

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede
Juniorprofessor für deutsches und
europäisches Strafrecht
und Strafverfahrensrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ri Ulf Buermeyer, Prof. Dr. iur.
Karsten Gaede, Dr. iur. Stephan
Schlegel

STÄNDIGE MITARBEITER

PD Dr. Jochen Bung, M.A., HU Berlin;
Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,
(Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz
Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Dr.
Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon),
(Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm
Klaczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.
Hans Kudlich (Univ. Erlangen-
Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank
Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo
Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf
Neuhaus (Dortmund); RA Markus
Rübenstahl, mag. iur. (Flick Gocke
Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr.
Frank Saliger (Bucerius Law School
Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling,
(Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph
Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-
Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof.
Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

- Wiss. Ass. Dr. *Christian Becker*, Hamburg – **Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue: Weißer Ritter oder feindliche Übernahme?** S. 383
- Prof. Dr. *Diethelm Klaczewski*, Leipzig – **Strafen statt Verwahren!** S. 394
- AR Dr. *Benno Zabel* B.A., Leipzig – **Zur Annahme des Mordtatbestandes bei einer Kindstötung** S. 403
- Dr. *Beatrice Brunhöber*, Berlin – **In dubio pro libertate: die Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik als rechtsstaatliches Problem** S. 412
- Wiss. Mit. Dr. *Marc Reiß*, Frankfurt am Main – **Eine Zellentnahme ohne Berührung: Zutreffendes und Widersprüchliches in der Entscheidung des BGH zur Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik** S. 418
- RA Dr. *Jan Schlösser*, Berlin, RA Dr. *Marcus Mosiek*, Düsseldorf – **Anwendbarkeit ausländischen Gesellschaftsrechts im Rahmen der Untreue zum Nachteil einer EU-Auslandsgesellschaft** S. 424
- Staatsanwalt Dr. *Daniel H. Heinke*, Bremen – **Tritte in den Bauch als das Leben gefährdende Behandlung** S. 428

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen.

Entscheidungen

- BVerfG **Bestimmtheitsgrundsatz und Untreue**
- EGMR *(Gäfen vs. Deutschland)* **Faires Verfahren nach Verstoß gegen das Folterverbot**
- BGHSt **Gerechtfertigte Sterbehilfe bei Behandlungsabbruch**
- BGHSt **Absehen von der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b I 2 StGB über eine Verhältnismäßigkeitslösung**
- BGHSt **Untersuchungsausschuss im Fall Kunduz**
- BGHR **Unerlässliche Mitwirkung eines dritten Berufsrichters**
- BGHSt **Präimplantationsdiagnostik mittels Blastozystenbiopsie**
- BGHSt **Strafbarkeit gemäß §§ 34 II Nr. 3 AWG, § 5c AWW, Vorlagepflicht im Beschwerdeverfahren**
- BGH **Verfall bei erlangten Aktienpaketen (Fall Falk I)**
- BGH **Erpressungsfall „Lichtenstein“**
- BGH **Skimming kein Ausspähen von Daten**

Die Ausgabe umfasst 121 Entscheidungen.

HRRS

Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche
Rechtsprechung zum Strafrecht
<http://www.hrr-strafrecht.de>

HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede
Juniorprofessor für deutsches und europäisches Strafrecht
und Strafverfahrensrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ri Ulf Buermeyer, Prof. Dr. Karsten Gaede, Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

PD Dr. Jochen Bung, M.A., (HU Berlin); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

11. Jahrgang, September 2010, Ausgabe

9

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

656. BVerfG 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Beschluss des Zweiten Senats vom 23. Juni 2010 (BGH)

Bestimmtheitsgrundsatz und erweitertes Analogieverbot (Geltung für die Rechtsprechung/Rechtsanwendung; Gebot der bestimmten Rechtsanwendung; Präzisierungsgebot; Verschleifungsverbot; Entgrenzungsverbot; erhöhte verfassungsrechtliche Kontroll-dichte im Strafrecht; Anforderungen an Rechtsprechungsänderungen); Untreue (Pflichtwidrigkeit; Risikogeschäfte; Nachteil: wirtschaftliches Verständnis und Normativierung, Begründung von Exspektanzen, Gefährdungsschaden, Nachteilsbegründung durch Methoden der Bilanzierung, Bilanzrecht, Darlegungspflichten; Vermögensbegriff); redaktioneller Hinweis. Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB; § 266 StGB; § 263 StGB; § 252 HGB; § 253 Abs. 4 Satz 1, 2 HGB; § 340e Abs. 1 Satz 2 HGB

1. Der Untreuetatbestand des § 266 Abs. 1 StGB ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren. (BVerfGE)

2. Die Rechtsprechung ist gehalten, Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot). (BVerfGE)

3. Der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht die verfassungsgerichtliche Kontroll-dichte. (BVerfGE)

4. Aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit folgt ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Straf-begründung. Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr

jede Rechtsanwendung, die – tatbestandsausweitend – über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der mögliche Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist (stRspr, vgl. BVerfGE 71, 108, 115; 82, 236, 269; 92, 1, 12). (Bearbeiter)

5. Dementsprechend darf die Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen also auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen; vgl. BVerfGE 87, 209, 229; 92, 1, 16 f.). (Bearbeiter)

6. In Betracht kommt aber auch, dass bei methodengerechter Auslegung ein Verhalten nicht strafbewehrt ist, obwohl es vom Wortlaut des Strafgesetzes erfasst sein könnte. Auch in einem solchen Fall darf ein nach dem Willen des Gesetzgebers strafloses Verhalten nicht durch eine Entscheidung der Gerichte strafbar werden (vgl. BVerfGE 87, 209, 224 m.w.N.). Vielmehr haben die Gerichte dies zu respektieren und erforderlichenfalls durch restriktive Auslegung eines weiter gefassten Wortlauts der Norm sicherzustellen (vgl. BVerfGE 82, 236, 270 f.; 87, 399, 411), im Ergebnis also freizusprechen. (Bearbeiter)

7. Art. 103 Abs. 2 GG enthält Vorgaben für die Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandselemente. Die Gerichte dürfen nicht durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu beitragen, bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen, und sich damit noch weiter vom Ziel des Art. 103 Abs. 2 GG entfernen (vgl. BVerfGE 71, 108, 121; 87, 209, 224 ff., 229; 92, 1, 19). (Bearbeiter)

8. Gerade in Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur noch die Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt (vgl. BVerfGE 26, 41, 43; 45, 363, 371 f.), trifft die Rechtsprechung eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken. Sie kann sich auch in über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes (vgl. dazu BVerfGE 74, 129, 155 f.; 122, 248, 277 f.) hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen niederschlagen. (Bearbeiter)

9. Stützen die Gerichte insbesondere ihre Auslegung und Anwendung der Strafnorm auf ein gefestigtes Verständnis eines Tatbestandsmerkmals oder der Norm insgesamt, prüft das Bundesverfassungsgericht das Bestehen eines solchen gefestigten Verständnisses in vollem Umfang nach (vgl. BVerfGE 92, 1, 18; 92, 1, 23 ff. – abw. M.). Entsprechendes gilt, wenn die Strafbarkeit nach einer weit gefassten Norm mittels gefestigter komplexerer

Obersätze eingegrenzt wird, wie sie etwa bei der Bildung von Fallgruppen und auf diese bezogene Spezifizierungen der Anforderungen der Strafnorm anzutreffen sind. Das Bundesverfassungsgericht prüft insoweit, ob die Gerichte bei Anwendung und Auslegung der Strafnorm bei den bislang entwickelten, die Norm konkretisierenden Obersätzen geblieben sind, gegebenenfalls ob sie diese im Rahmen der Strafnorm folgerichtig weiterentwickelt und ob sie sie der Würdigung des konkreten Falls zugrunde gelegt haben. (Bearbeiter)

10. Dagegen wird ein gegebenenfalls in höchstrichterlichen Obersätzen gefestigtes Normverständnis einer inhaltlichen Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht nur in dem Sinne unterzogen, dass es nicht evident ungeeignet zur Konturierung der Norm sein darf. Insoweit werden – ebenso wie hinsichtlich der Anwendung der gegebenenfalls durch Obersätze konturierten und präzisierten Strafnorm – grundsätzlich keine Fragen des Verfassungsrechts aufgeworfen. (Bearbeiter)

11. Art. 103 Abs. 2 GG enthält einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen (BVerfGE 75, 329, 341 m.w.N.). Der Gesetzgeber übernimmt mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit zählt; es ist eine grundlegende Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle einsetzt (BVerfGE 123, 267, 408). (Bearbeiter)

12. Welchen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit der einzelne Straftatbestand haben muss, lässt sich nicht allgemein sagen (BVerfGE 28, 175, 183). Deshalb ist im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen zu entscheiden, ob der Gesetzgeber seinen Verpflichtungen aus Art. 103 Abs. 2 GG im Einzelfall nachgekommen ist. Zu prüfen sind die Besonderheiten des jeweiligen Straftatbestands einschließlich der Umstände, die zu der gesetzlichen Regelung führen (BVerfGE 28, 175, 183), wobei der Gesetzgeber die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso genauer festlegen und präziser bestimmen muss, je schwerer die von ihm angedrohte Strafe ist (BVerfGE 75, 329, 342). Auch der Kreis der Normadressaten ist von Bedeutung (BVerfGE 48, 48, 57). (Bearbeiter)

13. Ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB setzt zwingend einen Vergleich zweier Vermögenslagen voraus, bei dem sich eine Differenz ergeben muss. Die Untreue stellt ein reines Verletzungserfolgsdelikt dar, das ein Erfolgsunrecht voraussetzt. Beim Rechtsgut des Vermögens als Bezugspunkt des anzustellenden Vergleichs handelt es sich nicht um einen der sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglichen Gegenstand, sondern um eine wirtschaftliche Größe, deren Umfang zu einem bestimmten Zeitpunkt sich erst aus einer Bewertung ergibt. In deren Rahmen bedarf es der Entscheidung, welche Vermögenspositionen in die Wertbestimmung einfließen und wie deren Wert zu ermitteln ist. Hierbei können normative Erwägungen eine Rolle spielen. Sie dürfen

aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen. So kann beispielsweise die Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilsbegründend angesehen werden; vielmehr bleibt es auch in solchen Fällen erforderlich, zu prüfen, ob das verbotene Geschäft – wirtschaftlich betrachtet – nachteilhaft war. Ferner ist zu bedenken, dass es sich bei der Entstehung von Vermögensnachteilen oder -schäden im Allgemeinen um einen dynamischen Prozess handelt, dessen Beurteilung stark davon abhängen kann, welcher Zeitpunkt der Untersuchung zugrunde gelegt wird. (Bearbeiter)

15. Im Falle des Nachteilsmerkmals muss die Auslegung den gesetzgeberischen Willen beachten, dieses Merkmal als selbständiges neben dem der Pflichtverletzung zu statuieren; sie darf daher dieses Tatbestandsmerkmal nicht im Pflichtwidrigkeitsmerkmal aufgehen lassen. Um das Vollendungserfordernis zu wahren, sind eigenständige Feststellungen zum Vorliegen eines Nachteils geboten. Von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen – etwa bei einem ohne weiteres greifbaren Mindestschaden – abgesehen, werden die Strafgerichte den von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darlegen müssen. (Bearbeiter)

16. Eine gebotene konkrete Ermittlung des Nachteils darf insbesondere nicht aus der Erwägung heraus unterbleiben, dass sie mit praktischen Schwierigkeiten verbunden ist. Wenn und soweit in der wirtschaftlichen Praxis geeignete Methoden zur Bewertung von Vermögenspositionen entwickelt worden sind, müssen die Gerichte diese – gegebenenfalls über die Hinzuziehung eines Sachverständigen – auch ihrer Beurteilung zugrunde legen. Dabei geht es darum, die Schadensfeststellung auf eine sichere Grundlage zu stellen, sie rational nachvollziehbar zu machen und sich zu vergewissern, ob im Einzelfall eine hinreichend sichere Grundlage für die Feststellung eines Vermögensnachteils überhaupt existiert oder ob man sich in einem Bereich bewegt, in dem von einem zahlenmäßig fassbaren Schaden noch nicht die Rede sein kann. Soweit Unsicherheiten verbleiben, ist unter Beachtung des Zweifelssatzes der (Mindest-)Schaden im Wege der Schätzung zu ermitteln. (Bearbeiter)

17. Es kann der wirtschaftlichen Praxis und dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebots maßgebenden allgemeinen Sprachgebrauch in Einklang stehen, bei Bestehen der konkreten Gefahr eines künftigen Verlusts bereits einen gegenwärtigen Nachteil anzunehmen. Dies ist nicht in sich widersprüchlich, sondern Folge der spezifischen Eigenart des Rechtsguts Vermögen. Ein solcher Ansatz stellt auch nicht die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Unterscheidung zwischen „bloßer Gefahr“ einerseits und gegenwärtigem Nachteil andererseits grundsätzlich in Frage: Die (negative) Wertberichtigung ist die Konsequenz aus einem erkannten Risiko; sie ist weder mit diesem Risiko noch gar mit dem wahrscheinlich erwarteten zukünftigen Verlust selbst identisch. Die Schadenshöhe hängt von dem prognostizierten Risiko ab und wird daher in aller Regel den vollen nominellen Wert des verlustgefährdeten Vermögensgegenstands nicht erreichen; zwischen dem erwarteten Schaden und dem gegenwärtigen

gen besteht also regelmäßig ein quantitativer Unterschied. (Bearbeiter)

18. Der Verzicht auf eine eigenständige Ermittlung des Nachteils bei Risikogeschäften im Fall der „weiten Abweichung von den Geboten kaufmännischer Sorgfalt“ oder dem „Handeln nach Art eines Spielers“ begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Er ist geeignet, die eigenständige strafbarkeitsbegrenzende Funktion des Nachteilsmerkmals zu unterlaufen, indem an die Stelle der vom Gesetzgeber gewollten wirtschaftlichen Betrachtung eine weitgehend normativ geprägte Betrachtungsweise tritt. Ein eigenständiger, über das Merkmal der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht hinausgehender Gehalt des Nachteilsmerkmals ist bei solcher Auslegung nicht mehr zu erkennen; es findet eine „Verschleifung“ der Tatbestandsmerkmale entgegen der gesetzgeberischen Intentionen statt. Nur eine nachvollziehbare Darlegung und Ermittlung des Schadens auch in seinem Ausmaß kann verhindern, dass eine Bestrafung wegen (vollendeter) Untreue auch dann erfolgt, wenn Verlustwahrscheinlichkeiten so diffus sind oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss, wenn auch möglich bleibt. Anerkannte Bewertungsverfahren und -maßstäbe sind zu berücksichtigen; soweit komplexe wirtschaftliche Analysen vorzunehmen sind, wird die Hinzuziehung eines Sachverständigen erforderlich sein. Die im Falle der hier vorzunehmenden Bewertung unvermeidlich verbleibenden Prognose- und Beurteilungsspielräume sind durch vorsichtige Schätzung auszufüllen. Im Zweifel muss freigesprochen werden. (Bearbeiter)

744. EGMR Nr. 22978/05 – Urteil der Großen Kammer vom 1. Juni 2010 (Gäfen vs. Deutschland)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Fortwirkung von Verstößen gegen die Selbstbelastungsfreiheit; Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten im Einzelfall bei Verstößen gegen Art. 3 EMRK; Abwägungslösung; qualifizierte Belehrung; effektive Verteidigung); Folterverbot (Androhung von Folter; unmenschliche und erniedrigende Behandlung; Folter; Opferstellung im Sinne der EMRK: ausreichende Abhilfe und Subsidiaritätsprinzip; Beweislast; Schutzpflichten zur Bestrafung); Zulässigkeit der Individualbeschwerde (Darlegungsbliedigkeiten; Angriffsrichtung der Revisionsrüge); Recht auf Leben (Grenzen der Schutzpflichten); Sondervoten.

Art. 3 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 34 EMRK; § 136a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK kann unabhängig vom Verhalten des Betroffenen auch zur Rettung von Leben und selbst im Fall eines Notstandes für den gesamten Staat nicht gerechtfertigt werden.

2. Wird eine Person unmittelbar und realistisch mit Folter bedroht, stellt dies – wie hier im „Fall Gäfen“ – einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK mindestens in Form der unmenschlichen Behandlung dar.

3. Im „Fall Gäfen“ ist die Opferstellung im Sinne des Art. 34 EMRK insbesondere auf Grund der geringen Bestrafung der Verantwortlichen und der Beförderung

Daschners sowie des noch nicht zur Sache entschiedenen Amtshaftungsprozesses nicht entfallen.

4. Nur die Verwertung von Beweismitteln, die unmittelbar unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangt worden sind, führt stets zur Unfairness des Verfahrens, in dem die Beweise verwertet worden sind.

5. Der Verwertung von Sachbeweisen, die mittelbar auf Grund eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK erlangt worden sind, verstößt in der Regel gegen Art. 6 EMRK, wenn sich die Verurteilung oder die Strafe auf das Beweismittel kausal stützen. Die Kausalität ist aber nicht immer schon dann gegeben, wenn sich das nationale Tatgericht zum Beispiel zur Überprüfung eines urteilstragenden reuevollen Geständnisses auch auf Sachbeweise bezieht, die

mittelbar auf Grund eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK erlangt worden sind.

6. Eine Individualbeschwerde gemäß Art. 34 EMRK ist nicht wegen der mangelnden Ausschöpfung nationaler Rechtsbehelfe unzulässig, nur weil der Beschwerdeführer die in der Revision vorgetragene weitestmögliche Rüge (Verfahrenshindernis) nicht durch die Darlegung eingeschlossener Rügen minderer Reichweite (Beweisverwertungsverbot) ergänzt hat. Ebenso wenig tritt die Unzulässigkeit ein, wenn in der Verfassungsbeschwerde nicht hinreichend erklärt wird, weshalb die Verfassung ein Verfahrenshindernis begründen sollte. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das BVerfG wenigstens zum Teil in der Sache auf die Rüge eintritt.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

746. BGH 3 StR 12/10 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Krefeld)

Beihilfe (Kausalität; Erleichtern; Fördern); psychische Beihilfe (Billigen einer fremden Tat; Kundgabe; Bestärken); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe bei mehreren Durchgängen (Vollstreckungsstand zum Ende der letzten Tatsachenverhandlung des ersten Durchgangs; Verschlechterungsverbot).

§ 27 StGB; § 263a StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 55 StGB

1. Das Hilfeleisten im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB braucht für den Taterfolg zwar nicht ursächlich zu sein. Es muss jedoch die Tathandlung des Haupttäters oder den Erfolgseintritt erleichtern oder fördern. Dies gilt auch für den Fall der psychischen Beihilfe.

2. Die Billigung der Tat eines anderen ist nur dann ein als Hilfeleisten im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB zu wertendes Handeln, wenn sie gegenüber dem Täter zum Ausdruck gebracht wird und ihn dadurch in seinem Tatentschluss oder in seiner Bereitschaft, ihn weiter zu verfolgen, bestärkt.

753. BGH 3 StR 224/10 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Bückeburg)

Totschlag; Körperverletzung mit Todesfolge; Vorsatzwechsel; Koinzidenzprinzip.

§ 212 StGB; § 223 StGB; § 227 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

1. Geht der Täter während seines Handelns vom Körperverletzungs- zum Tötungsvorsatz über, so kann er wegen vollendeten Totschlags nur dann verurteilt werden, wenn er die zum Tode führenden oder den Todeseintritt zu-

mindest beschleunigenden Handlungen mit Tötungsvorsatz ausgeführt hat.

2. Steht dagegen fest oder ist nicht auszuschließen, dass für den Todeseintritt bereits solche Handlungen ursächlich waren, die der Täter noch mit Körperverletzungsvorsatz vorgenommen hat, so kommt nur eine Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge und versuchten Totschlags in Betracht.

681. BGH 2 StR 100/10 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (LG Bonn)

Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung (Gehilfenvorsatz hinsichtlich der Qualifikation; Gaspistole).

§ 250 Abs. 1 lit. 1b StGB; § 15 StGB; § 27 StGB; § 261 StPO

Der Beleg des Vorsatzes darf auch beim Gehilfenvorsatz nicht auf Erfahrungssätze gestützt werden, die so nicht bestehen und sich als bloße Vermutung erweisen.

710. BGH 4 StR 47/10 – Urteil vom 17. Juni 2010 (LG Berlin)

Verminderte Schuldfähigkeit (Tilidin-Abhängigkeit; BtM-Auswirkungen; Ausschluss einer Strafmilderung nach den Grundsätzen der actio libera in causa).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet die Abhängigkeit von Betäubungsmitteln für sich allein noch nicht die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit im Sinne von § 21 StGB. Derartige Folgen sind bei einem Rauschgiftsüchtigen nur ausnahmsweise gegeben, und zwar – unter Umständen –

dann, wenn er das Delikt im Zustand eines akuten Rausches verübt oder wenn langjähriger Betäubungsmittelkonsum zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt hat oder der Täter unter starken Entzugserscheinungen bzw. der Angst vor solchen leidet und dadurch dazu getrieben wird, sich mittels einer Straftat Drogen zu verschaffen. Dies gilt auch für Tilidin.

2. Standen die Täter eines Raubes während der Tatausführung unter dem Einfluss von Tilidin (Kokain) und haben sie diese Mittel zur Herbeiführung der enthemmenden und euphorisierenden Wirkung erst eingenommen, als sie zur Begehung des Raubüberfalls bereits entschlossen waren, scheidet eine Einschränkung der Verantwortlichkeit zur Tatzeit nach den Grundsätzen der *actio libera in causa* aus.

695. BGH 2 StR 243/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Aachen)

Herstellen zahlreicher Zahlungskarten mit Garantiefunktion als eine Tat im Sinne des § 152a StGB (natürliche Handlungseinheit; Gebrauchmachen); Tateinheit mit Computerbetrug.

§ 152a StGB; § 263a StGB; § 52 StGB

Das Herstellen zahlreicher Zahlungskarten mit Garantiefunktion ist nur eine Tat im Sinne des § 152a StGB, wenn es jeweils in einem durchgehenden Arbeitsgang im engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang erfolgt (BGH

NSStZ 2005, 566). Werden die Dubletten in der Absicht hergestellt, sie später zu gebrauchen, werden das Nachmachen und das Gebrauchmachen zu einer deliktischen Einheit verbunden. Zu dieser Tat steht der Computerbetrug in Tateinheit. Gleiches gilt, wenn der Täter sich in einem Vorbereitungsakt mehrere gefälschte Karten in der Absicht verschafft, diese alsbald einzusetzen (BGH NSStZ 2008, 568, 569; 2005, 329 m.w.N.).

716. BGH 4 StR 157/10 – Beschluss vom 3. August 2010 (LG Frankenthal)

Konkurrenzen bei der Untreue (natürliche Handlungseinheit).

§ 266 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

Eine natürliche Handlungseinheit liegt vor, wenn zwischen einer Mehrheit strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters auch für einen Dritten objektiv als einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint, und wenn die einzelnen Betätigungen auf einer einzigen Willensentschließung beruhen (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurteil vom 1. September 1994 – 4 StR 259/94, NSStZ 1995, 46 m.w.N.). Dies kann auch gegeben sein, wenn mehrere aufgetreue Aufträge jeweils am selben Tag demselben Auftragnehmer zum Nachteil derselben Geschädigten erteilt werden.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

704. BGH 2 StR 454/09 – Urteil vom 25. Juni 2010 (LG Fulda)

BGHSt; durch (mutmaßliche) Einwilligung gerechtfertigte Sterbehilfe beim Behandlungsabbruch im Fall eines tödlichen Krankheitsverlaufs (Totschlag; Tötung auf Verlangen; Selbstbestimmungsrecht des Patienten und Menschenwürde; Abgrenzung von Tun und Unterlassen; Durchsetzung des Patientenwillens durch Betreuer, Ärzte, Bevollmächtigte und hinzugezogene Dritte / Hilfspersonen; indirekte Sterbehilfe; objektive Zurechnung); teleologische Reduktion; systematische und verfassungskonforme Auslegung; Nothilfe; rechtfertigender Notstand; „Fall Putz“.

§ 212 StGB; § 216 StGB; § 13 StGB; § 1901a BGB; § 1901b BGB; § 1904 BGB; § 22 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 32 StGB; § 34 StGB

1. Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen. (BGHSt)

2. Ein Behandlungsabbruch kann sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Tun vorgenommen werden. (BGHSt)

3. Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung nicht zugänglich. (BGHSt)

4. Alle Handlungen, die mit der Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, sind in einem normativ-wertenden Oberbegriff des *Behandlungsabbruchs* zusammenzufassen, der neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden umfasst, eine bereits begonnene medizinische Behandlungsmaßnahme gemäß dem Willen des Patienten insgesamt zu beenden oder ihren Umfang entsprechend dem Willen des Betroffenen oder seines Betreuers nach Maßgabe jeweils indizierter Pflege- und Versorgungserfordernisse zu reduzieren. Ein Patient muss auch die Beendigung einer nicht (mehr) gewollten Behandlung verlangen können. Dasselbe gilt, wenn die Wiederaufnahme einer dem Patientenwillen nicht (mehr) entsprechenden medizinischen Maßnahme in Rede steht. (Bearbeiter)

5. Der Begriff der Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch setzt voraus, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist. Eine durch Einwilligung gerechtfertigte Handlung der Sterbehilfe setzt überdies voraus, dass sie objektiv und subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung im oben genannten Sinn bezogen ist. Erfasst werden hiervon nur das Unterlassen einer lebenserhaltenden Behandlung oder ihr Abbruch sowie Handlungen in der Form der so genannten „indirekten Sterbehilfe“, die unter Inkaufnahme eines möglichen vorzeitigen Todeseintritts als Nebenfolge einer medizinisch indizierten palliativen Maßnahme erfolgen. Eine bereits unmittelbar zum Tode führende Lage muss nicht eingetreten sein. (Bearbeiter)

6. Die Anwendung der oben dargelegten Grundsätze einer Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs ist nicht auf das Handeln der den Patienten behandelnden Ärzte sowie der Betreuer und Bevollmächtigten beschränkt, sondern kann auch das Handeln Dritter erfassen, soweit sie als von dem Arzt, dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten für die Behandlung und Betreuung hinzugezogene Hilfspersonen tätig werden. (Bearbeiter)

7. Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten strenge Beweismaßstäbe, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter Rechnung zu tragen haben (vgl. schon BGHSt 40, 257, 260 f.). Dies hat insbesondere zu gelten, wenn es beim Fehlen einer schriftlichen Patientenverfügung um die Feststellung eines in der Vergangenheit mündlich geäußerten Patientenwillens geht. Die Verfahrensregeln der §§ 1901a ff. BGB, insbesondere das zwingend erforderliche Zusammenwirken von Betreuer oder Bevollmächtigtem und Arzt sowie gegebenenfalls die Mitwirkung des Betreuungsgerichts, sichern die Beachtung und Einhaltung dieser Maßstäbe. (Bearbeiter)

8. Eine gegen den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Patienten erfolgende Wiederaufnahme auf einer künstlichen Ernährung durch eine Heimleitung stellt einen rechtswidrigen Angriff gegen die körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht der Patientin dar. Weder der Heimvertrag noch die Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) können der Heimleitung oder dem Pflegepersonal das Recht verleihen, sich über das Selbstbestimmungsrecht von Patienten hinwegzusetzen und eigenmächtig in deren verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen (vgl. BGHZ 163, 195, 200). (Bearbeiter)

9. Das aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen legitimiert die Person zur Abwehr gegen nicht gewollte Eingriffe in ihre körperliche Unversehrtheit und in den unbeeinflussten Fortgang ihres Lebens und Sterbens; es gewährt ihr aber kein Recht oder gar einen Anspruch darauf, Dritte zu selbständigen Eingriffen in das Leben ohne Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung zu veranlassen. Eine Rechtfertigung durch Einwilligung kommt daher nur in Betracht, wenn sich das Handeln darauf beschränkt, einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf

lässt, indem zwar Leiden gelindert, die Krankheit aber nicht (mehr) behandelt wird, so dass der Patient letztlich dem Sterben überlassen wird. Nicht erfasst sind dagegen Fälle eines gezielten Eingriffs, der die Beendigung des Lebens vom Krankheitsprozess abkoppelt.

10. Die Verteidigungshandlungen, die durch Nothilfe geboten sind, müssen sich allein gegen Rechtsgüter des Angreifers richten. Sie dürfen auch nicht ein höchststrangiges, anderes Rechtsgut der Angegriffenen selbst betreffen. Der Eingriff in das Rechtsgut Leben der angegriffenen Person kann nicht durch Nothilfe gegen einen Angriff auf das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht derselben Person gerechtfertigt sein. Er bedarf als selbständige Rechtsgutsverletzung vielmehr einer eigenen, von der Nothilfelage unabhängigen Legitimation. (Bearbeiter)

741. BGH 4 StR 474/09 – Urteil vom 10. Juni 2010 (LG Rostock)

Versuchte und vollendete Erpressung (empfindliches Übel; Näheverhältnis; Bereicherungsabsicht; Vermögensschutz; „Fall Liechtenstein“); Rücktritt (unbeendeter Versuch trotz Erreichung des außertatbestandlichen Handlungszieles); rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Sicherungsverwahrung.

§ 253 Abs. 1, Abs. 4 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 24 StGB; § 46 StGB; § 66 StGB

1. Die Ankündigung, Kontounterlagen über in Liechtenstein angelegtes Vermögen den deutschen Finanzbehörden zuleiten zu wollen, wenn keine Schweigegeldzahlungen erfolgen, droht mit einem empfindlichen Übel im Sinne des § 253 StGB. In dieser Ankündigung liegt ein unmittelbares Ansetzen zur Erpressung.

2. Der Tatbestand der Erpressung ist nicht nur bei der erzwungenen Preisgabe eigenen Vermögens erfüllt, sondern auch bei einer solchen, die fremdes Vermögen betrifft. Genötigter und Geschädigter brauchen nicht identisch zu sein, sofern der Genötigte das fremde Vermögen schützen kann und will (BGHSt 41, 123, 125).

3. Da die Rechtsordnung im Bereich der Vermögensdelikte ein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin ungeschütztes Vermögen nicht kennt (BGHR StGB § 253 Abs. 1 Vermögenswert 3), sind die mit der Zahlung der LGT an den Angeklagten verfolgten Zwecke, nämlich eine vom Verwaltungsrat möglicherweise beabsichtigte Verdeckung von Steuerhinterziehungen der Kunden der LGT, ohne Belang.

4. Entsprechend ihrem Zweck, nicht strafwürdig erscheinende Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich des § 253 StGB auszunehmen, sind die Voraussetzungen der Verwerflichkeitsklausel erfüllt, wenn unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles ein erhöhter Grad der sozialetischen Missbilligung der für den erstrebten Zweck angewandten Mittel festzustellen ist (BGHSt 5, 254, 256; 17, 328, 331 f.; 31, 195, 200). Hierbei ist das rechtlich Verwerfliche nicht einseitig in dem angewandten Mittel oder in dem erstrebten Zweck zu suchen, sondern in der Beziehung beider zueinander (BGHSt 2, 194, 196; 17, 328, 331). Die Abgrenzung einer strafwürdigen Nötigung von einer nicht zu missbilligen-

den Willensbeeinflussung hat der Bundesgerichtshof etwa im Fall der Drohung mit einer Strafanzeige danach vorgenommen, ob der Sachverhalt, aus dem sich das Recht zur Strafanzeige herleitet, mit dem durch die Drohung verfolgten Zweck in einer inneren Beziehung steht oder beides willkürlich miteinander verknüpft wird (BGHSt 5, 254, 258). Auch der an sich erlaubte Zweck rechtfertigt nur die Anwendung sozial hinnehmbarer Mittel (BayObLG wistra 2005, 235). Es kann offen bleiben, ob Verwerflichkeit – auch bei rechtlicher Zulässigkeit der Drohung – regelmäßig schon dann anzunehmen ist, wenn die erstrebte Bereicherung mit dem eingesetzten Nötigungsmittel in keinem Zusammenhang steht und die Entscheidungsfreiheit des Bedrohten durch Forderung eines sog. inkonnexen Vorteils beschnitten wird. Jedenfalls bei einer sachlich nicht gerechtfertigten, willkürlichen Verknüpfung von angewandtem Mittel und erstrebtem Zweck liegt Verwerflichkeit im Sinne des § 253 Abs. 2 StGB vor (BGHSt 5, 254, 258).

5. Der Senat hat aus Anlass dieses Falles nicht über die zivilrechtliche Wirksamkeit oder eine etwaige strafrechtliche Relevanz des Verkaufs entwendeter Kontodaten an staatliche Stellen zu entscheiden.

6. Ein Rücktritt vom unbeendeten Versuch bleibt auch in den Fällen möglich, in denen der Täter von weiteren Handlungen absieht, weil er sein außertatbestandsmäßiges Handlungsziel erreicht hat (BGHSt 39, 221, 230 ff.). Nach dem Willen des Gesetzgebers ist für eine weiter gehende Bewertung der Motive eines Täters für seine Abstandnahme von der weiteren Tatausführung kein Raum (BGHSt 39, 221, 231).

742. BGH 4 StR 555/09 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Münster)

Skimming kein Ausspähen von Daten; gewerbs- und bandenmäßige Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion; gewerbs- und bandenmäßiger Computerbetrug; redaktioneller Hinweis.

§ 202a StGB; § 152a StGB; § 263a StGB

1. Das bloße Auslesen der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion gespeicherten Daten, um mit diesen Daten Kartendubletten herzustellen (sog. Skimming), erfüllt nicht den Tatbestand des § 202a Abs. 1 StGB. Soweit beim Auslesen die zur Berechnung der PIN verschlüsselt gespeicherten Daten in verschlüsselter Form erlangt werden, wird die in der Verschlüsselung liegende Zugangssicherung nicht überwunden.

2. Die Strafvorschrift des § 202a Abs. 1 StGB setzt voraus, dass die Angriffshandlung des Täters sich auf solche Daten im Sinne des § 202a Abs. 2 StGB bezieht, die nicht für den Täter bestimmt und gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Bereits nach der alten Fassung der Norm war darüber hinaus erforderlich, dass bei dem damals tatbestandsmäßigen Verschaffen der Daten die besondere Zugangssicherung überwunden wird. Hieran anknüpfend verlangt § 202a Abs. 1 StGB n.F. nunmehr ausdrücklich, dass der Täter sich oder einem anderen den Zugang zu Daten unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft.

3. Dass Daten magnetisch und damit nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind, stellt keine besondere Sicherung gegen unberechtigten Zugang dar. Vielmehr handelt es sich gemäß § 202a Abs. 2 StGB nur bei Daten, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert oder übermittelt werden, um Daten im Sinne des ersten Absatzes dieser Vorschrift. Erforderlich ist, dass der Verfügungsberechtigte – hier das Unternehmen, das die Zahlungskarte mit Garantiefunktion ausgegeben hat Vorkehrungen getroffen hat, um den Zugriff auf die auf dem Magnetstreifen der Zahlungskarte gespeicherten Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren. Eine Schutzvorkehrung ist jedoch nur dann eine Zugangssicherung im Sinne des § 202a Abs. 1 StGB, wenn sie jeden Täter zu einer Zugangsart zwingt, die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte.

4. Der Umstand, dass sich der Angeklagte und seine Mittäter mittels des an den jeweiligen Geldautomaten angebrachten Lesegeräts den Zugriff auch auf jene Daten verschafften, die in Verbindung mit der über eine Tastatur gesondert einzugebenden PIN vor der unbefugten Verwendung einer Zahlungskarte schützen sollen, führt zu keinem anderen Ergebnis.

693. BGH 2 StR 239/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Limburg)

Versuchter Verdeckungsmord (Voraussetzungen der Verdeckungsabsicht; Tatentschluss; Vorsatz); schwerer Raub; lebensgefährdender besonders schwerer Raub; gefährliche Körperverletzung; Aussetzung.

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 lit. b StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 StGB; § 221 StGB; § 15 StGB

Zwar kommt die Annahme von Verdeckungsabsicht im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn der Tod des Opfers nicht mit direktem Vorsatz angestrebt, sondern nur bedingt vorsätzlich in Kauf genommen wird (vgl. BGHSt 41, 358, 359 ff.), wenn nicht im Einzelfall der Tod des Opfers sich als zwingend notwendige Voraussetzung einer Verdeckung darstellt. Voraussetzung ist aber stets, dass die Verdeckungshandlung selbst nach der Vorstellung des Täters Mittel der Verdeckung sein soll. Wenn der Täter annimmt, eine Aufdeckung der anderen Straftat werde unabhängig von der Verdeckungshandlung und von deren Tötungserfolg nicht eintreten, fehlt es an der erforderlichen (vorgestellten) Kausalität einer möglicherweise objektiv „verdeckenden“ Handlung für den subjektiv angestrebten Erfolg.

670. BGH 1 StR 319/10 – Beschluss vom 27. Juli 2010 (LG München I)

Voraussetzungen des Wohnungseinbruchdiebstahls (Einsteigen; strafschärfende Berücksichtigung konkreter psychischer Beeinträchtigungen der Opfer und Doppelverwertungsverbot); Strafverfolgungsverjährung (Verfahrenseinstellung; Berücksichtigung bei der Strafzumessung; Vorleben).

§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 242 StGB; § 78 StGB; § 46 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 206a StPO

1. Einsteigen in einen Raum ist über den engeren Sprachsinne hinaus jedes nur unter Schwierigkeiten mögliche Eindringen durch eine zum ordnungsgemäßen Eintritt nicht bestimmte Öffnung. Eine im Erdgeschoss gelegene Terrassentür ist demgegenüber allgemein zum Betreten des Gebäudes vorgesehen. Hier liegt ein Einsteigen selbst dann nicht vor, wenn der Täter zum Öffnen der Tür zunächst durch einen gekippten Türflügel in die Wohnung hineingreifen muss.

2. Konkret festgestellte psychische Beeinträchtigungen der Opfer eines Wohnungseinbruchdiebstahls dürfen strafschärfend verwertet werden. Hierin liegt entgegen OLG Köln NStZ-RR 2002, 247 kein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot.

748. BGH 3 StR 177/10 – Beschluss vom 22. Juni 2010 (LG Oldenburg)

Sexueller Missbrauch durch Vorzeigen pornografischer Darstellungen (vergrößernde Darstellung sexualbezogenen Geschehens ohne Sinnzusammenhang mit anderen Lebensäußerungen).

§ 176 Abs. 3 Nr. 3 StGB aF; § 184 StGB

1. Pornographisch sind Abbildungen oder Darstellungen, die sexualbezogenes Geschehen vergrößernd und ohne Sinnzusammenhang mit anderen Lebensäußerungen zeigen. Allein die verallgemeinernde Beschreibung mit „pornographische Aufnahmen“ belegt dies nicht.

2. Der Tatbestand des § 176 Abs. 3 Nr. 3 StGB aF setzt ebenso wie § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB n.F. voraus, dass der Täter durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen auf ein Kind einwirkt. Für dieses Einwirken ist eine psychische Einflussnahme tiefergehender Art erforderlich (vgl. BGHSt 29, 29, 30 f.; BGH NStZ 1991, 485; NJW 1976, 1984). Auch hierauf kann ohne nähere Feststellungen zum Inhalt der Aufnahmen nicht geschlossen werden.

730. BGH 4 StR 260/10 – Beschluss vom 24. Juni 2010 (LG Bochum)

Vergewaltigung (fortwirkende Gewalt/Drohung; erforderliche Feststellungen zur subjektiven Tatseite); Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 177 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 StGB; § 64 StGB

1. Frühere Gewalteinwirkungen können als (konkludente) Drohung gegenüber dem Opfer zu beurteilen sein, den körperlich wirkenden Zwang erneut anzuwenden, falls das weitere Vorgehen des Täters auf Widerstand stoßen sollte. So kann vorangegangene Gewalt in diesem Sinne fortwirken, wenn das Opfer angesichts der früheren Gewaltanwendung und der gegebenen Kräfteverhältnisse aus Furcht vor weiteren Gewalttätigkeiten von einer Gegenwehr absieht, sofern der Täter zumindest erkennt und billigt, dass das Opfer sein Verhalten als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben empfindet (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 42, 43 m.w.N.). Das Urteil muss zu dieser subjektiven Tatseite allerdings Feststellungen treffen; ein Mangel ist auf Sachrüge zu beachten (BGH NStZ-RR 1999, 45).

2. In der Beweiswürdigung ist insoweit jedoch zu belegen, aus welchen Gründen das Tatgericht zu der Überzeugung gelangt ist, der Angeklagte habe billigend in Kauf genommen, dass das Opfer die erneute Annäherung als eine konkludente Drohung empfand und infolge der Anwendung dieses Nötigungsmittels die Durchführung des Geschlechtsverkehrs duldet (vgl. zur finalen Verknüpfung BGH NStZ 2005, 268, 269 m.w.N.). Dies ist insbesondere bei erheblicher Alkoholisierung kritisch zu prüfen.

732. BGH 4 StR 270/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Mönchengladbach)

Strafverfolgungsverjährung bei vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr (Unterbrechungshandlung); Vergewaltigung (sexuelle Nötigung; Abgrenzung der Regelbeispiele).

§ 78 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 5 StGB; § 316 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

Zur Verwirklichung des Regelbeispiels des § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB ist erforderlich, dass der Täter die als Vergewaltigung zu qualifizierende sexuelle Handlung entweder selbst am Opfer vornimmt oder vom Opfer an sich vornehmen lässt (BGH NStZ 1999, 452). Dass die Angeklagten die gewaltsame Nötigung zum Oralverkehr gemeinschaftlich begingen und damit das Regelbeispiel des § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB erfüllten, vermag einen Schuldspruch wegen Vergewaltigung nicht zu tragen (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 278).

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

767. BGH 5 StR 60/10 – Beschluss vom 21. Juli 2010 (LG Frankfurt/Oder)

BGHSt; Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Ermessensausübung; maßgebliche Berücksichtigung des Vertrauensschutzes); Recht auf Freiheit und Si-

cherheit; Gesetzlichkeitsprinzip (nulla poena sine lege); Geltung der EMRK (Rang einfachen Bundesrechts; maßgebliche Auslegung durch den EGMR); Berücksichtigung der EMRK im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung des einfachen Rechts; keine konventi-

onskonforme Kassation deutschen Rechts; redaktioneller Hinweis.

§ 66b StGB; § 66 StGB; § 2 Abs. 6 StGB; Art. 7 Abs. 1 EMRK; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK; § 67d StGB

1. Zur Ermessensausübung bei Anwendung der §§ 66b Abs. 1 Satz 2, 66 Abs. 2 StGB nach der Entscheidung EGMR EuGRZ 2010, 25 = HRRS 2010 Nr. 1/65. (BGHSt)

2. Art. 7 Abs. 1 MRK ist im Geltungsbereich von § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB nicht als abweichende gesetzliche Bestimmung gemäß § 2 Abs. 6 StGB anzusehen. Dies würde im Ergebnis auf eine vollständige Verwerfung des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB hinauslaufen, die dem Richter versagt ist. Denn anders als bei den übrigen Regelungen des § 66b StGB würde § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB jeglicher Anwendungsbereich genommen, wenn auf die Geltung der Norm im Zeitpunkt der Begehung der Anlasstat abgestellt werden müsste. (Bearbeiter)

3. Die durch den EGMR gegen die Anordnung der Rückwirkung in den Fällen des § 67d StGB angeführten Argumente sind auf die § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB zugrundeliegenden Fallkonstellationen grundsätzlich übertragbar; es muss daher davon ausgegangen werden, dass der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 MRK auch bei einer rückwirkenden Anwendung des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB annehmen würde. Gleiches gilt für die vom Gerichtshof für § 67d StGB im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a EMRK aufgezeigten Bedenken. (Bearbeiter)

4. Der Rang der Europäischen Menschenrechtskonvention als einfaches Bundesrecht führt dazu, dass deutsche Gerichte die Konvention wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden haben. Solange also Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft sie die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Anderes gilt allerdings dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht verletzen würde; die Zulässigkeit konventionskonformer Auslegung endet aus Gründen der Gesetzesbindung der Gerichte dort, wo der gegenteilige Wille des nationalen Gesetzgebers hinreichend deutlich erkennbar wird. (Bearbeiter)

5. In die Ermessensausübung bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung sind die Gewährleistungen der EMRK in ihrer Ausformung durch den EGMR einzubeziehen. Seine Ausführungen zur Vereinbarkeit der Maßregelverordnung mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK sowie Art. 7 Abs. 1 EMRK streiten unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes gewichtig zugunsten des Verurteilten. (Bearbeiter)

6. Eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung kann auf der Grundlage des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB allenfalls bei höchstgefährlichen Verurteilten in Betracht kommen, bei denen sich die Gefahrenprognose aus konkreten Umständen in der Person oder ihrem Verhalten ableiten lässt. Nur dann erscheint denkbar, dass der Eingriff in das Freiheitsrecht des Verurteilten unter Berücksichtigung seines auf höchster Stufe schutzwürdigen Vertrauens in die Unabänderbarkeit der

in der Anlassverurteilung verhängten Rechtsfolge einerseits und der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit andererseits im Rahmen einer zu seinen Lasten getroffenen Abwägungsentscheidung gerechtfertigt ist. (Bearbeiter)

662. BGH 1 StR 212/10 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (AG Rosenheim; AG Garmisch-Partenkirchen; LG Traunstein; OLG München)

BGHSt; Gesamtstrafenbildung durch das Berufungsgericht bei wirksamer Beschränkung der Berufung auf die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung; Divergenzvorlage.

§ 55 StGB; § 56 StGB; § 318 StPO; § 331 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO; § 121 Abs. 2 GVG

1. Auch bei einer wirksamen Beschränkung der Berufung auf die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung ist eine Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB durch das Berufungsgericht vorzunehmen, wenn der erstinstanzliche Richter eine Entscheidung zu dieser Frage nicht getroffen hat. (BGHSt)

2. Die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, der auf Grund einer Hauptverhandlung und des darin gegebenen unmittelbaren persönlichen Eindrucks von dem Angeklagten entscheidet. Sein Urteil bietet eine bessere Garantie für eine gerechte Strafzumessung als ein nachträgliches Beschlussverfahren (vgl. BGHSt 12, 1, 6 ff.; 25, 382, 384). (Bearbeiter)

757. BGH 5 AR (VS) 22/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (OLG Frankfurt/Main)

BGHSt; Vollstreckungsreihenfolge (wichtiger Grund); Zurückstellung der Strafvollstreckung.

§ 35 BtMG; § 43 Abs. 4 StVollstrO; § 454b Abs. 2 StPO

1. Eine nach § 454b Abs. 2 StPO unterbrochene, nicht gemäß § 35 BtMG zurückstellungsfähige Strafe stellt eine im Sinne des § 35 Abs. 6 Nr. 2 BtMG zu vollstreckende Strafe dar, die die Zurückstellung einer weiteren Strafe nach § 35 BtMG hindert. (BGHSt)

2. Aufgrund der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers in § 454b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO ist die vollständige Vorabvollstreckung einer nicht gem. § 35 BtMG zurückstellungsfähigen Strafe im Wege der Änderung der Vollstreckungsreihenfolge (§ 43 Abs. 4 StVollstrO) unzulässig. (Bearbeiter)

3. Eine Zurückstellung gem. § 35 BtMG kommt erst in Betracht, wenn sämtliche gegen den Beschwerdegegner erkannte Freiheitsstrafen zu zwei Dritteln verbüßt sind und nach § 454b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 StPO über die Reststrafenaussetzung aller Strafen entschieden worden ist. (Bearbeiter)

735. BGH 4 StR 283/10 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in ein psychiatrisches Krankenhaus bei Pädophilie (ungenügende Darlegung der Einengung auf ein deviantes Se-

xualverhalten in Gestalt einer schuldrelevanten süchtigen Entwicklung).
§ 63 StGB

Steht für die Beurteilung der Schuldfähigkeit eine von der Norm abweichende sexuelle Präferenz im Vordergrund, muss diese den Täter im Wesen seiner Persönlichkeit so verändert haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufbringt (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 337; StV 2005, 20; BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 33, 37 und § 63 Zustand 23). Daher ist nicht jedes abweichende Sexualverhalten, auch nicht eine Devianz in Form einer Pädophilie, die zwangsläufig nur unter Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter verwirklicht werden kann, ohne Weiteres gleichzusetzen mit einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB. Vielmehr kann auch nur eine gestörte sexuelle Entwicklung vorliegen, die als allgemeine Störung der Persönlichkeit, des Sexualverhaltens oder der Anpassung nicht den Schweregrad einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne des § 21 StGB erreicht. Hingegen kann die Steuerungsfähigkeit etwa dann beeinträchtigt sein, wenn abweichende Sexualpraktiken zu einer eingeschliffenen Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz, durch Ausbau des Raffinements und durch gedankliche Einengung auf diese Praktiken auszeichnen.

737. BGH 4 StR 291/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Magdeburg)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (korrekte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung).
§ 64 StGB; § 62 StGB; § 67b Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Nach der Vorschrift des § 62 StGB darf die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen oder zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind die in der Norm als Bezugspunkte der Prüfung genannten Kriterien in einer Gesamtbetrachtung zusammenfassend zu würdigen und zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs in Beziehung zu setzen (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1971 – 2 StR 82/71, BGHSt 24, 134, 135; Urteil vom 6. Juni 2001 – 2 StR 136/01, NJW 2001, 3560, 3562).

2. Da das Gewicht des mit der Unterbringungsanordnung einhergehenden Eingriffs maßgeblich von der Frage der Vollstreckung der Maßregel abhängt, ist vorrangig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung nach § 67b Abs. 1 StGB vorliegen. Nach dieser Norm, mit welcher gerade dem Bedürfnis Rechnung getragen werden soll, den Vollzug einer angeordneten Unterbringung zu vermeiden, wenn der Zweck der Maßregel durch mildere Maßnahmen erreicht werden kann, ist mit der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt zugleich deren Vollstreckung zur Bewährung auszusetzen, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen,

dass der Zweck der Maßregel auch dadurch erreicht werden kann. Als besonderer Umstand im Sinne des § 67b Abs. 1 Satz 1 StGB kommen auch Therapiebereitschaft und Bemühungen zur Aufnahme einer stationären Suchtbehandlung jedenfalls dann in Betracht, wenn die mit der Führungsaufsicht nach § 67b Abs. 2 StGB gegebenen Überwachungsmöglichkeiten und die Aussicht eines im Falle eines Weisungsverstoßes drohenden Widerrufs der Vollstreckungsaussetzung eine hinreichende Gewähr dafür bieten, dass sich der Angeklagte der beabsichtigten, die Gefahr weiterer Taten ausschließenden Entwöhnungsbehandlung unterzieht.

691. BGH 2 StR 222/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Erfurt)

(Schwerer) sexueller Missbrauch von Kindern (Erörterungsmangel hinsichtlich des minder schweren Falles; erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Schuldprinzip).
§ 174 StGB; § 174a StGB; § 21 StGB; § 46 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Zwar erfordert das Schuldprinzip bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 StGB keine obligatorische Strafmilderung. Bei verminderter Schuldfähigkeit ist jedoch grundsätzlich davon auszugehen, dass der Schuldgehalt und damit die Strafwürdigkeit der Tat verringert ist. Deshalb ist regelmäßig eine Strafrahmenschiebung vorzunehmen, wenn nicht andere schulderhöhende Umstände, die im Urteil konkret und widerspruchsfrei festgestellt werden müssen, entgegenstehen (vgl. BGH NStZ-RR 1996, 161; NStZ 2004, 619).

2. Eine ausdrückliche Erörterung des minder schweren Falles ist jedenfalls dann erforderlich, wenn eine Einordnung unter diesen Strafrahmen nach Lage der Dinge nicht fern liegt. Davon ist regelmäßig schon deshalb auszugehen, wenn die eingeschränkte Steuerungsfähigkeit im Sinne des § 21 StGB vorliegt. Dies ist vor einer etwaigen Reduzierung des Strafrahmens nach §§ 21, 49 StGB zu prüfen.

711. BGH 4 StR 73/10 – Urteil vom 10. Juni 2010 (LG Rostock)

Versuchte Erpressung („Fall Liechtenstein“; „Versuch des Regelbeispiels“; Rücktritt); Revisionsbefugnis nach Verständigung (Staatsanwaltschaft).
§ 253 Abs. 1, Abs. 4 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 24 StGB; § 46 StGB

1. Zwar kann das Vorliegen eines vertypen Milderungsgrundes Anlass geben, trotz Vorliegens eines Regelbeispiels einen besonders schweren Fall zu verneinen (BGH NStZ-RR 2009, 9). In der erforderlichen Gesamtwürdigung der Voraussetzungen des Regelbeispiels kann sich aber ergeben, dass das Regelbeispiel nicht entkräftet wird. Dies gilt auch, wenn es beim Versuch geblieben ist.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterliegt die Befugnis der Verfahrensbeteiligten, nach einer vorausgegangenen Verständigung das Rechtsmittel der Revision einzulegen, keinen Einschränkungen (BGHSt 43, 195; BGHSt 50, 40). Dies gilt nicht nur für die Rechtsmittelbefugnis des Angeklagten, sondern uneingeschränkt auch für diejenige anderer Verfahrensbeteiligten.

teiliger. Das nach Erlass des angefochtenen Urteils in Kraft getretene Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2353) hat an dieser Rechtslage nichts geändert.

718. BGH 4 StR 165/10 – Beschluss vom 27. Juli 2010 (LG Bielefeld)

Konkurrenzen bei unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; bewaffnetes Handeltreiben und Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (Doppelverwertungsverbot).

§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1. Hinsichtlich des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge darf bei der

Strafzumessung im engeren Sinne zu Lasten des Angeklagten nicht die „besondere Gefährlichkeit des bewaffneten Handeltreibens“ (UA 22) gewertet: Dies verstößt gegen das Doppelverwertungsverbot nach § 46 Abs. 3 StGB.

2. Bei der gewerbsmäßigen unerlaubten Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige darf bei der Strafrahmenwahl und bei der Strafzumessung im engeren Sinn nicht zu Lasten des Angeklagten gewertet werden, dass er „seine Drogengeschäfte ohne Rücksicht auf das Alter des Abnehmers mit nahezu Jedermann abwickelte“, dabei „vor allem seinen Profit im Auge hatte“ und „das Gesamtbild eines regelmäßigen und planmäßigen Handels mit Betäubungsmitteln“ bot.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

756. BGH 3 ARs 23/10 – Beschluss vom 17. August 2010

BGHSt; Kunduz; Untersuchungsausschuss (Beweiserhebung; Gegenüberstellung von Zeugen [Zeugen General a. D. Schneiderhan und Staatssekretär a. D. Dr. Wichert mit Bundesverteidigungsminister Dr. Freiherr zu Guttenberg]; Mehrheitsprinzip; Mitgestaltungsanspruch der Minderheit).

Art. 44 GG; § 24 Abs. 2 PUAG; § 17 Abs. 3 Satz 2 PUAG; § 36 Abs. 1 PUAG; § 9 Abs. 4 PUAG

1. Ob im Rahmen der Beweiserhebung eines Untersuchungsausschusses die Gegenüberstellung von Zeugen durchzuführen ist, entscheidet gemäß § 9 Abs. 4 Satz 1, § 24 Abs. 2 PUAG der Untersuchungsausschuss mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen abschließend. Das Untersuchungsausschussgesetz räumt der qualifizierten Minderheit von einem Viertel der Mitglieder nicht die Befugnis ein, gegen den Willen der Ausschussmehrheit die Gegenüberstellung durchzusetzen oder die Entscheidung der Mehrheit gerichtlich überprüfen zu lassen. (BGHSt)

2. Da in der parlamentarischen Demokratie die Regierung regelmäßig von der Parlamentsmehrheit getragen wird, sind Untersuchungsausschüsse in erster Linie ein politisches Instrument der Opposition, als Minderheit die Regierungsarbeit zu kontrollieren. (Bearbeiter)

3. Das – in der parlamentarischen Demokratie konstitutive – Mehrheitsprinzip gilt grundsätzlich auch in dem vom Parlament eingesetzten Untersuchungsausschuss. Anders verhält es sich nur, wenn das Untersuchungsausschussgesetz aus Gründen des Minderheitenschutzes eine abweichende Regelung trifft. (Bearbeiter)

4. Zwar ist der Mitgestaltungsanspruch der qualifizierten Minderheit dem der Ausschussmehrheit gleichrangig. Es ist jedoch Sache des einfachrechtlichen Gesetzgebers, wie er diesen verfassungsrechtlich in Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG verankerten Anspruch im Einzelnen ausformt und mit dem demokratischen Grundprinzip der Mehrheitsentscheidung zum Ausgleich bringt. (Bearbeiter)

5. Ein allgemeiner Grundsatz, dass der Minderheit im Untersuchungsverfahren umfassend eine maßgebliche Geltungsmacht zuzuerkennen wäre, existiert nicht. Vielmehr bestehen Minderheitenrechte als Ausnahmen von der Regel der Mehrheitsentscheidung auch im Untersuchungsverfahren nur insoweit, als sie sich zwingend aus der Verfassung oder den sie konkretisierenden einfachgesetzlichen Regelungen ergeben. (Bearbeiter)

775. BGH 5 StR 555/09 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (LG Potsdam)

BGHR; gesetzlicher Richter (Zweierbesetzung; Dreierbesetzung; Umfang der Sache: Zahl der Hauptverhandlungstage; im Zweifel für die Dreierbesetzung); Rechtsbeugung (Verletzung von Verfahrensvorschriften); Mittäterschaft (Begriff und Strafzumessung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 76 Abs. 2 GVG; § 338 Nr. 1 StPO; § 339 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK

1. Zur unerlässlichen Mitwirkung eines dritten Berufsrichters in einem wegen komplexer Rechtsbeugungsvorfälle umfangreichen und schwierigen Strafverfahren. (BGHR)

2. Der Senat hält es – nicht tragend – für angezeigt, den Rechtsbegriff des Umfangs der Sache (§ 76 Abs. 2 GVG)

dahingehend weiter zu konturieren, dass jedenfalls bei einer im Zeitpunkt der Eröffnung des Hauptverfahrens absehbaren Verhandlungsdauer von wenigstens zehn Hauptverhandlungstagen von der Mitwirkung eines dritten Berufsrichters grundsätzlich nicht abgesehen werden darf. (Bearbeiter)

3. Im Rahmen der Entscheidung über die Zweier- oder Dreierbesetzung bei Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 76 Abs. 2 Satz 1 GVG) steht der großen Strafkammer kein Ermessen zu. Sie hat die Dreierbesetzung zu beschließen, wenn nach dem Umfang oder der Schwierigkeit der Sache die Mitwirkung eines dritten Berufsrichters erforderlich erscheint. (Bearbeiter)

4. Der großen Strafkammer ist bei der Auslegung der gesetzlichen Merkmale des § 76 Abs. 2 GVG ein weiter Beurteilungsspielraum eröffnet, der die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen hat. Maßgebend für die Bewertung des Umfangs der Sache sind etwa die Zahl der Angeklagten, Verteidiger und erforderlichen Dolmetscher, die Anzahl der angeklagten Taten, der Zeugen sowie anderer Beweismittel, namentlich die Notwendigkeit von Sachverständigengutachten, der Umfang der Akten sowie die voraussichtliche Dauer der Hauptverhandlung. (Bearbeiter)

5. Bleibt im Einzelfall zweifelhaft, welche Gerichtsbesetzung für die sachgerechte Verfahrensbehandlung geboten ist, gebührt der Dreierbesetzung der Vorrang, da sie der reduzierten Besetzung strukturell überlegen ist und sich bereits vor der 1993 erfolgten Einführung des § 76 Abs. 2 GVG bewährt hatte. (Bearbeiter)

6. Der Senat merkt – nicht tragend – an, dass die Rechtspraxis den gebotenen sensiblen Umgang der großen Strafkammern mit der Besetzungsreduktion derzeit – soweit ersichtlich – nicht widerspiegelt. (Bearbeiter)

7. Rechtsbeugung kann auch durch den Verstoß gegen Verfahrensvorschriften begangen werden kann (vgl. BGHSt 42, 343, 344; 47, 105, 109; BGHR StGB § 339 Rechtsbeugung 6; jeweils m.w.N.). Um nicht in jedem Rechtsverstoß bereits eine „Beugung“ des Rechts zu sehen, enthält das Tatbestandsmerkmal ein normatives Element; erfasst werden sollen davon nur elementare Verstöße gegen die Rechtspflege, bei denen sich der Täter bewusst und in schwerer Weise zugunsten oder zum Nachteil einer Partei von Recht und Gesetz entfernt (vgl. BGHSt 32, 357, 364; 34, 146, 149; 38, 381, 383; 42, 343, 345; 47, 105, 109 ff.; BGHR StGB § 339 Rechtsbeugung 7) und dadurch die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung begründet, ohne dass allerdings ein Vor- oder Nachteil tatsächlich eingetreten sein muss (BGHSt 42, 343, 346, 351; BGHR StGB § 339 Rechtsbeugung 6). (Bearbeiter)

8. Für die Erfüllung des ungeschriebenen tatbestandlichen Regulativs der konkreten Gefahr einer sachfremden Entscheidung (vgl. BGHSt 32, 357, 364) kann es sprechen, wenn ein Richter eine Entscheidung zum Nachteil einer Partei unter bewusster Begehung eines schwerwiegenden Verfahrensfehlers trifft. Ein derartiger schwerwiegender Verstoß kann in einer willkürlichen Zuständigkeitsbegründung als Missachtung des rechtsstaatlich

besonders bedeutsamen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG jedenfalls dann liegen, wenn diese eine Verletzung weiterer wesentlicher grund- oder konventionsrechtlicher Rechtspositionen des Betroffenen (hier: Verhängung von Untersuchungshaft) bewirkt. (Bearbeiter)

9. Als Mittäter handelt, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die gemeinschaftliche Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung des anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung des einen Tatanteils erscheint (BGHSt 40, 299, 301). Erforderlich zur gebotenen Abgrenzung zur Teilnahme ist eine wertende tatrichterliche Gesamtschau. Allein die Tatmotivation eines Beteiligten trägt den für die Täterschaft notwendigen Willen zur Täterschaft noch nicht. Ob der Umfang einer Beteiligung als notwendige Voraussetzung der Tatbegehung für sich erhebliches Gewicht im Sinne einer objektiven Mitbeherrschung des Geschehens aufweist und daher ein tragfähiges Indiz für die Mittäterschaft darstellt, muss jedenfalls dann eindeutig festgestellt werden, wenn keine weitergehenden Feststellungen namentlich zu einer gemeinsamen Tatplanung unter erheblicher Mitwirkung des Beteiligten getroffen werden. (Bearbeiter)

10. Auch bei Mittätern ist in der Strafzumessung zunächst nach dem jeweils zurechenbaren Erfolgs- und Handlungsunwert zu differenzieren. (Bearbeiter)

673. BGH 1 StR 345/10 – Beschluss vom 27. Juli 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHR; Strafzumessung nach Angabe einer Ober- und Untergrenze der Strafe in Verfahrensabsprachen (Verständigung; Punktstrafe; Sanktionsschere; Rechtsstaatsprinzip: Vertrauensgrundsatz).

§ 257c StPO; § 46 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Gibt das Gericht gemäß § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO eine Ober- und Untergrenze der Strafe an, ist es nicht gehindert, die angegebene Obergrenze als Strafe zu verhängen (BGHR).

2. Die Vereinbarung einer bestimmten Strafe („Punktstrafe“; vgl. hierzu BGHSt 51, 84, 86) bleibt nach wie vor unzulässig. Das Gericht kann im Einverständnis mit den Verfahrensbeteiligten nur einen Strafrahmen, nicht aber eine bestimmte Strafe vereinbaren. Hierbei darf der Angeklagte aber nicht mit einer weit geöffneten „Sanktionsschere“ unter Druck gesetzt werden. (Bearbeiter)

679. BGH 1 StR 643/09 – Urteil vom 28. Juli 2010 (LG Stuttgart)

Steuerhinterziehung (Schätzung des Taterfolges: konkrete und pauschale Schätzung; Richtsatzsammlungen); absoluter Revisionsgrund (Abwesenheit des Angeklagten; einschränkende Auslegung).

§ 370 AO; § 230 Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 261 StPO

1. Die Anwesenheitspflicht soll dem Angeklagten nicht nur das rechtliche Gehör gewährleisten, sondern soll ihm auch „die Möglichkeit allseitiger und uneingeschränkter Verteidigung, insbesondere durch Stellung von Anträgen auf Grund des von ihm selbst wahrgenommenen Verlaufs der Hauptverhandlung, sichern“ (BGHSt 15, 263, 264). Außerdem soll dem Tatrichter im Interesse der Wahr-

heitsfindung ein unmittelbarer Eindruck von der Person des Angeklagten, seinem Auftreten und seinen Erklärungen vermittelt werden (vgl. BGHSt 26, 84, 90), insbesondere auch im Hinblick auf die Strafzumessung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Juni 2007 – 2 BvR 136 u. 1447/05, Rn. 89). Aber nur, wenn der Angeklagte in einem – im Hinblick auf die genannten Aspekte – wesentlichen Teil der Hauptverhandlung abwesend ist, begründet dies die Revision (vgl. BGHSt 26, 84, 91). § 338 StPO ist nicht anwendbar, wenn das Beruhen des Urteils auf dem Mangel denkgesetzlich ausgeschlossen ist (vgl. BGHR StPO § 338, Beruhen 1).

2. Nicht jede Sachverhandlung, auf die es etwa zur Fristwahrung gemäß § 229 Abs. 1 StPO ankommt, wie die Verhandlung über die Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten (BGHR StPO § 229 Abs. 1, Sachverhandlung 1), die gerichtliche Entscheidung eines Ordnungsmittel- und Kostenbeschlusses gegen einen Zeugen oder die Entscheidung über etwaige Zwangsmaßnahmen gemäß § 51 StPO, sind wesentliche Verhandlungsteile i.S.v. § 338 Nr. 5 StPO. Die Entgegennahme von Beweisanträgen ist Sachverhandlung in diesem Sinne (vgl. BGHR StPO § 229 Abs. 1, Sachverhandlung 5).

3. Ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung i.S.v. § 338 Nr. 5 StPO liegt im Hinblick auf einen Angeklagten nicht vor, wenn denkgesetzlich ausgeschlossen ist, dass bezüglich des Prozessgeschehens in seiner Abwesenheit sein Anspruch auf rechtliches Gehör sowie seine prozesualen Mitgestaltungsrechte beeinträchtigt worden sind. Der Verhandlungsteil darf auch sonst das Ergebnis der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) nicht bestimmt haben können.

4. Auch im Steuerstrafverfahren ist die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen zulässig, wenn zwar feststeht, dass der Steuerpflichtige einen Besteuerungstatbestand erfüllt hat, das Ausmaß der verwirklichten Besteuerungsgrundlagen aber ungewiss ist. Dies gilt auch und gerade dann, wenn Belege nicht mehr vorhanden sind. Fehlende Buchhaltung befreit nicht von strafrechtlicher Verantwortung. Dies gilt auch dann, wenn keine handelsrechtliche Buchführungspflicht besteht, etwa ab dem Geschäftsjahr 2008 in den Fällen des § 241a HGB, zumal besondere steuerrechtliche Aufzeichnungspflichten (z.B. §§ 141 ff. AO, § 22 UStG i.V.m. §§ 63 ff. UStDV) hiervon unberührt bleiben. Zur Durchführung der Schätzung kommen die auch im Besteuerungsverfahren anerkannten Schätzungsmethoden einschließlich der Heranziehung der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen zur Anwendung (BGHR AO § 370 Abs. 1, Steuer-schätzung 3).

