig wird. Das rein feststellende Ergebnis der Eignungsüberprüfung an sich kann aber eigentlich noch keine unmittelbar vermögensmindernde Verfügung des P darstellen, da weder P noch das Land Berlin hierdurch zu einer unmittelbaren Vermögensverfügung veranlaßt werden.

(a) Verfügung durch Ernennung zum Beamten

Eine vermögensmindernde Verfügung könnte hier aber in der Ernennung des V zu einem Beamten auf Probe gesehen werden.

Gem. § 11 I S. 2 BerLBG werden Polizeibeamte durch die zuständige Dienstbehörde im Namen des Senates ernannt. Aus dem Sachverhalt geht aber nicht hervor, daß der Akt der Ernennung selbst durch P vorgenommen wurde.

Dies kann unter Umständen aber dahingestellt bleiben, wenn die Handlung des P, also die Eignungsprüfung, integraler Teil der Ernennungsverfügung war. Möglicherweise liegt hier nämlich eine mehraktige Verfügung vor¹⁴.

Art. 33 IV GG legt fest, daß die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse den Beamten als in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, vorbehalten ist. Die Ausübung polizeilicher Aufgaben ist in der Regel auch die Ausübung staatlicher, hoheitsrechtlicher Befugnisse. Um dieser Norm Rechnung zu tragen, werden Polizisten verbeamtet. In Art. 20 I i.V.m. Anl. 1 Kap. XIX Sachgeb. A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 1 EV wird die Entscheidung für die grundsätzliche Übernahme der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes der DDR in den öffentlichen Dienst der BRD festgelegt. In Art. 20 II EV wird

¹² Vgl. SK-Samson/Günther, § 263, Rn. 66 m. w. N.

¹³ Schönke/Schröder-Cramer, § 263, Rn 55.

¹⁴ Vgl. Schönke/Schröder-Cramer, § 263, Rn. 62.

weiterhin festgelegt, daß hoheitsrechtliche Befugnisse sobald wie möglich Beamten zu übertragen sind. Dies trägt dem Umstand Rechnung, daß der öffentliche Dienst der DDR kein eigentliches Beamtentum kannte und somit auch Volkspolizisten in einem einfachen Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes standen.

Aus den genannten Normen ergibt sich für die Berliner Landesbehörden der Grundsatz, daß übernommene Volkspolizisten als ehemalige Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst der DDR und als Träger hoheitlicher Befugnisse zu verbeamten sind, sofern diese die allgemeinen Ernennungsvoraussetzungen erfüllen. Eben diese Voraussetzungen, die Eignung des V, werden hier durch P geprüft. Folglich hat ein positiver Bescheid des P über die Eignung des V auch die Ernennung des V durch die zuständige Behördenstelle zum Beamten gem. den §§ 8 ff. BerLBG zur Folge. Als unmittelbar vorbereitender Schritt zur Ernennung ist in diesem Prozess also bereits der positive Bescheid über die Eignung des V als Beginn der mehraktigen Verfügungshandlung zu sehen, die in der eigentlichen Ernennung lediglich ihren beamtenrechtlichen Abschluß findet.

Eine Verfügung des P ist somit gegeben.

(b) Vermögensminderung durch Verfügung

Fraglich bleibt aber, ob durch die Ernennung des V bereits eine Minderung des Vermögens erfolgt.

Durch die Ernennung zum Beamten erwirbt der V gegenüber dem Land Berlin gewisse vermögenswerte Rechte, gem. den §§ 48 (Recht auf Besoldung), 44 (Recht auf Beihilfen), 42 BerLBG (Recht auf Fürsorge und Schutz).

Fraglich ist aber, wie es zu bewerten ist, daß die eigentliche Vermögensminderung, nämlich die Zahlung von Vergütungen an V, noch nicht mit dessen Ernennung selbst erfolgt.

In den Fällen des sog. Anstellungsbetruges, einem Unterfall des sog. Eingehungsbetruges, wird unter Umständen bereits im Vertragsschluß selbst, vergleichbar mit der Ernennung im vorliegenden Fall, also der Übernahme gewisser Rechte und Pflichten, eine konkrete, minderungsgleiche Vermögensgefährdung gesehen¹⁵. Eine konkrete Vermögensgefährdung liegt vor, wenn eine nach den Umständen des Einzelfalles naheliegende Möglichkeit des endgültigen Verlustes besteht¹⁶.

Mit der Ernennung verpflichtet sich das Land Berlin gesetzlich bindend zu den oben genannten Vergütungen an V. Somit liegt hier die Möglichkeit eines endgültigen Verlustes durch eine Auszahlung, bzw. Überweisung der Vergütungssumme an V mehr als nahe. Der

¹⁵ BGH St 16, 220, 221; Krey, Rn. 449; Lackner-Kühl, § 263, Rn. 52.

¹⁶ BGHSt 21, 112, 113; SK-Samson/Günther, § 263, Rn. 166.

strafrechtliche Schutzbereich des § 263 StGB, nämlich der Schutz des Vermögens, ist hierdurch grundsätzlich bereits betroffen.

Folglich stellt die Ernennung des V grundsätzlich auch eine minderungsgleiche, konkrete Vermögensgefährdung für das Land Berlin dar.

Fraglich bleibt allerdings, in diesem Zusammenhang der Umstand zu bewerten ist, daß V schon vor seiner Ernennung zum Beamten als Polizeiangehöriger im öffentlichen Dienst ein Gehalt des Landes Berlin bezogen hat. Hierin könnte man unter Umständen lediglich eine Umwandlung eines bereits bestehenden Dauerschuldverhältnisses sehen, das keine Minderungsqualität innehat.

Im vorliegenden Fall liegt aber keine bloße Weiterbeschäftigung unter Änderung des arbeitsrechtlichen Status vor. Die Ernennung zum Beamten hat vielmehr eine eigene, entscheidende Qualität. Dem Land Berlin wären freilich auch bei einer einstweiligen Weiterbeschäftigung des V als Angestellter im öffentlichen Dienst Kosten entstanden. Diese aber wären allein aufgrund der Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers in Art. 20 I i.V.m. Anl. 1 Kap. XIX Sachgeb. A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 1 EV, also der grundsätzlichen Übernahme aller Beschäftigten des öffentlichen Dienstes der DDR entstanden und somit nicht stoffgleich mit den vermögensmindernden Vergütungen an V, zu denen sich das Land Berlin aufgrund der Ernennung zum Beamten verpflichtet hat¹⁷.

