

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

RiLG 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, MJur (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 aM); Prof. Dr. Christoph
Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-
Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof.
Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

RA *Markus Rübenstahl* Mag. iur., Frankfurt am Main – **Die Verschärfung der Rechtsprechung zum Verfall am Beispiel der Vermögensabschöpfung bei unvollendeten Vermögensdelikten (Zugl. Besprechung zu BGH HRRS 2010 Nr. 664)** S. 505

Akad. Rat Dr. *Denis Basak*, Frankfurt am Main – **Luftangriffe und Strafrechtsdogmatik – zum systematischen Verhältnis von VStGB und StGB – eine Gegenrede (Erwiderung auf *Herte/HRRS* 2010, 339 ff.)** S. 513

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

- EGMR (*Großkopf vs. Deutschland*) Zulässigkeit der Sicherungsverwahrung
- BGHSt Strafbare Beeinflussung der Wahl eines Betriebsrats und Untreue
- BGHSt Bereicherungsabsicht der Entziehung Minderjähriger als tatbezogenes Merkmal
- BGHR Umfang der Beweiskraft des Protokollvermerks nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO
- BGH Berücksichtigung von Umständen nach Urteilsverkündung bei der Abfassung der schriftlichen Gründe
- BGH Beendetheit des Versuchs
- BGH Fahrlässigkeitsvorwurf bei Notwehrprovokation
- BGH Untreue und Pflicht zur Entrichtung vermögenswirksamer Leistungen
- BGH Begriff des einheitlichen Gebäudes bei schwerer Brandstiftung
- BGH Tauglichkeit statistisch-psychologischer Prognoseinstrumente zur Bestimmung des Rückfallrisikos

Die Ausgabe umfasst 103 Entscheidungen.

HRRS

Onlinezeitschrift für **Höchstrichterliche
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

RiLG 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, November 2010, Ausgabe

11

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

886. EGMR Nr. 24478/03 (5. Kammer) – Urteil vom 21. Oktober 2010 (Großkopf vs. Germany)

Vereinbarkeit der Sicherungsverwahrung mit dem Recht auf Freiheit und Sicherheit (substantielle Verbindung zur Verurteilung; Defizite im Vollzug der Sicherungsverwahrung; Maßregeln der Besserung und Sicherung).

Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 66 StGB; § 67d StGB; § 67e StGB

1. Art. 5 Abs. 1 EMRK enthält eine abschließende Aufzählung legitimer Gründe für Freiheitsentziehungen. Eine Einschränkung der Freiheit der Person, die nicht unter einen oder mehrere dieser Gründe zu subsumieren

ist, verstößt gegen Art. 5 EMRK. Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK legitimiert nur Freiheitsentziehungen, die in einer substantiellen Verbindung mit der Verurteilung stehen.

2. Die Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht ist – einschließlich der Entscheidungen für ihre Fortsetzung infolge einer fortbestehenden Gefährdung – prinzipiell eine gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK gerechtfertigte Freiheitsentziehung.

3. Der EGMR hat Bedenken gegen den tatsächlichen Vollzug der Sicherungsverwahrung in Deutschland, weil sich dieser nicht durch spezielle Maßnahmen auszeichnet, die – über die Angebote für jeden Langzeitinhaftierten hinaus – das Risiko eines Rückfalls mindern und die

Haftdauer auf das zwingend Notwendige begrenzen sollen. Jedenfalls in einem Fall, in dem der Inhaftierte The-

rapien abgelehnt hat, ist daraus allein aber kein Verstoß gegen Art. 5 EMRK festzustellen.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

950. BGH 1 StR 423/10 – Beschluss vom 13. September 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

Strafbefreiender Rücktritt (Begriff des beendeten und des unbeendeten Versuchs); Heranwachsender (Gleichstellung mit einem Jugendlichen; Reifedefizite); Abfassung der Urteilsgründe.

§ 24 StGB; § 105 JGG; § 267 StPO

1. Ob ein Versuch beendet ist oder nicht, richtet sich nicht nach der Vorstellung des Täters über ein außertatbestandsmäßiges Handlungsziel, sondern über den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs (Rücktrittshorizont). Auch bei Erreichung des außertatbestandsmäßigen Ziels kann ein unbeendeter Versuch vorliegen, so dass bloßes Aufgeben weiterer Tatausführung für Rücktritt genügt (BGH, Großer Senat für Strafsachen, Beschluss vom 19. Mai 1993 – GSSt 1/93, BGHSt 39, 221, 227 ff).

2. Hat der Angeklagte eine mögliche tödliche Wirkung seines Stichs billigend in Kauf genommen, legt dies nahe, dass er – bei seiner Flucht unmittelbar nach dem Stich – (auch) den baldigen Tod des Geschädigten für möglich gehalten hat. Wenn er keine gegenteiligen Erwägungen angestellt hat, er sich also überhaupt keine Vorstellungen darüber gemacht hat, ob der Geschädigte sterben könne oder nicht, liegt jedenfalls deshalb beendeter Versuch vor.

954. BGH 2 StR 118/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Köln)

Fahrlässige Körperverletzung (Pflichtwidrigkeit; eigenverantwortliche Selbstgefährdung); Notwehr (Erforderlichkeit; Gebotenheit: vorwerfbare, sozialeschlecht verwerfliche Tatprovokation; Abwehrprovokation; unerlaubtes Führen einer Waffe).

§ 222 StGB; § 32 StGB; § 212 StGB; § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfährt das Notwehrrecht unter dem Gesichtspunkt der Gebotenheit der Verteidigung unter anderem dann eine Einschränkung, wenn der Verteidiger gegenüber dem Angreifer ein pflichtwidriges Vorverhalten an den Tag gelegt hat, das bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den folgenden Angriff als eine adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheinen lässt. In einem solchen Fall

muss der Verteidiger dem Angriff unter Umständen auszuweichen suchen und darf zur lebensgefährlichen Trutzwehr nur übergehen, wenn andere Abwehrmöglichkeiten erschöpft oder mit Sicherheit aussichtslos sind (BGHSt 26, 143, 145; BGH, Urteil vom 7. Februar 1991 – 4 StR 526/90).

2. Darüber hinaus vermag auch bereits ein sozialeschlecht zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht einzuschränken, wenn zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren (vgl. BGH, NStZ 2006, 332, 333; BGHSt 42, 97, 100). Demgegenüber kann ein rechtlich gebotenes oder erlaubtes Tun nicht allein deshalb zu Einschränkungen der Notwehr führen, wenn der Täter wusste oder wissen konnte, dass andere durch dieses Verhalten zu einem rechtswidrigen Angriff veranlasst werden könnten (vgl. BGH NJW 2003, 1955, 1959).

3. Begleitet ein Vater seinen 16jährigen Sohn, der von einem älteren, als gewalttätig und leicht reizbar bekannten, von der Polizei als „Intensivtäter“ geführten jungen Mann nach mehreren vorherigen Bedrohungen zu einer Schlägerei „eingeladen“ worden war, ist dies nicht von vornherein sozialeschlecht zu missbilligen. Der Vater musste es nicht dem Zufall überlassen, ob und wann der Nebenkläger wieder auf seinen Sohn treffen würde, und durfte diesen – auch in aufgebrachtem Tonfall – zur Rede stellen. Hieran ändert die Begleitung durch weitere Jugendliche nichts, wenn diese bei der Konfrontation mit dem „Intensivtäter“ abseits standen. Auch das Beisichführen eines zur Tat verwendeten Butterflymessers führt zu nichts anderem, da der Angeklagte nicht verpflichtet war, dem „Intensivtäter“ aus dem Weg zu gehen oder diesem nur schutzlos zu begegnen.

4. Setzt der Angeklagte zur Angriffsabwehr eine Waffe ein, die er entgegen § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG unberechtigt mit sich führte, rechtfertigt dies keine andere Bewertung gemäß § 32 StGB. Auch wenn ein Angegriffener eine Waffe unberechtigt führt, ist ihm deren Einsatz nicht verwehrt, wenn ihm kein anderes zur Abwehr des Angriffs geeignetes Mittel zur Verfügung steht (vgl. BGH, NStZ 1986, 357 mwN). Durch Notwehr kann daher auch

das Führen eines Butterflymessers gerechtfertigt sein, soweit dies mit den Verletzungshandlungen unmittelbar zusammenfiel (vgl. BGH, StV 1991, 63, 64).

5. Auch ein Rückgriff auf das verbotene Führen des Butterflymessers zur Zurechnung des Verletzungserfolgs unter dem Gesichtspunkt fahrlässigen Handelns ist nicht zulässig. Es wäre ein Widerspruch, wenn die Rechtsordnung zum einen die Befugnis erteilte, das Notwehrrecht auszuüben, zum anderen aber gerade für diesen Fall die Bestrafung aufgrund eines Delikts androhte, dessen tatbestandliche Voraussetzungen mit der Ausübung dieser Befugnis erfüllt werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – anders in dem Fall, der der Entscheidung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zugrunde lag (NJW 2001, 1075 f. mit abl. Anm. Roxin JZ 2001, 667 f.) – für den Fahrlässigkeitserfolg nicht an eine vorwerfbare Provokation der Notwehrlage angeknüpft werden kann.

933. BGH 5 StR 336/10 – Beschluss vom 14. September 2010 (LG Dresden)

Versuch (unmittelbares Ansetzen; Abgrenzung von Vorbereitungshandlungen); Skimming; Nachmachen von Zahlungskarten mit Garantiefunktion.

§ 22 StGB; § 152b StGB

1. Bei der Abgrenzung von Vorbereitungshandlungen zum strafbaren Versuch liegt ein unmittelbares Ansetzen nur bei solchen Handlungen vor, die nach der Tätervorstellung in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet, es eines weiteren Willensimpulses nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht.

2. Danach ist ein Versuch des gewerbs- und bandenmäßigen Nachmachens von Zahlungskarten mit Garantiefunktion erst dann gegeben, wenn die Täter vorsätzlich und in der tatbestandsmäßigen Absicht mit der Fälschungshandlung selbst beginnen, während Handlungen, die unmittelbar auf das Erlangen der zum Fälschen notwendigen Daten gerichtet sind, lediglich Vorbereitungshandlungen darstellen.

980. BGH 4 StR 180/10 – Beschluss vom 22. Juli 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

Voraussetzungen des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe (Heimtücke; Eifersucht; strafbefreiender Rücktritt (unbeendeter und beendeter Versuch).

§ 211 StGB; § 24 StGB

1. Beweggründe zu einem Tötungsverbrechen sind „niedrig“, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag als verwerflich und deshalb als besonders verachtenswert erscheinen; die Beurteilung dieser Frage hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 35, 116, 127; BGH StV 2001, 571). Dabei ist zu

bedenken, dass Gefühlsregungen wie Eifersucht, aber auch Rache, Wut und Hass nach ständiger Rechtsprechung nur dann als niedrige Beweggründe in Betracht kommen, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen, was am ehesten der Fall ist, wenn diese Gefühlsregungen jeglichen nachvollziehbaren Grund entbehren (vgl. BGHR § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 22).

2. Für die Abgrenzung des beendeten vom unbeendeten Versuch kommt es nach ständiger Rechtsprechung darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont; vgl. auch BGHSt 31, 170, 175; 33, 295, 299; GS 39, 221, 227) oder sich keine Gedanken darüber macht, ob sein bisheriges Verhalten ausreicht, um den Erfolg herbeizuführen (vgl. BGHSt 40, 304).

3. Hält er den Erfolgseintritt für möglich, so ist der Versuch beendet. In diesem Fall setzt ein strafbefreiender Rücktritt voraus, dass der Täter den Erfolgseintritt durch eigene Tätigkeit verhindert oder sich, wenn der Erfolg ohne sein Zutun ausbleibt, darum bemüht. Rechnet der Täter dagegen nach der letzten Ausführungshandlung (noch) nicht mit dem Eintritt des tatbestandlichen Erfolges, so ist der Versuch unbeendet, wenn die Vollendung aus Sicht des Täters noch möglich war. In diesem Fall genügt das bloße Aufgeben weiterer Tatausführung, um die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts zu erlangen. Dies gilt auch dann, wenn der Täter von weiteren Handlungen absieht, weil er sein außertatbestandsmäßiges Handlungsziel erreicht hat.

948. BGH 1 StR 351/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Mannheim)

Widersprüchliche Feststellungen zur Notwehrlage (Pulsativnotwehrlage; Erlaubnistatbestandsirrtum; Erforderlichkeit und Messereinsatz; Abwehrprovokation).

§ 16 StGB; § 32 StGB; § 34 StGB

1. Ein Irrtum des Täters über das Vorliegen eines Angriffs oder die Erforderlichkeit der Verteidigung ist ein Erlaubnistatbestandsirrtum, der eine Bestrafung wegen einer vorsätzlichen Tat (hier einer gefährlichen Körperverletzung) ausschließt (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; vgl. BGH NStZ 2002, 141).

2. Ob eine Verteidigungshandlung i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB erforderlich ist, hängt im Wesentlichen von Art und Maß des Angriffs ab. Grundsätzlich darf der Angegriffene das für ihn erreichbare Abwehrmittel wählen, das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr erwarten lässt (vgl. BGHSt 25, 229, 230; BGH NStZ 1996, 29, mwN). Demgemäß ist auch der Einsatz eines Messers nicht von vornherein unzulässig. In der Regel ist der Angegriffene dann aber gehalten, den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen (BGHSt 26, 258; BGH NStZ 1996, 29).

3. Die Annahme, der Angeklagte habe dadurch, dass er sich dem Geschädigten bewaffnet in den Weg stellte, die Notwehrsituation mit verschuldet, ist in dieser Pauschalität unzulässig.

955. BGH 2 StR 179/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Köln)

Beweiswürdigung beim Tötungsvorsatz (Darlegungsanforderungen auch bei Gewalthandlungen); minder schwerer Fall des Totschlages.

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 213 StGB; § 261 StPO

In der Rechtsprechung ist zwar anerkannt, dass bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen der Schluss auf einen bedingten Tötungsvorsatz nahe liegt (vgl. BGH NStZ 2010, 511, 512); ein zwingender Schluss folgt daraus aber noch nicht. War der Täter zur Tatzeit durch Alkohol oder Medikamente erheblich in seiner Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt, dann bedarf es einer näheren Begründung im Urteil, wenn der Tatrichter gleichwohl seinen Tötungsvorsatz aus der Gefährlichkeit der Tathandlung herleiten will (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 141 f.).

957. BGH 2 StR 213/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Aachen)

Totschlag (brutale Tatausführung und Persönlichkeitsstörung; verminderte Schuldfähigkeit).

§ 212 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB

Das Vorliegen einer Persönlichkeitsstörung besagt zwar nicht, dass aus diesem Grund jede Mitberücksichtigung belastender Tatmodalitäten unzulässig wäre (vgl. Senat, BGHR StGB § 21 Strafzumessung 2). Tatmodalitäten, die weniger Ausdruck einer sich frei entfaltenden verbrecherischen Energie, sondern Anzeichen für die Stärke einer seelischen Beeinträchtigung sind, dürfen einem vermindert Schuldfähigen nicht uneingeschränkt angelastet werden (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 105, 106).

974. BGH 2 StR 418/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Frankfurt am Main)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (fehlerhafte Annahme einer Tat; Fortsetzungszusammenhang: Gesamtvorsatz, natürliche Handlungseinheit); Strafzumessung.

§ 52 StGB; § 46b StGB; § 152b StGB

Für die Annahme eines „Gesamtvorsatzes“ auf „möglichst häufige“ Begehung selbständiger Taten ist nach Aufgabe der Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung im Jahr 1994 (BGHSt 40, 138) kein Raum mehr.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

952. BGH 2 StR 104/10 – Beschluss vom 14. Juli 2010 (LG Meiningen)

BGHSt; Beihilfe zur Entziehung Minderjähriger (Bereicherungsabsicht; Tatbegehung gegen Entgelt; tatbezogenes Merkmal; besonderes persönliches Merkmal; Tatbestandsverschiebung; Qualifikation).

§ 235 Abs. 4 Nr. 2 StGB; § 28 StGB

1. Die Bereicherungsabsicht des § 235 Abs. 4 Nr. 2 Alt. 2 StGB ist ebenso wie die Tatbegehung gegen Entgelt nach § 235 Abs. 4 Nr. 2 Alt. 1 StGB kein besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 StGB. (BGHSt)

2. Die Strafe des Teilnehmers richtet sich grundsätzlich nach der für die Haupttat geltenden Strafandrohung. § 28 Abs. 2 StGB enthält Ausnahmen von diesem Grundsatz der akzessorischen Teilnehmerhaftung. Die Rechtsprechung folgt mit der noch h.L. der Auffassung, dass § 28 Abs. 2 StGB zu einer Tatbestandsverschiebung führt (BGHSt 6, 308, 311; 8, 205, 208, BGH StV 1994, 17; BGH StV 1995, 84). (Bearbeiter)

3. Die Rechtsprechung differenziert zwischen täterbezogenen Umständen, die als besondere persönliche Merkmale nach § 28 StGB behandelt werden und tatbezogenen Merkmalen, für die § 28 StGB nicht gilt. (Bearbeiter)

4. In Anlehnung an die reichsgerichtliche Rechtsprechung bejaht der Bundesgerichtshof die Täterbezogenheit eines Merkmals, wenn es Motive und Gesinnun-

gen betrifft, die die Persönlichkeit des Täters kennzeichnen (BGHSt 22, 375, 378; 23, 39, 40). Dagegen handelt es sich um ein tatbezogenes Merkmal, wenn die „Verwerflichkeit der Tat als solcher“ erhöht wird (BGHSt 22, 375, 380) oder das Merkmal das äußere Bild der Tat prägt, indem eine besondere Gefährlichkeit des Täterverhaltens gekennzeichnet (BGHSt 8, 70, 72) oder die Ausführungsart des Delikts beschrieben wird (BGHSt 23, 103, 105; BGH NJW 1994, 271, 272). (Bearbeiter)

979. BGH 4 StR 164/10 – Beschluss vom 15. Juli 2010 (LG Bochum)

Unterschlagung (keine Zueignung bei Absicht, den Eigentümer ärgern zu wollen); Urkundenunterdrückung (Nachteilszufügungsabsicht bei Strafvereitelung); Verwahrungsbruch (Verfahrensakten); versuchte Strafvereitelung; Untreue (vermögenswirksame Leistungen; Vermögensbetreuungspflicht; zivilrechtliche Nebenpflichten); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt.

§ 246 StGB; § 274 StGB; § 133 StGB; § 258 StGB; § 22 StGB; § 266 StGB; § 266a Abs. 3 StGB

1. Eine Nachteilszufügungsabsicht im Sinne des § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann nicht durch die Vereitelung des staatlichen Strafanspruchs begründet werden, da insoweit kein „anderer“ benachteiligt wird (BGHR StGB § 274 Nachteil 2). Es ist aber möglich, dass dem Anzeigerstatter im Ermittlungsverfahren ein Nachteil zugefügt werden sollte. Der zu Benachteiligende braucht

auch nicht Eigentümer der Urkunde bzw. mit dem Beweisführungsberechtigten identisch zu sein.

2. Die zweite Alternative des § 133 Abs. 1 StGB erfasst Gegenstände, die dem Täter oder einem Dritten aufgrund dienstlicher Anordnung in Verwahrung gegeben worden sind. In dienstlicher Verwahrung befinden sich auch die dem Verteidiger nach § 147 StPO übergebenen Verfahrensakten.

3. Die Pflicht des Arbeitgebers, für seine Arbeitnehmer vermögenswirksame Leistungen zu entrichten, ist lediglich eine dem Arbeitsverhältnis entspringende Nebenpflicht und bildet nicht den wesentlichen Inhalt des Vertragsverhältnisses (BGHSt 6, 314, 318). Auch enthält die aus dem Arbeitsvertrag entspringende Pflicht zur ordnungsgemäßen Lohnzahlung nicht schon von sich aus die Verpflichtung, die Vermögensinteressen des Arbeitnehmers wahrzunehmen (BGH aaO).

958. BGH 2 StR 236/10 – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Wiesbaden)

(Besonders) schwere Brandstiftung (Räumlichkeit, in der sich Menschen zur Tatzeit aufzuhalten pflegen; Wohnung; einheitliches Gebäude; Mischgebäude).
§ 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Tatbestand des § 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB auch dann erfüllt sein, wenn ein einheitliches zusammenhängendes Gebäude nur zu einem Teil Räumlichkeiten enthält, die zum zeitweisen Aufenthalt von Menschen dienen.

2. Ausschlaggebend für die „Einheitlichkeit“ des Gebäudes ist allein seine bauliche Beschaffenheit. Insoweit genügt es nicht, wenn eine Räumlichkeit „angebaut“ ist, unmittelbar angrenzt oder sich in räumlicher Nähe befindet (BGHSt 35, 283, 285; BGH NStZ 1991, 433). Erforderlich ist insbesondere, dass zwischen den verschiedenen Gebäudeteilen eine Verbindung besteht, beispielsweise durch ein gemeinsames Treppenhaus (BGHSt 34, 115, 120), einen gemeinsamen Flur oder ineinander übergelagerte Räume (BGHSt 35, 283, 286). Gegen ein einheitliches Gebäude kann das Vorhandensein einer Brandmauer, besonderer sonstiger Brandschutzvorrichtungen oder einer nur ausnahmsweise, unter Beseitigung besonderer Schutzvorrichtungen benutzbaren Verbindung sprechen (BGHSt 35, 283, 286).

910. BGH 3 StR 301/10 – Beschluss vom 19. August 2010 (LG Augsburg)

Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (öffentliches Verwenden); erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Einsichtsfähigkeit; tatsächliche Einsicht in das Unrecht der Tat).
§ 86a StGB

Für das öffentliche Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen im Sinne von § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB kommt es nicht entscheidend auf die Öffentlichkeit des gewählten Ortes an, sondern darauf, ob die Art der Verwendung die Wahrnehmbarkeit für einen

größeren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammenhängenden Personenkreis begründet.

988. BGH 4 StR 442/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Magdeburg)

Gefährliche Körperverletzung (lebensgefährdende Behandlung); Strafantrag (Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses in der Revision).
§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 223 StGB; § 230 StGB

Zwar kann festes Würgen am Hals geeignet sein, eine Lebensgefährdung herbeizuführen; es reicht hierfür jedoch nicht jeder Griff an den Hals aus, der zu würgemalähnlichen Druckmerkmalen oder Hämatomen führt (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 44 m.w.N.). Von maßgeblicher Bedeutung sind vielmehr Dauer und Stärke der Einwirkung, die zwar nicht dazu führen muss, dass das Opfer der Körperverletzung tatsächlich in Lebensgefahr gerät, aber abstrakt geeignet sein muss, das Leben des Opfers zu gefährden (st. Rspr.).

890. BGH 3 StR 210/10 – Urteil vom 5. August 2010 (LG Wuppertal)

Erpresserischer Menschenraub; Geiselnahme (Ernsthaftigkeit der Drohung; Erheblichkeit des in Aussicht gestellten Übels; error in persona; Mittäterschaft (Zurechnung; hinreichend konkrete Vorstellung von Handlungen eines Mittäters; Vorhersehbarkeit; Mittäterexzess).
§ 239a StGB; § 239b StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

1. Den Tatbestand der Geiselnahme erfüllt, wer einen Menschen entführt oder sich eines Menschen bemächtigt und dabei beabsichtigt, sein Opfer während der Dauer der Bemächtigungslage durch die Drohung mit dem Tode, einer schweren Körperverletzung oder mit Freiheitsentziehung von über einer Woche Dauer zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen (§ 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB).

2. Dasselbe gilt, wenn der Täter das Opfer zunächst ohne Nötigungsabsicht in seine Gewalt bringt und anschließend den von ihm geschaffenen Zustand zur Nötigung mittels einer qualifizierten Drohung ausnutzt (§ 239b Abs. 1 Alt. 2 StGB).