5. Der Tatrichter muss dann in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar darlegen, wie er zu den Schätzungsergebnissen gelangt ist (BGH, Beschluss vom 26. April 2001 – 5 StR 448/00; zu den Anforderungen an die Feststellung und die Beweiswürdigung von Besteuerungsgrundlagen in steuerstrafrechtlichen Urteilen vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2009 – 1 StR 718/08 Rn. 11 ff., BGHR StPO § 267 Abs. 1, Steuerhinterziehung 1; vgl. auch BGH, Beschluss vom 25. März 2010 – 1 StR 52/10). Erweist sich eine konkrete Ermittlung oder Schätzung der tatsächlichen Umsätze danach von vorne-

herein oder nach entsprechenden Berechnungsversuchen als unmöglich, kann pauschal geschätzt werden, etwa unter Heranziehung der Richtwerte für Rohgewinnaufschlagsätze aus der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen. Eine auch nur annähernd zutreffende konkrete Ermittlung wird in aller Regel schon dann von vorneherein nicht möglich sein, wenn Buchungsbelege völlig fehlen.

6. Bei der Festsetzung des Rohgewinnaufschlagsatzes muss sich das Gericht nicht zugunsten eines Angeklagten an den unteren Werten der in der Richtsatzsammlung genannten Spannen orientieren, wenn sich Anhaltspunkte für eine positivere Ertragslage ergeben, wie z.B. ein guter Standort, sonst nicht erklärbare Vermögenszuwächse oder örtliche Vergleichsdaten.

683. BGH 2 StR 158/10 – Beschluss vom 14. Juli 2010 (LG Frankfurt am Main)

Fehlende Verlesung der Anklage (negative Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls; unterbliebene Protokollberichtigung; Recht auf ein faires Strafverfahren). § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 274 StPO; Art. 6 EMRK

1. Die Entscheidung des Großen Senats hat zu einer substantiellen Änderung des Strafverfahrensrechts dahingehend geführt, dass Protokollmängel in erster Linie im Protokollberichtigungsverfahren zu beseitigen sind (BGH, NJW 2010, 2068, 2069). Grundlage einer jeden Protokollberichtigung ist die sichere Erinnerung der Urkundspersonen. Fehlt es hieran, kann das Protokoll nicht mehr berichtigt werden (BGHSt 51, 298, 314, 316). Für das Verfahren gilt, dass vor einer beabsichtigten Protokollberichtigung die Urkundspersonen zunächst den Beschwerdeführer zu hören haben. Widerspricht er der beabsichtigten Berichtigung substantiiert, sind erforderlichenfalls weitere Verfahrensbeteiligte zu befragen. Halten die Urkundspersonen trotz des Widerspruchs an der Protokollberichtigung fest, ist ihre Entscheidung hierüber mit Gründen zu versehen. Die Gründe der Berichtigungsentscheidung unterliegen der Überprüfung durch das Revisionsgericht im Freibeweisverfahren. Im Zweifel gilt insoweit das Protokoll in der nicht berichtigten Fassung (BGHSt 51, 298, 315 f.; vgl. BGH, NStZ 2008, 580, 581).

2. Das gilt im Ergebnis auch, wenn das vom Großen Senat vorgegebene Verfahren der Protokollberichtigung nicht eingehalten oder nicht durchgeführt wird. Der Senat sieht in einem solchen Fall keine Veranlassung die Akten zum Zwecke der Einleitung eines Protokollberichtigungsverfahrens zurückzusenden. Neben einer ordnungsgemäßen Protokollberichtigung kommt eine freibeweisliche Aufklärung des tatgerichtlichen Verfahrensablaufs allein unter Berücksichtigung abgegebener dienstlicher Erklärungen und damit unter geringeren Anforderungen als in dem die Verfahrenswahrheit sichernden Protokollberichtigungsverfahren nach erhobener Verfahrensrüge und zum Nachteil des Angeklagten nicht in Betracht (BGHSt 51, 316 f.; vgl. BGH, NStZ 2005, 281, 282; StV 2004, 297; NStZ 2000, 47; BGHR StPO § 274 Beweiskraft 8, 11 und 13 jeweils m.w.N.). Ob hiervon in Fällen krasser Widersprüchlichkeit Ausnahmen zu machen sind (vgl. BGH, NJW 2010, 2068, 2069), kann offen bleiben.

657. BGH 1 StR 123/10 – Beschluss vom 14. Juli 2010 (LG Koblenz)

Terminierung der Hauptverhandlung und Recht auf effektive Verteidigung durch einen Wahlverteidiger (unzulässige Einschränkung der Verteidigung; Anwalt des Vertrauens: beruflich gebundener Hochschullehrer; Beschleunigungsgrundsatz; Recht auf Verfahrensbeschleunigung).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 338 Nr. 8 StPO; § 137 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 213 StPO

1. Der Termin zur Hauptverhandlung wird von dem Vorsitzenden des Gerichts bestimmt (§ 213 StPO). Gleichwohl ist es gerade in Großverfahren regelmäßig angezeigt, mit den Verfahrensbeteiligten (insbesondere mit den Wahlverteidigern des Vertrauens, aber etwa auch mit dem Sachbearbeiter der Staatsanwaltschaft) die Hauptverhandlungstermine abzustimmen, dies jedenfalls zu versuchen (vgl. BGHR StPO § 265 Abs. 4 Verteidigung, angemessene; BGHR StPO § 213 Ermessen 1; BGHR StPO § 213 Terminierung 1). Findet der Versuch einer Terminabsprache nicht statt, muss sich der Vorsitzende bei substantiierten Verlegungsanträgen eines Verteidigers, der das Vertrauen des Angeklagten genießt, jedenfalls ernsthaft bemühen, dessen nachvollziehbarem Begehren im Rahmen der zeitlichen Möglichkeiten der Strafkammer – und anderer Verfahrensbeteiligter – Rechnung zu tragen. Dies gilt im besonderen Maße, wenn der Verteidiger durch der Justiz zuzurechnende Versehen mehrfach übergangen worden war.

2. Es ist kaum nachvollziehbar, warum nicht Beratungen zuweilen mittwochs stattfinden können und am Montag eine Verhandlung. Bei einer Wirtschaftsstrafkammer beginnen wohl kaum in jeder Woche neue Hauptverhandlungen, für die ordentliche Sitzungstage benötigt werden. Ein ordentlicher Sitzungstag kann, wenn dieser Tag zufällig bereits durch einen Fortsetzungstermin belegt ist, verlegt werden oder es kann u.U. auch ein außerordentlicher Sitzungstag (mit Ersatzschöffen) anberaumt werden.

3. Kann ein Wahlverteidiger, der im Hauptberuf Hochschullehrer ist, wegen eines diesem Beruf eingeräumten Vorrangs dem Angeklagten nur einschränkt in der Hauptverhandlung beistehen, müsste sich die Terminierung letztlich nahezu ausschließlich an seinen begrenzten zeitlichen Möglichkeiten orientieren. Dem muss ein Landgericht in einem umfangreichen Verfahren mit einigen Verfahrensbeteiligten nicht entsprechen.

660. BGH 1 StR 195/10 – Beschluss vom 1. Juli 2010 (LG Stuttgart)

Gegenstandsloses Urteil (Verfahrenshindernis des rechtskräftigen Verfahrensabschlusses durch das Revisionsgericht; Verfahrenseinstellung).

Vor § 1 StPO; § 260 Abs. 3 StPO

1. Das Verfahren hinsichtlich einer Tat ist rechtskräftig abgeschlossen, wenn das Revisionsgericht die hiergegen eingelegten Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten durch Urteil verwirft. Die Sache ist sodann nicht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, dort also auch nicht mehr rechtshängig.

2. Besteht ein Verfahrenshindernis, so ist das Verfahren zwar grundsätzlich gemäß § 260 Abs. 3 StPO einzustellen. Anders liegt es aber, wenn ein (erstes) Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, weil sich dann eine das gesamte Verfahren abschließende Einstellung verbietet. Stattdessen sind lediglich die Auswirkungen der infolge der Rechtskraftwirkung und der fehlenden Befassung des Landgerichts mit der Sache unzulässigen Fortführung des Verfahrens zu beseitigen. Ein dennoch erneut ergangenes Urteil ist für gegenstandslos zu erklären.

706. BGH 2 StR 455/09 – Urteil vom 30. Juni 2010 (LG Frankfurt am Main)

Erfolgreiche Befangenheitsrüge (Besorgnis der Befangenheit; Abtrennung des Verfahrens gegen Mitangeklagte; Vorbefassung); Schwerer Bandendiebstahls.

§ 338 Nr. 3 StPO; § 244a StGB

1. Besorgnis der Befangenheit ist gegeben, wenn auf der Angeklagte auf der Grundlage der gebotenen objektiven Beurteilung durch die Verfahrensweise des Gerichts den Eindruck gewinnen kann, die abgelehnten Richter stünden ihm bei der Entscheidung über die zu entscheidenden Fragen insbesondere des Schuldumfangs nicht mehr mit der gebotenen Unvoreingenommenheit gegenüber.

2. Eine den Verfahrensgegenstand betreffende Vortätigkeit eines erkennenden Richters ist, soweit sie nicht den Tatbestand eines Ausschlussgrundes gemäß § 23 StPO erfüllt, nach ständiger Rechtsprechung regelmäßig nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit des Richters i.S. von § 24 Abs. 2 StPO zu begründen, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, die diese Besorgnis rechtfertigen (vgl. BGHSt 21, 142; 21, 334, 341; 24, 336, 337; BGH NJW 1996, 1355, 1357; 1997, 1334, 1336). Das betrifft auch die Mitwirkung eines erkennenden Richters in Verfahren gegen andere Beteiligte derselben Tat.

3. Nach diesen Kriterien grundsätzlich unbedenklich ist die Mitwirkung an einem Urteil über dieselbe Tat gegen einen anderen Beteiligten in einem abgetrennten Verfahren (BGHSt 50, 216, 221). Da eine solche Beteiligung an Vorentscheidungen im nämlichen und in anderen damit zusammenhängenden Verfahren von Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz ausdrücklich vorgesehen und vorausgesetzt wird, kann die Vorbefassung als solche – abgesehen von den in § 22 Nr. 4 und 5, § 23 und § 148a Abs. 2 Satz 1 StPO genannten Ausschließungstatbeständen – die Besorgnis der Befangenheit aus normativen Erwägungen grundsätzlich nicht begründen. Anders verhält es sich lediglich beim Hinzutreten besonderer Umstände, die über die Tatsache bloßer Vorbefassung als solcher und die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen hinausgehen. Dies wäre etwa der Fall, wenn Äußerungen in früheren Urteilen unnötige und sachlich unbegründete Werturteile über einen der jetzigen Angeklagten enthalten oder wenn ein Richter sich bei seiner Vorentscheidung in sonst unsachlicher Weise zum Nachteil des Angeklagten geäußert hat (BGHSt aaO S. 221 f.).

4. Zu einem Einzelfall vorliegender besonderer Umstände bei einer Verfahrensabsprache mit einem der Mitangeklagten mit anschließender Verfahrensabtrennung.

658. BGH 1 StR 157/10 – Beschluss vom 29. Juni 2010 (LG Würzburg)

Strafschärfende Berücksichtigung ausgeschiedener Taten und Gesetzesverletzungen (Anforderungen an den erforderlichen Hinweis; Unzulässigkeit von Verfahrensrügen infolge widersprüchlichen Revisionsvorbringens).

§ 46 StGB; § 154a StPO; § 154 StPO; Art. 6 EMRK

1. Ein nach Maßgabe des Einzelfalls erforderlicher (vgl. BGH NStZ 2004, 277, 278 m.w.N.) Hinweis auf die beabsichtigte Verwertung von gemäß §§ 154, 154a StPO ausgeschiedenem Verfahrensstoff bei der Beweiswürdigung oder Strafzumessung ist keine wesentliche Verfahrensförmlichkeit.

2. In tatsächlicher Hinsicht widersprüchliches Vorbringen innerhalb der Revisionsbegründung kann schon im Ansatz nicht Grundlage einer erfolgreichen Verfahrensrüge sein (BGH NStZ 2008, 353; b. Sander/Cirener NStZ-RR 2008, 1).

667. BGH 1 StR 259/10 – Beschluss vom 1. Juli 2010 (LG Karlsruhe)

Unzulässige Aufklärungsrüge (Darlegungsanforderungen; abgelehnter Beweisermittlungsantrag; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Begründung einer Verfahrensrüge).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 44 StPO

1. Zu den Zulässigkeitsanforderungen an die Aufklärungsrüge.

2. Ist eine Verfahrensrüge auch dann, wenn sie rechtzeitig angebracht worden wäre, inhaltlich nicht zulässig erhoben, so kann offen bleiben, ob ein für sich genommen ins Leere gehender Wiedereinsetzungsantrag gegen die Versäumung der Revisionsbegründungsfrist in einen Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Anbringung dieser Verfahrensrüge umgedeutet werden kann und ob die Gründe der Fristversäumung für sich genommen eine Wiedereinsetzung rechtfertigen könnten (in vergleichbarem Sinne BGH StV 2007, 514).

666. BGH 1 StR 251/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Kempten)

Kein Beweisverwertungsverbot nach mangelnder Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand (Abwägungslehre; Verzicht und Beruhen).

Art. 36 Abs. 1 Buchst. b Satz 3 WÜK; Art. 6 EMRK; § 337 StPO

Der Umstand, dass der Angeklagte vor seiner polizeilichen Beschuldigtenvernehmung nicht über sein Recht auf konsularischen Beistand nach Art. 36 Abs. 1 Buchst. b Satz 3 des Wiener Konsularrechtsabkommens (WÜK) belehrt worden ist, führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. Nicht jeder Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift, die eine Belehrungspflicht vorsieht, zieht ein Beweisverwertungsverbot nach sich. Die Entscheidung für oder gegen ein solches Verbot ist vielmehr aufgrund einer Abwägung der im Rechtsstaatsprinzip angelegten gegenläufigen Gebote und Ziele zu treffen (BGHSt 52, 110, 116).

724. BGH 4 StR 216/10 – Beschluss vom 22. Juni 2010 (LG Halle)

Verfahrenshindernis des wirksamen Eröffnungsbeschlusses; Verfall und Einziehung bei Betäubungsmittelhandel (genaue Bezeichnung; unzureichende Bezugnahmen); Verfall von Wertersatz.

§ 203 StPO; § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG; § 73 StGB; § 74 StGB

1. Über die Eröffnung des Hauptverfahrens und die Zulassung der Anklage ist in der gesetzlich vorgeschriebenen Besetzung mit drei Berufsrichtern unter Ausschluss der Schöffen zu entscheiden. Wird dies nicht beachtet, besteht ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis.

2. Bei einer Einziehungsanordnung müssen die einzuziehenden Gegenstände so genau bezeichnet sein, dass bei allen Beteiligten und der Vollstreckungsbehörde Klarheit über den Umfang der Einziehung besteht; die Bezugnahme auf ein Asservatenverzeichnis genügt nicht. Bei der Einziehung von Betäubungsmitteln gehört dazu insbesondere die Angabe von Art und Menge des einzuziehenden Rauschgifts.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete**774. BGH 5 StR 386/09 – Urteil vom 6. Juli 2010 (LG Berlin)**

BGHSt; Präimplantationsdiagnostik; PID; Embryo; Blastozystenbiopsie; pluripotente Trophoblastzellen; Verbotsirrtum; Absicht, eine Schwangerschaft herbeizuführen (Absichtsbegriff, Bedeutung von Zwischenzielen); redaktioneller Hinweis.

Art. 1 GG; § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG; § 2 Abs. 1 ESchG; § 3 ESchG; § 17 StGB

1. Die nach extrakorporaler Befruchtung beabsichtigte Präimplantationsdiagnostik mittels Blastozystenbiopsie und anschließender Untersuchung der entnommenen pluripotenten Trophoblastzellen auf schwere genetische

Schäden hin begründet keine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG. Deren Durchführung ist keine nach § 2 Abs. 1 ESchG strafbare Verwendung menschlicher Embryonen. (BGHSt)

2. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verlangt Absicht im Sinne eines auf den Erfolg ausgerichteten *dolus directus* ersten Grades. Kommt es dem Täter auf den Erfolgseintritt an, so stehen der Annahme der Absicht weitere Beweggründe oder Nebenzwecke nicht entgegen. Gleichfalls ist die Absicht nicht „bedingungsfeindlich“, der Täter kann sein Handeln also vom Eintritt objektiver Bedingungen abhängig machen und gleichwohl absichtlich handeln. (Bearbeiter)

3. Ein Gebot, dass die extrakorporale Befruchtung ausschließlich der Herbeiführung der Schwangerschaft dienen muss, ist § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG nicht zu entnehmen. Die Absicht der Herbeiführung einer Schwangerschaft muss jedoch jedenfalls handlungsleitend bzw. bewusstseinsdominant sein. (Bearbeiter)

4. In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, dass – ungeachtet seines Haupt- bzw. Endziels – vom Täter verfolgte Zwischenziele eine tatbestandsrelevante Absicht ausmachen können, sofern es ihm auf deren Erreichung ankommt (BGHSt 18, 246, 252 f.; 35, 325, 326 f.). Indessen führt nicht jedes Zwischenziel zwingend zur Tatbestandserfüllung. Ob der Absicht eine den Deliktstypus prägende Bedeutung beizumessen ist, muss vielmehr durch Auslegung des jeweiligen Tatbestandes ermittelt werden. (Bearbeiter)

776. BGH StB 27/09 – Beschluss vom 19. Januar 2010 (OLG München)

Defense Industry Organisation; Iran; geheimdienstliche Agententätigkeit; Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz (Eignung der Tat, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden); Zweck der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (Ausfiltern erkennbar aussichtsloser Fälle); Vorabentscheidungsverfahren (Vorlagepflicht); EuGH; Zuständigkeit des Oberlandesgerichts (äußere Sicherheit; auswärtige Beziehungen; besondere Bedeutung).

§ 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 5c Abs. 2 AWW; § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG; Art. 267 AEUV; Art. 5 Abs. 1 Dual-Use-VO; § 203 StPO; § 74 GVG; § 74c GVG; § 120 GVG

1. § 5c AWW ist von der Öffnungsklausel in Art. 5 Abs. 1 der Verordnung (EG) 1334/2000 (Dual-Use-VO) (jetzt Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EG) 428/2009 (Dual-Use-VO nF)) gedeckt und deshalb zulässiges, durch § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG strafbewehrtes nationales Exportkontrollrecht. (BGHSt)

2. Ein etwaiger Verstoß gegen den Grundsatz des Vorrangs von Gemeinschaftsrecht dadurch, dass Teil I Abschnitt C der nationalen Ausfuhrliste (Anlage AL zur AWW) den Anhang I zu Art. 3 der Verordnung (EG) 1334/2000 (Dual-Use-VO) bzw. der Verordnung (EG) 428/2009 (Dual-Use-VO nF) wiederholt, steht jedenfalls der Anwendbarkeit der Strafnorm des § 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AWG nicht entgegen. (BGHSt)

3. Im Verfahren über die sofortige Beschwerde gegen die Nichteröffnung des Hauptverfahrens besteht keine Pflicht zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV (früher: Art. 234 EGV). (BGHSt)

4. Bei der Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal des „Ausübens einer geheimdienstlichen Tätigkeit“ (§ 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB) ist in Fällen der Lieferung von Gegenständen auch maßgeblich, ob die Gegenstände maßgeblich der Gewinnung von Informationen dienen sollten oder ob ein konspiratives Vorgehen und eine Verbindung des Täters zu einem fremden Geheimdienst bereits darin begründet ist, dass die Lieferung aus anderen Gründen als der Informationsvermittlung verboten war und deshalb getarnt werden musste. (Bearbeiter)

5. Der hinreichende Tatverdacht setzt eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Verurteilung voraus. Der Nachweis der Tat, der ggf. erst am Ende der Hauptverhandlung steht, bzw. die für eine Verurteilung notwendige volle richterliche Überzeugung ist für die Eröffnung des Hauptverfahrens hingegen nicht erforderlich. Auch in Fällen, in denen zunächst gewisse Zweifel verbleiben, kommt die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens regelmäßig nicht in Betracht, weil zur Klärung eben dieser Zweifel die überlegenen Erkenntnismittel der Hauptverhandlung heranzuziehen sind. Die Eröffnungsentscheidung soll erkennbar aussichtslose Fälle herausfiltern, ansonsten aber der Hauptverhandlung nicht vorgreifen. (Bearbeiter)

664. BGH 1 StR 245/09 – Urteil vom 29. Juni 2010 (LG Hamburg)

Versuchter Betrug (Manipulationen der Umsatz- und Ertragszahlen am Neuen Markt; „Fall Falk“); unrichtige Darstellung; Beihilfe zur unrichtigen Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft im Jahresabschluss; Verfall (Erlangtes bei versuchtem Betrug; Wert erlangter Aktien; Bruttoprinzip; entgegenstehende Ansprüche des Verletzten); besonders schwere Fälle der Steuerhinterziehung; sittenwidrige Schädigung.

§ 263 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 400 Abs. 1 AktG; § 331 Abs. 1 Nr. 1 HGB; § 27 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 370 Abs. 3 AO aF; § 826 StGB

1. Aus der Tat erlangt i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB sind alle Vermögenswerte, die dem Begünstigten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen (vgl. BGHSt 52, 227, 246 m.w.N.). Auch bei Betrugstaten ist dabei nicht erforderlich, dass der Täter einen Vermögensvorteil erlangt hat. Zudem stellt auch ein versuchter Betrug eine rechtswidrige Tat i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB, § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB dar, aus der i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB etwas erlangt sein kann. Deshalb kann eine Verfallsanordnung auch an einen lediglich versuchten Betrug anknüpfen, soweit dem Täter oder einem Dritten (§ 73 Abs. 3 StGB) daraus etwas zugeflossen ist.

2. Der Umfang des Erlangten ist zwingend nach Maßgabe des Bruttoprinzips zu bemessen (BGHSt 52, 227, 248). Hiernach sind die Vermögenswerte, die der Täter oder Teilnehmer in irgendeiner Phase des Tatablaufs unmittel-

bar erlangt hat, in ihrer Gesamtheit abzuschöpfen, ohne dass Gegenleistungen oder sonstige Aufwendungen in Abzug gebracht werden (BGHSt 47, 369, 370 f.; 52, 227, 248). Bei der Berechnung des durch einen Kauf Erlangten ist deshalb vom gesamten betrügerisch erlangten Verkaufserlös auszugehen (BGHSt 47, 369, 370 m.w.N.). Anders als in den vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs entschiedenen Fällen (vgl. BGHSt 47, 260, 269 f.; 50, 299, 309 ff.; BGH NStZ-RR 2006, S. 338) sind im vorliegenden Fall die Vermögensbestandteile selbst Gegenstand der mutmaßlichen Tathandlung. Die Erbringung der Leistungen im Rahmen einer Betrugstat ist noch Teil der Tat; erst die täuschungsbedingte Erfüllung des Betruges führt zur Beendigung der Tat.

3. Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für die Anordnung des Verfalls gegenüber einem Drittbegünstigten i.S.v. § 73 Abs. 3 StGB. Auch gegenüber diesen Verfallsbeteiligten ist der Umfang des Erlangten nach Maßgabe des Bruttoprinzips zu bemessen, ohne dass Gegenleistungen oder sonstige Aufwendungen in Abzug gebracht werden (BGHSt 47, 369, 374; 52, 227, 247 f.; BGH NStZ-RR 2004, 214, 215).

4. Erlangt der Angeklagte durch die Tat ein Aktienpaket, so ist strafrechtlich hinsichtlich dessen Bewertung eine verabredete Maßgeblichkeit des Kurswerts am Tag der Erlangung zu übernehmen. Dass für den Weiterverkauf der erhaltenen Aktien eine neunmonatige Sperrfrist vereinbart wurde und dass während dieser Zeit die Kurse dieser Aktien gefallen sind, kann lediglich im Rahmen des § 73c StGB Berücksichtigung finden. Im Hinblick darauf kann das neue Tatgericht erwägen, ob das weitere Verfahren hinsichtlich des Erlangten auf erhaltene „Barzahlungen“ beschränkt werden sollte.

5. Der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB, der der Anordnung des Verfalls nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegenstehen kann (vgl. BGH NStZ 2010, 326), knüpft nicht am Begriff des Vermögensschadens des § 263 StGB an, sondern an einem Schadensbegriff, der sich nach anderen Maßstäben bestimmt (vgl. BGHZ 160, 149; BGH NJW 2005, 2450).

6. Dem Verletzten steht es danach frei, sich mit dem Täter zu einigen und auf einen ihm zustehenden Schadensersatz (oder einen Teil hiervon in einem Vergleich) zu verzichten. Ein Verzicht des Verletzten kann allerdings nicht den staatlichen Verfallsanspruch nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB begrenzen. Der Verletzte kann zwar frei darüber entscheiden, was er vom Täter herausverlangen will, nicht aber darüber, was dieser aus der Tat erlangt hat.

665. BGH 1 StR 245/09 – Beschluss vom 14. Juli 2010 (LG Hamburg)

Vermögensschaden beim Betrug infolge persönlichen Schadenseinschlages (Aktientausch; Vermögensbewertung im Strafrecht); Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgrundsatz; Verschleifungsverbot); redaktioneller Hinweis.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 263 StGB; § 1 StGB

1. Ein Vermögensschaden in Form des persönlichen Schadenseinschlages liegt nahe, wenn die Käuferin eines New-Economy-Unternehmens deutlich erkennbar zum Ausdruck brachte, ein Wachstumsunternehmen erwerben zu wollen, um auf dem europäischen Festland Fuß zu fassen und gegenüber dem Finanzmarkt die Wachstumsstrategie des Erwerbers zu belegen, der Angeklagte jedoch die Umsatzzahlen nach oben manipuliert. Weil die Erwerblerin somit gerade kein Wachstumsunternehmen erwarb, erlangte sie nicht nur ein „minus“, sondern ein für sie unbrauchbares „aliud“.

2. Das Fehlen weiterer Kaufinteressenten steht der Bestimmung eines Marktpreises nicht entgegen. Vielmehr ist in solchen Fällen der Marktpreis aus den Vereinbarungen der Vertragsparteien abzuleiten. Der Wert einer Leistung bestimmt sich dabei nach den Verhältnissen des jeweiligen Marktes, also nach Angebot und Nachfrage. Ist für die angebotene Leistung lediglich ein einziger Nachfragender vorhanden, führt dies aber jedenfalls in rechtlicher Hinsicht nicht dazu, dass ein Marktpreis oder der Wert der Leistung nicht festgestellt werden könnte. Vielmehr bestimmt sich der wirtschaftliche Wert der Leistung dann nach dem von den Vertragsparteien vereinbarten Preis unter Berücksichtigung der für die Parteien des fraglichen Geschäfts maßgeblichen preisbildenden Faktoren. Nur die Parteien sind dann die Marktteilnehmer; sie bestimmen die preisbildenden Faktoren und die Bewertungsmaßstäbe. Lediglich dann, wenn die vertraglichen Vereinbarungen keine sicheren Anhaltspunkte für die Preisbildung bieten, sind allgemeine anerkannte betriebswirtschaftliche Bewertungsmaßstäbe zur Bestimmung des Wertes eines Unternehmens im Strafverfahren heranzuziehen (vgl. BGH wistra 2003, 457).

752. BGH 3 StR 90/10 – Urteil vom 24. Juni 2010 (LG Aurich)

Untreue durch einen Stiftungsvorstand (Vermögensbetreuungspflicht; Dispositionsbefugnis; Beurteilungsspielraum; Ermessensspielraum; Vermögensnachteil: Grenzen des individuellen Schadenseinschlages).

§ 266 StGB; § 6 NdsStiftungsG

1. Da die Pflichtwidrigkeit des Handelns Tatbestandsmerkmal des Missbrauchstatbestandes der Untreue ist, schließt das Einverständnis des Inhabers des zu betreuenden Vermögens bereits die Tatbestandsmäßigkeit aus. Bei juristischen Personen tritt an die Stelle des Vermögensinhabers dessen oberstes Willensorgan für die Regelung der inneren Angelegenheiten.

2. Eine erklärte Einwilligung ist nur dann unwirksam, wenn sie gesetzwidrig oder erschlichen ist, auf sonstigen Willensmängeln beruht oder – wie bei der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz einer juristischen Person – ihrerseits pflichtwidrig ist.

3. Leitungspersonen einer Stiftung, die eine Führungs- und Gestaltungsaufgabe mit Beurteilungs- und Ermessensspielraum wahrnehmen, verletzen erst dann ihre Vermögensbetreuungspflicht, wenn sie zum Zeitpunkt der Entscheidung über ein Rechtsgeschäft die Grenzen

überschreiten, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, am Wohl der Stiftung orientiertes und auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen – insbesondere einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken – beruhendes Handeln bewegen muss.

4. Die Untreue ist ein Vermögensdelikt. § 266 Abs. 1 StGB schützt das zu betreuende Vermögen als Ganzes in seinem Wert, nicht aber die allgemeine Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers. Ob ein Vermögensnachteil eingetreten ist, ist durch einen Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach dem beanstandeten Rechtsgeschäft nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu prüfen (vgl. BGHSt 43, 293, 297 f. und 47, 295, 301 f.; BGH NStZ 2001, 248, 251). Beim Kauf tritt ein Vermögensnachteil regelmäßig nur ein, wenn die erworbene Sache weniger wert ist als der gezahlte Kaufpreis. Bei wirtschaftlich ausgeglichenen Kaufverträgen können Gesichtspunkte eines individuellen Schadenseinschlags einen Vermögensnachteil nur in engen Ausnahmefällen begründen, etwa wenn der Vermögensinhaber durch deren Abschluss zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird oder nicht mehr über die Mittel verfügt, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung aller seiner Verbindlichkeiten unerlässlich sind, und er hierdurch einen Vermögensnachteil erleidet (vgl. BGHSt 16, 321, 327 f.).

672. BGH 1 StR 332/10 – Beschluss vom 28. Juli 2010 (LG Saarbrücken)

Strafzumessung beim Versuch der Steuerhinterziehung (in großem Ausmaß Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt; Taterfolg der Steuerhinterziehung: Vermögensverletzung und Vermögensgefährdung).

§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, Abs. 4 AO; § 23 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB

1. Die Geltendmachung des unberechtigten Vorsteuerbetrages von mehr als 534.000 Euro zielt auf einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil in großem Ausmaß i.S.v. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO ab. Der Umstand, dass ebenso wie das Grunddelikt des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO auch das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO nur versucht worden ist, steht dem nicht entgegen (vgl. BGHSt 33, 370). Für den Eintritt der Regelwirkung der Regelbeispiele besonders schwerer Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 3 Satz 2 AO kann es bei der versuchten Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 2 AO) nur darauf ankommen, ob der Täter nach seiner Vorstellung zur Verwirklichung des Regelbeispiels bereits unmittelbar angesetzt hat.

2. Bei der versuchten Steuerhinterziehung ist auch für die Indizwirkung der Regelbeispiele auf die subjektive Tatseite abzustellen. Die Regelbeispiele der besonders schweren Steuerhinterziehung sind im Ergebnis wie ein Tatbestandsmerkmal zu behandeln, weil sie einen gegenüber dem Tatbestand erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt typisieren (BGHSt 33, 370, 374).

3. Gegenteiliges ergibt sich nicht aus einem Vergleich mit dem Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Var. 1

StGB, für das der BGH annimmt, dass ein bloßer Betrugsversuch die Voraussetzungen des Regelbeispiels des „Herbeiführens eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes“ nicht erfüllen kann (vgl. BGHR § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Vermögensverlust 6; BGH wistra 2007, 183; BGH NStZ-RR 2009, 206, 207), da dies auf dem dort vom Gesetzgeber verwendeten Begriff des Vermögensverlustes beruht.

4. Von der Legaldefinition in § 370 Abs. 4 Satz 1 AO werden auch Vermögensgefährdungen bei verspäteter oder zu niedriger Festsetzung erfasst (vgl. BGHSt 53, 71, 85 Rn. 39).

679. BGH 1 StR 643/09 – Urteil vom 28. Juli 2010 (LG Stuttgart)

Steuerhinterziehung (Schätzung des Taterfolges: konkrete und pauschale Schätzung; Richtsatzsammlungen); absoluter Revisionsgrund (Abwesenheit des Angeklagten; einschränkende Auslegung).

§ 370 AO; § 230 Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 261 StPO

1. Die Anwesenheitspflicht soll dem Angeklagten nicht nur das rechtliche Gehör gewährleisten, sondern soll ihm auch „die Möglichkeit allseitiger und uneingeschränkter Verteidigung, insbesondere durch Stellung von Anträgen auf Grund des von ihm selbst wahrgenommenen Verlaufs der Hauptverhandlung, sichern“ (BGHSt 15, 263, 264). Außerdem soll dem Tatrichter im Interesse der Wahrheitsfindung ein unmittelbarer Eindruck von der Person des Angeklagten, seinem Auftreten und seinen Erklärungen vermittelt werden (vgl. BGHSt 26, 84, 90), insbesondere auch im Hinblick auf die Strafzumessung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Juni 2007 – 2 BvR 136 u. 1447/05, Rn. 89). Aber nur, wenn der Angeklagte in einem – im Hinblick auf die genannten Aspekte – wesentlichen Teil der Hauptverhandlung abwesend ist, begründet dies die Revision (vgl. BGHSt 26, 84, 91). § 338 StPO ist nicht anwendbar, wenn das Beruhen des Urteils auf dem Mangel denkgesetzlich ausgeschlossen ist (vgl. BGHR StPO § 338, Beruhen 1).

2. Nicht jede Sachverhandlung, auf die es etwa zur Fristwahrung gemäß § 229 Abs. 1 StPO ankommt, wie die Verhandlung über die Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten (BGHR StPO § 229 Abs. 1, Sachverhandlung 1), die gerichtliche Entscheidung eines Ordnungsmittel- und Kostenbeschlusses gegen einen Zeugen oder die Entscheidung über etwaige Zwangsmaßnahmen gemäß § 51 StPO, sind wesentliche Verhandlungsteile i.S.v. § 338 Nr. 5 StPO. Die Entgegennahme von Beweisanträgen ist Sachverhandlung in diesem Sinne (vgl. BGHR StPO § 229 Abs. 1, Sachverhandlung 5).

3. Ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung i.S.v. § 338 Nr. 5 StPO liegt im Hinblick auf einen Angeklagten nicht vor, wenn denkgesetzlich ausgeschlossen ist, dass bezüglich des Prozessgeschehens in seiner Abwesenheit sein Anspruch auf rechtliches Gehör sowie seine prozesualen Mitgestaltungsrechte beeinträchtigt worden sind. Der Verhandlungsteil darf auch sonst das Ergebnis der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) nicht bestimmt haben können.

4. Auch im Steuerstrafverfahren ist die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen zulässig, wenn zwar feststeht, dass der Steuerpflichtige einen Besteuerungstatbestand erfüllt hat, das Ausmaß der verwirklichten Besteuerungsgrundlagen aber ungewiss ist. Dies gilt auch und gerade dann, wenn Belege nicht mehr vorhanden sind. Fehlende Buchhaltung befreit nicht von strafrechtlicher Verantwortung. Dies gilt auch dann, wenn keine handelsrechtliche Buchführungspflicht besteht, etwa ab dem Geschäftsjahr 2008 in den Fällen des § 241a HGB, zumal besondere steuerrechtliche Aufzeichnungspflichten (z.B. §§ 141 ff. AO, § 22 UStG i.V.m. §§ 63 ff. UStDV) hiervon unberührt bleiben. Zur Durchführung der Schätzung kommen die auch im Besteuerungsverfahren anerkannten Schätzungsmethoden einschließlich der Heranziehung der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen zur Anwendung (BGHR AO § 370 Abs. 1, Steuer-schätzung 3).

5. Der Tatrichter muss dann in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar darlegen, wie er zu den Schätzungsergebnissen gelangt ist (BGH, Beschluss vom 26. April 2001 – 5 StR 448/00; zu den Anforderungen an die Feststellung und die Beweiswürdigung von Besteuerungsgrundlagen in steuerstrafrechtlichen Urteilen vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2009 – 1 StR 718/08 Rn. 11 ff., BGHR StPO § 267 Abs. 1, Steuerhinterziehung 1; vgl. auch BGH, Beschluss vom 25. März 2010 – 1 StR 52/10). Erweist sich eine konkrete Ermittlung oder Schätzung der tatsächlichen Umsätze danach von vorneherein oder nach entsprechenden Berechnungsversuchen als unmöglich, kann pauschal geschätzt werden, etwa unter Heranziehung der Richtwerte für Rohgewinnaufschlagsätze aus der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen. Eine auch nur annähernd zutreffende konkrete Ermittlung wird in aller Regel schon dann von vorneherein nicht möglich sein, wenn Buchungsbelege völlig fehlen.

6. Bei der Festsetzung des Rohgewinnaufschlagsatzes muss sich das Gericht nicht zugunsten eines Angeklagten an den unteren Werten der in der Richtsatzsammlung genannten Spannen orientieren, wenn sich Anhaltspunkte für eine positivere Ertragslage ergeben, wie z.B. ein guter Standort, sonst nicht erklärbare Vermögenszuwächse oder örtliche Vergleichsdaten.

663. BGH 1 StR 239/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Kiel)

Verfall von Wertersatz nach Steuerhinterziehung (Verschiebungsfälle; entgegenstehende Ansprüche des Steuerfiskus).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 370 AO

1. Der Umstand, dass die erlangte Geldsumme aus Steuerhinterziehungen (§ 370 AO) des Angeklagten stammte, steht der Anordnung des Verfalls von Wertersatz gemäß § 73a i.V.m. § 73 Abs. 3 StGB nicht entgegen. Aus der Tat erlangt sind auch die hinterzogenen Steuern.

2. Die Anordnung des Verfalls richtet sich in einem sog. Verschiebungsfall gegen die Person, die bestimmungsgemäß die (hinterzogene) Geldsumme durch eine Kette unentgeltlicher Zuwendungen erlangt. Bei dieser Fallge-

staltung lässt der Täter oder Teilnehmer die Tatvorteile einer anderen Person unentgeltlich oder aufgrund eines jedenfalls bemakelten Rechtsgeschäfts zukommen, um sie dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen oder um die Tat zu verschleiern (vgl. BGHSt 45, 235, 245f.).

686. BGH 2 StR 203/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Frankfurt am Main)

Voraussetzungen des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Mitsichführen).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Ein Mitsichführen im Sinne des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG liegt dann vor, wenn die Schusswaffe bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich getragen wird, dass sich der Täter ihrer jederzeit bedienen kann. Am eigenen Körper muss die Waffe nicht getragen werden; es genügt, wenn sie sich in Griffweite befindet. Der Wille des Täters, die Waffe gegebenenfalls einzusetzen, ist nicht erforderlich. Setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten zusammen, reicht es zur Tatbestandserfüllung aus, wenn der qualifizierende Umstand nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist (vgl. nur BGHSt 42, 368; 43, 8, 10; BGH NJW 1999, 3206, 3207). Dafür genügt es nicht, wenn das Rauschgift und die Waffe beide in einer Wohnung gelagert werden, sich die Waffe aber in einem verschlossenen Tresor im Abstellraum der Wohnung befindet und binnen eines Zeitraums von 30 Sekunden gebrauchsbereit war. Ein Vorhandensein der in einem Behältnis gelagerten Schusswaffe in einem anderen Raum ist in der Regel nicht genügend (BGH NStZ 2000, 433).

708. BGH 2 StR 588/09 – Beschluss vom 30. Juni 2010 (LG Gera)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Handlungseinheit; Bewertungseinheit).

§ 29 BtMG

Wird eine zum Weiterverkauf erworbene Rauschgiftmenge in eine andere Menge umgetauscht, weil die gelieferte Qualität nicht den Erwartungen entspricht, so sind die Bemühungen um die Rückgabe der mangelhaften und die Nachlieferung einer mangelfreien Ware auf die Abwicklung ein- und desselben Rauschgiftgeschäfts gerichtet (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2005, 232, StV 2007, 83; Senatsbeschlüsse vom 23. September 2009 – 2 StR 325/09, vom 30. September 2009 – 2 StR 323/09 und vom 22. Januar 2010 – 2 StR 563/09).

722. BGH 4 StR 210/10 – Urteil vom 8. Juli 2010 (LG Bielefeld)

Konkurrenzen beim bewaffneten Handeltreiben; unerlaubte Erwerb von Betäubungsmitteln (Sich-Verschaffen); rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Sicherungsverwahrung (Verhältnis zu § 64 StGB; Hang; Sucht).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 64 StGB

1. Das in § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG genannte Qualifikationsmerkmal prägt, auch wenn es nur bei einem einzelnen auf Umsatz gerichteten Teilakt verwirklicht ist, das gesamte einheitliche Geschehen, so dass eine Tat des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in

nicht geringer Menge vorliegt (vgl. BGHR BtMG § 30 a Abs. 2 Mitsichführen 2). Für eine Tateinheitliche Verurteilung wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ist daneben kein Raum.

2. Soweit der Angeklagte die Betäubungsmittel zum Eigenkonsum erwirbt, erfüllt dies nicht die Alternative des unerlaubten Sichverschaffens, sondern die des unerlaubten Erwerbs im Sinne des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Der Tatbestand des Erwerbs ist dann erfüllt, wenn der Täter die Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer erlangt hat. Nur wenn ein solches Zusammenwirken nicht vorliegt oder nicht nachweisbar ist, liegt der

Auffangtatbestand des Sichverschaffens vor (vgl. BGH StV 1993, 570 f.).

3. Nach ständiger Rechtsprechung kommt es auf die Ursache für die fest eingewurzelte Neigung zu Straftaten nicht an. Deshalb scheidet, selbst wenn sich eine Monokausalität der Suchterkrankung eines Täters für dessen Kriminalität ausnahmsweise feststellen ließe, die Annahme eines Hanges im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB neben der eines Hanges im Sinne von § 64 StGB nicht aus. Der für die Anordnung der Sicherungsverwahrung erforderliche Hang hätte seine Ursache in einem solchen Fall ausschließlich in der Suchterkrankung.

Aufsätze und Anmerkungen

Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue: Weißer Ritter oder feindliche Übernahme?

Zum Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010 2 BvR 2559/08 = HRRS 2010 Nr. 656

Von Wiss. Ass. Dr. Christian Becker, Bucerius Law School, Hamburg

I. Einleitung

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 266 StGB sind in der wissenschaftlichen Diskussion seit langem allgegenwärtig.¹ Ein damit verbundener „Abnutzungseffekt“² wäre allerdings fatal. Denn der Zustand der Verfassungswidrigkeit – unterstellt, die diesbezügliche Kritik träge zu – würde nicht weniger bedenklich dadurch, dass es sich um einen „Tatbestand des Kernstrafrechts handelt, der seit Bestehen der Bundesrepublik fast unverändert gilt, seit Jahrzehnten hunderttausendfach angewendet und bis in die entferntesten Winkel seiner Verästelungen ausgeleuchtet wurde“.³ Im Gegenteil: Gerade jetzt, wo die Untreue insbesondere im Wirtschaftsleben eine scheinbar beispiellose Konjunktur erlebt⁴, wäre die

Kritik lautstark zu formulieren. Zudem könnte man im Zuge der strafrechtlichen Aufarbeitung der Finanzkrise⁵ befürchten, dass die strukturelle Weite des Untreuetatbestandes „genutzt“ wird, um vermeintlich unmoralische bzw. strafwürdige Verhaltensweisen strafrechtlich zu erfassen, und so dem allorts vorzufindenden „Volkszorn“ Genüge zu tun.⁶

Tatsächlich wurden die seit Jahrzehnten schwelenden Bedenken nun an berufener Stelle zu Gehör gebracht, als sich jüngst – zum zweiten mal innerhalb von 15 Monaten⁷ – das BVerfG mit der Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB bzw. seiner Auslegung durch die Fachgerichte zu befassen hatte. Der Verf. gelangt in seiner vorliegenden Besprechung der aktuellen Entscheidung zu der Einschätzung, dass ihre verfassungsrechtliche Grundaus-

¹ Jüngst etwa P.A. Albrecht, in: FS f. Hamm (2008), S. 1 ff.; eindringlich Labsch, Untreue (§ 266 StGB) Grenzen und Möglichkeiten einer restriktiven Deutung (1983), S. 189 ff.; „klassisch“ Hellmuth Mayer, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band 1 (1954), S. 337.

² Vgl. Perron GA 2009, 219 f.

³ Fischer StV 2010, 95, 97.

⁴ Freilich spiegelt sich dieser immer wieder behauptete Zustand in den Zahlen der polizeilichen Kriminalstatistik (abrufbar unter www.bka.de) nur bedingt wieder. Die absoluten Fallzahlen liegen nach wie vor unter 13.000 und einem Anstieg der erfassten Fälle um 14,3 % im Jahr 2009 ging ein Rückgang um 13,8 % im Vorjahr voraus.

⁵ Vgl. hierzu den von Schönemann herausgegebenen Sammelband „Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder organisierte Kriminalität?“, 2010.

⁶ Bislang lässt sich eine solche Entwicklung freilich noch nicht empirisch beobachten, vgl. Fischer NSTZ-Sonderheft 2009, 8, 9 f. I.Ü. drohen dabei die eigentlichen Ursachen und die notwendigen politischen Entscheidungen „im Nebel der strafrechtlichen Verschwommenheit“ aus den Augen verloren zu werden, vgl. P.A. Albrecht, in: FS f. Hamm, S. 1, 10 (im Kontext des Mannesmann-Verfahrens).

⁷ Vgl. BVerfG NJW 2009, 2370 = HRRS 2009 Nr. 558 m. Bspr. Fischer StV 2010, 95 ff.

richtung zu begrüßen ist, während die untreuenspezifischen Erwägungen meist nicht überzeugen können.

II. Die „moderne Untreue“ auf dem Prüfstand

Den zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfahren lagen Sachverhalte zugrunde, die in der Untreuedogmatik mit den Schlagworten *schwarze Kassen* bzw. *Kredituntreue* verknüpft sind.⁸ Dabei handelt es sich um zwei der exponiertesten Themen⁹ der viel diskutierten „modernen Untreue“. Das BVerfG befasst sich im aktuellen Beschluss sowohl mit der Bestimmtheit des Untreuetatbestandes als solchem als auch mit seiner Auslegung in den genannten Fallgruppen bzw. den verfahrensgegenständlichen Fällen. Dies wird im Folgenden – nach einer Kurzdarstellung der relevanten Sachverhalte – kritisch gewürdigt.

1. Kurzdarstellung der Sachverhalte

Der Bf. im Fall „Siemens“ war Mitglied des dem Zentralvorstand untergeordneten Vorstands des Geschäftsbereichs „Power Generation“. Er fand bei Beginn seiner Tätigkeit ein dem Zentralvorstand nicht bekanntes System verdeckter Konten vor, das er in der Folgezeit fortführte. Aufgrund dieser Feststellungen wurde er schließlich vom 2. BGH-Strafsenat verurteilt, der bereits in der Einrichtung der Schwarzen Kassen, an der jedoch der Bf. unstreitig nicht beteiligt war, die Zufügung eines endgültigen Schadens erblickte.¹¹ Der Bf. rügte einen Verstoß gegen das Analogieverbot, da das ihm allein vorgeworfene Unterlassen der Zuwendung eines Vorteils nicht als „Nachteil“ i.S.d. § 266 StGB aufgefasst werden könne.

Im Verfahren zum sog. „Berliner Bankenskandal“ ging es um fünf Vorstände einer Bank, die Kredite an eine Immobiliengesellschaft vergaben. In der Ausreichung des verfahrensgegenständlichen Kredits in Höhe von circa 20.000.000 DM sah die Strafkammer – insofern vom 5. BGH-Strafsenat unbeanstandet¹² – eine „gravierende Pflichtverletzung“, da u.a. die Chancen und Risiken des Engagements nicht ordnungsgemäß abgewogen worden seien. Das LG bejahte zudem einen Nachteil in Gestalt eines Gefährdungsschadens in Höhe der gesamten Kreditsumme abzgl. eines durch Realsicherheiten gedeckten Teils. Dies hielt der BGH zwar der Höhe nach für verfehlt, da eingegangene Zins- und Tilgungsleistungen nicht berücksichtigt wurden. Dennoch wurde das Urteil

⁸ Das weitere Verfahren, in dem es um die Gewährung von Prämien durch den Vorstand einer Krankenkasse ging, wird hier nicht behandelt.

⁹ Vgl. monographisch zu „schwarzen Kassen“ *Strelczyk*, Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen (2008); zur Kredituntreue *Martin*, Bankuntreue (2000).

¹⁰ Beispielhaft aus dem jüngeren Schrifttum zu § 266 StGB etwa *Beulke*, in: FS f. Eisenberg (2009), S. 245 ff.; *Saliger* HRRS 2006, 10 ff.; *Bernsmann* GA 2007, 219 ff.; *Perron* GA 2009, 219 ff.; vgl. auch die pointierte Beschreibung der Diskussion bei *Schünemann* StraFo 2010, 1 ff.

¹¹ BGHSt 52, 323 = HRRS 2008 Nr. 1100.

¹² *wistra* 2009, 189 = HRRS 2009 Nr. 283.

bestätigt, da sich die fehlerhafte Schadensberechnung nach Ansicht des 5. Strafsenates nicht nachteilig für die Angeklagten ausgewirkt habe. Die Bf. griffen mit ihrer Verfassungsbeschwerde sowohl die Auslegung des Pflichtwidrigkeits- als auch des Nachteilsmerkmals an.

2. Zur (Un-) Bestimmtheit des Untreueparagrafen

Um die vom BVerfG bzgl. § 266 StGB vorgenommene Bestimmtheitsprüfung zu beurteilen, ist vorab der Inhalt des Bestimmtheitsgebotes darzustellen.

a) Das Bestimmtheitsgebot im Allgemeinen

Das aus Art. 103 Abs. 2 GG/§ 1 StGB folgende Bestimmtheitsgebot¹³ verlangt, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit vom Gesetzgeber so präzise umschrieben werden, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten erkennbar sind bzw. sich durch Auslegung ermitteln lassen.¹⁴ Freilich wäre ein in diesem Sinne *strenges* Bestimmtheitsgebot *a priori* unerfüllbar.¹⁵ Praktisch jeder Straftatbestand weist Randbereiche auf, in denen nicht einmal der Jurist präzise sagen kann, ob ein Verhalten dem Tatbestand unterfällt oder nicht. Der Grund hierfür liegt insbesondere im notwendig allgemeinen und daher vagen Charakter der gesetzlichen Formulierungen sowie in der Vielschichtigkeit und Komplexität der sozialen Wirklichkeit, deren Gestaltung Ziel des Strafrechts ist.¹⁶ Zudem ist der Bestimmtheitsbegriff selber durch eine erhebliche Unbestimmtheit gekennzeichnet.¹⁷ Über die Umschreibungen „Vorhersehbarkeit“ bzw. „Erkennbarkeit“ hinaus haben sich kaum intersubjektiv prüfbare Kriterien durchgesetzt.¹⁸

¹³ Zur üblichen Unterteilung des Gesetzlichkeitsprinzips (Rückwirkungsverbot, Verbot strafbegründenden oder strafschärfenden Gewohnheitsrechts, Analogieverbot und Bestimmtheitsgebot) statt Vieler *Roxin*, StrafR AT I, 4. A. (2006), § 5 Rn. 7 ff.; diff. *Kuhlen*, in: FS f. Otto (2007), S. 89, 91 ff.

¹⁴ BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 (im folgenden Text mit den Randziffern der amtlichen Entscheidungsgründe zitiert) Rz. 72; st. Rspr., vgl. nur BVerfGE 105, 135, 153; *Satzger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB (2009), § 1 Rn. 17; *Dannecker*, in: LK-StGB, 12. A. (2006), § 1 Rn. 179; zu den Zwecken des Bestimmtheitsgebotes *Gaede*, in: AnwK-StGB (2010), § 1 Rn. 2 m.w.N.

¹⁵ *Kuhlen*, in: FS f. Otto, S. 89, 94; weitgehend *Schmidhäuser*, in: GS f. Martens (1987), S. 231 ff.: „Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie“; vgl. auch *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht (2005), S. 438; *Schmitz*, in: MK-StGB (2003), § 1 Rn. 40.

¹⁶ Vgl. etwa BVerfGE 4, 352, 358; 28, 175, 183; 47, 109, 121; im Ausgangspunkt unstreitig, näher *Hassmer/Kargl*, in: NK-StGB, 3. A. (2010), § 1 Rn. 16 ff.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 13), § 5 Rn. 68 ff.; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. A. (2010), § 1 Rn. 19 ff.; *Lenckner* JuS 1968, 304 f.; *Kuhlen*, in: FS f. Otto, S. 89, 94 f.

¹⁷ *Schünemann*, in: LK-StGB, 11. A. (1998), § 266 Rn. 29; *Kuhlen*, in: FS f. Otto, S. 89, 94.

¹⁸ *Kuhlen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen (2006), S. 94; ähnlich *Simon*, a.a.O. (Fn. 15), S. 451 f.; vgl. aber den Ansatz von *Schünemann*, Nulla poena sine lege? (1978), S. 29 ff.

In der Literatur wird dennoch zu Recht die Bedeutung des Bestimmtheitsgebotes betont.¹⁹ Ein Verständnis, das vom geltenden Strafrecht lediglich „einen Torso“ übrig ließe, wird dem Umgang mit den inneren Widersprüchlichkeiten des Verfassungspostulates jedoch nicht gerecht.²⁰ Sinnvollerweise ist das Bestimmtheitsgebot im Sinne eines Argumentationsprinzips²¹ zu begreifen, das mit anderen verfassungsrechtlich verbürgten Prinzipien im Sinne einer praktischen Konkordanz in Einklang zu bringen ist.²² Solche ggf. kollidierenden Prinzipien sind insb. die Gewährleistung möglichst schuldangemessener bzw. materiell gerechter Einzelfallentscheidungen sowie eines unverzichtbaren Rechtsgüterschutzes. Ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot liegt demnach vor, wenn sich für eine unbestimmte Strafnorm aus kollidierenden Verfassungsprinzipien keine Rechtfertigung herleiten lässt.²³ Dies stimmt mit dem Postulat „größtmöglicher Bestimmtheit“²⁴ überein, wobei das Maß dessen, was an Bestimmtheit „möglich“ ist, durch die kollidierenden Prinzipien determiniert wird.

b) Die tatbestandliche Bestimmtheit des § 266 StGB im Besonderen

Der Zweite Senat hält § 266 StGB für „noch“ mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar.²⁵ Er charakterisiert die Untreue im Einklang mit der herrschenden Ansicht im Schrifttum als reines Vermögensdelikt, das den Vermögensinhaber vor Schädigungen „von innen heraus“ schützt.²⁶ Ein solcher Tatbestand, wie er sich in zahlreichen europäischen Rechtsordnungen finde, könne nicht als Ausfluss nationalsozialistischer Gedankenguts angesehen werden.²⁷ Seine Weite resultiere vor allem aus dem weitgehenden Verzicht auf Sondertatbestände für einzelne Treueverhältnisse.²⁸ Darüber hinaus knüpfe das Merkmal der Pflichtverletzung an außerstrafrechtliche

Normen und Wertungen an, die ihrerseits erst den Maßstab für die strafbewehrte Pflicht festlegen.²⁹ Auch der Nachteilsbegriff weise einen erheblichen Konkretisierungsbedarf auf, da es sich beim Vermögen als seinem Bezugspunkt „nicht um einen der sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglichen Gegenstand handelt, sondern um eine wirtschaftliche Größe, deren Umfang zu einem bestimmten Zeitpunkt sich erst aus einer – auch normative Elemente enthaltenden – Bewertung ergibt“.³⁰

Jedoch, so der Zweite Senat, lasse der Untreuetatbestand „eine konkretisierende Auslegung zu, die die Rechtsprechung in langjähriger Praxis umgesetzt und die sich in ihrer tatbestandsbegrenzenden Funktion als tragfähig erwiesen hat“.³¹ So sei die „gefestigte Rechtsprechung“ zur Eingrenzung des Merkmals der qualifizierten Treuepflicht, der zufolge eine mit Entscheidungsspielraum ausgestaltete fremdnützige Vermögensfürsorge den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung zwischen Treugeber und Treunehmer bilden muss, geeignet, „den Anwendungsbereich des Untreuetatbestandes im Sinne der dahinterstehenden Schutzkonzeption zu begrenzen“.³² Insbesondere würden hierdurch einfache vertragliche (Neben-) Pflichten mit Vermögensbezug nicht von § 266 StGB erfasst.³³ Das Merkmal der Pflichtverletzung werde durch die Beschränkung auf Fälle „klarer und deutlicher (evidenter)“ Verstöße sowie durch das zusätzliche Kriterium der „gravierenden Pflichtverletzung“ hinreichend konturiert.³⁴ Hinsichtlich der Anwendung des Nachteilsbegriffs fordert das Gericht die Wahrung eines wirtschaftlichen Ausgangspunktes, um den Charakter der Untreue als Vermögens- bzw. Verletzungsdelikt zu erhalten.³⁵ Normative Erwägungen bei der Schadensfeststellung seien nicht gänzlich eliminierbar, dürfen aber nicht die Verdrängung wirtschaftlicher Überlegungen zur Folge haben. Um „die Schadensfeststellung auf eine sichere Grundlage zu stellen“, sei auf in der wirtschaftlichen Praxis entwickelte „geeignete Methoden zur Bewertung von Vermögenspositionen“ zurückzugreifen.³⁶

¹⁹ Ausf. und m.w.N. Gaede, a.a.O. (Fn. 14), § 1 Rn. 25 f. Nachw. zur Kritik an der fortschreitenden Unbestimmtheit des Strafrechts bei Roxin, a.a.O. (Fn. 13), Rn. 68.
²⁰ Kuhlen, Auslegung (Fn. 18), S. 94 f.; vgl. auch Jakobs, StrafR AT, 2. A. (1991), 4/1.
²¹ Zum Begriff des Argumentationsprinzips näher Alexy, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003), S. 217, 223 ff.
²² Kuhlen, in: FS f. Otto, S. 89, 95 f.; ders., Auslegung (Fn. 18), S. 94 f.
²³ Zu praktisch ähnlichen Lösungen dürfte die Auffassung von Roxin (a.a.O. [Fn. 13] § 5 Rn. 75 m.w.N.) gelangen, wonach eine Norm dann hinreichend bestimmt ist, wenn sie ihren Schutzzweck erkennen lässt und der Wortlaut einer beliebigen Interpretation entgegensteht. Eine Norm, die diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann nicht durch das Prinzip eines effektiven Rechtsgüterschutzes gerechtfertigt werden, da sie diesen zu leisten nicht imstande ist.
²⁴ S. etwa Satzger, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 20; Schmitz, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 41 m.w.N.; krit. dazu Schünemann, Nulla poena (Fn. 18), S. 33 f.
²⁵ So die Formulierung in Rz. 85; vgl. zuvor BVerfG NJW 2009, 2370 a.E.: „§ 266 I StGB verstößt nicht ohne Weiteres gegen das Bestimmtheitsgebot“, dazu Fischer StV 2010, 95, 97.
²⁶ Rz. 86 f.; eingehend Schünemann, a.a.O. (Fn. 17), Rn. 2 u. 17 ff.; ferner Rönnau ZStW 119 (2007), 887, 890 ff. m.w.N.
²⁷ Rz. 89; vgl. dagegen P.A. Albrecht, in: FS f. Hamm, S. 1; rechtsvergleichend zur Untreue jüngst Rönnau ZStW 2010, Heft 2, 299 ff.
²⁸ Rz. 91.

²⁹ Rz. 96.
³⁰ Rz. 103.
³¹ Rz. 106. Jedoch kann ein zu unbestimmter Tatbestand nicht durch eine konkretisierende Auslegung „geheilt“ werden, da die Judikative nicht die dem Gesetzgeber obliegende Bestimmungsleistung „nachholen“ kann, vgl. aber BVerfGE 93, 266, 292 (zu § 185), dazu Kuhlen, Auslegung (Fn. 18), S. 98 m. Fn. 690 und 691 sowie ders., in: FS f. Otto, S. 89, 104.
³² Rz. 110.
³³ Rz. 109 f., vgl. aber BGHSt 52, 182 = HRRS 2008 Nr. 568 m. krit. Anm. Rönnau NSTZ 2009, 632; BGHSt 41, 224 m. krit. Anm. Sowada JR 1997, 28 ff. (Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters von Wohnraum bzgl. der Verwahrung der Mietkaution).
³⁴ Rz. 111 f.; zum Streitstand bzgl. der „gravierenden Pflichtverletzung“ instruktiv Rönnau, ZStW 119 (2007), 887, 909 ff.
³⁵ Rz. 113 ff.
³⁶ Rz. 114. Wie später gezeigt wird, kann der Rückgriff auf Bewertungsmethoden aus der Wirtschaftspraxis diesen vom Zweiten Senat hier ausgestellten „Scheck“ leider nicht einlösen.

Die Annahme, § 266 StGB sei mit dem Bestimmtheitsgebot zu vereinbaren, verdient Zustimmung.³⁷ Hält man eine Vorschrift, die den Vermögensinhaber gegen Schädigungen „von innen heraus“ schützt, für sinnvoll und notwendig,³⁸ so lassen sich kaum präzisere Tatbestandsformulierungen erdenken, die den Bereich der hiernach zu erfassenden Lebenssachverhalte abdecken. Die verschiedenen „Betreuungsverhältnisse“ werden dadurch geeint, dass der Treunehmer gegenüber dem Vermögensinhaber eine qualifizierte Pflicht im Umgang mit dem Vermögen übernimmt. Dieses Erfordernis kommt im Wortlaut in hinreichender Form zum Ausdruck, denn das „Wahrnehmen“ bzw. das „Betreuen“ von Vermögensinteressen ist schon sprachlich etwas anderes als das bloße „Aufbewahren“ von Geld oder der sonstige „einfache“ Umgang mit fremdem Vermögen. Auch der Verweis auf außerstrafrechtliche Regelungen ist eine Konsequenz der Struktur der Untreue. Ob ein Verhalten gegen die qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht verstößt, kann sich im Ausgangspunkt nur aus dem Inhalt des Treueverhältnisses ergeben, in dem diese Pflicht ihren Ursprung hat. Will man Verstöße gegen solche Treuepflichten pönalisieren, so ist die grundsätzliche Akzessorietät eines entsprechenden Tatbestandes unausweichlich.³⁹ Schließlich begegnet auch das Merkmal des Vermögensnachteils als solches keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.⁴⁰ Abstraktheit und Weite der Formulierung des Untreuetatbestandes ließen sich daher im Ergebnis nur durch den Verzicht auf eine Vorschrift mit entsprechender Schutzkonzeption vermeiden.

Aus Art. 103 Abs. 2 GG ergeben sich angesichts dieser strukturell bedingten Weite des Tatbestandes als solchem⁴¹ erhöhte Anforderungen an dessen restriktive Auslegung. Die Grundlagen des insoweit geltenden Prüfungsmaßstabs sind im Folgenden darzustellen.

3. „Richtige“ und „falsche“ Auslegung im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG

Dem „klassischen“ Verständnis von Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot entspräche es, die Bestimmtheitsprüfung auf die Tatbestandsformulierung als solche zu beschränken und die Auslegung durch die Gerichte ausschließlich im Hinblick auf Wortlautüberschreitungen zu kontrollieren. Tatsächlich wird diese strikte Trennung bzw. Beschränkung durch BGH und BVerfG im Ergebnis zu Recht nicht immer praktiziert.⁴² Charakteristisch ist die 2. „Sitzblockaden-Entscheidung“ des BVerfG⁴³, in der

die Auslegung des Gewaltmerkmals in § 240 StGB durch die Fachgerichte explizit mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot geprüft wird.⁴⁴ Verfassungsrechtlich unzulässig sei eine Auslegung, die einzelne Tatbestandsmerkmale „entgrenze“.⁴⁵ Im aktuellen Beschluss heißt es, die Gerichte dürfen nicht „durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu beitragen, bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen“. Vielmehr seien sie verpflichtet, solche Unklarheiten durch eine konkretisierende und präzisierende Auslegung im Rahmen des Möglichen auszuräumen.⁴⁶

Zudem lässt das BVerfG zunehmend systematische und teleologische Erwägungen in die Überprüfung der Gesetzesauslegung durch die Fachgerichte einfließen.⁴⁷ Untersagt sei über die Analogie im „engeren technischen Sinn“ hinaus „jede Rechtsanwendung, die – tatbestandsausweitend – über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht“.⁴⁸ Sofern „bei methodengerechter Auslegung ein Verhalten nicht strafbewehrt ist, obwohl es vom Wortlaut des Strafgesetzes erfasst sein könnte“, sei den Gerichten eine Bestrafung verwehrt.⁴⁹ Ferner sei eine Auslegung auch innerhalb des möglichen Wortsinnes untersagt, bei der einzelne Tatbestandsmerkmale vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen „aufgehen“, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden.⁵⁰

Diese Erweiterung des Prüfungsumfanges⁵¹ ist zu begrüßen. Da die Tatbestandsformulierung selbst aus den dargestellten Gründen nie das nötige Maß an Vorhersehbarkeit gewährleisten kann, sondern Gesetz und Rechtsprechung „im arbeitsteiligen Zusammenwirken“ die Grenzen der Strafbarkeit festlegen⁵², ist die Erstreckung des Bestimmtheitsgebotes auf die richterliche Auslegung konsequent.⁵³ Angesichts der Porosität und Vagheit der Umgangssprache⁵⁴ überzeugt es ferner, dass die Beachtung des – ohnehin schwer feststellbaren – umgangssprachlichen Wortsinnes zwar die *äußerste*, nicht aber die einzige Grenze der verfassungsrechtlich zulässigen Gesetzesinterpretation ist.⁵⁵ Nicht eindeutig ist jedoch, wie weit die hieraus resultierende Prüfungskompetenz im

³⁷ Eingehend *Schünemann*, a.a.O. (Fn. 17), Rn. 29 ff. in Auseinandersetzung mit der Kritik von *Labsch*; jüngst i. Erg. ebenso *Saliger*, in: SSW-StGB (Fn. 15), § 266 Rn. 4; *Perron*, in: Sch/Sch (Fn. 17), § 266 Rn. 1, -jew. m.w.N.

³⁸ Dazu *Saliger*, a.a.O. (Fn. 37), Rn. 3 m.w.N.

³⁹ Zur Zivilrechtsakzessorietät instruktiv *Rönnau* ZStW 119 (2007), 887, 906 ff. m.w.N.; zu möglichen Einschränkungen bei Verstößen gegen außerstrafrechtliche Normen ohne hinreichenden Vermögensbezug s. unten 5. b) aa).

⁴⁰ Vgl. auch *Schünemann* StraFo 2010, 1, 3.

⁴¹ Eingehend *Ransiek* ZStW 116 (2004), 634, 640 ff.

⁴² Näher *Simon*, a.a.O. (Fn. 15), S. 444 ff. m.w.N.; die unterschiedlichen Konstellationen systematisierend *Kuhlen*, in: FS f. Otto, S. 89, 98 ff.; *Gaede*, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 21 ff.

⁴³ BVerfGE 92, 1 ff.

⁴⁴ Dazu *Simon*, a.a.O. (Fn. 15), S. 446 ff.; allg. *Kuhlen*, in: FS f. Otto, S. 89, 102 ff.; *Gaede*, a.a.O. (Fn. 14), § 1 Rn. 19 ff.