(2) Zwischenergebnis

Eine unmittelbare minderungsgleiche Wirkung der Ernennung für das Vermögen ist also zu bejahen. Weiterhin war P als verantwortlicher Personalreferent innerhalb seiner Dienstbehörde rechtlich befugt, für das in seinem Vermögen geminderte Land Berlin zu handeln.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, daß hier eine durch den Irrtum des P verursachte, minderungsgleiche Verfügung des P über das Vermögen des Landes Berlin gegeben ist.

d) Vermögensschaden

Schließlich bleibt zu aber noch prüfen, ob dem Land Berlin durch minderungsgleiche, konkrete Vermögensgefährdung unmittelbar kausal auch ein Vermögensschaden entstanden ist.

(1) Vermögensbegriff

Umstritten ist hierbei, welche wirtschaftlichen Werte überhaupt in den strafrechtlich geschützten Begriff des Vermögens mit einzubeziehen sind.

¹⁷ KG Berlin, JR 1998, 434, 435.

Gemäß dem sog. rein ökonomische Vermögensbegriff¹⁸ umfaßt das Vermögen alle wirtschaftlich geldwerten Güter ohne dabei auf deren juristische Anerkennung bzw. Legalität zu achten.

Demgegenüber fordert der sog. juristisch-ökonomische Vermögensbegriff¹⁹ neben der rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine rechtliche, normative Korrektur, um nicht solche Vermögenswerte zu schützen, die von der Rechtsordnung selbst mißbilligt werden.

Im vorliegenden Fall ist das geminderte Vermögen in den Vermögenspositionen des Landes Berlin zu sehen. Dieser wirtschaftliche Vermögenswert ist von der Rechtsordnung gebilligt und somit von beiden Auffassungen umfaßt. Eine Entscheidung dieses Streitfalles kann also hier dahingestellt bleiben.

(2) Vermögensschaden beim Anstellungsbetrug

Fraglich bleibt aber, ob hier tatsächlich ein Schaden am Vermögen des Landes Berlin entstanden ist.

Der Schaden berechnet sich grundsätzlich nach dem Prinzip der Saldierung unter Berücksichtigung möglicherweise erfolgter Schadenskompensationen²⁰. Das Vermögen ist also vor und nach der vermögensmindernden Verfügung zu betrachten. Erfolgt kein unmittelbarer, wirtschaftlich äquivalenter Ausgleich, der mit der Verfügung unmittelbar kausal verbunden ist oder gleicht das Äquivalent die Vermögensminderung nicht hinreichend aus, so ist in der Vermögensminderung bzw. der verbleibenden Einbuße ein Vermögensschaden zu sehen²¹.

Unter Umständen ist hier in der ehemaligen MfS-Tätigkeit des V ein sog. „charakterlich-sittlicher Mangel“ des V zu sehen, der seine persönliche Eignung als Polizeibeamter beeinträchtigt bzw. gesetzlich ausschließt.

Umstritten ist hierbei aber, ob ein solcher, charakterlich-sittlicher Mangel im Sinne einer mangelhaften oder gesetzlich ausgeschlossenen persönlichen Eignung des Beamten überhaupt einen Vermögensschaden für den Staat begründen kann.

(a) Schaden durch charakterlich-sittlichen Mangel (Bloßer innerer Mangel)

Die Rechtsprechung²² stellt teilweise darauf ab, ob ein Bewerber, der durch einen charakterlich-sittlichen Mangel belastet ist, derart „bemakelt“, bzw. vorbelastet sei, daß er trotz guter Leistungen als öffentlicher Beamter nicht zu gebrauchen sei und somit für die Beamtenstellung untauglich, für den Staat also wertlos sei. Der Beamte schulde dem Staat nämlich aus dem Dienst- und Treueverhältnis heraus nicht etwa lediglich konkrete

¹⁸ BGH 1, 262, 264; BGHSt 16, 220; Tröndle/Fischer, § 263, Rn. 27 ff.; Krey, BT 2, Rn. 433.

¹⁹ BGH St 4, 373; Lencker, JZ 1967, 105, 110.

²⁰ Wessels/Hillenkamp, Rn. 538.

²¹ BGHSt 23, 300; 34, 199, 202; LK-Lackner, § 263, Rn. 179; Schönke/Schröder-Cramer, § 263, Rn. 106.

²² RGSt 65, 281, 282; RG JW 1933, 1331; BGHSt 5, 358, 360 f.

Arbeitsleistungen, wie z.B. Angestellte im öffentlichen Dienst, sondern vielmehr die Hingabe und den Einsatz seiner ganzen Persönlichkeit²³. Sei diese zu sehr vorbelastet, so sei sie auch nicht als Ausgleichsleistung des Beamten an den Staat zu gebrauchen.

Im vorliegenden Fall wäre also zu prüfen, ob V durch seine frühere MfS-Tätigkeit derart vorbelastet ist, daß er aus der Sicht des Landes Berlin nicht als Polizeivollzugsbeamter zu gebrauchen sei. Das MfS war eine staatlichen Behörde, die gemäß ihrer Vorgaben als „Schwert und Schild“ der SED die Aufrechterhaltung der Ein-Parteien-Herrschaft zum Ziel hatte. Für diese Ziele wurden unter Verletzung elementarer Grundrechte auch die Mitteln der geheimen Bespitzelung und der Einschüchterung der Bürger bis hin zur psychischen Zerstörung eingesetzt²⁴. Dies führt dazu, daß dem jeweiligen Mitarbeiter des MfS in großen Kreisen der Bevölkerung ein starkes Mißtrauen entgegen gebracht wird und gerade die Weiterbeschäftigung dieser Mitarbeiter in grundrechtssensiblen Bereichen der öffentlichen Verwaltung, z.B. im Polizeivollzugsdienst, als schlichtweg untragbar empfunden wird. Der Staat jedoch muß im Interesse der allgemeinen Sicherheit und Ordnung in Staat und Gesellschaft darauf vertrauen können, daß Personen, die für ihn das Gewaltmonopol ausüben, im Außenverhältnis überhaupt erst als staatliche Autorität anerkannt werden, und daß ihnen darüber hinaus von den Bürgern auch Vertrauen entgegengebracht wird. Daneben muß der Staat im Interesse des Rechtsstaates und seiner selbst im Innenverhältnis auf die persönliche Zuverlässigkeit des Beamten und dessen Treue zum Staat vertrauen können. Bei Bürgern, die wie V aber als Teil des MfS gerade im Namen ihres eigenen Staates zum Nutzen einer Partei ihr staatliches Gewaltmonopol gegen die eignen Bürger mißbraucht haben und sich gleichzeitig auch gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung der BRD betätigt haben, kann der jetzige Staat diese Gewähr aber nicht haben.