3. In beiden Fällen genügt es für den Vorsatz, dass der Täter zumindest damit rechnet und es billigt, die beabsichtigte oder geäußerte Drohung könne von der bedrohten Person für ernst gehalten werden und in ihr Furcht vor ihrer Verwirklichung hervorrufen. Nicht notwendig ist dagegen, dass der Täter den Betroffenen von der Ernsthaftigkeit seiner Drohung überzeugen will. Denn schon Zweifel daran, ob die Drohung wahr gemacht wird, können die Willensfreiheit des Geschädigten beeinträchtigen.

4. Bei der Prüfung, ob Handlungen eines Mittäters dem anderen aufgrund des gemeinsamen Tatplanes zugerechnet werden können oder ein Mittäterexzess vorliegt, ist zu beachten, dass die Zurechnung keine ins Einzelne gehende Vorstellung von den Handlungen der anderen Tatbeteiligten erfordert. Regelmäßig werden die Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den

Umständen des Falles gerechnet werden musste, vom Willen des Mittäters umfasst sein, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat.

930. BGH 5 StR 324/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Neuruppin)

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (lex specialis; Nötigung); Anrechnung erlittener Untersuchungshaft (Bestimmung des Anrechnungsmaßstabs); schwere räuberische Erpressung (Urteilsformel).

§ 113 StGB; § 240 StGB; § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB; § 250 StGB; § 255 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Tatbestand des Widerstandes gegen Vollstre-

ckungsbeamte (§ 113 StGB) gegenüber der zugleich verwirklichten Nötigung (§ 240 StGB) lex specialis (vgl. BGHSt 48, 233, 238 f. m.w.N.).

981. BGH 4 StR 342/10 – Beschluss vom 7. September 2010 (LG Stralsund)

Beischlaf zwischen Verwandten (Oralverkehr).

§ 173 Abs. 1 StGB

Der Tatbestand des § 173 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter mit einem leiblichen Abkömmling den „Beischlaf“ vollzieht; beischlafähnliche Handlungen werden von § 173 StGB nicht erfasst.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

888. BGH 3 StR 169/10 – Beschluss vom 22. Juli 2010 (LG Osnabrück)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg); Rückfallrisiko (Tauglichkeit statistisch-psychologischer Prognoseinstrumente; Vergleichbarkeit des Probanden).

§ 64 StGB; § 246a StPO

1. Ob ein bestimmtes statistisch-psychiatrisches Prognoseverfahren für die Beurteilung des bei einem Angeklagten bestehenden individuellen Rückfallrisikos generell tauglich ist, hängt davon ab, ob die in die Stichprobe einbezogenen Täter bezüglich ihrer persönlichen Umstände (z. B. Anlassdelikt, psychische Erkrankung, Alter) mit dem Angeklagten vergleichbar sind. Entsprechendes gilt hinsichtlich des für den Angeklagten zukünftig zu erwartenden Umfelds und der für die Prognose als entscheidend erachteten Zeitspanne.

2. Gibt es keine oder nur eine geringe Vergleichbarkeit zwischen der Stichprobe des angewendeten Prognoseinstruments und dem zu beurteilenden Einzelfall, ist die Bestimmung eines individuellen Risikogrades aus methodischer Sicht nicht zu rechtfertigen.

3. Stützt der Tatrichter seine Gefährlichkeitsprognose auf ein von einem Sachverständigen verwendetes standardisiertes Prognoseinstrument, hat er deshalb darauf zu achten, dass es im jeweiligen Einzelfall tauglich ist. Selbst dann bedarf es zur individuellen Prognose über die Anwendung derartiger Instrumente hinaus einer differenzierten Einzelfallanalyse durch den Sachverständigen.

983. BGH 4 StR 371/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Berlin)

Strafzumessung (Schutzzweckzusammenhang); Raub; räuberische Erpressung.

§ 46 StGB; § 249 StGB; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

Im Rahmen der Anwendung des § 250 Abs. 1 StGB hinsichtlich einer zulasten einer Taxifahrerin begangenen Tat darf es nicht zum Nachteil des Angeklagten gewertet werden, dass „seine eigene Mutter Taxifahrerin ist und die Tat insoweit als besonders verwerflich erscheint“. Aus dem Umstand, dass die Mutter des Angeklagten den gleichen Beruf ausübt wie das Tatopfer, ergeben sich keine gesteigerten Pflichten des Angeklagten für das verletzte Rechtsgut.

932. BGH 5 StR 330/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Dresden)

Bemessung der Jugendstrafe (Berücksichtigung der erlittenen Untersuchungshaft; bestimmender Gesichtspunkt; Erörterungspflicht); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation im Sinne des Vollstreckungsmodells bei Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen).

§ 261 StPO; § 17 JGG; § 18 JGG; § 267 Abs. 3 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Zwar kann erlittene Untersuchungshaft im Rahmen der Rechtsfolgenentscheidung nach dem JGG ein bestimmender Gesichtspunkt sein. Zum einen gilt dies jedoch insbesondere bei bisher haftunerfahrenen Angeklagten. Zum anderen bestimmt sich die erzieherische Bedeutung und damit eine mögliche Erörterungspflicht nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei sind namentlich die Dauer der Untersuchungshaft, das Alter des Angeklagten, dessen persönliche Entwicklung und seine sozialen Perspektiven von Bedeutung.

2. Der Senat lässt ausdrücklich offen, ob eine Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung im Wege des Vollstreckungsmodells auch dann möglich

ist, wenn die erkannte Jugendstrafe neben der Schwere der Schuld auch auf das Vorliegen schädlicher Neigungen gestützt worden ist. Anders als der 3. Strafsenat (vgl. BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 30, 15 – vor der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt 52, 124) – neigt der Senat dazu, eine solche Kompensation zuzulassen.

908. BGH 3 StR 281/10 – Beschluss vom 19. August 2010 (LG Oldenburg)

Unerlaubte Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe; Einziehung einer Kriegswaffe.
§ 74 StGB; § 24 KWKG; § 22a KWKG

1. Rechtsgrundlage für die Einziehung einer Kriegswaffe ist – neben einer Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen das KWKG – nicht § 74 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB. Denn nach § 74 StGB können nur solche Gegenstände eingezogen werden, die durch eine vorsätzliche strafbare Handlung hervorgebracht oder zur Begehung oder Vorbereitung einer strafbaren Handlung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind. Im Bereich des KWKG ist dagegen die Kriegswaffe selbst Objekt der Tat.

2. Die Einziehung von Kriegswaffen richtet sich vielmehr nach § 24 Abs. 1 KWKG.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

892. BGH 3 StR 76/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Wuppertal)

BGHR; Selbstleseverfahren (Inbegriff der Hauptverhandlung; Bedeutung des Protokollvermerks; Beweiskraft allein hinsichtlich der Feststellung des Vorsitzenden).

§ 261 StPO; § 249 Abs. 2 StPO

1. Zum Umfang der Beweiskraft des Protokollvermerks nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO. (BGHR)

2. Der exakte Wortlaut eines Protokollvermerks nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO ist für den Nachweis der ordnungsgemäßen Durchführung des Selbstleseverfahrens ohne Belang, denn der Vermerk beweist nicht die ordnungsgemäße Durchführung dieses Verfahrens, sondern allein die Tatsache, dass der Vorsitzende in der Hauptverhandlung eine entsprechende Feststellung getroffen hat. (Bearbeiter)

3. Da der Urkundsbeweis beim Selbstleseverfahren außerhalb der Hauptverhandlung erhoben wird, bedarf es der Kenntlichmachung und des Hinweises an die Verfahrensbeteiligten, dass der in dieser Sonderform gewonnene Beweisstoff dennoch als Inbegriff der Hauptverhandlung im Sinne des § 261 StPO der Überzeugungsbildung des Gerichts zugrunde gelegt werden kann. Dies wird durch die Feststellung nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO beweiskräftig vollzogen. Fehlt der entsprechende Vermerk, so ist danach die Inbegriffsrüge nach § 261 StPO eröffnet. (Bearbeiter)

4. Der Senat lässt ausdrücklich offen, wie angesichts der fehlenden Beweiskraft des Protokollvermerks nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO für seine inhaltliche Richtigkeit eine Rüge zu behandeln wäre, entgegen der protokollierten Feststellung des Vorsitzenden hätten die Richter oder Schöffen vom Wortlaut der fraglichen Schriftstücke nicht Kenntnis genommen. (Bearbeiter)

946. BGH 1 StR 264/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Regensburg)

Einvernahme eines Augenscheins in Abwesenheit des Angeklagten (absoluter Revisionsgrund; Begriff der Vernehmung; Vorlage als Vernehmungsbeihilf; denkgesetzlich ausgeschlossenes Beruhen).

§ 247 StPO; § 230 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Welche Verfahrensvorgänge vom Begriff der Vernehmung i.S.d. § 247 Satz 1 und 2 StPO erfasst werden, wird vom Gesetz nicht näher bestimmt. Dieser Begriff ist im Regelungszusammenhang der §§ 247 und 248 StPO auf Grund der hohen Bedeutung der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung, die als Anspruch auf rechtliches Gehör und angemessene Verteidigung in Art. 103 Abs. 1 GG sowie durch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK garantiert wird, restriktiv auszulegen (BGH, Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vom 21. April 2010 – GSSt 1/09, Rn. 14 mwN, wistra 2010, 352 = NJW 2010, 2450).

2. Die Erhebung eines Sachbeweises kann demnach, auch wenn er eng mit der Vernehmung verbunden ist, nicht als Teil der Vernehmung i.S. des § 247 StPO angesehen werden, sondern ist ein Vorgang mit einer selbstständigen verfahrensrechtlichen Bedeutung. Die Augenscheinsnahme in Abwesenheit des Angeklagten ist von einem Beschluss über seine Ausschließung nicht gedeckt.

3. Die Durchführung einer Augenscheinseinnahme in Abwesenheit des Angeklagten kann nur durch eine Wiederholung der Augenscheinseinnahme während der weiteren Hauptverhandlung in Anwesenheit des Angeklagten erfolgen. Zwar muss die förmliche Augenscheinseinnahme nicht dergestalt wiederholt werden, dass das Gericht und die Verfahrensbeteiligten das Augenscheinsojekt nochmals besichtigen. Vielmehr hätte die Besichtigung des Augenscheinsojekts durch den Angeklagten

während seiner Unterrichtung gemäß § 247 Satz 4 StPO ausgereicht, wenn die weiterhin anwesenden Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit einer neuerlichen Augenscheinsnahme hatten (BGH NStZ 2010, 162).

920. BGH 5 StR 159/10 – Urteil vom 31. August 2010 (LG Kiel)

Besetzungsrüge; Korrektur der Besetzungsreduktion; Beschwer des Angeklagten durch Dreierbesetzung. § 76 GVG; § 222b; § 338 Nr. 1 StPO

1. Eine Besetzungsentscheidung gemäß § 76 Abs. 2 GVG darf auch unabhängig von einer Besetzungsrüge jedenfalls darauf überprüft werden, ob sie nach dem Stand der Beschlussfassung sachlich gänzlich unvertretbar, damit objektiv willkürlich erfolgt und daher abzuändern ist.

2. Der Senat hält es – nicht tragend – für naheliegend, dass die Rüge einer unreduzierten Gerichtsbesetzung schon deswegen unzulässig ist, weil die Verhandlung in der Regelbesetzung den Angeklagten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt beschweren kann, denn die Möglichkeit der Besetzungsreduktion wurde einzig zum Zwecke der Schonung von Justizressourcen nach der Wiedervereinigung geschaffen.

3. Der Senat hält es – nicht tragend – für naheliegend, dass eine Besetzungsreduktion schon bei Annahme schlichter Fehlerhaftigkeit korrigiert werden kann, sodass eine Strafkammer eine fehlerhafte Reduktion jederzeit aufheben und die Verhandlung in der Dreierbesetzung beschließen könnte.

889. BGH 3 StR 195/10 – Urteil vom 5. August 2010 (LG Hannover)

Inbegriff der Hauptverhandlung (Berücksichtigung von Umständen nach Urteilsverkündung bei Abfassung der schriftlichen Gründe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Aussicht auf Therapieerfolg; voraussichtliche Behandlungsdauer). § 341 StPO; § 261 StPO; § 64 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1. Grundlage der Überzeugungsbildung des Richters und der Urteilsfindung darf nur das sein, was innerhalb der Hauptverhandlung, d.h. vom Aufruf der Sache bis zum letzten Wort des Angeklagten, mündlich so erörtert worden ist, dass alle Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme hatten.

2. Die Inbegriffsrüge kann auch darauf gestützt werden, das Gericht habe in den schriftlichen Urteilsgründen darauf verwiesen, dass der Angeklagte innerhalb der Frist des § 341 Abs. 1 StPO keine Revision eingelegt habe, obwohl zum Zeitpunkt der Abfassung der Gründe das Urteil bereits beraten und die Urteilsformel bereits verkündet ist.

3. Der Senat weist – nicht tragend – darauf hin, dass bei einer voraussichtlichen Therapiedauer von drei Jahren die für die Maßregelnanordnung nach § 64 StGB notwendige Aussicht eines Behandlungserfolgs zu verneinen sei.

906. BGH 3 StR 276/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Hannover)

Änderung der Urteilsformel nach Verkündung. § 260 Abs. 4 StPO

1. Eine Änderung der Urteilsformel ist nach Abschluss der Urteilsverkündung nur zulässig, soweit offensichtliche Schreibversehen oder Unrichtigkeiten berichtigt werden, die sich ohne Weiteres aus Tatsachen ergeben, die für alle Verfahrensbeteiligte klar zutage treten und auch nur den entferntesten Verdacht einer späteren sachlichen Abänderung des verkündeten Urteils ausschließen.

2. Ein „Berichtigungsbeschluss“, der nach diesen Maßstäben nicht zulässig ist, ist unwirksam und das Urteil daher so zu behandeln, als ob der Beschluss nicht ergangen wäre.

887. BGH 3 StR 131/10 – Beschluss vom 14. September 2010 (LG Duisburg)

Konkurrenzen bei mehreren Beteiligten (Anwendung auf den Betrug); Selbstleseverfahren (Inbegriff der Hauptverhandlung; Bedeutung des Protokollvermerks; Beweiskraft allein hinsichtlich der Feststellung des Vorsitzenden). § 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB; § 249 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

1. Der exakte Wortlaut eines Protokollvermerks nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO ist für den Nachweis der ordnungsgemäßen Durchführung des Selbstleseverfahrens ohne Belang, denn der Vermerk beweist ohnehin nicht die ordnungsgemäße Durchführung dieses Verfahrens, sondern allein die Tatsache, dass der Vorsitzende in der Hauptverhandlung eine entsprechende Feststellung getroffen hat.

2. Da der Urkundsbeweis beim Selbstleseverfahren außerhalb der Hauptverhandlung erhoben wird, bedarf es der Kenntlichmachung und des Hinweises an die Verfahrensbeteiligten, dass der in dieser Sonderform gewonnene Beweisstoff dennoch als Inbegriff der Hauptverhandlung im Sinne des § 261 StPO der Überzeugungsbildung des Gerichts zugrunde gelegt werden kann. Dies wird durch die Feststellung nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO beweiskräftig vollzogen. Fehlt der entsprechende Vermerk, so ist danach die Inbegriffsrüge nach § 261 StPO eröffnet.

3. Bei mehreren Tatbeteiligten ist die Frage der Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit für jeden Beteiligten nach der Art seines Tatbeitrages selbstständig zu ermitteln.

4. Bei Mittäterschaft oder mittelbarer Täterschaft sind selbstständige Betrugstaten derjenigen, die unmittelbar gegenüber den Geschädigten handeln, gleichwohl beim Mittäter oder Hintermann, dessen Handlung sich in nur einer Tätigkeit erschöpft, als eine einheitliche Tat anzusehen.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

945. BGH 1 StR 220/09 – Beschluss vom 13. September 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; Untreue (Pflichtwidrigkeit: Vermögensbezug, Gesetzlichkeitsprinzip, Bestimmtheitsgrundsatz; Vermögensbetreuungspflicht; Vermögensnachteil: vermögensbezogene Saldierung, Kompensation, wirtschaftlicher Vermögensbegriff); Steuerhinterziehung (ertragssteuerliches Abzugsverbot; Betriebsausgabe; Umsatzsteuer; Vorsteuerabzug); strafbare Beeinflussung der Wahl des Betriebsrates; Betrug; Fall Schelsky (AUB).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB; § 266 Abs. 1 StGB; § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG; § 93 AktG; § 116 AktG; § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG; § 8 Abs. 1 KStG; § 263 StGB

1. Eine nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 i.V.m. § 20 Abs. 2 BetrVG strafbare Beeinflussung der Wahl des Betriebsrats liegt jedenfalls dann vor, wenn der Arbeitgeber einer Wahlvorschlagsliste durch die Zuwendung von Geldmitteln ermöglicht, sich im Zusammenhang mit der Wahl nachhaltiger als sonst möglich zu präsentieren, und wenn dabei die finanzielle Unterstützung der Kandidaten durch den Arbeitgeber verschleiert wird. (BGHSt)

2. Eine Normverletzung ist in der Regel nur dann pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB, wenn die verletzte Rechtsnorm ihrerseits – hier der Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – wenigstens auch, und sei es mittelbar vermögensschützenden Charakter für das zu betreuende Vermögen hat, mag die Handlung auch nach anderen Normen pflichtwidrig sein und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche gegenüber dem Treupflichtigen begründen. (BGHSt)

3. Der Senat hat jedenfalls Bedenken, dass eine Vermögensbetreuungspflicht gemäß § 266 StGB auch dadurch verletzt werden kann, indem gegen die Strafvorschrift des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verstoßen wird. Bei dieser Norm handelt es sich nicht um eine das zu betreuende Vermögen schützende Vorschrift. Schutzzweck dieser Strafvorschrift ist vielmehr allein die Integrität der Wahl des Betriebsrats, namentlich die Freiheit der Willensbetätigung der Wahlbeteiligten i.S.d. § 20 BetrVG. (Bearbeiter)

4. § 266 StGB ist ein Vermögensdelikt; die Norm schützt das zu betreuende Vermögen im Sinne der Gesamtheit der geldwerten Güter einer Person (st. Rspr.). Umfang und Grenzen der im Rahmen von § 266 Abs. 1 StGB strafrechtlich relevanten Pflichten richten sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Es besteht daher eine Anbindung an die zivil- oder öffentlichrechtlichen Grundlagen (st. Rspr.). Das Pflichtwidrigkeitsmerkmal erschöpft sich dabei aber nicht nach Art eines Blankettmerkmals in der Weiterverweisung auf genau

bezeichnete Vorschriften (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 97); es handelt sich vielmehr um ein komplexes normatives Tatbestandsmerkmal (vgl. BVerfG aaO mwN). Bei dessen Auslegung ist es von Verfassungs wegen geboten, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren. Im Hinblick auf die tatbestandliche Weite des § 266 Abs. 1 StGB kann daher nicht in jedem (strafbewehrten) Verstoß gegen die Rechtsordnung auch eine i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB strafrechtlich relevante Pflichtverletzung erblickt werden. (Bearbeiter)

5. Bei einer Aktiengesellschaft bestimmen sich Umfang und Grenzen der Vermögensbetreuungspflichten der Organe grundsätzlich nach Maßgabe der §§ 76, 93, 116 AktG (vgl. BGHSt 50, 331, 335 f. für den Aufsichtsrat; BGHSt 54, 148 Rn. 36 für den Vorstand). Die den Organen einer Aktiengesellschaft angehörenden Personen haben deshalb – auch gegenüber der Aktiengesellschaft selbst – die rechtlichen Pflichten und Vorgaben der Rechtsordnung einzuhalten (vgl. BGHZ 124, 111, 127). Die somit für die Organe einer Aktiengesellschaft bestehende Legalitätspflicht bedingt, dass kein aktienrechtlich geschützter Handlungsspielraum für „profitable Pflichtverletzungen“ besteht. Verstöße gegen die Legalitätspflicht können auch im Verhältnis zur Gesellschaft selbst nicht mit dem Vorbringen gerechtfertigt werden, sie lägen in deren Interesse; die Bindung an gesetzliche Vorschriften hat vielmehr Vorrang (BGH, Urteil vom 27. August 2010 – 2 StR 111/09 mwN). Gesetzesverstöße, wie hier der Verstoß gegen § 119 BetrVG, stellen daher – in aktienrechtlicher Hinsicht – eine Verletzung der in § 93 Abs. 1 und § 116 Satz 1 AktG statuierten Pflichten dar und können zivilrechtliche Rechtsfolgen begründen. Dies hat aber nicht zur Folge, dass die primär verletzte Rechtsnorm, wenn sie nicht das betreute Vermögen schützt, allein dadurch vermögensschützend wird, dass ihre Verletzung zugleich eine Verletzung aktienrechtlicher Vorschriften darstellt. Anders gewendet heißt dies: Liegt der Verstoß gegen die §§ 93, 116 AktG allein darin, dass eine nicht vermögensschützende Norm außerhalb des Aktiengesetzes verletzt wird, führt dies nicht dazu, dass die Verletzung einer vermögensschützenden Norm im Sinne einer Pflichtverletzung gemäß § 266 Abs. 1 StGB vorläge, nur weil die primär verletzte Pflicht durch die §§ 93, 116 AktG zu einer aktienrechtlichen Pflicht der Organe der Aktiengesellschaft wird. (Bearbeiter)

6. Ein dem betreuten Vermögen zugefügter Nachteil i.S.d. § 266 StGB ist jede durch die Tathandlung verur-

sachte Vermögenseinbuße. Die Vermögensminderung ist dabei nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung (Vermögensvergleich) festzustellen. Ein Nachteil liegt deshalb nicht vor, wenn durch die Tathandlung zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird. Werterhöhend kann auch eine vermögenswerte realistische Gewinnerwartung wirken. Beim Vermögen als Rechtsgut und Bezugspunkt des anzustellenden Vergleichs handelt es sich allerdings 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. Stets ist zu prüfen, ob das verbotene Geschäft – wirtschaftlich betrachtet – nachteilig war (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 378, 379 mwN; BGH NJW 2008, 2451, 2452; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. Rn. 102, 114). (Bearbeiter)

7. Der Vermögensnachteil stellt hierbei ein selbständiges neben dem der Pflichtverletzung stehendes Tatbestandsmerkmal dar, das nicht in dem Merkmal der Pflichtwidrigkeit aufgehen darf. Deswegen sind eigenständige Feststellungen zum Vorliegen eines Nachteils geboten (BGH NJW 2008, 2451, 2452; BGH NStZ 2009, 330, 331; BGH NStZ 2010, 329, 330; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. Rn. 112, 113 f. mwN). (Bearbeiter)

8. Ein unmittelbarer, den Vermögensnachteil kompensierender Vermögensvorteil ist nicht nur dann gegeben, wenn die schadensausschließende Kompensation in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Pflichtverletzung steht. Denn „unmittelbar“ heißt insoweit nicht zeitgleich bzw. sofort oder auch nur bald. Eine unmittelbare Schadenskompensation ist vielmehr dann gegeben, wenn keine weitere, selbstständige Handlung mehr hinzutreten muss, damit der kompensationsfähige Vermögenszuwachs entsteht. (Bearbeiter)

9. Das objektive Nettoprinzip und der in § 40 AO verankerte Grundsatz der Wertneutralität der Besteuerung gebieten eine restriktive Auslegung des Abzugsverbots. Namentlich dann, wenn die Zuwendung i.S.v. § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG unter Zwischenschaltung eines Dritten gewährt wird, der selbst mit der Zuwendung und bei deren Weiterleitung keine weitergehenden Ziele verfolgt als der eigentliche Vorteilsgeber, greift das Abzugsverbot lediglich bei diesem, nicht aber bei dem – letztlich als (Geld-)Bote fungierenden – Mittler. In solchen Fällen ist die Vorteilszuwendung allein dem eigentlichen Vorteilsgeber zuzurechnen, in dessen Interesse sie auch erfolgt. Insbesondere die Aufwendungen für die Zwecke der AUB, die der Angeklagte Schelsky von den Konten seines Unternehmens, aber aus Mitteln der Siemens AG tätigte, unterfielen nicht dem Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG. (Bearbeiter)

944. BGH 1 StR 199/10 vom 11. August 2010 (LG Detmold)

Steuerhinterziehung und Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Berechnungsdarstellung; Anforderungen an die Urteilsgründe; Beweiswürdigung; Schätzung; Schwarzlohnabrede: fiktives Bruttoentgelt, geringfügiges Beschäftigungsverhältnis).