⁴⁵ BVerfGE 92, 1, 17 (zum Gewaltbegriff).

⁴⁶ Rz. 81.

⁴⁷ Beispielhaft der Kammerbeschluss zu § 142 StGB, vgl. BVerfG HRRS 2007 Nr. 326=NJW 2007, 1666 m. Anm. *Simon* und Bespr. *Küper* NStZ 2008, 597 ff.; eingehend dazu *Beulke*, in: FS f. Maiwald (2010), S. 21 ff.; allg. *Gaede*, a.a.O. (Fn. 14), § 1 Rn. 28 ff.: „erweitertes Analogieverbot“.

⁴⁸ Rz. 78 m.w.N.

⁴⁹ Rz. 80.

⁵⁰ Rz. 79; zu dieser „Verschleifung“ als Strukturproblem bei § 266 StGB *Saliger* ZStW 111 (2000), 569 ff.; 609 ff.

⁵¹ *Kuhlen* (FS f. Otto, S. 89, 103) spricht von „Rechtsfortbildung“.

⁵² Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Fn. 13), § 5 Rn. 28.

⁵³ Näher *Gaede*, a.a.O. (Fn. 14), § 1 Rn. 19.

⁵⁴ Eingehend und krit. zum Verhältnis Umgangssprache/Fachsprache im Kontext des Analogieverbotes *Simon*, a.a.O. (Fn. 15), S. 111 ff.

⁵⁵ Vgl. *Gaede*, a.a.O. (Fn. 14), § 1 Rn. 30: „spezielles Willkürverbot, das auf den nach dem Normkontext begrenzten Wortsinn bezogen ist“.

Verhältnis zu den Straferichten reicht. Je mehr man eine inhaltliche Kontrolle der Auslegung jenseits einer Wortlautüberschreitung im engeren Sinne zulässt, desto eher würde das BVerfG zur viel beschworenen „Superrevisionsinstanz“.⁵⁶ Ob der vorliegende Beschluss eine solche Entwicklung befördert, und inwieweit dies womöglich sogar zu begrüßen wäre, wird im Folgenden erörtert, bevor auf die Ausführungen des Zweiten Senats zu den konkreten Verfahren eingegangen wird.

4. Verfassungsgerichtliche Kontrolle und Autonomie der Fachgerichte

Die Reichweite der Prüfungskompetenz des BVerfG wird im verfassungsrechtlichen Schrifttum seit langem kontrovers diskutiert.⁵⁷ Die Quintessenz dieser hier nicht zu vertiefenden Debatte ist, dass in der Rechtsprechungspraxis ein bewegliches System verschiedener Kriterien dominiert, das je nach Lage des Einzelfalles eine zum Teil deutlich unterschiedliche Interpretation des Prüfungsumfanges ermöglicht.⁵⁸ Dies ruht dogmatisch vor allem auf zwei „Säulen“:⁵⁹ Seit dem „Elfes-Urteil“⁶⁰ kann jede „falsche“ Rechtsanwendung grundsätzlich als Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG gewertet werden und seit dem im „Lüth-Urteil“⁶¹ entwickelten Verständnis strahlen die Grundrechte als „objektive Werteordnung“ in alle Bereiche des einfachen Rechts aus. Zudem ist jede „fehlerhafte“ Rechtsanwendung in Ermangelung eines Differenzierungskriteriums streng genommen ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.⁶² Die somit an sich ubiquitäre Prüfungskompetenz wird vom Gericht durch das Postulat der Erforderlichkeit einer Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“⁶³, die Beschränkung auf eine „Willkürkontrolle“ bzw. durch Abstufungen anhand der Eingriffintensität und der Bedeutung des betroffenen Grundrechts eingegrenzt.⁶⁴ Eine präzise Abgrenzung existiert jedoch nicht, wofür das BVerfG vielfach kritisiert worden ist.⁶⁵

Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage ist die im aktuellen Beschluss vorangetriebene Erweiterung des Prüfungsumfanges konsequent. Gerade im Strafrecht, das besonders stark vom Verfassungsrecht geprägt ist,⁶⁶ lässt sich eine erhöhte verfassungsgerichtliche Kontrolldichte gut begründen. Eine strafgerichtliche Verurteilung bedeutet stets einen besonders intensiven Grundrechtseingriff. Zudem gibt es bei Verstößen gegen Art. 103 Abs. 2 GG wegen der inhaltsgleichen Formulierung in § 1 StGB keinen Unterschied zwischen Verfassungs- und Gesetzesverstoß. Das BVerfG ist demnach weder *weißer Ritter* noch bedeutet eine gesteigerte Kontrolldichte gegenüber den Straferichten eine *feindliche Übernahme*. Beide Begriffe beziehen sich in ihrem gebräuchlichen Kontext auf Einflüsse von außen. Das BVerfG kommt dagegen aus dem Innersten des Strafrechts selbst, es ist für die Sicherung seiner Fundamente verantwortlich. Da sich Risse im Fundament bis in die entlegensten Winkel eines Bauwerkes auswirken können, kann im Einzelfall ein Zugriff auch auf scheinbar einfachrechtliche Fragen sinnvoll und notwendig sein.

Zugleich ist aber eine Unterscheidung von „einfachen Auslegungsfehlern“ und verfassungsgerichtlich überprüfbaren Rechtsverletzungen im Rahmen des Möglichen zu gewährleisten.⁶⁷ Dafür sprechen nicht nur funktionelle Argumente, auch wenn diesen in der verfassungsrechtlichen Diskussion offenbar gegenüber materiellrechtlichen Erwägungen die größere Bedeutung beigegeben wird.⁶⁸ Es muss für den Bürger zumindest im Ansatz erkennbar sein, wann ein Vorgehen gegen ein Strafurteil im Wege der Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg hat und wann nicht.⁶⁹ Jedenfalls eine Beschränkung auf erkennbar unvertretbare (willkürliche) Auslegungsergebnisse ist daher geboten.⁷⁰ Insofern muss auch zwischen der Aufhebung verfassungswidriger Rechtsanwendungen und der Vorgabe einer („der“) verfassungsgemäßen Auslegung unterschieden werden. Das BVerfG ist regelmäßig auf die erste Variante beschränkt, während die – noch dazu gemäß § 31 BVerfGG binden-

⁵⁶ Vgl. auch *Beulke*, in: FS f. Maiwald, 2010, S. 21, 25 f.

⁵⁷ Instruktiver Überblick bei *Korioth*, in: FS 50 Jahre BVerfG (2001), S. 55 ff.; aus der umfangreichen Literatur beispielhaft: *Ossenbühl*, in: FS f. H. P. Ipsen (1977), S. 129 ff.; *Robbers* NJW 1998, 935 ff.; *H.J. Koch*, in: GS f. Jeand'Heur (1999), S. 135 ff.; *Hoffmann-Riem* AöR 128 (2003), 173 ff.

⁵⁸ Ausf. Darstellung bei *Korioth*, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 55, 60 ff.; *Kunig* VVDStRL 61, 34, 48 ff. spricht von „erheblichen Spielräumen“ und der Möglichkeit, „gegenläufige Ergebnisse gleichermaßen lege artis zu begründen“; deutlich auch *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, Bd. 3, 5. A. (2005), Art. 93 Rn. 42: „offenes System“, das „flexibel und einzelfallbezogen“ gehandhabt werde.

⁵⁹ Zusf. *Hoffmann-Riem* AöR 128 (2003), 173, 183; *Korioth*, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 55, 60 f.

⁶⁰ BVerfGE 6, 32 ff.

⁶¹ BVerfGE 7, 198 ff.

⁶² *Voßkuhle*, a.a.O. (Fn. 58), Rn. 55 m.w.N.

⁶³ Vgl. bereits BVerfGE 1, 418, 420; zur bis heute gebräuchlichen sog. „Heckschen Formel“ vgl. BVerfGE 18, 85, 92 f.

⁶⁴ Umf. Darst. bei *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 7. A. (2007), Rn. 280 ff.

⁶⁵ Nach *Voßkuhle* (a.a.O. [Fn. 58], Rn. 66) habe die Rspr. „aufs Ganze gesehen [...] mehr Kritik als Zustimmung erfahren“ und der „Punkt konstitutioneller ‚Sättigung‘“ sei erreicht; vgl. zum Begriff der konstitutionellen Sättigung *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechts-

ordnung (2000), S. 63 ff.; eingehende Darst. der Kritik bei *Schlaich/Korioth*, a.a.O. (Fn. 64), Rn. 310 ff.

⁶⁶ Dazu allgemein und m.w.N. *Eser/Hecker*, a.a.O. (Fn. 16), Vor § 1 Rn. 30 ff.; eingehend *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht (1991).

⁶⁷ *Voßkuhle*, (a.a.O. [Fn. 58], Rn. 56) spricht davon, dass eine sämtliche Auslegungsfehler umfassende Prüfungskompetenz „offensichtlich“ dem Charakter der Verfassungsbeschwerde als außerordentlichem Rechtsbehelf widerspreche.

⁶⁸ Vgl. zum Ganzen näher *Voßkuhle*, a.a.O. (Fn. 58), Rn. 38 ff. m.w.N.

⁶⁹ Vgl. auch *Kunig* VVDStRL 61, 34, 54; ferner *Schlaich/Korioth*, a.a.O., (Fn. 64), Rn. 297, die von der Gefahr der „verfassungsrechtlichen Aufladung“ einfachrechtlicher Argumentationen sprechen.

⁷⁰ Ähnlich *Korioth*, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 55, 80 f.; *Hoffmann-Riem* AöR 128 (2003) 173, 188, (Auslegung des einfachen Rechts bis zur Grenze der Willkürkontrolle allein den Fachgerichten anvertraut); *Voßkuhle*, a.a.O. (Fn. 58), Rn. 66 (rigorose Beschränkung auf grundsätzliche Auslegungsfragen); vorbildlich aus dem strafrechtlichen Kontext BVerfG NJW 1997, 929, 932 („Mauerschützen-Urteil“).

de⁷¹ – Festlegung einer konkreten Auslegung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt. Die Verfassung verbietet zwar einzelne Auslegungsergebnisse, und zwar solche, die eine verfassungsrechtlich verbürgte Rechtspositionen in willkürlicher Weise einschränken; sie enthält aber i.d.R. einen Spielraum hinsichtlich der verfassungsrechtlich zulässigen Auslegungsergebnisse.⁷² Innerhalb dieses – freilich nur bedingt präzise eingrenzbaaren – Spielraumes des „verfassungsrechtlich nicht Verbotenen“ bleibt die Auslegung originäre Kompetenz der Fachgerichte.⁷³

Vor diesem Hintergrund ist auch die Reichweite des „erweiterten Analogieverbotes“ zu bestimmen. Es gibt regelmäßig nicht *die* methodengerechte Auslegung, sondern einen Spielraum vertretbarer Auslegungsergebnisse.⁷⁴ Das BVerfG kann nur eingreifen, wenn sich eine Rechtsanwendung außerhalb dieses Spielraums befindet, weil sie entweder auf offenkundigen methodischen Fehlern beruht oder erkennbar nicht mit dem sonstigen Normkontext vereinbar ist. Hier bleiben schwierige Abgrenzungsfragen, die jedoch angesichts der grundsätzlich notwendigen Stärkung des Gesetzlichkeitsprinzips in Kauf zu nehmen sind. Letztlich erfüllt der Zweite Senat die im „allgemeinen“ Teil seines Beschlusses geweckten Erwartungen in der Übertragung auf die konkret zu entscheidenden Fälle leider nur bedingt. Im Fall „Siemens“ bleibt das Gericht hinter den eigens aufgestellten Maßstäben zurück, während es – nach Meinung des *Verf.* – im Fall „Berliner Bankenskandal“ über das legitime Ziel hinausschießt.

5. Die einzelnen Verfahren

a) Siemens

Das BVerfG hat die gegen das Urteil des 2. BGH-Strafsenates gerichtete Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen und den vom Bf. behaupteten Verstoß gegen das Analogieverbot verneint. Es hat sich darauf berufen, dass ein Vermögensschaden anerkanntermaßen auch in der Nichtrealisierung einer konkreten Aussicht auf Vermögensmehrung, also einer Expektanz zu sehen sein könne.⁷⁵ Eine solche Expektanzvernichtung folgert der Zweite Senat vorliegend aus der Endgültigkeit und Dauerhaftigkeit, mit der sich der Bf. für die Aufrechterhaltung der schwarzen Kassen entschlossen hatte. Hierin sei ein „Element der Vereitelung“⁷⁶ zu sehen. Ob der Nachteil im Wege einer „Vorher/Nachher-Betrachtung“ oder anhand des Ver-

gleichs von Ist- und Soll-Zustand des Vermögens (rechtmäßiges Alternativverhalten) festzustellen sei, ließ das Gericht offen, da beide Betrachtungsweisen zur Annahme eines Nachteils kämen.⁷⁷

Zur im Schrifttum überwiegend kritisch besprochenen „Siemens-Entscheidung“ des 2. Strafsenates ist viel geschrieben worden,⁷⁸ weshalb der *Verf.* sich hier auf die Aspekte beschränkt, deren Erörterung eine Überprüfung im Hinblick auf die vom Zweiten Senat selbst aufgestellten Kriterien ermöglicht. Insofern bleibt angesichts der mehrfach betonten Notwendigkeit einer wirtschaftlich plausiblen Begründung des Nachteils bemerkenswert unklar, worin im Fall „Siemens“ die vermögenswerte Expektanz bestanden haben soll, die „durch“ die Nichtaufdeckung der schwarzen Kasse zerstört wurde.⁷⁹ Wirtschaftlich betrachtet kommt nur *tatsächlichen* Gewinnaussichten – je nach Wahrscheinlichkeit ihrer Realisierung – ein Vermögenswert zu.⁸⁰ Daran fehlte es im Fall „Siemens“ jedoch, was aus der vom BVerfG erwähnten „Endgültigkeit und Dauerhaftigkeit“ folgt, mit der sich der Bf. entschlossen hatte, die Vermögenswerte nicht zurück zu führen.⁸¹ Der gleichwohl bestehende arbeitsvertragliche Anspruch war dagegen wirtschaftlich betrachtet wertlos. Der Bf. hatte nicht vor, ihn zu erfüllen und die Siemens-AG keine hinreichend realistische Möglichkeit, Kenntnis von seiner Existenz zu erlangen. Zudem erfolgt auch eine „Verschleifung“ von Pflichtverletzung und Vermögensnachteil, indem aus der Nichterfüllung der Pflicht zur Aufdeckung der verborgenen Vermögenswerte ein durch selbige vereitelter vermögenswerter Anspruch des Berechtigten konstruiert wird.⁸² Der Hinweis auf ein „Ele-

⁷¹ Vgl. zur Notwendigkeit einer engen Auslegung des § 31 BVerfGG *Robbers* NJW 1998, 935, 940; *Voßkuhle* AöR 125 (2000), 177, 197 f.

⁷² Ähnlich *Voßkuhle* AöR 125 (2000), 177, 196 f.; zum kassatorischen Charakter von Entscheidungen des BVerfG *Hesse* JZ 1995, 265, 267; zum Zusammenspiel von Geboten, Verboten und Spielräumen in der Verfassung *Alexy* VVDStRL 61, 7, 14 ff.

⁷³ Vgl. auch *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 2009, § 31 Rn. 121 m.w.N.; im Ansatz ähnlich BVerfG Rz. 84, aber andererseits Rz. 82.

⁷⁴ Näher *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. A. (2006), S. 48 ff. m.w.N.

⁷⁵ Zum Folgenden Rz. 120 ff.

⁷⁶ Rz. 124.

⁷⁷ Dies ist indes fragwürdig, da bei einer Prüfung anhand eines rechtmäßigen Alternativverhaltens bei jeder Untreue durch Unterlassen automatisch ein Schaden vorläge, weil der Täter im Vergleichsszenario seine Pflicht erfüllt, also die geschuldete Vermögensmehrung herbeigeführt hätte. Damit wäre dann das Nachteilsmerkmal aber in der Tat handlung nicht nur auf-, sondern vollständig untergegangen.

⁷⁸ Beispielfhaft *Satzger* NStZ 2009, 297 ff.; *Rönnau* StV 2009, 246 ff.; *Brammsen/Apel* WM 2010, 781 ff.; *Schlösser* HRRS 2009, 19 ff.; *Ransiek* NJW 2009, 95 f.; eine Replik auf die vielfältig geäußerte Kritik findet sich bei *Fischer* NStZ-Sonderheft 2009, 8, 16 ff.; zur Vorinstanz *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 57 ff.; demnächst zum in diesem Kontext verwendeten Begriff der Disposition *Hohn*, in: FS f. Rissing-van Saan (2011).

⁷⁹ Zutr. zum Ganzen *Rönnau* StV 2009, 246; a.A. *Ransiek* NJW 2009, 95, 96. Eine vollkommen andere Frage ist es, ob in der Einrichtung einer schwarzen Kasse bzw. in der Zuführung von Geldern in ein solches System ein Schaden zu sehen ist.

⁸⁰ Im Rahmen seiner Betrugskommentierung weist *Hefendehl* (MK-StGB, 2006, § 263 Rn. 367) zutr. darauf hin, dass gegenüber dem Betrugstäter niemals eine vermögenswerte Expektanz in Betracht kommt, da deren Existenz die Abwesenheit von Störfaktoren bei ihrer Realisierung voraussetzt und der Betrugstäter immer als solcher zu betrachten sei. Aus dem selben Gedanken folgt bei stringenter Betrachtung zwingend die Verneinung einer Expektanz gegenüber dem erfüllungsunwilligen Treuneher, jedenfalls sofern der Treugeber von seinem Recht keine Kenntnis hat; grdl. zum Expektanzbegriff *ders.*, Vermögensgefährdung und Expektanzen (1994) S. 199 ff.; ferner *Rönnau*, in: FS f. Kohlmann (2003), S. 239, 253 ff.

⁸¹ Ähnlich *Schünemann* StraFo 2010, 1, 9 f.

⁸² S. oben (Fn. 77).

ment der Vereitelung“ mag Vieles bedeuten; eine wirtschaftlich nachvollziehbare Begründung für die Zerstörung einer Vermögensposition ergibt sich daraus nicht. Hier muss sich der Zweite Senat vorwerfen lassen, seinen eigenen Maßstäben nicht gerecht zu werden.

Man mag nun darüber streiten, ob die derart normativ begründete Annahme eines Vermögensnachteils eine methodisch inakzeptable tatbestandsausweitende Auslegung ist, die unter dem Gesichtspunkt eines „untechnischen“ Analogiebegriffs zu verwerfen wäre.⁸³ Das hier auch berührte „Verschleifungsverbot“ dürfte eher dieser Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips zuzuordnen sein. Überzeugender scheint es aber, an den Begriff der „entgrenzenden“ Auslegung anzuknüpfen. Denn durch die kaum vorhersehbare Berücksichtigung normativer Erwägungen bei der „an sich“ nach wirtschaftlichen Maßstäben vorzunehmenden Vermögenssalidierung⁸⁴ verliert der ohnehin weite Vermögensbegriff jegliche Konturen. Für die Normadressaten ist nicht erkennbar, wann die Verurteilung wegen eines vollendeten Vermögensbeschädigungsdelikts einen Schaden im wirtschaftlichen Sinne erfordert bzw. wann und in welcher Weise das so ermittelte Ergebnis normativ zu Ungunsten des Täters „korrigiert“ wird, zumal diese normative Korrektur in der Regel, wie auch hier in den Ausführungen des BVerfG, nicht einmal ausdrücklich als solche gekennzeichnet wird.

Der Zweite Senat hat ausdrücklich vor der „Verdrängung“ einer wirtschaftlichen Schadensermittlung durch normative Elemente gewarnt. Von diesem Ausgangspunkt hätte das Urteil im Fall „Siemens“ keinen Bestand haben dürfen, wenngleich die kategorisch wohl nicht bestreitbare Bedeutung normativer Elemente bei der Schadensfeststellung, insbesondere auf der Kompensationsebene, damit keineswegs abschließend bzw. zufriedenstellend geklärt ist.

b) Berliner Bankenskandal

Die Erörterungen zum Verfahren „Berliner Bankenskandal“ sind bzgl. Pflichtwidrigkeits- und Nachteilsmerkmal gleichermaßen für die dogmatische Behandlung der Kredituntreue⁸⁵ interessant.

aa) Pflichtverletzung

Das BVerfG folgt in seiner Entscheidung der Rechtsprechung des BGH zur pflichtwidrigen Kreditvergabe, die vor allem durch zwei Entscheidungen des 1. Strafsenates geprägt wurde.⁸⁶ Im Wesentlichen geht der BGH bei seiner Prüfung von einem beweglichen System ver-

schiedener Kriterien aus, die im Einzelfall unterschiedlich gewichtet werden können.⁸⁷ Diese Kriterien wurden, so der Zweite Senat des BVerfG, vom Landgericht ordnungsgemäß angewendet. Interessant sind die Ausführungen zu § 18 KWG als Maßstab der Pflichtwidrigkeit.⁸⁸ Diese aufsichtsrechtliche Norm diene „faktisch“ dem Schutz des Vermögens der Bank, so dass der für § 266 StGB notwendige Vermögensbezug zu bejahen sei, „unabhängig von der Frage, in wessen Interesse dies letztendlich liegt“.⁸⁹ Führt man diesen Gedanken fort, so wäre das Kriterium des Vermögensbezuges weitgehend entwertet. Auch Pflichten, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse sonstiger Dritter bestehen, haben i.d.R. einen „faktischen“, mittelbaren Vermögensbezug. Dahinter steht das Problem der Bedeutung der gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht⁹⁰ für den untreuerechtlichen Pflichtenmaßstab.⁹¹ Bei einem rechtsgutsbezogenen Verständnis der Tathandlung wäre es denkbar, von einem ausschließlich an wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitserwägungen ausgerichteten Pflichtenmaßstab auszugehen bzw. bei Verstößen gegen nicht unmittelbar vermögensbezogene Pflichten die Zurechnung zum objektiven Untreuetatbestand zu verneinen. Vielmehr müsste im Einzelfall stets die ökonomische „Nützlichkeit“ eines Verhaltens geprüft werden.

Nimmt man die Beschränkung des Untreuetatbestandes auf den Vermögensschutz ernst⁹², so scheint eine solche Sichtweise durchaus diskutabel.⁹³ Würde man etwa die Zahlung von Bestechungsgeldern je nach Einzelfall⁹⁴ als nicht tatbestandsmäßig i.S.v. § 266 StGB qualifizieren, so stünde dies nur vordergründig im Widerspruch zum Gedanken der Einheit der Rechtsordnung.⁹⁵ Vielmehr würden die entsprechenden Verstöße systemkonform durch Normen sanktioniert, die für den Schutz der entsprechenden Rechtsgüter geschaffen wurden, sofern deren tatbestandliche Voraussetzungen erfüllt sind. Zweifellos beachtlich ist der Hinweis, auf diesem Wege dürfe keine „Pflicht zur Bestechung“ entstehen.⁹⁶ Doch folgt aus der Tatsache, dass ein außerstrafrechtlich verbotenes Verhalten (vermögens-)strafrechtlich nicht sanktioniert wird keineswegs zwingend ein strafbewehrtes Gebot zur Vornahme desselben Verhaltens.⁹⁷ Dieses

⁸³ Der umgangssprachliche Wortsinn dürfte indes nicht eindeutig überschritten sein, denn insofern kann in der Nichtgewährung von Vorteilen durchaus ein „Nachteil“ gesehen werden, vgl. aber *Schünemann* StraFo 2010, 1, 9.

⁸⁴ Eine umfassende Kritik solcher verschiedentlich in der BGH-Rechtsprechung vorzufindender „Schadensfiktionen“ zeichnet demnächst *Rönnau*, in: FS f. Rissing-van Saan.

⁸⁵ Vgl. zu dieser Fallgruppe etwa *B. Schmitt* BKR 2006, 125 ff.; *ders.*, in: FS f. Nobbe (2009), S. 1009 ff.; *Perron*, in: FS f. Tiedemann (2008), S. 737 ff.

⁸⁶ BGHSt 46, 30 ff.; BGHSt 47, 148 ff.

⁸⁷ Vgl. dazu die Darstellung bei *Saliger*, a.a.O. (Fn. 37), Rn. 97 ff. m.w.N.

⁸⁸ Dazu *B. Schmitt* BKR 2006, 125, 127 f.; *Knauer* NStZ 2001, 399, 401 f.

⁸⁹ Rz. 135; i. Erg. ebenso *Perron* GA 2009, 219, 226 m.w.N.

⁹⁰ Vgl. aus dem aktienrechtlichen Kontext *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, Bd. 1 (2007), § 93 Rn. 23 ff.

⁹¹ Zum Folgenden näher *Rönnau*, in: FS f. Tiedemann, 713, 724 ff. m.w.N.

⁹² Die Rspr. betreibt freilich in entgegengesetzter Richtung zunehmend eine Normativierung auch auf der Nachteilezebene, vgl. dazu *Saliger*, in: FS f. Samson (2010), S. 455 ff.

⁹³ Ansätze dahingehend bei *Schünemann* NStZ 2006, 196, 198 f.; krit. *Fischer* NStZ-Sonderheft 2009, 8, 11.

⁹⁴ Zu Kriterien einer „rein wirtschaftlichen“ Beurteilung in solchen Fällen *Rönnau*, in: FS f. Tiedemann, S. 713, 726 m.w.N. in Fn. 68.

⁹⁵ Vgl. dazu allg. statt Vieler *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. A. (2005), S. 209 ff.

⁹⁶ *Rönnau*, in: in FS f. Tiedemann, S. 713, 727.

⁹⁷ Vgl. näher zu im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung zulässigen und unzulässigen Widersprüchen *Stracke*,

Problem kann hier nicht abschließend behandelt werden.⁹⁸ Es ist aber festzuhalten, dass es sich das BVerfG mit dem Hinweis auf den „faktischen“ Vermögensbezug von § 18 KWG wohl etwas zu einfach macht.

Letztlich liegen die Schwierigkeiten des Pflichtwidrigkeitsmerkmals unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit weniger in der Formulierung bzw. der Struktur des Untreuetatbestandes,⁹⁹ sondern im notwendig prognostischen Charakter von unternehmerischen Entscheidungen. Hier droht das bekannte Phänomen des sog. Rückschaufehlers (*hindsight bias*),¹⁰⁰ wenn dem ex post entscheidenden Richter die Zurückversetzung in die ex ante-Perspektive des Handlungszeitpunktes misslingt. Auch und gerade vor diesem Hintergrund ist die Anerkennung eines gerichtlich nicht überprüfbaren Ermessensspielraums und seine konsequente Beachtung in der Gerichtspraxis von besonderer Bedeutung.¹⁰¹ Zudem ist es notwendig, den Pflichtenmaßstab fallgruppenspezifisch im Rahmen des Möglichen zu objektivieren.¹⁰²

bb) Nachteil

Im Kontext des Nachteilsbegriffs leitet das Gericht die Rechtsfigur des sog. Gefährdungsschadens zunächst ausführlich und zutreffend aus dem Wesen des wirtschaftlichen bzw. wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriffs ab.¹⁰³ Der aktuelle Wert einer Forderung kann sich – sofern man nicht jeglichen wirtschaftlichen Maßstab beiseiteschieben will – nur daraus ergeben, in welchem Umfang Zahlungen auf die Forderung zukünftig zu erwarten sind.¹⁰⁴ Dieser *gegenwärtige* Wert ist gemindert, wenn Zahlungen oberhalb des Totalausfalles und unterhalb des Nennwertes zu erwarten sind, die vollständige Rückzahlung also *gefährdet* ist.¹⁰⁵ Die Bewertung von Forderungen setzt somit *zwingend* eine Prognose vor-

Zur Übertragbarkeit des zivilrechtlichen Überschuldungsbegriffs in das Strafrecht (2007), S. 397 ff. m.w.N.

⁹⁸ Fraglich bleibt etwa, inwieweit vertragliche Pflichten zur Beachtung drittschützender Normen in den Anstellungsverträgen von Geschäftsleitern als vermögensbezogene Vorgaben des Vermögensinhabers anzusehen sind. Letztlich zeigt sich auch anhand dieses Problems, dass keineswegs klar ist, wie „ökonomisch“ bzw. wie „juristisch“ das Rechtsgut *Vermögen* zu verstehen ist bzw. welche Konsequenzen hieraus zu ziehen sind.

⁹⁹ Krit. insofern jedoch *Dierlamm*, in: MK-StGB (2006), § 266 Rn. 3 f.

¹⁰⁰ Dazu mit Nachw. aus dem US-amerikanischen Schrifttum *Fleischer*, in: FS f. Immenga (2004), S. 575, 579 f.

¹⁰¹ *Fleischer*, in: FS f. Immenga, S. 575, 580; aus dem Untreuekontext statt Vieler *Saliger*, a.a.O. (Fn. 37), Rn. 89 ff.

¹⁰² Vgl. *Becker/Walla/Endert* WM 2010, 875 ff., mit dem Vorschlag, die Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze im Investmentgeschäft als *safe harbor* für die Handelnden anzuerkennen. Der vom 1. Strafsenat für die Kredituntreue entwickelte Kriterienkatalog leistet diese Objektivierung nur bedingt, da die Gewichtung der Kriterien im Einzelfall nicht vorhersehbar ist.

¹⁰³ Rz. 137 ff.; vgl. dazu *Becker* HRRS 2009, 334, 336 f. m.w.N.

¹⁰⁴ Wie noch zu zeigen sein wird folgt daraus nicht die Notwendigkeit, diesen Betrag für die Schadensfeststellung zahlenmäßig genau zu prognostizieren.

¹⁰⁵ Zutr. *Fischer* NSTZ-Sonderheft 2009, 8, 11; *ders.* StV 2010, 95, 97.

aus.¹⁰⁶ Das Problem der prognostischen Bewertung von Vermögensgegenständen lässt sich daher im Strafrecht, insbesondere beim sog. Eingehungsbetrug bzw. in den entsprechenden Untreuekonstellationen¹⁰⁷, nicht gänzlich umgehen.

Insofern ist es zu begrüßen, dass das BVerfG die Unbestimmtheit der bisher in der Rechtsprechung gebräuchlichen Formulierungen zur Schadensermittlung rügt und die eigenständige Feststellung des Nachteilsmerkmals anmahnt.¹⁰⁸ Der formelhafte Hinweis auf eine „aufs Äußerste gesteigerte Verlustgefahr“ oder ein Vorgehen des Täters „nach Art eines Spielers“¹⁰⁹ ist nicht geeignet, eine präzise Auslegung des Nachteilsbegriffs zu gewährleisten. Auch die Aufhebung des Urteils im Berliner Bankenskandal ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die un begründete Annahme eines Schadens in Höhe der gesamten ungesicherten Valuta durch die Strafkammer und die auch durch den 5. Strafsenat nicht überzeugend aufgelöste Identität der Begründungsansätze für Pflichtverletzung und Schaden konnten vor dem Hintergrund des neu formulierten Prüfungsmaßstabes kaum Bestand haben.

cc) Nachteilsbegriff und bilanzielle Wertberichtigung

Der Zweite Senat legt darüber hinaus dar, wie das Nachteilsmerkmal in Fällen der Kredituntreue zu handhaben sei. Er verlangt eine Schadensermittlung anhand „üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens“,¹¹⁰ „anerkannter Bewertungsverfahren und -maßstäbe“¹¹¹ bzw. in Auseinandersetzung mit „banküblichen Bewertungsverfahren“¹¹². Gemeint ist offenbar – dies ergibt sich aus dem Kontext der Entscheidungsgründe – die bilanzielle Forderungsbewertung.¹¹³ Das Gericht knüpft dabei an eine Entscheidung des 1. BGH-Strafsenates an, der zu § 263 StGB jüngst die „Grundsätze der Einzelwertberichtigung“ für maßgeblich bei der Schadensfeststellung erklärte.¹¹⁴ Diese nunmehr „verfassungsgerichtlich ge-delte“ Heranziehung bilanzieller Methoden im Kontext

¹⁰⁶ Letztlich ist jede „Umrechnung“ des Wertes eines Vermögensobjektes in Geld eine Prognose, und zwar darüber, welcher Betrag sich bei einer Umsetzung in Geld (i.d.R. durch Veräußerung) erzielen ließe, zutr. *Höfner*, Die Überschuldung als Krisenmerkmal des Konkursstrafrechts (1981), S. 118.

¹⁰⁷ Dabei soll hier nicht vertiefend diskutiert werden, inwieweit das „Dogma“ der Saldierung im Zeitpunkt der Pflichtverletzung (bzw. beim Betrug im Zeitpunkt der Vermögensverfügung) womöglich abgeschwächt werden kann, um so dem unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten nachvollziehbaren Bedürfnis nach der Berücksichtigung nachträglicher Entwicklungen Rechnung zu tragen. Dahingehend für die Kredituntreue *Fischer* NSTZ-Sonderheft 2009, 8, 12 f.; weitergehend *Gaede*, in: AnwK-StGB, § 263 Rn. 125; ferner *Weber*, in: FS f. Tiedemann, S. 637, 643 ff., der einen Rückgriff auf den Gedanken der tätigen Reue befürwortet; a.A. aber offenbar BVerfG Rz. 144.

¹⁰⁸ Rz. 148 ff.

¹⁰⁹ Nachw. in Rz. 148.

¹¹⁰ Rz. 149.

¹¹¹ Rz. 151.

¹¹² Rz. 154.

¹¹³ Diese wird in Rz. 146 näher vorgestellt.

¹¹⁴ BGH NSTZ 2009, 330 = HRRS 2009 Nr. 318 m. Bespr. *Becker* HRRS 2009, 334 ff.; dazu *Saliger*, in: FS f. Samson, S. 455, 465 ff. m.w.N.

der strafrechtlichen Schadensermittlung ist jedoch vielerlei Bedenken ausgesetzt, so reizvoll der Gedanke einer „Auslagerung“ des Prognoseproblems auch sein mag.

Zunächst hat das BVerfG sich nicht mit der im Schrifttum bereits kritisch erörterten (In-)Kompatibilität von Strafrecht und Bilanzrecht befasst.¹¹⁵ Die Handelsbilanz erfüllt in erster Linie eine Gewinnermittlungs- bzw. eine Informationsfunktion, was sich in vielfältiger Weise auf den Ansatz und die Bewertung der Vermögensgegenstände auswirkt.¹¹⁶ Bei dieser Zwecksetzung mag es sinnvoll sein, einen einwertigen metrischen Bewertungsmaßstab zugrunde zu legen, bei dem sich z.B. eine Wertminderung von 20 % „feststellen“ lässt. Ob diese dann aber eine in besonderer Weise sozialschädliche Vermögensschädigung i.S.d. Strafrechts ist, bleibt zu untersuchen. Dies erscheint unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität und des fragmentarischen Charakters des Strafrechts bei geringen, bilanziell aber gleichwohl abzubildenden Abwertungen eher zweifelhaft.¹¹⁷

Zudem sind die vom Zweiten Senat angeführten Bewertungsverfahren nicht geeignet, den behaupteten Bestimmtheitsgewinn zu bewirken. So heißt es, bei der Forderungsbewertung sei „der Barwert der voraussichtlich erzielbaren künftigen Zins- und Tilgungszahlungen“ zu ermitteln.¹¹⁸ Die Barwertmethode, die nach Ansicht des BVerfG offenbar auch im Rahmen der strafrechtlichen Schadensfeststellung herangezogen werden soll, stammt aus der Investitionsrechnung.¹¹⁹ Sie dient dazu, den Gegenwartswert langfristiger Vermögensanlagen zu ermitteln. So würde ein gedachter Erwerber für eine Kreditforderung mit einer Laufzeit von 5 Jahren niemals den vollen Betrag der zu erwartenden Erträge bezahlen, sondern maximal den bei einer ebenso sicheren Vergleichsinvestition anzulegenden Betrag, der bei identischer Laufzeit den identischen Ertrag verspricht.¹²⁰ Deshalb wird die Summe aller erwarteten Zahlungen auf den Gegenwartszeitpunkt „abgezinst“. Dass die somit notwendige Schätzung der zu erwartenden Zahlungseingänge mit steigender Laufzeit an die Grenze der Spekulation

und darüber hinaus gerät, dürfte offenkundig sein.¹²¹ Angesichts solcher Prognosen wird die Bilanz anschaulich als ein „Gemisch von Wahrheit und Dichtung“ bezeichnet.¹²² Dem wird im Bilanzrecht dadurch Rechnung getragen, dass die nähere Überprüfung von Prognosen kaum für realistisch gehalten wird.¹²³ Vielmehr begnügt man sich hier mit einem „normativen Appell an die Redlichkeit und Vernunft der verantwortlichen Akteure“.¹²⁴ Die Strafbarkeit maßgeblich vom Ergebnis eines solchen Verfahrens abhängig zu machen, und dies noch als Gewinn an Rechtsstaatlichkeit zu präsentieren, überzeugt nicht.

Darüber hinaus bereitet auch die Festlegung des Diskontierungszinssatzes für die Barwertermittlung Schwierigkeiten.¹²⁵ In den einschlägigen Handbüchern wird schlicht auf einen „risikoangepassten“¹²⁶ oder „marktgerechten“¹²⁷ Zinssatz abgestellt.¹²⁸ Wie aber soll dieser in einer hinreichend präzisen Weise festgelegt werden? Angesichts der erheblichen Auswirkungen, die bereits ein geringfügig erhöhter Diskontierungszinssatz auf die Schadenshöhe zum Nachteil des Angeklagten haben kann, scheinen solche Festlegungen – gemessen an den Maßstäben des Art.103 Abs. 2 GG¹²⁹ – mehr oder weniger willkürlich. Demnach sind beide Komponenten der Barwertermittlung mit derart erheblichen Unsicherheiten behaftet, dass sich dieses Verfahren kaum zu einer hinreichend bestimmten Berechnung des Vermögensschadens eignet. Im „kaufmännischen Alltag“, den der Zweite Senat hier im Anschluss an den 1. BGH-Strafsenat bemüht, spielen Barwertberechnungen im Übrigen auch kaum eine Rolle und unterbleiben, mit Ausnahme von Großkrediten, meist schon aus Praktikabilitätsgründen.¹³⁰ Im Tagesgeschäft dominiert dagegen das Verfahren der sog. „pauschalen Einzelwertberichtigung“, bei

¹¹⁵ Vgl. bereits *Kempff*, in: FS f. Volk (2009), S. 231, S. 240 ff.; ferner *Becker* HRRS 2009, 334, 337 ff. m.w.N., insb. zu Friktionen im Hinblick auf das vom Zweiten Senat in anderem Kontext (Rz. 123) explizit erwähnte Vorsichtsprinzip. Die Kritik vor dem Hintergrund dieses Vorsichtsprinzips und seiner Unvereinbarkeit mit dem Zweifelsgrundsatz wird hier nicht wiederholt. Vielmehr ist zu zeigen, dass die Unvereinbarkeit von Strafrecht und Bilanzierung tiefergehende Ursachen hat.

¹¹⁶ Dazu eingehend *Moxter*, Grundsätze ordnungsgemäßer Rechnungslegung (2003).

¹¹⁷ Ähnlich *B. Schmitt*, in: FS f. Nobbe, S. 1009, 1023 f.

¹¹⁸ Rz. 146.

¹¹⁹ Instrukтив *Höfner*, a.a.O. (Fn. 106), S. 198 ff.; näher zu den unterschiedlichen komplexen Verfahren der Investitionsrechnung *Wöhe*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 23. A. (2008), S. 515 ff.

¹²⁰ Hier zeigt sich, dass die Barwertermittlung mittels Abzinsung nur bei Annahme eines vollkommenen Kapitalmarktes funktioniert, an dem zu jedem beliebigen Zeitpunkt beliebig hohe Beträge zu einem gleichbleibenden Zinssatz angelegt werden können. Solche realitätsfremden (*Wöhe*, a.a.O. [Fn. 119], S. 538) Modelle haben in der Betriebswirtschaftslehre ihre Berechtigung, taugen jedoch nicht zur Ausfüllung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale.

¹²¹ Im Wirtschaftsleben sind zuverlässige Schlüsse von vergangenen oder gegenwärtigen Zuständen auf den Eintritt zukünftiger Ereignisse kaum möglich, zutr. *W.R. Bretzke*, Das Prognoseproblem bei der Unternehmensbewertung, 1975, S. 126.

¹²² *Clemm*, in: FS f. Budde (1995), S. 135, 144.

¹²³ Vgl. *Henrichs* AG 2006, 698, 704 m.w.N. zu den dementsprechend großzügigen Prüfungsstandards des IDW in Fn. 36.

¹²⁴ So *Henrichs* a.a.O. (vorige Fn.).

¹²⁵ Sie ist zugleich von erheblicher Ergebnisrelevanz, wie die Rechenbeispiele bei *Höfner* (a.a.O. [Fn. 106], S. 217 f.) zeigen, wo ein Unterschied im Diskontierungszinssatz von einem Prozentpunkt zu Ergebnisunterschieden von über 12 % führt.

¹²⁶ *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre, 5. A. (2010), S. 832.

¹²⁷ *Scharpf/Schaber*, Handbuch Bankbilanz, 3. A. (2009), S.157.

¹²⁸ Vgl. zur IFRS-Bilanz, wo auf den Effektivzinssatz des Vertrages abgestellt wird, *Fischer/Sittmann-Haury* IRZ 2006, 217, 219.

¹²⁹ Für die Zwecke der Investitionsrechnung sind Konventionen und Vereinfachungen bei der Wahl des Zinssatzes selbstverständlich akzeptabel und sinnvoll. Wer dies aber unbedenken auf das Strafrecht überträgt, verkennt die fundamentalen Unterschiede zwischen beiden Bereichen.

¹³⁰ *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, a.a.O. (Fn. 126), S. 832; *Scharpf/Schaber*, a.a.O. (Fn. 127), S.157.

dem Kredite nach Risikoklassen geordnet und entsprechend „klassenweise“ wertberichtigt werden.¹³¹

Nun ist es aus kaufmännischer Sicht zwingend, die „Risiken und Chancen eines Vermögenswertes zu verbergen“¹³², indem ihm *ein konkreter Wert* beigelegt wird. Andernfalls wäre die Gewinnermittlung unmöglich. Dieser Wert ist somit aber kein *objektiver Wert*, sondern unter mehreren denkbaren Beträgen derjenige, den der Bewertende für den wahrscheinlichsten hält.¹³³ Diese „Bewertungsentscheidung“ ist kaum rational überprüfbar, jedenfalls jenseits offensichtlicher Fehlbewertungen, zu deren Erfassung es keines besonderen Sachverständiges bedarf. Warum der so „festgelegte“ Wert, dessen Anerkennung kaufmännischen Notwendigkeiten geschuldet ist, für das Strafrecht verbindlich sein soll, ist nicht einzusehen.

Insofern liegt ein Grundproblem in der zunächst plausibel erscheinenden Forderung, den Schaden bei der Vermögensgefährdung nicht nur dem Grunde nach nachvollziehbar darzulegen, sondern ihn auch der Höhe nach konkret zu berechnen.¹³⁴ Dies ist angesichts der Unsicherheiten bei der Bewertung von Vermögensobjekten nur möglich, indem ein bestenfalls wahrscheinlicher Wert unter vielen in Betracht kommenden Beträgen zum *konkreten Schaden* erklärt wird. Die Wurzel dieser Schwierigkeiten liegt in der fehlenden Gegenständlichkeit des Vermögens.¹³⁵ Die strafrechtliche Erfassung dieses Regelungsbereiches kann nicht zu Ergebnissen führen, deren Konkretisierungsgrad denjenigen des Regelungsbereiches selbst übersteigt. Dies würde unter Bestimmtheitsgesichtspunkten einen Pyrrhus-Sieg bedeuten. Eine Auslegung des Nachteilsbegriffs, bei der in sämtlichen Fällen des Gefährdungsschadens die Angabe einer betraggenauen Schadenshöhe verlangt wird, ist insofern schon nicht geeignet, den Zweck des Bestimmtheitsgebotes zu verwirklichen. Um es mit *Aristoteles* zu formulieren: Wir dürfen Genauigkeit nicht in gleicher Weise bei allen Gegenständen erstreben, sondern in jedem Fall nur so, wie der gegebene Stoff es gestattet.¹³⁶

Akzeptiert man, dass die amorphe Natur des mit dem Begriff *Vermögen* bezeichneten Ausschnitts der sozialen Wirklichkeit einer betraggenauen Bestimmung des Wertes einzelner Objekte häufig entgegensteht, so kann man hieraus folgern, dass sich das Strafrecht eines diesbezüglichen Zugriffs eben zu enthalten habe. Dies liefe darauf hinaus, praktisch alle Fälle des sog. Gefährdungsschadens als „Nichtschäden“ einzustufen. Dies würde nach

¹³¹ Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, a.a.O. (Fn. 126), S. 832; Scharpf/Schaber, a.a.O. (Fn. 127), S. 160 f.; vgl. auch Wimmer/Kusterer DStR 2006, 2046.

¹³² Moxter, a.a.O. (Fn. 116), S. 33.

¹³³ Zum Verfahren der Zuweisung von Wahrscheinlichkeiten für die einzelnen in Betracht kommenden Werte und den damit zusammenhängenden Schwierigkeiten Moxter, a.a.O. (Fn. 116), S. 34 f.

¹³⁴ Vgl. etwa Rz. 149, 150. Zwar heißt es, dies sei lediglich „in der Regel“ erforderlich, doch führt diese nicht näher konkretisierte Einschränkung nicht zu einem Gewinn an Vorhersehbarkeit.

¹³⁵ Zutr. erkannt vom BVerfG (Rz. 103), vgl. bereits Keller ZStW 107 (1995), 457, 460 f.

¹³⁶ Philosophische Schriften, Bd. 3, Nikomachische Ethik (1995), 1094b.

der Überzeugung des *Verf.* gerade in der modernen Wirtschaftsordnung zu einem nicht hinnehmbaren Verlust an Rechtsgüterschutz führen. Zu erwägen ist daher der Verzicht auf die betragsmäßig genaue Ermittlung des Gefährdungsschadens auf Tatbestandsebene, jedenfalls in Fällen, in denen dessen Feststellung vom Wert einer nicht kurzfristig fälligen Forderung abhängt.¹³⁷ Das sich hier andeutende Paradoxon eines Gewinns an Bestimmtheit durch den Verzicht auf eine bestimmte Festlegung folgt daraus, dass die „erzwungene“ Bestimmung einer unbestimmten Wirklichkeit eben gerade keinen materiellen Gewinn an Rechtssicherheit bedeutet.

dd) Evidenz als Kriterium der strafrechtlich relevanten Wertminderung

Der *Verf.* hat an anderer Stelle vorgeschlagen, einen tatbestandsmäßigen Gefährdungsschaden nur anzuerkennen, wo ein gegenwärtiger Minderwert aufgrund einer zukünftigen Verlustgefahr so evident ist, dass sich dieser auch ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen für den Rechtsanwender quasi „aufdrängt“.¹³⁸ Ein solches Verdikt ist angesichts der nie zu eliminierenden Unsicherheit zukünftiger Entwicklungen praktisch nur möglich, wenn aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalles die zukünftige Erfüllung der Forderung insgesamt bzw. mindestens bzgl. erheblicher Teile als nahezu ausgeschlossen erscheint. Kann diese Hürde¹³⁹ nicht durch plausible, auf konkrete Sachverhaltsfeststellungen gestützte Erwägungen überwunden werden, ist die Annahme eines strafrechtlich relevanten gegenwärtigen Verlustes unzulässig. Dass etwaige Verlustrisiken bereits bilanziell durch eine Wertberichtigung abzubilden wären, spielt für die Schadensbegründung demgegenüber keine Rolle. Freilich ist ein Gefährdungsschaden „erst recht“ ausgeschlossen, wenn Ausfallrisiken noch nicht einmal eine Einzelwertberichtigung rechtfertigen würden.

Bei allen auch hiernach verbleibenden Unsicherheiten ließe sich so womöglich der Begründungsdruck bei der tatrichterlichen Annahme eines Gefährdungsschadens erhöhen. Es mag bei komplexen Sachverhalten auch durchaus sinnvoll sein, einen Sachverständigen bei der Beurteilung *einzelner Umstände* hinzuzuziehen, die für die Ermittlung des Ausfallrisikos relevant sind. So ist es z.B. denkbar, dass dem Richter die Einschätzung der Marktverhältnisse in der Branche des schuldnerischen Unternehmens oder die Bewertung der Erfolgsaussichten von Investitionsvorhaben des Kreditschuldners nicht zuverlässig möglich ist.¹⁴⁰ Unzulässig ist es jedoch, wenn das Gericht ohne eigene plausible Erwägungen die Bewer-

¹³⁷ Vgl. auch Brammsen/Apel WM 2010, 781, 784.

¹³⁸ Becker HRRS 2009, 334, 339 f.

¹³⁹ Man mag insofern von einer „normativen“ Einschränkung der „wirtschaftlichen“ Schadensermittlung sprechen, wengleich der *Verf.* den immer wieder hergestellten Antagonismus von „Wirtschaftlichem“ und „Juristischem“ beim Vermögensbegriff für verfehlt hält, vgl. grds. zutr. Hefendehl, Vermögensgefährdung (Fn. 80), S. 110; aus zivilrechtlicher Perspektive bereits *Jahr*, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik (1964), S. 14, 21 f.

¹⁴⁰ So wäre im Fall „Berliner Bankenskandal“ womöglich ein Sachverständigengutachten über die Situation auf dem einschlägigen Immobilienmarkt angezeigt gewesen.

tung insgesamt von einem Sachverständigen vornehmen lässt und daraus – sofern das Gutachten einen Wertberichtigungsbedarf ergibt – automatisch auf eine strafrechtlich relevante Werteinbuße schließt. Für den Fall „Berliner Bankenskandal“ hätte dies bedeutet, dass ein Vermögensschaden wegen der Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruches nur in Betracht gekommen wäre, wenn eine Bedienung des Kredits schon zum Vergabezeitpunkt aufgrund konkreter Umstände, insbesondere aufgrund mangelnder Erfolgsaussichten des finanzierten Projekts, als nahezu ausgeschlossen anzusehen gewesen wäre.

III. Fazit und Ausblick

Das BVerfG betont im aktuellen Beschluss zu Recht die Reichweite des Gesetzlichkeitsprinzips, die über Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot in ihrem klassischen Verständnis hinausgeht. Lediglich die erforderliche Abgrenzung zwischen „einfachen Auslegungsfehlern“ und verfassungsgerichtlich überprüfbaren Rechtsverletzungen bleibt insofern näher zu konkretisieren. Ferner wird zutreffend die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit des Untreueparagrafen dargelegt. Kritik verdient die Entscheidung dort, wo sie sich auf das Feld der einfachrechtlichen Untreuedogmatik begibt. So können die Ausführungen zur Nachteilsverursachung durch eine Exspektanzvernichtung in der causa „Siemens“ nicht überzeugen. Hier verfehlt der Zweite Senat die eigens aufgestellten Maßstäbe einer wirtschaftlich plausiblen Schadensbegründung.

Bedenklich ist die für Fälle der Kredituntreue geforderte konkrete Berechnung des Vermögensschadens anhand bilanzieller Maßstäbe. Eine nachvollziehbare Darlegung des Schadens dem Grunde nach ist nicht nur wünschenswert, sondern verfassungsrechtlich zwingend. Die angedeutete Gleichsetzung von Schaden und bilanzieller Wertminderung schießt jedoch deutlich über dieses legitime Ziel hinaus. Einen Gewinn an Rechtssicherheit bietet diese Auslegung des Nachteilsbegriffs nicht.¹⁴¹

¹⁴¹ Zumal das BVerfG – ebenso wie schon der 1. BGH-Strafsenat – den Gerichten den nebulösen Ausweg der „vorsichtigen Schätzung“ bei verbleibenden Prognose- und Beurteilungsspielräumen lässt (Rz. 151). Hierzu ist deutlich zu sagen, dass nicht etwa *nach* einer bilanziellen Bewer-

Bilanzielle Bewertungsverfahren sind für das Strafrecht kein „Heilsbringer“ beim Problem der Vermögensbewertung. Der in der vorliegenden Entscheidung im Anschluss an den 1. BGH-Strafsenat eingeschlagene Weg ist somit mindestens teilweise ein Irrweg. In welchem Umfang die entsprechenden Vorgaben an der Bindungswirkung des § 31 BVerfGG partizipieren, wird ggf. noch zu erörtern sein, zumal jedenfalls einzelne Mitglieder anderer BGH-Strafsenate bereits Vorbehalte gegenüber einer bilanziell geprägten Schadensermittlung geäußert haben.¹⁴² Hier sollte einer Fortentwicklung der Dogmatik durch Fachgerichte und Wissenschaft nicht auf dem Wege einer zu umfassend verstandenen Bindungswirkung vorgegriffen werden.

Nach alledem soll dieser Beitrag nicht ohne Selbstkritik auskommen. Denn auch der *Verf.* hat – durch den „Rückzug“ hinter die Evidenzforderung – in gewisser Weise vor dem Problem der Vermögensbewertung im Strafrecht „kapituliert“. Dahinter steht die Überzeugung, dass hierin einerseits unter Bestimmtheitsgesichtspunkten das „kleinere Übel“ im Verhältnis zu den „Untiefen“ bilanzieller Bewertungen zu sehen ist, während andererseits normative Einschränkungskriterien bzw. deren Verhältnis zur grundsätzlich wirtschaftlichen Schadensermittlung bisher nicht vollständig überzeugend begründet wurden.¹⁴³ Auch die Wissenschaft steht somit in der Pflicht, die Präzisierung der Anwendungsvoraussetzungen des Vermögensstrafrechts in einer modernen Wirtschaftsordnung voran zu treiben, trotz der zahlreichen verdienstvollen Arbeiten, die insoweit schon geleistet wurden. Gemeinsam mit einer sorgfältigen Handhabung durch die Strafrichterbarkeit und einer zurückhaltenden Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht ließe sich das Gesetzlichkeitsprinzip so stärker zur Geltung bringen. Dies ist im Kontext der „modernen Untreue“ nötiger denn je.

tung Prognose- und Beurteilungsspielräume „verbleiben“, sondern dass die bilanzielle Bewertung einer Forderung aus praktisch nichts anderem besteht.

¹⁴² Fischer, NStZ-Sonderheft 2009, 8, 11 f.; ders., StV 2009, 95, 100 f.; B. Schmitt, in: FS f. Nobbe, S. 1009, 1021 ff.; krit. aus dem Schrifttum jüngst auch Cramer/Perron, in: Sch/Sch-StGB (Fn. 16), § 263 Rn. 143; Gaede, a.a.O. (Fn. 14), § 263 Rn. 109, 121 ff.

¹⁴³ Letzteres sehen bzgl. des Gefährdungsschadens ähnlich Beulke/Witzigmann JR 2008, 430, 434.

Strafen statt Verwahren!

Besprechung von EGMR, *Mücke v. Deutschland*, Urt. v. 17. 12. 2009, Az. 19359/04 = HRRS 2010 Nr. 1/65.*

Von Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Univ. Leipzig

Vorliegendes Urteil, das mittlerweile rechtskräftig geworden ist¹, hat in das Sanktionensystem des deutschen Strafrechts wie eine Bombe eingeschlagen. Besondere Sprengkraft zeitigte dabei die Aussage des EGMR, die Sicherungsverwahrung sei im Lichte der Konvention als Strafe einzustufen (Rn. 133)². Seitdem ist die kriminalpolitische Diskussion in Deutschland darum bemüht, die Einschlagstelle wieder zu reparieren.³ Den einen geht es dabei darum, die Trümmerstücke möglichst ohne große Änderungen wieder so zusammensetzen wie zuvor. Andere artikulieren den Willen, das Institut der Sicherungsverwahrung derart umzugestalten, dass es auch als Maßregel einer neuen Prüfung vor dem EGMR standhält.⁴ Weniger wurde bisher thematisiert, was es bedeuten würde, wenn man die Sicherungsverwahrung konsequent als Strafe begreifen und ausgestalten würde. Dabei ist diese Option bereits zur Zeit der Strafrechtsreform in der 60iger Jahren des vergangenen Jahrhunderts vor allem von *Hellmuth Mayer*⁵ in die Diskussion eingebracht und von *Michael Köhler*⁶, dem diese Anmerkung gewidmet ist, vertieft begründet und systematisch entfaltet worden.

* Prof. Dr. *Michael Köhler* zur Emeritierung in tiefer Verbundenheit gewidmet.

¹ Der EGMR hat den Antrag der Bundesregierung auf Verweisung an die Große Kammer abgelehnt, s. die Pressemitteilung: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=867589&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

² Randnummern (Rn.) in Klammern verweisen im Folgenden auf die entsprechenden Absätze des zu besprechenden Urteils. Die Entscheidung ist besprochen von: *A. Boetticher* jurisPR-StrafR 4/2010 Anm. 2; *U. Eisenberg* NJW 2010, 1507; *J. Kinzig* NStZ 2010, 233; *Ch. Laue* JR 2010, 198; *J. Peglau* jurisPR-StrafR 1/2010 Anm. 2

³ Die Diskussion ist in der Süddeutschen Zeitung repräsentativ nachgezeichnet: Die einzelnen Artikel und Kommentare können über das Stichwort „Sicherungsverwahrung“ auf www.sueddeutsche.de abgerufen werden.

⁴ Zu den Reformvorschlägen s. u. II. der Anmerkung.

⁵ *Hellm. Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (1953), S. 40, 379 ff.; vgl. a. ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch (1967), S. 184 f.

⁶ *M. Köhler*, Der Begriff der Strafe (1986), S. 80-82; ders. Festschrift für Karl Lackner, hrsg. v. *W. Küper* u. a., (1987), S. 11, 36 f. u. ö.; ders. Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997), S. 55 ff., 642 f.; ders.; in: Festschrift für Günther Jakobs, hrsg. v. *M. Pawlik* u. a. (2007), S. 273, 285; ebenfalls für die Umwandlung bzw. (Um-) Deutung der Sicherungsverwah-

Nach einer Analyse des Urteils (I.) möchte ich die weittragenden Konsequenzen des Urteils aufzeigen, zu denen insbesondere eine bestimmte Dauer der Sicherungsverwahrung zählt (II.), und die es nahe legen, sie als eine Modifikation der Strafe zu begreifen und auszugestalten (III.).

I. Entscheidungsanalyse

Der EGMR hatte über die Individualbeschwerde eines Häftlings zu entscheiden, gegen den das LG Marburg im Jahre 1986 neben der Strafe u. a. wegen versuchten Mordes auch die Sicherungsverwahrung angeordnet hatte, dessen Entlassung die Strafvollstreckungsgerichte aber trotz des Ablaufs der zum Urteilszeitpunkt noch geltenden zehnjährigen Höchstfrist abgelehnt hatten, weil diese seit 1998 aus dem Gesetz gestrichen ist. Der Gerichtshof stützt die Konventionsverletzung auf zwei Artikel der EMRK: Zum einen sei die aufgrund der nachträglichen gesetzlichen Entfristung fortgesetzte Sicherungsverwahrung nicht durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK gedeckt (1.). Zum anderen liege ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot von Art. 7 Abs. 1. EMRK vor (2.).

1. Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK

a) Der EGMR sieht in der Sicherungsverwahrung zu Recht einen Freiheitsentzug, der sich allenfalls durch einen der in Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK abschließend aufgezählten Gründe legitimieren lässt (Rn. 86). Von diesen Gründen kommt für den Gerichtshof einzig der erste in Betracht (Rn. 102), während die anderen nicht einschlägig sind. Das stellt der EGMR ausdrücklich und mit aller wünschenswerter Klarheit auch für die Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit. c) und lit. e) EMRK fest: Ersterer ist auf die Situation der Abwehr einer konkreten und spezifischen, nach Ort und Zeit bestimmbar, Straftat gemünzt und passt daher nicht auf die Situation der Sicherungsverwahrung

rung in eine Strafe: *M. Kahlo*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt (2001), S. 80 f. Fn. 303; *J. Kinzig*, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand (1996), S. 599; *M. Walter*, in: Festgabe für Karl Peter Rotthaus hrsg. v. *H. Müller-Dietz* (1995), S. 191, 196.

(Rn. 89, 102)⁷; letzterer greift nur, wenn der Verurteilte psychisch krank ist, woran es im konkreten Fall fehlte (Rn. 103).

b) Alles kam also darauf an, ob die über zehn Jahre andauernde Sicherungsverwahrung sich als eine rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch das zuständige Gericht verstehen lässt, Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit. a) EMRK: Rechtmäßig ist eine Freiheitsentziehung, wenn sie den Vorschriften des nationalen Rechts entspricht. Dies hat die EKMR an sich für eine gemäß § 66 StGB angeordnete Sicherungsverwahrung anerkannt⁸ und ist auch sonst unstrittig⁹. Fraglos war die Schwurgerichtskammer des LG Marburg auch das nach deutsches Recht zuständige Gericht (§ 74 Abs. 2 Nr. 4 GVG).

Problematisch war hingegen, ob die Fortdauer der Sicherungsverwahrung über die abgeschaffte Zehnjahresfrist hinaus eine Freiheitsentziehung darstellt, die „nach einer Verurteilung“ erfolgt. Vergleichsweise einfach klärt sich dabei, dass es sich bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB um eine „Verurteilung“ handelt. Zwar sieht der EGMR als eine Verurteilung in st. Rspr. nur eine gerichtliche Entscheidung an, die einen Schuldspruch enthält (Rn. 87, 95).¹⁰ Doch schränkt dieses nicht nur materiell rechtliche, sondern auch strafprozessuale Kautel die in Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit. a) EMRK angesprochenen Freiheitsentziehungen nicht auf Strafen ein. Vielmehr ist damit auch die Verhängung von Sanktionen erfasst, die keinen Schuldausgleich bezwecken, solange sie nur – wie die Sicherungsverwahrung – eine Schuldfeststellung voraussetzen (Rn. 96).¹¹ Als heikel erwies sich vielmehr die Frage, inwiefern die Sicherungsverwahrung im vorliegenden Fall „nach“ einer Verurteilung vollzogen wird. Nach st. Rspr. reicht hierzu ein bloß zeitliches Aufeinanderfolgen nicht aus. Vielmehr bedarf es einer „sufficient causal connection“ zwischen beidem (Rn. 88).¹² Damit ist nicht nur ein schlichter Bedingungs-zusammenhang gemeint, wie der deutsche Strafurteil vielleicht assoziieren mag. Vielmehr ist dazu nach der grundlegend dazu ergangenen Entscheidung erforderlich, dass der Ausspruch einer Freiheitsentziehung sich aus der Verurteilung ergeben und ferner immer zusammen mit dem Schuldspruch und abhängig von ihm ergeben muss (Rn. 88). Das traf zwar auf die Vollstreckung der Sicherungsverwahrung bis zum Ablauf der Zehnjahresfrist zu (Rn. 96), nicht aber auf die Fortdauer der Unterbringung über diesen Zeitpunkt hinaus. Denn nach der Rechtslage zum Zeitpunkt der Anordnung der Sicherungsverwahrung bedeutete dies eine Höchstdauer des Freiheitsentzuges von 10 Jahren, weil und soweit diese Frist bei der ersten Unterbringung in der Sicherungsver-

wahrung gesetzlich vorgeschrieben war und daher vom Gericht nicht eigens hatte festgesetzt werden müssen (Rn. 99 f.). Die Fortdauer der Unterbringung über diese Frist hinaus beruhte hingegen maßgeblich auf einer Gesetzesänderung (Rn. 100). Daran ändert nach zutreffender Ansicht des EGMR auch der Umstand nichts, dass die Fortdauer der Sicherungsverwahrung im vorliegenden Fall im Jahre 2001 durch ein Strafvollstreckungsgericht festgestellt wurde. Denn diese Entscheidung enthält selbst keinen Schuldspruch und kann daher – darin liegt ein Gutteil der Sprengkraft der hier zu besprechenden Entscheidung – auch nicht als eine „Verurteilung“ i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S.1 lit. a) EMRK angesehen werden (Rn. 96).

c) Es deutet sich damit an, dass die EMRK die kriminalrechtlichen Sanktionen auf mit Strafe bedrohter Handlungen in ein binäres Schema einteilt. Sieht man von der auf die Untersuchungshaft zielenden Variante des Art. 5 Abs. 1 S. 1 c) EMRK ab, eröffnet sich einzig folgendes Spektrum: Soweit nicht eine psychische Erkrankung Grund der Tat und der Freiheitsentziehung ist, ist allein eine auf einem Schuldspruch beruhende Verurteilung zur Legitimation einer Freiheitsentziehung konventionskonform. Daraus folgt dann zwar noch nicht die strikte Alternative: Strafe gegen schuldhaft handelnde Delinquenten, Maßregeln gegen schuldunfähige Täter.¹³ Wohl aber führt die im Kriterium des Schuldspruchs enthaltene Verschränkung von materiellrechtlicher Gewährleistung und strafprozessualer Kautel dazu, dass die durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit. a) EMRK einzig legitimierte Freiheitsentzug sich nach Voraussetzung und Verfahren sehr stark einer Strafe annähert. Daher stand auch eine Verletzung von Art. 7 Abs. 1 EMRK im Raume, mit der sich der Gerichtshof folgerichtig als zweites befasste.

2. Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK

Nach Art. 7 Abs. 1 EMRK darf niemand wegen einer Handlung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem Recht nicht strafbar war. Ob eine in einem Mitgliedsland verhängte Sanktion eine Strafe darstellt, bestimmt der EGMR dabei „autonomous“ (Rn. 120): Zu diesen Kriterien zählt nur sekundär, wie das nationale Recht die Sanktion bezeichnet. Primär ist hingegen, ob sie wegen einer schuldhaften Tat angeordnet wurde. Ferner ist Art und Zweck der Maßnahme ebenso von Belang wie die Schwere der Sanktion und die Eigenart des Verfahrens, in dem sie angeordnet wird. Mit Ausnahme des an ersten Stelle genannten Kriteriums sprechen nun alle übrigen nach Ansicht des Gerichtshofs dafür, in der Sicherungsverwahrung eine Strafe zu sehen: Zwar bezeichnet das deutsche Strafrecht die Sicherungsverwahrung in § 61 Nr. 3 StGB als präventive Maßregel

⁷ So aber *Th. Würtenerberger/G. Sydow* NVwZ 2001, 1201 1204; vgl. w. *J. Peglau* NJW 2001, 2436, 2438.

⁸ EKMR, Entscheidung v. 7. 7. 1992, Az.: 19969/92, Dax v. Deutschland, m. w. N.

⁹ Vgl. *L. Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 53. Aufl. (2010), Art. 5 MRK Rn. 2.

¹⁰ Grundlegend: EGMR; Urt. v. 24. 6. 1982, Az.: 7906/77, van Droogenbroeck vs. Belgien, Series A Band 50, Rn. 35 (= EuGRZ 1984, 6).

¹¹ *J. Kinzig* NStZ 2010, 233, 235.

¹² Grundlegend: EGMR, Urt. v. 2. 3. 1987, Az.: 9787/82, Weeks vs. Vereinigtes Königreich, Series A Band 114, Rn. 42.