Folglich wäre im vorliegenden Fall eine charakterlich-sittliche Vorbelastung bei V gegeben, die ihn für die Tätigkeit als Polizeibeamter für das Land Berlin unbrauchbar machen würde.

V wäre somit dieser Ansicht nach für dieses Amt schlicht untauglich. Dem Land Berlin wäre somit hier ein Vermögensschaden entstanden, da es für seine Vergütungsleistungen an V keine adäquate Kompensation erhalten kann.

(b) Schaden durch charakterlich-sittlichen Mangel und gesetzliches Verbeamtungsverbot

Die neuere Rechtsprechung²⁵ und Teile der Literatur²⁶ nehmen aber an, daß dem Staat bei der Erschleichung einer Beamtenstelle durch die Täuschung über einen charakterlich-sittlichen

²³ Sarstedt JR 1952, 308.

²⁴ Catenhusen, S. 34 ff.; Opolony, S. 45 ff..

²⁵ BGHSt Urt. v. 10.01.1961 in: Geppert, NStZ 1999, 302, 305; BGH JR 1998, 434, 436; BGH NStZ 1999, 302 f..

Mangel nur dann ein Vermögensschaden entstehen kann, wenn der mangelbehaftete Bewerber allein aufgrund gesetzlicher Vorschriften gar nicht verbeamtet hätte werden dürfen²⁷ bzw. ein eventuell gegebenes Auswahlmessen der Behörde sich aufgrund des Mangels schlechthin auf Null reduziert habe²⁸. Der bloße innere Mangel alleine, z.B. eine politische Vorbelastung, könne zwar bedingen, daß ein Beamter aus der Sicht des Staates nicht genehm ist, aber hierdurch wäre noch nicht das Vermögen, sondern lediglich die betrugsstrafrechtliche nicht geschützte Dispositionsfreiheit des Staates berührt. Vielmehr sei der Bewerber als Beamter an sich, also auch seine Leistungen, für den Staat erst dann wertlos, wenn er bestimmte Einstellungsvoraussetzungen, die von Gesetz oder Verwaltungsvorschrift festgelegt wurden, nicht erfüllt.

Da die konkreten Arbeitsleistungen des Beamten nicht wie bei Angestellten einfach in Geld bewertet werden könnten, sei als Ersatz die Gesamtleistung des Beamten, also nicht nur das konkrete Arbeitspensum, sondern die Ausfüllung seines Amtes, in der Höhe der durch die Verbeamtung anfallenden Bezüge zu bewerten²⁹. Bei Vorliegen eines charakterlich-sittlichen Mangels, der von Gesetz wegen eine Verbeamtung nicht zulasse, sei die Erbringung dieser Gesamtleistung als Beamter nicht mehr möglich. Der Wert seiner Gesamtleistung sinke also auf Null, da dem Beamten schon der Zugang zu dem Amt und folglich auch dessen Ausfüllung hätte verwehrt bleiben müssen. Die Vergütungen ständen ihm ja aufgrund der Rechtsordnung gar nicht zu. Abzustellen sei hierbei aber auf die konkrete gesetzliche Regelung und nicht allein auf die „bemakelte Persönlichkeit“ des Beamten.

Ein Ausgleich der Vermögensminderung sei auch durch die von ihm objektiv geleisteten Dienste nicht mehr möglich. Die Rechtsprechung stellt bei der Nichtberücksichtigung der Arbeitsleistungen des Beamten darauf ab, daß die spätere, tadellose Ausführung der von ihm geforderten Arbeitsleistung überhaupt nicht mit den vermögensmindernden Vergütungsleistungen des Staates saldiert werden könne, da aufgrund der ex-ante-Betrachtung des Schadens beim Anstellungsbetrag der Vertragsschlusses bzw. die Ernennung der allein maßgebliche Zeitpunkt für eine Schadensfeststellung sei. Die Tat sei mit der Ernennung rechtlich beendet und vollendet, spätere Entwicklungen somit nicht mehr zu berücksichtigen³⁰.

²⁶ *Haupt, NJW 1958, S. 938, 939; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT-I, § 41, Rn 126; Protzen, NStZ 1997, 525, 529; Sarstedt JR 1952, 308.*

²⁷ Protzen, NStZ 1997, 525, 529.

²⁸ BGH NStZ 1999, 302 f..

²⁹ Protzen, NStZ 1997, 525, 527.

³⁰ BGH JR 1998, 434, 435; BGH NStZ 1999, 302 f..

Der Staat trage also grundsätzlich einen Vermögensschaden in Höhe der Vergütungen fort, wenn der verschwiegene charakterlich-sittliche Mangel dazu führt, daß der Beamte von Rechts wegen gar nicht hätte eingestellt werden dürfen.

Zu prüfen bleibt nun aber noch, ob die ehemalige Tätigkeit für das MfS überhaupt einen derartigen charakterlich-sittlichen Mangel bei V begründet, aufgrund dessen er von Rechts wegen nicht hätte verbeamtet werden dürfen.

Eine ausdrückliche Norm, welche die Verbeamtung von Bewerbern, die ehemals für das MfS tätig waren, gibt es weder auf Bundesebene noch im Land Berlin.

Zu überprüfen ist daher, welche Rechtsvorschriften einer Verbeamtung des V hier entgegenstehen könnten.