§ 370 AO; § 266a StGB; § 261 StPO; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 2 Abs. 3 StGB

1. Eine Hochrechnung auf ein fiktives Bruttogehalt findet gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV keine Anwendung, wenn es sich bei den fraglichen Arbeitsverhältnissen nach den Feststellungen um geringfügig entlohnte Beschäftigungsverhältnisse i.S.v. § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV handelt.

2. Bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung durch Abgabe unrichtiger Steuererklärungen (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) sind in den Urteilsgründen diejenigen Parameter festzustellen, die die Grundlage für die Steuerberechnung bilden (vgl. BGH NStZ 2009, 639, 640). Liegt dem Angeklagten demgegenüber eine Steuerhinterziehung durch Unterlassen i.S.v. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO zur Last, sind zunächst die Umstände festzustellen, aus denen sich ergibt, dass der Angeklagte zur Abgabe der fraglichen Steuererklärungen verpflichtet war. Sodann sind in den Urteilsgründen die Tatsachen mitzuteilen, aus denen sich die Höhe der durch die pflichtwidrige Nichtabgabe der Erklärungen hinterzogenen Steuer ergibt.

3. Bei einem geständigen Angeklagten ist auch in den Fällen des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO hinsichtlich des Umfangs der Sachdarstellung zwischen der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen und der Beweiswürdigung zu unterscheiden. Während die Darstellung der steuerlich erheblichen Tatsachen regelmäßig nicht verkürzt erfolgen kann, weil die Subsumtion sonst nicht mehr nachprüfbar ist, bedarf es bei einem geständigen Angeklagten zumeist keiner ausführlichen Würdigung der Beweise, die diesen Feststellungen zugrunde liegen. Räumt der Angeklagte die Besteuerungsgrundlagen ein und hat sich der Tatrichter von der Richtigkeit des Geständnisses überzeugt, dann genügt eine knappe Würdigung der so gefundenen Überzeugung. Jedenfalls, soweit es um das „reine Zahlenwerk“ – etwa den Umsatz, die Betriebseinnahmen oder die Betriebsausgaben – geht, wird regelmäßig davon ausgegangen werden können, dass selbst ein steuerrechtlich nicht versierter Angeklagter diese Parameter aus eigener Kenntnis bekunden kann. Der Tatrichter kann seine Überzeugung insoweit auch auf verlässliche Wahrnehmungen von Beamten der Finanzverwaltung zu den tatsächlichen Besteuerungsgrundlagen stützen. Angaben von Finanzbeamten zu tatsächlichen Gegebenheiten können – wie bei sonstigen Zeugen auch – taugliche Grundlage der Überzeugung des Tatrichters sein.

4. Dieselben Grundsätze gelten für die Straftaten des Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 StGB. Hier sind zunächst diejenigen Feststellungen zu treffen, aus denen sich die Arbeitgeberstellung des Täters und – daraus folgend – die

diesem obliegenden Meldepflichten gegenüber den Sozialversicherungsträgern ergeben. Festzustellen sind weiter die im jeweiligen Beitragsmonat gezahlten Löhne oder Gehälter. Bei der Feststellung der monatlichen Beiträge ist für jeden Fälligkeitszeitpunkt die Anzahl der Arbeitnehmer und die Höhe des Beitragssatzes der jeweils zuständigen Krankenkasse anzugeben (vgl. BGH wistra 2007, 220 mwN), weil sich die Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkasse sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung errechnet. Nur so wird dem Revisionsgericht die Nachprüfung der Höhe der den Sozialversicherungsträgern vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge ermöglicht.

5. Auch bei einem geständigen Angeklagten ist die Nennung der Höhe der gezahlten Löhne und Gehälter sowie der Beitragssätze der zuständigen Krankenkasse regelmäßig unverzichtbar. Demgegenüber kann die Beweiswürdigung hierzu bei Vorliegen eines glaubhaften Geständnisses knapp gehalten werden, denn diese Umstände können Gegenstand eines Geständnisses sein. Im Rahmen seiner Überzeugungsbildung zu den Bemessungsgrundlagen kann sich der Tatrichter auch auf verlässliche Wahrnehmungen von Ermittlungsbeamten stützen.

6. Liegen – z.B. wegen unvollständiger oder fehlender Buchhaltung des Arbeitgebers – keine tragfähigen Erkenntnisse über die tatsächlich gezahlten Löhne und Gehälter vor, steht aber nach der Überzeugung des Tatrichters ein strafbares Verhalten des Angeklagten fest, kann – wie auch sonst bei Vermögensdelikten – die Bestimmung des Schuldumfangs im Wege der Schätzung erfolgen. Ein solches Verfahren ist stets zulässig, wenn sich Feststellungen auf andere Weise nicht treffen lassen. Die Schätzung ist sogar unumgänglich, wenn keine Belege oder Aufzeichnungen vorhanden sind. In Fällen dieser Art hat der Tatrichter einen als erwiesen angesehenen Schuldumfang festzustellen. Dabei hat er auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisse die Höhe der Löhne und Gehälter zu schätzen und daraus den Umfang der jeweils vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge zu berechnen. Die Schätzung kann – wie hier – auch aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen angezeigt sein, etwa dann, wenn eine genaue Ermittlung der Sozialversicherungsbeiträge einen erheblichen Aufklärungsaufwand erfordern würde, sie aber gegenüber der Schätzung voraussichtlich nur zu nicht erheblich abwei-

chenden Werten führen würde (vgl. BGH wistra 2010, 148 mwN).

925. BGH 5 StR 259/10 – Beschluss vom 30. September 2010 (LG Dresden)

Beweiswürdigung; Untreue (treuwidrige Handlungen mit Bezug auf bereits veruntreute Vermögensbestandteile; mitbestrafte Nachtat); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Bemessung der Kompensation).
§ 266 StGB; § 261 StPO; § 46 StGB; § 51 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Eine konkrete Ermittlung des Nachteils darf nicht deshalb unterbleiben, weil sie im Einzelfall mit praktischen Schwierigkeiten verbunden ist (BVerfG StV 2010, 564, 573).

2. Wird im Anschluss an eine vollendete Untreue durch weitere treuwidrige Handlungen das bereits aus dem Vermögen des Treugebers herausgelöste Vermögen zugunsten des Täters weiter verwertet, so stellen diese Verwertungshandlungen im Verhältnis zur Untreue mitbestrafte Nachtaten dar. Ob für die weiteren Handlungen ein neuer Tatentschluss gefasst wird, ist dabei unerheblich.

3. Handlungen zur Verwertung bereits veruntreuten Vermögens sind jedoch unter dem Aspekt „Art der Ausführung und verschuldete Auswirkungen der Tat“ nach § 46 Abs. 2 StGB strafzumessungsrechtlich relevant.

4. Es erscheint dem Senat zweifelhaft, die Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung am Gewicht der Tat und der verhängten Strafe zu orientieren.

909. BGH 3 StR 297/10 – Beschluss vom 31. August 2010 (LG Hildesheim)

Aufklärungshilfe (obligatorische Prüfung der Strafmilderung; sicherere Grundlage für die Verurteilung eines Dritten).
§ 31 Abs. 1 BtMG

Haben die Ermittlungsbehörden bereits Hinweise auf die mögliche Beteiligung eines Dritten an einer Straftat im Sinne des § 31 BtMG, so steht dies einem durch den Angeklagten herbeigeführten Aufklärungserfolg nicht entgegen, wenn er mit seinen Angaben zumindest eine sicherere Grundlage dafür geschaffen hat, dem Dritten die Tatbeteiligung nachzuweisen.

Die Verschärfung der Rechtsprechung zum Verfall am Beispiel der Vermögensabschöpfung bei unvollendeten Vermögensdelikten

Zugleich Besprechung zu BGH 1 StR 245/09 – Urteil vom 29. Juni 2010 (BGH HRRS 2010 Nr. 664 – Fall „Falk“)

Von RA Markus Rübenstahl Mag. iur., Frankfurt am Main

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat mit seinem Revisionsurteil in Sachen Falk den Verfall weiter in Richtung eines Instrumentes zur schrankenlosen Vermögensabschöpfung bei nicht tatbeteiligten Dritten, auch Unternehmen ausgebaut. Obwohl – strafrechtlich rechtsbeständig – ein vollendeter Betrug zu Lasten des geschädigten Unternehmens bzw. ein Vermögensvorteil der Angeklagten und der nahestehenden Unternehmen nicht festgestellt wurde, setzt der BGH – in rechtsdogmatisch fragwürdiger Weise – der Verfallsbetrag in voller Höhe des Kaufpreises an. Ausgehend vom in der höchstrichterlichen Rechtsprechung allgemein anerkannten „Bruttoprinzip“, das lediglich besagt, dass bei der Abschöpfung der durch Straftaten erlangten Vermögenswerte durch (Dritt-)Verfall kein Abzug von Aufwendungen stattfindet, bestimmt der 1. Strafsenat durch das besprochene Urteil faktisch den Umfang des deliktisch Erlangten zu Lasten Dritter, insbesondere von Unternehmen und deren Gesellschaftern, in extensiver Weise neu. Durch die Entscheidung begibt er sich in ein Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung der anderen Strafsenate, insbesondere des 2. und 5. Strafsenats, zum Umfang der Vermögensabschöpfung bei Korruptionsdelikten. Zugleich legt er einem sachgerechten wirtschaftlichen Ausgleich zwischen Verfallsbeteiligten und Geschädigten durch Verzicht oder Vergleich unnötige Hürden in den Weg, indem er im Verzichtsfall für den gesamten, ansonsten für den die Vergleichssumme übersteigenden Betrag den Verfall vorsieht.

A. Zum festgestellten Sachverhalt

Zum Sachverhalt hatte das LG Hamburg folgende Feststellungen getroffen: Der Angeklagte Alexander Falk war Vorsitzender des Verwaltungsrates des Schweizer Unternehmens D. AG (D) und dessen beherrschender Mehrheitsaktionär. Die D hielt rund 70 % der Aktien der I. AG (I). Wesentlicher Geschäftsgegenstand der I war die Erbringung von Dienstleistungen im Internet. Mitglieder des Managements und des Aufsichtsrates der I sowie Mitarbeiter dieser Gesellschaft hielten ca. 10 % der Geschäftsanteile. Die verbleibenden 20 % der I – Aktien wurden an der Frankfurter Börse gehandelt. Vorstandsvorsitzender der I war der Angeklagte Falk.

Mitte des Jahres 2000 beschloss der Angeklagte Falk, die Mehrheitsanteile an der I zu verkaufen. Um potentielle Käufer der Aktien über die tatsächliche wirtschaftliche Situation der I. AG zu täuschen, veranlasste er in der zweiten Hälfte des Jahres 2000 die Manipulierung der Umsatz- und Ertragszahlen der I. AG für die ersten neun Monate des Geschäftsjahres. Hierfür ließ er insgesamt acht Rechnungen, mit denen von der I tatsächlich nicht erbrachte Leistungen – insbesondere gegenüber der Bl. GmbH sowie gegenüber weiteren Gesellschaften – mit einem Gesamtvolumen von 12.253.330 DM abgerechnet wurden, zu Gunsten der I buchen. An diesen Buchhaltungsmanipulationen waren der Finanzvorstand der I, weitere Mitarbeiter sowie die Geschäftsführer der Bl. GmbH beteiligt. Durch diese Manipulationen und die damit einhergehende Täuschung über die tatsächliche wirtschaftliche Situation der I sollten Kaufinteressenten zum Abschluss eines Kaufvertrages und zur Zahlung eines überhöhten Kaufpreises veranlasst werden.

Mit Vertrag vom 19.12.2000 verkaufte der Angeklagte F. in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Verwaltungsrates der D einen über 75%igen Mehrheitsanteil an der I an die englische Gesellschaft E. plc. (E). In diesem Vertrag verpflichtete sich die D, 15 Millionen Aktien der I an die E zu übertragen. Als Gegenleistung sollte die E 210 Millionen Euro an die D zahlen sowie 62 Millionen neu herauszugebende Aktien der E, die im Kaufvertrag mit 552 Millionen Euro bewertet wurden, an die D übertragen. Damit betrug der Gesamtkaufpreis für die I.-Aktien 762 Millionen Euro. Der Vertrag wurde am 30.01.2001 durchgeführt. Entsprechend dem Tatplan der Angeklagten schlossen die Verantwortlichen der E den Vertrag in der irrigen Annahme, dass die ihnen mitgeteilten Unternehmenskennzahlen für die ersten neun Monate des Jahres 2000 zutreffend seien und die Zwischenbilanz des Unternehmens ordnungsgemäß erstellt worden sei. Nach der Vorstellung der Angeklagten zahlte die E demnach einen Kaufpreis, der den Marktwert der erworbenen Beteiligung an der I um mindestens 30 Millionen Euro überstieg, andere Angeklagten, die nicht alle Manipulati-

onen kannten, gingen von einem um 25 bzw. 27,5 Millionen Euro überhöhten Kaufpreis aus. In dem jeweiligen Umfang sollte bei D ein nicht gerechtfertigter Vermögenszuwachs entstehen. Da saldierungsfähige Barwerte für die nach dem Vertrag zu tauschenden Aktienpakete auch im Schätzungswege objektiv nicht sicher bestimmbar waren, konnte nicht festgestellt werden, ob sich die E zur Zahlung eines objektiv überhöhten Kaufpreises verpflichtet hatte.

Der aus der Veräußerung des I.-Aktienpaketes zunächst von der D vereinnahmte Erlös wurde zu einem großen Teil (233 Millionen Schweizer Franken), als Sonderdividende an die Aktionäre der D ausgeschüttet. Dem Angeklagten Falk flossen aus dem Erlös der Veräußerung der I mindestens 31,6 Millionen Euro zu. Daneben vereinbarte die A. GmbH (A), deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer Falk war, auf dessen Veranlassung 52,5 Millionen Euro des Verkaufserlöses. Darüber hinaus partizipierten unter anderem auch die anderen Angeklagten sowie die H. AG i.L. (H) und die Ehefrau des Angeklagten Falk (FA), an den Erlösen aus der Veräußerung. FA erhielt von Falk eine Zuwendung von 2 Millionen Euro aus dem Veräußerungserlös, die H von 4,5 Millionen Euro.

Das LG Hamburg hatte u.a. den Angeklagten Falk wegen unrichtiger Darstellung der Vermögensverhältnisse gem. § 400 Abs.1 Nr. 1 AktG und wegen versuchten Betruges gem. §§ 263, 22 StGB zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Hinsichtlich des angeklagten Vollendungstatbestands des Betruges konnte nach Auffassung der Kammer ein kausal und zurechenbar verursachter Vermögensschaden nicht nachgewiesen werden, u. a. weil die Kammer den Wert der ausgetauschten Leistungen (Aktienpakete) nicht zu bestimmen vermochte, sie legte jedoch einen angestrebten Vermögensschaden von 30 Millionen Euro zu Grunde.

Die Staatsanwaltschaft hatte insbesondere gegen die Nichtanordnung des Verfalls gegen den Angeklagten Falk und die Verfallsbeteiligten Revision eingelegt, jedoch von einem Angriff gegen den Schuldspruch mit dem Ziel einer Verurteilung wegen vollendeten Betruges abgesehen. Die Verurteilung wegen versuchten Betruges wurde lediglich von der Verteidigung mit der Revision angegriffen.

B. Die Ausführungen zum Verfall im Urteil des 1. Strafsenats

Der 1. Strafsenat hob das Urteil wegen der Nichtanordnung des Verfalls mit folgender Begründung auf:

Aus der Tat erlangt im Sinn des § 73 I 1 Alt. 2 StGB seien alle Vermögenswerte, die dem Begünstigten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen.¹ Auch bei Betrugs-taten sei dabei nicht erforderlich, dass der Täter einen

Vermögensvorteil erlangt habe. Anerkanntermaßen könne dies auch bei einer bloß versuchten Tat der Fall sein, da es sich um eine rechtswidrige Tat im Sinne der §§ 73 I 1, 11 I Nr. 5 StGB handele.² Der Umfang des Erlangten sei zwingend nach Maßgabe des Bruttoprinzips zu bemessen.³ Hiernach seien die Vermögenswerte, die der Täter oder Teilnehmer in irgendeiner Phase des Tatablaufs unmittelbar erlangt hat, in ihrer Gesamtheit abzuschöpfen, ohne dass Gegenleistungen oder sonstige Aufwendungen in Abzug gebracht werden.⁴ Bei der Berechnung des – wie hier – durch einen Kauf Erlangten sei deshalb vom gesamten betrügerisch erlangten Verkaufserlös auszugehen.⁵

Anders als in den vom 5. Strafsenat entschiedenen Fällen,⁶ seien im vorliegenden Fall die Vermögensbestandteile – die Aktien der I – über deren Wert getäuscht worden sein soll und die unmittelbar zum Erwerb der E-Aktien eingesetzt wurden, selbst Gegenstand der mutmaßlichen Tathandlung.⁷ Nach dem sich aus §§ 73, 73a StGB ergebenden Bruttoprinzip unterliege daher das Erlangte in seiner Gesamtheit dem Verfall.⁸ Daher ergebe sich aus der Rechtsprechung des 5. Strafsenats für die anders gelagerten Fälle der Auftragerlangung durch Bestechung und für verbotene Insidergeschäfte nichts Gegenteiliges.⁹

Aus der Tat – versuchter Betrug zum Nachteil der E – habe die D die Leistungen der E erlangt. Teile des Veräußerungserlöses seien dann dem Angeklagten Falk und den Verfallsbeteiligten zugeflossen. Die Erbringung der Leistungen durch die E sei noch Teil der Tat, folgert der 1. Strafsenat unter Berufung auf den Beschluss des BVerfG in vorliegender Sache.¹⁰ Erst die täuschungsbedingte Erfüllung führe zur Beendigung der Tat. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei in solchen Fällen nicht zwischen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft und dem Erfüllungsgeschäft zu unterscheiden.¹¹ Aus der Tat erlangt seien hier die in Vollzug des täuschungsbedingt abgeschlossenen Vertrages von der E erbrachten Leistungen, hinsichtlich der D also sowohl die „Barkomponente“ als auch das im Austausch gegen I.-Aktien übertragene E.-Aktienpaket. Das Bruttoprinzip schließe eine Saldierung der ausgetauschten Leistungen aus. Die fallbezogen deutlich gewordenen Schwierigkeiten bei der Bemessung der Gegenleistung habe der Gesetzgeber bei Einführung des Bruttoprinzips gerade vermeiden wollen.¹² Dies gelte auch für die Anordnung des Verfalls gegenüber einem Drittbegünstigten i.S.v. § 73 III

¹ Vgl. BGHSt 52, 227, 246 m. w. N.

² BGH HRRS 2010 Nr. 664 (BGH, 1 StR 245/09 – Urt. v. 29.06.2010).

³ BGHSt 52, 227, 248.

⁴ BGHSt 47, 369, 370 f.; 52, 227, 248.

⁵ BGHSt 47, 369, 370 m. w. N.

⁶ BGHSt 47, 260, 269 f.; 50, 299, 309 ff.; BGH, Beschl. v. 29.06.2006 - 5 StR 482/05, NStZ-RR 2006, S. 338.

⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.07. 2006 - 2 BvR 527/06 -, juris; vgl. BGHSt 47, 369, 370 ff., und BGH, Urteil vom 30.05.2008 - 1 StR 166/07, juris, Rn. 107.

⁸ BGH, HRRS 2010 Nr. 664.

⁹ BGH, HRRS 2010 Nr. 664.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 11. 12.2008 - 2 BvR 1871/08.

¹¹ BGH HRRS 2010 Nr. 664; vgl. auch BGHSt 52, 227, 248 f.

¹² BGH HRRS 2010 Nr. 664.

StGB, d.h. hier gegenüber den Unternehmen H und A sowie gegenüber der Ehefrau FA des Angeklagten Falk.¹³

Das durch D Erlangte habe einen Wert (vgl. § 73a S. 1 StGB) von 762 Millionen Euro gehabt, d.h. i.H.d. zu bezahlenden Kaufpreises, der zum überwiegenden Teil nicht bar, sondern durch E-Aktien zu erbringen war. Dass für den Weiterverkauf der erhaltenen E-Aktien eine neunmonatige Sperrfrist vereinbart war und während dieser Zeit die Kurse dieser Aktien gefallen sind, könne lediglich im Rahmen des § 73c StGB Berücksichtigung finden und habe keinen Einfluss auf den Wert des Erlangten, denn es sei ausreichend, dass die Vermögenswerte zu irgendeinem Zeitpunkt, wenn auch nur für einen kurzen Zeitraum, zugeflossen seien.¹⁴

Der BGH führt in Anlehnung an das BVerfG weiter aus, dass die dem Gesellschaftsvermögen der juristischen Person D zugeflossenen Werte von 762 Mio. Euro trotz (abstrakter) Zugriffsmöglichkeiten der Gesellschafter oder der Organe nicht ohne weiteres auch zugleich das durch die Angeklagten und die Verfallsbeteiligten i.S.v. § 73 I 1 StGB Erlangte darstellen, ohne dies näher auszuführen.

Der Anwendung des § 73 I 2 StGB stehe nicht entgegen, dass es an einem am Schuldspruch anknüpfenden eindeutigen Beleg von Ansprüchen der Verletzten fehlt. Die Verurteilung der Angeklagten lediglich wegen versuchten Betruges schließt nicht aus, dass zivilrechtliche Schadensersatzansprüche der E gegeben sein können. Denn dies resultiere nicht daraus, dass die Strafkammer einen bei der E eingetretenen Schaden ausgeschlossen hatte, sondern daraus, dass nach ihrer Auffassung ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB nach strafprozessualen Maßstäben nicht festgestellt werden konnte. Insbesondere ein möglicher Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB, der der Anordnung des Verfalls nach § 73 I 2 StGB entgegenstehen könne,¹⁵ knüpfe nicht am Begriff des Vermögensschadens des § 263 StGB an, sondern an einem Schadensbegriff, der sich nach anderen, zivilrechtlichen Maßstäben bestimme.¹⁶

Der 1. Strafsenat geht weiter davon aus, dass hinsichtlich der Verfallsbeteiligten H und FA die Voraussetzungen des Verfallsausschlusses gem. § 73 I 2 StGB wegen Ansprüchen der Geschädigten nicht gegeben sind, da die E diesen Verfallsbeteiligten gegenüber auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet hat und demgemäß in der neuen Hauptverhandlung die Anordnung des Wertersatzverfalls gegen Dritte gem. §§ 73a, 73 III StGB in Betracht komme.¹⁷

Der 1. Strafsenat führt aus, dass, § 73 I 2 StGB der Anordnung des Verfalls von Wertersatz hinsichtlich des den Vergleichsbetrag übersteigenden Wertes des Erlangten nicht entgegenstehe, sollte die E aufgrund eines Vergleichs

ches auf einen Teil ihrer Ansprüche gegen die Beteiligten endgültig verzichtet haben.¹⁸ § 73 I 2 StGB schließe die Verfallsanordnung lediglich in dem Umfang aus, in dem die Anordnung dem Täter das aus der Tat Erlangte zu Lasten des Verletzten entziehen würde ("soweit"), da eine Konkurrenz zwischen staatlichem Verfallsanspruch, und (meist zivilrechtlichen) Schadensersatzansprüchen der Verletzten vermieden werden solle, insbesondere die doppelte Inanspruchnahme des Täters aufgrund desselben Lebenssachverhaltes, ohne dass aber der weitere Grundsatz des Verfallsrechts aus dem Blick geraten dürfe, nach dem der Täter nichts vom Erlangten behalten darf. Ein Verzicht des Verletzten könne daher nicht den staatlichen Verfallsanspruch nach § 73 I 1 StGB begrenzen; dieser könne darüber entscheiden, inwieweit er einen Anspruch geltend mache, nicht aber darüber, was aus der Tat erlangt sei, was durch § 111i StPO verdeutlicht werde.