¹³ Der EGMR schließt ausdrücklich nicht aus (Rn. 103), dass jemand sowohl wegen einer psychischen Erkrankung als auch aufgrund eines Schuldspruches der Freiheit beraubt werden dürfte (Die Rspr. hierzu ist bisher nicht einheitlich, vgl. den Überblick bei *H.-U. Paeffgen*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, hrsg. v. *H.-J. Rudolphi* u. a., 64. Lieferung, [Stand Okt. 2009], Art. 5 Rn. 17.). Freilich würde dies nichts daran ändern, dass dann die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 S.1 lit. a) ebenfalls vorliegen müssten.

der Besserung und Sicherung (Rn. 125). Doch setzt sie in allen ihren Formen eine Verurteilung wegen einer schuldhaften Straftat voraus (Rn. 124), die zudem in einem Gerichtsverfahren ausgesprochen wird, das sich in nichts von einem Strafprozess unterscheidet (Rn. 131). Auch in der Art der Ausgestaltung dieser Maßregel sieht der EGMR kaum einen Unterschied zu der der Freiheitsstrafe (Rn. 127). Beide Sanktionen werden meist in denselben Anstalten vollstreckt und der Vollzugsalltag des Verwahrten gleicht nahezu dem des Sträflings. Wenngleich der EGMR zur Kenntnis nimmt, dass der Sicherungsverwahrung dem Zweck der Prävention künftiger Straftaten dienen soll (Rn. 125), sieht er darin keinen Wesensunterschied zur Freiheitsstrafe, die ebenfalls auch präventive Zwecke verfolgen darf und verfolgt (Rn. 130). Darüber hinaus konstatiert er zu Recht, dass sich der Vollzug der Sicherungsverwahrung nicht durch spezielle Resozialisierungsangebote gegenüber dem Strafvollzug auszeichnet und sich von ihm nach Ansicht des Gerichtshof folglich auch nicht durch eine besondere Präventionsorientierung abhebt (Rn. 129). Mangelt es an speziellen Behandlungsangeboten, stellt sich die Sicherungsverwahrung wegen ihrer Länge und der Unbestimmtheit ihrer Dauer als besonders belastend für die Verwahrten dar. In ihrer Schwere steht daher die Sicherungsverwahrung in nichts der Freiheitsstrafe nach. Der Gerichtshof kommt daher ganz richtig zu folgendem Schluss: "Therefore, the Court cannot but find that this measure appears to be among the most severe – if not the most severe – which may be imposed under the German Criminal Code." (Rn. 132).

Zusammengenommen stellt sich die Sicherungsverwahrung daher nach den Kriterien der Konvention als eine Strafe dar, für die das Rückwirkungsverbot von Art. 7 Abs. 1 EMRK gilt. Da die in § 67d Abs. 3 StGB bis 1998 vorgesehene Zehnjahresfrist nach Rechtskraft der Anordnung der Sicherungsverwahrung auch für Altfälle aufgehoben wurde, liegt darin eine rückwirkende Verschärfung einer Strafdrohung, die konventionswidrig ist (Rn. 135).

II. Konsequenzen des Urteils des EGMR

Das Urteil ist nur zur Entfristung einer gemäß § 66 StGB angeordneten Sicherungsverwahrung ergangen. Seine Bedeutung reicht aber weit darüber hinaus: Mittlerweile folgert der BGH aus dieser Entscheidung auch, dass die Vorschriften zur nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht rückwirkend auf Altfälle angewandt werden dürfen.¹⁴ Darüber hinaus ist es überwiegende Auffassung im Schrifttum, dass auch die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung auf Neufälle nicht von Art. 5 Abs. 1 S.1 lit. a) EMRK gedeckt ist, weil sie gerade nicht – wie

¹⁴ BGH HRRS 2010 Nr. 648, Rn. 12; m. Anm. J. Peglau jurisPR-StrafR 13/2010 Anm. 3; u. Anm. K. Gaede HRRS 2010, 329, der die methodische Problematik deutlich herausarbeitet und sehr überzeugend zugunsten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung für das Rückwirkungsverbot löst. -Anders der I. Strafsenat des BGH bezüglich der nachträglichen Sicherungsverwahrung gegen einen nach Jugendstrafrecht Verurteilten, NStZ 2010, 381 (383 f.) (= HRRS 2010 Nr. 454) m. abl. Anm. J. Renzikowski NStZ 2010, 506.

gefordert – mit einer Schuldfeststellung verbunden ist.¹⁵ Ferner wird bezweifelt, ob dasselbe Verdikt nicht auch die vorbehaltene Sicherungsverwahrung trifft.¹⁶ Angesichts dessen erscheint der rechtspolitische Vorschlag als wenig aussichtsreich, es im Wesentlichen bei dem bisherigen System zu belassen, aber einen getrennten Vollzug der Sicherungsverwahrung unter besonders günstigen Haftbedingungen und mit speziellen Behandlungsangeboten vorzusehen.¹⁷ Indem der EGMR die Sicherungsverwahrung auch in ihrer klassischen Gestalt (§ 66 StGB) als Strafe eingestuft hat, reicht es aber auch nicht aus, deren Anwendungsbereich auf Gewalttaten zu beschränken und die vorbehaltene Sicherungsverwahrung auszubauen.¹⁸ Vielmehr muss dieses Rechtsinstitut nun überdies all den anderen Vorgaben genügen, welche die Konvention für eine Strafe aufstellt: Im Raume steht, inwiefern in der unbefristeten Sicherungsverwahrung nicht eine erniedrigende oder unmenschliche Strafe zu sehen ist (1.). Darüber hinaus fällt jetzt ins Auge, dass ihr Ausmaß nun gesetzlich bestimmt sein muss (2.). Schließlich legt es die Rechtsprechung des BVerfG zur Überlänge einer Maßregelvollstreckung nahe, die erkennenden Gerichte dazu zu verpflichten, Sicherungsverwahrung zeitlich bestimmt zu verhängen (3.).

1. Die Sicherungsverwahrung und das Verbot erniedrigender oder unmenschlicher Strafe

Nach Art. 3 EMRK darf niemand unmenschlicher oder erniedrigender Strafe unterworfen werden.¹⁹ Die Mitgliedsstaaten des Europarates haben dementsprechend am 26. 11. 1987 ein Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe geschlossen (BGBl. 1989 II, S. 946). Gemäß Art. 1 dieses Übereinkommens ist ein Komitee gebildet worden, dem es obliegt, u.a. durch Besuche von Haftanstalten in den Mitgliedsstaaten zu prüfen, ob die Garantien von Art. 3 EMRK gewährleistet sind. Das Komitee firmiert unter dem englischen Kürzel

¹⁵ C. Finger, Vorbehaltene und Nachträgliche Sicherungsverwahrung (2008), S. 216 f.; A. Flaig, Die nachträgliche Sicherungsverwahrung (2009), S. 97; J. Kinzig NJW 2001, 1455, 1458; ders. NStZ 2004, 655, 660; ders. NStZ 2010, 233, 239; H. E. Müller StV 2010, 207, 211 f.; T. Mushoff, Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung (2008), S. 456; J. Renzikowski NStZ 2010, 506, 507; D. Rzepka R&P 2003, 191, 208; kriminologisch fundierte Kritik bei Hen. Schneider StV 2006, 99, 103 a. A. R. Rissing-van Saan /J. Peglau, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl., hrsg. v. H. W. Laufhütte u. a., Band 3 (2008), § 66b Rn. 61.

¹⁶ Kinzig NStZ 2010, 233, 239; Rzepka R&P 2003, 191, 208.

¹⁷ So der Vorschlag der Hamburger CDU-Justizexpertin V. Spethmann, vgl. Ph. Volkmann-Schluck, Die Hamburger CDU fordert ein Spezialgefängnis, auf: www.abendblatt.de/hamburg/kommunales/article1586013/Die-Hamburger-CDU-fordert-ein-Spezialgefängnis.html

¹⁸ So die Eckpunkte des Bundesjustizministeriums, abrufbar unter dem Stichwort Sicherungsverwahrung auf: www.bmj.bund.de; zu den „Gemeinsamen Eckpunkten“ von Innen- und Justizministerium s. u. bei Fn. 66.

¹⁹ Überblick bei: Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. (2009), § 20 Rn. 23-25; SK-StPO/Paeffgen (Fn. 13), Art. 3 Rn. 13 ff.

CPT. Es hat im Jahre 2005 auch eine JVA besucht, in der Sicherungsverwahrte untergebracht sind. Es stellte fest, dass trotz eines allgemein bestehenden Behandlungskonzeptes die Kontakte der Vollzugsbediensteten zu den Verwahrten minimal ausfielen.²⁰ Die meisten von diesen seien „vollkommen demotiviert“ gewesen und hätten ihre Zeit träge verbracht.²¹ Ausdrücklich stellt der Bericht dabei einen Zusammenhang her zur unbegrenzten Dauer der Sicherungsverwahrung.²² Angesichts dessen empfiehlt das CPT, „mit hoher Dringlichkeit“ eine humanen und kohärenten Behandlungsstrategie umzusetzen, und stellt dabei zudem fest: „Dies muss in einem kohärenten Rahmen stattfinden, der Fortschritte in Richtung Entlassung ermöglicht, wobei die Entlassung eine realistische Möglichkeit sein sollte.“²³ Der Nachdruck, mit dem das CPT diese Empfehlung ausspricht, lässt kaum einen anderen Schluss zu, als dass es in diesem Vollzug der Sicherungsverwahrung ohne die genannten Verbesserungen einen Verstoß gegen Art. 3 EMK sieht. Das korrespondiert mit der Feststellung des EGMR, wonach eine lebenslange Freiheitsstrafe nur dann nicht zu Art. 3 EMK im Widerspruch steht, wenn das nationale Recht de jure und de facto eine bedingte Entlassung vorsieht.²⁴

2. Zur gesetzlichen Bestimmtheit der Rechtsfolge

Für die Frage der Bestimmtheit der Rechtsfolge ist meines Erachtens der Konnex, den der Bericht zur völligen Offenheit des Endes der Sicherungsverwahrung herstellt, von besonderer Bedeutung. Damit ist nämlich auch die in Art. 7 Abs. 1 EMRK enthaltene Garantie berührt. Diese umfasst nicht nur ein Rückwirkungsverbot, sondern auch das Gebot gesetzlicher Umschreibung der Strafe als Rechtsfolge.²⁵ Freilich hat der EGMR den Umfang dieser Gewährleistung bisher nicht näher konkretisiert. Er hat sich jedoch mit der Frage der gesetzlichen Bestimmtheit der Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe befasst.²⁶ Hier besteht eine Nähe zur unbestimmten Dauer der Sicherungsverwahrung. Denn anders als bei einem auf zeitige Freiheitsstrafe lautenden Rechtsfolgenanspruch setzt die Verurteilung zu lebenslanger Haft den Zeitpunkt von deren Ende nicht selbst fest, sondern bestimmt ihn durch ein außer ihr selbst liegendes Ereignis

(den Tod des Verurteilten). Die lebenslange Freiheitsstrafe ist daher als eine Sanktion von „relativ unbestimmter Dauer“ im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz als problematisch angesehen worden.²⁷ Gleichwohl hat der Gerichtshof die gesetzliche Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht als konventionswidrig angesehen, soweit die nötigen Regelungen zur bedingten Entlassung präzise gefasst und voraussehbar sind.²⁸ Die hier zu besprechende Entscheidung sieht aber gerade in der unbestimmten Dauer der Sicherungsverwahrung eine erhebliche Erschwerung der Resozialisierung (Rn. 129). Es bleibt daher abzuwarten, ob der Gerichtshof das innere Verwiesensein der Einhaltung des Verbots unmenschlicher oder erniedrigender Strafe auf die zeitliche Bestimmtheit ihrer Vollstreckung in einer zukünftigen Entscheidung für den Menschenrechtsschutz fruchtbar macht.

3. Maßregelbemessung durch das erkennende Gericht

Zieht man das Grundgesetz heran, präzisiert sich dagegen die Rechtslage schon jetzt. Es lässt sich hier nämlich plausibel machen, dass ohne eine Bemessung der Dauer der Unterbringung eine Maßregel ihren Zweck, die Resozialisierung des Täters, nicht erreichen kann. Ich möchte diese These in drei Schritten untermauern. Zunächst will ich auf die Schwierigkeiten hinweisen, die eine JVA bzw. eine Strafvollstreckungskammer bekommt, wenn sie das Resozialisierungsziel innerhalb eines zeitlich unbestimmt angeordneten Freiheitsentzuges erreichen sollen [a)]. Sodann möchte ich versuchen, den Lösungsansatz fruchtbar zu machen, den das Bundesverfassungsgericht zu der parallelen Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe entwickelt hat [b)]. Schließlich will ich anhand der Rspr. zur Unverhältnismäßigkeit überlanger Unterbringung Kriterien entwickeln, mit denen schon bei Anordnung der Maßregel deren Vollstreckungsdauer näher bestimmt werden kann [c)].

a) Genauso wie im Maßregelvollzug ist der Entlassungszeitpunkt bei der lebenslangen Haft im Unterschied zur zeitigen Freiheitsstrafen nicht bestimmbar. Für einen auf Wiedereingliederung verpflichteten Strafvollzugs ist dies ebenso misslich wie für die Gefangenen selbst. § 15 Abs. 3 und 4 StVollzG²⁹ macht Maßnahmen zur Entlassungsvorbereitung von bestimmten, durch den Entlassungstag festgelegten Fristen abhängig. Gleiches gilt nach Nr. 4 Abs. 2 a) der bundeseinheitlichen Verwaltungsvorschriften zu § 13 StVollzG³⁰ für die Gewährung von Hafturlaub

²⁰ Bericht an die deutsche Regierung über den Besuch des Europäischen Ausschusses zur Verhütung der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe in Deutschland (CPT) vom 20. November bis 2. Dezember 2005, www.cpt.coe.int/documents/deu/2007-18-inf-deu.pdf, S. 43. Der Bericht wird auch in dem zu besprechenden Urteil mehrfach zu Entscheidungsfindung herangezogen (Rn. 77, 129).

²¹ CPT, aaO. (Fn. 20), S. 42. Andere Untersuchungen ergaben Ähnliches: vgl. die konzise Sekundäranalyse bei T. Mushoff, aaO. (Fn. 15), S. 366 ff. m. w. N.

²² CPT, aaO. (Fn. 20), S. 42.

²³ CPT, aaO. (Fn. 20), S. 43.

²⁴ EGMR (GK); Urt. v. 12. 2. 2008, Az. 21906/04, *Kafkaris vs. Zypern*; Rn. 96.

²⁵ EGMR, Urt. v. 25. 5. 1993; *Kokkinakis vs. Griechenland*, Serie A 260 A Rn. 52 (= ÖJZ 1994, 59); EGMR (GK); Urt. v. 12. 2. 2008, Az. 21906/04; *Kafkaris vs. Zypern*; Rn. 138; vgl. w. Ch. Grabenwarter, EMRK (Fn. 19), § 24 Rn. 127.

²⁶ EGMR (GK); Urt. v. 12. 2. 2008, Az. 21906/04; *Kafkaris vs. Zypern*, Rn. 143-152.

²⁷ G. Kaiser, *Kriminologie*, 3. Aufl. (1996), S. 994; zust. F. Dünkel, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* hrsg. v. U. Kindhäuser u. a., 3. Aufl. (2010), § 38 Rn. 30.

²⁸ EGMR (GK); Urt. v. 12. 2. 2008, Az. 21906/04; *Kafkaris vs. Zypern*, Rn. 152.

²⁹ Zu den nahezu gleich lautenden Regelungen in Bayern, Hamburg und Niedersachsen: Th. Ullenbruch, in: *Strafvollzugsgesetz – Bund und Länder*, 5. Aufl., hrsg. v. H.-D. Schwind, A. Böhm u. a., 2009, § 15 Rn. 12-15.

³⁰ Zu den Regelungen in Bayern, Hamburg und Niedersachsen: Schwind/Böhm/Ullenbruch (Fn. 29), § 13 Rn. 48-50. Bei lebenslanger Freiheitsstrafe ist zudem die Mindestverbüßungsfrist von 10 Jahren zu beachten, § 13 Abs. 3

aus dem geschlossenen Vollzug. Dies wirkt sich auch auf die Bewilligung anderer Lockerungen (Ausführung, Ausgang) aus, die häufig gerade auch angeordnet werden, um zu erproben, ob der Gefangene in die Urlaubsregelung übernommen werden kann.³¹ Ist nun der Entlassungstermin nicht bestimmbar, so können die Zeiträume, in denen diese auf Wiedereingliederung zielenden Maßnahmen in Betracht kommen, ebenfalls nicht hinreichend genau festgelegt werden.³² Folglich lassen sich auch Behandlungsangebote nur unzureichend planen, mit denen dem Gefangenen geholfen werden kann, sich für die Gewährung von Lockerungen zu qualifizieren. Die Gefahr liegt nahe, dass der Anspruch des StVollzG, auch den Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe am Vollzugsziel auszurichten, bloß auf dem Papier steht.

Aus diesem Grund hatte es sich schon vor der Entscheidung des BVerfGE 86, 288 in den meisten Bundesländern eingebürgert, dass alle Instanzen, die am Aussetzungsverfahren beteiligt waren, schon vorher mehr oder weniger informell zueinander Kontakt aufnahmen, um die Einschätzungen hinsichtlich des möglichen Entlassungszeitpunktes auszutauschen. Dies geschah bei lebenslangen Freiheitsstrafen frühestens (in Hamburg) nach 9 Jahren und spätestens (in Thüringen) nach 13 1/4 Jahren Verbüßungszeit. Art und Weise, ferner Dichte und Verlässlichkeit der im Rahmen dieser Kontaktaufnahmen abgegebenen Stellungnahmen gestalteten sich sehr unterschiedlich. Die Transparenz dieser Abstimmungen war für den Gefangenen kaum gewährleistet. Direkt beteiligt war er daran jedenfalls selten. Sowohl dieser informelle „Planungsverbund“ als auch das Aussetzungsverfahren litten aber an einem Grundmangel: Die Vollstreckungsgerichte sahen sich nicht in der Lage, sich auf einen bestimmten Entlassungstermin festzulegen.

Soweit ersichtlich, gaben die Vollstreckungsgerichte allenfalls in dem nicht tragenden Teil der Gründe ihrer ablehnenden Beschlüsse (bzw. schon früher) zu erkennen, wie lange die besondere Schwere der Schuld die weitere Vollstreckung noch gebiete. Wenn dies geschah, so wurden derartigen Stellungnahmen häufig Formulierungen vorangestellt, die eine Bindung des Spruchkörpers oder einen entsprechenden Vertrauenstatbestand ausschließen sollten. Zu den gebräuchlichen Vorbehaltsklauseln gehörten Sätze wie etwa: „Die Kammer in der derzeitigen Besetzung nach heutigem Erkenntnisstand ...“³³. Selbst nach Ablauf der in § 57a StGB vorgesehenen Mindestverbüßungszeit war so keine Gewissheit über das voraussichtliche Vollstreckungsende zu gewinnen.

StVollzG. In Bayern gilt hier eine 12 Jahresfrist, Art. 14 Abs. 3 BayStVollzG.

³¹ Darin besteht ihr faktisch wichtigste Bedeutung: Schwind/Böhm/Ullenbruch, (Fn. 29), § 11 Rn. 1; zum Maßregelvollzug ähnlich: H. Pollähne, Lockerungen im Maßregelvollzug, 1993, S. 42.

³² Vgl. zur – revidierbaren – Stufung des Vollzuges näher: H. Pollähne, aaO. (Fn. 31), S. 43 f.; Schwind/Böhm/Ullenbruch (Fn. 29), § 11 Rn. 4, § 13 Rn. 1.

³³ Vgl. dazu etwa auch die in BVerfGE 86, 288, 307 wiedergegebene Stellungnahme des Saarlandes, das aus diesem Grunde informelle Kontakte zwischen Gerichten, Staatsanwaltschaften und Vollzugsbehörden ablehnt.

Auch bei gutem Willen auf allen Seiten war es so nicht ausgeschlossen, dass die Vollzugsbehörden von unzutreffenden Vorstellungen über den Entlassungszeitpunkt ausgingen: Entweder begannen sie zu früh damit, auf Lockerungen und Entlassung vorzubereiten, und mussten dann aufgrund einer anders lautenden Entscheidung oder Stellungnahme des Vollstreckungsgerichtes ihre Vollzugsplanung zulasten des Gefangenen revidieren; oder aber sie leiteten diese Maßnahmen zu spät ein mit dem Resultat, dass dem Gefangenen zu wenig Möglichkeiten geboten wurden, seine persönlichen Verhältnisse so zu bessern, dass er Aussicht auf eine günstige Sozialprognose hatte. Beide Male wurden aber Chancen des Gefangenen vereitelt, seine Freiheit wiederzuerlangen.

b) Hierdurch sieht nun das BVerfG Art. 2 Abs. 2 GG nicht genügend beachtet. Dieses Grundrecht verlangt, dass der Betroffene über das Ausmaß des Freiheitsentzuges nicht im Ungewissen gelassen werden darf. Anknüpfend an seine Konkretisierung der Schuldschwereklausel fordert das BVerfG dabei, dass der Gesetzgeber materielle Maßstäbe für die Art und Dauer der Strafvollstreckung festzulegen hat.³⁴ Indem das BVerfG in seiner Entscheidungen zuvor den § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB wie einen Strafschärfungsgrund interpretiert hat, hat es diese vom Gesetzgeber bisher unterlassene Konturierung in verfassungskonformer Auslegung gleichsam nachgeholt. Abschließend zieht es nun Folgerungen für die Verfahrensweise der Vollstreckungsgerichte: Spätestens zwei Jahre vor Ablauf der Mindestverbüßungsdauer ist das Aussetzungsverfahren einzuleiten. Schon jetzt muss das Gericht im Falle der Ablehnung der bedingten Entlassung festlegen, welche zusätzliche Vollstreckungszeit durch die Schwere der Schuld geboten wird. Nur mit dieser Gewissheit über den Entlassungstag kann nämlich das Vollzugsende und die ihm vorausgehenden und an ihm orientierten Lockerungen sinnvoll vorbereitet werden. Nur so kann also dem Resozialisierungsanspruch³⁵ des Gefangenen genügt werden. Mittlerweile orientieren sich die Gerichte bei der Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen überwiegend an der in § 454 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) StPO niedergelegten Verbüßungszeit von 13 Jahren.³⁶

Diese Grundsätze lassen sich meiner Ertrachtens auf den Maßregelvollzug übertragen. Zunächst einmal stellen sich die Probleme hier wie dort ähnlich.³⁷ Jedenfalls gilt dies für die Maßregel nach § 66 StGB. Die Dauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung ist seit 1998 – jedenfalls bei Gewalttätern – gesetzlich nicht befristet. Demnach hängt die Vollzugsplanung genauso in der Luft wie (bisher) bei der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Die Unbestimmtheit des Vollzugsendes steht hier wie dort einer langfristig betriebenen Entlassungsvorbereitung entgegen. Hier wie dort konterkariert es diese Unbestimmtheit daher, das Vollzugsziel zu erreichen. Dies alles spricht dafür, die vom BVerfG zur

³⁴ St. Rspr.: BVerfGE 33, 1, 10; 58, 358, 366 f.; 86, 288, 326.

³⁵ BVerfGE 35, 202, 238, 45, 187, 239.

³⁶ J. Hubrach; in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl., hrsg. v. H. W. Laufhütte u. a., Band 3 (2008), § 57a Rn. 28, wobei auch frühere Entscheidungszeitpunkte praktiziert werden.

³⁷ Vgl. K. Koepsel, in: Strafvollzugsgesetz – Bund und Länder, 5. Aufl., hrsg. v. H.-D. Schwind, A. Böhm u. a., (2009), §§ 129, 130 Rn. 8.

Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe entwickelten Grundsätze auch auf den Maßregelvollzug zu anzuwenden.³⁸

Gegen diese Übertragbarkeit könnte freilich sprechen, dass Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nur der Teil der lebenslangen Freiheitsstrafe war, der zum Ausgleich der besonderen Schwere der Schuld geboten war. Wären die Ausführungen des BVerfG nur als Aussagen über die Unzulässigkeit zeitlich nicht begrenzter Tatvergeltung zu verstehen, dann würde sich daraus kein Argument für die Maßregelbemessung herleiten lassen. Dem ist aber nicht so. Tragende Überlegung ist, „... daß der Gesetzgeber in Ausfüllung des Gesetzesvorbehalts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG die materiellen Maßstäbe für die Art und Dauer der Vollstreckung festzulegen hat ...“³⁹ Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ist nicht beschränkt auf die Vollstreckung von Freiheitsstrafen. Dieses Grundrecht regelt jede Form von Freiheitsentzug. Folglich gelten die Aussagen des BVerfG zum Freiheitsentzug kraft Strafe ebenso auf für den Freiheitsentzug durch Maßregel. Ist dem so, dann dürfen die Strafvollstreckungskammern bei einer Ablehnung der Maßregelsetzung den voraussehbaren Entlassungszeitpunkt ebenfalls nicht offen lassen. Vielmehr zwingt die hohe Bedeutung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nebst dem aus dem Sozialstaatsgebot folgenden Resozialisierungsanspruch sie dazu, das voraussichtliche Ende der Maßregel zum frühest möglichen Zeitpunkt festzulegen.

c) Fordert das Freiheitsgrundrecht nicht nur für die Freiheitsstrafe, sondern auch für Maßregel die Bestimmbarkeit des Entlassungszeitpunktes, stellt sich abschließend die Frage, nach welchen Kriterien die Dauer der Maßregel bemessen werden soll.

Zur Beantwortung dieser Frage kann eine nähere Analyse der Rspr. zu der übermäßigen Dauer einer Maßregelvollstreckung dienen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt entgegen dem Wortlaut von § 62 StGB nicht nur für die Anordnung einer Maßregel, sondern auch für die nach § 67e StGB erforderlichen Entscheidungen über die Fortdauer der Unterbringung in einer Maßregel.⁴⁰ § 67e StGB ist im Lichte von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu würdigen. Unter diesem Gesichtspunkt ist die vom Verurteilten ausgehende Gefahr zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs in das Verhältnis zu setzen.⁴¹ Die Beurteilung hat sich dabei nicht nur darauf zu erstrecken, welche Art von rechtswidriger Tat zu erwarten ist, welches Gewicht den durch sie bedrohten Rechtsgütern zukommt, und wie häufig und in welcher Frequenz der Verurteilte bisher rückfällig geworden ist. Vielmehr ist auch und gerade in Rechnung zu stellen, dass dem Freiheitsgrundrecht umso größere Bedeutung zukommt, je länger die Unterbringung dauert. Ist eine Unterbringung lang andauernd, dann kehrt sich – so lässt sich das

BVerfG methodisch verstehen – der in § 62 StGB niedergelegte Maßstab um: Nach dieser Vorschrift soll die Anordnung nur dann nicht unterbleiben, wenn sie außer Verhältnis zu dem Gewicht der begangenen und der drohenden Taten steht. Diese Richtschnur gleicht der Gewichtung der Rechtsgüter des Störers im Defensivnotstand (vgl. § 228 BGB). Der Störer muss die zur Gefahrenabwehr notwendigen Eingriffe stets dulden, es sei denn seine Interessen überwiegen die durch die Notstandshandlung geschützten Interessen wesentlich.⁴² Hieraus folgt jedenfalls, dass Eingriffe in die Fortbewegungsfreiheit des Störers stets verhältnismäßig sind, wenn sie zur Abwehr von Gefahren Leben, Leib oder die Fortbewegungsfreiheit eines anderen dienen.

Gewinnt nun das Freiheitsgrundrecht des Verurteilten bei einer lang andauernden Unterbringung derart an Gewicht, dass es sogar die Beendigung der Maßregel trotz fortbestehender Gefahr erheblich rechtswidriger Taten herbeizwingen kann⁴³, dann gilt der in § 62 StGB statuierte Vorrang der Schutzes der Allgemeinheit nicht mehr. Vielmehr müssen die Interessen des Untergebrachten und die der Allgemeinheit in anderer Weise zueinander in das Verhältnis gesetzt werden. In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert, dass das BVerfG als Anhaltspunkt für die Überlänge einer Unterbringung namentlich auf die Strafrahmen abhebt, die auf die Taten gesetzt sind, die der Verurteilte begangen hat bzw. die von ihm drohen.⁴⁴ In seiner dem hier zu besprechenden Urteil des EGMR vorangegangenen Entscheidung hat das BVerfG die Umkehr dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses an der Negativ-Formulierung in § 67d Abs. 3 StGB festgemacht, nach der im Unterschied zu dem bei Strafende anzuwendenden § 67d Abs. 2 StGB nach 10 Jahren die Entlassung i.d.R. anzuordnen ist, es sei denn es besteht die Gefahr einer Gewalttat.⁴⁵ Ohne Not hat es jedoch den Bezug zu den Strafrahmen der Anlasstaten und deren konkrete Gewichtung unterschlagen.

Aus den in BVerfGE 70, 297 entwickelten Grundsätzen folgt jedoch: Sind die herausgehobenen Indizien für die Überlänge einer Unterbringung die Strafrahmen der begangenen bzw. der drohenden Taten, dann lässt sich an Hand dessen schon im Zeitpunkt der Anordnung einer Maßregel ermessen, welcher Vollstreckungszeitraum noch verhältnismäßig ist. Ist dem so, hat schon das erkennende Gericht einen Ansatzpunkt, um die (Höchst-) Dauer einer Maßregel zu bemessen. So besteht dann schließlich die Möglichkeit, der Vollzugsplanung gewisse Zeitvorgaben zu machen mit der Folge, dass die Behandlung im Vollzug, die Vollzugslockerungen und die Entlassungsvorbereitung zugunsten der Resozialisierung des Verurteilten in einen sinnvolle Abfolge gebracht werden können. Gegen diese Übertragung auf die Sicherungsverwahrung spricht auch nicht die Gefahr einer Verdoppelung der Höchstdauer der Freiheitsstrafe auf einen

³⁸ Ähnlich auch Köhler, in: Jakobs-FS (Fn. 6), S. 273, 288.

³⁹ BVerfGE 86, 288, 326.

⁴⁰ BVerfG 70, 297, 312; BVerfG, NJW 1995, 3048; zur Übertragung auf den Vollzug der Sicherungsverwahrung, BVerfG, StV 1994, 93; NJW 1994, 510.

⁴¹ BVerfG 70, 297, 313; BVerfG NJW 1995, 3048; für die Sicherungsverwahrung: BVerfGE 109, 133, 159 (= HRRS 2004 Nr. 166).

⁴² Näher D. Kleszczewski, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2008, Rn. 333.

⁴³ BVerfG NJW 1995, 3048, 3049.

⁴⁴ BVerfGE 70, 297, 316; ebenso K. Bernsmann, in: Straftäter in der Psychiatrie hrsg. v. G. Blau u. a. (1984), S. 142, 149; krit. dagegen: M. Koller, in: Festschrift für Ulrich Venzlaff, hrsg. v. H. Duncker u. a. (2006), S. 229, 248; LK/Rissing-van Saan/Peglau (Fn. 15), § 67d Rn. 54.

⁴⁵ BVerfGE 109, 133, 160 f.

Freiheitsentzug auf 30 Jahre.⁴⁶ Das übersieht, dass das Ausmaß zu befürchtender künftiger Straftaten sich ableitet aus Art und Ausmaß der Anlasstaten. So wie diese einer Bemessung zugänglich sind, so auch jene.

Diese Möglichkeit stellt das BVerfG auch in seiner jüngsten Entscheidung nicht in Abrede. Es sieht lediglich keine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG darin, falls der Gesetzgeber es unterlässt, den Gerichten aufzugeben, bereits bei Anordnung eine Höchstfrist festzusetzen.⁴⁷ Es sieht darüber hinaus den Resozialisierungsanspruch des Verwahrten durch die jeweils in Abstand von zwei Jahren vorzunehmende richterliche Überprüfung der Fortdauer der Vollstreckung gemäß § 67d Abs. 2 StGB als gewährleistet an.⁴⁸ Dies greift meines Erachtens zu kurz. Dass die Strafvollstreckungskammern die Frage der Fortdauer des Vollzuges alle zwei Jahre prüfen, ändert nichts daran, dass es an festen Maßstäben fehlt, aus denen man Zeitvorgaben ableiten und daran die Vollzugsplanung ausrichten kann. Anders lässt sich auch kaum die deprimierende Vollzugswirklichkeit erklären, von der das CPT berichtet. Das hier zu besprechende Urteil des EGMR bietet Anlass, diese These des BVerfG im Lichte der EMRK zu überdenken.

III. Zur Deutung der Sicherungsverwahrung als Strafe

Überblickt man die geschilderten normativen Mechanismen, ist es meines Erachtens nur noch ein kleiner Schritt zu der Erkenntnis, die Sicherungsverwahrung nicht mehr als Maßregel der Strafe entgegenzusetzen, sondern sie stattdessen als eine Modifikation der Strafe zu begreifen. Die Maßregeltheorie befindet sich trotz der weitgreifenden Habilitationsschrift *Desseckers*⁴⁹ noch nicht auf dem gleichen Niveau wie die Straftheorie.⁵⁰ Diese Anmerkung ist auch nicht der Platz, diese Lücke zu füllen. So sei es mir gestattet, auf anderweitig Entwickeltes⁵¹ Bezug zu nehmen, um sodann *Köhlers* Ansatz vorzustellen.

1. Zur Theorie der Maßregel

Recht lässt sich im Anschluss an das Menschenbild des Grundgesetzes definieren als gemeinverträgliche Ordnung zwischenmenschlicher Freiheitsausübung.⁵² Diese

Ordnung wird elementar betroffen nicht durch jedwede Rechtsgutsverletzung, sondern erst durch einen Angriff auf fremde Rechtsfähigkeit.⁵³ Derartigen Rechtsbrüchen hat der Staat entsprechend seiner aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG folgenden Schutzpflicht notfalls mit den Mitteln des Strafrechts zu begegnen.⁵⁴ Dies geschieht in erster Linie durch Strafe, die primär dem Schuldausgleich dient, diesen jedoch nicht als Selbstzweck verfolgen darf, sondern legitimerweise nur, soweit er auch zur Vorbeugung weiterer Taten erforderlich ist, um die Geltung des Rechts wiederherzustellen.⁵⁵ Demgegenüber sollen Maßregeln der sich in einer rechtswidrigen Tat manifestierenden Wiederholungsgefahr vorbeugen.⁵⁶

Überwiegend sieht man ausgehend von *F. v. Liszt*⁵⁷ und *C. Stooss*⁵⁸ den Zweck der Maßregeln einheitlich in der Gefahrenabwehr und legitimiert sie mit dem Schutz des Gemeininteresses.⁵⁹ Richtig daran ist, dass es dem Staate obliegt, den Einzelnen vor schweren Gewalttaten zu bewahren. So wichtig auch der Schutz von Gewaltopfern ist, so folgt daraus allein keine einseitige Unterordnung der Rechte des Delinquenten.⁶⁰ Nicht zuletzt hat dies die oben referierte Rechtsprechung zur Unverhältnismäßigkeit überlangen Maßregelvollzugs gezeigt [s.o. II. 3. c)]. Zwar sieht BVerfGE 109, 133 bei einem „chronisch unverbesserlichen Hangtäter“ notfalls auch einen mehrere Jahrzehnte währenden Vollzug nicht als verfassungswidrig an.⁶¹ Bezeichnend ist aber, dass der 2. Senat hierbei nicht ohne eine Verantwortungszuschreibung auskommt: „Dass in diesem Falle das Resozialisierungsziel nicht mehr zum Tragen kommt, beruht ... auf dem Verhalten des Betroffenen“⁶², der jede Behandlung dauerhaft verweigert habe.

Dies bringt den Ansatz in die Nähe zur Theorie von der Freiheitsverwirkung.⁶³ Leitender Gedanke ist hier: „Alle äußere oder soziale Freiheit rechtfertigt sich letztlich aus dem Besitz der inneren oder sittlich gebundenen Freiheit. Wer dieser inneren, von sittlicher Selbstbestimmung gelenkten Freiheit überhaupt nicht fähig (wie Geistesranke) oder infolge von schlechten Anlagen, Lastern und Gewohnheiten nicht mehr hinreichend mächtig ist, kann die volle soziale Freiheit nicht beanspruchen.“⁶⁴

⁴⁶ So aber das Bedenken *A. Desseckers*, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit* (2004), S. 383 f.

⁴⁷ BVerfGE 109, 133, 152.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Dessecker*, *Gefährlichkeit* (Fn. 46), vor allem: S. 32 ff.; 37 f.; 59 ff.; 70 ff.; 78 ff.; 90 ff.; 104 ff. Eingehendere Darstellungen der Maßregeltheorie finden sich auch bei *G. Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. (1991), Rn. 1/54 ff.; *M. Köhler*, AT (Fn. 6), S. 55 ff.; *E.-W. Hanack*; in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11. Aufl., hrsg. v. *B. Jähnke* u. a. (1992), Vor § 61 Rn. 20 ff.

⁵⁰ Kritisch so: *G. Jakobs*, AT (Fn. 49), Rn. 1/54; *M. Köhler*, *Der Begriff der Strafe*, 1986, S. 82 Fn. 113; *H. Schöch*; in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12. Aufl., hrsg. v. *H. W. Laufhütte* u. a., Band 3 (2008), Vor § 61 Rn. 48.

⁵¹ *D. Kluszczewski*, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1991, S. 131 f., 325 ff., 331 ff., 346 ff., 377 ff.; ders. AT (Fn. 42), Rn. 27 ff.

⁵² *Kluszczewski*, AT (Fn. 42), Rn. 1.

⁵³ *Kluszczewski*, AT (Fn. 42), Rn. 13.

⁵⁴ BVerfGE 39, 1, 46 f.

⁵⁵ BGHSt. 20, 264, 266 f.; vgl. w. *Kluszczewski*, AT (Fn. 42), Rn. 24 ff.

⁵⁶ *Jakobs*, AT (Fn. 49), Rn. 1/53.

⁵⁷ *F. v. Liszt*, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1883/83); hier zitiert nach *Th. Vormbaum*, *Strafrechtstheorie der Neuzeit*, Bd. 2, 1993, S. 171 ff.

⁵⁸ *C. Stooss* SchwZStr 44 (1930), 261, 262.

⁵⁹ *W. Stree/J. Kinzig*, in: *Strafgesetzbuch Kommentar*, hrsg. v. *A. Schönke/H. Schröder* u. a., 28. Aufl., 2010, Vor §§ 61 ff. Rn. 2 m. w. N.

⁶⁰ Vgl. *Köhler*, AT (Fn. 6), S. 57.

⁶¹ BVerfGE 109, 133, 161 f.

⁶² BVerfGE 109, 133, 162.

⁶³ Grundlegend: *H. Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 244 ff., vgl. w. *D. Lang-Hinrichsen*, in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9. Aufl., hrsg. v. *P. Baldus* u. a., Band 1 (1974), Vor § 42a Rn. 13 m. w. N.

⁶⁴ *Welzel* Strafrecht (Fn. 62), S. 245. Nahe stehend: *G. Jakobs*, *Rechtswang und Personalität*, in: *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften Vorträge G 418* hrsg. v. *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften*,

Soweit es um die Legitimation von strafersetzenden Maßregeln gegen rückfallgefährdete Schuldunfähige geht, wird man dem im Kern zustimmen können.⁶⁵ Sofern dagegen die Rechtfertigung einer neben der Strafe angeordneten strafergänzenden Maßregeln gegen einen schuldhaft handelnden Täter im Raume steht, liegt hier ein unvermittelter Widerspruch vor: Man kann nicht einesteils einen Schuldvorwurf erheben und damit die Fähigkeit zu sittlicher Selbstbestimmung annehmen, und anderenteils den Täter aufgrund eines Mangels dieser Fähigkeit als gefährlich ansehen und eine zusätzliche Freiheitseinbuße verhängen.⁶⁶

Der Hinweis auf schlechte Anlagen, Laster und Gewohnheiten birgt freilich eine Schuldüberlegung⁶⁷, an der die Deutung der Sicherungsverwahrung als Strafe ansetzt. *Hellmuth Mayer* versteht sie als Sicherungsstrafe. „Wer das Leben eines Gewohnheitsverbrechers geführt hat, der hat unbemessene Freiheitsstrafe verdient.“⁶⁸ Doch folgt das eine nicht aus dem anderen. *Mayer* legt nämlich nicht – was von Grund auf problematisch wäre – eine diffuses Lebensführungsschuldskonzept zugrunde, sondern er knüpft an eine Lebensentscheidungsschuld⁶⁹ an, sich zu dauerhaft krimineller Betätigung entschlossen und diesen Willen in mehreren Delikten verwirklicht zu haben.⁷⁰ So wird zwar das Tatschuldprinzip im Ansatz gewahrt. Bezieht sich der Schuldanspruch demnach auf bestimmte geschehene Taten, so sind diese aber immer auch zu bemessen und rechtfertigen daher keine unbefristete Strafe.⁷¹

Es zeigt sich damit eine erstaunliche Koinzidenz traditionell einander entgegen gesetzter Prinzipien: Sowohl der Zweck des Schuldausgleichs der Freiheitsstrafe als auch ihre Sicherungsaufgabe verlangen – recht verstanden – einen bestimmten Strafausspruch, um zu funktionieren. So wie die lebenslange Freiheitsstrafe dem Schuldprinzip widerspricht, wenn sie nicht mit der realen Chance verbunden ist, die Freiheit wieder zu erlangen⁷², so fordert der verfassungsrechtliche Resozialisierungsgrundsatz

2008, S. 41 ff.: Jeden treffe eine Obliegenheit zu nicht bedrohlicher Selbstdarstellung: Wer diese Obliegenheit durch wiederholte Straftaten verletze, mache sich gesellschaftsunfähig. Seine Freiheit könne daher beschränkt werden, soweit dies präventiv erforderlich sei.

⁶⁵ Näher: *Kleszczewski*, AT (Fn. 42), Rn. 28.

⁶⁶ *Köhler*, AT (Fn. 6), S. 56 f.; ähnlich: *Jakobs*, AT (Fn. 49), Rn. 1/54. – Auch die gemeinsamen „Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums des Innern für die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und begleitende Regelungen“ (abrufbar unter: www.bmj.bund.de) stehen in der Gefahr, diesem Widerspruch zu erliegen. Sie sehen für die Altfälle, die nach dem Urteil des EGMR aus der Haft zu entlassen sind, und die als schuldfähig anzusehen sind, eine weitere Unterbringung vor, soweit sie sich als „psychisch gestörte Gewalttäter“ klassifizieren lassen.

⁶⁷ *Köhler*, Begriff der Strafe (Fn. 6), S. 82 Fn. 133.

⁶⁸ *Mayer*, AT (Fn. 5), S. 40.

⁶⁹ Grundlegend: *P. Bockelmann*, Studien zum Täterstrafrecht, Band 2, 1940, S. 152 ff.; näher zu diesem Konzept: *Kleszczewski*, aaO. (Fn. 50), S. 120 ff., insbes. S. 126 f.

⁷⁰ *Mayer*, AT (Fn. 5), S. 63.

⁷¹ So zu Recht *Jakobs*, AT (Fn. 49), Rn. 1/54; *Köhler*, *Jakobs-FS* (Fn. 6), S. 273, 289.

⁷² BVerfGE 45, 187, 222, 228 ff.; vgl. w. *Köhler*, AT (Fn. 6), S. 641.

eine „Neuorientierung der Sicherungsfunktion“⁷³, wodurch diese nicht (allein) auf den Schutz der Allgemeinheit durch Einsperrung bezogen wird, sondern gerade auf die Zeit nach der Entlassung, zu der der Verurteilte wieder fähig sein soll, in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (vgl. § 2 S. 1 StVollzG)⁷⁴. Es gehört zu den Lebensleistungen *Michael Köhlers*, diesen Zusammenhang aufgedeckt und die Konsequenzen daraus systematisch entwickelt zu haben.⁷⁵

2. Ausgleich habituellder Schuld

Der angesprochene Zusammenhang besteht darin, Verbrechen und Strafe nach Freiheitsgesetzen zu bestimmen. Strafe setzt Schuld voraus. Sie ist freilich zureichend erst begriffen, wenn man sie als Verkehrung der eigenen Einsicht in das rechtlich Richtige, als Willensschuld versteht.⁷⁶ Sie setzt neben der Zurechnungsfähigkeit ein potenzielles Normwissen voraus, dessen Anwendung dem Täter erst in concreto spezifische Unrechtheitsicht vermittelt.⁷⁷ Der Mensch muss dieses potenzielle Normwissen in lebensgeschichtlicher Praxis erwerben.⁷⁸ Habitualität ist also eine anthropologische Konstante, die zweite Natur des Menschen⁷⁹.

Wer in gelungenen sozialen Bezügen lebt, dem wird sein Normhabitus dabei helfen, auch schwierige Interessenkollisionen zu meistern. Selbst wenn er sich gegen andere vergeht, trägt dann sein bisheriger rechtschaffener Lebenswandel die Erwartung, er werde sich bereits die Verurteilung zur Warnung dienen lassen. Die einzelne Tat erscheint dann als Episode und von geringerem Gewicht.⁸⁰ Daraus bezieht z.B. das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung seine Überzeugungskraft. Das geltende Recht (§ 56 StGB) verdeckt diesen Zusammenhang eher dadurch, dass es den Akt der Strafzumessung von der Entscheidung über die Aussetzung trennt.⁸¹ Indem die Gerichte bei der Kriminalprognose vor allem tatschuldbezogene Umstände heranziehen⁸², führen sie die künstlich aufgespaltenen Elemente der Straffestsetzung in diesen Fällen wieder zusammen.

⁷³ BT-Drucks. 7/3998, S. 6.

⁷⁴ Zu den teils anders akzentuierten Regelungen in Bayern, Hamburg und Niedersachsen vgl. *A. Böhm/J.-M. Jehle*, in: *Strafvollzugsgesetz – Bund und Länder*, hrsg. v. *H.-D. Schwind*, *A. Böhm* u. a., 6. Aufl. (2009), § 2 Rn. 21 ff.

⁷⁵ Vgl. vor allem: *Köhler*, AT (Fn. 6), S. 585 ff.

⁷⁶ *Köhler*, AT (Fn. 6), S. 361 f.

⁷⁷ *Köhler*, AT (Fn. 6), S. 353 f.

⁷⁸ *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, hier zitiert nach von *F. Dirlmeier* besorgten Ausgabe, 7. Aufl., 1979, NE III. 7. (1111a Zeile 11 ff.); näher dazu: *Kleszczewski*, *Rolle der Strafe* (Fn. 51), S. 105 ff.

⁷⁹ *G. W. F. Hegel*, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, 3. Aufl., 1830, § 410 Anm., hier zitiert nach der *Theorie Werkausgabe* hrsg. v. *E. Moldenhauer* u. *K. M. Michel*, 1970, Band 10, S. 184; ausf. dazu: *Kleszczewski*, *Rolle der Strafe* (Fn. 51), S. 114 ff.

⁸⁰ Vgl. w. *Kleszczewski*, *Rolle der Strafe* (Rn. 51), S. 180.

⁸¹ Vgl. zur Systematik und den Interdependenzen: *R. Maurach/H. Zipf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 7. Aufl. (1989), § 62 Rn. 20 f.

⁸² Vgl. die eindrucksvolle empirische Analyse *H.-J. Albrechts*, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität* (1994), S. 439 ff.

Auf der anderen Seite wirkt eine zu wiederholter Kriminalität tendierende Normhaltung naturgemäß eher belastend für den Täter. Bisher pflegt man dies vornehmlich unter dem präventiven Aspekt der Wiederholungsgefahr zu thematisieren. Recht betrachtet drückt sich darin aber vorzugsweise eine durch die Habitualität gesteigerte Schuld aus, die es erlaubt, die dadurch ausgezeichnete Tat schärfer zu ahnden. Darin liegt keine (unzulässige) Strafe für noch zu begehende Delikte.⁸³ Vielmehr prägt sich hier nur besonders aus, was alle Straftaten wesentlich kennzeichnet: Jede schuldhaftige Tat gründet in der Abkehr des Täters von dem von ihm ursprünglich anerkannten Recht zugunsten der ihn leitenden Unrechtsmaxime.⁸⁴ Seine Tat enthält damit eine Geltungsanmaßung, dass das mit ihr Angerichtete so sein soll⁸⁵, und weist damit über sich hinaus. Nur so lässt sich unter Wahrung des Schuldprinzips überhaupt begründen, dass Strafe trotz Schadensersatzes sein muss.⁸⁶ Handelt es sich bei der Tat nun um einen (erneuten) Rückfall, manifestiert sich in ihr, dass der Täter mit kontinuierlicher Grundsätzlichkeit die Rechte anderer in bestimmter Weise zu verletzen trachtet.⁸⁷ Darin liegt ein wesentlicher Straferhöhungsgrund⁸⁸, der sich je nach Schwere der Taten und der darin zum Vorschein kommenden Konstanz der Fehlhaltung bemessen lässt.⁸⁹

Blickt man von hier aus auf die Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 StGB, dann kristallisiert sich heraus: Im materiellen Kriterium des Hanges findet sich dieser unrechts- und schulderhöhende Umstand wieder. Das zeigt sich besonders daran, dass Art und Ausmaß der wiederholten Kriminalität den wesentlichen Anhaltspunkt für die Feststellung eines Hanges bilden.⁹⁰ Zwar ist es ein Gemeinplatz, dass es nach der Konzeption des StGB auf die Entstehungsgründe des Hanges nicht ankommen soll.⁹¹ Das schließt es aber (jedenfalls praeter legem) nicht aus, den Hang auch hier als schulderhöhendes Element anzusehen. Denn weil und soweit die Sicherungsverwahrung stets eine Verurteilung wegen einer schuldhaften Tat voraussetzt, lässt sich selbst für den (seltenen) Fall, dass den Täter für die Entstehung des Hanges überhaupt keine Schuld trifft, ein (erhöhter) Schuldvorwurf rechtfertigen: Wer als Schuldfähiger Einsicht in das Unrecht seiner Tat hat, der hat schon definitionsgemäß auch die Kraft und die Obliegenheit, den zur Tat drängenden Neigungen zu widerstehen, egal wie es zu deren Verfestigung gekommen ist.⁹² Gibt er sich ihnen trotz Vorstrafen erneut hin, begründet dies seine (erhöhte) Schuld. Darüber hinaus zeigt sich, dass die qualifizierten Rückfallfordernisse in § 66 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 StGB nicht bloß formal sind, sondern einen sach-

haltigen Grund haben. Sie zeichnen typisierend den erneuten Rückfall als besonders gravierend aus, weil die Vortaten gewisse Schwere haben und weder eine strafprozessuale Aufarbeitung noch eine auf Resozialisierung ausgerichtete Behandlung im Vollzug den Täter davon abgehalten haben, erneut zu delinquieren. Darin drückt sich (wie auch der ganz ähnlich aufgebaute § 48 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB a.F. zeigte⁹³) typischerweise ein schulderhöhendes Element aus.

Geht man die Dinge so an, kommt auch die soziale Mitverantwortung bei der Entstehung eines Hanges in den Blick.⁹⁴ Menschliches Handeln bezieht sich zumeist auf andere. Schlechte Angewohnheiten verfestigen sich daher immer auch deswegen, weil die anderen nicht oder nicht richtig reagiert haben. Selten beruht daher eine kriminelle Karriere auf einem einsam gefassten und dann stur verfolgten Beschluss. Häufig werden die Täter in sie durch ein ungünstiges soziales Milieu Schritt für Schritt verstrickt. Als gerecht empfundene Strafe mag hier vielen zur Warnung dienen und sie zur Umkehr bewegen. Oft verbindet sich aber mit der Strafe auch ein stigmatisierender Effekt, der dann einer Legalbewährung im Wege steht und unter Umständen beim Verurteilten sogar zur Verfestigung seines Kriminalität einkalkulierenden Selbstbildes führt. Speziell bei der besondere Schwierigkeiten bereitenden Gruppe der rückfälligen Sexualtäter gehen die schweren Persönlichkeitsstörungen, die bei ihnen zumeist zu konstatieren sind, auf eigene Gewalterfahrungen in der Familie und einen gravierenden Mangel an ursprünglicher Zuwendung zurück. Das Ausbleiben der Grunderfahrung einer auf Respekt und Fürsorge beruhenden Nahbeziehung befördert bei ihnen dann die Einwurzelung einer andere objektivierenden, selbstbezüglich narzisstischen Lebenseinstellung.⁹⁵ Die je eigene Art des sozialen Bedingtseins habitueller Kriminalität gibt dann auch der einzelnen Tat ihren besonderen Charakter und macht nun einsichtig, warum diese Tätergruppe einen Anspruch auf besonders qualitätsvolle Resozialisierungsleistungen hat.

Auf dieser Grundlage lässt sich die Sicherungsverwahrung gänzlich in eine modifizierte Strafe transformieren.⁹⁶ Ohne Reform des geltenden Rechts ist dieses Ziel freilich nicht zu erreichen: Die nachträgliche Sicherungsverwahrung ist wegen ihres Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit a) EMRK abzuschaffen. Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung lässt sich nur halten, wenn sie strikt angelehnt an das Probationsmodell von § 27 JGG konstruiert bleibt. Darüber hinaus bedarf der in den §§ 66-66b StGB zugrunde gelegte Begriff des Hanges erstens näherer gesetzlicher Bestimmung durch typologische Unterscheidung verschiedener Weisen habitueller Delinquenz⁹⁷; zweitens ist durchgehend zum qualifizierten Rückfallfordernis des § 66 Abs. 1 StGB zurückzukehren⁹⁸; zum Dritten sind Modifikationen der Strafrahmen vorzusehen, welche die habituelle Schuld je nach Hangtypologie abstrakt-allgemein bemessen und insbesondere

⁸³ So aber kritisch: *Jakobs*, aaO. (Fn. 64), S. 40 f.

⁸⁴ *Köhler*, AT (Fn. 6), S. 362.

⁸⁵ Das betont auch *Jakobs*, AT, Rn. 1/9; 6/11; 6/24 ff.

⁸⁶ Grundlegend: *E. A. Wolff*, ZStW 97 (1985), S. 786, 820.

⁸⁷ *Köhler*, *Jakobs-FS* (Fn. 6), S. 273, 287.

⁸⁸ Vgl. *Maurach/Zipf*, AT 2 (Fn. 80), § 63 Rn. 162 ff. m. w. N.

⁸⁹ *Köhler*, *Jakobs-FS* (Fn. 6), S. 273, 289.

⁹⁰ BGHSt. 24, 160, 162; zust. *LK/Rissing-van Saan/Peglau* (Fn. 15), § 66 Rn. 119, 131 m. w. N.

⁹¹ *LK/Rissing-van Saan/Peglau* (Fn. 15), § 66 Rn. 124 ff. m. w. N.

⁹² *R. Lange*, ZStW 62 (1944), S. 175, 192 ff., 196 ff.; daran anschließend: *Kluszczewski*, Rolle der Strafe (Fn. 51), S. 128 f.

⁹³ Vgl. BVerfG NJW 1979, 1037 (1037 f.).

⁹⁴ Vgl., auch zum Folgenden, *Köhler*, AT (Fn. 6), S. 438 ff.

⁹⁵ *Köhler*, AT (Fn. 6), S. 358 f., 440 f.

⁹⁶ *Köhler*, *Jakobs-FS* (Fn. 6), S. 273, 285.

⁹⁷ *Köhler*, *Jakobs-FS* (Fn. 6), S. 273, 287 mit Verweis auf *ders.*, AT (Fn. 6), S. 438 ff.

⁹⁸ Vgl. *Köhler*, *Jakobs-FS* (Fn. 6), S. 273, 276.

die Reaktion darauf durch eine Höchstgrenze limitieren.⁹⁹ Zum Vierten definiert sich die Länge des im Einzelfall zu bemessenden Freiheitsentzuges nun maßgeblich durch die Zeit, welche die Resozialisierung des Täters voraussichtlich in Anspruch nimmt.

Ausgehend von diesen Vorgaben könnten dann die erkennenden Gerichte – nach einem dann notwendigen Schuldinterlokt¹⁰⁰ – angelehnt an der Rechtsprechung zur Überlänge der Maßregelvollstreckung den Zeitraum bestimmen, ab dem eine Strafe unverhältnismäßig, weil

⁹⁹ Köhler, Jakobs-FS (Fn. 6), S. 273, 291.

¹⁰⁰ Dazu: C. Roxin/B. Schönemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009, § 44 Rn. 62 f.

nicht mehr schuldangemessen, ist. Andererseits könnten sie – unter sachverständiger Beratung von Vollzugspraktikern gemäß §§ 80a, 246a StPO – die Höhe der nun als Strafe ausgestalteten Sicherungsverwahrung danach präzisieren, welche Stufungen des Vollzuges (Therapie im geschlossenen Vollzug, Lockerungen zur Erprobung, Übernahme in die Urlaubsregelung, Entlassungsvorbereitung) der Verurteilte in welchen Zeiträumen voraussichtlich zu durchlaufen hat, um das Resozialisierungsziel zu erreichen.

Auf das Ganze gesehen, so scheint mir, käme man mit einer solchen Reform dem Spruch des EGMR am nächsten.

Aufsätze und Anmerkungen

Zur Annahme des Mordtatbestandes bei einer Kindestötung

Anmerkungen zur neueren Rechtsprechung des BGH nach Wegfall des § 217 aF StGB

Von AR Dr. Benno Zabel B.A., Leipzig

I. Vorbemerkungen

Fälle der Kindestötung, benannt auch als *Infantizid*, beschäftigen die Rechtsprechung seit je her.¹ Sie weisen, trotz der schwindenden Bedeutung in Kriminalpolitik und Strafpraxis, auf die Vielschichtigkeit sozialer Komplikationen und rechtlicher Konfliktlösungen, vor allem aber auf die gesetz- und zurechnungssystematischen Probleme.² Das gilt umso mehr, als die Regelung des

§ 217 StGB durch das 6. StrRG ersatzlos gestrichen und damit auch die Rechtsanwendung vor neue Herausforderungen gestellt wurde.³ Galt die Kindestötung seit ihrer Neufassung im Österreichischen und Preußischen StGB als *Privilegierungstatbestand*, im Sinne eines *delictum sui generis*, mit der Folge, dass das Strafmaß, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, tat- und schuldangemessen zu mildern war,⁴ so ist sie jetzt als „normales“ Tötungsdelikt einzustufen und den entsprechenden Tatbeständen zuzuordnen.⁵ Folgerichtig entfällt damit auch

¹ Der BGH hat erstmals in dem Urteil v. 19. Juni 1951, abgedruckt in BHGSt I, 235, zu dieser Problematik Stellung genommen. Zur strafrechtlichen resp. dogmengeschichtlichen Entwicklung dieses Deliktstypus' siehe *Bejarano Alomia*, Kindstötung (2009); *Blanke*, Die Kindestötung in rechtlicher und kriminologischer Hinsicht (1968), S. 12 ff.; *Michalik*, Kindsmord (1997); *Schrader*, Vorehelich, außerehelich, unehelich (2006) und *Schwarz*, Die Kindestötung in ihrem Wandel vom qualifizierten zum privilegierten Delikt (1935). Auf Frage der Abgrenzung zwischen Mord, Totschlag und Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 a.F. StGB) geht *Eser* ein, in: Verhandlungen des 53. DJT, Bd. I, Teil D (1980). Eine Analyse der Rechtsprechung unternimmt *Schmidt*, Die Kindestötung (1991), S. 22 ff.; den Streit- und Diskussionsstand fassen *Mitsch* JuS 1996, 407 f. und *Sieg* ZStW 102 (1990), 292 ff. zusammen.

² Dazu etwa *Bernsmann* JZ 1983, 45 und *Wahle* FamRZ 1967, 542; aus medizinisch-psychiatrischer Perspektive vgl. die Überlegungen von *Rasch*, in: Bürger-Prinz (Hrsg.), Psychiatrie und Neurologie der Schwangerschaft (1968), S. 120 ff.;

dezidiert kriminologisch *Bauermeister*, Die Tötung Neugeborener unter der Geburt (1994); siehe darüber hinaus die Analyse bei *Lichte*, Deutschlands tote Kinder (2007) und *Wiese*, Mütter, die Töten. Psychoanalytische Erkenntnis und forensische Wahrheit, 2. Aufl. (1996), S. 43 ff. und öfter.

³ Vgl. Art. 1 Nr. 35 des 6. StrRG, BGBl. I 164/ 1998; zur Begründung siehe BTDrucks. 13/ 7164, S. 34. Den Aspekt der *gerichtlichen Psychiatrie* beleuchten unter anderem *Häßler* et al. (Hrsg.), Kindstod und Kindstötung (2008); zur Forensik im allgemeinen *Forster*, in: ders. (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin (1986), S. 208 ff.

⁴ So bereits BGHSt I, 235, 237 f.; aufgearbeitet findet sich die Problematik bei *Mitsch* (Fn. 1), 407.

⁵ Vgl. BGH v. 19. Juni 2008 – 4 StR 105/ 08 (LG Dessau-Roßlau), NStZ-RR 2008, 308 = HRRS 2008 Nr. 762 und vom 30. Oktober 2008 – 4 StR 352/ 08 (LG Magdeburg), NStZ 2009, 210 = HRRS 2008, 1108. Zur Debatte um Beibehaltung oder Abschaffung, Verfassungsmäßigkeit oder -widrigkeit des § 217 a.F. StGB *Hussels* NStZ 1994, 526;

die vormalig angenommene *Sperrwirkung* des Sonderdelikts gegenüber dem Mord- und Totschlagstatbestand.⁶ Mit der Frage, wie sich die originäre Konfliktsituation und das typische Tatunrecht der Kindstötung in die aktuelle Gesetzes- und Sanktionslogik integrieren lassen, hatte sich jüngst der 4. Strafsenat zu beschäftigen.⁷

Nachfolgend soll das zum Anlass genommen werden, um die Problematik etwas genauer in den Blick zu nehmen. Dazu sind Ausgangssachverhalt und Argumentation des Tat- bzw. Revisionsgerichts kurz vorzustellen (II.). Im Anschluss daran soll die Argumentation der Gerichte, und hier insbesondere die Annahme des Mordtatbestands analysiert werden. Die damit verbundenen Einsichten werden weitere *rechtspraktische* und *gesetzsystematische* Probleme der Tötungstatbestände offenlegen (III.); sie werden aber auch die Frage nach einer alternativen, d.h. dynamisierten strafgesetzlichen Einordnung der Kindstötung in den Vordergrund rücken (VI.). Die Erörterungen enden mit einer Zusammenfassung der strafrechtlichen Konsequenzen (V.).

II. Die Beurteilung der Kindstötung nach Wegfall des § 217 aF StGB

1. Der Sachverhalt

Mit seiner Entscheidung vom 30. Oktober 2008 verwirft der 4. Strafsenat die Revision der Angeklagten und bestätigt damit das Urteil des LG Magdeburg, das die Angeklagte wegen versuchten Mordes schuldig gesprochen und eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren verhängt hatte.⁸ Insbesondere, so der Senat, könne in der Annahme des mordqualifizierenden Merkmals der Tötung aus niedrigen Beweggründen keine Verletzung sachlichen Rechts gesehen werden.

Der zugrunde gelegte Sachverhalt geht davon aus, dass die 24jährige Angeklagte im Januar 2007 „aufgrund des intimen Kontakts zu der unbekanntenen Person namens ‚M‘ schwanger“ wurde. Während der Schwangerschaft, die

Maneros, MSchrKrim 1998, 173 ff.; Rump/Hammer NStZ 1994, 69 und Sieg (Fn. 1), 292, 308 ff.; zur aktuellen Diskussion nach Abschaffung des § 217 a.F. StGB Bejarano Alomia (Fn. 1); Dölling FPPK 2008, 32; Schmoller, in: Festschrift für Gössel (2002), S. 369 ff. und Weinschenk, § 217 StGB – Folgen des Wegfalls einer Norm (2004).

⁶ Zur mehrheitlich befürworteten Sperrwirkung des § 217 a.F. StGB siehe LK-Jähnke, StGB, 10. Aufl. (1989), § 217 Rn. 2 und Tröndle, StGB, 48. Aufl. (1997), § 217 Rn. 1; kritisch demgegenüber Bernsmann (Fn. 2), 45, 48 ff.; differenzierend Wahle (Fn. 2), 542 ff.; Schröder ging sogar davon aus, dass beim Vorliegen eines Mordmerkmals gegenüber einer Kindstötung § 211 StGB durchgreifen müsse (so noch in der 17. Aufl. (1974), § 217 Fn. 2).

⁷ Siehe das Urteil v. 30. Oktober 2008 – 4 StR 352/ 08 (vgl. Fn. 5) und die Anm. v. Bosch, JA 2009, 150; beachtlich, neben den beiden bereits genannten Entscheidungen, nun auch BGH NStZ 2009, 439 = HRRS 2009 Nr. 525 (3. Strafsenat) und BGH NStZ-RR 2009, 337 = HRRS 2009 Nr. 703 (5. Strafsenat).

⁸ LG Magdeburg, Urteil vom 28. März 2008 – 21 Ks 22/07; vgl. dazu auch die ergangene Entscheidung des LG Dessau-Roßlau vom 6. November 2007 – Ks 11/07 (Fn. 5); hierzu später ausführlicher.

die Angeklagte zunächst nicht bemerkte und später wohl verdrängte, lernte sie C.O. kennen, mit dem sie inzwischen verlobt ist. Erst Anfang Oktober 2007, zwei Wochen vor der Entbindung, stellte die Angeklagte Kindsbewegungen in ihrem Körper fest und war sich nun auch subjektiv sicher, tatsächlich schwanger zu sein. Zugleich kam sie zur Überzeugung, dass sie das Kind nicht haben wollte. Auch deshalb verheimlichte die Angeklagte ihre Schwangerschaft sowohl vor ihren Eltern als auch vor C.O. Die Möglichkeiten der Adoption oder der Abgabe des Kindes in einer Babyklappe waren ihr zwar bekannt, die Angeklagte glaubte aber, die damit verbundenen Schwierigkeiten nicht oder nicht angemessen bewältigen zu können. In der Nacht vom 17. auf den 18. Oktober 2007 gebar die Angeklagte innerhalb kürzester Zeit einen männlichen Säugling. Spätestens zu diesem Zeitpunkt entschloss sie sich, das Kind zu töten. Die Angeklagte fürchtete, ihr bisheriges Leben nicht fortsetzen zu können, schließlich fühlte sie sich als Mutter noch viel zu jung und wollte „noch etwas erleben“, spürte aber auch die diffuse Angst, dass sie C.O., der bereits ein uneheliches Kind hatte, verlassen könnte. Vor allem letzteres wollte die Angeklagte verhindern. Trotz des erheblichen Blutverlustes reinigte sie zunächst das Bad, nahm das Kind und warf es dann in den hinter dem elterlichen Anwesen entlang führenden Mühlgraben. Das Kind war – wie das rechtsmedizinische Gutachten ergab – zu diesem Zeitpunkt bereits verstorben, eine Tatsache, die der Angeklagten bis zum Schluss verborgen blieb. Der Leichnam wurde am folgenden Tag von dem in der Nachbarschaft wohnenden H.B. gefunden.