(aa) Fehlende persönliche Eignung gem. BerLBG

Zwingende Voraussetzung für eine Verbeamtung ist die persönliche Eignung gem. den §§ 9 I Nr. 2, 12, 18 II und 103 BerLBG als beamtenrechtliche Konkretisierung des Art. 33 II GG. Hier wird festgelegt, welche Mindestvoraussetzungen ein Beamter im Hinblick auf seine persönliche Eignung vorzuweisen hat. So muß der Beamte gem. § 9 I Ziff. 2, 18 II BerLBG die Gewähr dafür bieten, sich jederzeit und mit seinem gesamten Verhalten zur freiheitlich demokratische Grundordnung des Grundgesetzes zu bekennen und für deren Erhaltung einzutreten. Weiterhin haben speziell Polizeibeamte nach § 103 BerLBG das Ansehen und die Disziplin der Polizei zu wahren und sich rückhaltlos für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und die freiheitliche demokratische Grundordnung einzusetzen. Erfüllt ein Bewerber diese Voraussetzungen nicht, so fehlt ihm die persönliche Eignung. Solch ein Bewerber darf also von der Behörde gar nicht verbeamtet werden³¹.

Eine bloße Tätigkeit für das MfS an sich reicht aber noch nicht aus, die persönliche Eignung eines Bewerbers zu verneinen. Vielmehr müssen die oben genannten Voraussetzungen des GG und des BerLBG positiv vorliegen bzw. eine Prognose darüber positiv ausfallen³².

Grundsätzlich könnte die Tätigkeit des V für das MfS einer persönlichen Eignung also entgegenstehen³³. Darüber hinaus müßte aber die Entwicklung des V sowie eine Prognose über sein zukünftiges Verhalten mit berücksichtigt werden, um eine persönliche Eignung positiv ausschließen zu können³⁴. Es wäre hier also darauf abzustellen, welche Entwicklung der V seit dem Ende seiner MfS-Tätigkeit genommen hat und welche Zukunftsprognose man zu dem Zeitpunkt der Ernennung abgeben konnte. Hierüber gibt der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

³¹ Catenhusen, 173 f.

³² Catenhusen, 175 f.

³³ Vgl. Catenhusen, 174.

³⁴ Catenhusen, 176.

Möglicherweise kann dies aber hier dahingestellt werden lassen, wenn V hier aus einem anderen rechtlichen Grund V nicht hätte verbeamtet werden dürfen.

(bb) Sonderkündigungstatbestand gem. Einigungsvertrag

Im vorliegenden Fall könnte nämlich der Sonderkündigungstatbestand des § 67 BerLBG i.V.m. Anl. I, Kap. XIX, Sachg. A, Abschn. III Nr. 1, Abs. 5, Ziff. 2 Einigungsvertrag (EV) einer Ernennung zum Beamten entgegenstehen.

Hierin wird festgelegt, daß einem Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, der für das MfS tätig war, außerordentlich gekündigt werden darf, wenn ein Festhalten am Arbeitsverhältnis aufgrund dieser Tätigkeit unzumutbar erscheint. Dieser Tatbestand ist somit gegenüber den unter Punkt d) (2) (b) (aa) aufgeführten Regelungen als Spezialfall ausgestaltet, in dem eine persönliche Eignung gem. Art. 33 II GG ausgeschlossen sein kann³⁵. Dieser Sonderkündigungstatbestand ergänzt gem. Abschn. VI Nr. 10 c) der Anl. 2 des Gesetzes über die Vereinheitlichung des Berliner Landesrechts in der Form des Änderungsg v. 19.12.1991 die Tatbestände des § 67 BerLBG (Entlassung von Beamten auf Probe)³⁶.

Die Tätigkeit des V für das MfS ist laut Sachverhalt gegeben. Zu prüfen bleibt also das Kriterium der Unzumutbarkeit.

Die Grundentscheidung des Gesetzgebers, überhaupt einen solchen Sonderkündigungstatbestand einzuführen, dessen Haupttatbestandsmerkmal nur auf die Tätigkeit an sich abstellt, zeigt, daß eine Tätigkeit für das MfS grundsätzlich als eine Belastung für die persönliche Eignung gesehen wird.

Die Frage, ob ein Festhalten am Arbeitsverhältnis als unzumutbar erscheint oder nicht, ist keine Ermessensentscheidung, sondern nach objektiven Kriterien zu beurteilen³⁷. Da der Gesetzgeber eine pauschale Entlassung aller ehemaligen MfS-Mitarbeiter mit diesem Merkmal eindeutig abgelehnt hat, ist die Unzumutbarkeit anhand des Grades der individuellen Verstrickung zu bewerten³⁸. Daher sind auch Art und Dauer der Tätigkeit und, wenn erfolgt, eine freiwillige Distanzierung von der Tätigkeit als möglicherweise entlastende Indizien zu berücksichtigen. Ein weiteres wesentliches Entscheidungskriterium ist aber darüber hinaus das jetzige Erscheinungsbild, das die Verwaltung durch den Bewerber in der Öffentlichkeit zu befürchten hat³⁹.

Wie bereits erwähnt, ist über Art und Dauer des MfS-Tätigkeit des V im Sachverhalt nichts zu entnehmen. Grundsätzlich ist aber anzunehmen, daß die Berücksichtigung von Art und Dauer der Tätigkeit nur in völlig untergeordneten Fällen zu einem positiven Bescheid über die

³⁵ Protzen, NStZ 1997, 525, 529.

³⁶ BGH JR 1998, 434, 437; BGH NStZ 1999, 302, 304.

³⁷ BVerwG, NJW 1999, 2536, 2537.

³⁸ BAG NJ 1993, 379.

³⁹ Opolony, 64 ff.

persönliche Eignung führen können⁴⁰. Eine Tätigkeit für das MfS, gleich ob haupt- oder nebenamtlich, wurde nämlich stets von einer freiwilligen Verpflichtungserklärung des Tätigen getragen. Jeder MfS-Mitarbeiter hat also individuell den Willen bewiesen, für eine staatliche Organisation tätig zu werden, die, wie unter Punkt d) (2) (a) bereits dargelegt wurde, ihr staatliches Machtmonopol bewußt mißbraucht hat und die Rechtsstaatlichkeit, sowie elementare Bürgerrechte gezielt verletzt hat. Insofern ist mit Rücksicht auf das Vertrauen der Bürger in die neue öffentliche Verwaltung in den fünf neuen Ländern und im wiedervereinigten Land Berlin und im Interesse des Staates selbst von Seiten des Staates darauf zu achten, daß besonders in grundrechtssensiblen Bereichen der Verwaltung die persönliche Eignung der Beamten gewährt ist. Im Bereich des Polizeivollzugsdienstes, der ja ermächtigt ist, unter den gegebenen Umständen auch in Grundrechte einzugreifen und nicht zuletzt deshalb in hohem Maße unter gesellschaftlicher Beobachtung steht, ist ein Festhalten an der Weiterbeschäftigung daher in der Regel unzumutbar⁴¹.