Deshalb haben dem BGH zufolge Schadensersatzleistungen des Täters – unabhängig davon, ob sie vor oder nach Erlass des Urteils geleistet wurden – für die Bestimmung der Höhe des aus der Tat i.S.v. § 73 I 1 StGB Erlangten keine Auswirkung und können nur im Rahmen der Härteklausel des § 73c StGB Berücksichtigung finden.¹⁹

C. Stellungnahme

Das materialreiche Urteil des 1. Strafsenats, das anmutet, als sei es als Kompendium des Verfallsrechts für Staatsanwaltschaften und Instanzgerichte gedacht, verdient eine differenzierte Stellungnahme -bietet aber zumindest in weiten, entscheidungserheblichen Teilen Anlass zu Kritik.

I. Unnötigkeit einer Tatvollendung, insbesondere eines Vermögensschadens sowie eines korrespondierenden Vermögensvorteils für den Verfall des durch Täuschung erlangten Kaufpreises bei Betrugsdelikten?

Problematisch ist bereits der Ausgangspunkt der zur Teilaufhebung des Verfallsanspruchs führenden Ausführungen des 1. Strafsenats, die Annahme zur fehlenden Erforderlichkeit eines festgestellten Vermögensschadens bzw. eines vollendeten Betrugs zur Erlangung eines Etwas im Sinn des § 73 I 1 StGB in Gestalt des gesamten Kaufpreises. Die Argumentation des BGH wirkt konstruiert und paradox. Obwohl sich das Instanzgericht nicht von irgendeinem objektiven Vermögensnachteil der „Geschädigten“ E – sei es auch nur im Wert von einem Euro (!) – überzeugen konnte, sollen dem Senat zufolge bei Angeklagten und Dritten (straf-)rechtswidrig erlangte Vorteile durch Verfall abzuschöpfen sein:

¹³ BGH HRRS 2010 Nr. 664.

¹⁴ BGH HRRS 2010 Nr. 664, unter Berufung auf BVerfG wistra 2004, 378, 381 f.

¹⁵ BGH NStZ 2010, 326.

¹⁶ Vgl. BGHZ 160, 149; BGH NJW 2005, 2450.

¹⁷ BGH HRRS 2010 Nr. 664; vgl. BGH NStZ-RR 2007, 110; BGH NStZ 2006, 621, 623.

¹⁸ BGH, HRRS 2010 Nr. 664; unter Verweis auf OLG Zweibrücken StV 2003, 160, 162; Fischer, 57. Aufl. (2010), § 73 Rdn. 23.

¹⁹ BGH, HRRS 2010 Nr. 664; unter Verweis auf BGH NStZ 1995, 491; NStZ-RR 1996, 129, 130; NStZ 2000, 137; NStZ 2001, 312.

Zuzustimmen ist zwar der zugrunde liegenden Aussage, § 73 I 1 StGB setze mit einer rechtswidrigen Tat gem. § 11 I Nr. 5 StGB nicht zwingend ein vollendetes Delikt voraus, sondern könne auch bei einer (rechtswidrigen) Versuchstat Anwendung finden.²⁰ Der Versuch (§§ 22, 23 StGB) einer Straftat ist – selbst bei wirksamem Rücktritt – selbst rechtswidrige Tat.²¹

Daraus kann allerdings noch nicht gefolgert werden, dass aus einem Versuch im Falle eines Erfolgsdelikts wie dem des § 263 StGB ein abzuschöpfendes Etwas – insbesondere des durch eine Täuschungshandlung erzielten Kaufpreises – resultieren könne. Bei als Erfolgsdelikten ausgestalteten Eigentums- und Vermögensdelikten setzt ein strafrechtlich bemakeltes und damit dem Verfall unterliegendes erlangtes Etwas normativ gerade einen kausal und objektiv sowie subjektiv strafrechtlich zurechenbaren tatbestandlichen Erfolg voraus. Durch einen versuchten Betrug wird aufgrund der rechtsdogmatischen Struktur des Betrugsversuchs regelmäßig nichts – zumindest nichts strafrechtlich Bemakeltes – erlangt. Nur etwas strafrechtlich Bemakeltes kann jedoch nach der von BVerfG und BGH postulierten Rechtsnatur und Zweck des Verfalls Verfallsgegenstand sein.

Wenn § 73 I 1 StGB von „für die Tat oder aus ihr“ erlangten Vorteilen spricht, ist mithin nicht die Tat als Handlung im natürlichen Sinn oder als solche im strafprozessualen Sinn (§ 264 StPO), d.h. als natürlichem Lebenssachverhalt die Rede, sondern von der (Straf-)Tat im materiellrechtlich-tatbestandlichen Sinn, wie die dem Wortlaut zu entnehmende vorherige Benennung der Anknüpfungstat als „rechtswidrige Tat“ (§ 11 I Nr. 5 StGB) außer Zweifel stellen sollte. Demnach wird zu recht allgemein postuliert, dass „aus der Tat“ erlangt alle Vermögenswerte sind, die dem Täter (oder bestimmten Dritten) unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen.²² Wie der BGH andernorts ausgeführt hat, erlangt jemand, der an betrügerischen Geschäften mitwirkt Vermögenswerte „aus der Tat“, wenn seine Bereicherung unmittelbar aus dem Schaden des Betrogenen resultiert.²³ Der Betrugsversuch setzt aber normativ lediglich ein Ansetzen zur Täuschungshandlung voraus; weiter erstreckt er sich nicht. Diese Handlung führt jedoch nicht direkt zu einem Vermögenszuwachs bei dem Täter oder Dritten; dazwischen stehen die übrigen zu verwirklichenden Merkmale des § 263 StGB, die hier gerade nicht vorliegen. Nur aus deren letztem – der vermögensschädigenden Vermögensverfügung – resultiert unmittelbar ein erlangtes Etwas im Sinne des § 263 StGB. Dieses Tatbestandsmerkmal ist hier nicht gegeben.

Beim versuchten Betrug liegen abzuschöpfende rechtswidrige Vorteile nicht vor: Explizit spricht das BVerfG von der Abschöpfungsbedürftigkeit *rechtswidrig* erzielter Gewinne bzw. *rechtswidrig* erlangter wirtschaftlicher Vor-

teile durch Verfall.²⁴ Auch ausweislich der Gesetzesmaterialien zu § 73 StGB ist nur die Abschöpfung deliktisch erzielter Vermögensvorteile durch den Verfall bezweckt. Dem Täter soll lediglich das aus der Tat unrechtmäßig Erlangte nicht belassen werden.²⁵ Die strafrechtliche Gewinnabschöpfung soll einen „ordnenden Zugriff“ des Rechts zur Korrektur einer deliktisch zu Stande gekommenen Vermögenszuordnung ermöglichen.²⁶ Der Gesetzgeber sah ausschließlich in einem deliktischen Vermögenserwerb eine korrekturbedürftige Störung der Rechtsordnung, die die Strafgerichte im Wege der Gewinnabschöpfung beseitigen sollen.²⁷ Der BGH formulierte mehrfach, dass die Abschöpfung spiegelbildlich demjenigen Vermögensvorteil entsprechen müsse, den der Täter gerade aus der (Straf-)Tat gezogen hat; dies setzt eine Unmittelbarkeitsbeziehung zwischen (Straf-)Tat und Vorteil voraus.²⁸

Daraus wird nochmals deutlich, dass das erworbene Vermögen strafrechtlich bemakelt sein muss, um dem Verfall zu unterliegen. Es reicht daher hier nicht aus, dass sich ein natürlicher Kausalverlauf von der Handlung des versuchten Delikts – konkret dem Ansetzen zur Täuschungshandlung – bis hin zum Erwerb des Kaufpreises ziehen lässt. Vielmehr ist ein – ununterbrochener – strafrechtlicher-normativer Zurechnungszusammenhang nötig. Daran fehlt es hier mangels Tatvollendung: Die Voraussetzungen des Zurechnungszusammenhangs werden nämlich durch den (Vollendungs-)Tatbestand des § 263 StGB vorgegeben, denn der hier gegebene bloße Versuch dieses Straftatbestands sieht ein erlangtes Etwas (Vermögensvorteil) nicht vor, ja noch nicht einmal einen Vermögensschaden der Geschädigten. Der Versuch setzt vielmehr gerade voraus, dass die Verwirklichung aller Tatbestände sowie ein durchlaufender Zurechnungs- und Kausalzusammenhang nicht gegeben sind. Da das Tatgericht einen Betrug nicht bejahen und insbesondere weder einen Vermögensschaden der Geschädigten noch einen Vermögensvorteil der Angeklagten oder Dritter feststellen konnte, fehlt es am erforderlichen normativen Zusammenhang der Kaufpreiszahlung zum festgestellten Betrugsversuch. Da der Tatrichter keinen Vermögensschaden festgestellt hat, aus dem das erlangte Etwas – ein Vermögensvorteil in Gestalt der Kaufpreiszahlung – resultieren könnte, resultiert eine strafrechtlich angreifbare Kaufpreiszahlung erst recht nicht „aus“ dem lediglich festgestellten strafbaren Versuch.

Die explizite Aussage des Senats, bei einem „betrügerisch erlangten Kaufpreis“ sei dieser insgesamt erlangt im Sinne des § 73 I 1 StGB, lässt Tenor und Feststellungen des insoweit nicht mit der Revision angegriffenen landgerichtlichen Urteils außer Betracht. Der Tatrichter sah sich danach außerstande festzustellen, dass durch die

²⁰ Schönke/Schröder/Eser, StGB, 28. Auflage (2010), § 73 Rn. 5; Kiethe/Hohmann NStZ 2003, 506.

²¹ Vgl. BGHSt 31, 132, 133.

²² BGH wistra 2003, 57 = NStZ-RR 2003, 10; vgl. auch BGH NJW 2001, 693; Schönke/Schröder/Eser (Rn. 20), § 73 Rn. 10.

²³ BGH wistra 2003, 57 = NStZ-RR 2003, 10.

²⁴ BVerfG NJW 2004, 2073, 2074; vgl. BVerfGE 81, 228 = NJW 1990, 1900.

²⁵ Begr. des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs [StGB] E 1962 v. 4. 10. 1962, BT-Dr IV/650, S. 241 u. 245, sowie das Prot. der 28. Sitzung des BT-Sonderausschusses für die Strafrechtsreform v. 22. 9. 1966, S. 542 [Göhler]).

²⁶ So BT-Dr 11/6623, S. 7 u. 8.

²⁷ BVerfG NJW 2004, 2073, 2074.

²⁸ BGH NJW 2006, 925, 929; vgl. BGHSt 45, 235; 247 f. = NJW 2000, 297 = NStZ 2000, 34 L; BGHSt 47, 260, 269 = NJW 2002, 2257 = NStZ 2002, 477.

– festgestellte – Täuschung irgendetwas „betrügerisch“ im Sinne des § 263 StGB – nämlich durch Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale – dadurch verursachter Irrtum, Vermögensverfügung, Vermögensschaden – erlangt wurde. Sonst hätte der Tatrichter einen vollendeten Betrug bejahen müssen. Es spricht einiges – insbesondere die Begründung der Beschlussverwerfung der Revision der Angeklagten²⁹ – dafür, dass es dem Senat darum ging, den offenbar als verfehlt empfundenen – aber nicht mit der staatsanwaltschaftlichen Revision angefochtenen – Schuldspruch lediglich wegen versuchten Betrugs zumindest im Rahmen der nicht rechtskräftigen Verfallsentscheidung zu „korrigieren“. Der 1. Strafsenat hatte bei der Verfallsentscheidung offenbar dominierend vor Augen, dass aus seiner Sicht wegen vollendeten Betrugs hätte verurteilt werden müssen. Diese alternative Beweiswürdigung und materiellrechtliche Würdigung liegt seinen Ausführungen anscheinend unausgesprochen zu Grunde und führt zu einer die Versuchskonstellation negierenden Begründung der Verfallsentscheidung. Die Legitimität dieses Vorgehens erscheint zweifelhaft, da im Ergebnis der rechtskräftige Schuldspruch mit zweifelhafter Begründung für die Abschöpfung umgangen wird, ohne dass sich der 1. Strafsenat zu der klaren Stellungnahme durchringt, dass für die Zwecke der Verfallsentscheidung entgegen dem Tenor des landgerichtlichen Urteils auf der Basis der Feststellungen und einer abweichenden rechtlichen Würdigung von einem vollendeten Betrug auszugehen sei. Angesichts fehlender positiver und eindeutiger Feststellungen hierzu wäre dies ein wohl ehrlicherer, aber revisionsrechtlich ebenso wenig gangbarer Weg gewesen. Die Entscheidung des BGH greift somit – unausgesprochen – in die tatrichterliche Beweiswürdigung ein, indem sie sie durch fragwürdige Rechtsausführungen umgeht.

Der Umstand, dass durch die Täuschung der Vertragsabschluss bewirkt und letztlich die Zahlung des Kaufpreises verursacht wurde, macht diesen Vorgang – mangels entsprechender Feststellungen und mangels entsprechender rechtlicher Einordnung – noch nicht zu einem Betrug (§ 263 StGB) oder zum Teil eines versuchten Betruges (§§ 263, 22, 23 StGB), da insofern lediglich das unmittelbare Ansetzen zur Täuschung integraler Bestandteil der Tatbestandsverwirklichung ist.

Die Argumentation des 1. Strafsenats mit dem Herrühren des Kaufpreises aus der Beendigungsphase verfängt erst recht nicht, da hier – da lediglich ein Betrugsversuch vorliegt – schon keine Vollendung des Betrugs konstatiert werden kann. Die Beendigung des Betrugs setzt aber die hier nicht vorliegende Vollendung voraus, denn der Be-

trag ist vollendet mit dem wenigstens teilweisen Eintritt des Vermögensschadens, wobei der Vermögensvorteil noch nicht erlangt sein muss,³⁰ während die Beendigung nach h. M. die endgültige Erlangung eines aus dem Vermögensschaden resultierenden Vermögensvorteils voraussetzt.³¹

II. Unanwendbarkeit der BGH-Grundsätze zum Verfall bei Bestechungsstraftaten auf Betrugsdelikte?

Nicht überzeugend sind auch die Ausführungen zur fehlenden Vergleichbarkeit des Verfallsgegenstands bei durch Korruptionsdelikten erlangten Aufträgen bzw. daraus resultierenden Umsatzerlösen und eines durch Täuschung erlangten Kaufpreises. Die Ansicht des 1. Strafsenats, im vorliegenden Fall seien die Vermögensbestandteile – die Aktien der I – über deren Wert getäuscht worden sein soll und die unmittelbar zum Erwerb der E-Aktien eingesetzt wurden, selbst Gegenstand der mutmaßlichen Tathandlung,³² weshalb die Grundsätze zum Umfang des erlangten Etwas bei Bestechungsstraftaten³³ unanwendbar seien, kann nicht geteilt werden.

Parallel zu den Ausführungen des 5. Strafsenats zur Bestechung lässt sich formulieren, dass unmittelbar aus einem (Eingehungs-)Betrug wie vorliegend ein Verkäufer zunächst lediglich den Vertragsschluss erlangt, nicht hingegen den vereinbarten (überhöhten) Kaufpreis. Diesen erhält er erst – und damit nicht unmittelbar im Sinne des § 73 I 1 StGB – durch das Erfüllungsgeschäft, d.h. durch die Zahlung.³⁴ Auch bei einem Vertragsabschluss durch Täuschung führt die „Tat“ als solche unmittelbar nur zu dem Vorteil des schuldrechtlichen Vertragsschlusses. Auch hier gilt: Strafrechtlich bemakelt ist lediglich die Art und Weise, wie der Vertrag erlangt ist, nicht dass er ausgeführt wird, hier, dass der Abschluss durch Täuschung erlangt wurde. Auch hier ist anders als im Fall von BtM-Geschäften oder Embargoverstößen, deren Veranlassung selbst die strafrechtliche Bemakelung der erlangten Vermögenswerte bewirkt,³⁵ nicht problematisch, dass der Kaufvertrag überhaupt ausgeführt wird. Auch hier ist es deshalb nicht gerechtfertigt, als das „Erlangte“ i.S. von § 73 I 1 StGB den gesamten vereinbarten Kaufpreis anzusehen.³⁶ Auch hier trifft die Aussage zu, dass der wirtschaftliche Wert des Vertrages im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sich vorrangig nach dem zu erwartenden Gewinn bemisst. Da nur die ggf. erwartete bzw. kalkulierte Gewinnspanne – ggf. zu schätzendes (§ 73b StGB) – erlangtes Etwas ist, stellt sich nicht die Frage nach dem Verbot des Abzugs eigener Aufwendun-

²⁹ BGH, Beschl. v.14.07.2010 - 1 StR 245/09: „Die Angeklagten sind nicht dadurch beschwert, dass das Landgericht die Haupttäter nur wegen versuchten Betruges verurteilt hat, obwohl die tatrichterlichen Urteilsfeststellungen ... nahe legen, dass der Betrug zum Nachteil der E... vollendet wurde, weil ein Vermögensschaden in Höhe des gesamten Kaufpreises eingetreten ist. ... Es kommt daher für die Entscheidung nicht mehr darauf an, dass - entgegen der Annahme der Strafkammer - der objektive Wert des an die E... übertragenen I.-Aktienpakets bestimmbar war. Das Fehlen weiterer Kaufinteressenten steht der Bestimmung eines Marktpreises nicht entgegen. Vielmehr ist in solchen Fällen der Marktpreis aus den Vereinbarungen der Vertragsparteien abzuleiten.“ Interessant ist hier besonders die Verwendung des Indikativs.

³⁰ BGHSt 19, 342; 32, 243.

³¹ BGHSt 19, 342, 344; 32, 236, 243; BGH NSStZ 2001, 650

³² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.07. 2006 - 2 BvR 527/06 -, juris; vgl. BGHSt 47, 369, 370 ff., und BGH, Urteil vom 30.05.2008 - 1 StR 166/07, juris, Rn. 107.

³³ BGHSt 47, 369 ff.

³⁴ BGH NJW 2006, 925, 929. vgl. Sedemund, DB 2003, 323, 325 ff.; a.A. OLG Köln ZIP 2004, 2013; OLG Jena, wistra 2005, 114.

³⁵ BGH NSStZ 2003, 520 f.

³⁶ Vgl. BGH NJW 2006, 925, 929 f.; BGH, NSStZ 2000, 480; BGHSt 47, 369 ff. = NJW 2002, 3339 = NSStZ 2003, 37.

gen nach Maßgabe des Bruttoprinzips, jedenfalls beim Eingehungsbetrag nicht. Wäre der Verfall dem Grunde nach zulässig gewesen, wäre jedenfalls die vom 1. Strafsenat gesehene Folge unzutreffend, dass der gesamte Umsatzerlös (Kaufpreis) abzuschöpfen ist. Anderes würde nur gelten, wenn der Anspruch des Käufers auf die Kaufsache wertlos wäre oder der Verkäufer einseitig seine Verpflichtungen nicht erfüllen würde.

III. Bestimmbarkeit und Höhe des Wertes des durch D Erlangten in Höhe des Kaufpreises zum Zeitpunkt der Tat trotz Verkaufsverbot bzgl. der Aktienkomponente?

Zuzustimmen wäre hingegen der Auffassung des Senats, der Wert des als Gegenleistung vereinbarten und in Empfang genommenen E-Aktienpaketes sei für die Zwecke des Verfalls ungeachtet dessen zu bestimmen, dass eine neunmonatige Verkaufssperre vereinbart worden war und der Wert der Aktien der E in dieser Zeit fielen, unterstellte man, es wäre wegen eines vollendeten (Eingehungs-)Betrug verurteilt worden. Die D hat hier einen Anspruch auf das E-Aktienpaket als Teil des Kaufpreises erlangt. Dieses Aktienpaket wurde von Verkäufer E und Käufer D – die einen Kaufpreis im Wert von 762 Mio. Euro vereinbart hatten – bei Vertragsabschluss einvernehmlich mit der Differenz zwischen dieser Summe und der Barkomponente bewertet. Ein abweichender Marktwert ist nicht ersichtlich. Bei der Bezifferung des Wertes des Aktienpakets war beiden Vertragsparteien bekannt, dass aufgrund der Verkaufssperre von 9 Monaten das Risiko eines erheblichen Wertverlusts bzgl. des Aktienpakets bestand; es muss mithin davon ausgegangen werden, dass dies bei der Preisbildung sowohl des Gesamtkaufpreises als auch bei der Bezifferung des Wertes berücksichtigt wurde. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Verkehrswert des Anspruchs der D auf die Übereignung des E-Aktienpakets zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dem vertraglich fixierten Preis entsprach. Diesen Wert erwarb die D zumindest kurzzeitig. Er wäre bei einer Bestimmung des Vertragswerts als erlangtem Etwas (s. II.) voll zu berücksichtigen gewesen.

IV. Ggf. abweichende Höhe des Wertes des Erlangten bei den Angeklagten und Verfallsbeteiligten

Zuzustimmen ist auch dem Hinweis des 1. Strafsenats, dass der Wert des Erlangten bei Angeklagten und Verfallsbeteiligten durchaus anders – niedriger – zu beurteilen sein kann als bei dem Unternehmen D, das den Kaufpreis erlöste, obwohl die Verfallsbeteiligten zumindest tw. als Gesellschafter und Geschäftsleiter bzw. Manager der D rechtliche und tatsächliche Zugriffsmöglichkeiten hatten.

Ein Erlangen im Sinne des § 73 I 1 StGB durch die Verfallsbeteiligten muss weder in zeitlicher Hinsicht noch der Höhe nach dem Erlangen durch die D zusammenfallen. Erlangt ist ein Vermögenszuwachs dann, wenn er dem Täter auf irgendeine Weise wirtschaftlich zu Gute

kommt.³⁷ Es handelt sich um einen tatsächlichen Vorgang, der voraussetzt, dass die wirtschaftliche Verfügungsgewalt über den Gegenstand erlangt wurde.³⁸ Dies ist der Fall, wenn dem Tatbeteiligten eine Sache übereignet oder eine Forderung abgetreten wird oder er zumindest die faktische Verfügungsgewalt über den Gegenstand erhalten hat.³⁹ Da es sich beim Erlangen um einen tatsächlichen Vorgang handelt, kommt es weder auf die Art noch auf die rechtliche Wirksamkeit des Grund- oder Verfügungsgeschäfts an.⁴⁰ Ebenso wenig ist von Bedeutung, ob dem Tatbeteiligten die Vermögenswerte bar oder unbar zukommen, oder ob er sie mit seinem sonstigen Vermögen vermischt oder weitergegeben hat.⁴¹ Nutzungsmöglichkeiten oder sonstige Vergünstigungen sind erlangt, sobald sie wirtschaftlich genutzt werden können.⁴² Nicht bzw. noch nicht erlangt ist, was der Tatbeteiligte lediglich erlangen wollte oder in seine Verfügungsgewalt hätte bringen können, wenn bzw. solange er diesen Gegenstand oder die Nutzungsmöglichkeit etc. aber freiwillig oder unfreiwillig faktisch nicht erlangt hat.⁴³

Hinsichtlich des Angeklagten Falk käme – wäre eine Verurteilung wegen vollendeten Betrugs erfolgt (s.o. I.) oder folgt man dem 1. Strafsenat – die Annahme eine Erlangung des gesamten Vertragswerts (s.o. II.) mit Vertragsabschluss in Betracht, wenn er nach den (schweizerischen) gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten in Bezug auf die D als beherrschender Mehrheitsaktionär und Vorsitzender des Verwaltungsrates eine derart beherrschende Stellung innehatte und über eine Verfügungsbeziehung und -macht hinsichtlich des Kaufpreis(-anspruchs) verfügt haben sollte, dass diesbezüglich von seiner (alleinigen) faktischen Verfügungsgewalt gesprochen werden müsste. Angesichts seiner vom Tatgericht festgestellten Stellung als geschäftsführender Mehrheitsgesellschafter der D mag dies nicht gänzlich fernliegen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Rspr. zufolge bei einem Beteiligten, der zunächst die ganze Beute zur Aufteilung erhält, deren gesamter Wert abgeschöpft werden kann, selbst wenn diese später teilweise oder ganz weitergegeben wurde.⁴⁴ So könnte hier die unmittelbare Erlangung durch D – bzw. faktisch bei Herrn Falk – zur Vollabschöpfung bei letzterem führen.