2. Die (tat-)gerichtliche Einordnung

Die Verurteilung aus dem Mordtatbestand verdeutlicht die neue Dimension der nun geltenden Gesetzssystematik.⁹ Das Tatgericht ist sich dessen durchaus bewusst. Neben der Feststellung der Versuchsstrafbarkeit – konkret: eines untauglichen Versuchs –, konzentriert sich die Würdigung vor allem auf die *Begründung* der Tatmotiv- und Mordqualifikation, darüber hinaus auf das Vorhandensein schuld- und strafmindernder Faktoren.¹⁰ So betont die *Schwurgerichtskammer*, dass die bereits erwähnte Einlassung der Angeklagten, sie fühle sich noch zu jung für ein Kind und wolle noch etwas erleben, nicht nur das bestimmende Motiv der Tat kennzeichne, sondern auch die *Eigensüchtigkeit* des Handelns zur Geltung bringe. Denn tat- und entscheidungslenkend sei für sie gewesen, das bisherige Leben in gewohnter Form fortsetzen zu können, wobei das Kind einen Störfaktor dargestellt hätte,¹¹ zugleich wurden Alternativen, wie die Babyklappe oder Adoption, nicht oder nicht ernsthaft erwogen.¹² Zwar müsse, so die *Kammer* weiter, die diffus artikulierte Angst, ihr Freund würde sie bei der Geburt des Kindes verlassen, Beachtung finden, indes, das Eingeständnis der Angeklagten, dem Freund grundsätzlich

⁹ Dazu Kudlich JuS 1998, 468, 471.

¹⁰ Auf die im Urteil ebenfalls verhandelte Frage nach den konkreten Umständen der Beschuldigtenvernehmung und den damit einhergehenden gesetzlichen Regelungen der §§ 136, 136 a StPO wird vorliegend nicht näher eingegangen.

¹¹ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 16.

¹² Vgl. die Urteilsbegründung, S. 11.

vertrauen zu können, mache deutlich, dass es sich hierbei nur um ein *untergeordnetes* Tatmotiv gehandelt habe.¹³ Zu bedenken sei schließlich, dass die Angeklagte auch im Nachhinein nicht von ihren sie bei der Tat beherrschenden Beweggründen distanziert, sondern noch in der Hauptverhandlung „schnippisch und zumeist genervt“ auf ihrem Standpunkt beharrt habe.¹⁴ Im Wege einer *Gesamtabwägung* müsse daher, so das Fazit, „die rücksichtslose Unterordnung des Lebensrechts des Kindes unter die vorrangigen Interessen der Angeklagten [...] als auf sittlich tiefster Stufe stehendes Motiv“ angesehen werden, weshalb sich das *Landgericht* zu Annahme eines Mordes „aus niedrigen Beweggründen gem. § 211 Abs. 2 4. Alt. StGB genötigt sah.“¹⁵

Allerdings zieht die *Kammer* eine Reihe schuld- und strafmindernder Gesichtspunkte in Betracht; allen voran den durch die Versuchsstrafbarkeit, gem. §§ 22, 23 Abs. 1 und 2 StGB eröffneten Weg über § 49 Abs. 1 StGB. Der daran geknüpfte Strafraum von 3 bis zu 15 Jahren bildet schließlich die Grundlage der Strafzumessung; hier der Verhängung einer vierjährigen Freiheitsstrafe. Für die *Kammer* ist der vergleichsweise milde Strafausspruch insoweit tat- und schuldangemessen, als die Angeklagte bei der Tötung nicht mit Vorbedacht, sondern unter dem Eindruck der für sie, konkret zu diesem Zeitpunkt, nicht erwarteten Geburt gehandelt habe.¹⁶ Darüber hinaus müsse der Angeklagten der durch die Geburt ausgelöste *Stress* zu Gute gehalten werden. Dieser begründe zwar, worauf das *Landgericht* im Anschluss an das Sachverständigengutachten verweist, kein Eingangsmerkmal des § 20 StGB, insbesondere sei die von der Angeklagten behauptete totale Amnesie während des Geburtsvorgang nicht glaubhaft vorgetragen, sondern deute eher auf eine *Verdrängung* der Tötung hin; gleichwohl, so die Überzeugung der *Kammer*, seien die besonderen Umstände der Tat, die physischen und psychischen Belastungen und die insofern aufbrechenden Konflikte strafmildernd zu berücksichtigen.¹⁷ Der 4. *Strafsenat*, darauf ist schon hingewiesen worden, bestätigt in seiner Revisionsentscheidung den Strafausspruch der *Schwurgerichtskammer*. Zugleich unterstreicht er ausdrücklich die *Mordqualität* der Tat, indem er das Verhalten der Angeklagten als „besonders krasse Selbstsucht“ einordnet und ihr, hinsichtlich der Tatausführung, eine „erschreckende Wegwerfmentalität“ bescheinigt.¹⁸

¹³ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 16.

¹⁴ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 15.

¹⁵ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 17.

¹⁶ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 18.

¹⁷ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 17 f. Strafmildernd wurde daneben die verfahrens-, insbesondere beweisrechtliche Kooperation der Angeklagten gewertet, insofern „diese zu einem frühen Zeitpunkt ein umfassendes Geständnis angelegt hat und sowohl der Umstand, dass das Kind aus der Sicht der Angeklagten noch lebte als auch das Motiv für die Tat letztlich nur aufgrund der Angaben der Angeklagten festgestellt werden konnte.“ Die Angeklagte habe mithin die Tat allein durch ihre Angaben aufgeklärt. Auch diesem Gesichtspunkt soll nachfolgend keine größere Beachtung geschenkt werden.

¹⁸ Vgl. NStZ 2009, 210 = HRRS 2008, 1108 (siehe Fn. 5).

III. Zur Annahme des Mordmerkmals *aus niedrigen Beweggründen*

1. Rechtspraktische und gesetzssystematische Probleme

Die sowohl von der *Kammer* als auch vom 4. *Strafsenat* ins Spiel gebrachte Begründung für die Annahme niedriger Beweggründe ist nicht neu. Ungeachtet des Streits um die Frage der *Unrechts-* oder *Schuldrelevanz* mordkonstitutiver Merkmale,¹⁹ bestimmt die Rechtsprechung Beweggründe dann als niedrig, wenn sie als handlungsleitende Motive einer Tötung „nach allgemein sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, durch hemmungslos triebhafte Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich sind.“²⁰ Diese Verwerflichkeitsbetrachtung des *Bundesgerichtshofes* betont vor allem die Höchststrafwürdigkeit der Tat, verdeutlicht allerdings auch die rechtlichen Definitions- und *Bestimmtheitsprobleme* eines solchen Tatbestands- und Zurechnungskonzepts.²¹

Der Gefahr einer gesinnungsethischen Entgrenzung der Motivgeneralklausel begegnet der *BGH* grundsätzlich durch ein *dreistufiges* Modell: Ausgangspunkt ist eine sorgfältige Motivforschung, mit dem Ziel, die *Dominanz* der niedrigen Beweggründe innerhalb eines Motivbündels herauszustellen;²² häufig wird hierbei auf typisierende *Fallgruppen*, wie „speziellen Mordmerkmalen entsprechende Beweggründe“, Formen der „Missachtung des personalen Eigenwerts des Opfers“ oder einem „unerträglichen Missverhältnis zwischen dem Anlass der Tat und dem Erfolg“ zurückgegriffen, um so, kasuistisch, eine tragfähige Argumentationsbasis zu ermöglichen.²³ Zugleich und mit Blick auf die *innere Tatseite* soll es notwendig sein, dass der Täter die tatsächlichen Umstände der Tat kennt (in das Bewusstsein aufgenommen hat), die seine Beweggründe als niedrig erscheinen lassen.²⁴ Gemeint ist insofern ein Bedeutungswissen von der

¹⁹ Zu dieser Diskussion vgl. BGHSt 1, 368, 370; BGHSt 22, 375, 377; LK-Jähnke, StGB, 11. Aufl. (2005), § 211 Rn. 46 ff.; NK-Neumann, StGB, 3. Aufl. (2010), § vor § 211 Rn. 140; SK-Horn, StGB, 6. Aufl. (2000), § 211 Rn. 3 sowie Gössel ZIS 2008, 153 ff.; Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen (2007), S. 586 ff. und Paeffgen GA 1982, 255, 270 ff.

²⁰ Siehe BGHSt 3, 132 f.; seit dem ständige Rechtsprechung vgl. BGH NStZ 1994, 33; 42, 226, 228; BGH NStZ 1999, 129 und BGH StV 2001, 228, 229 = HRRS 2006 Nr. 219; BGH NJW 2002, 382, 383; BGH NJW 2004, 3051, 3054 = HRRS 2004 Nr. 727 und BGHSt 50, 1, 8 = HRRS 2005 Nr. 135; zustimmend etwa Fischer, StGB, 57. Aufl. (2010), § 211 Rn. 14; Lackner/ Kühl, StGB, 26. Aufl. (2007), § 211 Rn. 5 und Wessels/ Hettinger Strafrecht BT/ 1, 33. Aufl. (2009), Rn. 95.

²¹ Zum ganzen Fahlbusch, Über die Unhaltbarkeit des Zustandes der Mordmerkmale (2008), S. 78 ff.; Heine, Tötung aus ‚niedrigen‘ Beweggründen (1988), S. 30 ff. und öfter; Kelker (Fn. 19), S. 606 ff. sowie Paeffgen (Fn. 19), 270.

²² Heine (Fn. 20), S. 141 ff.

²³ Siehe Heine (Fn. 21), S. 167; Jakobs NJW 1969, 489 und LK-Jähnke (Fn. 19) Rn. 24 ff.

²⁴ Vgl. nur BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 6; BGH NStZ 2005, 331 = HRRS 2005 Nr. 896 sowie MK-Schneider, StGB (2003), § 211 Rn. 96 ff.

Niedrigkeit seines Tuns, das sich wiederum in den „Handlungsantrieben“ realisiert haben muss. Schließlich ist eine *Gesamtbeurteilung* der Tat vorzunehmen; einzustellen sind hier Tatgeschichte und Tatausführung, ebenso die konkreten „Lebensverhältnisse“ des Täters; Gesichtspunkte, mittels derer das Verachtenswerte der Tötung auszuweisen ist.²⁵ Wie schwierig die Handhabung und vor allem die Restriktion dieses Mordmerkmals bleibt, zeigen nicht nur die Divergenzen zwischen Tat- und Revisionsgerichten, sondern auch die immer wiederkehrende Forderung des *BGH*, moralisierende und insofern rechtstaatlich bedenkliche Bewertungen der Taten zu vermeiden.²⁶

Der tiefere Grund für diese Bemühungen liegt bekanntermaßen in der Verbindung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Mordes mit der zwingend angeordneten lebenslangen („absoluten“) Freiheitsstrafe.²⁷ Letztere macht es kaum möglich, den unterschiedlichen Unrechts- und Schuldgehalt der dem Tatbestand des § 211 StGB unterfallenden Tathandlungen, insbesondere der Tötungen aus niedrigen Beweggründen, angemessen Rechnung zu tragen.²⁸ Zwar hatte das *BVerfG* in seinem Urteil vom 21. Juni 1977 die lebenslange Freiheitsstrafe als mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt, gleichzeitig aber eine gesetzliche Regelung der Voraussetzungen, „unter denen die Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann“, angemahnt.²⁹ Die im Anschluss daran ins Gesetz eingefügte *Schuldschwereklausel* des § 57 a StGB hat jedoch die bestehenden Probleme bei Verurteilungen wegen Mordes nur partiell entschärfen können. So kann nunmehr gem. § 57 a Abs. 1 Nr. 2 StGB bereits durch das erkennende Gericht die besondere Bedeutung der jeweils verhandelten Mordtaten berücksichtigt werden;³⁰ freilich machen die so legalisierten „Feinjustierungen“ auf Strafzumessungsebene nur allzu deutlich, dass die Festlegung der einheitlichen Rechtsfolge („lebenslang“) für alle den Tatbestand unterfallenden Tötungen, gravierende Einschnitte auf Seiten der Strafgerechtigkeit mit sich bringt (Neumann).³¹

Diese wenig flexible Struktur des gesetzlichen Entscheidungsprogramms hat zu einer Reihe *merkmalsübergreifender Vermeidungsstrategien* geführt.³² Die Rechtsprechung behilft sich – seit *BGHSt* 30, 105 – mit der sogenannten „Rechtsfolgenlösung“. Ursprünglich für Fälle heimtückischer Tötung entwickelt, steht sie heute für ein Argumentationsmuster, das, in unterschiedlicher Einkleidung,

auf *alle* Tatbestandsalternativen ausgedehnt werden kann.³³ Entscheidend sei, mit Blick auf ein verhältnismäßiges Strafrecht, die fallbezogene Anerkennung *außergewöhnlicher Umstände*; weshalb nun generell von einer „Rechtsfortbildung auf Rechtsfolgenseite“ gesprochen wird (Schneider).³⁴ Das betrifft in erster Linie *vollendete* Mordtaten. Denn gerade bei diesen Tatkonstellationen, so das *ceterum censeo* des *BGH*, lasse sich die schuldunangemessene Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe eben nur durch eine entsprechende Strafraumenverschiebung verhindern³⁵ (eine wie auch immer verstandene *Typenkorrektur* komme dagegen, aufgrund der drohenden Einbußen an Rechtssicherheit, nicht in Betracht³⁶). Anders liegt es bei der Beurteilung mordqualifizierter *Versuchs*taten. Die Rechtsprechung kann hier, wie im vorliegend verhandelten Fall, immer schon auf die gesetzlich vorgesehenen Milderungsvorschriften der §§ 22, 23 Abs. 1 und 2, 49 Abs. 1 StGB zurückgreifen, was für den Mord einen ermäßigten Strafraumen von 3 bis 15 Jahren eröffnet.³⁷ Indes, die starke Betonung der Rechtsfolgenseite führt nun ihrerseits zu *Friktionen* bei der Konfliktbewältigung, wie nicht zuletzt an der gegenwärtigen Judikatur zur Kindstötung ersichtlich wird.

2. Konfliktanalyse und Rechtsfolgenorientierung

Augscheinlich ist vor allem die *stereotype* Anwendung der tatgerichtlich vorgetragenen und vom *BGH* übernommenen Merkmalsdefinition. Dessen Handhabung ist, wie gezeigt, alles andere als unproblematisch.³⁸ Gleichwohl hätte man erwarten können, dass sich der *Senat* mit der komplexen Motivlage der Angeklagten wirklich auseinandersetzt, verweist doch der *BGH* selbst darauf, dass in den Fällen der Kindstötung die Annahme von Mord nur ausnahmsweise in Betracht komme; insofern also

²⁵ So dezidiert *BGH* *NSStZ* 1998, 352; *BGH* *NSStZ* 2006, 284, 285 = *HRRS* 2006 Nr. 744; *BGH* *NSStZ-RR* 2006, 140 = *HRRS* 2006 Nr. 221 und zuletzt *BGH* *NSStZ* 2007, 331, 332 = *HRRS* 2007 Nr. 308; darüber hinaus Schönke/Schröder-Eser, 27. Aufl. (2006), § 211 Rn. 18; kritisch dazu *Kargl* *StraFo* 2001, 367 (die Vagheit des Begriffs, so *Kargl*s Argument, werde nur durch eine unkontrollierbare flexible Richtermoral ersetzt).

²⁶ So bereits *Eser* *NSStZ* 1981, 383, 384 ff.; dort auch m.w.N. zur entsprechenden Judikatur.

²⁷ *Küpper*, in: *Festschrift für Kriele* (1997), S. 777 ff.

²⁸ *Neumann*, in: *Festschrift für Eser* (2005), S. 431 ff., dort auch mit Verweis auf *BGHSt* 40, 360.

²⁹ *BVerfGE* 45, 187.

³⁰ *BVerfGE* 86, 288.

³¹ So bereits *NK-Neumann* (Fn. 19), Rn. 145.

³² Siehe *MK-Schneider* (Fn. 24), Rn. 30 ff m.w.N. zum Streit- und Diskussionsstand.

³³ In diesen Sinne vor allem *Jähnke*, *Festschrift für Spindel* (1992), S. 537, 545 und *Lackner* *NSStZ* 1981, 348;

³⁴ A.a.O., Rn. 40. *Schneider* rechtfertigt diese Entwicklung mit der Tatsache, dass der *Bundesgerichtshof* insoweit eine Differenzierung reaktiviert, wie sie seinerzeit der Vorschrift des § 211 Abs. 3 RStGB zugrunde lag. Danach konnte das Gericht in besonderen Ausnahmefällen statt der nicht angemessenen Todesstrafe lebenslanges Zuchthaus verhängen. Durch die Streichung dieser Bestimmung im Zusammenhang mit der Eliminierung der Todesstrafe, so *Schneider*, entfiel eine Milderungsmöglichkeit, ohne dass der Gesetzgeber dies zielgerichtet beabsichtigt hätte. Ebenda.

³⁵ So dezidiert *BGHSt* 30, 105, 118 ff.; zugleich versucht der *BGH* Ausuferungen dieser Praxis entschieden entgegenzutreten, letzteres gerade auch mit Hinweis auf die sonstigen gesetzlichen Strafmilderungsmöglichkeiten (u.a. auf § 35 Abs. 2 StGB); siehe zuletzt *BGHSt* 48, 255 bzw. *BGH* *NSStZ* 2005, 154 = *HRRS* 2005 Nr. 42; dazu wiederum Schönke/Schröder-Eser (Fn. 25), Rn. 57. Zur Kritik der „Rechtsfolgenlösung“, insbesondere zu den damit einhergehenden Problemen siehe etwa *Bruns* *JR* 1981, 358, 360; *Hirsch*, in: *Festschrift für Tröndle* (1989), S. 25, 28; *Köhler* *GA* 1980, 121, 129 und *Mitsch* *JuS* 1986, 121, 122.

³⁶ Vgl. dazu bereits *BGHSt* 9, 385, 389; *BGHSt* 11, 139, 143 sowie *BGHSt* 30, 105, 115.

³⁷ Zur gesamten Problematik der Strafbemessung, auch und gerade beim Mord *Montenbruck*, *Strafraumen* und *Strafzumessung* (1983), S. 127 ff.

³⁸ Vgl. Punkt II/ III.1.

immer eine eingehende Prüfung erforderlich sei.³⁹ Stattdessen belässt es der *Senat* bei einer eher oberflächlichen, zum Teil auch *einseitigen* Beurteilung der Tat.

So werden die oben erwähnten Einlassungen der Angeklagten im Anschluss an die Ausführungen des Tatgerichts, als krasse Eigen bzw. Selbstsucht interpretiert, ohne die darin ebenso anklingende *Hilf-* bzw. *Ratlosigkeit* ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Die nur als untergeordnetes Motiv eingestufte „diffuse Angst“ hätte der *Senat* insofern auch als Angst vor einer ungesicherten, *für sie* unter Umständen sogar ausgewogenen Lebenssituation einordnen können. Verständlich würde so aber auch, dass die im Wege einer „nachgeholtten Rationalität“ vorgetragenen Alternativen der Babyklappe bzw. Adoption für die Angeklagte gar nicht in den Blick kamen und insoweit auch keine waren. Ähnlichen Einwänden sieht sich auch die Begründung des Bewusstseinsanfordernisses ausgesetzt. Der *BGH* erkennt zwar, dass es hierzu an tatrichterlichen Ausführungen mangelt, begnügt sich dann aber mit dem Hinweis, dass die Angeklagte laut Sachverständigengutachten uneingeschränkt schuldfähig war und diese sich auch im *Nachhinein* nicht von den tatbeherrschenden Motiven distanziert habe. Erstaunlich ist in diesem Zusammenhang nicht nur, dass der *Senat* der von einigen gehörten Zeugen, aber auch von der *Generalbundesanwaltschaft* vermerkten Naivität und Unreife der Angeklagten keinerlei Beachtung schenkt, sondern, im Gegenteil, das Nachtat- und Verteidigungsverhalten gerade als *Bestätigung* der niedrigen Gesinnung wertet. Das ist wenig überzeugend. Denn umgekehrt könnte man das „verstockte“ Auftreten auch als Ausdruck einer noch unausgereiften, jedenfalls aber (noch) nicht gefestigten Persönlichkeit verstehen, die gerade in dieser Situation besonderen Bedrängnissen ausgesetzt ist.⁴⁰ Dann leuchtet es aber kaum ein, warum man diesen Aspekt unbedingt *zu Lasten* und im Sinne des in Rede stehenden Mordmerkmals interpretieren muss.⁴¹ Abgesehen davon, dass der hier nahe gelegte Schluss von der *nachträglich* artikulierten Konfliktwahrnehmung auf die *tatsächlich* indizierte Motivationslage alles andere als unproblematisch ist.⁴²

In dieses (einseitig gezeichnete) Bild passt schließlich auch die Beurteilung der von der Angeklagten geltend gemachten *Amnesie*. Das Tatgericht sieht darin eine

³⁹ BGH NStZ 2008, 308 (4 StR 105/ 08).

⁴⁰ Warum in diesem Zusammenhang – wie der *Senat* behauptet – weder die durch den Sachverständigen festgestellte „hohe Impulsivität“ noch die „Neigung zum Blockieren“ eine Bedeutung spielen soll, ist, aufgrund der mitgeteilten Argumente, nicht nachzuvollziehen.

⁴¹ Die Missachtung des in der Praxis sehr hochgeschätzten Reueverhaltens durch das abwehrende Verhalten der Angeklagten mag den Eindruck der Uneinsichtigkeit noch verstärkt haben. Ob es in den Fällen der Kindestötung wirklich sinnvoll ist, den Äußerungen eine solch zentrale und im Verfahren kaum relativierte Bedeutung beizumessen, darf doch sehr bezweifelt werden. Letzteres erscheint umso problematischer, je deutlicher man sich die Widersprüchlichkeit und Hilflosigkeit der Äußerungen vor Augen führt.

⁴² Angesprochen ist insofern auch die Tatsache, dass das „schnippische“ und „genervte“ Auftreten der Angeklagten, folgt man den mitgeteilten Umständen, zu nicht unwesentlichen Teilen der Verfahrens- und Konfrontationssituation selbst geschuldet war.

Schutzbehauptung, die mit einer Verdrängung des konkreten Tatgeschehens einherginge. Der 4. *Strafsenat* hat dem nicht widersprochen. Nun kann man diese Position – wie durch die *Kammer* geschehen – mit der sachverständig festgestellten Schuldfähigkeit begründen; und in der Tat sind die Einlassungen der Angeklagten hier widersprüchlich. Möglich ist aber auch, dass es sich hier nicht allein um das „typische“ Problem der Schuldfähigkeit, sondern darüber hinaus um das einer „abgewehrten Schwangerschaft“ bzw. „abgewehrten Geburt“ handelt (dazu dezidiert Lammel).⁴³ „Die aktive oder passive Kindestötung“, so bereits *Gerchow*, „ist deshalb in der Regel die Folge einer seit Monaten bestehenden reaktiv fixierten Abwehrhaltung, die durch einen komplexen seelischen Notstand ausgelöst worden ist“.⁴⁴ Die mordqualifizierende Gesamtwürdigung hätte sich also zumindest bemühen müssen, beide Aspekte, die *grundsätzlich* bestehende Einsichtsfähigkeit und das *konfliktbezogene* Orientierungs(un)vermögen der Täterin, in die Bewertung einzustellen. Ob das im Ergebnis die Annahme des Mordmerkmals ausgeschlossen hätte, kann hier nicht entschieden werden, sicher aber wäre eine weitere *Differenzierung* der Motivationslage, auch im Hinblick auf das für die niedrigen Beweggründe geforderte „krasse Missverhältnis“ zwischen dem Anlass und den Folgen der Tat, aber auch zwischen „situationsspezifisch verständlichen“ und „eigensüchtigen“ Handlungsantrieben, möglich gewesen.

Übersieht man die tat- und revisionsrechtliche Würdigung des Sachverhalts, so drängt sich der Eindruck auf, dass die Bewertung von Konflikt und Tat immer schon *mit Sicht auf die Rechtsfolge*, d.h. auf den hier eröffneten gemilderten Strafraumen von 3 bis 15 Jahren und der vom Tatgericht verhängten vierjährigen Freiheitsstrafe, getroffen wurde.⁴⁵ Der Hintergrund einer solchen Verfahrensweise ist klar. Die Rechtsprechung kann die *Minimalbedingungen* des (versuchten) Mordes ergebnisgerecht *funktionalisieren*, damit einer „dynamisierten Strafzumessung“ den Vorrang geben und schließlich die generalpräventiven Komponenten des Strafausspruches betonen.⁴⁶

3. Konsequenzen der Rechtsfolgenorientierung

Wie wichtig, zugleich aber auch problematisch diese Strategie ist, zeigt der Kindestötungsfall, den der 4. *Strafsenat* noch vor dem eben besprochenen zu entscheiden

⁴³ Lammel FPPK 2008, 96 ff.; in ähnliche Richtung, verbunden mit der Frage nach der Schuldfähigkeit in diesen Konstellationen *Marneros* (Fn. 5), 173 ff.

⁴⁴ *Gerchow*, Die ärztlich-forensische Beurteilung von Kindesmörderinnen (1957), S. 114.

⁴⁵ Der vom *BGH* bestätigte Strafausspruch des *Landgerichts*, bewegt sich letztlich in dem von § 217 a.F. StGB ursprünglich vorgesehenen Strafraumen für „normale“ (nicht milder zu bestrafende) Kindestötungen.

⁴⁶ Zum damit einhergehenden Problem der (unverhältnismäßigen) Schuldspruchbemakelung als „Mörder“ *Miehe* JuS 1999, 1000, 1003; *Günther* NJW 1982, 353, 355 f.; *Hirsch* (Fn. 35), S. 25, 28 und *Schönke/ Schröder-Eser* (Fn. 25), Rn. 10b.

hatte.⁴⁷ Dort macht er *expressis verbis* deutlich, dass angesichts „einer sich in letzter Zeit ersichtlich häufenden Zahl einschlägiger Fälle [der Kindestötung – Anm. B.Z.] bei der Findung des (noch) schuldangemessenen Strafmaßes auch generalpräventive Gesichtspunkte Berücksichtigung finden [dürfen]“.⁴⁸ Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt dokumentiert eine Tat, die markante Ähnlichkeiten mit dem eben besprochenen aufweist.

Auch hier lebte die Angeklagte in zumindest temporär *ungesicherten* Lebensverhältnissen. Wechselnde Partnerschaften führten immer wieder zu Schwangerschaften. Nach der erneuten Trennung bemerkte die Angeklagte, dass sie schwanger war. Inzwischen hatte sie jedoch eine frühere Beziehung zu Enrico W. wieder aufgenommen, dem Mann, den sie „immer wollte“.⁴⁹ Die Angeklagte verbarg nun erneut ihre Schwangerschaft erfolgreich und traf auch keinerlei Vorbereitungen für die bevorstehende Geburt. Auch ihre Mutter, ihre wichtigste Bezugsperson, war nicht eingeweiht, da sie Vorwürfe bezüglich ihrer Lebensführung fürchtete. Ebenso wenig wurden die (ehemaligen) Partner von der Schwangerschaft in Kenntnis gesetzt.⁵⁰ Bei dem Kindsvater ging die Angeklagte davon aus, dass er das Kind sowieso ablehnen würde, gegenüber dem neuen Partner wollte sie ihre eigenen Interessen an der wieder aufgenommenen Beziehung schützen.⁵¹ Die Angeklagte brachte schließlich im Bad problemfrei ein gesundes Mädchen zur Welt, das sie, ohne das Aufsuchen eines Krankenhauses oder die Babyklappe in Betracht zu ziehen, tötete, indem sie es mit Mund und Nase gegen den Oberkörper drückte. Das Kind erstickte. Nachdem sie sich vom Tod des Kindes überzeugt hatte, steckte sie die Kinderleiche in einen Plastiksack. Letzteren „entsorgte“ sie später im nahe gelegenen See.⁵²

Die *Schwurgerichtskammer* des *LG Dessau-Roßlau* hat die Angeklagte wegen Totschlags, gem. § 212 Abs. StGB schuldig befunden und gegen sie eine Freiheitsstrafe von 11 Jahren und 6 Monaten verhängt. Der *BGH* bestätigt die Annahme des vollendeten Totschlages, wendet sich jedoch gegen das im Strafausspruch vorgetragene Strafmaß.

Interessant ist zunächst die Auseinandersetzung mit den (tatbestandlichen) Voraussetzungen einer möglichen Mordstrafbarkeit. Tat- und Revisionsgericht bescheinigen der Angeklagten *unisono* eine durch die Konflikt- und Geburtssituation hervorgerufene „von Angst, Ratlosigkeit, Verzweiflung geprägte Verfassung“, die bereits der Annahme von niedrigen Beweggründen entgegenstehen würde.⁵³ Eine andere Bewertung der Tat käme auch nicht dadurch in Frage, dass die Angeklagte die Schwangerschaft vor ihrer Umwelt verheimlichte und insbesondere ihre Interessen an der Beziehung mit Enrico W. wahren wollte. Vielmehr seien „die Verfolgung eigener Interessen

und ein Missverhältnis zwischen Anlass und Tat der Regelfall der vorsätzlichen Tötung“. Dass die Tat der Angeklagten demgegenüber von „besonders krasser Selbstsucht“ geprägt war, die allein die Qualifizierung der Tat als mit *lebenslanger Freiheitsstrafe* statt als mit zeitiger Freiheitsstrafe bedrohter Totschlag rechtfertigen könne, sei nicht ersichtlich.⁵⁴

Dieser Beurteilung kann man grundsätzlich beipflichten. Das Verhalten der Angeklagten, bei der eine verminderte Schuldfähigkeit nicht festgestellt werden konnte,⁵⁵ ist gerade nicht durch eine *besondere* Geringschätzung fremden Lebens gekennzeichnet; ihre Tatmotivation war offensichtlich durch die für sie ausweglose Situation forciert. Legt man allerdings diesen Maßstab an die Bewertung der erstgenannten Entscheidung des *LG Magdeburg* zugrunde, so ist nicht zu sehen, wie der *BGH* die obige Einstufung als (versuchter) Mord aus niedrigen Beweggründen aufrechterhalten könnte. Auch in diesem Fall war, wie gesehen, die Geburtssituation hoch emotionalisiert und aus Sicht der Angeklagten kaum noch beherrschbar. Vieles spricht, folgt man *diesen* Maßstäben, für eine durch Ratlosigkeit und Verzweiflung geprägte Handlung der Täterin.⁵⁶ Abzumildern wäre dann auch die Einschätzung, die Angeklagte habe das Kind nur als „Störfaktor“ begriffen, weshalb sich die Tat insgesamt durch eine besonders krasse Selbstsucht auszeichne, denn auch hier müsste der *Senat* konzedieren, dass das Motivbündel, trotz der partiell egoistischen (Beziehungs-) Interessen, eher auf eine konfliktbeladene Kindestötung als auf einen Mord aus niedrigen Beweggründen hindeutet.⁵⁷ Möchte man dieser Einschätzung *nicht* folgen, so wäre jedenfalls darüber nachzudenken, ob nicht im Sinne einer einheitlichen Beurteilung auch in der letztgenannten Entscheidung die Annahme niedriger Beweggründe hätte erfolgen müssen.

Die Wertungsdifferenzen werden jedoch verständlich, wenn man die *Rechtsfolgen* in die Tatbeurteilung einbezieht. Die Annahme des Mordmerkmals hätte im letztgenannten Fall zur Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe wegen *vollendeten* Mordes aus niedrigen Beweggründen geführt. Dessen (nachvollziehbare) Ablehnung eröffnet nicht nur den Strafrahmen des § 212 StGB, sondern gibt dem *Senat* außerdem die Möglichkeit, den daran geknüpften Strafausspruch der *Schwurgerichtskammer* zu kassieren. Die vorgetragene Begründung des *BGH* verdeutlicht nochmals den Standpunkt: „Der Strafausspruch ist aber aufzuheben, weil nach den Feststellungen, die das Landgericht zur Schwere der Tat und zum Grad der persönlichen Schuld der Angeklagten getroffen hat, bei Abwägung der strafmildernden und strafschärfenden Gesichtspunkte die verhängte Freiheitsstrafe unvertretbar hoch ist, das für vergleichbare Fälle übliche Maß erheblich überschreitet, damit den Anforderungen an einen gerechten Schuldausgleich nicht mehr entspricht und deshalb rechtsfehlerhaft ist [...] Nach den Erkenntnissen des *Senats* halten sich die in einschlägigen Fällen gegen die Kindsmutter verhängten Strafen deutlich unterhalb der hier erkannten Freiheitsstrafe.“

⁴⁷ Vgl. *BGH NSTZ* 2008, 308 (4Str – 105/ 08, Urteil v. 19. Juni 2008), vgl. auch Fn. 5.

⁴⁸ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 9.

⁴⁹ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 4.

⁵⁰ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 4.

⁵¹ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 5.

⁵² Vgl. die Urteilsbegründung, S. 5.

⁵³ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 7.

⁵⁴ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 7.

⁵⁵ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 8.

⁵⁶ So bereits die eigene Analyse unter Punkt III.2.

⁵⁷ Vgl. Punkt III.2. a.E.

(sic!).⁵⁸ Es geht also um eine *vereinheitlichende Tendenz auf Rechtsfolgenebene*. Das kann man akzeptieren. Die aktuelle Spruchpraxis zeigt allerdings auch, dass die damit einhergehenden Probleme nach Abschaffung des § 217 a.F. StGB nicht weniger geworden sind.

4. Bestrafungsalternativen

Dies mit aller Schärfe hervorgehoben zu haben, ist unter anderem das Verdienst des *LG Erfurt*. In seinem Urteil vom 19. September 2001 setzt sich die *Kammer* nicht nur mit den Leitlinien der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung, sondern erstmals auch mit den, durch die Gesetzesänderung und die Gesetzesmaterialien grundsätzlich ermöglichten *Bestrafungsalternativen* auseinander.⁵⁹

Zu beurteilen hatte das *Landgericht* einen Sachverhalt, der mehrere Kindestötungen über einen längeren Zeitraum (zwischen 1993 und 1999) umfasste. Danach hatte die Angeklagte wechselnde intime Beziehungen. Aus der ersten ging eine Tochter hervor. Im Anschluss vermochte sich die Angeklagte zunächst nicht für ein weiteres Kind zu entscheiden, was für die Angeklagte vor allem in ihren nur schlecht organisierten Lebensverhältnissen, aber auch in den problematischen partnerschaftlichen Beziehungen begründet lag. So erwartete die Angeklagte weder in ihrer Familie, noch von ihren Lebenspartnern Unterstützung. Dementsprechend verheimlichte die Angeklagte ihre Schwangerschaften und traf auch sonst keinerlei Vorbereitungen für die bevorstehenden Geburten. Die Konsequenz waren drei Kindestötungen, die durch Erwürgen, Ersticken und Ertränken der jeweils lebend geborenen Kinder unternommen wurden.⁶⁰ Im Jahre 2000 wurde die Angeklagte in ihrer zweiten Beziehung erneut schwanger; diese Schwangerschaft verheimlichte die Angeklagte nicht und gebar im September des gleichen Jahres eine weitere Tochter. Die Angeklagte wurde im ersten Fall wegen Kindestötung gem. § 217 a.F. StGB sowie – für die weiteren Fälle – wegen Totschlags gem. § 212 StGB zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 11 Jahren und 6 Monaten verurteilt.⁶¹

Die *Kammer* stellt zunächst ohne weitere Erörterungen fest, dass in keiner der Fälle ein Mordmerkmal vorliege und insofern eine Bestrafung aus dem Mordtatbestand entfalle.⁶² Das ist, mit Blick auf die mitgeteilten Umstände, nachvollziehbar.⁶³ Die anschließenden Überlegungen richten sich deshalb sofort auf die dem Strafmaß zugrunde liegenden Erwägungen. Für den 1. Fall kam nur der gemilderte Strafrahmens des § 217 a.F. StGB in Betracht. Dagegen war bei den Fällen 2 und 3 fraglich, ob und inwieweit nach Abschaffung des § 217 a.F. StGB bereits

die besondere Konstellation der Kindestötung die Anwendung von § 213 StGB rechtfertigen kann.⁶⁴ Die *Kammer* nimmt das zum Anlass, auf die Hintergründe des Gesetzgebungsverfahrens und die sich daraus ergebenden Konsequenzen einzugehen. Zutreffend stellt die *Kammer* heraus, dass der Gesetzgeber mit der Abschaffung der Privilegierung die Erwartung verbunden hat, dass die Fälle der Kindestötungen regelmäßig durch Anwendung von § 213 StGB Berücksichtigung finden können.⁶⁵ Verwiesen wird zusätzlich auf die *Anhebung* des Strafrahmens von § 213 StGB und die dementsprechende Begründung im Gesetzgebungsentwurf, wonach es „angesichts des weiten Anwendungsbereichs der ‚sonst minder schweren Fälle‘ in § 213 StGB, der durch die Aufhebung des § 217 StGB durch Artikel 1 Nr. 26 des Entwurfs noch ausgedehnt wird, [...] dringend geboten [ist], den Strafrahmens des § 213 StGB zu erhöhen, wie dies auch seit geraumer Zeit in Wissenschaft und Praxis gefordert wird“.⁶⁶

Dieses „Ausdehnungsargument“ will das *Landgericht* jedoch nicht ohne weiteres durchschlagen lassen. Vielmehr sei es notwendig, den Regelungszweck des früheren § 217 StGB mit dem des nunmehr geltenden § 213 StGB zu harmonisieren.⁶⁷ Letzteres könne nur dadurch geschehen, dass, wie auch in sonstigen Fällen, „eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen [ist], die für die Bewertung der Tat und Täterin bedeutsam sein können“.⁶⁸ Zur Begründung führt die *Kammer* aus, dass die Abschaffung von § 217 a.F. StGB – und nicht deren Übertragung auf die Tötung *ehelicher* Kinder – daraufhin deute, „dass der Gesetzgeber „die psychische Ausnahmesituation der Geburt als alleinigen Grund für eine Privilegierung beseitigen wollte“.⁶⁹ Insofern würde es aber der gesetzgeberischen Intention widersprechen, wenn sämtliche Fälle, die vormals unter § 217 StGB fielen, kurzerhand unter § 213 StGB subsumiert würden. Denn dadurch würde erneut eine *generelle* Privilegierung geschaffen, die der Gesetzgeber doch gerade hat beseitigen wollen. Bestärkt sieht sich das *Landgericht* noch durch die im Wege des 6. Strafrechtsreformgesetzes modifizierte Strafrahmengestaltung. Drohte der Strafrahmens des früheren § 217 Abs. 1 StGB eine Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren an, so umfasst jener beim § 213 n.F. StGB nur eine Freiheitsstrafe von 1 bis 10 Jahren.⁷⁰ Bestand ein wesentliches Ziel der Reform darin, „den Schutz der Rechtsgüter Leben, Körper und Gesundheit zu erhöhen [...], dann kann mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass es die Absicht gewesen wäre, gerade den neugeborenen Menschen dieses Schutzes zu berauben und die Strafe für Kindestötungen zu mildern“.⁷¹

Dieses (hier) auf die Kindestötungen bezogene Dynamisierungsmodell bedeutet, jedenfalls bei der *aktuellen* Gesetzeslage, einen Gewinn an Straf- und Verfahrensgerech-

⁵⁸ Vgl. die Urteilsbegründung, S. 9.

⁵⁹ Siehe NStZ 2002, 260 ff.; vgl. jetzt aber auch BGH NStZ 2009, 439 = HRRS 2009 Nr. 525.

⁶⁰ NStZ 2002, 260.

⁶¹ Zur detaillierten Begründung des Strafmaßes NStZ 2002, 260, 262.

⁶² NStZ 2002, 260.

⁶³ Nachvollziehbar jedenfalls dann, wenn man, wie die *Kammer*, das zum Schluss fast „routinierte Gebären – und Töten“, aufgrund der *Gesamtumstände* der Tat nur im (Straf-) Rahmen des § 212 StGB verhandeln möchte.

⁶⁴ NStZ 2002, 261.

⁶⁵ Vgl. auch BT-Drs. 13/ 7164, S. 34.

⁶⁶ NStZ 2002, 261; mit Verweis auf die BT-Drs. 13/ 8587, S. 34 und den gleichlautenden Entwurf der CDU/ CSU/ FDP-Fraktionen).

⁶⁷ NStZ 2002, 261 f.

⁶⁸ NStZ 2002, 261.

⁶⁹ NStZ 2002, 261 f.

⁷⁰ NStZ 2002, 261.

⁷¹ NStZ 2002, 262.

tigkeit;⁷² mit ihm ist es möglich, eine Vielzahl von Kindstötungsfällen in ihrer strukturellen Besonderheit, unter Berücksichtigung der jeweiligen psychischen Situation der Mutter während und nach der Geburt, angemessen zu würdigen.⁷³ Freilich bezieht sich die Anwendung dieses Modells *allein* auf Kindstötungen, die dem Totschlagparagrafen, also § 212 StGB, unterfallen. Fälle des (*Kinds-*) *Mordes* werden von diesem Modell immer schon ausgeschlossen. Begründet wird diese Vorgehensweise entweder mit dem Hinweis, dass zwischen § 211 und § 213 StGB eine „tatbestandliche“ Exklusivität bestünde: eine Tat könne nicht zugleich Ausdruck einer schlechthin unerträglichen und einer – i.S.d. § 213 StGB – menschlich verständlichen Handlungsmotivation sein;⁷⁴ oder aber mit einem gesetzestechnischen bzw. Wortlautargument, schließlich spreche § 213 StGB nur vom Totschläger, nicht vom Mörder, darüber hinaus werde schon aus der Überschrift (minder schwerer Fall des Totschlages) die Beschränkung auf § 212 StGB erkennbar.⁷⁵ Diese Argumente sind jedoch nur *prima facie* zwingend. Vielmehr lässt sich eine *einzelfallbezogene* Anwendung von § 213 StGB auch in Fällen des Kindsmordes rechtfertigen und damit eine weitere verfahrenspraktische Differenzierung des Modells erreichen.⁷⁶

IV. Dynamisierung der strafgesetzlichen Einordnung

1. Minder schwerer Fall des Mordes?

Ausgangspunkt einer solchen Position ist die in der Literatur einhellig vertretene Überzeugung, wonach das systematische Verhältnis von Totschlag, § 212 StGB, und Mord, § 211 StGB, als Verhältnis von *Grunddelikt* und *Qualifikation* zu verstehen ist. Danach muss jeder Mörder notwendig und zugleich als Totschläger angesehen werden.⁷⁷ Eröffnet wird so aber auch ein Zurechnungsprogramm, das sich grundsätzlich von der Mordqualifikation bis zum minder schweren Totschlag erstrecken kann.

Dieser Position entgegengesetzt war *bislang* der Standpunkt der *Rechtsprechung*, denn für die Spruchpraxis stand fest, dass das Verhältnis von Totschlag und Mord nur als eines auf tatbestandlicher *Selbständigkeit* beruhendes bestimmt werden kann. Mord und Totschlag haben dementsprechend einen eigenständigen tat- und unrechtsspezifischen Anwendungsbereich.⁷⁸ Das hat – bekanntermaßen – weitreichende Konsequenzen. So sieht der BGH, i.S.d. der bereits erwähnten Exklusivitätsthese, für die Anwendung von § 213 StGB keinen Raum. Für den *Schuldpruch des Teilnehmers* kommt es zudem nicht auf seinen Tatbeitrag, sondern darauf an, ob der Haupttäter Mordmerkmale verwirklicht oder eben nicht. Insbesondere bei den täterbezogenen Mordmerkmalen ist nach bisheriger Rechtsprechung ein Schuldpruch wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord auch dann geboten, wenn der Teilnehmer selbst kein derartiges Mordmerkmal verwirklicht, solange er hinsichtlich der Tötungsmotivation des anderen Teils vorsätzlich handelt. Dem Teilnehmer kommt in diesen Fällen lediglich die Strafrahmenverschiebung nach § 28 Abs. 1, § 49 Abs. 1 StGB zugute.⁷⁹ Die damit einhergehenden Friktionen der Unrechts- und Schuldzurechnung sind allgemein bekannt.⁸⁰

Letzteres hat der 5. *Strafsenat* jüngst zum Anlass genommen, um sich in einem *obiter dictum* der in der Literatur diesbezüglich geäußerten Kritik, zumindest teilweise, anzuschließen.⁸¹ Für den vorliegenden Zusammenhang ist dabei ausschlaggebend, dass der erkennende *Senat*, wenn auch nur für die zu entscheidende Beteiligungskonstellation, betont, dass hier das Verhältnis von Totschlag und Mord „nach der üblichen Systematik demjenigen zwischen Grunddelikt und Qualifikation“ entspricht.⁸² Sollte der BGH diesen Standpunkt in Zukunft noch deutlicher konturieren, so wäre auch für die Spruchpraxis die Möglichkeit eröffnet, tatbestandliche Überschneidungen zwischen § 211 und § 213 StGB anzuerkennen und im Rahmen einer Gesamtabwägung, *trotz vorliegen eines Mordmerkmals*, die Annahme eines minder schweren Falles in Erwägung zu ziehen. Dem steht auch

⁷² Auch das *Schwurgericht Rosslau-Dessau* hatte auf die Möglichkeit des minder schweren Falles hingewiesen (vgl. die Urteilbegründung, S. 8); aus den durch das Revisionsurteil mitgeteilten Umständen ist jedoch nicht ersichtlich, welche Gründe zu dessen Annahme herangezogen werden resp. zu seiner Ablehnung führen können – und im konkreten Fall geführt haben.

⁷³ Dazu NK-Neumann (Fn. 19), § 213 Rn. 23. Zur *allgemeinen* und nicht unerheblichen Bedeutung des § 213 StGB in der Rechtsprechung bei nicht mordqualifizierten Tötungsdelikten Eser, in: Festschrift für Middendorf (1986), S. 65.

⁷⁴ Siehe etwa Otto, Grundkurs Strafrecht BT, 8. Aufl. (2009), § 5 Rn. 15 und Riess NJW 1968, 628, 630; eher auf eine restriktive Interpretation des § 213 StGB abstellend Bernsmann (Fn. 2), 45, 49 ff. und Schneider NSTZ 2001, 455 ff.; generell dazu Bornemann, Das Zusammentreffen vertatbestandlicher Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe (2002).

⁷⁵ Schönke/Schröder-Eser (Fn. 25), § 211 Rn. 11 und § 213 Rn. 3 und LK-Jähnke (Fn. 19), § 213 Rn. 2.

⁷⁶ Zum ganzen Neumann (Fn. 28), 431, 434 ff. und Weinschenk (Fn. 5), S. 110 ff.

⁷⁷ Vgl. hier nur LK-Jähnke (Fn. 19), vor § 211 Rn. 39; Lackner/Kühl (Fn. 20), vor § 211 Rn. 22 und MK-Schneider (Fn. 24), vor § 211 Rn. 135 ff.

⁷⁸ Seit BGHSt 1, 368, 370 f. bislang ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt wieder BGHSt 50, 1, 5 f. mit Bespr. Jäger JR 2005, 477 ff.; widersprüchlich jedoch das Urteil BGH NSTZ 2006, 288 mit abl. Anm. Puppe. – Freilich hat der BGH nie behauptet, Küper hat darauf jüngst hingewiesen, dass aus der Eigenständigkeit eine tatbestandliche *Ausschließlichkeit* folgen müsse. Der BGH habe vielmehr schon früh erkennen lassen, so Küper, dass § 211 StGB alle Voraussetzungen eines Totschlages enthalte, und für die „Selbständigkeit“ der Delikte auf die Parallele verwiesen, dass auch der Diebstahl in dem „eigenständigen Delikt“ des Raubes begrifflich enthalten sei. „In der logischen Struktur eines Spezialitätsverhältnisses besteht danach kein Unterschied zur Implikationsbeziehung zwischen einem Qualifikations- und dessen jeweiligem Grundtatbestand.“ JZ 2006, 1157, 1158.

⁷⁹ Zur Beteiligungssystematik der Rechtsprechung vgl. die instruktive Analyse von Küper (Fn. 78), 1157, 1158 ff.; zu Verhältnis und Lesart von § 28 Abs. 1 und 2 StGB Ambos Jura 2004, 497 und MK-Schneider (Fn. 24), vor § 211 Rn. 135.

⁸⁰ Zur Kritik wie auch zum Streit- und Diskussionsstand siehe etwa NK-Neumann (Fn. 19), § 211 Rn. 116 ff.

⁸¹ BGH JZ 2006, 629, 632 = HRRS 2006 Nr. 219 mit Bespr. Küper JZ 2006, 608, 611 ff. und Gössel (Fn. 19), 153 f.; vgl. im Übrigen auch die Entscheidung BGHSt 36, 231, 233 mit Anm. Beulke NSTZ 1990, 287.

⁸² BGH JZ 2006, 629, 632.

nicht entgegen, dass § 213 StGB ausdrücklich nur vom „Totschlag“ spricht; folgt man dem von der Literatur schon immer beschrittenen und nunmehr auch von der Rechtsprechung in Betracht gezogenen Weg, so verweist die durch § 212 StGB begründete Rede vom „Totschläger“ zunächst auf einen gesetzessystematische *Grund- und Relationsbegriff*,⁸³ der, den Tatumständen entsprechend und bezogen auf das jeweilige Zurechnungsprogramm, weiter konkretisiert werden kann oder sogar muss.⁸⁴

2. Konsequenzen für die Kindestötungsfälle

Schließen sich § 211 und § 213 StGB also nicht grundsätzlich aus, so ist zu fragen, wie sich das auf die Beurteilung von Kindesmordsfällen auswirken kann. Denkbar sind hier vor allem Fälle, bei denen die Täterin in oder unmittelbar nach der Geburt und aus den konkreten (psychischen) Umständen heraus etwa grausam, mit Verdeckungsabsicht oder – wie hier vom 4. *Strafsenat* angenommen – aus niedrigen Beweggründen handelt.⁸⁵ Einschlägig ist insofern § 213 2. Alt. StGB. Gegen die Anwendung des *sonstigen minder schweren Falles* spricht auch nicht dessen Ausgestaltung als Strafzumessungsregel.⁸⁶ Die Anwendung kann nicht von der Qualifizierung als Tatbestand oder Strafzumessungsregel abhängen; sie hat sich vielmehr anhand der jeweiligen *Fallgruppe* und, wie hier, unter Beachtung der *ratio legis* zu bestimmen. Aus der Öffnung des § 213 StGB für mordqualifizierte Tötungen folgt allerdings *keine* zwingende Anwendung der Milderungsalternative. Erforderlich ist immer, darauf ist an anderer Stelle hingewiesen worden, eine Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Tatumstände.

Der vom 4. *Strafsenat* entschiedene Kindsmordfall⁸⁷ wäre danach zunächst auf seine *tatbestandlichen* Voraussetzungen hin zu untersuchen. Eine Fokussierung auf die Rechtsfolgen, als „typische“ Rechtsfolgenlösung oder als besondere Milderungsgründe, sollte hier unterbleiben. Vielmehr ist das *Tatunrecht* als solches zu qualifizieren.

⁸³ Ein Grundbegriff ist er deshalb, weil die Rede von Tötung und Totschläger den typischen Zugriff auf das Leben bezeichnet und damit den argumentationslogischen Ausgangspunkt jeder Zurechnung begründet; darüber hinaus ist er auch ein Relationsbegriff, da er, jedenfalls nach dem vorliegend beschriebenen System, die Beziehung zu den verschiedenen Handlungs- und Motivationsalternativen herstellt.

⁸⁴ Dass das Wortlautargument nicht wirklich zwingend ist, zeigt auch ein Blick auf die *Gesetzgebungsgeschichte*. So wurde § 213 StGB offensichtlich strukturell vernachlässigt, als der Mordtatbestand von der „aus Überlegung“ begangenen Tötung, die noch keine Überschneidung mit dem Affekttotschlag aufwies, auf die heutige Fassung umgestellt und der *minder schwere Fall des Mordes* (§ 211 Abs. 3 RStGB) bei Abschaffung der Todesstrafe ersatzlos gestrichen wurde. Zum gesamten Problemfeld *Neumann* (Fn. 28), S. 435 f. und *Heintschel-Heinegg-Eschelbach*, StGB, (2010), § 213 Rn. 27.

⁸⁵ Zu entsprechenden Fallgestaltungen siehe *Neumann* (Fn. 28), S. 431, 438 und *Struensee*, in: Dencker et al. (Hrsg.), Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998 (1998), S. 29.

⁸⁶ Dazu bereits *Neumann* (Fn. 19), S. 431, 436 ff., darüber hinaus *Lackner/Kühl* (Fn. 20), § 213 Rn. 1 und *MK-Schneider* (Fn. 24), § 213 Rn. sowie BGH NStZ 2001, 477 und LG Erfurt NStZ 2002, 260.

⁸⁷ Vgl. die Darstellung und Analyse unter Punkt II. und III.

Die vom *Schwurgericht* wie auch vom *BGH* angenommenen niedrigen Beweggründe sind, soweit man dem beipflichten möchte, als tatbestandliche Bestimmung schwersten Unrechts zu werten. Eine umfassende Beurteilung des komplexen Tatbildes hätte dann wiederum offenzulegen, ob, trotz der Annahme des Mordmerkmals, ein minder schwerer Fall vorliegt, der den Rückgriff auf § 213 2. Alt. StGB rechtfertigen könnte. Das würde im vorliegenden Fall bedeuten, dass die Interpretation des Täterverhaltens als selbst- bzw. eigensüchtig zu diskutieren wäre, *zugleich* aber das „Menschlich-Verständliche“ des Handelns hervorgehoben werden kann. Das konkrete Strafmaß ließe sich dann, je nach Tatbeurteilung, auch dem Strafraumen des § 213 StGB entnehmen.⁸⁸

Damit ist freilich schon angedeutet, dass auch Fallgestaltungen denkbar sind, bei denen ein minder schwerer Fall (des Mordes) abzulehnen sein wird, und zwar auch dann, wenn ohne Verwirklichung des Mordmerkmals die Voraussetzungen eines minder schweren Falles, gem. § 213 2. Alt. StGB, vorliegen sollten.⁸⁹ – Schließlich sind die gesetzlich vertypten Strafmilderungsgesichtspunkte zu berücksichtigen. Auf die *besonderen* Milderungsgründe ist jedoch erst zurückzugreifen, wenn die *allgemeinen* entlastenden Umstände ausgeschöpft sind.⁹⁰ Sind diese einschlägig, und damit auch § 213 StGB, so können durch das Gericht weitere obligatorische oder fakultative Milderungsgründe innerhalb des Strafraumens des § 213 StGB in Anschlag gebracht werden. § 50 StGB steht hier jedenfalls dann nicht entgegen, wenn der besondere Strafmilderungsgrund für die Annahme eines minder schweren Falles nicht verbraucht wurde.⁹¹

V. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung steht nach Abschaffung des § 217 a.F. StGB, das hat die vorliegende Untersuchung zeigen können, vor erheblichen *Normanwendungsproblemen*. Zwar ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die Fälle der Kindestötung grundsätzlich bei § 213 n.F. StGB Berücksichtigung finden können; die Judikatur macht jedoch deutlich, dass diese Einschätzung nur partiell zutreffen scheint.⁹²

Die Schwierigkeiten bei der Beurteilung entsprechender Fälle verweisen vor allem darauf, dass mit der Abschaffung von § 217 a.F. StGB ein Konfliktfeld in den Vordergrund getreten ist, das durch die vormalige Diskussion um die Ehelichkeit resp. Unehelichkeit des Kindes regelmäßig verdeckt wurde: nämlich das der spezifisch *ungesicherten Lebenssituation*, verbunden mit einer insoweit

⁸⁸ Im Gegensatz zum BGH, der das Verhalten der Täterin als Ausdruck einer „erschreckenden Wegwerfmentalität“ angesehen hat, neigt der *Verf.* eher dazu, schon das Mordmerkmal restriktiver zu fassen, jedenfalls aber § 213 2. Alt. StGB in Betracht zu ziehen. Vgl. dazu auch die vorangegangenen Erwägungen.

⁸⁹ Siehe auch BGH NStZ-RR 2004, 80, 81; dort aber nur auf 217 StGB bezogen.

⁹⁰ BGH StV 2008, 355 = HRRS 2008 Nr. 134.

⁹¹ Vgl. dazu *Heintschel-Heinegg-Eschelbach* (Fn. 84), § 213 Rn. 24 f. und *Neumann* (Fn. 19), § 213 Rn. 24.

⁹² Siehe Punkt III.4.

temporär oder partiell *destabilisierten Persönlichkeit*.⁹³ Hervorgerufen wird ein solches Konfliktfeld nicht nur durch die Schwangerschaft oder Geburt selbst, sondern auch durch die „vorlaufenden“, häufig gesellschaftlich oder familiär vermittelten Milieu- und Sozialstrukturen.

Verschärft wird die Problematik vor allem durch die Annahme *mordqualifizierender* Merkmale, insbesondere der sonstigen niedrigen Beweggründe. Die Rechtsprechung begegnet ihr in der Regel durch eine *rechtsfolgenorientierte* Bewertung des Konflikts. Grund dafür ist u.a. eine problematische Interpretation der Tatbestandssystematik und die zwingend angeordnete lebenslange Freiheitsstrafe. Letztere würde, jedenfalls bei *vollendeten* (Kindsmord-)Taten, zu einem Verlust *schuldangemessenen* Strafens führen.⁹⁴

Dagegen wurde vorliegend die Anwendung des § 213 StGB auch für den *Kindesmord* ins Spiel gebracht. Ausgangspunkt ist das Verhältnis von Mord und Totschlag als Qualifikations- bzw. Grunddelikt. Letzteres wird, spätestens seit der Entscheidung BGH JZ 2006, 629, auch von der Rechtsprechung nicht mehr grundsätzlich ausgeschlossen. Diese Position macht es zumindest möglich,

den *Konflikt- und Zurechnungszusammenhang* auch auf den minder schweren Fall des § 213 2. Alt. StGB auszudehnen. Dies konnte auch anhand des Ausgangssachverhalts gezeigt werden. Wie schließlich dargelegt, sind die vorgebrachten Gegenargumente, sowohl die gesetzessystematischen als auch die wortlautbezogenen, nicht zwingend.⁹⁵

Auch wenn damit eine Basis strafgerechten Urteilens vorhanden ist, bleibt die Frage nach gesetzgeberischen Alternativen *de lege ferenda*: Sie wird vor allem in einer *Gesamtreform* der Tötungsdelikte zu suchen sein.⁹⁶ Denkbar wäre hier eine Neuordnung des Totschlages mit – im Verhältnis zu einem modifizierten Mordtatbestand – abgesenkten Strafrahmen,⁹⁷ wie auch die Verankerung der Kindestötung als Regelbeispiel eines *minder schweren Falles* des Totschlages.⁹⁸ Darüber hinaus ist allerdings nicht zu verkennen, dass eine Vielzahl dieser Fälle auf Konflikten beruht, die das Strafrecht nur begrenzt einhegen und insoweit auch nur in Teilen angemessen zu lösen im Stande ist.

⁹³ Siehe Punkt III.1./ 2.

⁹⁴ Siehe Punkt III.1./ 2.

⁹⁵ Siehe Punkt IV.1./ 2.

⁹⁶ Siehe hierzu den Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben), Heine et al., GA 2008, 193 ff.

⁹⁷ In diesem Sinne der AE-Leben (Fn. 96), S. 203 ff.

⁹⁸ So Weinschenk (Fn. 5), S. 115.

Aufsätze und Anmerkungen

In dubio pro libertate: die Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik als rechtsstaatliches Problem

Anmerkung zu BGH 5 StR 386/09, Urteil vom 6. Juli 2010 = HRRS 2010 Nr. 774

Von Dr. Beatrice Brunhöber, Berlin*

I. Einleitung

Der BGH hat nicht nur festgestellt, dass die Präimplantationsdiagnostik (PID) im Rahmen von Kinderwunschbehandlungen straflos ist, jedenfalls wenn sie bei genetisch vorbelasteten Paaren zur Feststellung von genetischen Schädigungen und mittels Blastozystenbiopsie durchgeführt wird. Vielmehr hat er auch entschieden, dass Handlungsweisen, die nicht ausdrücklich verboten sind, erlaubt sind. Nach einer Einführung in den Sachverhalt (II. 1.) und den Hintergrund der Entscheidung (II. 2.) wird aufgezeigt, dass der BGH eine dogmatisch überzeugende

Entscheidung getroffen hat (II. 3.), die darüber hinaus aus rechtsstaatlichen Gründen zu befürworten ist (III.).

II. Anmerkung

1. Sachverhalt

Angeklagt war ein Arzt, der im Rahmen dreier Kinderwunschbehandlungen künstlich erzeugte Embryonen vor der Übertragung in die Gebärmutter auf genetische Abweichungen untersucht hatte. In allen drei Fällen bestand aufgrund sog. Translokationen einzelner Chromo-

somen eines Partners ein erhöhtes Risiko, dass die Abkömmlinge einen Gen-Defekt aufweisen, der zu Fehlgeburt und genetisch bedingter Erkrankung oder Behinderung führen kann. Der Arzt entnahm nach dem Verfahren der Blastozystenbiopsie dem Embryo pluripotente Zellen aus der äußeren Zellschicht (Trophoblast), die später das Nährgewebe (Plazenta) bilden. Diese können sich im Gegensatz zu totipotenten Zellen nicht zu einem ganzen Organismus entwickeln. Die isolierten Zellen überprüfte der Arzt mittels Fluoreszenz in situ Hybridisierung (FISH) auf einzelne Erbgutveränderungen. Die Embryonen mit negativem Befund übertrug er nach Einwilligung der Frauen, während er die übrigen nicht weiter kultivierte, so dass sie abstarben.¹

2. Hintergrund

Die Strafbarkeit der PID mittels Blastozystenbiopsie war und ist kontrovers.² Bei der Verabschiedung des Embryonenschutzgesetzes im Jahr 1990 befasste sich der Gesetzgeber nur damit, dass die PID mittels der damals üblichen Methode der Blastomerbiopsie ohnehin von einem Klonverbot erfasst sei. Denn bei der Blastomerbiopsie wird dem Embryo eine totipotente Zelle entnommen, die sich zu einem Menschen entwickeln kann. Das heißt, es wird ein Klon erzeugt, was gem. §§ 6 Abs. 1, 8 Abs. 1 ESchG strafbar ist.³ Nachdem die Blastozystenbiopsie praktisch anwendbar geworden war, verabschiedete die Bundesärztekammer einen „Diskussionsentwurf zu einer Richtlinie zur Präimplantationsdiagnostik“ (2000), in dem sie diese Methode für zulässig hielt.⁴ Zwei Jahre später sprach sich der Deutsche Ärztetag allerdings mehrheitlich für ein generelles Verbot der PID aus.⁵ Jedoch klammert die aktuelle „(Muster)-Richtlinie zur assistierten Reproduktion“ der Bundesärztekammer die PID aus, weil sie in Deutschland nicht eingesetzt werde.⁶ Die FDP brachte zwei Gesetzesvorschläge zur Regelung der PID ein, um die unsichere Rechtslage zu klären, die jedoch abgelehnt wurden.⁷ Auch das am 1. Februar 2010 in Kraft getretene

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Tatjana Hörnle an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ S. zum Sachverhalt die erstinstanzliche Entscheidung des LG Berlin (ZfL 2009, 93 ff.). Zum Diagnoseverfahren s. *Middel*, Verfassungsrechtliche Fragen der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens (2005), S. 17 ff.

² Zum Ganzen *Jungfleisch*, Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts? (2005), S. 61 ff.; *Ruso/Thöni* MedR 2010, 74 ff.

³ Vgl. Kabinettsbericht, BT-Drs. 11/1856, S. 4 f., S. 8; zum Klonverbot *Günther*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser* (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz (2008), § 2 Rn. 55.

⁴ DÄBl. 2000, A-525 ff. (4.2. des Entwurfs).

⁵ Beschlussprotokoll des 105. Deutschen Ärztetages vom 28. bis 31. Mai 2002, Tagesordnungspunkt VI., zu finden unter: <http://www.baek.de/page.asp?his=0.2.23.2450.2536.2536.2548.2553> (abgerufen am 27. August 2010).

⁶ DÄBl. 2006, A-1392, A-1394 (1.7. der Richtlinie).

⁷ Gesetzesentwürfe vom 9. November 2001 (BT-Drs. 14/7415, S. 3 f.) und vom 25. Juni 2003 (BT-Drs. 15/1234, S. 3 f.).

Gendiagnostikgesetz gilt nicht für die PID.⁸ Im juristischen Schrifttum ist die Frage umstritten, ob die Blastozystenbiopsie nach geltendem Recht strafbar ist.⁹

3. Entscheidungsbesprechung im Einzelnen

Der BGH urteilte im Grundsatz überzeugend, dass die PID mittels Blastozystenbiopsie zur Feststellung von Erbgutveränderungen nicht strafbar ist. Die präimplantationsdiagnostische Untersuchung verstoße nicht gegen das Verbot missbräuchlicher Anwendung von Fortpflanzungstechniken gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, da der Arzt bei der Befruchtung die Primärabsicht der Schwangerschaftsherbeiführung habe und somit keine unzulässigen Ziele verfolge (II. 3.a.). Die Zellentnahme sei keine missbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen gem. § 2 Abs. 1 ESchG, weil Verwenden eng ausgelegt werden müsse und deshalb die Blastozystenbiopsie nicht erfasse (II. 3.b.). Das Absterbenlassen der Embryonen mit positivem Befund sei keine missbräuchliche Verwendung i.S.d. § 2 Abs. 1 ESchG durch Unterlassen (§ 13 Abs. 1 StGB), da dem Arzt die Erfolgsabwendung mangels Einpflanzungspflicht der Frau nicht möglich sei (II. 3.c.).

a) Keine missbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG durch die PID

Mangels unerlaubter Zwecksetzung bei der Befruchtung verstoße die PID nicht gegen das Verbot missbräuchlicher Anwendung von Fortpflanzungstechniken gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG (Rn. 30).¹⁰ Nach dieser Vorschrift ist strafbar, wer es unternimmt, eine Eizelle zu anderen Zwecken zu befruchten, als eine Schwangerschaft herbeizuführen. Entscheidend ist also, wie „zu anderen Zwecken befruchten, als eine Schwangerschaft herbeizuführen“ auszulegen ist. Hier stellt der Senat zunächst klar, dass mit der herrschenden Meinung Absicht im Sinne von *dolus directus* ersten Grades und nicht Wissentlichkeit zu verlangen ist (Rn. 15).¹¹ Dies setzt voraus, dass es dem Täter gerade auf den Erfolg ankommt, dessen Eintritt er aber nur für möglich halten muss.¹² Vorliegend müsse es dem Täter also bei der Befruchtung gerade darauf ankommen, einen anderen für möglich gehaltenen Zweck als die Schwangerschaft zu erreichen. Auf den ersten Blick ist dies ohne weiteres zu verneinen. Der Arzt

⁸ BT-Drs. 16/3233, S. 23 (Gesetzesbegründung zum Anwendungsbereich nach § 2 GenDG).

⁹ Für die Strafbarkeit de lege lata etwa *Beckmann* ZfL 2009, 125 ff.; *Fassbender* NJW 2001, 2745, 2748; *Middel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 38 ff.; *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem (2002), S. 118 ff.; *Renzikowski* NJW 2001, 2753, 2754 ff.; dagegen *Duttge* GA 2002, 241, 245 f.; *Frommel* Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2004, 104, 108; *Schneider*, Rechtliche Aspekte der Präimplantations- und Präfertilisationsdiagnostik (2002), S. 52 ff.; *Schroth* JZ 2002, 170, 173 ff.

¹⁰ Randnummernangaben ohne weitere Kennzeichnung beziehen sich auf diejenigen des besprochenen Urteils (BGH 5 StR 386/09).

¹¹ Vgl. *Günther*, a.a.O. (Fn. 3), Vor § 1 Rn. 38, § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rn. 18 m.w.N.

¹² *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke-Schröder* (Hrsg.), Kommentar zum StGB, 28. Aufl. (2010), § 15 Rn. 65 ff. m.w.N.

erzeugte sämtliche Embryonen, um sie seiner Patientin einzupflanzen und eine Schwangerschaft zu bewirken.