V erfüllt als ehemaliger Volkspolizist, der sich für eine Tätigkeit für das MfS verpflichtet hat, diese Voraussetzungen, die seine Weiterbeschäftigung im Berliner Landespolizeidienst als unzumutbar erscheinen lassen. Da hier keine entscheidenden Indizien für seine Entlastung sprechen, ist die Weiterbeschäftigung, bzw. die Ernennung des V demnach unzumutbar. Das Land Berlin hat hier also die Pflicht, V aufgrund mangelnder persönlicher Eignung zu entlassen. V hätte demnach bei einer Kenntnis des Landes Berlin von seiner MfS-Tätigkeit gar nicht verbeamtet werden dürfen.

(cc) Zwischenergebnis

Gemäß der hier vorgetragenen Ansicht wäre dem Land Berlin also hier ein Vermögensschaden entstanden, da V dem Land Berlin aufgrund des gesetzlichen Verbeamtungsverbot schon bei der Ernennung gar keine adäquate Gegenleistung mehr anbieten kann bzw. eine spätere Arbeitsleistung mangelhaft und somit nicht adäquat wäre.

(c) Kein Schaden durch charakterlich-sittlichen Mangel und gesetzliches Verbeamtungsverbot

Eine weitere Ansicht⁴² schließlich hält die unter (b) und erst recht die unter (a) vorgetragenen Ansätze für fehlgehend. Demnach seien auch die Diensterfüllung und Arbeitsleistung des mangelbehafteten Beamten grundsätzlich kompensationsfähig. Ein Vermögensschaden entstehe hier aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise heraus dann nicht, wenn der Beamte seinen Dienst zufriedenstellend erfüllt. Diese Leistung sei grundsätzlich dazu

⁴⁰ BAG NJ 1993, 379.

⁴¹ VG Berlin NJ 1995, 274 f.

⁴² LG Berlin NStZ 1998, 302 f.; i. E. Gading, NJ 1996, 297, 299; Geppert, FS f. H.-H., 525, 540; ders., NStZ 1999, 305, 305 f.; Otto, JZ 1999, 738, 739.

geeignet, die Vergütungsleistungen des Staates auszugleichen. Auch die vorangegangene Ansicht hätte richtigerweise erkannt, daß der § 263 StGB nur das Vermögen, nicht aber die Dispositionsfreiheit des Staates oder etwa das Ansehen des öffentlichen Dienstes schütze, und ein persönlicher Schadenseinschlag des Staates nicht zu berücksichtigen sei. Aus dieser Erkenntnis würden aber die falschen Schlussfolgerungen gezogen, denn der reine Vermögensschutz erfordere auch eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise der Vermögenspositionen. Werde das Arbeitspensum voll und zufriedenstellend erbracht, so ist die dem Staat geschuldete Leistung des Beamten schlicht erbracht und in der Welt und könne nicht aufgrund normativer Wertungen einfach vollkommen negiert werden. Richtig sei zwar, daß die Arbeitsleistung selbst nur Element der vom Beamten geschuldeten Hingabe seiner ganzen Persönlichkeit ist. Diese Hingabe aber sei schlichtweg nicht in Geld zu bemessen. Insofern habe der Staat für seine Vergütungsleistungen eine ausreichende wirtschaftliche Kompensation erhalten. Eine nichtvermögensrechtliche Schädigung des Staates könne z.B. im Rahmen des Arbeits- oder des Beamtenrechts zwar durchaus vorliegen, dies werde aber nicht vom Betrugstatbestand erfasst.

Darüber hinaus sei die von der Rechtsprechung vertretene Begründung, daß die späteren Leistungen des Beamten schon deshalb von Grund auf nicht zu berücksichtigen seien, da es sich eben um die Form eines Eingehungsbetruges handle, nicht haltbar. Die Konstruktion des Eingehungsbetruges diene grundsätzlich dazu, solche Rechtsgeschäfte zu erfassen, bei denen eine konkrete Vermögensgefährdung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Ernennung vorliegt. Findet im Anschluß an diesen aber noch ein Austausch von Leistungen statt, so müßten diese zwingend mit in die wirtschaftliche Gesamtbetrachtung miteinbezogen werden. Erfolgt nämlich entgegen der Gefahr doch ein Austausch gleichwertiger Leistungen, so zeige dies ja gerade, daß die befürchtete Gefahr eben doch nicht eingetreten sei. In diesen Fällen darf der § 263 aber nicht einfach in einen gesetzlich so nicht vorgesehenen Gefährdungshaftungstatbestand umgewandelt werden. Die strafrechtliche Betrachtung des Eingehungstatbestandes trete hier subsidiär hinter den Erfüllungstatbestand zurück⁴³. Andernfalls bestehe die Gefahr, daß der strafrechtliche Schutzbereich unzulässigerweise bis vor die eigentliche Tathandlung ausgedehnt werde.

Wenn der Beamte also seine Arbeitsleistung zufriedenstellend erfüllt, würden die Vergütungszahlungen des Staates aus wirtschaftlicher Sicht hierdurch ausreichend kompensiert und folglich sei hier auch kein Vermögensschaden gegeben.

Zu überprüfen bleibt hier also nur, ob die Arbeitsleistung des V als Polizeibeamter fachlich zufriedenstellend war.

⁴³ Wessels/Hillenkamp, Rn. 539.

Der Sacherhalt macht hierzu wiederum keine direkten Angaben. Die Tatsache aber, daß V als Beamter in den Polizeidienst übernommen wurde setzt voraus, daß seine fachlichen Qualifikationen und Leistungen den Ansprüchen des Landes Berlin entsprachen. Insofern liegt ja hier keine Täuschung des V vor. Ein weiteres Indiz für seine fachliche Qualifikation und die zufriedenstellende Erfüllung seines Arbeitspensums ist, daß die Entlassung des V nach 14 Monaten allein mit dem Verschweigen seiner MfS-Tätigkeit begründet wird, nicht jedoch mit seiner aktuellen Arbeitsleistung in Verbindung gebracht wird. Insofern ist hier davon auszugehen, daß die Arbeitsleistung des V fachlich nicht zu beanstanden ist.