Bei mehreren Beteiligten ist nur erlangt, was jeder selbst tatsächlich (zumindest zeitweise) faktisch an sich gebracht hat. Wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt neben einem anderen Tatbeteiligten reicht allerdings aus.⁴⁵ Mit Wahrscheinlichkeit erfolgte eine teilweise Erlangung i.S.d. § 73 I 1 StGB aber bei den anderen Angeklagten und Verfallsbeteiligten nicht schon durch Vertragsab-

³⁷ Schönke/Schröder/Eser § 73 (Fn. 20) Rn. 11.

³⁸ BGHSt 51, 65, 69; BGH NStZ 2003, 198; BGH NStZ 2004, 440; BGH NJW 2009, 2073.

³⁹ BGH NStZ-RR 1997, 262, OLG Hamburg NJW 1971, 1999; Schönke/Schröder/Eser (Fn. 20) § 73 Rn. 11 f.

⁴⁰ BGHSt 33, 234 ff. m. Anm. Eberbach NStZ 1985, 556; BGHSt 36, 254 ff.

⁴¹ BGHSt 51, 65, 66 ff.

⁴² Schönke/Schröder/Eser (Fn. 20) § 73 Rn. 13.

⁴³ BGH wistra 1999, 464; BGH NStZ 2000, 481; BGH NStZ-RR 2001, 82; BGH StV 2002, 485; BGH NStZ 2003, 198.

⁴⁴ BGH NStZ 2003, 198; BGH NStZ 2003, 422 f.; BGH StraFo 2008, 336.

⁴⁵ Fischer (Fn. 18) § 73 Rn. 16.

schluss und -durchführung zwischen D und E, da die rechtliche und faktische Verfügungsmacht des Angeklagten Falk bei der D ausschließen dürfte, dass die anderen Tat- und Verfallsbeteiligten faktisches Mitverfügungsgewalt am Kaufpreis(-anspruch) hatten. Anderes könnte allenfalls – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – für mitangeklagte Manager der D gelten.

Im Übrigen erlangten die Mitangeklagten und Verfallsbeteiligten erst über die Ausschüttung von Sonderdividenden durch die D – handelnd durch ihren Verwaltungsrat – an die Aktionäre der D etwas im Sinne des § 73 I 1 StGB bzw. durch sonstige Zuwendungen des Angeklagten Falk. Zivilrechtliche bzw. gesellschaftsrechtliche Ansprüche bzw. Anwartschaften gegen D bzw. Falk könnten sie bereits zuvor – zeitgleich zur Erlangung durch die D oder bereits mit Vertragsabschluss der D erlangt haben. Das Erlangte im Sinne des § 73 I 1 StGB muss allerdings unmittelbar aus einer Straftat stammen. Die o.g. Ansprüche rühren im Vermögen der Verfallsbeteiligten allerdings nicht unmittelbar aus der Betrugstat zu Lasten der I her, sondern wohl aus vorherigen Vereinbarungen mit Falk bzw. aus gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten. Erst recht unterfallen Gegenstände, die durch den Einsatz des Erlangten, bei Gelegenheit einer Straftat oder durch deren „Vermarktung“ erlangt wurden § 73 I StGB nicht.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob bzgl. der verfallsbeteiligten Unternehmen, die allesamt erst über die D bzw. Falk Zahlungen erhielten, eine Abschöpfung im Sinne des § 73 I, III StGB zulässig ist. Denkbar wäre allerdings – bei Verwirklichung des Geldwäschetatbestands (§ 261 StGB) durch diese – ein Verfall des durch Geldwäsche erlangten.

Die Rspr. könnte allerdings hier auch einen sogenannten „Verschiebungsfall“ annehmen, bei dem der Tatbeteiligte einem Dritten die Tatvorteile unentgeltlich oder auf Grund eines bemakelten Rechtsgeschäftes gewährt, um sie dem Zugriff von Gläubigern zu entziehen, oder um die Tat zu verschleiern, d.h. mit Gläubigerbenachteiligungsabsicht.⁴⁷ Die Unmittelbarkeit der Erlangung ist nach der Rspr. hier nicht entscheidend, es sei vielmehr typisch, dass weitere Rechtsgeschäfte zwischengeschaltet seien.⁴⁸ § 73 III StGB greife auch, wenn der Taterlös mit legalen Vermögenswerten vermischt und danach weitergegeben wurde.⁴⁹

Es gibt jedoch gute Gründe zu bezweifeln, dass der vom BGH so bezeichnete Verschiebungsfall dem Drittverfall unterliegt,⁵⁰ jedenfalls wenn der Dritte gutgläubig ist. Vor dem Hintergrund, dass die Rspr. von einem quasi-konditionellen und nicht strafähnlichen Charakter des Verfallsrechts insgesamt ausgeht, sollte deren Auslegung des § 73 StGB allerdings nicht nur sporadisch, sondern

konsequent am Bereicherungsrecht orientiert sein,⁵¹ insbesondere auch an den entsprechend anzuwendenden bereicherungsrechtlichen Grenzen der Abschöpfung. Dies gilt besonders deshalb, weil der Rspr. zufolge gerade der quasi-konditionelle Charakter der Maßnahme die Verfassungsmäßigkeit des Verfallsrechts insgesamt trägt. Entsprechend § 822 BGB ist nur bei unentgeltlich zugewendeten Gütern eine Nutznießerschaft des Dritten gegeben, die eine Verfallsanordnung gegen ihn trotz fehlender Unmittelbarkeit der Erlangung rechtfertigt, während die Erlangung von Vermögenswerten auf Grund eines zwischengeschalteten rechtskonformen entgeltlichen Rechtsgeschäfts im Umkehrschluss zu § 822 BGB den Drittverfall hingegen nicht zulassen sollte.⁵² In Verschiebungsfällen müssen daher zumindest zwischengeschaltete entgeltliche Rechtsgeschäfte mit Gutgläubigen den Zurechnungszusammenhang entfallen lassen. Hinsichtlich von Dividendenausschüttungen ist zu berücksichtigen, dass diese im Gesellschafterverhältnis wurzeln, das sowohl Rechte als auch Pflichten verschafft; es ist daher fraglich, ob Dividendenansprüche und -ausschüttungen einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft – einer Schenkung – vergleichbar sind.

V. Zum Umfang des Ausschlusses des Drittverfalls aufgrund von Ansprüchen der Geschädigten E (§ 73 I 2 StGB)

1. Anwendbarkeit des § 73 I 2 StGB trotz fehlender Feststellung eines Vermögensschadens

Begrüßenswert ist auch der Hinweis des 1. Strafsenats, der Anwendung des § 73 I 2 StGB stehe nicht entgegen, dass es hier an einem Schuldspruch gem. § 263 StGB und damit an einem daran anknüpfenden eindeutigen Beleg von Ansprüchen der Verletzten E (gem. § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB) fehlt. Die Verurteilung der Angeklagten lediglich wegen versuchten Betruges schließt nicht aus, dass zivilrechtliche Schadensersatzansprüche der E gegeben sein können, insbesondere gem. § 826 BGB, der nicht voraussetzt, dass die Merkmale des § 263 StGB verwirklicht sind. Zu ergänzen ist diesbezüglich allerdings, dass bisher jedenfalls die rechtliche Existenz eines solchen Anspruchs vorausgesetzt wurde, wenn auch nicht die – mehr oder minder hohe – Wahrscheinlichkeit der – erfolgreichen – Geltendmachung.⁵³ Es ist nicht nötig, dass der Verletzte ermittelt oder ermittelbar ist,⁵⁴ oder dass er seinen Anspruch geltend macht oder machen wird.⁵⁵ Es ist aus dem Urteil des 1. Strafsenats nicht

⁴⁶ BGHR StGB § 73 Erlangtes 2; BGH StV 2003, 160; Fischer (Fn. 18) § 73 Rn. 15.

⁴⁷ BGHSt 45, 235, 246; BGH, Urt. v. 30.5.2008 - 1 StR 166/07, S. 34 f. (nicht in BGHSt 52, 227 ff. abgedruckt); OLG Düsseldorf NJW 1979, 992.

⁴⁸ BGHSt 45, 235, 246.

⁴⁹ OLG Hamburg wistra 2005, 157, 158.

⁵⁰ MünchKommStGB/Joeks § 73 Rn. 62.

⁵¹ Vgl. MünchKommStGB/Joeks § 73 Rn. 65; Schmidt/Winter NStZ 2002, 8, 12; aA Fischer (Fn. 18) § 73 Rn. 38; Hofmann wistra 2008, 401, 407 f.

⁵² MünchKommStGB/Joeks § 73 Rn. 65.

⁵³ BGHSt 52, 227, 244 vgl. auch BGH NStZ 1984, 409; BGH NStZ 1996, 332; BGH NStZ 2001, 257, 258; BGH wistra 2002, 57; BGH StraFo 2006, 383, stdg. Rspr.; vgl. Brammsen NStZ 2009, 279; Lohse JR 2009, 188; aA Schöнке/Schröder/Eser (Fn. 20) § 73 Rn. 26; Kieth/Hohmann NStZ 2003, 505, 510 f., danach müsse die tatsächliche Geltendmachung erfolgen.

⁵⁴ BGH NStZ-RR 2004, 242, 244; BGHR StGB § 73 Tatbeute 1.

⁵⁵ Fischer (Fn. 18) § 73 Rn. 18.

ersichtlich, dass dieser positiv von der Existenz eines Schadensersatzanspruchs gem. § 826 BGB ausgeht bzw. dies festgestellt und rechtlich geprüft hat. Der Senat scheint einen solchen Anspruch aber jedenfalls nicht auszuschließen. Greift man diesen Gedankengang des Urteils auf und führt ihn fort, könnte bereits der Umstand, dass – nicht im Strafrecht wurzelnde und daher für den Strafrichter schwerer zu beurteilende und außer im Adhäsionsverfahren nicht verfahrensgegenständliche – Schadensersatzansprüche des Geschädigten im Raum stehen bzw. glaubhaft gemacht oder schlüssig behauptet werden, zum Unterbleiben der Verfallsanordnung führen. Der Wortlaut des § 73 I 2 StGB und die bisherige Rspr. legt eher das Erfordernis einer tatrichterlichen Überzeugung von dessen Bestehen und eine inzidente volle zivilrechtliche Überprüfung nahe.

2. Auswirkung des Anspruchsverzichts auf § 73 I 2 StGB

Die Auffassung des 1. Strafsenats, der Verzicht der Geschädigten E auf Ansprüche gem. § 73 I 2 StGB gegen FA und H führe zur vollen Anwendbarkeit des Verfallsrechts, soweit etwas Verfallbares erlangt wurde, entspricht h. Rspr., ist aber dennoch zu kritisieren:

Ein Anspruch des Verletzten steht nach h. M. dem Verfall auch dann nicht mehr im Wege, wenn der Berechtigte wirksam verzichtet.⁵⁶ Ein Verzicht des Verletzten kann den Sinn und Erklärungswert haben, die staatliche Abschöpfung durch Verfall zu ermöglichen oder erfolgt, um den Tatbeteiligten von der Abschöpfung bzw. Rückerstattung freizustellen. Die Geltendmachung des Anspruchs sollte im Rahmen der gesetzlichen Verpflichtungen des Verletzten auch zugunsten des Tatbeteiligten und unter Ausschluss des staatlichen Abschöpfungsrechts disponibel sein. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB will die Rückerstattung deliktisch erlangter Vermögenswerte, die aus Straftaten stammen, die sich (nur) gegen Individuen oder juristische Personen richten und deren Schadensersatzansprüche begründen, zur Disposition des Verletzten stellen und staatliche Abschöpfung insofern ausschließen. Es sollte nicht darauf ankommen, ob dieser seine Ansprüche faktisch – aber zielgerichtet – nicht ausübt, was nach h. M. dem Verfall entgegensteht, oder auf diese verzichtet, jedenfalls wenn er einen Verzicht zugunsten des Tatbeteiligten bezweckt. Käme es hierauf an, wären die Geschädigten zu der Scharade gezwungen, lediglich von der Ausübung des Anspruchs abzusehen, um den gewünschten Zweck – die Schonung des Verfallsbeteiligten – zu erreichen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass weder ein Verzicht noch die Verjährung den aus der Tat erwachsenen Anspruch des Verletzten rechtlich beseitigt,⁵⁷ sondern dass dessen Verwirklichung dadurch lediglich noch geltend zu machende Einreden entgegenstehen können. Es verstößt daher gegen den Wortlaut der Norm, Verzicht und Verjährung der rechtlichen Nichtexistenz des Anspruchs gleichzusetzen, wie dies die Rspr. tut.⁵⁸ Erst die Geltendmachung der Einrede durch den Tatbeteiligten gegenüber dem Berechtigten – dem Verletzten – würde es

erlauben, den Anspruch des Verletzten zu behandeln, als sei er rechtlich nicht mehr existent und § 73 I 2 StGB deshalb nicht verwirklicht. Der bloße Verzicht lässt den Anspruch zivilrechtlich fortbestehen. Schon deshalb kommt ein Verfall aufgrund des Verzichts nicht in Betracht.

3. Wiederaufleben des Verfallsanspruchs wegen des Vergleichs des Geschädigten mit einem Teil der Verfallsbeteiligten mit der Folge des Ausschlusses des § 73 I 2 StGB

Aus denselben Gründen ist die Auffassung der Rspr. kritisch zu würdigen, der Vergleich der Geschädigten E mit Verfallsbeteiligten stehe einer Verfallsanordnung bzgl. von aus Sicht der Strafgerichtsbarkeit überschießender erlangter Vermögenswerte nicht im Wege. Es entsprach schon bisher h. M., dass bei einem Vergleich über einen dem Geschädigten zustehenden Schadensersatzanspruch eine Verfallsanordnung bezüglich der den Vergleichsbetrag übersteigenden Summe möglich sein soll.⁵⁹ Hier ist jedoch besonders augenfällig, dass eine solche Rechtslage dem Abschluss rechtsfriedensstiftender Vergleiche über die Geschädigtenansprüche und deren einvernehmlicher, schneller Erfüllung im Wege stehen und daher zumindest rechtspolitisch fragwürdig und de lege lata korrekturbedürftig ist. Das Interesse eines Verfallsbeteiligten, einen Vergleich mit dem Geschädigten anzustreben und durchzuführen, dürfte nachhaltig gemindert werden, dass hierdurch keine abschließende Regelung getroffen wird, sondern hinsichtlich des Restes des angeblich aus einer Straftat erlangten eine strafrechtliche Abschöpfung erfolgen kann, nach den Grundsätzen des § 261 StPO zur freien richterlichen Beweiswürdigung etwa auf der Basis der Annahme Drittverfall (§ 73 III StGB) aufgrund Mitgewahrsams bzw. bei Verschiebungsfällen auch in einem Umfang, in dem der zivilprozessual erforderliche Nachweis einer Schadensverursachung bzw. der Voraussetzungen der §§ 812 ff. StGB praktisch kaum möglich gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund sollten Gerichte in Strafsachen erwägen, ob der Regelungsgehalt des § 779 BGB, dass durch den Vergleich Streit oder Ungewissheit über Bestehen und Höhe des Anspruchs einvernehmlich durch Zugeständnisse irgendwelcher Art, durch beidseitiges Nachgeben verbindlich geregelt wurden,⁶⁰ nicht nahe legt, dass das erlangte Etwas tatsächlich nur in Höhe des Vergleichs in die wirtschaftliche Verfügungsgewalt des betroffenen Verfallsbeteiligten gelangt ist, bzw. abweichendes nicht erweislich ist.

Daneben ist darauf zu verweisen, dass es sich zur Gewährleistung abschließender Regelungen anbieten kann, dass neben einer vergleichsweisen Zahlung durch den Verfallsbeteiligten an den Geschädigten der Geschädigte für mögliche überschießende Ansprüche diese lediglich – ggf. auf einen vertraglich vereinbarten, sehr langen Zeitraum – stundet o.ä., jedenfalls deren rechtliche Existenz aufrecht erhält.

⁵⁹ NK/Herzog, 3. Aufl. (2010), § 73 Rn. 6; vgl. OLG Zweibrücken StV 2003, 160.

⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1964, 1787.

⁵⁶ BGH NStZ-RR 2004, 54; BGH NStZ 2006, 621, 622.

⁵⁷ Zutreffend OLG Zweibrücken StV 2003, 160, 162.

⁵⁸ Vgl. dazu BGH NStZ 2006, 621 ff. aE.

D. Fazit

Insgesamt ist zusammenfassend festzuhalten:

Dem Tenor des Revisionsurteils, dass der Verfallsanspruch keinen Bestand haben könne, ist nicht zuzustimmen. Aufgrund der rechtsbeständigen Verurteilung lediglich wegen versuchten Betrugs erlangte die D aus dieser Straftat nichts. Die D erlangte zwar den Kaufpreis kausal durch die verfahrensgegenständlichen Täuschungen, der Zurechnungszusammenhang gem. § 73 I 1 StGB ist jedoch unterbrochen, da der Kaufpreis nur dann aus einer Straftat erlangt worden wäre, wenn es zur Vollendung und Beendigung des Betrugs gekommen wäre; aus dem unmittelbaren Ansetzen zur Täuschung wird nichts erlangt.

Entgegen dem besprochenen Urteil ist bei (Eingehungs-)Betrugsdelikten wie bei Bestechungsdelikten regelmäßig davon auszugehen, dass im Sinne des § 73 I 1 StGB aus der Tat unmittelbar der Wert des betrügerisch erlangten Vertrags erlangt wird, der typischerweise in dem (kalkulierten) Gewinn bestehen dürfte und daher regelmäßig nicht in dem gesamten Umsatzerlös bzw. Kaufpreisanspruch.

Naheliegenderweise hätte – bei vollendetem Betrug – vorliegend neben dem verkaufenden Unternehmen D allenfalls dessen beherrschender geschäftsführender

Gesellschafter unmittelbar im Sinne des § 73 I 1, III StGB etwas – zutreffender Ansicht nach den Wert des Vertrags (Kalkulationsgewinn) – aus dem Kaufvertrag erlangt, nicht dessen begünstigte Gesellschafter, Manager und nahestehende Personen. Insbesondere die Vermögenszuwächse durch Dividendenausschüttungen oder Schenkungen erfolgten nicht unmittelbar aus der Tat.

Bzgl. der Dividendenausschüttungen ist fraglich, ob sie unter die Fallgruppe der Verschiebungsfälle gem. § 73 III StGB fallen und der Abschöpfung durch Drittverfall unterliegen.

Zutreffend stellt der BGH fest, dass die Verneinung von Ansprüchen des Geschädigten gem. §§ 823 II BGB, 263 StGB mangels vollendetem Betrug dem Bestehen von Ansprüchen nach § 826 BGB nicht entgegenstehen muss, weshalb dem Verfall zu Lasten von Angeklagten und Verfallsbeteiligten § 73 I 2 StGB entgegenstehen kann.

Nicht beizutreten ist – de lege lata – der Auffassung des BGH, ein Verzicht des Geschädigten auf diese Ansprüche lasse § 73 I 2 StGB entfallen; rechtlich besteht der Anspruch – einredebehaftet – fort.

De lege ferenda zu hinterfragen ist die rechtspolitisch kontraproduktive Auffassung der Rspr., dass Vergleiche über diese Ansprüche der Abschöpfung des den Vergleichsbetrag übersteigenden Betrags nicht entgegenstehen.

Aufsätze und Anmerkungen

Luftangriffe und Strafrechtsdogmatik – zum systematischen Verhältnis von VStGB und StGB – eine Gegenrede

Erwiderung auf Hertel, HRRS 2010, 339 ff.

Von Akad. Rat Dr. Denis Basak, Frankfurt am Main

Der folgende Text versteht sich als Erwiderung auf den Aufsatz von *Florian Hertel*, HRRS 2010, S. 339 ff., in welchem der Autor eine Sperrwirkung von Tatbeständen des VStGB gegenüber denen des StGB begründen will. Dabei ist die angestoßene Debatte zur weiteren dogmatischen und systematischen Durchdringung des deutschen Völkerstrafrechts ausdrücklich begrüßenswert. Der vorliegende Text will innerhalb dieser Debatte allerdings einen Gegenstandspunkt zur Frage des systematischen Verhältnisses von VStGB und StGB begründen.

Einleitung

Acht Jahre nach Inkrafttreten des VStGB und nach vielmehrigen Klagen über dessen jahrelang konsequente Nichtanwendung durch die Strafverfolgungsbehörden¹

¹ Kritisch hierzu etwa amnesty international, Pressemitteilung vom 09.05.2006 zum Fall Almatov, unter <www.amnesty.de/umleitung/2006/deu01/024?lang=d%26mimetype%3dtext%2fhtml> (zuletzt besucht am 22.09.2009); Basak KritV 2007, 333, 364; vgl. auch BT-Drucks. 16/2692.

kommt es inzwischen zu ersten Ermittlungsverfahren nach diesem Gesetz. In Mannheim wird ein mutmaßlicher Kriegsverbrecher aus Zentralafrika festgenommen², und auch wegen des Luftangriffs auf zwei Tanklaster nahe Kunduz auf Veranlassung eines Obersten der Bundeswehr werden immerhin Ermittlungen durch die Generalbundesanwaltschaft gegen den kommandierenden Bundeswehroffizier eingeleitet. Diese Entwicklung trifft sich mit einem ausgedehnten und sich verfestigenden Auslandsengagement der Bundeswehr, welche gerade in Afghanistan im Kampfeinsatz steht, und für die sich immer wieder die Frage stellt und stellen wird, wie die deutsche Strafjustiz mit möglichen Straftaten von Bundeswehrangehörigen im Rahmen solcher Einsätze umgehen soll.³ Es sei daran erinnert, dass – anders als etwa in den USA – die deutschen Streitkräfte der „normalen“ Ziviljustiz unterstehen⁴, auch wenn es materiellrechtlich etwa mit dem WStG, durchaus Sondernormen gibt.⁵ Die Frage, nach welchen Maßstäben die deutsche Strafjustiz Taten deutscher Soldaten beurteilen soll, ist eine, deren aufscheinende praktische Relevanz die Notwendigkeit verdeutlicht, die damit zusammenhängenden Fragen auch wissenschaftlich zu durchdringen.⁶

Hertel nähert sich dieser Frage über den Fall der bombardierten Tanklastzüge nahe Kunduz.⁷ Dieses Beispiel soll hier aufgegriffen werden, wobei zunächst sowohl der Sachverhalt als auch die Prozessgeschichte noch ergänzungsbedürftig erscheinen (A.). Der wesentliche Punkt ist aber die Frage nach dem systematischen Verhältnis des allgemeinen Strafrechts zum VStGB (B). Schließlich ist auch über die prozessualen Folgerungen aus den materiellrechtlichen Überlegungen zu sprechen (C.).

A. Der Beispielfall – Bomben auf Tanklaster in Afghanistan

Das genaue Geschehen des 4.9.2009 im deutschen Feldlager in Kunduz und um die in einem Flussbett festgefahrenen Tanklastzüge, die zuvor von Aufständischen in deren Gewalt gebracht worden waren, ist von verschiede-

denen Seiten rekonstruiert und aufgearbeitet worden.⁸ Die Ergebnisse dieser Untersuchungen sind bis heute nicht eindeutig in Bezug auf die Zahl der bei der durch die von der Bundeswehr angeforderten US-Kampfflugzeuge durch Bombardierung mit zwei 500-Pfund Bomben⁹ erfolgten Zerstörung der Tanklaster getöteten Zivilisten. Diese schwankt je nach Quelle zwischen 30 und über 100¹⁰, selbst das Rote Kreuz geht aber von 74 toten Zivilisten aus.¹¹ Der Generalbundesanwalt hält bei der Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen Oberst *Klein* die genaue Zahl der toten Zivilisten für nicht ermittelbar.¹² Für die Frage, ob die zivilen Opfer im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB¹³ „außer Verhältnis zum militärischen Nutzen“ standen¹⁴, ist dies allerdings keine unwichtige Größe, hier wären ggf. weitere Ermittlungen erforderlich gewesen.¹⁵

Zudem ist die Frage nach diesem angeblich verfolgten militärischen Nutzen eine, die als Tatbestandsmerkmal einer Strafnorm durchaus einer Betrachtung wert gew-

² *Knaup* Spiegel Online vom 17.11.2009 <www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,661879,00.html> (zuletzt besucht am 22.09.2009).