Er könnte aber aus zwei Gründen dennoch unerlaubte Zwecke verfolgt haben. Erstens muss geklärt, wie es zu bewerten ist, dass der Arzt bei der Befruchtung noch andere Motive hatte, insbesondere den Embryo zu untersuchen. Hier übernimmt der Senat überzeugend die Überlegungen zum Motivbündel (Rn. 21), denn ein einheitlicher Wille kann nicht gleichzeitig entgegengesetzte Absichten verfolgen.¹³ Es sei also dasjenige Motiv relevant, das bewusstseinsdominant sei. Dem Arzt komme es bei der Befruchtung vorrangig darauf an, eine Schwangerschaft herbeizuführen. Vor allem verfolge er nicht primär das Ziel, eine Untersuchung durchzuführen, denn nur zu Diagnosezwecken hätte er den Embryo nicht erzeugt.¹⁴ Gegen das Erfordernis der Schwangerschaft als *alleinigem* Zweck spreche zudem das teleologische Argument, dass ansonsten straflose In-vitro-Fertilisation faktisch ausgeschlossen wäre, da der Arzt stets andere Ziele mitverfolgen werde, wie etwa Geld zu verdienen oder Anerkennung bei seinen Kollegen zu erlangen (Rn. 20). Zweitens ist problematisch, dass der Arzt die Umsetzung seines Ziels noch davon abhängig macht, dass der Befund negativ ausfällt und die Patientin in die Einpflanzung einwilligt. Der Senat greift hier – ohne dies zu begründen – auf die Rechtsprechung zum Tatentschluss bei unsicherer Tatsachenlage zurück.¹⁵ Danach liegt Tatentschluss auch vor, wenn der Täter sich endgültig zur Tatausführung entschieden hat, seinen Handlungswillen aber vom Eintritt äußerer Bedingungen abhängig macht.¹⁶ Die Übertragung dieser Überlegung auf die Absicht kann damit begründet werden, dass der *Wille*, den Erfolg herbeizuführen, bei der Absicht wie beim Tatentschluss nicht dadurch beeinträchtigt wird, dass der Täter mögliche Hindernisse bei der *Umsetzung* seines Willens kennt. Insofern ist mit dem Senat festzustellen, dass der Arzt die Absicht hat, eine Schwangerschaft herbeizuführen, auch wenn deren Verwirklichung durch Befund und Einwilligung bedingt ist.¹⁷ Dieses Auslegungsergebnis sei systematisch damit zu untermauern, dass ein generelles Verbot der PID im Widerspruch zu § 218a Abs. 2 StGB stünde (Rn. 26), der einen Schwangerschaftsabbruch zulässt, wenn er medizinisch-sozial indiziert ist.¹⁸ Eine spätere Indikation nach einer Pränataldiagnose sei bei den durch die PID ermittelbaren

¹³ Vgl. dazu *Schroth* NStZ 2009, 233, 234.

¹⁴ A.A. die vorinstanzliche Entscheidung des KG MedR 2010, 36, 37; *Beckmann* ZfL 2009, 125, 127 ff.; *Böckenförde-Wunderlich*, a.a.O. (Fn. 9), S. 123 ff.

¹⁵ Und zwar mit Verweis auf BGHSt 12, 306, 309 f. (Rn. 15); ebenso *Günther*, a.a.O. (Fn. 3), § 1 Abs. 1 Nr. 2, Rn. 21; *Schneider* MedR 2000, 360, 362; *Schroth* NStZ 2009, 233, 234.

¹⁶ *Hillenkamp*, in: *Laufhütte/Rissig-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12. Aufl. (2007), § 22 Rn. 44 ff.

¹⁷ A.A. *Beckmann* MedR 2001, 169, 170; *Renzikowski* NJW 2001, 2753, 2756.

¹⁸ Zur medizinischen Indikation *Eser*, in: *Schönke-Schröder* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 12), § 218a Rn. 5 ff., 20 ff.; zum Wertungswiderspruch *Frommel* KJ 2000, 341, 344 ff.; *Kaiser*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), Einf. A Rn. 198; *Renzikowski* NJW 2001, 2753, 2757; *Schroth* NStZ 233, 235 f.

Krankheiten und den möglicherweise daraus folgenden Gesundheitsrisiken für die Frau naheliegend.

Kritisch ist anzumerken, dass der Senat in einem obiter dictum betont, es könne Alternativabsichten geben, die trotz Dominanz der Absicht, eine Schwangerschaft zu bewirken, zur Strafbarkeit führen könnten (Rn. 21). Dies sei der Fall bei Alternativzwecken, die den Grundgedanken des Embryonenschutzgesetzes entgegenstehen. Aus dem Folgenden lässt sich herauslesen, dass es ihm um Fälle der PID zur Auswahl von Embryonen mit bestimmten Merkmalen (z.B. Geschlecht, Immunitätsmuster) geht (Rn. 29). Dies ist dogmatisch nicht überzeugend. Stellt man zur Feststellung der unerlaubten Alternativabsicht darauf ab, welches Motiv bei der Befruchtung vorherrscht, gilt dies unabhängig von dem Inhalt der mitverfolgten Nebenzwecke. Hier schreckt der Senat vor den Konsequenzen seiner Entscheidung zurück. Es mag moralisch richtig sein, die PID auf genetische Erbkrankheiten und Anomalien zu beschränken. Jedoch bedarf es für ein strafrechtliches Verbot anderer Diagnosezwecke eines Gesetzes (siehe unten III.).

b) Keine missbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen gem. § 2 Abs. 1 ESchG durch die PID

Die Zellentnahme zur PID verstoße nicht gegen § 2 Abs. 1 ESchG, da der Embryo dadurch nicht missbräuchlich zu anderen Zwecken als seiner Erhaltung verwendet werde. Als Objekt der Verwendung kommt, wie der Senat zutreffend aufzeigt, allein der erzeugte Embryo in Betracht, da die entnommenen Zellen pluripotent und damit nach § 8 Abs. 1 ESchG keine Embryonen sind (Rn. 32). Im Ergebnis verneint der Senat ein Verwenden und stellt sich damit gegen die bis dato wohl überwiegende Ansicht¹⁹, das Verwenden müsse als Auffangtatbestand weit ausgelegt werden. Er definiert Verwenden als zielgerichtetes Gebrauchen des Embryos mit oder ohne Substanzeinwirkung (Rn. 33). Darunter falle zwar grundsätzlich auch das Abtrennen nur peripherer Zellen. Der weite Begriff des Verwendens müsse aber aufgrund des Übermaßverbots eng ausgelegt und um solche Handlungsweisen teleologisch reduziert werden, die nach den Grundgedanken des Embryonenschutzgesetzes nicht als missbräuchlich angesehen werden könnten (Rn. 36). Die Zellentnahme mit dem Ziel der präimplantationsdiagnostischen Untersuchung, um die Konfliktlage der Eltern und einen möglichen Schwangerschaftsabbruch nach pränataler Diagnose zu vermeiden, könne danach nicht als missbräuchlich gelten. Dafür spreche das historische Argument, dass der Gesetzgeber vor allem den Verbrauch von Embryonen zu Forschungszwecken und die Schädigung bei Untersuchungen habe verbieten wollen. Gegen die Verneinung der Tathandlung

¹⁹ *Beckmann* ZfL 2009, 125, 127; *Günther*, a.a.O. (Fn. 3), § 2 Rn. 30, Rn. 56; *Reiß*, *Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik*, 2006, S. 40 ff.; *Renzikowski* NJW 2001, 2753, 2756 f. Teils wird ein Verwenden angenommen, die Strafbarkeit aber mangels erhaltungsfremder Zwecke auf subjektiver Ebene (*Schneider* MedR 2000, 360, 364) oder wegen einer Rechtfertigung analog § 218 Abs. 2 StGB (*Frommel* *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie* 2004, 104, 109 Fn. 7; *Schroth* NStZ 2009, 233, 238) abgelehnt.

könnte man mit *Reinhard Merkel* einwenden, dass der Embryo sehr wohl verwendet werde, nämlich als physische Quelle der Analyse.²⁰ Ebenso wie man von einer Instrumentalisierung sprechen müsse, wenn ein Chirurg einer Frau heimlich eine Niere entferne, um sie zu spenden, gelte dies, wenn ein Reproduktionsmediziner einem Embryo eine Zelle abtrenne, um sie zu untersuchen. Letzterer isoliert die Zelle aber nicht etwa, um sie jemandem anzubieten, den Embryo also als Organquelle zu funktionalisieren, sondern um sie zu überprüfen. Die Ausführungen des Senats sind durch *Merkels* Einwand ohnehin nicht erschüttert, weil er klarstellt, dass die Zellentnahme zwar ein Verwenden sei, der Tatbestand aber teleologisch reduziert werden müsse.

Dafür spricht noch ein weiteres Argument, auf das der Senat nicht eingeht: das Bestimmtheitsgebot. Nach Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB muss die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt sein, bevor die Tat begangen wurde. Daraus folgt, dass das strafbare Verhalten und die Sanktion in der Strafvorschrift derart beschrieben sein müssen, dass der einzelne sein Handeln danach ausrichten und die konkreten Rechtsfolgen einer Normverletzung vorhersehen kann.²¹ Man kann hier schon das Analogieverbot (*lex stricta*) für einschlägig halten. Dieses verbietet es, eine Strafnorm über den durch Auslegung aufgefundenen Wortsinn hinaus zu Lasten des Täters auf ähnliche Sachverhalte anzuwenden.²² Verwenden bedeutet, für etwas benutzen. Es widerspricht dem Sprachgefühl, hier von Benutzen zu sprechen. Ebenso wenig wie man sagen kann, ein Arzt, der einem Kranken, Hautgewebe zu Diagnosezwecken entnimmt, *verwende* den Patienten, kann man sagen, der Reproduktionsmediziner verwende den Embryo, indem er ihm äußere Zellen abtrennt. Aber selbst wenn man mit *Merkels* Argumentation die Wortlautgrenze für nicht überschritten hält, ist das Bestimmtheitsgebot im Sinne der *lex-certa-Maxime* anwendbar. Danach sind weit gefasste Straftatbestände zwar zulässig, wenn die Vielgestaltigkeit der zu erfassenden Handlungsweisen dies erfordert. Jedoch dürfen Gerichte die Unsicherheit über den Anwendungsbereich nicht durch eine weite Auslegung vertiefen. Vielmehr ist es ihre Aufgabe, den Tatbestand klar zu konturieren.²³ Erforderlichenfalls muss die Bestimmtheit durch verfassungskonforme Auslegung erreicht werden. Wenn also eine Norm bei weiter Auslegung unbestimmt ist, ist die engere Auslegung von Verfassung wegen vorzuziehen.²⁴ Der Anwendungsbereich von § 2 Abs. 1 ESchG wäre aber ohne Einschränkungen völlig unvorhersehbar. Es wäre, wie der Senat bemerkt, sogar strafbar, den Embryo zu beobachten oder ihn unter dem Lichtmikroskop zu untersuchen (Rn. 33). Deshalb muss Verwenden auch im Lichte des Bestimmtheitsgebots eng ausgelegt werden.

²⁰ *Merkel* Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 3. August 2010, S. 30.

²¹ BVerfGE 71, 108, 114 ff.; 73, 206, 234 ff.; BVerfG HRRS 2010 Nr. 656, Rn. 68 ff.; *Dannecker*, in: Leipziger Kommentar, a.a.O. (Fn. 16), § 1 Rn. 179 m.w.N.

²² *Dannecker*, a.a.O. (Fn. 21), § 1 Rn. 238 m.w.N.

²³ BVerfG HRRS 2010 Nr. 656, Rn. 75, 80; *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 5 Rn. 75.

²⁴ *Roxin*, a.a.O. (Fn. 23), § 5 Rn. 77.

c) Keine missbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen gem. § 2 Abs. 1 ESchG durch das Absterbenlassen von Embryonen

Das Absterbenlassen der Embryonen mit positivem Befund sei mangels möglicher Erfolgsabwendung kein missbräuchliches Verwenden durch Unterlassen gem. § 2 Abs. 1 ESchG, § 13 Abs. 1 StGB (Rn. 37 f.). Der Senat betrachtet das Stehenlassen zu Recht als ein Unterlassen. Im Schwerpunkt vorwerfbar ist es, die Embryonen nicht weiter zu kultivieren. Daran ändere auch das anschließende „aktive“ Verwerfen nichts.²⁵ Die Voraussetzungen der Unterlassenstrafbarkeit lägen nicht vor. Die Verneinung der Garantenstellung des Arztes gegenüber den Embryonen ist meines Erachtens jedoch begründungsbedürftiger, als der Senat annimmt.²⁶ Der Arzt könnte Garant aus pflichtwidrigem, gefährdendem Vorverhalten (Ingerenz), faktischer Übernahme oder Gesetz sein.²⁷ Gegen eine Pflicht aus Ingerenz spricht aber, dass das vorausgehende Tun nicht pflichtwidrig ist, weil künstliche Befruchtung und präimplantationsdiagnostische Untersuchung erlaubt sind.²⁸ Auch eine faktische Übernahme scheidet aus. Sie liegt vor, wenn und soweit der Täter tatsächlich Schutzpflichten übernimmt, wofür auch vertragliche Zusagen Anhaltspunkt sein können. Nach der vertraglichen Vereinbarung endet die Pflicht, die Embryonen zu erhalten, aber dann, wenn die Frau sich gegen eine Implantation entschieden hat.²⁹ Eine gesetzliche Pflicht scheidet aus, weil das Embryonenschutzgesetz keineswegs einen umfassenden Schutz von Embryonen vorschreibt, wie etwa das Verbot zeigt, einen geklonten Embryo auf eine Frau zu übertragen (§ 6 Abs. 2 ESchG). Das entscheidende Argument gegen die Strafbarkeit ist hier jedoch, wie der Senat überzeugend darlegt, dass die Erfolgsabwendung dem Arzt weder zumutbar noch möglich ist (Rn. 38). Er darf die Embryonen seinen Patientinnen nicht gegen ihren Willen einpflanzen. Dies wäre strafbar gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 ESchG und gem. § 223 StGB. Ein dauerndes Einfrieren

²⁵ Hier verweist der entscheidende 5. Strafsenat auf *Schroth*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010, S. 553, der eine Parallele zur bisherigen Sterbehilfe-Rechtsprechung zieht: Dort werden Abbruch und Nichtaufnahme einer Behandlung wertungsmäßig gleichgestellt. Dies müsse auch für das Wegschütten und Stehenlassen gelten. Für die Straflosigkeit der Sterbehilfe kommt es jedoch nach dem 2. Strafsenat (Urt. v. 25. Juni 2010, 2 StR 454/09 – juris) nun nicht mehr darauf an, ob die Tathandlung ein Unterlassen ist. Dies war Ursache für die Konstruktion der Gleichstellung. Vielmehr sei entscheidend, dass die Handlung nach bestimmten Kriterien gerechtfertigt sei.

²⁶ Der Senat hält das Bestehen einer Garantenstellung für „äußerst zweifelhaft“ (Rn. 38).

²⁷ Zum Ganzen *Schroth*, a.a.O. (Fn. 25), S. 553 f.; vgl. auch *Schneider* MedR 2000, 360, 363.

²⁸ A.A. *Reiß*, a.a.O. (Fn. 19), S. 47, ohne allerdings die Pflichtwidrigkeit zu begründen.

²⁹ A.A. *Reiß*, a.a.O. (Fn. 19), S. 45 ff. mit dem Argument der vertraglichen Schutzpflicht gegenüber Dritten. Eine zivilrechtliche Schutzpflicht, etwa ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, scheidet schon deshalb aus, weil der Embryo keine Person i.S.d. BGB ist (§ 1 BGB).

(Kryokonservierung) wäre zwar denkbar, aber widersinnig, wenn keinerlei Chance auf Übertragung besteht.³⁰

III. Die Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik de lege lata als rechtsstaatliches Problem

Die Entscheidung des BGH ist vor allem aus verfassungsrechtlicher Sicht zu befürworten. Wie der Senat zu Recht anmerkt: Der Gesetzgeber sollte tätig werden (Rn. 29). Dafür sprechen drei rechtsstaatliche Gründe: das Bestimmtheitsgebot, die allgemeine Handlungsfreiheit und das Demokratieprinzip.

Erstens liegt den Ausführungen zum Bestimmtheitsgebot ein allgemeines Problem zugrunde: Wie hat der Rechtsanwender zu verfahren, wenn technische Entwicklungen Strafnormen überholen? Zur Zeit der Verabschiedung des Embryonenschutzgesetzes war PID praktisch nur mittels Blastomerbiopsie an totipotenten Zellen möglich. Insofern ging der Gesetzgeber zutreffend davon aus, dass PID durch das Klonverbot gem. §§ 6 Abs. 1, 8 Abs. 1 ESchG erfasst sei. Mit der hier angewandten Blastozystenbiopsie befasste er sich nicht. Auch als sich deren praktische Anwendbarkeit abzeichnete, wurde der Gesetzgeber nicht tätig. Gesetzesvorschläge zu deren Zulassung der FDP wurden abgelehnt; allerdings wurde auch kein explizites Verbot erlassen. Das Embryonenschutzgesetz verbietet einige Handlungsweisen, wie die Ersatzmutterchaft, den Handel mit Embryonen, die Chimärenbildung und das Klonen. Zur PID mittels Blastozystenbiopsie schweigt das Gesetz. Wenn aber ein Gesetz ein bestimmtes Verhalten nicht behandelt und es also nicht ausdrücklich und für den Bürger vorhersehbar für strafbar erklärt, darf dieses Verhalten nach dem Bestimmtheitsgebot nicht strafbar sein. Dieses Prinzip garantiert die Freiheit des Einzelnen, indem es gebietet, dass der Bürger wissen können muss, welches Verhalten verboten ist – dazu sogleich nochmals aus der Perspektive der Handlungsfreiheit. Das Bestimmtheitsgebot soll außerdem Rechtssicherheit schaffen, willkürliche Bestrafung verhindern und den Gesetzgeber zwingen, sich im Vorhinein für oder gegen das Verbot einer Handlungsweise zu entscheiden.³¹ Tut er dies nicht, ist jedes Verhalten prima facie straflos. Das hat das Reichsgericht bereits in den 1890er Jahren richtig entschieden, als es feststellte, dass unbefugte Stromentnahme mangels Sacheigenschaft des Stroms kein Diebstahl gem. § 242 StGB und damit straflos sei.³² Der Gesetzgeber konnte dem nur dadurch abhelfen, dass er eine neue Stromdiebstahlsnorm schuf (§ 248c StGB). In der Begründung des Reichsgerichts heißt es: „Der ... in den Rücksichten auf Rechtssicherheit und persönliche Freiheit begründete Satz nulla poena sine lege bildet für den

[Straf-]Richter eine streng zu wahrende Schranke, über welche ihn auch das Bestreben einem sittlichen Rechtsgeföhle ... [bzw. dem] Schutz gegen Beeinträchtigung von Rechtsgütern gerecht zu werden, nicht hinweggetragen werden darf.“³³ Das war damals so richtig wie heute.

Zweitens ist die strafrechtliche Sanktionierung eines Verhaltens ein direkter staatlicher Eingriff in die Freiheitsrechte der Betroffenen.³⁴ Diese Entscheidung muss der Gesetzgeber bewusst treffen, weil in einer freiheitlichen Demokratie zunächst einmal jeder tun und lassen können soll, was er will, wie es in Art. 2 Abs. 1 GG normiert ist. Unter diese Freiheit fällt auch die Freiheit der Eltern, PID anzuwenden. Das Verbot der PID ist ein direkter staatlicher Freiheitseingriff. Genauer: Es ist ein Eingriff in das Elternrecht, über die Art und Weise der Kinderwunschverwirklichung zu entscheiden (Art. 6 i.V.m. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG), und in das informationelle Selbstbestimmungsrecht auf Wissen über Daten, die die eigene Lebensgestaltung und die Gesundheit betreffen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG). Dieser kann nur durch ein verhältnismäßiges Gesetz gerechtfertigt sein. Im Rahmen der Abwägung steht dabei auf der einen Seite die Freiheit der Eltern. Auf der anderen Seite steht kein staatlicher Eingriff in ein Grundrecht. Vielmehr ist das mögliche Lebensrecht des Embryos (Art. 2 Abs. 1 GG)³⁵ nur durch das Handeln Privater betroffen. Auf der anderen Seite der Verhältnismäßigkeitsabwägung steht demnach allenfalls eine staatliche Pflicht zum Schutz³⁶ des Embryos vor den privaten Handlungsweisen. Dies ist aber qualitativ etwas anderes als ein direkter staatlicher Freiheitseingriff. Ein Überwiegen der Schutzpflicht ge-

³³ RGSt 32, 165, 186.

³⁴ Zum Ganzen *Hufen MedR* 2001, 440, 442 ff.; *Enders Jura* 2003, 666, 669 ff.

³⁵ Hier ist nicht der Raum, um die schwierige Frage zu entscheiden, ob der Embryo in vitro ein Recht auf Leben hat (dafür *Hans Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, 11. Aufl. [2008], Art. 2 Rn. 61 m.w.N.; dagegen *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, Art. 2 Abs. 2 Rn. 24 ff. [43. Lfg. Februar 2003]; *Merkel*, in: Klein/Menke [Hrsg.], Menschenrechte und Bioethik, 2004, S. 111, S. 128 ff.). Dies gilt auch hinsichtlich der Menschenwürde des Embryos in vitro. Hier geht es erstens um die Frage, ob der Embryo überhaupt Würdeträger ist (dafür *Hans Hofmann*, a.a.O., Art. 1 Rn. 11 f. m.w.N.; dagegen *Hasso Hofmann AöR* 118 [1993], 353, 376; vermittelnd *Hörnle ARSP* 89 [2003], 318, 330 ff.; für ein anwachsendes Recht *Dreier ZRP* 2002, 377 ff.; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig [Hrsg.], a.a.O., Art. 1 Rn. 69 f. [55. Lfg. Mai 2009]). Davon zu trennen ist zweitens, ob die PID eine Würdeverletzung ist (dafür *Böckenförde-Wunderlich*, a.a.O. [Fn. 9], S. 205 ff.; *Hartelb*, Grundrechtsschutz in der Petrischale [2006], S. 227 f.; *Lehmann*, Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen [2007], S. 93 ff.; dagegen *Di Fabio*, a.a.O., Rn. 31; *Giwer*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik [2001], S. 134 ff.; *Hufen MedR* 2001, 440, 446). Und drittens ist auch hier zu bedenken, dass aus einer möglichen Würdeverletzung durch Private nur eine *Schutzpflicht* des Staates folgt, die trotz der Abwägungsfestigkeit der Menschenwürde in Einklang mit der durch ein PID-Verbot ebenfalls betroffenen Würde der Frau zu bringen ist.

³⁶ Zu grundrechtlichen Schutzpflichten klassisch *BVerfGE* 7, 198, 204 f.; speziell gegenüber dem werdenden Leben *BVerfGE* 39, 1, 41; zum Ganzen *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., 2009, Vor Art. 1 Rn. 35.

³⁰ Zumeist wird zur Verneinung der Unterlassensstrafbarkeit darauf abgestellt, dass das Wegschütten einem aktiven missbräuchlichen Verwenden nicht entspricht, § 13 Abs. 1 StGB a.E. (*Günther*, a.a.O. [Fn. 3], § 2 Rn. 36; *Schroth*, a.a.O. [Fn. 25], S. 552).

³¹ Vgl. *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 2003, § 1 Rn. 2.

³² RGSt 29, 111, 112 ff.; 32, 165, 178 ff.; anders allerdings die Forstdiebstahlsentscheidung (BGHSt 10, 375 f.), die jedoch größtenteils als verbotene Analogie kritisiert wird.

genüber der Handlungsfreiheit der Eltern ist demnach schwer zu begründen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die PID der Entscheidung, den Embryo zu verwerfen, vorgeschaltet ist, d.h. selbst noch nicht in sein mögliches Lebensrecht eingreift.³⁷ Sollte man dennoch zu einem Überwiegen gelangen, ist zusätzlich zu bedenken, dass der Staat einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Ausfüllung von Schutzpflichten hat, die zudem verhältnismäßig sein muss. Er muss seinen Schutzpflichten also nicht notwendig mit einem strafrechtlich sanktionierten Verbot der PID nachkommen.³⁸ Ebenso möglich wäre eine zivil- oder verwaltungsrechtliche Lösung oder aber ein ähnlicher Weg, wie ihn die §§ 218 ff. StGB gegangen sind. So könnte man überlegen, die PID nur für erblich schwer vorbelastete Paare mit Kinderwunsch zuzulassen und die Untersuchung auf die jeweiligen Erbkrankheiten des Paares sowie auf Chromosomenstörungen, die die Entwicklungsfähigkeit des Embryos beeinträchtigen, zu beschränken.

Drittens geht es bei der PID um so wichtige Fragen, dass diese nicht von einzelnen Richtern, sondern vom Volk bzw. seinen Vertretern entschieden werden sollten. Dies folgt aus dem Demokratieprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG und dem vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Wesentlichkeitsgrundsatz (Parlamentsvorbehalt).³⁹ Die Wesentlichkeit ergibt sich einerseits daraus, dass ein Verhalten bei Freiheitsstrafe verboten werden soll.⁴⁰ Andererseits müssen viele widerstreitende und größtenteils grundrechtlich verankerte Interessen miteinander in Ausgleich gebracht werden. Man denke nur an das mögliche Lebensrecht der verworfenen Embryonen, die Rechte auf Gesundheit und Fortpflanzungsfreiheit der betroffenen Frau, aber auch an die Berufsfreiheit des untersuchenden Arztes.⁴¹ Außerdem ist die Zulassung oder Nicht-Zulassung der PID auch eine moralische Entscheidung darüber, wie weit in unserer Gesellschaft der Le-

bensschutz einerseits und die Selbstbestimmung andererseits reichen sollen.⁴² Hierher gehören die gewichtigen Argumente gegen die PID, insbesondere dass sie zur Auswahl von Kindern mit bestimmten genetischen Merkmalen verlocken und die gesellschaftliche Akzeptanz von Behinderten beeinflussen kann.⁴³ Eine zufriedenstellende Regelung kann nur in einem offenen gesellschaftlichen Diskurs gefunden werden. Ein solcher kann nicht in einer nur wenigen zugänglichen Gerichtsverhandlung, sondern muss von der Öffentlichkeit im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens geführt werden. Ergebnis kann meines Erachtens angesichts der komplizierten Interessenlage weder ein generelles Verbot noch eine vollständige Erlaubnis sein. Denkbar wäre es etwa, die PID nur bei einer medizinisch-sozialen Indikation entsprechend § 218a Abs. 2 StGB zu billigen.⁴⁴ Für das Verfahren bedürfte es konkreter Vorgaben, die Gerichte so nicht entwickeln können. Diese könnten vorsehen, dass die PID nur gestattet ist, wenn die genetische Vorbelastung gutachterlich festgestellt wird, sich das Paar unabhängig beraten lässt, eine Indikation vorliegt und eine Ethikkommission zustimmt.

IV. Fazit

Auch diejenigen, die die PID für unzulässig halten, müssen sich an den wichtigen Grundsatz halten, dass strafbar nur ist, was gesetzlich und ausdrücklich untersagt ist. Dies gilt in einer freiheitlichen Demokratie auch dann, wenn gute moralische Gründe oder gar grundrechtliche Schutzpflichten für ein Verbot sprechen. Darüber hinaus sind einseitige Lösungen bei komplizierten Interessenlagen selten überzeugend. Ein Interessenausgleich scheint eher bei einer differenzierten Regelung möglich. Deshalb ist es zu befürworten, die PID unter eng begrenzten Voraussetzungen für Paare mit genetischem Risiko und bei medizinisch-sozialer Indikation zuzulassen. In diese Richtung weist das Urteil. Eine umfassende Regelung kann aber nur der Gesetzgeber treffen.

³⁷ Dazu Hörnle GA 2002, 659, 661 ff.; a.A. wegen des „Verwerfungsautomatismus“ Beitz, Zur Reformbedürftigkeit des Embryonenschutzgesetzes (2008), S. 165 f. m.w.N.

³⁸ Zu alternativen Modellen im Ausland Jungfleisch, a.a.O. (Fn. 2), S. 139 ff.

³⁹ BVerfGE 40, 237, 249 f.; 49, 89, 126 f.; 98, 218, 251 f.; 101, 1, 34; BVerfG NVwZ 2008, 547, 548 f.; Sachs, a.a.O. (Fn. 36), Art. 20 Rn. 117.

⁴⁰ Vgl. jüngst BVerfG HRRS 2010 Nr. 656, Rn. 71.

⁴¹ Dazu Böckenförde-Wunderlich, a.a.O. (Fn. 9), S. 210 ff.; Duttge GA 2002, 259, 254 ff.; Hufen MedR 2001, 440, 442 ff.

⁴² Dazu Hoerster, Ethik des Embryonenschutzes, 2002, S. 109 ff.

⁴³ Dazu Böckenförde-Wunderlich, a.a.O. (Fn. 9), S. 11 ff. m.w.N.; Herzog ZRP 2001, 393, 395.

⁴⁴ Vgl. hierzu und zum Folgenden Ruso/Thöni MedR 2010, 74, 77.

Eine Zellentnahme ohne Berührung – Zutreffendes und Widersprüchliches in der Entscheidung des BGH zur Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik

Anmerkung zu BGH 5 StR 386/09, Urteil vom 6. Juli 2010 = HRRS 2010 Nr. 774

Von Wiss. Mit. Dr. Marc Reiß, Frankfurt am Main

I. Einleitung

Der Beitrag setzt sich kritisch mit dem Urteil des BGH¹ zur strafrechtlichen Bewertung der Präimplantationsdiagnostik (PID) auseinander. Die Entscheidung, die eine Strafbarkeit in bestimmten Fallkonstellationen ablehnt, folgt dogmatisch gesehen überwiegend bekannten Argumentationsmustern. Zwar ist sie aus Sicht der Betroffenen als wichtiges positives Signal zu begrüßen, weist aber auch einige Widersprüche auf, die nicht zuletzt auf einer Fehlinterpretation des Willens des historischen Gesetzgebers fußen. Im Folgenden soll zunächst die Argumentation des BGH zur strafrechtlichen Einordnung von §§ 1 Abs. 1 Nr. 2 und 2 Abs. 1 ESchG nachgezeichnet und kritisch beleuchtet werden, schließlich folgt ein knapper Ausblick darauf, welche Schlüsse der Gesetzgeber aus der Entscheidung ziehen darf, soll und muss.

II. Zentrale strafrechtliche Fragen

Dogmatisch kreist die Frage der Strafbarkeit der PID um zwei Normen des ESchG, §§ 1 Abs. 1 Nr. 2 und § 2 Abs. 1, und dort um zwei Tatbestandsmerkmale. In § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ist die Formulierung "zu einem anderen Zweck, als eine Schwangerschaft herbeizuführen" auszuulegen, in § 2 Abs. 1 ESchG das "Verwenden zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck". Wie diese Merkmale zu definieren sind, ist in der Literatur schon seit Jahren umstritten², entsprechend widmet sich der dritte Strafsenat ausführlich der Auslegung beider Merkmale, deren Anwendung er in den folgenden Sachverhaltskonstellationen ablehnt: Ein Fortpflanzungsmediziner hatte in drei Fällen sog. Blastozystenbiopsien durchgeführt, also Diagnosen an

pluripotenten Zellen in vitro befruchteter Embryos, nach denen jeweils genetisch schwer geschädigte Embryonen verworfen und genetisch unauffällige eingepflanzt wurden. Untersucht wurden je Patientin drei Embryonen, von denen bei den ersten beiden Patientinnen nur ein Embryo, bei der letzten Patientin zwei Embryonen verpflanzt wurden.

III. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG

Entscheidend ist für die Frage, ob ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG vorliegt, wie die unterschiedlichen Motive des behandelnden Arztes nach der strafrechtlichen Vorsatzlehre einzuordnen sind. Es kann als nahezu unumstritten angesehen werden, dass das *endgültige* Ziel einer PID die Herbeiführung einer Schwangerschaft der Patientin ist, jedoch stets unter der Prämisse, dass nur genetisch unauffällige Embryonen transferiert werden sollen.³ Die rechtliche Einordnung dieser Prämisse ist umstritten, was unter anderem mit einer dogmatischen Besonderheit von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG zusammenhängt: nach ihrem Wortlaut stellt die Norm nicht einen bestimmten Vorsatz unter Strafe, sondern lässt umgekehrt die Strafbarkeit *entfallen*, wenn der Täter mit einer bestimmten Absicht handelt – und nur dann.⁴

³ Auch wer meint, der Arzt beabsichtige bei der Befruchtung ausschließlich die Qualitätskontrolle des Embryos, wird dem nicht schlüssig widersprechen können – so aber ohne Ausführungen zum strafrechtlichen Vorsatz *Laufs*, Handbuch des Arztrechts 4. Auflage (2010), § 129 Rn. 38.

⁴ So ausdrücklich nur *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo (2002), S. 25 in Fn. 20; *Reiß*, Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik – Unter besonderer Berücksichtigung der Rechte der von einem Verbot betroffenen Paare (2006), S. 35 f.; ebenso *Schroth* NSTZ 2009, 233 f., der zudem von einem negativen Tatbestandsmerkmal ausgeht.

¹ BGH 5 StR 386/09, Urteil vom 6. Juli 2010 = HRRS 2010 Nr. 774.

² Vgl. etwa schon *Beckmann* ZfL 1999, 65; *Schneider* MedR 2000, 360; *Renzikowski* NJW 2001, 2753, *Schroth* JZ 2002, 170.

1. Motive des behandelnden Arztes bei einer PID

Nach Ansicht des BGH führe eine strikte Auslegung der Norm nach dem Wortlaut zu absurden Ergebnissen, weil davon auch die Absicht des Arztes zur Gewinnerzielung oder Erlangung beruflicher Anerkennung erfasst wäre, und das sogar dann, wenn keine PID, sondern lediglich eine reguläre künstliche Befruchtung durchgeführt würde.⁵ Da der Arzt bei der Befruchtung den Entschluss gefasst habe, die Eizelle auch zu verpflanzen und die genetische Untersuchung nicht eigentlicher Zweck der Behandlung sei, stelle der mögliche negative Befund und das daraus resultierende Verwerfen lediglich eine objektive Bedingung des Vorsatzes dar. Die Absicht im strafrechtlichen Sinne sei aber gerade nicht bedingungsfeindlich, der strafbefreiende Vorsatz liege daher vor. Diese Ausführungen vermögen aus strafrechtsdogmatischer Sicht zu überzeugen und folgen einer in der Literatur zur PID schon länger vertretenen und überwiegenden Auffassung,⁶ die sich an der Figur des Handelns unter einer objektiven Bedingung orientiert und diese Grundsätze, die auch zur Bestimmung des Tatentschlusses herangezogen werden,⁷ bei der PID angewendet sehen möchte.

2. Historische Auslegung von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG

Der BGH erachtet seine Auslegung von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG aber auch für historisch begründet. So habe der Gesetzgeber bei Erlass des ESchG schlichtweg die Möglichkeit einer PID mittels einer Blastozystenbiopsie nicht vor Augen gehabt. Hätte er diese Diagnoseform schon gekannt, die nur an pluripotenter Zellen vorgenommen werde, so hätte er sie auch als zulässige Ausnahmen normiert, das ergäbe sich schon aus § 3 S. 2 ESchG, ebenso aber aus der Schutzrichtung des ESchG, das vorrangig totipotente Zellen schütze, ansonsten jedoch keinen unbedingten Lebensschutz des Embryos gewährleiste. Zudem wolle § 1 ESchG § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG (nur) verbrauchende Embryonenforschung und gespaltene Mutterschaft unter Strafe stellen. Dass der Gesetzgeber tatsächlich bei der PID nur die Untersuchung von totipotenten Zellen vor Augen hatte, nicht jedoch eine solche pluripotenter, lässt sich kaum anzweifeln: Weder

⁵ Zu diesem keineswegs neuen Argument vgl. etwa Renzikowski NJW 2001, 2753, 2755; Reiß, Rechtliche Aspekte der PID (Fn. 4), S. 38.

⁶ Erlinger, in: Dierks/Wienke/Eisenmenger (Hrsg.), Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik (2006), S. 70 f.; Reiß, Rechtliche Aspekte der PID (Fn. 4), S. 39; Schneider Rechtliche Aspekte der Präimplantations- und Präfertilisationsdiagnostik (2002), S. 56; Schroth JZ 2002, 170, 174; ders. NSz 2009, 233, 234 f.; a.A. Beckmann ZfL 2009, 125, 128; Renzikowski NJW 2001, 2753, 2756; im Ergebnis so auch Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem (2002), S. 129 f.; Middell Verfassungsrechtliche Fragen der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens (2006), S. 39 geht von einer objektiven Bedingung aus, kommt über eine teleologische Auslegung dann aber zur Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG.

⁷ Vgl. nur Eser, in: Schöneke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 22 Rn. 18 f. m.w.N.

in der Gesetzesbegründung zum ESchG,⁸ noch im Kabinettsbericht zur künstlichen Befruchtung beim Menschen⁹ findet sich ein Hinweis darauf, dass auch die Möglichkeit einer Diagnose an nur pluripotenten Zellen in Erwägung gezogen wurde. Dies lässt sich auch vor dem Hintergrund des damaligen Standes der Embryonalforschung plausibel erklären. So ging der historische Gesetzgeber noch davon aus, dass die Totipotenz bis etwa zum Achtzellstadium bei allen Zellen des Embryos bestehe,¹⁰ wohingegen heute bekannt ist, dass die einzelnen Zellen in einem fließenden Übergang ihre Totipotenz verlieren, was bei einigen jedoch bis nach dem 10-Zellstadium dauern könne.¹¹ Auch war 1990 noch nicht bekannt, wie viele Tage nach der Befruchtung eine Einpflanzung des Embryos die besten Aussichten auf eine erfolgreiche Schwangerschaft bieten würde; tatsächlich wurde die PID zunächst nur an totipotenten Embryonen bis zum Acht-Zellstadium durchgeführt.¹² An die in der Entscheidung des BGH in Rede stehenden Blastozystenbiopsie war zu diesem Zeitpunkt noch nicht zu denken, da man davon ausging, dass die Zellen der Blastozyste nicht ohne eine Beschädigung des Embryos entnommen werden könnten.¹³ Allerdings ist damit noch nicht belegt, dass der Gesetzgeber die Blastozystenbiopsie auch erlaubt hätte, wäre sie ihm bekannt gewesen.

3. § 3 S. 2 ESchG als gesetzgeberische Wertung

Dieser Schluss ergibt sich entgegen der Argumentation des BGH auch nicht aus § 3 S. 2 ESchG. Die Vorschrift erlaubt zwar vor der künstlichen Befruchtung eine Auswahl der Samenzellen nach dem Geschlecht vorzunehmen, wenn das Kind so vor einer schwerwiegenden geschlechtsgebundenen Erbkrankheit geschützt werden kann. Insofern kann § 3 S. 2 ESchG jedoch höchstens als Beleg dafür dienen, dass der Gesetzgeber eine Selektion nach bestimmten Merkmalen nicht ausnahmslos verbieten wollte – dass dies aber auch bei Embryonen der Fall sein soll, bliebe noch zu beweisen und erscheint mehr als fraglich: § 3 S. 2 ESchG zielt hinsichtlich sowohl der zu verwerfenden Samenzellen, als auch der gezielten Auswahl des Geschlechts auf Zellmaterial vor Entstehung eines Embryos ab. Anders als bei der Auswahl und Vernichtung von Samenzellen besteht bei der Blastozystenbiopsie aber die wenigstens abstrakte Gefahr der Schädigung des Embryos durch den Eingriff, und auch vor solchen Gefahren sollte der Embryo durch das ESchG geschützt werden.¹⁴ Darüber hinaus wird bei der PID zwar auch „nur“ Zellmaterial entnommen, zu diesem Zeitpunkt ist dieses aber schon Bestandteil eines sich entwickelnden Embryos, was einen gravierenden qualitativen Unterschied dieser Zellentnahme, vor allem aber der

⁸ BT-Drs. 11/5460.

⁹ BT-Drs. 11/1856.

¹⁰ BT-Drs. 11/1856, S. 4.

¹¹ Vgl. Kollek, Präimplantationsdiagnostik 2. Auflage (2002), S. 65 ff. m.w.N.

¹² Kollek, Präimplantationsdiagnostik (Fn. 11), S. 39 f. m.w.N.

¹³ Vgl. dazu etwa noch die Ausführungen von Kollek, Präimplantationsdiagnostik 1. Auflage (2000), S. 43 ff., wonach begründete Zweifel gegen eine Etablierung dieser Methode bestünden.

¹⁴ BT-Drucks. 11/05460, S. 12.

dafür verwendeten Quelle darstellt. Einer Samenzelle kommt gerade nicht der umfangreiche Schutz zu, den der Embryo genießt.

4. Tatsächliche Beweggründe des Gesetzgebers

Letzten Endes sind jegliche Mutmaßungen darüber müßig, wie der historische Gesetzgeber gehandelt hätte, wenn ihm die Blastozystenbiopsie schon bekannt gewesen wäre. Jedenfalls für § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ist der Rekurs auf einen solchen *fiktiven* Willen des (historischen) Gesetzgebers auch unnötig. Denn in der Gesetzesbegründung sind ausdrücklich, vor allem aber abschließend die Gründe benannt, die den Gesetzgeber zu seiner Formulierung bewogen haben: erstens wollte er die Erzeugung von Embryonen zur Forschung oder anderen Zwecken verhindern, bei denen die Herbeiführung einer Schwangerschaft „überhaupt nicht“ beabsichtigt, also in jedem Fall ausgeschlossen war,¹⁵ zweitens die negativen Folgen einer gespaltenen Mutterschaft abwenden.¹⁶ Zwar nennt die Gesetzesbegründung ausdrücklich das Problem einer Forschung an überzähligen Embryonen, ebenso wie die Möglichkeit, Zellen des Embryos zu Diagnosezwecken abzuspalten – beide Konstellationen werden jedoch nicht bei § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG genannt, sondern erst bei § 2 Abs. 1¹⁷ und § 6 Abs. 1 ESchG.¹⁸ Das Ergebnis einer historischen Auslegung des Willens des Gesetzgebers kann also höchstens sein, dass er jedenfalls in § 1 Abs. 1 Nr. 2 gar keine Regelung zur PID treffen wollte, sei sie nun auf totipotente oder pluripotente Zellen gerichtet.

5. Teleologische Auslegung von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG

Zutreffend ist daher alleine der Rückgriff des BGH auf das teleologische Argument des Schutzzwecks der Norm, der hier nur im Verbot (verbrauchender) Forschung und gespaltenen Mutterschaft zu sehen sein kann. Denn es ist nicht Ziel von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, die Verpflanzung eines jeden befruchteten Embryos sicherzustellen.¹⁹ Wäre dies der Fall, bestünde ein Wertungswiderspruch zum Schutz von befruchteten Embryonen im Mutterleib, denn der Gesetzgeber stellt den Einsatz von Nidationshemmern nicht unter Strafe.²⁰ Anders als teil-

weise vorgebracht²¹ hat dies auch keine rein beweisrechtlichen Gründe, denn die Schwierigkeiten der Beweisführung ließen sich ganz einfach durch ein grundsätzliches Verbot von Nidationshemmern umgehen – doch weder die „Pille danach“ noch das Intrauterinpressar sind gesetzlich verboten. Auch aus der Exponiertheit des Embryos *in vitro* kann sich nichts anderes ergeben: Zwar sind Manipulationen am Embryo außerhalb des Mutterleibes sehr viel leichter möglich, dies hat jedoch auf die Frage der Verpflanzung bzw. Einnistung keinerlei Auswirkungen: entweder seine Einpflanzung wird vorgenommen, oder sie wird es nicht, es gibt hier keine graduellen Abstufungen. Der Embryo *in vivo* ist vor dem Einsatz von Nidationshemmern ebenso wenig geschützt, wie der *in vitro* vor einer Nichtverpflanzung. Auch kann der Einwand nicht greifen, dass das Bestehen eines Wertungswiderspruchs noch nichts darüber sage, in welche Richtung er aufzulösen sei.²² Diese Ansicht verkennt, dass der Gesetzgeber seine Wertung mit dem Verzicht auf ein Verbot von Nidationshemmern schon getroffen hat, im Wege eines beredten Schweigens.

IV. § 2 Abs. 1 ESchG

Nach Ansicht des BGH soll in den genannten Fällen auch § 2 Abs. 1 ESchG nicht vorliegen, es fehle an dem Merkmal des Verwendens. Dies gelte sowohl hinsichtlich eines aktiven Tuns, indem der Arzt Zellen des Embryos abspalte, als auch hinsichtlich eines möglichen Unterlassens, indem der Arzt die geschädigten Embryonen stehen lasse. Tatsächlicher Anknüpfungspunkt des Merkmals „Verwenden“ sei beim aktiven Tun die Zellentnahme pluripotenter Zellen, die aber gerade keine Verwendung des Embryos darstelle, sondern lediglich eine vom ESchG nicht verbotene Verwendung der abgespaltenen Zellen selbst. Rechtlich sei ein „Verwenden“ als zielgerichtetes Gebrauchen zu verstehen.²³ Die teilweise in der Literatur vertretene Auffassung, die Zellentnahme stelle schon nach der *sprachlichen* Bedeutung keine Verwendung des Embryos dar,²⁴ erscheint bei näherer Betrachtung geradezu absurd. Durch die Abspaltung von pluripotenten Zellen des Embryos wird er als Spender für Zellmaterial im wahrsten Sinne des Wortes gebraucht, mit dem Zweck, eine Untersuchung seiner genetischen Beschaffenheit durchzuführen; die sprachliche Definition des Begriffs ist insofern nicht enger als die juristische. Dem steht nicht entgegen, dass Konstellationen denkbar sind, bei denen man aus *stilistischen* Gründen auf den Ausdruck verzichtet, obwohl er *inhaltlich* zuträfe.

Da die (juristische) Definition eine zu breite Palette von Handlungsalternativen umfasse, müsse sie nach Ansicht des BGH eingeschränkt werden. Eine solche Einschränkung lasse sich nicht alleine anhand des in der Norm genannten Alternativzwecks „nicht der Erhaltung die-

¹⁵ BT-Drucks. 11/05460, S. 8 – die dortige Formulierung „wenn deren Transfer (...) von vorneherein ausgeschlossen oder überhaupt nicht beabsichtigt ist“ entspricht dem gesetzlichen Merkmal „zu einem anderen Zweck“, auf das sich der oben (Fn. 6) nachgewiesene Streitstand bezieht.

¹⁶ BT-Drucks. 11/05460, S. 7.

¹⁷ BT-Drucks. 11/05460, S. 10.

¹⁸ BT-Drucks. 11/05460, S. 11 f.

¹⁹ Duttge GA 2002, 241, 247 f.; Gwiler, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik (2001), S. 37; Reiß, Rechtliche Aspekte der PID (Fn. 4), S. 37; Schneider, Rechtliche Aspekte der PID (Fn. 6), S. 59; ähnlich Schroth NStZ 2009, 233, 238.

²⁰ Merkel, Forschungsobjekt Embryo (2002), S. 61 f.; Reiß, Rechtliche Aspekte der PID (Fn. 4), S. 37; Schroth JZ 2002, 170, 173; ders. NStZ 2009, 233, 235 f.

²¹ Beckmann ZfL 2009, 125, 131 in Fn. 64.

²² So aber Beckmann ZfL 2009, 125, 131.

²³ So auch Schroth NStZ 2009, 233, 236.

²⁴ So etwa Erlinger, a.a.O. (Fn. 6), S. 75, der argumentiert, bei einer Blutentnahme vor einer Untersuchung spreche man auch nicht von einer Verwendung des Patienten – ohne auf den naheliegenden Schluss zu kommen, dass man dort jedoch sehr wohl von einer Verwendung *der Vene* des Patienten sprechen kann.

nend“ vornehmen. „Verwenden“ verlange keine Substanzeinwirkung auf den Embryo, weshalb bei strikter Auslegung nach Wortlaut und -sinn der Norm es etwa schon strafbar wäre, den Embryo nur zu beobachten oder im Lichtmikroskop zu betrachten. Das verstoße aber gegen das Übermaßverbot, die Vorschrift müsse daher eingeschränkt werden. Bei einer Auslegung nach dem Zweck von § 2 Abs. 1 ESchG ergebe sich kein Grund dafür, § 2 Abs. 1 ESchG auf die Trophoblastenentnahme anzuwenden, denn sie beeinträchtigt die in der Einzelbegründung zu § 2 Abs. 1 ESchG genannte Zwecke nicht (Verbot der Embryonenforschung und der Entnahme totipotenter Zellen, Schutz vor Schädigungen). Weiter sei in Anlehnung an die Wertung aus § 3 S. 2 ESchG davon auszugehen, dass unter der Entnahme von Trophoblastzellen kein Verwenden im Sinne von § 2 Abs. 1 ESchG zu verstehen sei, weil sie den Embryo selbst unberührt lasse.

1. Paradoxie in der Auslegung

Diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals vermag in keiner Hinsicht zu überzeugen. Dass eine Entnahme von Zellen des Embryos ihn unberührt ließe, wäre nicht nur in sprachlicher, sondern auch in faktischer Hinsicht paradox: Das Abspalten einiger seiner zellulären Bestandteile stellt nicht nur ein Berühren des Embryos dar, sondern sogar eine dauerhafte Beeinträchtigung seiner Substanz, mit dem Zweck, den so gewonnenen Bestandteil zu untersuchen. Gerade dieser Zweck verringert jedoch die Chance des Embryos auf Einpflanzung drastisch, ist also sogar gegen seine Erhaltung gerichtet.²⁵ Dem steht auch nicht die vom BGH erwähnte Tatsache entgegen, dass sich die abgespaltenen Zellen in einem späteren Entwicklungsstadium zur Placenta formen und somit kein Teil des Embryos mehr sein werden – denn zum Zeitpunkt der Biopsie sind sie es jedenfalls noch. Das ESchG unterscheidet insofern nicht zwischen den verschiedenen zellulären Bestandteilen des Embryos, wie sich schon aus § 8 Abs. 1 ESchG ergibt, der die befruchtete Eizelle ab Kernverschmelzung und die totipotenten Zellen des Embryos gleichstellt, ansonsten aber keine weiteren Unterscheidungen trifft.

2. Rechtliche Einordnung des Merkmals „Verwenden“

Doch auch in rechtlicher Hinsicht vermögen die Ausführungen des BGH bei näherer Betrachtung nicht zu überzeugen. Dem fünften Strafsenat ist zuzugeben, dass es sich bei dem Merkmal „Verwenden“ richtigerweise nicht um einen Auffangtatbestand handelt,²⁶ jedenfalls nicht insofern, als darin die Merkmale des Abgebens oder Erwerbens enthalten sind, da letztgenannte dann überflüssig wären.²⁷ Eine systematische Auslegung der Norm ergibt daher, dass ein normativer Unterschied zwischen den einzelnen Handlungsalternativen bestehen muss. Nach dem Wortsinn stellen Veräußern, Abgeben und

auch der Erwerb Handlungen dar, bei denen die Substanz des Embryos nicht verändert wird, es wird lediglich mit dem Embryo umgegangen.²⁸ Nach der Einzelbegründung zu § 2 Abs. 1 ESchG²⁹ und ausweislich ihrer amtlichen Überschrift soll die Norm aber jeglichen Missbrauch am Embryo in vitro unterbinden, der grundsätzlich und abschließend nur auf zwei Arten denkbar ist: entweder durch einen Umgang mit dem Embryo oder durch eine Einwirkung auf seine Substanz.³⁰ Folglich muss es Sinn und Zweck der vierten Tatbestandsalternative sein, jegliche Substanzeinwirkungen auf den Embryo zu verbieten, die vor der Herbeiführung einer Schwangerschaft liegt, also vor dem Transfer und der Nidation.

3. Erfordernis einer Substanzeinwirkung?

Ebendies verneint der BGH aber in seiner Prüfung von § 2 Abs. 1 ESchG, wenn er auch bei näherer Betrachtung keinen Grund dafür nennt. Zunächst stellt er fest, dass in Anlehnung an die Definition des Verwendens bei § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB unter dem Merkmal auch bei § 2 Abs. 1 ESchG jedes zweckgerichtete Gebrauchen zu verstehen sei. Da diese Definition keine Substanzverletzung verlange, würden von § 2 Abs. 1 ESchG auch solche Vorgänge erfasst, die keinerlei Schädigungen des Embryos bewirkten, etwa das bloße Beobachten zu Forschungszwecken („Embryoscoreing“), folglich sei die Norm einzuschränken bzw. das Merkmal enger auszulegen. Warum dies nun gerade nicht auf die nächstliegende Weise erfolgen soll, nämlich aus teleologischen und systematischen Gründen doch eine Substanzverletzung zu fordern, bleibt gänzlich unerwähnt. Das erscheint umso verwirrender, als der BGH nun auch das Merkmal des „nicht der Erhaltung dienenden Zwecks“ als unzureichendes Eingrenzungskriterium ablehnt. Stattdessen beruft er sich sodann auf die zwei vermeintlich einzigen Hauptzwecke der Vorschrift, die Verhinderung von Embryonenforschung und das Verbot eines Abspaltens totipotenter Zellen. Der Gesetzgeber nennt aber in der (eher knappen) Einzelbegründung zu § 2 Abs. 1 ESchG³¹ gerade nicht die beiden vom BGH genannten Zwecke; vielmehr heißt es dort: „Jede Veräußerung (...) sowie jede Abgabe, jeder Erwerb und jede Verwendung eines menschlichen Embryos zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck werden ausnahmslos strafrechtlich verboten.“³² Klarer hätte sich der Gesetzgeber kaum ausdrücken können, dennoch vermag der BGH in der Abspaltung von Bestandteilen des Embryos,³³ in deren Diagnose und dem anschließenden Verwerfen von Embryonen bei bestimmten Befunden keine missbräuchliche Verwendung des untersuchten Embryos selbst zu sehen.

²⁸ Reiß, Rechtliche Aspekte der PID (Fn. 4), S. 41.

²⁹ BT-Drucks. 11/05460, S. 10.

³⁰ Middel, a.a.O. (Fn. 6), S. 48.

³¹ BT-Drucks. 11/05460, S. 10.

³² BT-Drucks. 11/05460, S. 10 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

³³ Vgl. dazu die detaillierte Beschreibung einer Biopsiemethode bei Beckmann ZfL 2009, 125, 126.

²⁵ Merkel FAZ v. 3. August 2010, S. 30.

²⁶ So aber Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz (2008) § 2 Rn. 30.

²⁷ Reiß, Rechtliche Aspekte der PID (Fn. 4), S. 41.

4. Einhaltung des Übermaßverbotes

Nähme man den Gesetzgeber beim Wort, wären sogar die oben genannten Beispiele als tatbestandlich anzusehen („Embryoscoring“, Betrachten unter dem Lichtmikroskop), sofern sie nicht zugleich auch dem Zweck seiner Erhaltung dienen, weil es sich dann um Forschung am Embryo handeln würde. Daran zeigt sich, dass eine Eingrenzung der Norm durchaus geboten ist, weil Fälle denkbar sind, in denen § 2 Abs. 1 ESchG zwar verwirklicht wäre, von einem Missbrauch jedoch nur schwerlich die Rede sein kann. Eine Auslegung des Verwendens als Verbot jeglicher Einwirkung auf die Substanz des Embryos würde der zutreffenden Mahnung des fünften Strafsenats genügen, das Übermaßverbot bei der Auslegung des weiten Merkmals „Verwenden“ zu beachten. „Embryoscoring“ und die Untersuchung unter dem Lichtmikroskop stellen gerade keine Einwirkung auf die Substanz dar und wären nach der hier vertretenen Auslegung damit auch nicht tatbestandlich. Über den Begriff des „nicht zur Erhaltung dienenden Zwecks“ wiederum könnten solche Substanzeinwirkungen ausgeschlossen werden, die ausschließlich der Erhaltung des Embryos dienen.

Nach der hier vertretenen Ansicht wäre dann die PID gem. § 2 Abs. 1 4. Alt. zunächst eine tatbestandliche, sofern keine Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgründe greifen auch eine strafbare Handlung. Hinsichtlich des Stehenlassens ist dem BGH im Ergebnis zuzustimmen, dass eine Unterlassenstrafbarkeit jedenfalls dann nicht in Frage kommt, wenn die Patientin einer Verpflanzung nicht zustimmt.³⁴

5. Die Parallele zum Schwangerschaftsabbruch

Da der BGH nicht zur Anwendung von § 2 Abs. 1 ESchG kommt, musste er sich auch nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob zur Rechtfertigung der PID § 218a Abs. 2 StGB analog herangezogen werden könne.³⁵ Allerdings verweist das Urteil zur Auslegung von § 2 Abs. 1 ESchG auch auf einen sonst drohenden Schwangerschaftsabbruch, eine Auseinandersetzung mit möglichen Parallelen und Bezügen zum Schwangerschaftsabbruch erscheint daher geboten. So solle die Frau nach einer Ansicht auch bei der künstlichen Befruchtung gleichermaßen in die Lage versetzt werden, eine informierte Entscheidung über den weiteren Verlauf der Schwangerschaft zu treffen.³⁶ Der Gesetzgeber habe sich nicht mit der PID an pluripotenten Zellen befasst, es handele sich also um eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage.³⁷ Diese Argumentation vermag hingegen

nicht zu überzeugen. So scheint es schon fraglich, ob überhaupt von einer Regelungslücke gesprochen werden kann, da erstens nach den vorausgegangenen Ausführungen der Gesetzgeber ein ausnahmsloses Verbot jeglicher missbräuchlicher Verwendung des Embryos im Sinn hatte und zweitens auch die PID an pluripotenten Zellen unter § 2 Abs. 1 4. Alt. ESchG zu subsumieren ist, selbst bei einer dem Übermaßverbot geschuldeten einschränkenden Auslegung.³⁸ Damit lässt sich am Merkmal der Planwidrigkeit berechtigt zweifeln. Ebenso gewichtig ist der Einwand, dass es sich gerade nicht um vergleichbare Interessenlagen handelt.³⁹ Denn im Gegensatz zum Schwangerschaftsabbruch führen Arzt und Patientin bei der PID durch die künstliche Befruchtung die Rechtslage bewusst herbei, die durch eine analoge Anwendung von § 218a Abs. 2 StGB gerechtfertigt werden soll; bei der medizinischen Indikation entsteht dagegen die Konfliktlage erst nach Eintritt der Schwangerschaft, bzw. mit Kenntniserlangung der Gründe, die zu einer Gefahr für die Schwangere führen. Anders als bei der PID weiß die Schwangere bei § 218a Abs. 2 StGB vor Herbeiführung der Schwangerschaft noch nicht, ob sie einen erblich geschädigten Embryo austragen wird. Im Falle der PID kann diese Situation schlichtweg dadurch verhindert werden, auf eine Diagnose der zu verpflanzenden Embryonen zu verzichten.⁴⁰

Dieser Einwand vermag nun zynisch erscheinen, insbesondere wenn man bedenkt, dass im Falle einer dann bewirkten Schwangerschaft der Frau später sehr wohl § 218a Abs. 2 StGB zur Seite stünde, sofern das Austragen des Kindes ihre physische und psychische Belastbarkeit überschreiten würde.⁴¹ Ähnlich skeptisch könnte man aber auch der Ausführung des BGH entgegenreten, bei § 218a Abs. 2 StGB handele es sich deswegen nicht um die Legalisierung einer „Schwangerschaft auf Probe“, weil die Vorschrift nur auf die Beeinträchtigung der Frau abstelle. Wie in der Literatur zutreffend kritisiert wird,⁴² kann bei § 218a Abs. 2 StGB nicht außer Acht gelassen werden, dass ausschlaggebende und meist auch einzige Ursache für die Beeinträchtigung der Frau gerade die genetische Belastung des Embryos und der Grad der zu erwartenden Behinderung ist, wenn eine Konstellation wie bei der embryopathischen Indikation vorliegt (§ 218a Abs. 3 StGB a.F.). Über den Umweg ihrer Auswirkungen auf die Frau wird so die mögliche Behinderung des Kindes gleichsam „durch die Hintertür“ doch wieder maßgeblich für die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs.⁴³ Aus rechtspolitischer und ethischer Sicht mag man dies kritisieren – bei konsequenter Anwendung der dogmatischen Vorgaben entspricht es aber dem Willen des Gesetzgebers, die PID zu verbieten und den Schwan-

³⁴ Zu den einzelnen Rechtsfragen beim „Stehenlassen“ von Embryonen (Garantenstellung, Entsprechung nach § 13 StGB, Anwendung der Grundsätze der *omnisio libera in causa*) ausführlich Reiß, *Rechtliche Aspekte der PID* (Fn. 4), S. 45 ff.

³⁵ Dafür Schroth NStZ 2009, 233, 238; a.A. Beckmann ZfL 2009, 125, 130 f.; Merkel FAZ v. 3. August 2010, S. 30.

³⁶ Schroth NStZ 2009, 233, 238.

³⁷ Schroth NStZ 2009, 233, 238, a.A. Merkel FAZ v. 3. August 2010, S. 30.

³⁸ Wie soeben unter II. 4. festgestellt.

³⁹ Ähnlich Beckmann ZfL 2009, 125, 131.

⁴⁰ Beckmann ZfL 2009, 125, 131.

⁴¹ Anders wohl Beckmann ZfL 2009, 125, 130 der eine solche Konstellation für nicht „erlaubt“ und den Intentionen des Gesetzgebers zuwiderlaufend hält, was in Hinblick auf den Wortlaut von § 218a StGB mit dem Analogieverbot jedoch unvereinbar sein dürfte.

⁴² Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), StGB (2010), § 218a, Rn. 24 f. m.w.N.; Gropp, in: Münchener Kommentar zum StGB (2003), § 218a Rn. 60.

⁴³ Eschelbach, a.a.O. (Fn. 42), § 218a Rn. 25; Gropp a.a.O. (Fn. 42), § 218a Rn. 60.

gerschaftsabbruch nach einer Pränataldiagnostik zu erlauben.⁴⁴ Eine Korrektur dieses Willens obliegt nicht dem heutigen Rechtsanwender, wie in der Literatur zutreffend festgestellt wird – vielmehr ist es geboten, den Gesetzgeber dazu aufzufordern, diese Wertung selbstständig zu korrigieren.⁴⁵

V. Konsequenzen für den Gesetzgeber

Ob bzw. wie der Gesetzgeber die PID gesetzlich regeln soll, ist umstritten und dürfte die „alte, ewig unerledigte Debatte um den grundrechtlichen Status des Embryos“⁴⁶ wieder heraufbeschwören. Es sprechen gewichtige verfassungsrechtliche Gründe für eine Legalisierung der PID,⁴⁷ deren umfassende Darlegung den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen würde. Als eines der zentralen Argumente sei nur erwähnt, dass ein Staat mit jährlich rund 110.000 Schwangerschaftsabbrüchen den Schutz embryonalen Lebens in der Rechtswirklichkeit nicht so umfassend gewährt, wie dies gerne behauptet wird.⁴⁸ Sollte die PID in Deutschland zugelassen werden, könne man je nach der Strenge der Zulassungsanforderungen mit 100 bis 600 Fällen jährlich rechnen⁴⁹ – gemessen an der Anzahl der Abtreibungen jedes Jahr eine verschwindend niedrige Zahl, die aber wenig überraschend ist, wenn man bedenkt, mit welchen umfangreichen medizinischen Belastungen und Unsicherheiten eine In-vitro-Fertilisation noch immer einhergeht.

Das Urteil hat insofern Klarheit geschafft, als betroffene Paare (und deren Ärzte) eine PID nun auch in Deutschland in Anspruch nehmen können, ohne eine Strafverfolgung fürchten zu müssen. Allerdings gilt dies nur für Fälle, die in tatsächlicher Hinsicht ähnlich gelagert sind, wie die drei entschiedenen Sachverhaltskonstellationen. Paare, bei denen andere erbliche Schädigungen vorliegen, und deren Ärzte sehen sich nach wie vor einer Ungewissheit ausgesetzt, die draus resultiert, dass das Urteil nicht klärt, welche genetischen Schädigungen letztlich als schwerwiegend genug anzusehen sein sollen, um den

Einsatz einer PID zu rechtfertigen. Diese Unsicherheit wird noch durch die Feststellung des BGH verstärkt, dass Alternativabsichten denkbar seien, die trotz einer „Bewusstseinsdominanz“ der Primärabsicht zur Verpflanzung eine Strafbarkeit begründen. Bei der Absicht, die Zellen auf schwerwiegende genetische Belastungen zu untersuchen, sei dies zwar nicht gegeben – wann aber die Grenze einer schwerwiegenden Belastung unterschritten wäre, bleibt im Urteil ungeklärt.

Es besteht nach allem gesagtem wenig Zweifel daran, dass der Gesetzgeber umgehend handeln sollte. Doch damit wird er vor einer schweren Aufgabe stehen: Eine Aufzählung von Krankheitsbildern, bei denen eine PID zulässig wäre, verbietet sich schon wegen ihres potentiell diskriminierenden Charakters.⁵⁰ Eine solche Aufzählung könnte angesichts der Vielzahl möglicher embryonaler Defekte aber auch kaum vollständig oder gar abschließend sein. Damit bliebe die Formulierung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, entweder als strafbarkeitsausschließendes Kriterium (wie schon mit der Absicht der Herbeiführung einer Schwangerschaft in § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG), oder aber als strafbarkeitsbegründendes, das abstrakt die Grenzen der Präimplantationsdiagnostik auch für die Zukunft umreißt. Letztere Variante dürfte dadurch erschwert werden, dass angesichts der exponierten Lage des Embryos in vitro eine Vielzahl von Missbrauchsmöglichkeiten denkbar wäre. Aber auch die Strafbarkeit ausschließende Kriterien müssen den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes genügen und bergen Tücken, was nicht zuletzt die Gesetzgebungsgeschichte von § 218 ff. StGB belegt, insbesondere bezüglich der embryopathischen Indikation (§ 218a Abs. 3 StGB a.F.). Gerade in Anbetracht der dort geführten Debatte dürfte es für den Gesetzgeber verlockend sein, auf eine entsprechend abgewandelte Formulierung der sog. medizinischen Indikation (§ 218a Abs. 2 StGB) auch für die PID zurückzugreifen. Der Wertungswiderspruch zwischen PID und Schwangerschaftsabbruch nach medizinischer Indikation könnte so zwar aufgelöst werden, doch die grundlegende Kritik an § 218a Abs. 2 StGB⁵¹ träge dann auch eine Neuregelung der PID. Wie man es auch dreht und wendet, der Gesetzgeber wird sich früher oder später auch mit der Frage beschäftigen müssen, welcher verfassungsrechtliche Status dem menschlichen Embryo zukommen soll – tut er es nicht, wird diese Frage in absehbarer Zeit wieder die Rechtsprechung beschäftigen. Deren Entscheidungen können zwar wie vorliegend punktuell Rechtssicherheit verschaffen, ihre Aufgabe ist es jedoch nicht, beizuspringen, wenn der Gesetzgeber allen Mahnungen zum Trotz über etliche Legislaturperioden hinweg untätig bleibt.

⁴⁴ So im Ergebnis auch *Merkel* FAZ v. 3. August 2010, S. 30.

⁴⁵ *Merkel* FAZ v. 3. August 2010, S. 30; ähnlich *Beckmann* ZfL 2009, 125, 131.