Demnach läge dieser Ansicht nach hierin eine adäquate Kompensation für die Vergütungen des Landes Berlin, ein Vermögensschaden sei also nicht gegeben.

(d) Stellungnahme

Im vorliegenden Streit ist letzterer Ansicht zuzustimmen. Leistet ein Beamter sein Arbeitspensum zufriedenstellend ab, so wird dem Staat hiermit aus wirtschaftlicher Sicht ein adäquater Ausgleich für seine Vergütungen gewährt. Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn der Beamte aufgrund gesetzlicher Bestimmungen zu entlassen ist, bzw. gar nicht hätte ernannt werden dürfen.

Das Argument, die nach der Ernennung erfolgenden Leistungen des Beamten könnten aufgrund einer ex-ante-Betrachtung überhaupt nicht mehr als Kompensation berücksichtigt werden, ist abzulehnen. Die Rechtsfigur des Eingehungsbetrugs soll lediglich eine genügend konkrete Vermögensgefährdung in den Schutzbereich des § 263 StGB mit einbeziehen. Nicht jedoch kann es ihr Ziel sein, später erfolgte Ausgleichleistungen von der Saldierung auszuschließen. In Fällen, in denen eine konkrete Vermögensgefährdung zwar bestand, später jedoch ein adäquater Austausch von Leistungen erfolgt, würde ja damit unzulässigerweise ein Vermögensgefährdung als Schaden bewertet, der schlichtweg nicht existiert. § 263 StGB ist aber kein Gefährdungs-, sondern ein Erfolgsdelikt. Der Weg, erfolgte Leistung grundsätzlich zur Saldierung heranziehen zu können, muß somit eröffnet bleiben.

Die berechnete Frage, ob die erfolgten Leistungen auch einen adäquaten Ausgleich bieten, muß hiervon getrennt werden. Bei dieser Frage, also der Frage, ob dem Staat durch die Leistungen eines fachlich geeigneten, persönlich aber ungeeigneten Bewerbers überhaupt ein Ausgleich für die Vergütungen zukommen kann, ist eine wirtschaftliche Sichtweise anzuwenden. Dabei ist freilich richtig, daß aus beamtenrechtlicher Sicht, der Beamte dem Staat aus dem gegenseitigen Dienst- und Treueverhältnis über seine konkrete Arbeitsleistung hinaus die Hingabe seiner ganzen Persönlichkeit schuldet. Diese „Hingabe“ ist aber nicht in Geld zu bewerten und somit, zumindest im Rahmen eines Vermögensschutzdeliktes, nicht justiziabel. Die Feststellung, daß das Fehlen der persönlichen Eignung eine Hingabe der

ganzen Persönlichkeit ausschließt, bzw. unzureichend werden läßt, ist durchaus richtig. Richtig ist weiterhin, daß das Beamtenrecht aus diesen Gründen eine Entlassung, bzw. zwingende Nichteinstellung vorsieht. Falsch aber ist die Meinung, daß hieraus der Schluß gezogen werden könne, eine fehlende persönliche Eignung verhindere jegliche Leistung eines Ausgleiches durch den Beamten. Sofern die Arbeitsleistungen, wie im vorliegenden Fall, den fachlichen Anforderungen entsprechen, müssen sie auch als Ausgleich berücksichtigt werden. Diese Leistungen sind damit auch adäquat und gleichen als Kompensation die Vermögensminderung des Staates aus. Das berechnete Interesse des Staates an der persönlichen Eignung des Beamten dient dazu, das Ansehen der Verwaltung nach außen und die Treue des Beamten zum Staat nach innen hin sicherzustellen. In dieser Hinsicht geben die einschlägigen arbeits- und beamtenrechtlichen Regelungen dem Staat auch ein ausreichendes Instrumentarium an die Hand. Strafrechtlich ist die Erschleichung eines Amtes an sich aber bisher nicht geregelt. Schutzgut des § 263 StGB ist aber rein wirtschaftlicher Art, nämlich der Schutz des Vermögens. Bei der Feststellung eines Vermögensschadens aber auf einen charakterlich-sittlichen Mangel oder ein gesetzliches Verbeamtenverbot abstellen zu wollen ist nicht schlüssig. Dieses legt nur fest, in welchen Fällen eine persönliche Eignung nicht vorliegt. Die persönliche Eignung im Sinne der Persönlichkeit ist zwar geforderte Leistung innerhalb des dienstrechtlichen Verhältnisses zwischen Staat und Beamten, ihr Wert über die konkrete Arbeitsleistung hinaus jedoch nicht in Geld zu bemessen. Dem Ausweg, aufgrund dieser fehlenden Bemeßbarkeit pauschalisierend die Gesamtleistung Beamten für null und nichtig zu erklären, ist aber nicht zulässig, da das Faktum der korrekt geleisteten Arbeit nicht aufgrund einer normativen Bewertung beseitigt wird. Der rechtliche Umstand, daß ein Beamter seine Arbeit nicht machen dürfte, verhindert ja andererseits auch nicht, daß dem Staat die Ergebnisse der faktisch doch geleisteten Arbeit zufließen.

Als zentrales und einzig bewertbares Element seiner Dienstverpflichtung ist also die zu leistende Arbeit eines Beamten zu sehen. Seine mangelhaft Persönlichkeit ist für das Vermögen des Staates irrelevant.

(e) Zwischenergebnis

Die Vermögensminderung des Landes Berlin wird hier also trotz der fehlenden persönlichen Eignung des V gem. § 67 BerLBG i.V.m. Anl. I, Kap. XIX, Sachg. A, Abschn. III Nr. 1, Abs. 5, Ziff. 2 EV durch die Arbeit des V ausgeglichen. Das Land Berlin hat hier folglich keinen Vermögensschaden erlitten.

e) Zwischenergebnis

V hat somit den objektiven Tatbestand des § 263 StGB nicht erfüllt.

2. Endergebnis

V hat sich nicht gem. 263 StGB strafbar gemacht.