³ Ähnlich auch *Frister/Korte/Kreß* JZ 2010, 10 f.; *Safferling/Kirsch* JA 2010, 81; zur Wichtigkeit der konsequenten Anwendung der geltenden Normen auch und gerade gegenüber den eigenen Streitkräften *Kreye* SZ vom 21.04.2010, zugänglich unter <blogs.sueddeutsche.de/feuilletonist/2010/04/20/niederlage-im-kampf-um-herzen-und-kopfe/> (zuletzt besucht am 22.09.2010).

⁴ Zur Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Fälle wie diesen *Safferling/Kirsch* JA 2010, 81 f.

⁵ Dazu Münchener Kommentar zum StGB (2003-2009) (MK)/*Dau* vor § 1 WStG Rn. 2 ff.

⁶ Ausführlicher zu dieser allgemeinen Frage auch *Frister/Korte/Kreß* JZ 2010, 10, 12 ff.; *Steiger/Bäumler* AVR 48 (2010), 189 ff.

⁷ *Hertel* HRRS 2010, 339; zentral hierzu Presseerklärung 8/2010 des Generalbundesanwalts vom 19.04.2010, zugänglich unter <www.generalbundesanwalt.de/de/show_press.php?themenid=12&newsid=360> (zuletzt besucht am 22.09.2010),

⁸ Zu den Schwierigkeiten bei der Beurteilung des Sachverhaltes, die durch die weitgehende Nichtveröffentlichung der entsprechenden Ermittlungsberichte entstehen, siehe von *der Groeben* German Law Journal (GLJ) 11 (2010), 469, 473 ff. Eine ausführliche Rekonstruktion des veröffentlichten Geschehens findet sich etwa in der Stellungnahme zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Fall Kundus des European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) vom 10.6.2010, zugänglich über <www.ecchr.eu/FALL_KUNDUS/articles/kundus-opferan-waelte-fordern-entschaedigung-und-fortfuehrung-des-ermittlungsverfahrens.725.html> (besucht am 22.09.2010); eine andere bei amnesty international, Afghanistan: Background to the Kunduz airstrike of 4 September 2009, AI Index ASA 11/015/2009, zugänglich unter <www.amnesty.org/en/library/asset/ASA11/015/2009/en/9fe7aa75-884a-4f44-82fc-5c8208116985/asa110152009en.pdf> (zuletzt besucht am 22.09.2010).

⁹ Zu den eingesetzten Waffen detailliert die Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 22 f.

¹⁰ *Diehl* HuV-I 2010, 4, 6; Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 23 f.

¹¹ Siehe etwa die Meldung „Rot-Kreuz-Bericht belastet Guttenberg“ vom 9.12.2009 unter <www.stern.de/politik/deutschland/luftangriff-von-kundus-rot-kreuz-bericht-belastet-guttenberg-1527884.html> (zuletzt besucht am 22.09.2010); der als „streng vertraulich“ bezeichnete Bericht selbst ist bislang nicht veröffentlicht. Amnesty international (Fn. 8), S. 1 kommt unter Berufung auf Berichte von Dorfältesten auf 83 tote Zivilisten.

¹² Presseerklärung 8/2010 des Generalbundesanwalts (Fn. 7), Ziff. 8.

¹³ Zum Vorliegen eines bewaffneten Konfliktes in Afghanistan als Voraussetzung für die Begehung eines Kriegsverbrechens siehe *Ambos* NJW 2010, 1725, 1726; *Diehl* HuV-I 2010, 4, 14 ff.; *Steiger/Bäumler* AVR 48 (2010), 189, 192 ff.; *Safferling/Kirsch* JA 2010, 81, 82; von *der Groeben* GLJ 11 (2010), 469, 475 f.

¹⁴ *Hertel* HRRS 2010, 339, 340; ausführlich hierzu von *der Groeben* GLJ 11 (2010), 469, 481 f., der schon wegen der Zahl der getöteten Zivilisten hier zu einer Unverhältnismäßigkeit kommt, zumindest im Verhältnis zu einer defensiven Zielsetzung von Oberst *Klein*.

¹⁵ So auch *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 279 f.; als „für einen Außenstehenden kaum nachvollziehbar“ bezeichnet auch *Ambos* NJW 2010, 1725 f. die Sachverhaltsermittlung durch die Bundesanwaltschaft.

sen wäre.¹⁶ Verwiesen wird hier darauf, dass die Tanklaster entweder selbst als Waffe gegen die Bundeswehr hätten eingesetzt werden können oder aber dass der Treibstoff die Taliban in ihrer Kampfkraft unterstützt hätte; beides sollte vermieden werden.¹⁷ Andererseits wird aber auch berichtet, bei dem Angriff sei es gezielt darum gegangen, als Feinde identifizierte Taliban zu töten.¹⁸ Hertel ist zwar zuzustimmen, dass es bei militärischen Kampfeinsätzen um Abwägungen geht, die dem zivilen Strafrecht fremd sind.¹⁹ Jenseits dessen weist der im vorliegenden Fall öffentlich bekannte Sachverhalt darauf hin, dass hier aus anderen Gründen Zweifel an der Verhältnismäßigkeit angebracht wären: Die entführten Tanklastzüge waren in eine vom deutschen Feldlager entgegengesetzte Richtung verbracht worden, als sie sich in einer Flussfurt festfuhren. Zum Zeitpunkt des Bombardements steckten sie schon mehrere Stunden in dieser Sandbank fest und es gab keine Anzeichen, dass sie sich wieder bewegen würden. Eine unmittelbare Bedrohung des deutschen Feldlagers erscheint damit fernliegend.²⁰ Zudem hat der deutsche Kommandostand zumindest nach den in der Presse veröffentlichten Abläufen die von den amerikanischen Bomberpiloten mehrfach vorgeschlagenen Maßnahmen zum Auseinandertreiben der um die Tanklaster versammelten Menschen – Tiefflüge, Hitzefackeln – ausdrücklich abgelehnt und auf einer direkten Bombardierung bestanden.²¹ Andererseits hat Oberst Klein wohl auch Attacken auf sich entfernende Personen untersagt²², was eher nicht dafür spricht, dass er davon ausging, dass sich an den Tanklastern tatsächlich nur anzugreifende feindliche Kämpfer befanden, denn dann hätte dieser Befehl wenig Sinn gehabt.²³ Auch

jenseits der einem Menschenleben nicht den gleichen absoluten Wert wie im zivilen Strafrecht zumessenden Logik eines *ius in bello*²⁴ bedeutet der Begriff einer Verhältnismäßigkeit aber immer den Einsatz des relativ mildesten Mittels zur Erreichung eines Ziels.²⁵ Dass diese Vorgabe in der Kommandozentrale im deutschen Feldlager in Kunduz an diesem Tag konsequent eingehalten wurde, darf zumindest bezweifelt werden. Insofern ist schon die Bewertung der Generalbundesanwaltschaft, dass hier kein Kriegsverbrechen im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB gegeben war, fragwürdig.²⁶

Für die Frage nach möglichen Pflichtverletzungen nicht unwesentlich sind auch bekannt gewordene weitere Einzelheiten des Umgangs der deutschen Offiziere mit dieser Situation. So wurde die Luftunterstützung mit der bewusst unrichtigen Behauptung angefordert, eigene Truppen hätten direkte Feindberührung.²⁷ Damit wurden die geltenden militärischen Einsatzregeln hier vorsätzlich verletzt²⁸; zudem erscheint zumindest *prima facie* § 42 Abs. 1 Nr. 1 WStG zu greifen, nachdem die vorsätzlich inhaltlich falsche militärische Meldung, die z.B. den Tod eines Menschen verursacht (§ 2 Nr. 3 WStG), eine Militärstraftat ist.²⁹ Dass dies letztlich nicht einmal ein Disziplinarverfahren nach sich ziehen soll, ist jedenfalls kein

¹⁶ Ausführlich hierzu Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 45 ff.

¹⁷ Hertel HRRS 2010, 339, 340; Safferling/Kirsch JA 2010, 81, die ihren Überlegungen allerdings einen Sachverhalt zugrunde legen, der einer Zeitungsmeldung aus der FAZ vom Tag unmittelbar nach dem Bombardement entnommen ist. Hier sind inzwischen an verschiedenen Stellen andere Abläufe aus vielen Quellen berichtet und veröffentlicht worden.

¹⁸ Stark SPIEGEL 53/2009, 132 f. zitiert einen Bericht Oberst Kleins, nach dem „Feinde des Wiederaufbaus“ getroffen und Aufständische „vernichtet“ werden sollten; siehe auch Diehl HuV-I 2010, 4 (5 f.)

¹⁹ Hertel HRRS 2010, 339, 340; ähnlich auch Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 84. Zu den hier einzubeziehenden Abwägungsgrößen siehe auch Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 199 f.; wobei von der Groeben GLJ 11 (2010), 469, 479 ff. ausführt, dass belastbare Maßstäbe für die Abwägung dieser Größen hier fehlen.

²⁰ Ambos NJW 2010, 1725, 1727; Kaleck/Schüller/Steiger KJ 2010, 270, 274 f.

²¹ Amnesty international (Fn. 8), S. 2; Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 23; von der Groeben GLJ 11 (2010), 469, 475. Die Presseerklärung 8/2010 des Generalbundesanwalts (Fn. 7), Ziff. 5 b) weist darauf hin, dass Oberst Klein nur einen „örtlich eng begrenzten Einsatz mit der kleinsten zur Verfügung stehenden Bombengröße und -anzahl“ befohlen habe, nach anderen Quellen wurden die kleineren Bomben aber von den Piloten vorgeschlagen und Warnmaßnahmen ausdrücklich nicht erlaubt. Auch hier wäre eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt wünschenswert gewesen.

²² So jedenfalls sein eigener Bericht, zitiert nach Stark SPIEGEL 53/2009, 132 f.

²³ Wolf BOFAXE Nr. 339D v. 16.04.2010.

²⁴ Ambos NJW 2010, 1725, 1726 hält es für einen wesentlichen Schritt der Bundesanwaltschaft (Presseerklärung 8/2010 des Generalbundesanwalts [Fn. 7], Ziff. 1), hier durch die Annahme eines bewaffneten Konfliktes auch dieses Rechts des Krieges für anwendbar zu erklären; zu dessen ethischer Fragwürdigkeit Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 84.

²⁵ Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 84; zu den Pflichten bei Angriffen mit möglichen Kollateralschäden nach Art. 51 und 57 des Ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen (ZP I) siehe auch Diehl HuV-I 2010, 4, 19 f.; Kaleck/Schüller/Steiger KJ 2010, 270, 273 ff. Allerdings sieht von der Groeben GLJ 11 (2010), 469, 485, in diesen Normen im Bereich des humanitären Völkerrechts eigenständige Pflichten, deren Verletzungen gerade kein Kriegsverbrechen bedeute – dabei ist allerdings nicht klar, warum das allgemeine Vernunftprinzip des relativ mildesten Mittels hier bei einer ansonsten schon unklaren Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht gelten soll. Wie hier sehen auch Frister/Korte/Kreß JZ 2010, 10, 16 in der „Erforderlichkeit“ eine der Voraussetzungen eines verhältnismäßigen Vorgehens; im Ergebnis ebenso auch Wolf BOFAXE Nr. 339D v. 16.04.2010, der auch auf die Überlagerung der [...] Abwägungsverpflichtung durch den allgemeinen Schutz der Menschenrechte“ hinweist.

²⁶ Vgl. auch Diehl HuV-I 2010, 4, 19 f.; Ambos NJW 2010, 1725 f. weist darauf hin, dass dieses letztlich auf das Fehlen des subjektiven Tatbestandes mangels Kenntnis der Anwesenheit von Zivilisten gestützte Ergebnis mangels Einblick in die Ermittlungsergebnisse hierzu nicht nachvollzogen werden könne; ähnlich auch Kaleck/Schüller/Steiger KJ 2010, 270, 272; zweifelnd hierzu Wolf BOFAXE Nr. 339D v. 16.04.2010.

²⁷ Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 21 und 26.

²⁸ Kaleck/Schüller/Steiger KJ 2010, 270, 276; nach Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 200, kann die Verletzung der Aufklärungs- und Verfahrenspflichten nach Art. 57 ZP I auch als Indiz für einen Vorsatz gewertet werden. Nach der Presseerklärung 8/2010 des Generalbundesanwalts (Fn. 7), Ziff. 7 sollen Verstöße gegen die Rules of Engagement dagegen völlig unbeachtlich sein; differenzierter insoweit Frister/Korte/Kreß JZ 2010, 10, 16 f.

²⁹ Dazu MK/Dau (Fn. 5) § 42 WStG Rn. 5 ff.

Beleg für pflichtgemäßes Handeln des kommandierenden Offiziers, sondern eher für eine Schutzhaltung der übergeordneten Hierarchieebenen.³⁰ Über die Berechtigung oder auch nur die Zweckmäßigkeit einer solchen Grundhaltung lässt sich trefflich streiten,³¹ dies ist aber nicht Thema dieses Textes.

Zur justiziellen Behandlung dieses Angriffs ist einerseits festzustellen, dass die Generalbundesanwaltschaft hier ein Ermittlungsverfahren eingeleitet hat und damit implizit den Verdacht der Begehung von Taten nach dem VStGB zunächst bejaht hat.³² Diese Ermittlungen wurden, wie auch *Hertel* zutreffend vermerkt³³, am 16.04.2010 unter Berufung auf § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.³⁴ Die in Deutschland tätigen anwaltlichen Vertreter der Opfer und Hinterbliebenen sind gegen diese Verfügung bislang auch noch nicht weiter vorgegangen, sondern haben den Fall der Staatsanwaltschaft Dresden zu weiteren Ermittlungen nach dem allgemeinen Strafrecht, vor allem den §§ 212, 222 StGB vorgelegt und begründen dabei auch, warum der Generalbundesanwalt für eine Einstellung von Ermittlungen zu diesen Tatbeständen gar nicht zuständig ist.³⁵ Klageerzwingungsverfahren im Falle ablehnender Verfügungen sind hier wohl mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten.³⁶ Insofern handelt es sich hier auch ein Jahr nach dem Bombenabwurf um ein weiter schwebendes Verfahren.

Jenseits der immensen politischen Brisanz gerade dieses Falles dient er hier allerdings weniger zur Exemplifizierung einer Grundhaltung zum justiziellen Umgang mit den eigenen kämpfenden Truppen, sondern als Folie für eine Diskussion zur Systematik des VStGB.

B. Das Verhältnis von VStGB und StGB – Sperrwirkung oder Idealkonkurrenz ?

Hier will *Hertel* die Anwendbarkeit zumindest der allgemeinen Tötungsdelikte dann ausschließen, wenn bestimmte Tatbestände des VStGB „die Strafbarkeit für die jeweilige Situation abschließend regeln“.³⁷ Als Beispiel hierfür dient § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB, weil es dort ansonsten zu widersprüchlichen Strafdrohungen käme, nämlich einer mildernden Strafe für das Vorliegen des Kriegsverbrechens

als bei fehlender Erwartung einer unverhältnismäßigen Anzahl von Toten – und damit einem Ausschluss des Kriegsverbrechens – nach § 211 StGB.³⁸

Diese Analyse kann aus mehreren Gründen schon dogmatisch nicht überzeugen. § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt, es setzt den tatsächlichen Eintritt des Todes auch nur einer Person nicht voraus, sondern pönalisiert schon den Angriff selbst, wenn der Täter derartige Opfer erwartet. Mithin spiegelt sein Strafmaß nur das Handlungs- nicht aber ein Erfolgsunrecht wider.³⁹ Dass sich dadurch auch das Strafmaß gegenüber insbesondere § 211 StGB verringert, ist geradezu eine Notwendigkeit. Gleichzeitig ist dies auch ein Grund, warum nach den hier richtigerweise anwendbaren allgemeinen Konkurrenzregeln⁴⁰ vollendete Tötungsdelikte vor allem nach den §§ 212, 211 StGB nicht einmal in Gesetzeskonkurrenz hinter § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB zurücktreten⁴¹, sondern in Idealkonkurrenz mit dieser Norm verwirklicht werden können.⁴² Geht man hier aber von Tateinheit zwischen den grundsätzlich nebeneinander bestehenden Tatbeständen aus, entsteht auch nicht der von *Hertel* behauptete Wertungswiderspruch.

Weiter geht auch die Annahme, eine Bombardierung sei aus der Perspektive des StGB zwangsläufig als Mord zu bewerten, weil hier gemeingefährliche Mittel eingesetzt wurden⁴³, möglicherweise zu weit. Dieses Mordmerkmal scheint auf den ersten Blick sehr nahe zu liegen, weil es definiert wird als Verwendung von Werkzeugen, welche in der Tatsituation außer der anvisierten Person noch eine unbestimmte Menge weiterer Menschen in Lebens- oder Leibesgefahr zu bringen geeignet ist.⁴⁴ Dies trifft zweifellos auf Fliegerbomben ohne weiteres zu.⁴⁵ Der Einsatz derartiger Waffen ist aber der Bundeswehr im Kampfeinsatz sowohl durch das deutsche Wehr- und Kriegswaffenkontrollrecht, als auch durch das ISAF-Mandat ausdrücklich grundsätzlich erlaubt⁴⁶ – anders als jedem Zivilisten. Da der Grund für die Qualifikation des § 211 StGB bei diesem Mordmerkmal in der besonderen Rücksichtslosigkeit eines Täters liegt, der bereit ist, Tat-

³⁰ In diesem Sinne auch *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 271.

³¹ Sehr kritisch hierzu *Kreye* (Fn. 3); *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 285 f.

³² *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 277.

³³ HRRS 2010, 339, 343.

³⁴ Presseerklärung 8/2010 des Generalbundesanwalts (Fn. 7); *Ambos* NJW 2010, 1725.

³⁵ Der entsprechende anwaltliche Schriftsatz vom 09.06.2010 ist zugänglich unter <www.ecchr.eu/FALL_KUNDUS/articles/kundus-opferanwaelte-fordern-entschaedigung-und-fortfuehrung-des-ermittlungsverfahrens.725.html> (zuletzt besucht am 22.09.2010).

³⁶ Dazu die Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 15.

³⁷ *Hertel* HRRS 2010, 339, 342, der sich hier ausdrücklich gegen die Gesetzesmaterialien – BR-Drucks. 29/02, S. 25 f. – und die ganz herrschende Meinung in der Literatur wendet, z.B. *Ambos* NJW 2010, 1725, 1727; *von der Groeben* GLJ 11 (2010), 469, 486; *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 269, 272; *Safferling/Kirsch* JA 2010, 81, 85; *Steiger/Bäumler* AVR 48 (2010), 189, 206 ff.; ebenso auch die Presseerklärung 8/2010 des Generalbundesanwalts (Fn. 7), Ziff. 4.

³⁸ *Hertel* HRRS 2010, 339, 342.

³⁹ Daher sprechen *Safferling/Kirsch* JA 2010, 81, 84 auch von einem „reinen Handlungsdelikt“. Der Eintritt des Erfolges führt zu einer Erfolgsqualifikation nach § 11 Abs. 2 VStGB.

⁴⁰ *MK/Ambos* (Fn. 5) vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 45.

⁴¹ Genau dies ist aber die Prämisse von *Hertel* HRRS 2010, 339, 341, für das Vorliegen einer Sperrwirkung. Wie hier auch *Steiger/Bäumler* AVR 48 (2010), 189, 207 f. am Beispiel von § 11 Abs. 1 Nr. 1 VStGB.

⁴² Zum insofern parallelen Problem der Konkurrenz zwischen § 211 StGB und erfolgsqualifizierten Delikten vgl. auch v. Heintschel-Heinegg/*Eschelbach*, StGB (2010), § 211 StGB Rn. 107.

⁴³ *Hertel* HRRS 2010, 339, 342; ebenso insoweit *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 272; *Steiger/Bäumler* AVR 48 (2010), 189, 208.

⁴⁴ Vgl. BGHSt 38, 353 (355); *Nomos* Kommentar Strafgesetzbuch, 3. Aufl. (2010) (NK)/*Neumann* § 211 StGB Rn. 85; *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11. Aufl. (2001) (LK)/*Jähne* § 211 StGB Rn. 57; *MK/Schneider* (Fn. 5) § 211 StGB Rn. 102.

⁴⁵ *Hertel* HRRS 2010, 339, 342; *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 272; *Steiger/Bäumler* AVR 48 (2010), 189, 208; vgl. auch BGH NJW 1985, 1477, 1478; v. Heintschel-Heinegg/*Eschelbach* (Fn. 42) § 211 StGB Rn. 70.

⁴⁶ Dazu *Frister/Korte/Krefß* JZ 2010, 10, 15 f.

mittel mit Breitenwirkung einzusetzen⁴⁷, wäre zumindest zu bedenken, ob diese Rücksichtslosigkeit auch vorliegt, wenn der Einsatz solcher Waffen explizit Teil der Aufgabe von Soldaten ist. Zumindest wenn und soweit die Verwendung dieser Waffen erlaubt und damit gerechtfertigt⁴⁸ ist, kann sie auch nicht eine Strafschärfung nach § 211 StGB tragen, selbst wenn die Handlung aus anderen Gründen als der Art der verwendeten Waffen sich letztlich als rechtswidrig herausstellt.⁴⁹ § 211 StGB käme nur dann in Betracht, wenn die Regeln für den Einsatz gerade solcher Waffen vorsätzlich gebrochen wurden – ein Vorwurf allerdings, der im vorliegenden Fall nach dem veröffentlichten Sachverhalt durchaus im Raume steht, da die zuständige Flugleitstelle über eine angebliche unmittelbare Feindberührung eigener Truppen – Voraussetzung für die Gewährung von Luftunterstützung – schlicht belogen wurde.⁵⁰

Ist aber die offizielle Darstellung zutreffend, dass Oberst Klein davon ausging, dass sich an den Tankwagen tatsächlich ausschließlich gegnerische Kämpfer befanden, also militärisch legitime Ziele für einen Angriff auch mit Waffen wie den hier eingesetzten Bomben⁵¹, wäre hier möglicherweise von einem Erlaubnistatbestandsirrtum auszugehen⁵², so dass ein vorsätzliches Tötungsdelikt

nicht in Frage käme.⁵³ Im Raum steht dann aber immer noch der Vorwurf der fahrlässigen Tötung nach § 222 StGB⁵⁴, vor allem weil die Informationsbasis für eine solche Einschätzung der Lage auf der fraglichen Sandbank bei Oberst Klein nicht ausreichte, um mit hinreichender Sicherheit alle Anwesenden als Taliban anzusehen.⁵⁵ Warum bezüglich dieser Norm § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB auch dann eine Sperrwirkung haben sollte, wenn er nicht gegeben ist, erschließt sich nicht.⁵⁶ Vielmehr würde § 222 StGB hier nur verdrängt, wenn die Erfolgsqualifikation des § 11 Abs. 2 VStGB tatsächlich bejaht worden wäre.⁵⁷

Umgekehrt ist auch bezüglich dieser Norm festzuhalten, dass die Verursachung von Todesopfern durch Handlungen, die innerhalb des völkerrechtlichen und durch das konkrete Mandat und die Einsatzregeln gedeckten Rahmens liegen, schon mangels objektiver Pflichtverletzung nicht tatbestandsmäßig wäre.⁵⁸ Insofern ist die von Hertel angemahnte Berücksichtigung der Sondersituation eines militärischen Kampfeinsatzes durchaus auch innerhalb der „normalen“ Dogmatik des StGB⁵⁹ – ergänzt durch das WStG⁶⁰ – möglich und auch nötig. Diese erweist sich auch in solchen Situationen als tiefschärfer als von ihm angenommen und gleichzeitig begrifflich differenziert genug, um auch hier erlaubtes von nicht mehr erlaubtem Verhalten zu trennen und etwaige Unrechtsurteile nur dort zu treffen, wo diese auch angemessen sind. Dies gilt selbst bei Bejahung eines Tatbestands auch im Rahmen der Schuldbemessung und Strafzumessung insoweit, als hier diese Sondersituation des Kampfeinsatzes grundsätzlich zu berücksichtigen ist und oft zu einer wesent-

⁴⁷ MK/Schneider (Fn. 5) § 211 StGB Rn. 102 ; LK/Jähnke (Fn. 44) § 211 StGB Rn. 57. Dagegen sieht NK/Neumann (Fn. 44) § 211 StGB Rn. 85 hierin nur das „subjektive Korrelat“ der besonderen Gefährlichkeit des Tatmittels.