⁴⁶ *Merkel* FAZ v. 3. August 2010, S. 30.

⁴⁷ Vgl. dazu aus der umfangreichen Literatur dazu etwa: *Giwer*, Rechtsfragen der PID (Fn. 19), S. 161 f.; *Hufen* MedR 2001, 440; *Middel*, a.a.O. (Fn. 6), S. 245; *Reiß*, Rechtliche Aspekte der PID (Fn. 4), S. 127.; *Weschka*, Präimplantationsdiagnostik, Stammzellforschung und therapeutisches Klonen: Status und Schutz des menschlichen Embryos vor den Herausforderungen der modernen Biomedizin (2010), S. 420.

⁴⁸ Ähnlich *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo (Fn. 20), S. 66 f.

⁴⁹ Nationaler Ethikrat (Hrsg.) „Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft – Stellungnahme“ (2003), S. 58 f., unter Verweis auf *Kolleg* Präimplantationsdiagnostik (Fn. 11), S. 81 f.

⁵⁰ *Reiß*, Rechtliche Aspekte der PID (Fn. 4), S. 122 f.

⁵¹ *Eschelbach*, a.a.O. (Fn. 42) § 218a Rn. 25; *Gropp* a.a.O. (Fn. 42), § 218a Rn. 60.

Anwendbarkeit ausländischen Gesellschaftsrechts im Rahmen der Untreue zum Nachteil einer EU-Auslandsgesellschaft

Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 = HRRS 2010 Nr. 493

Von Rechtsanwalt Dr. Jan Schlösser, Berlin, und Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Marcus Mosiek, Düsseldorf

I. Sachverhalt

Eine nach dem Recht der British Virgin Islands gegründete, dort ansässige und in das Handelsregister eingetragene Limited diene dem Zweck, Unterhaltungselektronik aus Deutschland unter anderem nach Russland zu exportieren. Ihre Gesellschafter und „Directors“ waren zu gleichen Teilen der Angeklagte und eine weitere Person. Die Geschäfte wurden über Bankkonten der Limited in Hamburg und Kopenhagen abgewickelt. Verkauft wurden die Waren in Russland von einer weiteren Gesellschaft, die von denselben Personen gehalten wurde. Die durch den Verkauf erlangten Einnahmen sollten nur teilweise versteuert werden. Der nicht der Besteuerung zugeführte Teil der Einnahmen wurde „in bar gesammelt“ und in einem Moskauer Bankschließfach verwahrt. Die beiden Gesellschafter überwarfen sich. Nachdem einer von ihnen begonnen hatte, Bareinnahmen in Höhe von mehreren Millionen Euro für eigene Zwecke zu verwenden, ohne den späteren Angeklagten darüber zu informieren, entschloss sich letzterer, Transaktionen zu seinen Gunsten von den Konten der Limited vorzunehmen. Er überwies von Hamburg aus insgesamt etwa 1,8 Mio. € auf seine privaten Konten in Österreich.¹

II. Grundsätzliche Bedeutung der Entscheidung

Der strafrechtlichen Beurteilung durch das Landgericht Hamburg unterlag die Frage, ob die von den Konten der Limited vorgenommenen Überweisungen eine Untreue (§ 266 StGB) zu Lasten der Limited darstellen. Die Strafkammer verneinte dies und sprach den Angeklagten frei. Ihrer Ansicht nach sei der Angeklagte gegenüber der

Limited weder vermögensbetreuungspflichtig noch sei diese überhaupt rechtsfähig gewesen.²

Letzterem widersprach der BGH und führte aus, dass nach seiner Auffassung die Frage, ob dem Angeklagten als „Director“ der Limited eine Vermögensbetreuungspflicht oblag, in einer erneuten Verhandlung geklärt werden müsse.³ Für diese sieht der Senat dann die Zuständigkeit einer Wirtschaftsstrafkammer begründet.⁴ Der neu zur Verhandlung und Entscheidung berufenen Kammer wird vom BGH auch der rechtliche Maßstab an die Hand gegeben, anhand dessen die Frage nach dem Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht zu beantworten sein wird. Rechtlicher Maßstab ist nach Auffassung des 5. Senats „das ausländische Gesellschaftsrecht“.⁵ Dieser Rückgriff auf ausländisches materielles Recht und damit eine andere Rechtsordnung stellt die Besonderheit des Falles dar und markiert die grundsätzliche Bedeutung der BGH-Entscheidung: Es handelt sich – soweit ersichtlich – um das erste höchstrichterliche Judikat zur Fremdrechtsanwendung im Rahmen der Untreue.⁶

² BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 1, 7 = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 1, 7.

³ BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 9 ff., 13 ff. = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 9 ff., 13 ff.

⁴ BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 25 = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 25.

⁵ BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 18, 23 = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 18, 23.

⁶ Vgl. aber AG Stuttgart wistra 2006, 226 m. Anm. Schumann; zu weiteren Fällen der Fremdrechtsanwendung in der Praxis des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts Mosiek StV 2008, 94 ff.

¹ Zum Sachverhalt BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 2 ff. = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 2 ff.

III. Maßgeblichkeit ausländischen Rechts nach der Gründungstheorie

Eine solche Entscheidung hat verhältnismäßig lange auf sich warten lassen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen definierte der EuGH bereits im Jahre 2003 mit seiner – mittlerweile berühmten – „Inspire Art“-Entscheidung. Das Judikat erging zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften (Artt. 43, 48 EGV) und führte dazu, dass ausländische Unternehmen in Deutschland auch dann nach dem Recht des Gründungsstaates zu behandeln sind, wenn sie allein in Deutschland tätig werden bzw. hier ihren effektiven Verwaltungssitz haben.⁷ Dies war die Geburtsstunde der Gründungstheorie auch für die deutsche Rechtsordnung, in der bis dato die Sitztheorie vorherrschend war.⁸

Der effektive Verwaltungssitz befand sich vorliegend (offenbar) in Hamburg. Nach der Sitztheorie hätte es in einem solchen Fall (Divergenz von statutarischem und effektivem Verwaltungssitz) noch der Umwandlung in eine Gesellschaft deutschen Rechts bedurft, beispielsweise in eine GmbH. Sodann wäre im Rahmen der Untreue deutsches Gesellschaftsrecht zur Anwendung gekommen. Dies hat sich infolge der „Inspire Art“-Entscheidung des EuGH, die der Gründungstheorie zum Durchbruch verholfen hat, grundlegend geändert. Anwendbar ist nunmehr ausschließlich das Recht des Gründungsstatuts, hier der International Business Companies Act der British Virgin Islands, auf den sich nach Assoziierungsabkommen der Geltungsbereich des Europarechts erstreckt.⁹

IV. Anwendung des ausländischen Gründungsstatuts im Rahmen der Untreue

In der Literatur wurde frühzeitig aufgezeigt, dass die Anwendung ausländischen Gesellschaftsrechts im Rahmen der Untreue durch deutsche Rechtsanwender zu grundsätzlichen Problemen und Fragestellungen führt. Erhoben wurden insbesondere praktische und verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine solche Fremdrechtsanwendung:

- Grundlage der praktischen Bedenken ist der Umstand, dass die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte regelmäßig größte Probleme haben werden, das „gelebte“ ausländische Recht zu (er-)kennen und untreuenspezifisch auf die Tatbestandsmerkmale anzuwenden.¹⁰ Diese

Schwierigkeit – so die prognostische Einschätzung –, werde häufig zu Verfahrenseinstellungen nach § 153a StPO führen.¹¹ Die Entscheidung des 5. Senats bestätigt diese Vermutung. Den Verfahrensbeteiligten wird nahe gelegt, aufgrund des nur geringen Inlandsbezuges des Verfahrens, der einen „überaus schonenden Einsatz justizieller Ressourcen durch die Strafverfolgungsbehörden angezeigt erscheinen“ lasse, alsbaldige Einstellungsmöglichkeiten zu erwägen.¹²

- Die zuvor genannten praktischen Probleme erhalten zusätzlich eine (verfassungs-)rechtliche Dimension, wenn man die – gegebenenfalls auf dem Rücken des Beschuldigten bzw. Angeklagten ausgetragenen – Schwierigkeiten der Rechtsfindung typisiert und – darüber begründet – einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip annimmt.¹³ Spiegelbildlich hierzu sind für den Rechtsunterworfenen die Rechtsfolge „Strafe“ und deren tatbestandliche Voraussetzungen in einem Fall der Fremdrechtsanwendung nur schwer vorhersehbar.¹⁴

Der 5. Senat sieht letztere Gefahr jedoch nicht und meint, dass die „gebotene Anwendung des Gründungsstatuts einer EU-Auslandsgesellschaft bei der Bestimmung pflichtwidrigen Handelns ihres ‚Director‘ ... mit dem verfassungsrechtlich garantierten Bestimmtheitsgebot vereinbar (Art. 103 Abs. 2 GG)“ sei.¹⁵ Begründet wird das mit der Erwägung, dass auch „für die Bestimmung der Fremdheit einer Sache ... die Anwendung ausländischen Rechts anerkannt“ sei.¹⁶ Diese Argumentation des Gerichts ist nur auf den ersten Blick gut nachvollziehbar, verwischt bei näherem Hinsehen aber die Problemlage: Denn zum einen kann auch eine bislang anerkannte Methode verfassungsrechtlich zweifelhaft sein. Zum anderen ist die Bestimmung des Fremdbegriffes mit weitaus weniger Schwierigkeiten verbunden als die Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale „Vermögensbetreuungspflicht“ und „pflichtverletzung“ bei der Untreue, die beide Gegenstand intensiver wissenschaftlicher Diskussion sind.¹⁷ Dennoch ist es aus

Mosiek StV 2008, 94, 99: „Praktische Undurchführbarkeit“; Altenhain/Wietz NZG 2008, 569, 571.

¹¹ Schlösser wistra 2006, 81, 87; Mosiek StV 2008, 94, 99.

¹² BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 26 = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 26.

¹³ Schlösser wistra 2006, 81, 87; Altenhain/Wietz NZG 2008, 569, 571 f.

¹⁴ Rönnau ZGR 2005, 832, 856; Schmitz in: Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland – rechtsstaatliche Grundlagen (2007) S. 208; Mosiek StV 2008, 94, 98; ausführlich zum Streitstand Wietz, Vermögensbetreuungspflichtverletzung gegenüber einer im Inland ansässigen Auslandsgesellschaft (2009) S. 123 ff. m. w. N.

¹⁵ BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 20 = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 20. In diesem Sinne auch Radtke GmbHR 2008 729, 735; Mankowski/Bock ZStW 120 (2008) 704, 709 ff.; Ransiek/Hüls ZGR 2009, 157, 178; dazu ferner Pattberg, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Directors einer englischen Limited in Krise und Insolvenz (2010) S. 294 ff.

¹⁶ BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 22 m. w. N. = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 22.

¹⁷ Vgl. dazu jüngst auch BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Rn 96 = HRRS 2010 Nr. 656: „Ihre Bestimmung im Einzelfall bringt jedoch nicht unerhebliche Unsicherheiten mit sich.“

⁷ Zum Ganzen Pattberg, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Directors einer englischen Limited in Krise und Insolvenz (2010) S. 52 ff. m. w. N.; zur (strafrechtlichen) Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Europäische Aktiengesellschaft (SE) Schlösser NZG 2008, 126, 131; Mosiek StV 2008, 94, 95.

⁸ BGH NJW 2005, 1648, 1649.

⁹ BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 13, 15 = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 13, 15.

¹⁰ Schlösser wistra 2006, 81, 87; Schmitz in: Joerden/Szwarc (Hrsg.), Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland – rechtsstaatliche Grundlagen (2007) S. 209;

rechtspolitischen Gründen nachvollziehbar – und war deshalb auch zu erwarten –, dass sich der BGH über den Begriff der Vorhersehbarkeit bzw. Bestimmtheit nicht per se das „Schwert des Strafrechts“ aus der Hand nehmen lässt. Dies gilt zumal, da auch der 5. Senat gegenüber einer individuellen Schuldzuschreibung vorsichtig bleibt, was sich daran zeigt, dass er die von der Literatur reklamierten Bedenken bei der Fremdrechtsanwendung (offenbar) auf die subjektive Tatseite verlagert: Nach Ansicht des Senats müssen Zweifel am Wissen um die durch ausländisches Recht konstituierten Pflichten lediglich dann nicht aufkommen, wenn (kumulativ) „die durch das Tatgericht festzustellenden Umstände auch weiterhin ein internationales Handelsgeschäft erfahrener Kaufleute in nicht nur geringem Umfang über einen längeren Zeitraum hinweg und deren bewusste Unterwerfung unter fremdes Recht“ belegen.¹⁸ Ins Positive gewendet bedeutet dies aber, dass das Vorliegen von Kenntnis und damit Vorsatz¹⁹ hinsichtlich der Pflichtenstellung nach ausländischem Recht immer schon dann kritisch zu hinterfragen sein soll, wenn auch nur eine der zuvor genannten Voraussetzungen nicht vorliegt. Speziell für den Bereich der Fremdrechtsanwendung hat der 5. Senat damit die Anforderungen an den Vorsatznachweis im Rahmen der Untreue besonderen Restriktionen unterworfen.²⁰

Die von der Literatur aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Demokratieprinzip²¹ werden vom 5. Senat nicht geteilt. Denn – so der BGH wörtlich – „Bedeutung und Tragweite der hinreichend bestimmten Strafvorschrift bleiben durch diesen zur Pflichtenbestimmung heranzuziehenden Maßstab unberührt.“²² Diese Aussage wird nur verständlich, wenn man die weiteren Erwägungen des Gerichts zur allgemeinen Normstruktur des § 266 StGB mit in die Betrachtung einbezieht.

¹⁸ BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 27 m. w. N. = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 27; zu dem Gesichtspunkt der freiwilligen Unterwerfung unter ausländisches Recht (allerdings im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgebot) ferner *Radtke* GmbHHR 2008, 729, 734 f.; *Böse* in: NK StGB (3. Aufl.) 2010, vor § 3 Rn 67.

¹⁹ Der Vorsatz muss sich auf sämtliche Tatbestandsmerkmale der Untreue beziehen. Zum Vorsatz gehört dabei in jedem Fall, dass sich der Täter der Pflichtwidrigkeit seines Handelns bewusst ist. Die bloße Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Pflichtwidrigkeit des Handelns ergibt, genügt nicht. Praktisch bedeutet dies, dass Unkenntnis oder irriige Auslegung der für die Pflichtwidrigkeit maßgebenden Normen des Rechts, einschließlich des Vertragsrechts, aber auch des Wirtschaftsverkehrs, zum Vorsatzausschluss führt. Selbst leichtfertigste Fehlbeurteilung schließt dabei den Vorsatz aus. Zutreffend in diesem Sinne etwa *Tiedemann* in: Scholz (Hrsg.), GmbHG (10. Aufl.) 2010, vor §§ 82 ff. Rn 6.

²⁰ Zu den mitunter strengen Anforderungen des BGH an den Vorsatznachweis angesichts der Weite des objektiven Untreuetatbestandes BGHSt 46, 30, 35; 47, 148, 156 f.; 47, 295, 302; 48, 331, 346 ff.; für die Geltung der allgemeinen Regeln *Fischer*, StGB (57. Aufl.) § 266 Rn 176 m. w. N.

²¹ *Rönnau* ZGR 2005, 832, 856 f.; *Mosiek* StV 2008, 94, 98 f.; *Altenhain/Wietz* NZG 2008, 569, 572.

²² BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 22 m. w. N. = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 22; vgl. dazu auch *Mankowski/Bock* ZStW 120 (2008) 704, 715 ff.

V. Allgemeine Aussagen zur Deliktsstruktur des § 266 StGB

Die Begründung des Gerichts für die Ablehnung eines Verstoßes gegen das Demokratieprinzip bezieht sich der Sache nach auf die (Streit-)Frage, ob es sich bei der Untreue um einen Blanketttatbestand handelt oder die Vermögensbetreuungspflicht respektive Pflichtwidrigkeit normatives Tatbestandsmerkmal ist.²³ Ein Blanketttatbestand wird durch eine außerhalb des Tatbestandes liegende Norm ausgefüllt.²⁴ Im Rahmen eines normativen Tatbestandsmerkmals wird auf die „andere Norm“ – im vorliegenden Zusammenhang: das ausländische Gesellschaftsrecht – nur indirekt zurückgegriffen und die ihr zugrunde liegende Wertentscheidung zur Interpretation eines Tatbestandsmerkmals herangezogen.²⁵ Diese Interpretation stellt einen autonomen Akt strafrechtlicher Begriffsbildung dar, der – im Unterschied zur Heranziehung einer Norm im Rahmen eines Blanketttatbestandes – die Verbindung zu der außerhalb des Tatbestandes liegenden Norm „durchtrennt“. Obwohl die Grenzen zwischen einem Blanketttatbestand und einem normativen Tatbestandsmerkmal fließend sind, werden an diese Differenzierung eindeutige und unterschiedliche Folgen geknüpft.²⁶ Mit guten Gründen wird in der Literatur etwa die Ansicht vertreten, dass eine Missachtung des Parlamentsvorbehalts vorliege, wenn – über Blanketttatbestände – Verstöße gegen ausländisches Gesellschaftsrecht pönalisiert werden, da der deutsche Gesetzgeber dann über die das wesentliche Unrecht mitprägenden Aspekte des Untreuetatbestandes nicht selbst entschieden habe.²⁷ Einer weiteren Diskussion dieser Frage bedarf es vorliegend allerdings nicht. Denn indem der 5. Senat den Begriff der Pflichtwidrigkeit als normatives Tatbestandsmerkmal – und damit nicht als Blanketttatbestand – einstuft, stellt sich für das Gericht die Frage eines Verstoßes gegen das Demokratieprinzip nicht.²⁸ In diesem Fall entscheidet das außerstrafrechtliche ausländische Recht nicht selbst über die Annahme eines pflichtwidrigen Verhaltens, sondern schafft „lediglich die – für sich genommen strafrechtlich wertungsfreie und ihrerseits nicht dem Bestimmtheitsgebot unterstehende – Grundla-

²³ *Schmitz* in: Joerden/Szwarc (Hrsg.), Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland – rechtsstaatliche Grundlagen (2007) S. 208; *Rönnau* ZStW 119 (2007) 887, 904 ff.; *Pattberg*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Directors einer englischen Limited in Krise und Insolvenz (2010) S. 287 ff.

²⁴ Allgemein dazu *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil (5. Aufl.) § 12 III. 2 m. w. N.

²⁵ Allgemein dazu *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil (5. Aufl.) § 26 IV. 2 m. w. N.

²⁶ Kritisch zur Differenzierung zwischen Blanketttatbeständen und normativen Tatbestandsmerkmalen im Rahmen der Fremdrechtsanwendung *Mankowski/Bock* ZStW 120 (2008) 704, 721 f.

²⁷ *Rönnau* ZGR 2005, 832, 856 f.; *Mosiek* StV 2008, 94, 98 f.

²⁸ Für die Annahme eines normativen Tatbestandsmerkmals jüngst auch BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Rn 97 = HRRS 2010 Nr. 656: „komplexes normatives Tatbestandsmerkmal“.

ge für eine anschließende untreuenspezifische Präzisierung“.²⁹

VI. Ergebnis und Ausblick

Aus der vorliegenden Entscheidung lassen sich zusammenfassend drei Schlüsse ziehen:

- Erstens ist es grundsätzlich möglich, Organe einer ausländischen juristischen Person mit effektivem Verwaltungssitz im Inland bei Verstößen gegen ausländisches Gesellschaftsrecht in Deutschland wegen Untreue zu bestrafen. Die Merkmale der Vermögensbetreuungspflicht und der Pflichtwidrigkeit sind in diesem Fall nach Maßgabe des einschlägigen ausländischen Rechts durch den Tatrichter zu bestimmen.
- Zweitens ist in Fremdrechtskonstellationen bei der Annahme vorsätzlichen Verhaltens besondere Zurückhaltung geboten und unter Rückgriff auf den Kriterienkatalog des BGH zu prüfen, ob erhebliche Zweifel am Wissen um die durch ausländisches Recht konstituierten Pflichten vorgelegen haben.
- Drittens soll die Notwendigkeit einer Bestrafung (also das Strafbedürfnis) mit davon abhängen, wie groß der Inlandsbezug des zu beurteilenden Geschehens ist.

Die Ergebnisse, zu denen der 5. Senat gekommen ist, zeugen von Augenmaß und sind daher begrüßenswert. Zwar darf eine (Straf-)Rechtsordnung vor den Herausforderungen der Globalisierung nicht kapitulieren. Der Befund einer immer unübersichtlicher werdenden Welt muss sich aber auf die Frage der (subjektiven) Zurechenbarkeit eines Geschehens auswirken. Eben dieser Gesichtspunkt markiert die Grenzlinien, innerhalb derer eine personale Verantwortung vertretbar ist. Dafür, dass der BGH diese Grenzlinien zukünftig eng(er) stecken wird, sprechen nicht nur die Ausführungen des Gerichts zur subjektiven Tatseite, sondern auch ein weiterer Aspekt, der gegebenenfalls auf einen Kurswechsel der höchstrichterlichen Rechtsprechung jenseits der Fremdrechtsanwendung hindeutet. So wird in der Entscheidung wörtlich festgestellt, dass sich aus dem Untreuetatbestand für beide Tatbestandsalternativen – „noch“ – vollständige abstrakt-generelle Verhaltensnormen ableiten

²⁹ BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 21 m. w. N. = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 21.

lassen.³⁰ Der 5. Senat spricht damit die verfassungsrechtlich bedenkliche Weite des Untreuetatbestandes offen an. Ob hierdurch ein vorsichtigerer Umgang des Gerichts mit dem Tatbestand der Untreue insgesamt angedeutet werden sollte, bleibt mit Spannung abzuwarten. Judikate des BVerfG aus der jüngeren Vergangenheit legen dies – zurückhaltend formuliert – nahe.³¹ Hinzuweisen ist insbesondere auf die Entscheidung vom 23. Juni 2010, in welcher das BVerfG unter anderem folgende Restriktionen verfassungsrechtlich untermauert hat:

- Vermögensbezug der verletzten Pflicht,³²
- gravierende Pflichtverletzung,³³
- Verbot des „Verschleifens“ der Tatbestandsmerkmale Pflichtwidrigkeit und Schaden, wie es etwa bei Anwendung des allgemeinen Schädigungsverbots zum Tragen kommt,³⁴ sowie
- konkrete Bezifferung des Nachteils im Rahmen der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ anhand anerkannter (kaufmännischer) Berechnungsverfahren und Bewertungsmaßstäbe, gegebenenfalls unter Heranziehung eines Sachverständigen.³⁵

³⁰ BGH, Urteil vom 13. April 2010 – 5 StR 428/09 – Rn 21 m. w. N. = HRRS 2010 Nr. 493 Rn 21.

³¹ Zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung siehe BVerfG NJW 2009, 2370 ff. (dazu *Jahn* JuS 2009, 859 ff.; *Fischer* StV 2010, 95 ff.); Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Rn 111 = HRRS 2010 Nr. 656: „Die Ziele dementsprechender Auslegung müssen von Verfassungs wegen darin bestehen, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken ... Die (Fort-)Entwicklung geeigneter dogmatischer Mittel zu diesem Ziel obliegt in erster Linie den Strafgerichten und hier vornehmlich den Revisionsgerichten.“

³² BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Rn 133 = HRRS 2010 Nr. 656.

³³ BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Rn 112 = HRRS 2010 Nr. 656.

³⁴ BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Rn 113, 149 = HRRS 2010 Nr. 656.

³⁵ BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Rn 113, 114, 136 ff., 142, 149, 150 f. = HRRS 2010 Nr. 656; vgl. dazu bereits *Schlösser* StV 2008, 548, 551 f.; *ders.* NSTz 2009, 663, 665 f.

Tritte in den Bauch als das Leben gefährdende Behandlung

Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2009 Nr. 1087

Von Staatsanwalt Dr. Daniel H. Heinke, Bremen*

Die langjährige Diskussion, ob der „beschuhte Fuß“, also der am Fuß getragene Schuh, ein gefährliches Werkzeug darstellt, führte vorübergehend zu einer sehr fein ausdifferenzierten Kasuistik zu festen, schweren Schuhen¹, Springerstiefeln², sog. Cowboy-Stiefeln³, „normalen Straßenschuhen“⁴, leichten Sonntagsschuhen mit Krepptsohle⁵, Leinenschuhen⁶, leichten Turnschuhen⁷, Segelschuhen⁸ oder „Sportschuhen der heute üblichen stabilen Art“⁹. Ausgehend von der Erwägung, dass die Qualifikation der Tathandlung als gefährliche Körperverletzung nur dann gerechtfertigt erscheint, wenn durch den Einsatz des Werkzeugs – hier des Schuhs – eine Gefährlichkeit gegeben ist, die der menschliche Körper in dieser Art nicht aufweist, hat sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwischenzeitlich jedoch insoweit dahingehend gefestigt, dass für die Frage, ob der Schuh am Fuß als ein gefährliches Werkzeug anzusehen ist, auf die Umstände des Einzelfalles abgestellt werden muss, wobei insbesondere auf die Beschaffenheit des Schuhs oder die Heftigkeit und den betroffenen Körperteil des Opfers abzustellen ist.¹⁰ Feste, schwere Schuhe sind daher stets, Straßenschuhe und übliche Turnschuhe jedenfalls dann als gefährliches Werkzeug anzusehen, wenn damit – unabhängig von der Stelle des Schuhs – einem Menschen in das Gesicht oder andere besonders empfindliche Kör-

perbereiche (beispielsweise Genitalien) getreten wird.¹¹ Diese Linie wird durch die vorliegende Entscheidung erneut bestätigt.

Dabei haben jedoch sowohl das Instanzgericht als auch der BGH die die besondere Gefährlichkeit der konkreten Tathandlung begründende Tatbestandsalternative des § 224 StGB gar nicht thematisiert: Unabhängig von der Frage des getragenen Schuhwerkes müssen die Tritte des Angeklagten nach den mitgeteilten Feststellungen des Landgerichts als das Leben gefährdende Behandlung im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB bewertet werden.

Eine gefährliche Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist in objektiver Hinsicht gegeben, wenn sie mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung erfolgt. Maßgeblich ist hiernach, dass die Verletzungshandlung lebensgefährdend ist; auf die Gefährlichkeit eines gegebenenfalls eingetretenen Verletzungserfolgs kommt es insoweit nicht an¹², so dass es für die Vollendung der Tat keines über den verwirklichten Grundtatbestand des § 223 Abs. 1 StGB hinausgehenden Erfolges bedarf.¹³

Streitig ist hingegen, ob zur Tatbestandsverwirklichung eine abstrakte oder eine konkrete Lebensgefahr für das Opfer vorauszusetzen ist. Nach Teilen des Schrifttums folge daraus, dass die Qualifikationsvarianten des § 224 Abs. 1 StGB unmittelbar dem Schutz des Opfers dienen, dass es für die Annahme einer das Leben gefährdenden Behandlung auf eine unmittelbare Lebensgefahr des Opfers ankomme. Dies sei erst bei einer konkreten Gefahr der Fall, wobei es ausreichend sei, dass die Lebensgefahr nur kurze Zeit bestehe.¹⁴

* Der Verfasser war mehrere Jahre Sonderdezernent für Kapitalverbrechen und Todesermittlungen bei der Staatsanwaltschaft Bremen und ist Lehrbeauftragter für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung Bremen. Er leitet derzeit das Senatorenbüro beim Senator für Inneres und Sport der Freien Hansestadt Bremen. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Ansicht des Verfassers wieder.

¹ BGH NStZ 1984, 328, 329.

² BGH NStZ 2000, 29, 30.

³ BGH NStZ 1994, 339, 339.

⁴ BGH NStZ 1999, 616, 617.

⁵ OLG Neustadt JR 1958, 228, 228.

⁶ OLG Hamm, Beschl. v. 14.05.2001 – 2 Ss 1141/00.

⁷ OLG Düsseldorf NJW 1989, 920, 920.

⁸ *Hardtung* JuS 2008, 960, 963.

⁹ BGH NStZ 1999, 616, 617.

¹⁰ BGHSt 30, 375, 377; BGHR StGB § 223a Abs. 1 Werkzeug 1, 3; BGH NStZ 1999, 616, 617; NStZ 2003, 662, 663; BGH HRRS 2007 Nr. 159; BGH HRRS 2008 Nr. 534.

¹¹ *Fischer*, StGB, 56. Aufl. (2009), § 224 Rn. 9c; *LK-Lilie*, StGB, 11. Aufl. (2002), § 224 Rn. 25; *MK-Hardtung*, StGB (2003), § 224 Rn. 20; *Stree*, in: *Schönke/Schröder-Stree*, StGB, 27. Aufl. (2006) § 224 Rn. 5.

¹² BGH StV 1988, 65, 65.

¹³ BGHSt 2, 160, 163; BGHSt 36, 1, 9; BGHSt 36, 262, 265; *Fischer*, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 12; *LK-Lilie*, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 36.

¹⁴ *Stree*, in: *Schönke/Schröder*, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 12; *Stree* Jura 1980, 281, 291; einschr. *Küper* FS für Hirsch (1999), S. 613. Zur Rechtslage vor dem 6. StrRG vgl. *Triantafyllou*, Das Delikt der gefährlichen Körperverletzung (§ 223a StGB) als Gefährdungsdelikt, 1996, S. 239.

Der Bundesgerichtshof vertritt jedoch in ständiger Rechtsprechung – in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in der Literatur¹⁵ – die Auffassung, dass es für die Annahme einer das Leben gefährdenden Behandlung im Sinne der Norm erforderlich, aber auch ausreichend sei, dass die Art der Tathandlung nach den Umständen des Einzelfalles generell dazu geeignet ist, das Leben des Opfers zu gefährden.¹⁶ Konkrete Eignung nach dieser Formel bedeutet mithin weniger als konkrete Gefährdung, jedoch mehr als bloß abstrakte Gefährdung, da die Möglichkeit einer Todesfolge nach den konkreten Umständen des Einzelfalles nicht ausgeschlossen sein darf. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB normiert hiernach „eine abstrakte Gefährdung unter Ausschluss konkreter Ungefährlichkeit“ (*Hardtung*¹⁷).

Tritte mit dem beschuhten Fuß gegen den Kopf und den Oberkörper des Opfers stellen nach dieser Rechtsprechung eine das Leben gefährdende Behandlung dar, wenn sie nach der Art der Ausführung der Verletzungshandlungen zu lebensgefährlichen Verletzungen führen können.¹⁸ Die Auswertung der zu diesem Deliktphänomen vorliegenden rechtsmedizinischen Untersuchungen zeigt, dass durch Fußtritte gegen den Kopf oder den Oberkörper eines Menschen abhängig vom Angriffspunkt der wirksam werden kinetischen Energie sehr häufig Frakturen der Schädelknochen – insbesondere des Gesichtsschädels –, des Halsskeletts und der Rippenknochen verursacht werden, welche häufig bereits alleine lebensgefährdende Folgen nach sich ziehen. Daneben oder auch isoliert können Fußtritte schwerwiegende Verletzungen innerer Organe bewirken, wobei abhängig von der Lage des Organs im Körper und dem bestehenden Schutz durch das Skelettsystem unterschiedliche Schädigungsmechanismen überwiegen. Hierbei erfolgt zwar häufig eine Polytraumatisierung des Opfers, doch kann bereits ein einzelner Tritt – insbesondere aufgrund innerer Blutungen – eine tödliche Verletzung nach sich ziehen.¹⁹

Für die Gefährlichkeit der Angriffshandlung ist die Art des gegebenenfalls vom Täter getragenen Schuhwerks dabei nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Zwar vermag besonders stabiles und insbesondere gegen Verformung resistentes Schuhwerk – etwa mit Stahlkappen versehene Arbeitsschuhe – bei sonst gleichen Bedingungen mehr kinetische Energie zu vermitteln, doch können auch Tritte mit so genanntem leichtem Schuhwerk (Turnschuhe, Hausschuhe) oder auch dem unbeschuhten Fuß ohne weiteres tödliche Verletzungen bewirken. Auch Geschlecht, Statur, körperliche Fitness und etwaige sportliche Ausbildung des Täters vermögen zwar die bei einem solchen Angriff eingesetzte Energie zu beeinflussen, stellen aber jeweils keine Bedingung für die Lebensgefährlichkeit derartiger Tritte dar.

Vielmehr ist aus medizinischer Sicht insgesamt zu konstatieren, dass bei mit nicht lediglich unerheblicher Wucht geführten Tritten gegen den Kopf, den Hals oder den Rumpf einer am Boden liegenden Person so massive Kräfte zur Wirkung kommen, dass bei dem Opfer *immer* mit lebensgefährlichen Verletzungen zu rechnen ist und es mithin häufig lediglich vom Zufall abhängt, ob durch die Tritte im Ergebnis lebensgefährdende Knochen- oder Organverletzungen verursacht werden oder ob das Opfer mit eher oberflächlichen Verletzungen davonkommt. Dies bedeutet zudem auch, dass zwar aus der Verursachung eingetretener Verletzungen auf ein entsprechendes Ausmaß der verübten Gewalt geschlossen werden kann²⁰, dass aber nicht im Umkehrschluss von dem Nichtvorliegen (erheblicher) Verletzungen auf die konkrete Ungefährlichkeit der Tathandlung geschlossen werden kann.

In subjektiver Hinsicht vertritt der Bundesgerichtshof insoweit in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass neben dem grundlegenden Verletzungsvorsatz die Kenntnis derjenigen Umstände erforderlich und ausreichend sei, aus welchen sich die generelle Eignung der Tathandlung zur Herbeiführung einer Todesgefahr für das Opfer ergebe.²¹ Nicht erforderlich ist hiernach, dass der Täter die von ihm zutreffend erkannten Umstände selbst als lebensgefährlich *bewertet*.²²

Im Hinblick auf Fußtritte gegen den Kopf und/oder den Oberkörper eines am Boden liegenden Opfers ist eine Sachverhaltskonstellation, in welcher dem Täter die die objektive Lebensgefährlichkeit seiner Handlung begründenden Umstände nicht bewusst sein könnten, schwerlich vorstellbar. Aber selbst wenn man mit Teilen der Literatur die Ansicht verträte, dass dem Täter für eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung die Lebensgefährlichkeit seiner Tathandlung bewusst sein müsse, läge angesichts der allgemein verbreiteten Gefährlichkeitseinschätzung derartiger Gewalthandlungen durch die Bevölkerung²³ die Annahme eines entsprechenden Vorsatzes nahe.

¹⁵ Fischer, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 12; Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl. (2004), S. 179; Haft, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl. (2005), S. 149; *Hardtung* JuS 2008, 960, 965; MK-*Hardtung*, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 30; Hohmann/Sander, Strafrecht Besonderer Teil II (2000), S. 59; Joecks, Strafgesetzbuch, 6. Aufl. (2005), § 224 Rn. 38; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. (2006), § 224 Rn. 18; Krey/Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 13. Aufl. (2005), S. 111; Küper, Strafrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. (2005), S. 60; LK-Lilie, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 36; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 9. Aufl. (2003), S. 121; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 7. Aufl. (2006), S. 101; Stree, in: Schönke/Schröder, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 4; Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, 30. Aufl. (2006), S. 80.

¹⁶ BGHSt 2, 160, 163; BGHR StGB § 223a Abs. 1 Lebensgefährdung 1, 7; BGH NStZ-RR 1997, 67, 67; NJW 2002, 3264, 3265; HRRS 2004 Nr. 513; HRRS 2004 Nr. 761. MK-*Hardtung*, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 30, und LK-Lilie, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 36, weisen darauf hin, dass sich der Gesetzgeber im Vorfeld des 6. StrRG ausdrücklich dieser Auffassung angeschlossen hat (BT-Dr. 13/8587, S. 83).

¹⁷ MK-*Hardtung*, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 30.

¹⁸ BGHSt 2, 160, 162; BGHSt 19, 352, 352; BGH HRRS 2004 Nr. 513.

¹⁹ Heinke, Tottreten – eine kriminalwissenschaftliche Untersuchung, 2010, S. 70.

²⁰ MK-*Hardtung*, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 30.

²¹ BGHSt 19, 352, 353; BGHSt 36, 1, 15; BGH NStZ 1986, 166, 166; NJW 1990, 3156, 3156; StV 2001, 572, 572.

²² LK-Lilie, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 39.

²³ Vgl. hierzu Heinke, a.a.O. (Fn. 19), S. 145; ders. NStZ 2010, 119, 122

Fußtritte gegen Kopf und Oberkörper sind mithin – unabhängig vom getragenen Schuhwerk – ausnahmslos auch unter dem Aspekt einer das Leben gefährdenden

Behandlung im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zu betrachten. In der vom Täter eben nicht dosierbaren Verletzungsfolge liegt ihre besondere Gefährlichkeit.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Edda Weßlau/Wolfgang Wohlers (Hrsg.): Festschrift für Gerhard Fezer; De Gruyter, 613 Seiten, 164, 95 €, Berlin 2008.

I. *Gerhard Fezer* versteht sich nicht in erster Linie als Strafrechtler, sondern ganz dezidiert als Strafprozessualist. Das Strafprozessrecht als Selbstbeschränkung staatlicher Macht bei der Abklärung eines Tatverdachts – das ist das durchgehende Leitmotiv seiner Forschungen. Schwerpunkte bilden die Lehre von den Beweisverboten und – vor allem – das Revisionsrecht. Zum 70. Geburtstag haben ihn Herausgeber und Autoren aus Wissenschaft und Praxis mit einer Festschrift geehrt, deren Beiträge das wissenschaftliche Werk des Jubilars treffend widerspiegeln. Es handelt sich ausnahmslos um prozessrechtlich ausgerichtete Aufsätze, was dem Ziel der Herausgeber, mit der Festschrift der Strafprozesswissenschaft, ein Forum für eine Standortbestimmung zur Verfügung zu stellen (Geleitwort, S. 13) entspricht, zumal in einer Zeit, in der die Tendenz zu beobachten ist, die Wahrung der strafprozessualen Formen nicht mehr als Wert an sich zu akzeptieren (Die fortschreitende Relativierung der Verfahrensvorschriften durch den Bundesgerichtshof beklagen etwa die Autoren *Meyer-Goßner* [S. 143], *Barton* [S. 340 mit deprimierender Statistik], *Frisch* [S. 365] und *Ventzke* [S. 419]).

Die Festschrift ist in fünf Abschnitte unterteilt: „Strafprozessuale Grundrechtseingriffe“, „Die tatrichterliche Hauptverhandlung“, „Beweisgewinnung und –verwertung“, „Revisionsrecht“ und „Anderweitige strafprozessuale Fragen“.

II. 1.) Im ersten Kapitel „Strafprozessuale Grundrechtseingriffe“ wirft *Beulke* unter dem Titel „Fernwirkungen des § 148 StPO – Ein Plädoyer wider den gläsernen Verteidiger“ die Frage auf, wie sich die neue Vorschrift des § 160a Abs. 4 S. 1 StPO auf die bislang anerkannte Sperrwirkung des § 148 StPO auswirkt, wonach Interna der Strafverteidigung solange (auch nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens gegen den Beschuldigten) tabu blieben, wie den Verteidiger kein Mittäterverdacht an der Straftat des Mandanten traf und es allein um den mündlichen (!) Kontakt zwischen ihm und dem Beschuldigten ging: Der Schutz der freien Aussprache verflüchtigte sich bislang auch dann nicht, wenn der Verteidiger in Verdacht geriet, durch seine Tätigkeit die Grenzen zur Strafvereitelung überschritten zu haben. Nun aber ordnet § 160a Abs. 4 S. 1 StPO an, dass das umfassende Erhebungs- und Verwertungsverbot des § 160a Abs. 1 StPO dann aufgehoben ist, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht u. a. der Strafvereitelung begründen. *Beulke* legt dar, dass die Neuregelung, obgleich der Wortlaut anderes zu regeln scheine, nichts an der einhelligen Auslegung des § 148 StPO als analogiefähige und generelle Schutznorm zugunsten des (mündlichen) Verteidiger-Mandanten-Kontaktes geändert habe (S. 10 ff.; so, wenn auch in anderem Zusammenhang, offenbar auch *Rogall* in seinem Aufsatz, S. 61, 79 f.). Das überzeugt nicht zuletzt deshalb, weil es einer übereifrigen Staatsanwaltschaft sonst jederzeit möglich wäre, unter dem Deckmantel, nur strafbare Sachverhalte aufklären zu wollen, auch erlaubte Verteidigungsstrategien auszuforschen (S. 16 f.). Ohnehin weiß jeder erfahrene Anwalt, dass sein Mandant schnell zu seinem größten Feind mutieren kann, wenn er mit den Diensten seines Verteidigers unzufrieden ist.

Vernünftigerweise vermeidet der Verteidiger (auch deshalb) strikt, sich in die Hände des Mandanten zu begeben.

Kluszczewski übt „Kritik an der Vorratsdatenspeicherung“ (S. 19 ff.). *Velten* äußert im Rahmen des von ihr näher behandelten Themas „Verkehrsdaten in der Strafverfolgung“ (S. 87 ff.) Bedenken an der der Speicherung solcher Daten anschließenden „Vorratsdatenauswertung als Beweismittel“ (S. 105 ff.). Das Bundesverfassungsgericht hat die von beiden geäußerten Bedenken zwischenzeitlich aufgegriffen (BVerfG NJW 2010, S. 833 ff. = HRRS 2010 Nr. 134). *Paeffgen* zeigt in seinem Beitrag „Zwischenhaft, Organisationshaft“ (S. 35 ff.) die – mangels gesetzlicher Grundlage – schwerlich zu bestreitende Verfassungswidrigkeit dieser Formen der Freiheitsentziehung auf. *Rogall* verfolgt mit seinem Aufsatz „Kernbereichsmystik im Strafverfahren“ (S. 61 ff.) selbstbewusst das Ziel der „endgültigen Entmystifizierung der Kernbereichsthese im Strafverfahrensrecht“ (S. 63). Ihre „Entzauberung“ tue Not (S. 73). Er entwickelt seine These anhand der von ihm von ganz und gar verfehlt gehaltenen (hier als bekannt vorausgesetzten) Entscheidung BGHSt 50, 206, in der der Inhalt eines Selbstgesprächs, das der Beschuldigte in einem Krankenzimmer führte, für unverwertbar erklärt wurde: Selbstgespräche zählten zum Kernbereich privater Lebensführung. *Rogall* erscheint dieser Befund „rätselhaft und fast schon unheimlich“ (S. 66). Offenbar sei „jedes Gespür für ein zutreffendes, der Gerechtigkeit entsprechendes Fallmanagement verloren gegangen“ (S. 67). Der Kernbereich privater Lebensgestaltung sei nämlich nur dann richtig definiert, wenn man ihn auf Sachverhalte beschränke, „die in keiner Beziehung zu einer Straftat stehen und daher für die Aufklärung der Tat nicht benötigt werden“ (S. 78). Dazu zähle nach Auffassung *Rogalls* kreatürliche Vorgänge wie „pinkeln, pupsen, husten, schnarchen“ (S. 78). Soweit es aber um Indiztatsachen für Feststellungen zur Schuld- oder Rechtsfolgenfrage gehe, könne es sich nicht um Kernbereichsinformationen handeln (S. 79): Derartige Informationen wiesen stets einen den Zugriff des Staates gestattenden Sozialbezug auf. Von wenigen Ausnahmen abgesehen (etwa Gespräch zwischen Mandant und Verteidiger; § 148 StPO), sei daher eine Verwertung nicht nur geboten, sondern zwingend. Die Frage, ob *Rogall* seine Überlegungen auch dann durchgreifen lassen will, wenn sich das Selbstgespräch als Ringen des Beschuldigten mit sich selbst darstellt, etwa im Gebet, bleibt unerörtert. Auch das scheint „rätselhaft“.

2.) Am Anfang der Arbeiten zum zweiten Kapitel „Die tatricherliche Hauptverhandlung“ untersucht *Dencker* „die Form der Vernehmung des Angeklagten zur Sache“ (S. 115 ff.). Ist zwingend die mündliche Befragung mit mündlicher Antwort gemeint, oder hat der Angeklagte ein Recht darauf, sich in einer selbst bestimmten, kontrollierten Redeform zu äußern, sei es durch Verlesen eines vorgefertigten Textes, sei es durch Sprechen seines Verteidigers in seinem Namen? *Dencker* stellt die Argumente für und wider ausführlich dar und unterzieht sie sodann einer kritischen Würdigung. Sein Befund: Der Angeklagte sei in seiner Entscheidung frei; er könne sich in der Weise äußern, die er selbst für die Beste halte. Allerdings: Lasse sich der Angeklagte nicht auf die mündliche Befragung mit mündlicher Antwort ein, so

könne seiner Äußerung, gleichviel ob von ihm selbst vorgelesen oder durch den Verteidiger vorgetragen, grds. nicht mehr Beweiskraft zukommen, als ein Sachvortrag durch den Verteidiger in dessen eigener Funktion (S. 132 f.). Was sich insbesondere bei der Beweiskonstellaton „Aussage gegen Aussage“ auswirke.

Meyer-Goßner geht in seinem Beitrag der Frage nach, ob die „Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung“ sich als notwendige Reform oder als Irrweg erweist (S. 135 ff.). Er begegnet solch technischer Neuerung mit gewisser Skepsis und favorisiert statt dessen eine „strenge Anwendung“ des § 274 StPO (S. 150). Der in diesem Zusammenhang von ihm erörterten neuen Rechtsprechung zur sog. Rügeverkümmern steht *Meyer-Goßner* ablehnend gegenüber, zumal „den Gerichten wahrlich keine übermäßig schwierige Aufgabe bei Anfertigung des Hauptverhandlungsprotokolls abverlangt“ werde (ähnlich auch schon seine Nachfolgerin im Vorsitz des 4. Strafsenats des BGH Ingeborg *Tepperwien*, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 595, 609: kein unabwendbares Schicksal für die Justiz, sondern durch sorgfältige Protokollführung vermeidbar.). „§ 273 Abs. 3 StPO – Eine überflüssige Norm“ lautet der Titel des Aufsatzes von *Egon Müller* (S. 153 ff.). Es liege in der Natur der Sache, dass kein Verfahrensbeitrügter etwa nach 1/8 oder 1/3 der Hauptverhandlung absehen könne, was denn im Schlussvortrag ausgeführt werden soll. Solche Prognose sei daher auch nicht Aufgabe des Vorsitzenden, und in Missbrauchsfällen, die § 257 Abs. 3 StPO offenbar im Blick haben, reiche die Sachleitungsbefugnis des § 238 StPO aus, um Auswüchsen zu begegnen (S. 162). *Beidem* wird man zuzustimmen haben. *Sowada* schließlich äußert sich „Zur erstinstanzlichen Zuständigkeit des OLG bei Erweiterung des § 120 Abs. 2 GVG nach Eröffnung des Hauptverfahrens“ (S. 163 ff.), d.h. zur sog. Proliferation, also um Fälle, in denen sich gewisse Staaten bemühen, in den Besitz atomarer, biologischer oder chemischer Waffen sowie der dazu erforderlichen Trägersysteme zu gelangen.

III. Der Zeugenschutz steht vor allem auf der Ebene der Hauptverhandlung seit jeher im Konflikt mit der Aufklärungspflicht sowie dem Beteiligungsrecht des Angeklagten, da er für diese i.d.R. eine Einschränkung bedeutet. Dieser Probleme nimmt sich *Eisenberg* in seinem Beitrag „Zeugenschutz und Wahrheitsermittlung im Strafprozess“ (S. 193 ff.) an, durch den der Reigen der Aufsätze im Abschnitt „Beweisgewinnung und -verwertung“ eröffnet wird. *Eisenberg* warnt nachdrücklich vor der in der Praxis leider immer wieder anzutreffenden Instrumentalisierung von Zeugenschutzprogrammen durch Staatsanwaltschaft und Polizei und den damit einhergehenden greifbaren Gefahren für die Wahrheitsfindung (S. 197 ff.). Dem Rezensenten sind Fälle bekannt, in denen etwa die observierte Lieferung eines Kilos hochwertigen Kokains nach § 154 Abs. 2 StPO nicht weiter verfolgt und statt dessen lediglich die vorherige Übergabe der Probe (ein Gramm) angeklagt wurde und zur Verurteilung führte, um den Angeklagten, weil man ihn als Zeugen zu brauchen glaubte, bei Laune zu halten. Allerdings geschehen solche hanebüchernen und rechtswidrigen Praktiken immer unter der mehr oder minder klar formulierten Forderung, bei der Stange zu bleiben und weiter gegen „Mittäter“ auszusagen. In der Diktion eines Staatsanwalts: „Wenn er mir aus der Spur läuft, dann

kriegt er was nach“ (Originalzitat aus jüngster Zeit). Wird die Spur jedoch gehalten, dann winken offener Vollzug und – um ein praktisch relevantes Beispiel zu nennen – der Verzicht auf Ausweisung und Abschiebung aus der BRD. Die Aufnahme in das Zeugenschutzprogramm macht so etwas möglich. *Eisenberg* beschreibt eindrucksvoll den Rollenkonflikt, den der Zeuge gerade nach Aufnahme in das Schutzprogramm ausgesetzt ist (S. 200 f.). Dieser Aufsatz ist Pflichtlektüre für alle mit einschlägigen Fällen befasste, namentlich Richter und Verteidiger. *Pfister* hält ein „Plädoyer für die Streichung der Vorschriften über die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme“ (S. 211 ff.) und beschließt es mit einem wohlbe-gründeten Gesetzesvorschlag (S. 225 f.). *Keller* äußert sich „Zur strafprozessualen Verwertbarkeit von im Aus-land abgelegten Geständnissen“ (S. 227 ff.) und *Paulus* erläutert im Grundsätzlichen die „Strafprozessuale(n) Beweisstrukturen“ (S. 243 ff.), namentlich die „Wahrheit“ als Maßstab richterlicher Überzeugung. *Schlothauer* spricht sich überzeugend gegen die „Strafprozessuale Verwertung selbstbelastender Angaben in Verwaltungsverfahren“ aus (S. 267 ff.), *Weßlau* befasst sich in ihrem Aufsatz „Der blinde Fleck – Kritik an der Lehre vom Beweisantragsrecht“ (S. 289 ff.) mit der Identitäts- und der Inkongruenzthese, die von unterschiedlichen Stand-punkten aus das Verhältnis von Amtsaufklärungspflicht und Beweisantragsrecht zu erklären versuchen. *Weßlau* beschreibt, dass und warum die Diskussion in eine Sack-gasse geraten ist (S. 291 ff.). Überzeugend legt sie dar, dass das Verbot der Beweisantizipation als einheitliches Prinzip zur Kontrolle der Beweisaufnahme ungeeignet ist. *Wohlers* schließlich macht klar, dass „Die Hypothese rechtmäßiger Beweiserhebung“ als „Ein Instrument zur Relativierung unselbständiger Verwertungsverbote?“ (so der Untertitel) entweder – von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen – unzulässig oder überflüssig ist (S. 311 ff.).

IV. Dem Revisionsrecht ist der 4. Abschnitt gewidmet. *Barton* liefert rechtstatsächliche Befunde aus den Jahren 1970 bis 2005 zum Thema „Die erweiterte Revision in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs“ (S. 333 f.); *Fezer* hatte 1974 dazu seine bahnbrechende Publikation vorgelegt, in der er gezeigt hatte, dass die Senate faktisch auf die tatrichterlichen Feststellungen und auf die Be-weiswürdigung zugriffen, ohne freilich die dahinter ste-henden Methoden transparent zu machen. Dies ermögli-che – in der Diktion *Fezers* – ein „Doppeltes Spiel“: Auf der einen Seite griffe der BGH unter Berufung auf eine angebliche Gesetzesverletzung der Sache nach tatrichter-liche Feststellungen an; auf der anderen Seite könnte er ohne Weiteres eben solche Angriffe von Revisionsführern als revisionsfremd und unzulässig zurückweisen. *Barton* untersucht nun, ob die Revisionsgerichte der erweiterten Revision in den vergangenen 30 Jahren feste Konturen haben verleihen können. Und: Ist nunmehr überzeugend geklärt, in welchen Grenzen die tatrichterliche Beweis-würdigung revisibel ist? (S. 335). Sein Fazit: Eine exakte Trennlinie zwischen irrevisibler tatrichterlicher Beweis-würdigung einerseits und zulässiger revisibler Rechts-kontrolle andererseits lässt sich den vom BGH entschie-denen und von *Barton* untersuchten Fällen für das Jahr 2005 nicht entnehmen. Wann die Regel gilt bzw. wann eine Ausnahme vorgenommen werden darf, sei nach wie vor ungeklärt: „Das alte Programm der Revision (Regel Nr. 1: Angriffe gegen die Beweiswürdigung sind unzuläs-

sig) läuft parallel neben der modernen Revision (Regel Nr. 2: Standardformel oder einfache pragmatische Hand-habung). Je nachdem, welche Regel verwandt wird, kann damit bei der Darstellung einer Entscheidung sowohl das eine wie das entgegengesetzte Ergebnis schließlich darge-legt und gerechtfertigt werden“ (S. 346). *Barton* betont, dass mit dieser Feststellung kein irgendwie gearteter Vorwurf gegenüber Bundesrichtern verbunden sei: „Zweifel daran, dass Revisionsrichter nicht nach bestem Wissen und Gewissen entscheiden, solle nicht einmal ansatzweise geschürt werden“ (S. 347), zumal sich die Fälle der erweiterten Revision nicht immer präzise von klassischen Subsumtionsrügen trennen lassen (S. 337).

Auch *Frisch* befasst sich im Rahmen seiner Untersuchung zum „Wandel der Revision als Ausdruck geistigen und gesellschaftlichen Wandels“ (S. 353 ff.) ebenfalls mit der sog. erweiterten Revision, vor allem aber mit den man-nigfaltigen Einschränkungen der Revisibilität im Ver-gleich zu den Vorstellungen des historischen Gesetzge-bers (S. 361 ff.). Er spürt in diesem Zusammenhang der Frage nach, warum die Rechtsprechung trotz harscher Kritik an ihrem Kurs festhält, den Tatrichtern immens weite Beurteilungsspielräume zuzugestehen (kritisch etwa *Tolksdorf*, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 523, 538 f.; *Neuhaus*, in: FS Rieß, 2002, S. 375, 398 f.) und die Wir-kungen der Verfahrensrüge bis hin nahezu Bedeutungslo-sigkeit zurück zu drängen. Sein Befund: Der Wandel der Revision sei Ausdruck sich ändernder geistiger Strömun-gen und gesellschaftlicher Bedingungen und Erwartun-gen. Ein stärker ergebnisorientiertes Denken habe zu einer Ausweitung der Sachrüge geführt und zugleich die Erfolgsaussichten der Verfahrensrüge in mehrfacher Hinsicht ausgedünnt. Das Bemühen um einen sachge-rechten Einsatz knapper justizieller Ressourcen und der Einfluss transnational überwachter normativer Prinzipien hätten zu weiteren Einschränkungen des Anwendungs-beereichs der Verfahrensrüge geführt (S. 391). „Beweis als Rechtsbegriff und seine revisionsrechtliche Kontrolle“ überschreibt *R. Hamm* seinen Beitrag (S. 393 ff.), in dem er u.a. das Anforderungsprofil an die tatrichterlichen Urteilsgründe zur Beweiswürdigung im Falle des Schuld-spruchs aufgrund einer einzigen Zeugenaussage darstellt. Die schon mehrfach erwähnte erweiterte Revision bietet *Rieß* Anlass, sich „Zum Verhältnis von Tatrichter und Revisionsrichter“ (S. 455 f.) zu äußern. Dabei hebt er hervor, dass auch bei der erweiterten Revision nur die Beweisaufnahme in einer Hauptverhandlung und die aus deren Inbegriff geschöpfte Überzeugung des Tatrichters die Richtigkeit der Feststellungen legitimiere (S. 462). *Jahn* untersucht in seinem Aufsatz „Der befangene Revi-sionsrichter“ (S. 413 ff.) wie eine Lücke im Ablehnungs-recht zu schließen sei: Bekanntlich trifft das Gesetz keine Regelung für Verfahren ohne mündliche Verhandlung (§§ 25 Abs. 1, 351 Abs. 1 StPO). Dabei beanstandet er die mittlerweile schon gängige Praxis des BGH (etwa BGH wistra 2007, 319; NStZ 2007, 416, 417), einen Anspruch auf Namhaftmachung der zur Entscheidung berufenen Richter abzulehnen (S. 428 ff.). Mit dieser Haltung liefe die Rechtsprechung Gefahr, so bemerkt *Jahn* völlig zurecht (S. 431), die verfassungsrechtlichen Mindestbedingungen des Richterablehnungsrechts zu verfehlen. Im Weiteren bietet *Jahn* Lösungsmöglichkeiten de lege ferenda und de lege lata an. *Kudlich* befasst sich mit dem Thema „Wie absolut sind die absoluten Revisi-

onsgründe?“ (S. 435 ff.). Steht die „Verteidigung am revisionsrechtlichen Pranger?“ fragt *Ventzke* (S. 477 ff.) und stellt fest, dass sich Stil und Inhalt revisionsgerichtlicher Entscheidungen in Bezug auf den Umgang mit Verteidigern erheblich gewandelt habe. Beispielhaft legt er dar, dass es immer wieder zu ausdrücklichen Maßregelungen von Anwälten kommt; sie seien trotz Anonymisierung für generelle Materie durchaus entschlüsselbar. Sicher gibt es seltene Fälle nicht zu tolerierender Amokverteidigungen. Es geht aber entschieden zu weit, von einem Verfall des „anwältlichen Ethos“ zu sprechen, zumal es eine wie auch immer geartete empirische Objektivierung dieser Verfallsprognose nicht gibt (vgl. nur R. Hamm NJW 2007, 3166, 3169 ff.). *Ventzke* dazu pointiert: Skurrilitäten im Verhalten des Verteidigers im eigentlich begründungslosen Beschlussverwerfungsverfahren aufgeregt zu erörtern, sollte sich jedenfalls schon deshalb verbieten, weil der als Verschwendung von Justizressourcen ausgemachte Missstand höchswahrscheinlich dadurch relativiert wird, dass es eine Vielzahl von Verfahren geben dürfte, in denen Verteidigung deshalb mangelhaft war, weil nicht einmal die zur Wahrung der Mandanteninteressen unbedingt erforderlichen Verteidigungsaktivitäten entfaltet und dadurch Justizressourcen geschont wurden (so zutreffend S. 484).

V. Im Zuge „Anderweitige(r) strafprozessuale(r) Fragen“ (5. Kapitel) stellt *Gössel* die Frage „Quo vadis, Strafverfahren?“ (S. 495 ff.) unter besonderer Berücksichtigung des Aspektes der Fesselung der Judikative durch die Exekutive. *Lüderssen* liefert einen „unorthodoxen Beitrag“ (so der Untertitel) zur Frage der Legitimation der strafprozessualen Absprache: „Regulierte Selbstregulierung in der Strafjustiz?“ (S. 531 ff.). In Anlehnung an die Publikation des Jubilars „Vereinfachte Verfahren im Strafprozess“ für den XIV. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung 1994 schreibt *Fr. Chr. Schroeder* zum „Absehen von der Strafe und Absehen von der Strafverfolgung“ (S. 543 ff.). *Schünemann* arbeitet in seinem Beitrag „Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells“ (S. 555 ff.) heraus, dass die globale Reform des Strafverfahrens bei der Ausbalancierung des Ermittlungsverfahrens ansetzen muss. *Hilger* wendet sich „Neuere(n) Fragen zur Privatklage und zum Adhäsionsverfahren“ zu (S. 577 ff.) und *Rüping* schließlich untersucht das Verhältnis von strafrechtlicher und berufsrechtlicher Ahndung (S. 588 ff.).

VI. Die Festschrift enthält eine Vielzahl kluger und anregender Beiträge. Wer sich Zeit für die Lektüre nimmt, wird mit einer Fülle an Einsichten belohnt, die – ohne jede Besserwisserei – auch für revisionsrichterliche Praktiker gewiss von Interesse sind.

Rechtsanwalt & Fachanwalt für Strafrecht Dr. **Ralf Neuhaus**, Dortmund

Ulrich Sieber, Gerhard Dannecker, Urs Kindhäuser, Joachim Vogel, Tonio Walter (Hrsg.): **Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus**

Tiedemann zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, XXIII, 1649 Seiten, 298.– €, Köln, München 2008.

Der langjährige, hochrenommierte Ordinarius an der Freiburger Fakultät gilt seit langem als „führender Architekt des deutschen Wirtschaftsstrafrechts“. Seine Forschungsinteressen galten dabei immer zugleich den strafrechtsdogmatischen Grundlagen, aber auch dem Verfassungsrecht und der Rechtsgeschichte. Nicht zuletzt muss man Klaus Tiedemann aber auch als einflussreichen Rechtspolitiker bezeichnen, der insbesondere als Mitglied der BMJ-Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und als Gutachter zum 49. DJT 1972 das 1. und 2. WiKG maßgeblich geprägt hat. Besondere Verdienste hat er sich zugleich als Wegbereiter des Europäischen Strafrechts erworben, zuletzt als Mitglied der Expertengruppe, die den „Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union“ verfasst hat; das Vorwort der Herausgeber nennt ihn mit Recht den „ersten deutschen Strafrechtswissenschaftler“, der sich schon frühzeitig vertieft mit dieser noch heute eher schillernd am Horizont aufscheinenden Zukunftsperspektive befasst hat (S. XI). Die zu seinen Ehren herausgegebene Festschrift mit insgesamt sage und schreibe 97 Beiträgen (!), davon mehr als die Hälfte aus der Feder ausländischer Kolleginnen und Kollegen (51 Beiträge), veranschaulicht diese Breite und Interdisziplinarität seiner Forschungsinteressen auf eindrucksvolle Weise. Untergliedert in insgesamt fünf Kapiteln wird der Leser auf eine wahre Abenteuerreise entsandt, angefangen von den „Grundlagen und (dem) Allgemeinen Teil“ des (Wirtschafts-)Strafrechts (I.) über zentrale Fragen des „Besonderen Teils“ (II.), des „Strafverfahrensrechts“ (III.) und des „Europäischen und Internationalen Strafrechts“ (IV.) bis hin zu „Kriminologie und Strafvollzug“ (V.).

I. Den Auftakt bildet das eindrucksvolle Plädoyer *Zapateros* für ein „integrales Wirtschaftsstrafrecht“ auf der Basis internationalen Zusammenwirkens als Antwort des modernen Rechts- und Sozialstaats auf neue, globalisierte Formen der (organisierten) Kriminalität. Der geforderte Ausbau der Strafrechtsharmonisierung soll dabei mit Recht „von unten nach oben“, mit dem Ziel einer „Einheit in Vielfalt“ (*Schlüchter*) erfolgen, d.h. in den Worten des Autors im Wege einer „Hybridisierung nationaler Normen und Institutionen“ und nicht mittels „vertikalen Oktroys“ durch „hegemoniale Instanzen“ (S. 13). Solche sind nach *Palazzo* um so mehr zu befürchten, wenn die „natürliche“ Sensibilisierung für reale Bedrohungen wie insbesondere den internationalen Terrorismus zunehmend die Gefahr einer „Verformung zum Feindstrafrecht“ (S. 16) mit sich bringe. Diese beunruhigende Entwicklung wirft unvermeidlich die ungelöste Frage nach dem *quis custodiat custodes* auf. Die beiden kriminalpolitischen Postulate der „Fragmentarität“ und der „Subsidiarität“ von Strafrecht taugen nach *Kühl* dabei nicht als „Bollwerke gegen ständige Neukriminalisierungen“, zumal die Beachtung punktueller wirtschaftsstrafrechtlicher Verbote tendenziell weniger freiheitsbeschränkend ist als die Unterwerfung der Akteure unter ein u.U. „umfassendes Kontrollnetz verwaltungsrechtlicher Mechanismen“ (S. 33). Zum blei-

benden Erbe der wirtschaftsstrafrechtlichen Reformbewegung, die im AE 1977 („Straftaten gegen die Wirtschaft“) unter maßgeblicher Mitwirkung des Geehrten einen Gipfelsturm erreichte, zählt *Achenbach* in seinem lehrreichen Rückblick vor allem die „Blickschärfung für die Schattenseiten wirtschaftlicher Betätigung“, nicht dagegen die „Hyperaktivität des modernen Gesetzgebers“ (S. 59). Die den Wirtschaftsdelikten zugrunde liegende spezifische Gefährdung überindividueller Rechtsgüter (Tiedemann) analysiert *Lampe* in seiner breit angelegten, tiefeschürfenden Studie mit dem Ergebnis, „dass überindividuelle Interessen soziokulturell wertvolle Institutionen hervorbringen, wenn ihre Befriedigung einem überindividuellen Wohl dient (...), und (...) als Rechtsgüter auszugestalten sind, wenn das Vertrauen in ihren Bestand staatlichen Schutzes bedarf“ (S. 80).

Den Rahmen des Wirtschaftsstrafrechts überschreitend behandelt *Hirsch* in systematisierender wie kriminalpolitischer Absicht die sog. „Gefährdelikte“, die anstelle der tradierten „Gefährdungsdelikte“ den Oberbegriff für Tatbestände mit Gefahrbezug, d.h. jenseits der Verletzungsdelikte bilden sollen. Dabei verlaufe begrifflich und sachlich die Trennlinie nicht zwischen konkreten und abstrakten Gefährdungsdelikten, sondern zwischen Gefährdungs- (auf ein bestimmtes Gut bezogen) und Gefährlichkeitsdelikten (auf eine bestimmte Handlung bezogen). Letztere lassen sich dabei je nach handlungsspezifischer Risikodimension nochmals differenzieren, wobei der bloß formelle Normungehorsam („abstraktes Gefährlichkeitsdelikt“) im Kriminalstrafrecht die seltene Ausnahme zu bleiben habe (S. 164). Als ein „Delikt ohne unmittelbar verletztes individuelles Opfer“ begreift *Günther* die Ordnungswidrigkeit als qualitativ Anderes gegenüber einer Straftat, so dass in deutlicherem Kontrast zum Strafrecht besser von Bußgeldrecht gesprochen werden sollte (S. 167 f., 170); als eine der hieraus zu ziehenden Konsequenzen tritt er für die sog. „weiche Schuldtheorie“ in ihrer Annäherung an die Vorsatztheorie sowohl beim Irrtum über Blanketttatbestände als auch über normative Tatbestandsmerkmale ein. Solche enthält nach *Ransiek* entgegen h.M. auch § 370 AO (dazu später auch *T. Walter*, S. 969 ff.), der nur so mit Blick auf Art. 103 II GG seiner Verfassungswidrigkeit entgehe. Denn die steuerrechtlichen Vorprägungen des Tatbestands seien weder dem Bestimmtheits- noch dem Analogieverbot unterworfen, sondern eigenen Wirksamkeitsvoraussetzungen unterstellt (S. 188). Gewichtige politische (z.B. Gesetzestreue, Demokratie, Gleichheit der Bürger) und juristische Gründe für die größtmögliche Geltungskraft des Gesetzlichkeitsprinzips präsentiert *Marinucci* in seiner auch strafrechtsgeschichtlich interessanten Studie, die – mit Tiedemann – in jeder „Ablösung von der Straftatbestandlichkeit“ de facto nichts anderes als eine „Umgehung des Analogieverbots“ sieht (S. 204). Aus dem Tatbestand sind nach *Gracia Martín* alle „sozialadäquaten Handlungen“ auszuschneiden, von denen immer dann die Rede sein soll, wenn es sich um „von der Sozialgemeinschaft *allgemein gebilligte*, d.h. sich im Rahmen des normalen Ablaufs der geschichtlichen Ordnung einer Gesellschaft ereignende“ Geschehnisse handelt (S. 214). Dogmengeschichtlich und verbrechenssystematisch verbindet sich mit dieser Hochschätzung der „Sozialadäquanz“ ein eindrucksvolles Plädoyer für den *Welzelschen* Finalismus, der sich nicht als „ontologische Dogma-

tik“, sondern als solche von „sachlich-normativ synthetischem Charakter“ erweise (S. 207). In seiner spezifischen Ausprägung als „berufsbedingtes Verhalten“ bzw. einer „neutralen Beihilfe“ findet sich der Grundgedanke der Sozialadäquanz von *Kudlich* für den Bereich von Steuerstraftaten im grenzüberschreitenden Kontext beleuchtet (S. 221 ff.), von *Silva Sánchez* für die Beteiligung von Notaren an Vermögens- und Wirtschaftsstraftaten (S. 237 ff.). Im Bereich der Täter- und Teilnahmelehre verteidigt *Bacigalupo* die Theorie der Pflicht(widrigkeits)delikte sowie deren Folgen für die Akzessorität in vorbildlicher rechtsvergleichender Methodik im Anschluss an Roxin gegen bekannte Einwände (S. 253 ff.), analysiert *Sowada* in bestechender Manier „Tatbestände mit spiegelbildlicher Deliktsstruktur (insbesondere im Korruptionsstrafrecht)“ wie deren strafrechtsdogmatischen Auswirkungen (S. 273 ff.) und deutet *García Caveró* die strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers im Lichte der Lehren Jakobs als Verletzung einer (auch durch das Recht gestalteten) „Rollenerwartung“ (S. 299 ff.).