B. Verfahrenseinstellung gegen V gem. § 153a StPO (Hilfsgutachten)

Das obige Gutachten kommt im vorliegenden Fall zu keiner Strafbarkeit, da nach der hier vertretenen Ansicht kein Vermögensschaden vorliegt. Teile der Rechtsprechung aber nehmen in Fällen wie dem vorliegenden einen Vermögensschaden an. Somit müßte V hier unter Umständen mit einer Verurteilung aufgrund § 263 rechnen, da die weiteren Voraussetzungen einer Strafbarkeit, also Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld, durchaus gegeben wären.

Da also eine Verurteilung des V aufgrund des § 263 StGB nicht ganz unwahrscheinlich ist, ist nachfolgend in einem Gutachten zu prüfen, ob hier eine Einstellung des Strafverfahrens gegen V gem. § 153 a StPO in Betracht kommt. Gem. § 153 a I StPO kann das Strafverfahren bei Vergehen gegen die Erfüllung bestimmter Auflagen auf Antrag der Staatsanwaltschaft und mit der Zustimmung des zuständigen Gerichts sowie des Beschuldigten endgültig eingestellt werden.

1. Verfassungskonformität des § 153 a I StPO

Grundsätzlich ist aber umstritten, ob der § 153 a I StPO verfassungswidrig oder nicht.

a) Verfassungswidrigkeit des § 153 a I StPO

Gegen den § 153 a I StPO wird von großen Teilen der Literatur⁴⁴ angeführt, daß er gegen mehrere Verfassungsprinzipien verstoße und daher gem. Art. 20 III GG als verfassungswidrig und nichtig zu betrachten sei.

Durch die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft werde gegen Art. 92 GG verstoßen, nachdem die rechtsprechende Gewalt allein durch die Gerichte, hier die Strafgerichte ausgeübt wird. Da es sich bei den Auflagen des § 153 a I Nr. 1-4 StPO um strafrechtliche Sanktionen handle, liege hier aufgrund der staatsanwaltlichen Zuständigkeit ein Verstoß gegen Art. 20 III, 92 GG vor. Gleichzeitig werde hier durch die aus Art. 19 IV GG hervorgehende Rechtsweggarantie des Beschuldigten untergraben.

Darüber hinaus seien die grundgesetzlich abgesicherten Verfahrensgrundsätze der Unschuldsvermutung (Art. 20 III GG i.V.m Art. 6 II Menschenrechtskonvention) sowie das Legalitätsprinzip i.V.m. dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG verletzt. Das Verfahren gem. § 153 a I StPO knüpfe aufgrund des fehlenden strafrechtlichen Schuldbeweises bei der Verhängung strafrechtlicher Sanktionen an einen reinen Schuldverdacht. Dieses Verfahren ermögliche es darüber hinaus vor allem finanziell vermögenden Beteiligten sich von einer Strafbarkeit freizukaufen.

⁴⁴ Hirsch, ZStW 92 (1980), S. 218, 250 ff.; Hohendorf, NJW 1987, 1177ff.; Schmidhäuser, JZ 1973, 529 ff..

Die in Bezug auf die Zustimmung des Beschuldigten und die Erfüllung der Auflagen durch diesen vorgesehene Freiwilligkeit sei nur eine Wahlmöglichkeit zwischen zwei verschiedenen strafrechtlichen Sanktionen, was eine Zwangssituation zum Ergebnis habe und somit gem. § 136 a StPO unzulässig wäre.

Der § 153 a I StPO verstoße somit gegen die genannten Grundrechtsartikel und Verfahrensgrundsätze und sei daher nach Art. 20 III GG nicht rechtmäßig.

Eine Einstellung des Strafverfahrens gegen V gem. § 153 a I StPO käme hier also schon aufgrund seiner Nichtigkeit nicht in Betracht.

b) Rechtmäßigkeit des § 153 a I StPO

Die Gegenmeinung⁴⁵ aber hält den § 153 a I StPO für rechtmäßig.

Die Sanktionen aus § 153 a I Nr. 1-4 StPO seien aufgrund des Verzichts auf ein formelles, strafrechtliches Hauptverfahren eben gerade keine strafrechtlichen Sanktionen. Zwar entstünden aufgrund der vorgesehenen Wiedergutmachung bzw. der Geldzahlungen durchaus wirtschaftliche Belastungen für den Beschuldigten, der diese subjektiv auch als Strafe betrachten mag. Es fehlten hier aber die typischen Folgen bzw. Merkmale einer strafrechtlichen Sanktion. So sei der Beschuldigte nicht vorbestraft und müsse sich nicht zwangsweise einem staatlichen Strafbefehl bzw. -urteil unterwerfen. Die Auflagen des § 153 a I StPO werden vielmehr kooperativ zwischen den Beteiligten ausgehandelt. Folglich seien durch diese nichtstrafrechtlichen Auflagen auch die Gewaltentrennung des Art. 20 III, 92 GG nicht berührt.

Weiterhin sei auch die Unschuldsvermutung gem. Art. 20 III i.V.m. Art. 6 MRK nicht verletzt. Hier werde nämlich keine Schuld festgestellt oder durch die Erfüllung eingestanden. Im Rahmen des § 153 a I StPO werde lediglich die Wahrscheinlichkeit einer Schuld, die ja aufgrund des fehlenden Hauptverfahrens noch gar nicht festgestellt ist, bewertet. Die Auflagen knüpften dabei nur an einen hinreichenden Tatverdacht an.

Die Garantie des Rechtsweges sei aufgrund der Freiwilligkeit gegeben. Diese werde auch nicht gem. dem § 136 a StPO verbotenerweise eingeschränkt.

§ 153 a I StPO verstoße somit nicht gegen das GG und sei somit rechtmäßig.

c) Stellungnahme

Letzterer Ansicht ist hier zuzustimmen.

Durch die Anwendung des § 153 a I StPO gibt der Gesetzgeber dem Beschuldigten in den Fällen, in denen eine Verurteilung wahrscheinlich scheint, die Möglichkeit im Bereich der Bagatelldelinquenz strafrechtliche Sanktionen zu vermeiden. Freilich erleidet er durch die

⁴⁵ HK-StPO-Krehl, § 153 a, Rn.1; Kleinknecht/Meyer-Großner, § 153 a, Rn.1 f.; Löwe/Rosenberg-Rieß, § 153 a StPO, Rn. 14 f.; Wassermann-Schöch, § 153 a, Rn. 1 ff.