⁴⁸ Zur Einordnung der Erlaubnissätze des Kriegsvölkerrechts als Rechtfertigungsgründe für das allgemeine Strafrecht siehe Frister/Korte/Kreß JZ 2010, 10, 12 ff.; von der Groeben GLJ 11 (2010), 469, 486 f.; Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 85; Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 209 ff.; ebenso auch die Presseerklärung 8/2010 des Generalbundesanwalts (Fn. 7), Ziff. 5.

⁴⁹ Dementsprechend geht auch von der Groeben GLJ 11 (2010), 469, 486 hier nur von § 212 StGB aus.

⁵⁰ Zum Vorliegen eines Tötungsvorsatzes bei Ausscheiden einer Rechtfertigung, wenn die Verfahrensregeln des humanitären Völkerrechts bewusst nicht eingehalten werden, siehe Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 216 f. Frister/Korte/Kreß JZ 2010, 10, 16 f., weisen allerdings auf den rein innerdienstlichen Charakter von Einsatzregeln (Rules of Engagement) hin, die aber dennoch als auslegungsrelevant angesehen werden.

⁵¹ So die Presseerklärung 8/2010 des Generalbundesanwalts (Fn. 7), Ziff. 2; von der Groeben GLJ 11 (2010), 469, 478, stellt zutreffend fest, dass mangels vollständiger Kenntnis der nicht veröffentlichten Ermittlungsergebnisse es kaum möglich ist, hier belastbar zu anderen Ergebnissen zu kommen; ähnlich auch Kaleck/Schüller/Steiger KJ 2010, 270, 272.

⁵² Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 205. Kaleck/Schüller/Steiger KJ 2010, 270, 276 verneinen auch dies, weil hier durch die Verletzung der Einsatzregeln und der zu den Voraussetzungen einer Rechtfertigung durch das humanitäre Völkerrecht zählenden Pflicht zu sorgfältiger Prüfung der eigenen Handlungsbefugnis Oberst Klein selbst dann nicht gerechtfertigt gewesen wäre, wenn sich seine Annahme als richtig erwiesen hätte. Zu einem anderen Ergebnis kommt man nur, wenn man die Rechtfertigung nicht aus den positiven Handlungsbefugnissen des humanitären Völkerrechts zieht, sondern aus dem Nichtvorliegen der Voraussetzungen eines Tatbestandes des Völkerstrafrechts. Ähnlich weisen Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 215, darauf hin, dass die Verbote der Art. 51 und 58 Abs. 2 c) ZP I hier nur dolus eventualis fordern, also weniger als den

von § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB geforderten direkten Vorsatz, wobei eine Rechtfertigung für eine Tat nach dem StGB schon bei ersterem wegen der Nichteinhaltung des humanitären Völkerrechts ausschiede; ähnlich Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 32 ff. Diese Frage braucht hier aber nicht abschließend entschieden zu werden.

⁵³ Die Bundesanwaltschaft scheint dagegen aus dem Nichtvorliegen eines Kriegsverbrechens nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB bzw. dem festgestellten fehlenden Bewusstsein von der Anwesenheit von Nichtkämpfern automatisch auf eine positive Rechtfertigung des Angriffs durch das Kriegsvölkerrecht zu schließen, Presseerklärung 8/2010 des Generalbundesanwalts (Fn. 7), Ziff. 5 b). Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 197 f. zeigen auf, inwiefern dies kurzschlüssig ist, ähnlich auch von der Groeben GLJ 11 (2010), 469, 487 f.

⁵⁴ Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 222.

⁵⁵ Hierzu von der Groeben GLJ 11 (2010), 469, 487 f.; Kaleck/Schüller/Steiger KJ 2010, 270, 274; Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 38 ff.; zu den Schwierigkeiten, in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt gegnerischen Kämpfer – also legitime Ziele – von Zivilisten zu unterscheiden und den daraus folgenden Aufklärungspflichten siehe auch Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 197 f.

⁵⁶ Auch Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 85 sehen einen Abschluss der objektiven Pflichtwidrigkeit nur als gegeben an, wenn und soweit die Regeln des Kriegsvölkerrechts eingehalten wurden, inklusive der hier wohl verletzten Verfahrensregeln aus Art. 51 und 57 ZP I; ähnlich von der Groeben GLJ 11 (2010), 469, 487 f.; vgl. auch Ambos NJW 2010, 1725, 1727.

⁵⁷ Vgl. auch NK/Neumann (Fn. 44) § 222 StGB Rn. 14.

⁵⁸ Ambos NJW 2010, 1725, 1727; Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 85; Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 54 ff.

⁵⁹ Hertel HRRS 2010, 339, 342.

⁶⁰ MK/Dau (Fn. 5) vor § 1 WStG Rn. 2.

lich verringerten normativ zuzuschreibenden Schuld führen wird.⁶¹

Das VStGB sollte nach dem Willen des Gesetzgebers das allgemeine Strafrecht ergänzen, aber nicht verdrängen.⁶² Dies ist auch insofern richtig, als es weitgehend Qualifizierungen zu den allgemeinen Tatbeständen enthält, welche vor allem durch die jeweilige „Gesamtat“ der völkerstrafrechtlichen Normen, also die übergeordnete Anknüpfungssituation ein besonderes Gepräge erhalten und in aller Regel als schwerere Verbrechen anzusehen sind.⁶³ Dies gilt gerade für Kriegsverbrechen zwar zugestandenermaßen nur eingeschränkt, weil hier die Strafrahmen auf den ersten Blick in bestimmten Situationen auch nicht höher wirken, als im allgemeinen Strafrecht.⁶⁴ Allerdings ist in bewaffneten Konflikten eben mit zu bedenken, dass in einem solchen Rahmen für rechtmäßig agierende Militärs weitgehende Gewaltanwendungsbefugnisse bestehen, so dass die Tatbestände des VStGB hier als äußerste Grenzen für bestehende Erlaubnisnormen zu verstehen sind.⁶⁵ Auch hier ist aber keine Notwendigkeit zu erkennen, von den allgemeinen Konkurrenzregeln abzuweichen.⁶⁶ Die von Hertel in Anspruch genommenen Beispiele für im allgemeinen Strafrecht postulierte Sperrwirkungen⁶⁷ (soweit man hier überhaupt von einer eigenen dogmatischen Figur sprechen will und nicht von jeweils singulären Auslegungsfragen⁶⁸) stellen zu diesen allgemeinen Regeln Ausnahmen dar, deren Übertragbarkeit auf das hier fragliche Verhältnis zwischen VStGB und StGB aber einer intensiven Begründung bedürfte, die aus den genannten Gründen nicht erkennbar ist.⁶⁹

Auch rechtspolitisch wäre eine solche Ausschließungswirkung des VStGB höchst inkonsistent, geht es doch beim Völkerstrafrecht im Kern darum, der allgemeinen Straflosigkeit von Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht und die Menschenrechte entgegenzutreten⁷⁰, und nicht darum, weitere Privilegierungen für diejenigen zu schaffen, welche die Staatsgewalt über die erlaubten

Grenzen hinaus ausüben.⁷¹ Straftheoretisch wie auch für die Glaubwürdigkeit des weltweiten Eintretens für die Achtung der Menschenrechte durch die Bundesrepublik Deutschland ist es wichtig, dass die vor nunmehr acht Jahren mit großer Verve postulierten Normen des VStGB im Hinblick auf Fälle eigener Militärs nicht auf eine solche Art und Weise in das Gegenteil dieser Funktion verkehrt werden.⁷²

Zusammenfassend lässt sich dem entnehmen, dass es weder aus der Dogmatik des StGB noch aus der Perspektive des VStGB zwingende Gründe für die Annahme einer Sperrwirkung gibt. Der Wille des historischen Gesetzgebers in dieser Hinsicht ist klar formuliert, und auch im Ergebnis gibt es gute Gründe für ein Nebeneinander von StGB und VStGB im Allgemeinen wie auch im hier diskutierten Beispielsfall. Daher ist davon auszugehen, dass zwischen den Tatbeständen des StGB und denen des VStGB die allgemeinen Konkurrenzregeln gelten, die Normen in diesem Rahmen also nebeneinander Anwendung finden können.⁷³

C. Die prozessuale Situation im Fall Kunduz

Am 19.04.2010 ließ die Bundesanwaltschaft in einer Pressemitteilung verlauten, dass sie das Ermittlungsverfahren gegen Oberst Klein nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt hatte.⁷⁴ Damit dauerte das entsprechende Ermittlungsverfahren nur ca. einen Monat, in dem weder die Hinterbliebenen der Opfer in Afghanistan noch deren hiesige Anwälte in irgend einer Form einbezogen wurden.⁷⁵ Dass in diesen vier Wochen eine umfassende Ermittlung des genauen Ablaufs des Sachverhaltes erfolgt ist, behauptet die Bundesanwaltschaft selbst nicht⁷⁶, die aber auch ohne genaue Klärung des Geschehens den subjektiven Tatbestand des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB für nicht gegeben hält.⁷⁷

In besagter Pressemitteilung nimmt die Bundesanwaltschaft zudem für sich in Anspruch, nach „dem Ergebnis von historischer, systematischer, teleologischer und verfassungsbezogener Auslegung“ des § 120 Nr. 8 GVG für die abschließende Bewertung aller hier in Frage kommenden Straf-

⁶¹ Vgl. auch Diehl BOFAXE Nr. 343D v. 11.05.2010; Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 85.

⁶² BR-Drucks. 29/02, S. 25 f.; insoweit wortgleich BT-Drucks. 14/8524 S. 13.

⁶³ Werle JZ 2000, 755, 757 f.; Kaleck/Schüller/Steiger KJ 2010, 270, 272; Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. (2008), § 7 Rn. 11.

⁶⁴ Werle JZ 2000, 755, 757 f. weist dennoch darauf hin, dass das besondere Gepräge von Kriegsverbrechen im allgemeinen Strafrecht nicht hinreichend deutlich werde.

⁶⁵ Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 210 f.

⁶⁶ Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 211.

⁶⁷ HRRS 2010, 339, 341.

⁶⁸ Die zudem auch für sich durchaus umstritten sind, vgl. Satzger/Schmitt/Widmair/Fahl, StGB (2009), § 113 StGB Rn. 19; LK/Jähnke (Fn. 44) § 216 StGB Rn. 2.

⁶⁹ Zum Problem der erhöhten Begründungslasten bei der Bildung von Analogien zu Ausnahmeregeln siehe etwa Bund, Juristische Logik und Argumentation (1983), S. 191; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 355 f.

⁷⁰ Sehr deutlich hier etwa die Abs. 4-6 der Präambel des ICC-Statuts, siehe auch Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 30.

⁷¹ So auch Diehl BOFAXE Nr. 343D v. 11.05.2010; Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 207; Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 30 f.; aA. insofern scheinbar Hertel HRRS 2010, 339, 342, nach dem es zu vermeiden sei, „durch zu großzügige Strafbarkeitsausdehnung unnötige und schädliche Verwirrung zu stiften“. Wieso es allerdings eine Strafbarkeitsausdehnung sein soll, die vorhandenen und einschlägigen Tatbestände des StGB einfach anzuwenden, erschließt sich ebenso wenig wie der Vorwurf, hierdurch würden „strengere Maßstäbe als im Bereich des StGB“ (ebenda) angelegt.

⁷² Vgl. auch Kreye (Fn. 3).

⁷³ So auch Steiger/Bäumler AVR 48 (2010), 189, 211.

⁷⁴ Pressemitteilung 8/2010 des Generalbundesanwalts (Fn. 7).

⁷⁵ Kaleck/Schüller/Steiger KJ 2010, 270, 271 und 277 f.

⁷⁶ Zu den Defiziten bei der Sachverhaltsaufklärung ausführlich Kaleck/Schüller/Steiger KJ 2010, 270, 278 ff., die auch auf die etwa nach der EMRK bestehende Pflicht zu einer angemessenen Sachverhaltsermittlung hinweisen.

⁷⁷ Pressemitteilung 8/2010 des Generalbundesanwalts (Fn. 7), Ziff. 2.

normen zuständig zu sein.⁷⁸ Weitere Ausführungen zur Begründung dieses Auslegungsergebnisses werden nicht gemacht. Überzeugen kann es so ohne weiteres auch nicht.⁷⁹ Der historische Gesetzgeber hat sich mit dieser speziellen Frage ausweislich der Gesetzesmaterialien nicht beschäftigt.⁸⁰ Die bisherige Praxis des Generalbundesanwalts in vergleichbaren Fällen des § 120 GVG ist entgegengesetzt; hier wurden Fälle, bei denen im Laufe der Ermittlungen deutlich wurde, dass der Anlass für die Involvierung des Generalbundesanwalts im konkreten Sachverhalt doch nicht gegeben war, an die örtlich zuständigen Staatsanwaltschaften der Bundesländer zurückverwiesen.⁸¹

Auch verfassungsrechtliche Vorgaben für eine Alleinständigkeit der Bundesanwaltschaft sind nicht erkennbar. Aus Art. 96 Abs. 5 GG kann zwar entnommen werden, dass im Falle von völkerstrafrechtlichen Tatbeständen die Länder die Gerichtsbarkeit für den Bund ausüben. Daraus lässt sich aber nicht entnehmen, dass bei Nichtvorliegen dieser Tatbestände die Zuständigkeit für die Beurteilung des fraglichen Sachverhaltes nach allgemeinem Strafrecht bei der Bundesanwaltschaft bleibt, wenn diese einmal Ermittlungen aufgenommen hat, denn die ausschließliche Bundeskompetenz für Strafverfahren, von welcher die Norm implizit ausgeht, besteht eben nur für die aufgeführten Tatbestände, nicht für alle anderen Normen des StGB.⁸² Dies würde auch der sonstigen Systematik der Kompetenzverteilung zwischen Bundesanwaltschaft und den Staatsanwaltschaften der Länder diametral widersprechen.⁸³ Wäre eine solche Alleinständigkeit der Bundesanwaltschaft für die komplette strafrechtliche Beurteilung von Taten, bei bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr begangen werden, tatsächlich gewollt, müsste der Bundesgesetzgeber nur von der Ermächtigung in Art. 96 Abs. 2 GG Gebrauch machen und Wehrstrafgerichte als Bundesgerichte einführen, was bisher aber gerade nicht geschehen ist.⁸⁴ Auch ein objektivteleologischer Ansatz für eine Begründung einer solchen Allzuständigkeit der Bundesanwaltschaft jenseits des Willens zu einer möglichst schnellen Beendigung gerade dieses Verfahrens ist nicht zu erkennen. Jenseits dessen steht es der Staatsanwaltschaft in Dresden als örtlich

zuständiger⁸⁵ Landesbehörde jederzeit frei, das Ermittlungsverfahren wieder zu eröffnen.⁸⁶

Hinzu kommt, dass zumindest die Pressemitteilung, die zur Verfahrenseinstellung veröffentlicht wurde, sich inhaltlich mit den Tatbeständen des StGB nur insoweit beschäftigt, als aus der behaupteten völkerrechtlichen Zulässigkeit des Angriffs eine allgemeine Rechtfertigung gezogen wird.⁸⁷ Interessant ist hieran, dass genau die Frage, ob hier die völkerrechtlichen Regeln für einen solchen Angriff eingehalten wurden, Gegenstand monatelanger Debatten war, in deren Verlauf bekanntlich selbst der Verteidigungsminister die militärische Unangemessenheit der Attacke einräumte.⁸⁸ Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz kommt in seinem Untersuchungsbericht zu dem Ergebnis, das humanitäre Völkerrecht sei hier verletzt worden.⁸⁹ Die allgemein auf den fehlenden Vorsatz der Handelnden abzielenden Ausführungen der Bundesanwaltschaft enthalten jedenfalls keine schlüssige Erklärung für einen Ausschluss von § 222 StGB.⁹⁰ Zumindest dieser Vorwurf ist nach dem veröffentlichten Stand der Dinge nicht Gegenstand der bisher erfolgten Ermittlungen gewesen und steht damit noch im Raum.⁹¹

Aus all dem folgt, dass die Einstellungsverfügung durch die Bundesanwaltschaft keine Weiterführung der Ermittlungen durch die örtlich zuständige Generalstaatsanwaltschaft Dresden hindert⁹², welche die Anwälte der Hinterbliebenen dort auch beantragt haben.⁹³ Deren weiteres Vorgehen, vor allem die Frage, ob es hier noch zu Klage- bzw. Ermittlungserzwingungsanträgen und in letzter Konsequenz zu Beschwerdeverfahren in Karlsruhe

⁷⁸ Pressemitteilung 8/2010 des Generalbundesanwalts (Fn. 7), Ziff. 4.

⁷⁹ Ebenso *Diehl* BOFAXE Nr. 343D v. 11.05.2010; ausführlich hierzu *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 282 ff.

⁸⁰ Vgl. vor allem BR-Drucks. 222/02 und BT-Drucks. 14/8994.

⁸¹ *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 284; siehe hierzu auch ausführlich BGHSt 46, 238 ff.

⁸² Siehe dazu Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, 57. Aufl. (2010), Art. 96 GG Rn. 47 ff., sowie die Kontroverse zwischen Bundesrat und Bundesregierung in BT-Drucks. 14/8994, S. 7 f.

⁸³ *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 282.

⁸⁴ Ähnlich *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 283; zu dieser Möglichkeit Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 82) Art. 96 GG Rn. 14 ff.

⁸⁵ Nach § 8 StPO i.V.m. § 9 BGB, vgl. *Diehl* BOFAXE Nr. 343D v. 11.05.2010; Löwe-Rosenberg, Strafprozessordnung, 26. Aufl. (2006) (LR)/*Erb* § 8 StPO Rn. 2.

⁸⁶ RGSt 67, 315, 316; *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. (2008) (KK)/*Schmid* § 170 StPO, Rn. 23; LR/*Graalman-Scheerer* (Fn. 85) § 170 StPO Rn. 50.

⁸⁷ Kritisch hierzu auch *Diehl* BOFAXE Nr. 343D v. 11.05.2010.

⁸⁸ Dies selbst vor dem zu diesem Fall eingerichteten Untersuchungsausschuss des Bundestages am 22.04.2010, siehe <www.bundestag.de/presse/hib/2010_04/2010_128/01.html> (zuletzt besucht am 22.09.2010); hierzu auch den *Grabenheinrich* am 09.12.2009 unter <www.tagesschau.de/inland/guttenbergkundus104.html> (zuletzt besucht am 22.09.2010).

⁸⁹ So etwa die Meldung „Rot-Kreuz-Bericht belastet Guttenberg“ vom 9.12.2009 (Fn. 11), ähnlich auch Spiegel Online vom gleichen Tag „Guttenberg bleibt in Kunduz-Affäre unter Druck“, <www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,666202,00.html> (zuletzt besucht am 22.09.2010); *Grabenheinrich* (Fn. 88).

⁹⁰ Siehe oben B.; sowie nochmals *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 273 ff.

⁹¹ So auch *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 284 f.

⁹² Dies schon wegen der jederzeitigen Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, ein nach § 170 Abs. 2 StPO eingestelltes Verfahren wieder zu eröffnen, vgl. RGSt 67, 315, 316; KK/*Schmid* (Fn. 86) § 170 StPO, Rn. 23; LR/*Graalman-Scheerer* (Fn. 85) § 170 StPO Rn. 50.

⁹³ Siehe den Schriftsatz vom 09.06.2010 (Fn. 35), S. 4 ff.

und/oder in Straßburg kommt⁹⁴, hängt von vielen Faktoren ab. Als Außenstehender, aber am Völkerstrafrecht Interessierter, wünscht man sich, dass die deutschen Justizbehörden den menschen- und völkerrechtlichen

Anspruch, den das VStGB erhebt, auch und gerade dann einlösen, wenn es um Taten deutscher Militärs geht, denn nur so lässt sich gerade in diesem Bereich auch internationale Glaubwürdigkeit erzielen.⁹⁵

⁹⁴ Dazu die Stellungnahme des ECCHR (Fn. 8), S. 15.

⁹⁵ In diesem Sinne auch ausführlich *Kreye* (Fn. 3); *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 285 f.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Meyer-Goßner, Lutz StPO, 53., neu bearbeitete Auflage, 2328 Seiten, in Leinen, 76 €, C.H. Beck, München 2010

Soeben ist die 53. Auflage des Kommentars zur StPO von *Meyer-Goßner* erschienen. Das Werk, bei dem neben *Lutz Meyer-Goßner* erneut *Jürgen Cierniak* die Bearbeitung zahlreicher Vorschriften übernommen hat, befindet sich bezüglich Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung durchgehend auf dem Stand vom 1. April 2010. Im Vergleich zur Voraufgabe stieg die Seitenanzahl um 70 Seiten auf nunmehr 2328 Seiten an und liefert auf dem zur Verfügung stehenden knappen Raum ein Höchstmaß an Informationen und zahllose weiterführende Hinweise auf Entscheidungen und Literaturstellen.

Seit dem Erscheinen der 52. Auflage im vergangenen Jahr wurden seitens des Gesetzgebers tiefgreifende Änderungen in der StPO vorgenommen, die allesamt in die nunmehr erschienene Neuauflage eingearbeitet wurden. Dazu gehört das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts ebenso, wie das 2. Opferrechtsreformgesetz oder das Gesetz zur Verfolgung der Verbreitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten. Zudem wurde das Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, das im Rahmen

der letzten Auflage noch als Ergänzungsheft beigelegt war, mit in die Kommentierung eingearbeitet.

Die Strafprozessordnung wurde im vergangenen Jahr in einem Umfang umgestaltet, der engmaschige Kommentar-Neuaufgaben geradezu unerlässlich macht. Nicht ohne Grund erscheint der für die tägliche Praxis aller mit dem Strafrecht befassten Personenkreise unabdingbare „*Meyer-Goßner*“ zwischenzeitlich jährlich und ist und bleibt zu Recht ein Standardwerk der strafrechtlichen Literatur. In gewohnt kompakter und präziser Art gelingt es den beiden Autoren, dem Leser einen umfassenden Überblick über den derzeitigen Stand in Literatur sowie Rechtsprechung zu geben. Dies erleichtert die tägliche Praxisarbeit in besonderer Weise. Trotz erheblicher Detailfülle geht aber nie der Blick auf die grundlegenden Strukturen und Zusammenhänge in der StPO verloren. Dies verdankt der Kommentar seinen Autoren sowie deren gestrafter, sorgfältiger Durchdringung und Darstellung der aktuellen Entwicklungen in Wissenschaft und Praxis. Durch die weiterführenden Hinweise bzw. Nachweise gelingt es den Autoren gleichzeitig, dem Praktiker alles Notwendige für weitergehende Recherchen an die Hand zu geben. Zwar kann ein Kurzkomentar bezüglich Einzelfragen nicht das Gleiche leisten, wie ein mehrbändiger Großkommentar. Allerdings ist auch die 53. Auflage

derart umfangreich, dass der „Meyer-Goßner“ zu weit mehr dient, als nur zur „ersten Orientierung“. Nicht zuletzt auch deshalb hat sich der Kommentar seit Jahren auf dem Markt etabliert und zur unverzichtbaren Arbeitshilfe in der täglichen Praxis entwickelt. Dazu trägt natürlich die vollständige Erfassung aller einschlägigen veröffentlichten Rechtsprechungs-Entscheidungen ebenso bei, wie die

der nicht öffentlichen BGH-Entscheidungen und der bedeutsamen wissenschaftlichen Literatur.