Das Schuldprinzip und die hieraus resultierende strafrechtliche „Verantwortlichkeit“ findet – der Aktualität der Thematik angemessen – gleich in mehreren Beiträgen vertiefte Behandlung: Dabei geht es *Hörnle* nicht etwa allein normtextlich um die „verfassungsrechtliche Begründung“, sondern – ausgehend vom „Menschenbild des Grundgesetzes“ – um eine grundsätzliche Klärung der Fundamentalfrage nach der Berechtigung des „persönlichen Vorwurfs“ in einer Zeit verlorengegangener Gewissheit über den Bedeutungsgehalt von „Selbstbestimmung“ und „Eigenverantwortung“, auch vor dem Hintergrund der neurobiologischen Aufklärung menschlicher „Freiheit“. Mit Recht betont sie dabei, dass die im klassischen Verständnis postulierten Grundvoraussetzungen einer Handlungsverantwortung – kausale Urheberschaft, Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit – nicht mehr selbstverständlich sind und insbesondere mit Blick auf die moderne Hirnforschung jene von der Strafrechtslehre gerne gemiedene Auseinandersetzung unumgänglich sei: „ob Menschen zu vernunftgesteuerten Abwägungsprozessen in der Lage sind, die innerhalb der komplexen Abläufe im Gehirn bedeutsam genug sind, um die Einstufung als »vermeidbare Handlung« zu tragen“ (S. 339). *Bustos Ramírez* setzt dagegen die (abstufbare) Fähigkeit des Menschen zum „autonomen“ Handeln letzten Endes voraus und sieht den Kern von „Schuld“ bzw. „Verantwortung“ innerhalb der Rechtsgemeinschaft in der Kategorie der „Zumutbarkeit“ – gemeint im Sinne einer Befugnis der staatlichen Hoheitsgewalt, von einer bestimmten Person ein bestimmtes Verhalten zu verlangen. Die Grenzen solcher Zumutbarkeit sind dort erreicht, wo es Personen betrifft, „deren psychische oder emotionale Verfassung ein normales rationales Verhalten unmöglich macht“ (S. 352). Im Sinne einer „Gesamtheit der Voraussetzungen für die Anwendung der strafrechtlichen Sanktionen“ ist der Begriff „Verantwortung“ nach *Schroeder international* „in breiter Front auf dem Vormarsch“; die deutsche Redeweise (auch des StGB) von der „Strafbarkeit“ wirke deshalb „fast schon antiquiert“ (S. 357). Die Bestimmung dessen, was in einer Gesellschaft als strafwürdig angesehen werde, ist nach *Hurtado Pozo* „stets an ethische und soziale Normen und Werturteile gebunden“ und deshalb „stark vom sozialen und

kulturellen Kontext abhängig“: Dies „ist eine Eigenheit des Strafrechts“ (S. 359). Mit Blick auf das peruanische Strafrecht begegnet dabei eine interessante Verknüpfung von Fahrlässigkeit und Verbotsirrtum: Der direkte Verbotsirrtum stelle das Gegenstück zur unbewussten Fahrlässigkeit dar, der indirekte Verbotsirrtum entspreche hingegen der bewussten Fahrlässigkeit (S. 369). Für die schon seit alters her umstrittene Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum will *Roxin* auch für das Nebenstraf- und Ordnungswidrigkeitenrecht an der Schuldtheorie grundsätzlich festhalten, im Sinne einer differenzierenden Betrachtung insoweit aber in einer „weichen“ Ausprägung, wenn der Täter leicht mit dem Erlaubtsein seines Tuns rechnen konnte. In der generellen Linie stimmt er jedoch mit *Tiedemann* ganz überein: „dass ein Versagen des Täters im Bereich zentraler sozialemischer Wertungen (...) eine andere Behandlung verdient als eine intellektuelle Fehlleistung“ (S. 383).

Mit Blick auf den Bereich der Konkurrenzlehre beschreibt *Rissing-van Saan* die pragmatische Haltung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei der Erfassung von Serienstraftaten, die von Unternehmen begangen werden, die zu betrügerischen oder anderen kriminellen Zwecken errichtet worden sind. Mit der faktischen Anerkennung einer „rechtlichen Handlungseinheit sui generis“ befindet sich die Rspr. hiernach in dem Bemühen, für die tägliche Praxis zur Vereinfachung und Problembewältigung in schwierigen Wirtschaftsstrafverfahren taugliche Konzepte zu entwickeln, auf einem dogmatisch zweifelhaften Weg (S. 404). Um weitere dogmatische wie kriminalpolitische Klärung einer adäquaten Sanktionierung von Wirtschaftsunternehmen bemühen sich im Anschluss gleich mehrere Beiträge: *Reyes Alvarado* sieht keine Unverträglichkeiten zwischen der von ihm befürworteten „Verbandshaftung“ und dem strafrechtlichen Schuldbegriff (S. 427), ähnlich wie später *Paliero*, der mittels der Kategorie des „Organisationsverschuldens“ den Weg für eine „moderne Ausrichtung“ des Strafrechts auf der Basis eines „Schuldbegriffs mit sozio-normativer Dimension“ (S. 508 f.) bereiten will; *Schünemann* ist dagegen skeptischer und schlägt aufs neue sein Konzept einer „Unternehmenskuratel“ vor, d.h. die „gerichtliche Installierung eines gewissermaßen magischen Auges im Unternehmen“ (S. 446). Konzepte der „regulierten Selbstregulierung“ zur Prävention der Kriminalität von Wirtschaftsunternehmen, sei es im Wege sog. „Compliance-Programme“ (mit interessanter Parallele zur Fahrlässigkeit auf S. 469) oder anderer Instrumente einer „corporate governance“ (wie z.B. *Kozides*, *gatekeeper* u.a.m.), sind Gegenstand der weit ausholenden und sehr differenzierten Beiträge von *Sieber* (S. 449 ff.) und *Nieto Martín* (S. 485 ff.). Der Blick auf vergangene und aktuelle Entwicklungen in ausländischen Strafrechtsordnungen, in concreto zur strafrechtspolitischen Lage in Finnland (*Lahti*, S. 61 ff.), Italien (*Vinciguerra*, S. 105 ff.), Griechenland (*Ziouvas*, S. 123 ff.), Japan (*Asada*, S. 313 ff.), in den Niederlanden (*Doelder*, S. 563 ff.) und zur Situation in Spanien (mit Beiträgen zur nachträglichen Sicherungsverwahrung [*Cerezo Mir*, S. 405 ff.] sowie – noch einmal – zur Haftung von juristischen Personen bzw. Verbänden [*de la Cuesta/Pérez Machío*, S. 527 ff.; *Rodríguez Mourullo*, S. 545 ff.]), komplettiert das facettenreiche Bild der „Grundlagen“ vorwiegend des Wirtschaftsstrafrechts.

II. Der „Besondere Teil“ des (Wirtschafts-)Strafrechts wird mit fünf Beiträgen zum strafbaren Betrug eingeleitet, darunter drei Texten, die sich eingehend mit der Täuschungshandlung befassen. Die Rechtsfigur des „konkludenten Täuschens“ wirft dabei bekanntlich besondere Schwierigkeiten auf; der Rekurs *Kindhäusers* auf die berechtigten Erwartungen der Kommunikationsteilnehmer bildet dabei zweifelsohne einen überzeugenden Zugang zur Ermittlung dessen, was als „symbolisch vermittelter Erklärungswert“ gelten kann. Pragmatisch wird auch ein „Verifikationskriterium“ angeboten: „Würde die sprachliche Äußerung ihren Zweck verfehlen, wenn der Sprecher das Nichtbestehen einer entsprechenden Tatsache ausdrücklich erwähnte, so ist das Bestehen der Tatsache durch die Äußerung konkludent behauptet“ (S. 586). Den näheren Einzelheiten einer (vorsichtigen) „viktimodogmatischen Reduktion des Betrugstatbestandes“ geht *Arzt* für Fälle einer „massenhaft plumpen Täuschung“ in Auseinandersetzung mit der höchstrichterlichen Rspr. in der Schweiz und in Deutschland (zu den Insertionsofferten vgl. BGHSt 47, 1 ff.) nach (S. 595 ff.), im Lichte der spanischen Debatte ist für *Hernández Basualto* das betrugsspezifische „Opferschutzniveau“ und insbesondere die Begrenzung des Tatbestandes auf „qualifizierte“ bzw. „glaubhafte“ Lügen weniger eine Frage der Dogmatik (etwa mit Hilfe der Lehre von der objektiven Zurechnung), sondern letztlich eher eine solche der Rechtspolitik (S. 605 ff., 615). Deziert dogmatischer Natur ist hingegen die Fragestellung *Küpers* nach den Gründen für die beim „Erfüllungsbetrug“ abweichende Schadensbegründung: nicht im Verhältnis von „Leistung“ und „Gegenleistung“; sondern zwischen den Vermögenswerten von „Erfüllung“ und vorausgehender „Verpflichtung“ (S. 617 ff.). Die mit der höchstrichterlichen Anerkennung einer „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ einhergehende Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts ist für *Weber* ein triftiger Grund, um insoweit für eine Rechtsanalogie zu verwandten Regelungen über die tätige Reue (z.B. §§ 264 Abs. 5, 264a Abs. 3, 265b Abs. 2, 298 Abs. 3 StGB) einzutreten (S. 637 ff.).

Auf dem Weg zu einer „Verallgemeinerung des Besonderen Teils“ projiziert *Jakobs* grundlegende rechtstheoretische Erkenntnisse auf den Ist-Bestand des vorfindlichen Eigentums- und Vermögensstrafrechts und entdeckt so eine „umfassende Revisionsbedürftigkeit“: Im Kern müsse sich die Strafbarkeit auf (sämtliche?) Konstellationen erstrecken, in denen „die Verletzung eines garantierten Rechts ohne Einwilligung des Berechtigten“ oder einer „Verbindlichkeit“ in Frage stehe; der subjektive Grund für das Täterverhalten (z.B. Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht) sei für das Unrecht irrelevant (S. 661). Zur viel diskutierten, durch aktuelle Fälle („Mannesmann/Vodafone“, „Siemens“, „verdeckte Parteispenden“) geradezu ins Zentrum der Strafrechtsdebatten gerückten Untreuestrafbarkeit finden sich im Folgenden insgesamt fünf tiefeschürfende Beiträge: Darunter befasst sich *Otto* mit der strafrechtlichen Relevanz einer Übernahme von Verfahrens- oder Verteidigungskosten für Unternehmensangehörige oder von Geldstrafen oder Geldauflagen durch die Unternehmensleitung: Die Schwelle zur „Pflichtwidrigkeit“ sei erst bei einer „willkürlichen, sachfremden und daher nicht mehr vertretbaren Entscheidung“ überschritten (S. 711). Ebenfalls „pflichtwidrig“

ist nach *Rönnau* die Einrichtung von „Sonderfonds für nützliche Bestechungsaufwendungen“ (sog. „schwarze Kassen“); für die Schadensbegründung verlangt er jedoch den Nachweis eines konkreten (Vermögens-)Verlustrisikos und lässt die vom BGH favorisierte Argumentation mittels der Idee eines „Entzugs von Kontrollmöglichkeiten“ nicht genügen (S. 713 ff., 736). Auch *Perron* plädiert für eine restriktive Interpretation des „Gefährdungsschadens“ im Anschluss an die „Kantner“-Entscheidung (BGHSt 51, 100 ff.), ergänzend regt er an, auch über eine Verschärfung des subjektiven Tatbestands („Schädigungsabsicht“ oder „direkter Schädigungsvorsatz“) verstärkt nachzudenken (S. 737 ff., 748). Mit der evtl. Strafbarkeit sog. „Transaction-Boni“ für Vorstandsmitglieder setzt sich *Schüppen* näher auseinander: Diese sei zu bejahen, wenn die „äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens“ überschritten sind, d.h. insbesondere dann, wenn die Prämie „gezielt so strukturiert (werde), dass ihre Anreizfunktion im Wesentlichen eine Orientierung des Vorstands an dem Ziel der Kaufpreismaximierung intendiert“ (S. 764). Im Übrigen sieht der Autor die Bemühungen um eine Begrenzung von Vorstandsgehältern mit einiger Skepsis („erinnert an den Kampf gegen Doping im Sport“). Aus einer weitgespannten rechtsvergleichenden Perspektive – u.a. auch unter Einbeziehung der Rechtslage in Japan, Korea, Argentinien und den skandinavischen Ländern – sieht *Foffani* den Anwendungsbereich des § 266 StGB als „zu breit und heterogen“ geraten und wendet sich vehement gegen seine Instrumentalisierung als „Auffangtatbestand“ oder gar „Allzweckwaffe“; anstelle dessen empfiehlt er – soweit erforderlich – die Schaffung „spezieller Untreuetatbestände mit beschränkten und genau definierten Täterkreisen“, welche die „besondere Rechtslage bestimmter Normadressaten – Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder, Banken usw. – besser berücksichtigen“ könne (S. 786 f.).

Mit grundlegenden oder ausgewählten Fragestellungen aus dem Bereich des Wettbewerbs-, Vergabe- und Korruptionsstrafrechts befassen sich die Beiträge von *Dannecker*, *Vogel*, *Rengier*, *de la Mata Barranco*, *Lüderssen* und *Pieth*: Die Notwendigkeit einer Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen mit Rücksicht auf die besondere Schutzbedürftigkeit des freien Wettbewerbs in der Europäischen Union („als Motor höchster ökonomischer Leistungsfähigkeit bei größtmöglicher Freiheitssicherung“) bildet den Gegenstand der sehr rechtsgrundsätzlichen Studie von *Dannecker*. Die Inkonsistenz der Rechtslage zwischen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, aber auch innerhalb des deutschen Rechts begründet danach erheblichen Reformbedarf (S. 800 ff.; zum österreichischen „Kartellgeldbußenrecht“: *Schick*, S. 851 ff.). Die bekannten Missstände der Vergabepaxis bei öffentlichen Aufträgen werden von *Vogel* beleuchtet; seine Empfehlung geht dahin, die Abkehr von marktwidrigen Vergabeprozessen wie „bekannt und bewährt“ oder „buy national, regional, local“ durch ein neues „Vergabestrafrecht“ zu erzwingen (Einzelheiten auf S. 831 ff.). Dagegen betont *Rengier* die Subsidiarität des Strafrechts für das Versprechen von Verkaufsprämien nach Art des „Korkengeld“-Falles (RGSt 48, 291). Die Lösung liege im Gebot der Transparenz, d.h. in der Einweihung des Geschäftsherrn und Erlangung seiner Zustimmung, womit der häufig beklagte Widerspruch zur Strafbarkeit der

Angestellten beseitigt sei. Denn dadurch erlange die Vorteilsgewährung einen „innerbetrieblichen Charakter“ (S. 845) und sei demzufolge nicht „unlauter“ (S. 848). *De la Mata Barranco* begibt sich auf die unwegsame Suche nach dem Rechtsgut, das den Bestechungsdelikten zugrunde liegen könnte (S. 869 ff.); *Lüderssen* diskutiert anlässlich vergangener rechtspolitischer Bestrebungen die tatbestandliche Reichweite des § 299 I StGB (S. 889 ff.), *Pieth* untersucht die strafrechtliche Relevanz unternehmerischen Fehlverhaltens („Aufpreise für Aufträge“) im Rahmen des UNO-Programms „Öl-für-Lebensmittel“ im Irak (S. 901 ff.).

In den verbleibenden Beiträgen aus dem Bereich des Besonderen Teils begegnen noch eine Reihe weiterer, interessanter Problemstellungen: *Hillenkamp* vermisst mit Recht eine hinreichende Klärung der zentralen Frage, an welchem Punkt „Unmöglichkeit oder Unvermögen zur Buchführung oder Bilanzerstellung den grundsätzlich Pflichtigen von seiner Pflicht befreit“ (S. 950). Die eingehende Auseinandersetzung mit der – überschaubaren – Rechtsprechung mündet am Ende in vier Leitgesichtspunkte, die dazu dienen, die – allseits anerkannte – *Maxime* des „impossibilium nulla obligatio“ mit konkretem Inhalt auszufüllen. Dem GmbH-Strafrecht bescheinigt *Müller-Gugenberger* dagegen keine Zukunftsperspektive angesichts der wachsenden Bedeutung der (europäischen) Auslandsgesellschaften nach dem Startschuss für den „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ durch das „Centros“-Urteil des EuGH. Der Reformvorschlag geht dahin, die Mehrzahl der rechtsformspezifischen Straftatbestände „durch allgemeine, alle ähnlich strukturierten Unternehmensträger erfassende Tatbestände“ zu ersetzen (S. 1022). Mit Blick insbesondere auf die englische Ltd. formuliert auch *H. Richter* rechtspolitischen Ergänzungsbedarf im Bereich des (deutschen) Insolvenzverschleppungsstrafrechts (S. 1023 ff.). Schon aus den USA in das deutsche Recht „importiert“ ist – ausgelöst durch die Ereignisse um „Enron“ und „WorldCom“ – der sog. „Bilanzzeit“, d.h. die – strafbewehrte (vgl. § 331 Nr. 3a HGB) – Pflicht zur Bekräftigung der Richtigkeit von Bilanzen. *Hefendehl* sieht darin ein Exempel für die mittlerweile häufiger beklagte „Amerikanisierung der Rechtspolitik“, sub specie durch „Governing through crime“. Sein Fazit ist ebenso richtig wie bestürzend: „Wenn allein wegen des Labels ein Eid bemüht wird, der keinerlei positive Wirkung haben kann, so geht der Ernst des Strafrechts als ultima ratio verloren“ (S. 1084). Zu den vielfältigen Auslegungs- und Bestimmtheitsproblemen der mit der Marktmissbrauchsrichtlinie (2003/6/EG) auf den Weg gebrachten Regelungen zur Bekämpfung von Insiderhandel und Marktmanipulation resümiert *Seminara* treffend: „In einem Strafrecht, das die individuellen Rechte und Garantien des Einzelnen respektiert, muss die Grenze zwischen Recht und Unrecht mit absoluter Klarheit gezogen werden“ (S. 1108). Dass Strafrecht nicht von vornherein ein Hemmnis für neue technische oder ökonomische Innovationen sein muss, verdeutlicht *Hilgendorf* anschaulich am Beispiel des sog. „IT-Outsourcing“ (S. 1125 ff.): Ob allerdings im Falle des Falles auch die Rspr. der skizzierten restriktiven Auslegung des § 203 StGB folgen wird, bleibt noch abzuwarten. Dem strafrechtlichen Schutz von Unternehmensgeheimnissen und der ihm zugrunde liegenden Zwecksetzung – nicht Vermögensschutz, sondern Schutz der wettbewerblichen Entfal-

tungsfreiheit von Unternehmen – sind die eingehenden Überlegungen von *Aldoney Ramírez* gewidmet (S. 1141 ff.).

Wiederum wird die facettenreiche, jederzeit spannende tour d`horizont durch das Gebiet des Eigentums- und Vermögensstrafrechts bereichert durch Beiträge zu ausgewählten Rechtsfragen aus der Perspektive ausländischer Rechtsordnungen, so in Bezug auf das spanische Recht zum Subventionsbetrug (einschließlich der Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zum Betrugstatbestand, *Asua*, S. 663 ff.), zum sog. Kreditbetrug (*Muñoz Conde*, S. 677 ff.), zur Tatbestandsmäßigkeit einer „Steuerumgehung“ (*Hormazábal Malaré*, S. 991 ff.), zur Korruption im politischen Bereich, sog. „Handel mit Einfluss“ (*Abanto Vasquez*, S. 913 ff.) und zum strafrechtlichen Schutz des „Kunstwerks“ (*Bajo Fernández*, S. 1181 ff.), weiterhin zur Korruption im Sport nach polnischem Strafrecht (*Szwarc*, S. 939 ff.), zum italienischen Tatbestand der Bilanzfälschung, sog. „wahrheitswidrige Mitteilungen der Gesellschaft“ (*Zuccalà*, S. 1045 ff.), zum „Insiderhandel“ (*Kamiyama*, S. 1109 ff.) bzw. zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität in Japan (*Nishihara*, S. 1205 ff.), zum Wuchertatbestand nach schweizerischem StGB (*Ackermann*, S. 1163 ff.) sowie zur Bekämpfung der Geldwäsche im neuen türkischen Recht (*Yenisey*, S. 1191 ff.).

III. Im Übergangsbereich vom materiellen zum „Strafverfahrensrecht“ liegt die weit ausgreifende, an den rechtsphilosophischen Fundamenten ansetzende Studie von *Maier*. Sie geht von der Grundeinsicht in die – länderübergreifende – „Krise des (gesamten) Strafrechts“ aus und sieht die entscheidende Ursache hierfür in seinem „bestürzenden Doppelcharakter“, d.h. in der unheilvollen Vermengung von Repression und Prävention („Dr. Jekyll und Mr. Hyde“), die – man denke nur an die Ausweitung geheimer Ermittlungsmethoden – längst auch auf das Verfahrensrecht ausgreift. Parallel zur Expansion des materiellen Strafrechts („von der ultima ratio zur prima donna“) zeigt sich zunehmend ein „Erstarken der Konsensjustiz“, die unweigerlich zur Schwächung der Beschuldigtenrechte führe. Als Ausweg aus diesem Dilemma empfiehlt er einen verstärkten Einsatz des Verwaltungsrechts: Denn bei einer Reaktion der Rechtsgemeinschaft auf die spezifischen Probleme der „Risikogesellschaft“ geht es „nicht um den Ausgleich von Unrecht, sondern um die Verhütung von Schäden, nicht um Bestrafung, sondern um Kontrolle, nicht um Vergeltung, sondern um Sicherheit, nicht um die Vergangenheit, sondern um die Zukunft“ (S. 1239). In der unveränderten Übertragung des „fair trial“ in das deutsche Prozessrecht will *Fletcher* einen wachsenden Einfluss englischen und amerikanischen Rechtsdenkens erkennen. Näher aufgedeckt werden nicht die sachlichen, wohl aber semantischen Implikationen des „Fairneß“-Begriffs (z.B. im „fair play“). Eine „besorgniserregende Reduktion“ der Wirkkraft von Beweisverboten konstatiert *Gómez Colomer* für das spanische Recht (S. 1251 ff.). Exemplifiziert wird dies vor allem anhand der Fernwirkung des Beweisverbots und ihrer schrittweisen Relativierung, um ein Vereiteln der angestrebten Verurteilung möglichst zu verhindern. Sein beeindruckendes Plädoyer nach mehr Rechtsstaatlichkeit erwähnt das deutsche Strafprozessrecht zum

Vorbild: Kenner der aktuellen Entwicklungen werden dieses positive Bild wohl inzwischen mit einigen dunklen Pinselstrichen versehen. Eine nochmalige, spannende und lehrreiche Erweiterung der Perspektive erfährt der Leser in *Müller-Dietz`* „fragmentarischen Ausschnitt aus der ... Widerspiegelung der Rechtswelt (genauer: der Figur des Strafverteidigers)“ in der modernen Literatur. Ob nun *Musils* „Mann ohne Eigenschaften“, *Kafkas* „Der Prozess“ oder „Der Fall Arbogast“ von *Thomas Hettches*: Stets vermitteln Werke wie diese mindestens eine Ahnung, „wie Recht und dessen praktische Verwirklichung im Strafprozess von Gegenwartsautoren erlebt wird, welche Gestalt Juristen und ihr mehr oder minder professionelles Handeln in künstlerischer, namentlich sprachlicher Einverwandlung annehmen können“ (S. 1288).

IV. Im Kontext des „Europäischen und Internationalen Strafrechts“ beleuchten zahlreiche Beiträge den – nach Ratifizierung des Vertrages von Lissabon jetzt nachhaltig beförderten – Prozess der europaweiten Harmonisierung auf jenem Gebiet, das nach herkömmlichem Verständnis in die exklusive Zuständigkeit der nationalen Souveränität gehört („belonged to the exclusive territory of national sovereignty“, *Vervaele*, S. 1358). Damit dieser – unter dem Druck der insbesondere wirtschaftlichen Globalisierung (ergänzend zu einer transnationalen „lex mercatoria“, *Delmas-Marty*, S. 1291 ff.) und der Internationalisierung des Verbrechens (zum „strafrechtlichen Kampf gegen den Terrorismus“ *Cancio Meliá*, S. 1489 ff.) unausweichliche – Prozess gelingen und das Zusammenwirken zwischen den Mitgliedstaaten und den europäischen Exekutivorganen auf der Basis wechselseitigen Vertrauens erfolgen kann, plädiert *Vervaele* überzeugend für die Etablierung einer „Europäischen Agenda“ von gemeinsamen strafrechtlichen Prinzipien, zu denen er u.a. auch die Ideen von „ultima ratio“ und „ultimum remedium“ der Strafverfolgungstätigkeit zählt (S. 1383 f.; zum Beitrag der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das französische Recht: *Jung*, S. 1515 ff.). Andere sind gegenüber dem Vorhandensein einer „europäischen Strafrechtskultur“ mit gemeinsamen, „unverzichtbaren Prinzipien“ skeptischer (vgl. *Quintero Olivares*, S. 1339 ff., 1345 f.: „nicht nur wegen der großen Unterschiede zwischen den Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten, sondern auch aufgrund ... der Krise des »garantistischen« Strafrechts“) und gehen auf der Grundlage eines „Vorrangs des Unionsrechts“ (*Böse*, S. 1321 ff., zutreffend auch auf den Grundrechtsschutz bezogen) von einer stärkeren Europäisierung „von oben“ auf den unterschiedlichen hier vorfindlichen Einflussebenen aus (z.B. durch Rahmenbeschlüsse wie jenem über den Europäischen Haftbefehl, dazu aus Sicht des griechischen Rechts *Spinellis*, S. 1425 ff.), die – wie *Zieschang* (S. 1303 ff.) näher beschreibt – schon in der Vergangenheit wirksam waren. Dahingehende strafrechtseuropäische Visionen werden etwa für das Sanktionenrecht (*Sumalla*, S. 1413 ff.) näher ausgebreitet. Soweit es durch die europäische oder durch eine unionsrechtlich gebundene Rechtsprechung zunehmend zu einer richterrechtlichen „Neutralisierung nationalstaatlicher Strafnormen“ kommt, sieht *Manacorda* darin eine Gefährdung der einheitlichen Rechtsanwendung und letztlich der Rechtssicherheit (S. 1385 ff., 1397 f.).

Welchen Einfluss die EMRK unter maßgeblicher Deutungshoheit durch den EGMR künftig (nicht nur für die italienische Strafprozessordnung, dazu *Militello*, S. 1399 ff.) auf die Entwicklung des Strafrechts haben wird, ob sie insbesondere als Nukleus einer europäischen „Rumpf-StPO“ wirken (ausführlich *Esser*, StV 2002, 383 ff.) und den Weg zu einer schrittweisen Europäisierung des Strafverfahrensrechts bereiten kann, bleibt abzuwarten. Vorüberlegungen zu einer genuin europäischen Strafgerichtsbarkeit stellt *Eser* an, vor allem im Hinblick auf die besonders bedeutsamen Strukturfragen und jene nach der künftigen Rolle der Prozessbeteiligten im Lichte der bisher entweder eher inquisitorisch oder eher adversatorisch geprägten nationalen Verfahrensordnungen (S. 1453 ff.). Aus der Perspektive des britischen Rechts veranschaulicht *Leigh* den damit zwangsläufig einhergehenden „Konflikt zwischen den Gerichtsbarkeiten“ mitsamt der Problematik zur Geltung des ne-bis-in-idem-Grundsatzes (S. 1503 ff., am Ende auch die Notwendigkeit betonend, die zuständigen nationalen Institutionen in ihrer Funktionalität auf internationaler Ebene zu stärken; um Zusammenspiel zwischen Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche im schweizerischen Recht und der Rechtshilfe in Strafsachen näher *Bernasconi*, S. 1473 ff.). Die Brücke zum Völkerstrafrecht überschreitet *Weigend* mit interessanten Überlegungen zur Reichweite und Ausgestaltung eines „internationalen Notwehrrechts“ (S. 1439 ff.). Den Abschluss bildet ein auch für Feuerbach-Experten vermutlich überraschender Text zur herausragenden Bedeutung des BayStGB 1813 für das argentinische Strafrecht selbst der Gegenwart (*Zaffaroni*, S. 1525 ff.).

V. Beiträge zu sehr heterogenen Themen versammeln sich schließlich im fünften und letzten Kapitel zu „Kriminologie und (Jugend-)Strafvollzug“. *Dölling* kämpft gegen die aktuellen Bestrebungen in Richtung einer weiter reichenden „Privatisierung“ des Strafvollzuges und sieht hierin – anders als bei der Übertragung von Aufgaben jenseits des Kernbereichs auf Private – überzeugend das Rechtsstaatsprinzip verletzt (S. 1539 ff.). Die persönlichkeitsprägenden Besonderheiten des Jugendstrafvollzugs behandelt *Rehbein* (S. 1607 ff.) anhand ausgewählter Fallbeispiele, die verdeutlichen, wie schwierig sich in praxi der erstrebte „Brückenbau“ zwischen Recht und Erziehung darstellt. Transparenz ist jedoch nicht nur hier vonnöten (insbesondere im Hinblick auf das Erfahren der „sozialen Geltung von Rechtsnormen“ seitens der Jugendlichen, S. 1612), sondern

auch allgemein zwecks bestmöglicher Erfassung des tatsächlichen Kriminalitätsgeschehens: Dass die Kriminalstatistiken diesbezüglich eine Reihe von Defiziten aufweisen, erläutert *Heinz* ausführlich nicht nur unter Nennung der hierfür ursächlichen Gründe, sondern zugleich verbunden mit höchst beachtenswerten Lösungsvorschlägen (S. 1547 ff.). Auf eine solchermaßen beschreibende Rolle sieht *Courakis* aber den Kriminologen nicht beschränkt, sondern vielmehr als einen auch bewertenden und empfehlenden „Gestalter der Rechtspolitik“ (S. 1577 ff.). Für den Bereich der Korruptionsbekämpfung spricht sich *Kaiser* im Rahmen seiner instruktiven Studie zu den (tat- wie täterbezogenen) „Brennpunkten der Wirtschaftskriminologie“ für eine – ungeachtet notwendiger Reformen in den jeweiligen gesellschaftlichen Bereichen – im Schwerpunkt strafrechtlich geprägte Kriminalprävention aus (S. 1583 ff., 1598). Demgegenüber gesteht *Greve* den Strafgesetzen und ihrer Exekution eher umgekehrt eine nur geringe Wirkkraft zu; am anekdotenhaft aufbereiteten Beispiel des „Schwarzbrennens“ betont er stattdessen: „Das stärkste Gesetz ist das ökonomische“ (S. 1599 ff., 1605).

Was bleibt am Ende noch zu resümieren? Die ausführlichen und doch viel zu knappen Impressionen lassen erahnen, welch reiche Welt sich vor des Lesers Auge ausbreitet, sobald er der Versuchung erliegt, sich in diese Festschrift zu vertiefen. Er blickt auf ein facettenreiches, vielfarbiges Gemälde der nationalen, europäischen und internationalen Strafrechtslandschaft, in seiner geschichtlichen wie gegenwärtigen Gestalt und nicht zuletzt hinsichtlich seiner Zukunftsperspektiven. Dass diese von den Autorinnen und Autoren des Werkes zum Teil recht unterschiedlich eingeschätzt werden, vom Verblühen und Verwelken des klassischen Strafrechts bis hin zum „europäischen Frühling“, wird nicht überraschen. Im Ganzen offenbart sich darin die Offenheit und Unvoreingenommenheit jedes ernsthaften Nachdenkens und die Breite der Themen und Fragestellungen, wie sie dem wissenschaftlichen Wirken des Geehrten ganz und gar entspricht; die zu seinen Ehren herausgegebene Festschrift ist wahrlich seiner würdig!

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Georg-August-Universität Göttingen

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

656. BVerfG 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Beschluss des Zweiten Senats vom 23. Juni 2010 (BGH)

Bestimmtheitsgrundsatz und erweitertes Analogieverbot (Geltung für die Rechtsprechung/Rechtsanwendung; Gebot der bestimmten Rechtsanwendung; Präzisierungsgesetz; Verschleifungsverbot; Entgrenzungsverbot; erhöhte verfassungsrechtliche Kontrolldichte im Strafrecht; Anforderungen an Rechtsprechungsänderungen); Untreue (Pflichtwidrigkeit; Risikogeschäfte; Nachteil: wirtschaftliches Verständnis und Normativierung, Begründung von Exspektanzen, Gefährdungsschaden, Nachteilsbegründung durch Methoden der Bilanzierung, Bilanzrecht, Darlegungspflichten; Vermögensbegriff); redaktioneller Hinweis.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB; § 266 StGB; § 263 StGB; § 252 HGB; § 253 Abs. 4 Satz 1, 2 HGB; § 340e Abs. 1 Satz 2 HGB

657. BGH 1 StR 123/10 – Beschluss vom 14. Juli 2010 (LG Koblenz)

Terminierung der Hauptverhandlung und Recht auf effektive Verteidigung durch einen Wahlverteidiger (unzulässige Einschränkung der Verteidigung; Anwalt des Vertrauens: beruflich gebundener Hochschullehrer; Beschleunigungsgrundsatz; Recht auf Verfahrensbeschleunigung).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 338 Nr. 8 StPO; § 137 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 213 StPO

658. BGH 1 StR 157/10 – Beschluss vom 29. Juni 2010 (LG Würzburg)

Strafschärfende Berücksichtigung ausgeschiedener Taten und Gesetzesverletzungen (Anforderungen an den erforderlichen Hinweis; Unzulässigkeit von Verfahrensrügen infolge widersprüchlichen Revisionsvorbringens).

§ 46 StGB; § 154a StPO; § 154 StPO; Art. 6 EMRK

659. BGH 1 StR 169/10 – Beschluss vom 24. August 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

Unzulässige und unbegründete Anhörungsträge.
§ 356a StPO

660. BGH 1 StR 195/10 – Beschluss vom 1. Juli 2010 (LG Stuttgart)

Gegenstandsloses Urteil (Verfahrenshindernis des rechtskräftigen Verfahrensabschlusses durch das Revisionsgericht; Verfahrenseinstellung).

Vor § 1 StPO; § 260 Abs. 3 StPO

661. BGH 1 StR 196/10 – Beschluss vom 1. Juli 2010 (LG Stuttgart)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Gesamtstrafenbildung; Beschlussverfahren.

§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1b Satz 1 StPO

662. BGH 1 StR 212/10 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (AG Rosenheim; AG Garmisch-Partenkirchen; LG Traunstein; OLG München)

BGHSt; Gesamtstrafenbildung durch das Berufungsgericht bei wirksamer Beschränkung der Berufung auf die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung; Divergenzvorlage.

§ 55 StGB; § 56 StGB; § 318 StPO; § 331 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO; § 121 Abs. 2 GVG;

663. BGH 1 StR 239/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Kiel)

Verfall von Wertersatz nach Steuerhinterziehung (Verschiebungsfälle; entgegenstehende Ansprüche des Steuerfiskus).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 370 AO

664. BGH 1 StR 245/09 – Urteil vom 29. Juni 2010 (LG Hamburg)

Versuchter Betrug (Manipulationen der Umsatz- und Ertragszahlen am Neuen Markt; „Fall Falk“); unrichtige Darstellung; Beihilfe zur unrichtigen Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft im Jahresabschluss; Verfall (Erlangtes bei versuchtem Betrug; Wert erlangter Aktien; Bruttoprinzip; entgegenstehende Ansprüche des Verletzten); besonders schwere Fälle der Steuerhinterziehung; sittenwidrige Schädigung.

§ 263 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 400 Abs. 1 AktG; § 331 Abs. 1 Nr. 1 HGB; § 27 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 370 Abs. 3 AO aF; § 826 StGB

665. BGH 1 StR 245/09 – Beschluss vom 14. Juli 2010 (LG Hamburg)

Vermögensschaden beim Betrug infolge persönlichen

Schadenseinschlages (Aktientausch; Vermögensbewertung im Strafrecht); Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgrundsatz; Verschleifungsverbot); redaktioneller Hinweis.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 263 StGB; § 1 StGB

666. BGH 1 StR 251/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Kempten)

Kein Beweisverwertungsverbot nach mangelnder Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand (Abwägungslehre; Verzicht und Beruhen).

Art. 36 Abs. 1 Buchst. b Satz 3 des Wiener Konsularrechtsabkommens (WÜK); Art. 6 EMRK; § 337 StPO

667. BGH 1 StR 259/10 – Beschluss vom 1. Juli 2010 (LG Karlsruhe)

Unzulässige Aufklärungsrüge (Darlegungsanforderungen; abgelehnter Beweisermittlungsantrag; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Begründung einer Verfahrensrüge).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 44 StPO

668. BGH 1 StR 277/10 – Urteil vom 13. Juli 2010 (LG Freiburg)

Revisibilität der Strafzumessung bei Sexualstraftaten.
§ 46 StGB

Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts. Es ist seine Aufgabe, auf Grund der Hauptverhandlung die wesentlichen ent- und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Das Revisionsgericht kann nach ständiger Rechtsprechung nur eingreifen, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstoßen wird oder sich die verhängte Strafe von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit löst, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatgericht eingeräumten Spielraums liegt (BGHSt 34, 343, 349; 29, 319, 320).

669. BGH 1 StR 294/10 – Beschluss vom 29. Juni 2010 (LG Essen)

Milderes Gesetz bei der Steuerhhelei (bandenmäßig begangene Steuerhhelei: Ausschluss des Beruhens trotz fehlerhafter Strafrahenwahl).

§ 373 AO aF; § 374 AO aF; § 373 AO; § 374 AO; § 2 Abs. 3 StGB; § 337 StPO

670. BGH 1 StR 319/10 – Beschluss vom 27. Juli 2010 (LG München I)

Voraussetzungen des Wohnungseinbruchdiebstahls (Einsteigen; strafscharfende Berücksichtigung konkreter psychischer Beeinträchtigungen der Opfer und Doppelverwertungsverbot); Strafverfolgungsverjährung (Verfahrenseinstellung; Berücksichtigung bei der Strafzumessung: Vorleben).

§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 242 StGB; § 78 StGB; § 46 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 206a StPO

671. BGH 1 StR 323/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Karlsruhe)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

672. BGH 1 StR 332/10 – Beschluss vom 28. Juli 2010 (LG Saarbrücken)

Strafzumessung beim Versuch der Steuerhinterziehung (in großem Ausmaß Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt; Taterfolg der Steuerhinterziehung: Vermögensverletzung und Vermögensgefährdung).

§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, Abs. 4 AO; § 23 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB

673. BGH 1 StR 345/10 – Beschluss vom 27. Juli 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHR; Strafzumessung nach Angabe einer Ober- und Untergrenze der Strafe in Verfahrensabsprachen (Verständigung; Punktstrafe; Sanktionsschere; Rechtsstaatsprinzip: Vertrauensgrundsatz).

§ 257c StPO; § 46 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG

674. BGH 1 StR 349/10 – Beschluss vom 29. Juli 2010 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

675. BGH 1 StR 353/10 – Beschluss vom 27. Juli 2010 (LG Nürnberg)

Schriftliche Urteilsgründe.
§ 267 StPO

Die schriftlichen Urteilsgründe dienen nicht dazu, den Inhalt der in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise in jedem Detail zu dokumentieren. Sie sollen das Ergebnis der Hauptverhandlung wiedergeben und die rechtliche Nachprüfung der Entscheidung ermöglichen. Die Beweiswürdigung soll belegen, warum bestimmte, bedeutsame tatsächliche Umstände so festgestellt sind. Hierzu sind Zeugenaussagen, Urkunden u.ä. heranzuziehen, soweit deren Inhalt für die Überzeugungsbildung wesentlich ist. Deshalb ist es regelmäßig verfehlt, etwa in einem gesonderten Abschnitt vor dem Abschnitt „Beweiswürdigung im engeren Sinne“ nach den tatsächlichen Feststellungen sämtliche Aussagen der Reihe nach und in ihren Einzelheiten mitzuteilen (BGH NStZ 1998, 51 m.w.N.).

676. BGH 1 StR 374/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

677. BGH 1 StR 374/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

678. BGH 1 StR 426/10 – Beschluss vom 24. August 2010 (LG Bamberg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

679. BGH 1 StR 643/09 – Urteil vom 28. Juli 2010 (LG Stuttgart)

Steuerhinterziehung (Schätzung des Taterfolges: konkrete und pauschale Schätzung; Richtsatzsammlungen);

absoluter Revisionsgrund (Abwesenheit des Angeklagten; einschränkende Auslegung).

§ 370 AO; § 230 Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 261 StPO

680. BGH 2 StR 35/10 – Urteil vom 23. Juni 2010 (LG Erfurt)

Anforderungen an ein freisprechendes Urteil (Beweiswürdigung; Gesamtdarstellung); gemeinschaftlich begangene versuchte räuberische Erpressung; (versuchte) Brandstiftung.

§ 267 StPO; § 261 StPO

681. BGH 2 StR 100/10 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (LG Bonn)

Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung (Gehilfenvorsatz hinsichtlich der Qualifikation; Gaspistole).

§ 250 Abs. 1 lit. 1b StGB; § 15 StGB; § 27 StGB; § 261 StPO

682. BGH 2 StR 100/10 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (LG Bonn)

Adhäsionsverfahren (ungenügende Begründung eines Schmerzensgeldanspruches).

§ 403 StPO; § 253 BGB

683. BGH 2 StR 158/10 – Beschluss vom 14. Juli 2010 (LG Frankfurt am Main)

Fehlende Verlesung der Anklage (negative Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls; unterbliebene Protokollberichtigung; Recht auf ein faires Strafverfahren).

§ 243 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 274 StPO; Art. 6 EMRK

684. BGH 2 StR 158/10 – Beschluss vom 14. Juli 2010 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

685. BGH 2 StR 182/10 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (LG Aachen)

Strafzumessung bei Betäubungsmittelhandel (Feststellung des Wirkstoffgehalts); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Anforderungen an die Urteilsgründe).

§ 29 BtMG; § 30 BtMG; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 64 StGB

686. BGH 2 StR 203/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Frankfurt am Main)

Voraussetzungen des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Mitsichführen).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

687. BGH 2 StR 53/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

688. BGH 2 StR 80/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

689. BGH 2 StR 206/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Köln)

Sexueller Missbrauch eines Kindes (Schutzalter).

§ 176 StGB

690. BGH 2 StR 212/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Trier)

Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (Schutzaltersgrenze).

§ 182 Abs. 3 Nr. 1 StGB

691. BGH 2 StR 222/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Erfurt)

(Schwerer) sexueller Missbrauch von Kindern (Erörterungsmangel hinsichtlich des minder schweren Falles; erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Schuldprinzip).

§ 174 StGB; § 174a StGB; § 21 StGB; § 46 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

692. BGH 2 StR 233/10 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

693. BGH 2 StR 239/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Limburg)

Versuchter Verdeckungsmord (Voraussetzungen der Verdeckungsabsicht; Tatenschluss; Vorsatz); schwerer Raub; lebensgefährdender besonders schwerer Raub; gefährliche Körperverletzung; Aussetzung.

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 lit. b StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 StGB; § 221 StGB; § 15 StGB

694. BGH 2 StR 240/10 – Beschluss vom 10. August 2010 (LG Wiesbaden)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

695. BGH 2 StR 243/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Aachen)

Herstellen zahlreicher Zahlungskarten mit Garantiefunktion als eine Tat im Sinne des § 152a StGB (natürliche Handlungseinheit; Gebrauchmachen); Tateinheit mit Computerbetrug.

§ 152a StGB; § 263a StGB; § 52 StGB

696. BGH 2 StR 248/10 – Beschluss vom 30. Juni 2010 (LG Hanau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

697. BGH 2 StR 252/10 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (LG Gießen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

698. BGH 2 ARs 260/10 2 AR 165/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (AG Viersen)

Keine Abgabe der Bewährungsaufsicht im Jugendstrafrecht bei Entscheidung gemäß § 27 JGG (Jugendstrafe auf Bewährung; schädliche Neigungen).

§ 42 Abs. 3 JGG; § 58 Abs. 3 Satz 2 JGG; § 27 JGG; § 30 JGG

699. BGH 2 StR 276/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Trier)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

700. BGH 2 StR 288/10 – Beschluss vom 9. August 2010 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

701. BGH 2 StR 300/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

702. BGH 2 StR 330/10 – Beschluss vom 24. August 2010 (LG Limburg, Lahn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

703. BGH 2 StR 335/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

704. BGH 2 StR 454/09 – Urteil vom 25. Juni 2010 (LG Fulda)

BGHSt; durch (mutmaßliche) Einwilligung gerechtfertigte Sterbehilfe beim Behandlungsabbruch im Fall eines tödlichen Krankheitsverlaufs (Totschlag; Tötung auf Verlangen; Selbstbestimmungsrecht des Patienten und Menschenwürde; Abgrenzung von Tun und Unterlassen; Durchsetzung des Patientenwillens durch Betreuer, Ärzte, Bevollmächtigte und hinzugezogene Dritte / Hilfspersonen; indirekte Sterbehilfe; objektive Zurechnung); teleologische Reduktion; systematische und verfassungskonforme Auslegung; Nothilfe; rechtfertigender Notstand; „Fall Putz“.
§ 212 StGB; § 216 StGB; § 13 StGB; § 1901a BGB; § 1901b BGB; § 1904 BGB; § 22 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 32 StGB; § 34 StGB

705. BGH 2 StR 454/09 – Beschluss vom 18. August 2010

Berichtigungsbeschluss.
§ 267 StPO

706. BGH 2 StR 455/09 – Urteil vom 30. Juni 2010 (LG Frankfurt am Main)

Erfolgreiche Befangenheitsrüge (Besorgnis der Befangenheit; Abtrennung des Verfahrens gegen Mitangeklagte; Vorbefassung); Schwere Bandendiebstahls.
§ 338 Nr. 3 StPO; § 244a StGB

707. BGH 2 StR 580/09 – Beschluss vom 30. Juni 2010 (LG Erfurt)

Rechtsfehlerhafter weil lückenhafter und widersprüchlicher Ausschluss der erheblich verminderten Schuldfähigkeit (Steuerungsfähigkeit; Sicherungsverwahrung).
§ 21 StGB; § 66 Abs. 3 StGB

708. BGH 2 StR 588/09 – Beschluss vom 30. Juni 2010 (LG Gera)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Handlungseinheit; Bewertungseinheit).
§ 29 BtMG

709. BGH 2 StR 588/09 – Beschluss vom 30. Juni 2010 (LG Gera)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).
§ 55 StGB; § 54 StGB; § 460 StPO; § 354 Abs. 1b StPO

710. BGH 4 StR 47/10 – Urteil vom 17. Juni 2010 (LG Berlin)

Verminderte Schuldfähigkeit (Tilidin-Abhängigkeit; BtM-Auswirkungen; Ausschluss einer Strafmilderung nach den Grundsätzen der actio libera in causa).
§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

711. BGH 4 StR 73/10 – Urteil vom 10. Juni 2010 (LG Rostock)

Versuchte Erpressung („Fall Liechtenstein“; „Versuch des Regelbeispiels“; Rücktritt); Revisionsbefugnis nach Verständigung (Staatsanwaltschaft).
§ 253 Abs. 1, Abs. 4 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 24 StGB; § 46 StGB

712. BGH 4 StR 79/10 – Beschluss vom 8. Juli 2010 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge; keine Verlängerung der bereits abgelaufenen Begründungsfrist.
§ 356a StPO

713. BGH 4 StR 145/10 – Beschluss vom 29. Juni 2010 (LG Stendal)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

714. BGH 4 StR 147/10 – Urteil vom 12. August 2010 (LG Münster)

Anforderungen an ein freisprechendes Urteil (Freispruch; Revisibilität der Beweiswürdigung; überspanne Anforderungen an die Überzeugungsbildung).
§ 261 StPO; § 267 StPO

Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Der Beurteilung durch das Revisionsgericht unterliegt insoweit nur, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt. Insbesondere sind die Beweise auch erschöpfend zu würdigen. Das Urteil muss erkennen lassen, dass der Tatrichter solche Umstände, die geeignet sind, die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Rechtsfehlerhaft ist die Beweiswürdigung auch dann, wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt sind. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelsatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen,

für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat.

715. BGH 4 StR 153/10 – Urteil vom 8. Juli 2010 (LG Bielefeld)

Unbegründete Revision der Staatsanwaltschaft gegen eine Strafzumessung wegen Steuerhinterziehung (BGHSt 53, 71; Tatbegehung zur Wahrung des eigenen Arbeitsplatzes).

§ 46 StGB; § 370 AO

716. BGH 4 StR 157/10 – Beschluss vom 3. August 2010 (LG Frankenthal)

Konkurrenzen bei der Untreue (natürliche Handlungseinheit).

§ 266 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

717. BGH 4 StR 161/10 – Beschluss vom 15. Juni 2010 (LG Essen)

Ergänzungen der Adhäsionsaussprüche (Vorbehalt des Übergangs auf Sozialversicherungsträger oder andere Versicherer; Grundurteil).

§ 406 StPO; § 116 SGB X; § 86 VVG

718. BGH 4 StR 165/10 – Beschluss vom 27. Juli 2010 (LG Bielefeld)

Konkurrenzen bei unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; bewaffnetes Handeltreiben und Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (Doppelverwertungsverbot).

§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

719. BGH 4 StR 175/10 – Beschluss vom 24. Juni 2010 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

720. BGH 4 StR 84/10 – Beschluss vom 27. Juli 2010 (LG Arnsberg)

Anordnung des Verfalls von Wertersatz (Erörterungsmangel hinsichtlich der Härtefallvorschrift).

§ 73a StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

721. BGH 4 StR 190/10 – Urteil vom 29. Juli 2010 (LG Essen)

Ungenügend begründeter Freispruch.

§ 232 StGB; § 267 Abs. 5 StPO; § 261 StPO

Bei einem Freispruch aus tatsächlichen Gründen muss der Tatrichter zunächst in einer geschlossenen Darstellung diejenigen Tatsachen feststellen, die er für erwiesen hält, bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen – zusätzlichen – Feststellungen nicht getroffen werden können. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass das Revisionsgericht prüfen kann, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind (st. Rspr.; vgl. BGHSt 37, 21, 22; BGH NSTZ-RR 2008, 206, 207; NJW 2008, 2792, 2793).

722. BGH 4 StR 210/10 – Urteil vom 8. Juli 2010 (LG Bielefeld)

Konkurrenzen beim bewaffneten Handeltreiben; unerlaubte Erwerb von Betäubungsmitteln (Sich-Verschaffen); rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Sicherungsverwahrung (Verhältnis zu § 64 StGB; Hang; Sucht).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 64 StGB

723. BGH 4 StR 211/10 – Beschluss vom 22. Juni 2010 (LG Paderborn)

Rechtsfehlerhafter Ausschluss verminderter Schuldfähigkeit (Berechnung der BAK); Doppelverwertungsverbot im Waffenstrafrecht.

§ 21 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

724. BGH 4 StR 216/10 – Beschluss vom 22. Juni 2010 (LG Halle)

Verfahrenshindernis des wirksamen Eröffnungsbeschlusses; Verfall und Einziehung bei Betäubungsmittelhandel (genaue Bezeichnung; unzureichende Bezugnahmen); Verfall von Wertersatz.

§ 203 StPO; § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG; § 73 StGB; § 74 StGB

725. BGH 4 StR 221/10 – Beschluss vom 12. August 2010 (LG Dessau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

726. BGH 4 StR 229/10 – Beschluss vom 15. Juni 2010 (LG Bielefeld)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang; Drogenkonsum; Symptomwert); Bandendiebstahl (Bande).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 242 StGB; § 64 StGB

727. BGH 4 StR 234/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

728. BGH 4 StR 241/10 – Beschluss vom 29. Juni 2010 (LG Essen)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang; frühzeitiger Drogenkonsum; Sollvorschrift).

§ 64 StGB

729. BGH 4 StR 242/10 – Beschluss vom 22. Juni 2010 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

730. BGH 4 StR 260/10 – Beschluss vom 24. Juni 2010 (LG Bochum)

Vergewaltigung (fortwirkende Gewalt/Drohung; erforderliche Feststellungen zur subjektiven Tatseite); Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 177 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 StGB; § 64 StGB

731. BGH 4 StR 261/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

732. BGH 4 StR 270/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Mönchengladbach)

Strafverfolgungsverjährung bei vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr (Unterbrechungshandlung); Vergewaltigung (sexuelle Nötigung; Abgrenzung der Regelbeispiele).
§ 78 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 5 StGB; § 316 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

733. BGH 4 StR 276/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Kaiserslautern)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

734. BGH 4 StR 282/10 – Beschluss vom 10. August 2010 (LG Frankenthal)

Strafzumessung (Erörterungsmangel hinsichtlich eines möglichen *lex mitior*; minder schwerer Fall des sexuellen Missbrauchs Schutzbefehlener).
§ 46 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 176 StGB

735. BGH 4 StR 283/10 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in ein psychiatrisches Krankenhaus bei Pädophilie (ungenügende Darlegung der Einengung auf ein deviantes Sexualverhalten in Gestalt einer schuldrelevanten süchtigen Entwicklung).
§ 63 StGB

736. BGH 4 StR 286/10 – Beschluss vom 22. Juli 2010 (LG Münster)

Rechtsfehlerhafte Annahme eines täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Eigennützigkeit; Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Kurieren).
§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

737. BGH 4 StR 291/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Magdeburg)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (korrekte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung).
§ 64 StGB; § 62 StGB; § 67b Abs. 1 Satz 1 StGB

738. BGH 4 StR 301/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Hagen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

739. BGH 4 StR 304/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Essen)

Vergewaltigung (Beleg des Gewalteinsatzes); sexueller Missbrauch einer Jugendlichen (fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung).
§ 177 Abs. 2 StGB; § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F.

740. BGH 4 StR 313/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Zweibrücken)

Unzulässiger Antrag des Angeklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (versäumte Darlegung des Hinderungsgrundes).
§ 44 StPO; § 345 StPO

741. BGH 4 StR 474/09 – Urteil vom 10. Juni 2010 (LG Rostock)

Versuchte und vollendete Erpressung (empfindliches Übel; Näheverhältnis; Bereicherungsabsicht; Vermögensschutz; „Fall Liechtenstein“); Rücktritt (unbeendeter Versuch trotz Erreichung des außertatbestandlichen Handlungszieles); rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Sicherungsverwahrung.
§ 253 Abs. 1, Abs. 4 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 24 StGB; § 46 StGB; § 66 StGB

742. BGH 4 StR 555/09 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Münster)

Skimming kein Ausspähen von Daten; gewerbs- und bandenmäßige Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion; gewerbs- und bandenmäßiger Computertrog; redaktioneller Hinweis.
§ 202a StGB; § 152a StGB; § 263a StGB

743. BGH 4 StR 635/09 – Beschluss vom 15. Juni 2010 (BGH)

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 44 StPO

744. EGMR Nr. 22978/05 – Urteil der Großen Kammer vom 1. Juni 2010 (Gäffen vs. Deutschland)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Fortwirkung von Verstößen gegen die Selbstbelastungsfreiheit; Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten im Einzelfall bei Verstößen gegen Art. 3 EMRK; Abwägungslösung; qualifizierte Belehrung; effektive Verteidigung); Folterverbot (Androhung von Folter; unmenschliche und erniedrigende Behandlung; Folter; Opferstellung im Sinne der EMRK; ausreichende Abhilfe und Subsidiaritätsprinzip; Beweislast; Schutzpflichten zur Bestrafung); Zulässigkeit der Individualbeschwerde (Darlegungsobliegenheiten; Angriffsrichtung der Revisionsrüge); Recht auf Leben (Grenzen der Schutzpflichten); Sondervoten.
Art. 3 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 34 EMRK; § 136a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

745. BGH 3 StR 115/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Wuppertal)

Räuberische Erpressung; erpresserischer Menschenraub; Konkurrenzen (fortbestehende Bemächtigungslage); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Ermessen; Erörterungsmangel).
§ 253 StGB; § 255 StGB; § 239a StGB; § 64 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

746. BGH 3 StR 12/10 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Krefeld)

Beihilfe (Kausalität; Erleichtern; Fördern); psychische Beihilfe (Billigen einer fremden Tat; Kundgabe; Bestärken); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe bei mehreren Durchgängen (Vollstreckungsstand zum Ende der

letzten Tatsachenverhandlung des ersten Durchgangs; Verschlechterungsverbot).

§ 27 StGB; § 263a StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 55 StGB

747. BGH 3 StR 138/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Düsseldorf)

Verwerfung der Revision durch Beschluss (Antrag der Staatsanwaltschaft auf teilweise Aufhebung; Teilrechtskraft).

§ 349 StPO

748. BGH 3 StR 177/10 – Beschluss vom 22. Juni 2010 (LG Oldenburg)

Sexueller Missbrauch durch Vorzeigen pornografischer Darstellungen (vergrößernde Darstellung sexualbezogener Geschehens ohne Sinnzusammenhang mit anderen Lebensäußerungen).

§ 176 Abs. 3 Nr. 3 StGB aF; § 184 StGB

749. BGH 3 StR 185/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Duisburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens (Verfolgungsverjährung); Anrechnungsmaßstab für in Polen erlittene Auslieferungshaft.

§ 78 StGB; § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

750. BGH 3 StR 219/10 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Hildesheim)

Strafzumessung (keine strafschärfende Berücksichtigung des Bestreitens).

§ 46 StGB

751. BGH 3 StR 69/10 – Urteil vom 24. Juni 2010 (LG Mönchengladbach)

Anklagegrundsatz; Identifizierbarkeit einzelner Taten innerhalb einer Tatserie; Konkretisierung prozessualer Taten; Freispruch; Doppelverfolgungsverbot (ne bis in idem).

Art. 103 Abs. 3 GG; § 200 Abs. 1 StPO; § 260 Abs. 3 StPO

752. BGH 3 StR 90/10 – Urteil vom 24. Juni 2010 (LG Aurich)

Untreue durch einen Stiftungsvorstand (Vermögensbetreuungspflicht; Dispositionsbefugnis; Beurteilungsspielraum; Ermessensspielraum; Vermögensnachteil: Grenzen des individuellen Schadenseinschlages).

§ 266 StGB; § 6 NdsStiftungsG

753. BGH 3 StR 224/10 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Bückeburg)

Totschlag; Körperverletzung mit Todesfolge; Vorsatzwechsel; Koinzidenzprinzip.

§ 212 StGB; § 223 StGB; § 227 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

754. BGH 3 StR 241/10 – Beschluss vom 13. Juli 2010 (LG Osnabrück)

Revision der Nebenklage (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; fehlende Akteneinsicht; Begründung).

§ 45 StPO; 344 Abs. 2 StPO

755. BGH 3 StR 246/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Hannover)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (verspätete Begründung der Revision durch Verteidiger; keine Verschuldenszurechnung).

§ 44 StPO; § 45 StPO

756. BGH 3 ARs 23/10 – Beschluss vom 17. August 2010

BGHSt; Kunduz; Untersuchungsausschuss (Beweiserhebung; Gegenüberstellung von Zeugen [Zeugen General a. D. Schneiderhan und Staatssekretär a. D. Dr. Wichert mit Bundesverteidigungsminister Dr. Freiherr zu Guttenberg]; Mehrheitsprinzip; Mitgestaltungsanspruch der Minderheit).

Art. 44 GG; § 24 Abs. 2 PUAG; § 17 Abs. 3 Satz 2 PUAG; § 36 Abs. 1 PUAG; § 9 Abs. 4 PUAG

757. BGH 5 AR (VS) 22/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (OLG Frankfurt/Main)

BGHSt; Vollstreckungsreihenfolge (wichtiger Grund); Zurückstellung der Strafvollstreckung.

§ 35 BtMG; § 43 Abs. 4 StVollstrO; § 454b Abs. 2 StPO

758. BGH 5 AR (VS) 23/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (OLG Frankfurt/Main)

Vollstreckungsreihenfolge (wichtiger Grund); Zurückstellung der Strafvollstreckung.

§ 35 BtMG; § 43 Abs. 4 StVollstrO; § 454b StPO

759. BGH 5 StR 42/10 – Beschluss vom 2. Juni 2010 (LG Itzehoe)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; keine lediglich untergeordnete Beteiligung am Gelingen der Umsatzgeschäfte); Strafraumenverschiebung (Aufklärungshilfe).

§ 29a BtMG; § 31 Nr. 1 BtMG; § 49 Abs. 2 StGB

760. BGH 5 StR 7/10 – Beschluss vom 23. März 2010 (LG Braunschweig)

Urkundenfälschung (Authentizität; Täuschung über den Urheber; schriftliche Lüge; Kopie einer echten Urkunde).

§ 267 StGB

761. BGH 5 StR 161/10 (alt: 5 StR 7/09) – Beschluss vom 14. Juni 2010 (LG Hamburg)

Anhörungsrüge; Revision der Nebenklage (unzulässiges Rechtsmittelziel; andere Rechtsfolge).

§ 356a StPO; § 400 Abs. 1 StPO

762. BGH 5 StR 189/10 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; Überweisung in den Vollzug einer anderen Maßregel.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 67a StGB

763. BGH 5 StR 191/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Berlin)

Gesetzlicher Richter; Entbindung eines Schöffen (Unzumutbarkeit; Probearbeitsverhältnis; objektive Willkür); Besetzungsrüge.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 54 GVG; § 338 Nr. 1 StPO

764. BGH 5 StR 198/10 – Beschluss vom 2. Juni 2010 (LG Kiel)

Recht auf ein faires Verfahren (Darlegungsvoraussetzungen bei der Verfahrensrüge); Zäsurwirkung.
Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 55 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

765. BGH 5 StR 224/10 – Beschluss vom 17. Juni 2010 (LG Lübeck)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (unterlassene Prüfung eines minder schweren Falles; Beruhen).
§ 29a BtMG; § 49 Abs. 1 StGB; § 31 BtMG; § 337 StPO

766. BGH 5 StR 231/10 – Beschluss vom 8. Juli 2010 (LG Bremen)

Beweiswürdigung (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung).
§ 261 StPO; § 337 StPO

767. BGH 5 StR 60/10 – Beschluss vom 21. Juli 2010 (LG Frankfurt/Oder)

BGHSt; Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Ermessensausübung; maßgebliche Berücksichtigung des Vertrauensschutzes); Recht auf Freiheit und Sicherheit; Gesetzlichkeitsprinzip (*nulla poena sine lege*); Geltung der EMRK (Rang einfachen Bundesrechts; maßgebliche Auslegung durch den EGMR); Berücksichtigung der EMRK im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung des einfachen Rechts; keine konventionskonforme Kassation deutschen Rechts; redaktioneller Hinweis.
§ 66b StGB; § 66 StGB; § 2 Abs. 6 StGB; Art. 7 Abs. 1 EMRK; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK; § 67d StGB

768. BGH 5 StR 96/10 – Beschluss vom 15. April 2010 (LG Hamburg)

Verfahrensverzögerung nach Erlass des angefochtenen tatrichterlichen Urteils; Feststellung der Verfahrensverzögerung; Kompensation (Vollstreckterklärung); Adhäsionsantrag (Absehen von einer Entscheidung; Notwendigkeit umfangreicher Sachaufklärung; vorrangige Ziele des Strafverfahrens; Beschleunigungsgebot; Hinweis der Staatsanwaltschaft).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 51 StGB; § 406 StPO; § 406h StPO

769. BGH 5 StR 236/10 – Beschluss vom 5. Juli 2010 (LG Berlin)

Unzulässige Revision.
§ 349 Abs. 1 StPO

770. BGH 5 StR 238/10 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (LG Lübeck)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Konkurrenzen).
§ 52 StGB; § 29a BtMG

771. BGH 5 StR 244/10 – Beschluss vom 5. Juli 2010 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; Teilfreispruch.
§ 349 Abs. 2 StPO

772. BGH 5 StR 247/10 – Beschluss vom 8. Juli 2010 (LG Berlin)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

773. BGH 5 StR 271/10 – Beschluss vom 22. Juli 2010 (LG Berlin)

Geldfälschung (Vorsatz); Beweiswürdigung.
§ 146 StGB; § 147 StGB; § 16 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

774. BGH 5 StR 386/09 – Urteil vom 6. Juli 2010 (LG Berlin)

BGHSt; Präimplantationsdiagnostik; PID; Embryo; Blastozystenbiopsie; pluripotente Trophoblastzellen; Verbotsirrtum; Absicht, eine Schwangerschaft herbeizuführen (Absichtsbegriff, Bedeutung von Zwischenzielen); redaktioneller Hinweis.
Art. 1 GG; § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG; § 2 Abs. 1 ESchG; § 3 ESchG; § 17 StGB

775. BGH 5 StR 555/09 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (LG Potsdam)

BGHR; gesetzlicher Richter (Zweierbesetzung; Dreierbesetzung; Umfang der Sache: Zahl der Hauptverhandlungstage; im Zweifel für die Dreierbesetzung); Rechtsbeugung (Verletzung von Verfahrensvorschriften); Mittäterschaft (Begriff und Strafzumessung).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 76 Abs. 2 GVG; § 338 Nr. 1 StPO; § 339 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK

776. BGH StB 27/09 – Beschluss vom 19. Januar 2010 (OLG München)

Defense Industry Organisation; Iran; geheimdienstliche Agententätigkeit; Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz (Eignung der Tat, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden); Zweck der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (Ausfiltern erkennbar aussichtsloser Fälle); Vorabentscheidungsverfahren (Vorlagepflicht); EuGH; Zuständigkeit des Oberlandesgerichts (äußere Sicherheit; auswärtige Beziehungen; besondere Bedeutung).
§ 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 5c Abs. 2 AWV; § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG; Art. 267 AEUV; Art. 5 Abs. 1 Dual-Use-VO; § 203 StPO; § 74 GVG; § 74c GVG; § 120 GVG