Auflagenerfüllung eine wirtschaftliche Beschwer, er muß sich dafür aber nicht zwangsweise einem staatlichen bzw. richterlichen Strafurteil unterwerfen und ist mithin auch nicht vorbestraft.

Weiterhin ist auch die verfassungsmäßige Gewaltentrennung nicht verletzt. Das Strafgericht muß nämlich zustimmen, wenn die Staatsanwaltschaft beabsichtigt, gem. § 153 a I StPO vorzugehen. Das Strafgericht verzichtet sozusagen auf seinen Verfahrens- und Strafanspruch, da in Kooperation mit dem Beschuldigten und der Erfüllung von Auflagen ein für alle Beteiligten ein besserer Lösungsweg gefunden wurde. Ein formelles Strafverfahren und die Verhängung einer Strafe sind somit nicht mehr notwendig. Die Rechtsweggarantie ist nicht gefährdet, da der Beschuldigte durch eine Verweigerung der Zustimmung sein Strafverfahren „erzwingen“ kann. Das Argument, daß die Freiwilligkeit dadurch unterhöhlt werde, indem der Beschuldigte durch eine Entscheidung zwischen Auflage und dem Risiko eines Prozesses unter Druck gesetzt wird, ist nicht stichhaltig. Das Prozeßrisiko besteht nämlich von Grund auf, und der Umstand, daß dem Beschuldigten die Möglichkeit geboten wird, dieses Risiko zu vermeiden, verbessert dessen Stellung nur. Weiterhin wird fälschlicherweise eingewandt, daß durch eine Verknüpfung von Einverständnis und Auflagen eine Schuld fingiert werde, die unter Umständen gar nicht besteht. Die Schuld des § 153 a I StPO ist aber nicht als strafrechtliche Schuld, sondern nur als ein hinreichender Tatverdacht zu betrachten, der ja die Staatsanwaltschaft andernfalls dazu verpflichtet, gem. § 170 StPO öffentliche Klage zu erheben. Andererseits darf bei offenkundig unbegründeten, d.h. absehbar nicht strafbaren Taten darf überhaupt keine öffentliche Klage und somit auch kein Absehen von dieser Klage erhoben werden. Es besteht also keine Gefahr, daß offensichtlich Unschuldige sich freiwillig einer Auflage des § 153 a I StPO unterwerfen.

Der § 153 a I StPO ist somit nicht verfassungswidrig und grundsätzlich rechtmäßig.

2. Anwendbarkeit des § 153 a I StPO

Für eine Anwendbarkeit des § 153 a I StPO müßten hier die sachlichen Voraussetzungen hierfür gegeben sein.

Laut Sachverhalt ist gegen V ein Strafverfahren eingeleitet worden. Die Erhebung einer öffentlichen Klage gem. § 170 StPO ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Somit ist anzunehmen, daß sich das Strafverfahren gegen V im Stadium des Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft gem. § 160 StPO befindet und somit der § 153 a II StPO hier nicht einschlägig ist. Weiterhin müßte hier die dem V vorgeworfene Tat ein Vergehen im Sinne der § 12 I, II StGB darstellen. Für den Betrug gem. § 263 ist kein Mindeststrafmaß vorgesehen, § 263 somit Vergehen. Weiterhin ist der Betrug ein sog. Officialdelikt, bei Bekanntwerden also

von Amts wegen zu verfolgen. Die Anwendbarkeitsvoraussetzungen des § 153 a I StPO sind somit gegeben, eine Einstellung gem. § 153 a I StPO grundsätzlich wäre zu erwägen.

3. Materielle Voraussetzungen des § 153 a I StPO

Gem. § 153 a I StPO kann die Staatsanwaltschaft als die für das Ermittlungsverfahren zuständige Behörde vor der Erhebung der öffentlichen Klage gem. § 170 StPO mit Zustimmung des zuständigen Gerichts und des Beschuldigten absehen, sofern letzterer eine der gem. § 153 a I Nr. 1-4 StPO vereinbarten Auflagen erfüllt. Die Erfüllung muß aber dazu geeignet sein, das öffentliche Strafverfolgungsinteresse zu beseitigen, und die Schwere der Schuld darf einem Verfahren gem. § 153 a I StPO nicht entgegenstehen.

Käme man im vorliegenden Fall zu einem Vermögensschaden beim Land Berlin, so käme hier als Auflage eine Wiedergutmachung des Schadens gem. § 153 a I Nr. 1 StPO in Frage. Da V aufgrund beamtenrechtlicher Normen bereits rechtmäßig entlassen wurde, besteht hier kein öffentliches Interesse mehr an einer Beseitigung des V aus dem Staatsdienst. Weiterhin ist V hier durch die Folgen der Entlassung so geprägt, daß hier kein weiteres öffentliches Interesse an einer Prävention bestehen kann. Es bestünde bei der Annahme eines Vermögensschadens beim Staat allerdings noch ein öffentliches Interesse diesen zu sanktionieren. Durch eine Wiedergutmachung dieses Schadens fiel aber auch dieses Interesse weg. § 153 a I Nr. 1 StPO wäre also geeignet ein bestehendes öffentliches Interesse zu beseitigen.

Weiterhin dürfte bei der vermutlichen Tat nur eine geringe Schuld angenommen werden. In den Fällen des Anstellungsbetruges ehemaliger Mitarbeiter des MfS ist das Tatmotiv in der Regel darin zu sehen, daß diese ihr unter Umständen seit Jahren bestehendes Arbeitsverhältnis in ein neues System hinüberretten wollen. Hierbei geht es auch bei V nicht um vordergründige Bereicherungsabsichten, da er ja weiterhin seine Arbeit als Polizist zufriedenstellend erledigt. Von einer geringen Schuld kann also hier ausgegangen werden.

Die materiellen Voraussetzungen des § 153 a I StPO wären also im Falle der Aufлагenerfüllung gem. § 153 a I Nr. 1 StPO und bei einer entsprechenden Übereinkunft zwischen Staatsanwaltschaft, dem Gericht und V gegeben.

4. Ergebnis

Somit käme hier eine Einstellung des Verfahrens gegen V gem. § 153 a I StPO grundsätzlich in Betracht.