RA **Dr. Marvin Schroth**, Fachanwalt für Strafrecht, Karlsruhe

Rechtsprechung

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.

886. EGMR Nr. 24478/03 (5. Kammer) – Urteil vom 21. Oktober 2010 (Großkopf vs. Germany)

Vereinbarkeit der Sicherungsverwahrung mit dem Recht auf Freiheit und Sicherheit (substantielle Verbindung zur Verurteilung; Defizite im Vollzug der Sicherungsverwahrung; Maßregeln der Besserung und Sicherung).
Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 66 StGB; § 67d StGB; § 67e StGB

887. BGH 3 StR 131/10 – Beschluss vom 14. September 2010 (LG Duisburg)

Konkurrenzen bei mehreren Beteiligten (Anwendung auf den Betrug); Selbstleseverfahren (Inbegriff der Hauptverhandlung; Bedeutung des Protokollvermerks; Beweiskraft allein hinsichtlich der Feststellung des Vorsitzenden).
§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB; § 249 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

888. BGH 3 StR 169/10 – Beschluss vom 22. Juli 2010 (LG Osnabrück)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg); Rückfallrisiko (Tauglichkeit statistisch-psychologischer Prognoseinstrumente; Vergleichbarkeit des Probanden).
§ 64 StGB; § 246a StPO

889. BGH 3 StR 195/10 – Urteil vom 5. August 2010 (LG Hannover)

Inbegriff der Hauptverhandlung (Berücksichtigung von Umständen nach Urteilsverkündung bei Abfassung der schriftlichen Gründe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Aussicht auf Therapieerfolg; voraussichtliche Behandlungsdauer).
§ 341 StPO; § 261 StPO; § 64 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

890. BGH 3 StR 210/10 – Urteil vom 5. August 2010 (LG Wuppertal)

Erpresserischer Menschenraub; Geiselnahme (Ernsthaftigkeit der Drohung; Erheblichkeit des in Aussicht gestellten Übels; error in persona; Mittäterschaft (Zurechnung; hinreichend konkrete Vorstellung von Handlungen eines Mittäters; Vorhersehbarkeit; Mittäterexzess).
§ 239a StGB; § 239b StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

891. BGH 3 StR 213/10 – Urteil vom 2. September 2010 (LG Hildesheim)

Beweiswürdigung; Strafzumessung (unerträgliche Milde); Vorwegvollzug; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 261 StPO; § 46 StGB; § 54 StGB; § 67 StGB; § 64 StGB

892. BGH 3 StR 76/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Wuppertal)

BGHR; Selbstleseverfahren (Inbegriff der Hauptverhandlung; Bedeutung des Protokollvermerks; Beweiskraft allein hinsichtlich der Feststellung des Vorsitzenden).
§ 261 StPO; § 249 Abs. 2 StPO

893. BGH 3 StR 82/10 – Beschluss vom 9. September 2010 (LG Wuppertal)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Beruhen).
§ 55 StGB; § 337 StPO

894. BGH 3 StR 98/10 – Urteil vom 19. August 2010 (LG Hannover)

Unterbrechung der Hauptverhandlung; Verhandlung zur Sache; Umbeordnung; Mitteilung über Zeugenladung; Neubestellung der Nebenklagevertreterin.
§ 229 StPO

895. BGH 3 StR 214/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (OLG Stuttgart)

DHKPC; ausländische terroristische Organisation (keine Differenzierung zwischen Führungskadern und sonstigen Mitgliedern).

§ 129a StGB; § 129b StGB

896. BGH 3 StR 220/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Duisburg)

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen.

§ 174 Abs. 1 StGB

897. BGH 3 StR 221/10 – Beschluss vom 19. August 2010 (LG Wuppertal)

Betrug (Tateinheit; Tatmehrheit); Strafzumessung (Aufrechterhalten einer Gesamtstrafe als Einzelstrafe bei Änderung der Konkurrenzbeurteilung).

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 54 StGB; § 46 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

898. BGH 3 StR 227/10 – Beschluss vom 12. August 2010 (LG Osnabrück)

Geldfälschung; Einrücken der Anklageschrift in den Urteilsgründen.

§ 146 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

899. BGH 3 StR 229/10 – Beschluss vom 10. August 2010 (LG Düsseldorf)

Unbegründete Anhörungsrüge (Beschlussverwerfung; hinreichendes Eingehen auf das Vorbringen der Verteidigung).

§ 356a StPO

900. BGH 3 StR 251/10 – Beschluss vom 10. August 2010 (LG Köln)

Natürliche Tateinheit; gerichtlicher Hinweis; Strafzumessung; Führen einer halbautomatischen Kurzwaffe.

§ 52 StGB; § 265 StPO; § 46 StGB; § 52 Abs. 1 WaffG

901. BGH 3 StR 256/10 – Beschluss vom 31. August 2010 (LG Verden)

Ausnahmen des Ausspruchs über den Verfall von der Verfolgung.

§ 73 StGB; § 430 StPO; § 442 StPO

902. BGH 3 StR 260/10 – Beschluss vom 31. August 2010 (LG Duisburg)

Schizophrenie; Schuldfähigkeit; Steuerungsfähigkeit (affektives Gefüge); Urteilsgründe.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

903. BGH 3 StR 268/10 – Beschluss vom 10. August 2010 (LG Hildesheim)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit; keine Anordnung bei lediglich lästigen Straftaten; mittlere Kriminalität; Körperverletzung; Einbruchsdiebstahl).

§ 62 StGB; § 63 StGB; § 223 StGB; § 242 StGB; § 243 StGB

904. BGH 3 StR 269/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Aurich)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Glaubhaftmachung des Zeitpunkts, zu dem das Hindernis weggefallen ist).

§ 44 StPO; § 45 StPO

905. BGH 3 StR 273/10 – Urteil vom 2. September 2010 (LG Mönchengladbach)

Erpresserischer Menschenraub (stabile Bemächtigungslage); Wahrunterstellung (Aufklärungspflicht; Anhaltspunkte für Widerlegung der Beweisbehauptung); Beweisanspruch (bestimmte Beweistatsache; erheblich verminderte Schuldfähigkeit).

§ 239a StGB; § 244 StPO; § 21 StGB

906. BGH 3 StR 276/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Hannover)

Änderung der Urteilsformel nach Verkündung.

§ 260 Abs. 4 StPO

907. BGH 3 StR 280/10 – Urteil vom 16. September 2010 (LG Lüneburg)

Vergewaltigung; Beweiswürdigung; Aufklärungspflicht (Sachverständigengutachten; Glaubwürdigkeit eines Zeugen).

§ 261 StPO; § 244 StPO; § 177 StGB

908. BGH 3 StR 281/10 – Beschluss vom 19. August 2010 (LG Oldenburg)

Unerlaubte Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe; Einziehung einer Kriegswaffe.

§ 74 StGB; § 24 KWKG; § 22a KWKG

909. BGH 3 StR 297/10 – Beschluss vom 31. August 2010 (LG Hildesheim)

Aufklärungshilfe (obligatorische Prüfung der Strafmilderung; sicherere Grundlage für die Verurteilung eines Dritten).

§ 31 Abs. 1 BtMG

910. BGH 3 StR 301/10 – Beschluss vom 19. August 2010 (LG Augsburg)

Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (öffentliches Verwenden); erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Einsichtsfähigkeit; tatsächliche Einsicht in das Unrecht der Tat).

§ 86a StGB

911. BGH 3 StR 308/10 – Beschluss vom 7. September 2010 (LG Duisburg)

Notwehr (Verteidigungswille).

§ 32 StGB

912. BGH 3 StR 309/10 – Beschluss vom 31. August 2010 (LG Düsseldorf)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Vorwegvollzug (konkrete Bestimmung; keine pauschale Annahme der üblichen Therapiedauer); besonders schwerer räuberischer Diebstahl (Urteilsformel).

§ 64 StGB; § 67 StGB; § 250 StGB; § 252 StGB

913. BGH 3 StR 313/10 – Beschluss vom 19. August 2010 (LG Hannover)

Mord; Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit); Beweiswürdigung (unaufgelöster Widerspruch in den Urteilsgründen; Angaben eines Zeugen; hierauf gestützte Feststellungen).

§ 211 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

914. BGH 3 StR 328/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Düsseldorf)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Konkurrenzen); Strafzumessung.

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

915. BGH 3 StR 351/10 – Beschluss vom 30. September 2010 (LG Oldenburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; unbegründete Revision.

§ 154 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

916. BGH 3 StR 359/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Duisburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Bande); Absprache (unzulässige Verständigung über den Schuldspruch; unzulässige Vereinbarung einer Strafe).

§ 257c StPO; § 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

917. BGH 3 StR 375/10 – Beschluss vom 7. Oktober 2010 (LG Osnabrück)

Unzulässige Revision des Angeklagten (keine Beschwerde durch Absehen von der Verhängung einer Maßregel).

§ 66 StGB; vor § 296 StPO

918. BGH 3 StR 552/08 – Beschluss vom 14. September 2010

Pauschgebühr des Verteidigers (komplizierte Rechtsfragen; außerordentlich umfangreiche Revisionsbegründungsschrift).

§ 51 RVG

919. BGH 5 StR 146/10 – Beschluss vom 29. September 2010 (LG Potsdam)

Absolute Verjährung (Rechtskraft der Nichtverjährung; Wiederaufnahme des Verfahrens); Bindungswirkung der Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 78c StGB; § 358 Abs. 1 StPO; § 359 StPO

920. BGH 5 StR 159/10 – Urteil vom 31. August 2010 (LG Kiel)

Besetzungsrüge; Korrektur der Besetzungsreduktion; Beschwerde des Angeklagten durch Dreierbesetzung.

§ 76 GVG; § 222b; § 338 Nr. 1 StPO

921. BGH 5 StR 179/10 – Beschluss vom 13. Oktober 2010

Prozesskostenhilfe für den Adhäsionskläger (Bewilligung jeweils nur für eine Instanz).

§ 404 StPO; § 119 ZPO

922. BGH 5 StR 192/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Dresden)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Methamphetamin; nicht geringe Menge).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG

923. BGH 5 StR 209/10 – Beschluss vom 1. September 2010

Unzulässige Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

924. BGH 5 StR 229/10 – Beschluss vom 14. September 2010 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Feststellung eines länger dauernden, nicht nur vorübergehenden Zustandes); Verschlechterungsverbot.

§ 358 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

925. BGH 5 StR 259/10 – Beschluss vom 30. September 2010 (LG Dresden)

Beweiswürdigung; Untreue (treuwidrige Handlungen mit Bezug auf bereits veruntreute Vermögensbestandteile; mitbestrafte Nachtat); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Bemessung der Kompensation).

§ 266 StGB; § 261 StPO; § 46 StGB; § 51 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

926. BGH 5 StR 262/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Itzehoe)

Gesamtstrafe (Widerspruch zwischen Urteilsformel und Urteilsgründen).

§ 54 StGB; § 260 Abs. 4 StPO; § 267 StPO

927. BGH 5 StR 262/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Itzehoe)

Unbegründete Anhörungsrüge (kein Gehörsverstoß durch unbegründete Verwerfung der Revision als unbegründet).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO

928. BGH 5 StR 273/10 – Beschluss vom 14. Oktober 2010 (LG Berlin)

Verfall (Ansprüche Dritter auf Schadensersatz; Doppelbeanspruchung); gerichtlicher Hinweis.

§ 73d StGB; § 338 StGB; § 667 BGB; § 681 BGB

929. BGH 5 StR 290/10 – Beschluss vom 31. August 2010 (LG Lübeck)

Ausschluss des Angeklagten von der Hauptverhandlung (Unterrichtung durch den Vorsitzenden).

§ 247 Satz 4 StPO

930. BGH 5 StR 324/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Neuruppin)

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (lex specialis; Nötigung); Anrechnung erlittener Untersuchungshaft (Bestimmung des Anrechnungsmaßstabs); schwere räuberische Erpressung (Urteilsformel).

§ 113 StGB; § 240 StGB; § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB; § 250 StGB; § 255 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

931. BGH 5 StR 325/10 – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Itzehoe)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (überkomplizierte Regelung; Zäsurwirkung; teilweise Vollstreckung früherer Strafen).

§ 55 StGB

932. BGH 5 StR 330/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Dresden)

Bemessung der Jugendstrafe (Berücksichtigung der erlittenen Untersuchungshaft; bestimmender Gesichtspunkt; Erörterungspflicht); rechtsstaatswidrige Verzögerung (Kompensation im Sinne des Vollstreckungsmodells bei Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen).
§ 261 StPO; § 17 JGG; § 18 JGG; § 267 Abs. 3 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

933. BGH 5 StR 336/10 – Beschluss vom 14. September 2010 (LG Dresden)

Versuch (unmittelbares Ansetzen; Abgrenzung von Vorbereitungshandlungen); Skimming; Nachmachen von Zahlungskarten mit Garantiefunktion.
§ 22 StGB; § 152b StGB

934. BGH 5 StR 343/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Dresden)

Härteausgleich wegen entgangener nachträglicher Gesamtstrafenbildung infolge auslieferungsrechtlicher Spezialität (Vollstreckungsmodell).
§ 55 StGB; § 51 StGB

935. BGH 5 StR 344/10 – Beschluss vom 29. September 2010 (LG Berlin)

Schuldpruchänderung; Herabsetzung der Strafe durch das Revisionsgericht.
§ 349 Abs. 4 StPO; § 52 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

936. BGH 5 StR 345/10 – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Kiel)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; Wiedergabe nicht allgemein anerkannter Untersuchungsmethoden eines Sachverständigen im Urteil (Vergleich von Werkzeugspuren).
§ 244 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

937. BGH 5 StR 354/10 – Beschluss vom 13. Oktober 2010 (LG Dresden)

Schuldfähigkeit (Feststellungen); Strafzumessung.
§ 21 StGB; § 46 StGB

938. BGH 5 StR 358/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Berlin)

Totschlag (minder schwerer Fall; Hingerissenwerden; Spontantat); erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Trinkmengenangaben; Rückrechnung der Blutalkoholkonzentration; Leistungsverhalten; Steuerungsfähigkeit; Beweiswürdigung); Jähdtat.
§ 212 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

939. BGH 5 StR 361/10 – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Neuruppin)

Aufklärungshilfe; intertemporales Strafrecht; milderes Gesetz.
§ 2 Abs. 3 StGB; § 31 BtMG; § 46b StGB; § 29a BtMG; § 30a BtMG

940. BGH 5 StR 371/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Braunschweig)

Bemessung des Vorwegvollzuges (keine Anrechnung der Untersuchungshaft durch den Tatrichter).
§ 67 StGB

941. BGH 5 StR 378/10 – Beschluss vom 29. September 2010 (LG Dresden)

Sicherungsverwahrung (Verhältnismäßigkeit).
§ 66 Abs. 3 StGB; § 67c StGB; § 62 StGB

942. BGH 5 StR 385/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Berlin)

Unbegründete Revision (minder schwerer Fall; Erörterungsmangel).
§ 349 Abs. 2 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

943. BGH 5 StR 409/10 – Beschluss vom 13. Oktober 2010 (LG Dresden)

Vorwegvollzug von Jugendstrafe.
§ 67 StGB

944. BGH 1 StR 199/10 vom 11. August 2010 (LG Detmold)

Steuerhinterziehung und Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Berechnungsdarstellung; Anforderungen an die Urteilsgründe; Beweiswürdigung; Schätzung; Schwarzlohnabrede: fiktives Bruttoentgelt, geringfügiges Beschäftigungsverhältnis).
§ 370 AO; § 266a StGB; § 261 StPO; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 2 Abs. 3 StGB

945. BGH 1 StR 220/09 – Beschluss vom 13. September 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; Untreue (Pflichtwidrigkeit: Vermögensbezug, Gesetzlichkeitsprinzip, Bestimmtheitsgrundsatz; Vermögensbetreuungspflicht; Vermögensnachteil: vermögensbezogene Saldierung, Kompensation, wirtschaftlicher Vermögensbegriff); Steuerhinterziehung (ertragsteuerliches Abzugsverbot; Betriebsausgabe; Umsatzsteuer; Vorsteuerabzug); strafbare Beeinflussung der Wahl des Betriebsrates; Betrug; Fall Schelsky (AUB).
Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB; § 266 Abs. 1 StGB; § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG; § 93 AktG; § 116 AktG; § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG; § 8 Abs. 1 KStG; § 263 StGB

946. BGH 1 StR 264/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Regensburg)

Einvernahme eines Augenscheins in Abwesenheit des Angeklagten (absoluter Revisionsgrund; Begriff der Vernehmung; Vorlage als Vernehmungsbefehl; denkgesetzlich ausgeschlossenes Beruhen).
§ 247 StPO; § 230 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

947. BGH 1 StR 338/10 – Beschluss vom 7. Oktober 2010 (BGH)

Erinnerung gegen den Kostenansatz.
§ 66 GKG

948. BGH 1 StR 351/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Mannheim)

Widersprüchliche Feststellungen zur Notwehrlage (Putativnotwehrlage; Erlaubnistatbestandsirrtum; Erforderlichkeit und Messereinsatz; Abwehrprovokation).
§ 16 StGB; § 32 StGB; § 34 StGB

949. BGH 1 StR 404/10 – Beschluss vom 7. Oktober 2010 (LG München I)

Verstoß gegen das Gewaltschutzgesetz (Zuwiderhandlung gegen eine vollstreckbare Anordnung).

§ 1 GewSchG; § 4 GewSchG

950. BGH 1 StR 423/10 – Beschluss vom 13. September 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

Strafbefreiender Rücktritt (Begriff des beendeten und des unbeendeten Versuchs); Heranwachsender (Gleichstellung mit einem Jugendlichen; Reifedefizite); Abfassung der Urteilsgründe.

§ 24 StGB; § 105 JGG; § 267 StPO

951. BGH 1 StR 478/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Regensburg)

Unanwendbarkeit des minder schweren Falles des Totschlages beim Mord.

§ 211 StGB; § 213 StGB; § 22 StGB

952. BGH 2 StR 104/10 – Beschluss vom 14. Juli 2010 (LG Meiningen)

BGHSt; Beihilfe zur Entziehung Minderjähriger (Bereicherungsabsicht; Tatbegehung gegen Entgelt; tatbezogenes Merkmal; besonderes persönliches Merkmal; Tatbestandsverschiebung; Qualifikation).

§ 235 Abs. 4 Nr. 2 StGB; § 28 StGB

953. BGH 2 StR 113/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Koblenz)

Untreue (besonders schwerer Fall: Vermögensgefährdung und Vermögensverlust großen Ausmaßes).

§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB; § 266 Abs. 2 StGB

954. BGH 2 StR 118/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Köln)

Fahrlässige Körperverletzung (Pflichtwidrigkeit; eigenverantwortliche Selbstgefährdung); Notwehr (Erforderlichkeit; Gebotenheit: vorwerfbare, sozialetisch verwerfliche Tatprovokation; Abwehrprovokation; unerlaubtes Führen einer Waffe).

§ 222 StGB; § 32 StGB; § 212 StGB; § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG

955. BGH 2 StR 179/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Köln)

Beweiswürdigung beim Tötungsvorsatz (Darlegungsanforderungen auch bei Gewalthandlungen); minder schwerer Fall des Totschlages.

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 213 StGB; § 261 StPO

956. BGH 2 StR 180/10 – Beschluss vom 22. September 2010 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

957. BGH 2 StR 213/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Aachen)

Totschlag (brutale Tatausführung und Persönlichkeitsstörung; verminderte Schuldfähigkeit).

§ 212 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB

958. BGH 2 StR 236/10 – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Wiesbaden)

(Besonders) schwere Brandstiftung (Räumlichkeit, in der sich Menschen zur Tatzeit aufzuhalten pflegen; Wohnung; einheitliches Gebäude; Mischgebäude).

§ 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB

959. BGH 2 StR 35/10 – Beschluss vom 9. August 2010 (BGH)

Berichtigungsbeschluss.

§ 354 StPO

960. BGH 2 StR 272/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Gießen)

Aufklärungshilfe gemäß § 31 BtMG n.F. als milderes Gesetz (Meistbegünstigungsgrundsatz).

§ 31 BtMG; Art. 316d EGStGB; § 49 StGB; § 2 Abs. 3 StGB

961. BGH 2 StR 274/10 – Beschluss vom 8. September 2010 (LG Bad Kreuznach)

Mord (Voraussetzung der Heimtücke: Arglosigkeit); minder schwerer Fall des Totschlages.

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB

962. BGH 2 ARs 280/10 2 AR 154/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (AG Brühl, LG Bonn)

Zuständigkeit für die Bewährungsüberwachung.

§ 462a StPO

963. BGH 2 StR 281/10 – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Marburg)

Strafverfolgungsverjährung (Strafschärfung mit minderm Gewicht innerhalb der Strafzumessung); Abwesenheit (absoluter Revisionsgrund; Freibeweis; wesentlicher Teil der Hauptverhandlung).

§ 78 StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

964. BGH 2 StR 305/10 – Beschluss vom 27. August 2010 (LG Frankfurt am Main)

Missbrauch von Ausweispapieren (Wahlfeststellung zur Unterschlagung; erforderliche Feststellungen zur Schuldfähigkeit).

§ 281 StGB; § 20 StGB; § 63 StGB; Vor § 1 StGB; § 246 StGB

965. BGH 2 StR 310/10 – Beschluss vom 8. September 2010 (LG Aachen)

Unbegründeter Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 346 StPO

966. BGH 2 StR 325/10 – Beschluss vom 22. September 2010 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

967. BGH 2 StR 333/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Gießen)

Bandenmäßiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bande; Mitwirkende auf Verkäufer- und Erwerberseite).

§ 29a BtMG; § 30a BtMG

968. BGH 2 StR 360/10 – Beschluss vom 22. September 2010 (LG Limburg an der Lahn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

969. BGH 2 StR 369/10 – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Mainz)

Körperverletzung mit Todesfolge (Wertungsfehler bei der Strafzumessung).
§ 227 StGB; § 46 StGB

970. BGH 2 StR 388/10 – Beschluss vom 2. September 2010 (LG Gießen)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

971. BGH 2 StR 400/10 – Urteil vom 15. September 2010 (LG Frankfurt am Main)

Vorsätzliche Körperverletzung (Schwitzkasten).
§ 223 Abs. 1 StGB

972. BGH 2 StR 408/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Bad Kreuznach)

Beweiswürdigung hinsichtlich der verminderten Schuldfähigkeit (Bedeutung des „Spiegeltrinkens“).
§ 21 StGB; § 261 StPO

973. BGH 2 StR 409/10 – Beschluss vom 22. September 2010 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

974. BGH 2 StR 418/10 – Beschluss vom 1. September 2010 (LG Frankfurt am Main)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (fehlerhafte Annahme einer Tat; Fortsetzungszusammenhang; Gesamtvorsatz, natürliche Handlungseinheit); Strafzumessung.
§ 52 StGB; § 46b StGB; § 152b StGB

975. BGH 2 StR 423/10 – Beschluss vom 8. September 2010 (LG Frankfurt am Main)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (übersehene Zäsurwirkung; Anrechnung der im Rahmen der Bewährung erbrachten Leistungen).
§ 54 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 58 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 56f Abs. 3 StGB

976. BGH 2 StR 429/10 – Beschluss vom 22. September 2010 (LG Darmstadt)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung).
§ 400 Abs. 1 StPO

977. BGH 2 StR 463/10 – Beschluss vom 29. September 2010 (LG Frankfurt am Main)

Erörterungsmangel hinsichtlich eines möglichen minder schweren Falles des Totschlages.
§ 213 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB

978. BGH 2 StR 482/10 – Beschluss vom 6. Oktober 2010 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

979. BGH 4 StR 164/10 – Beschluss vom 15. Juli 2010 (LG Bochum)

Unterschlagung (keine Zueignung bei Absicht, den Eigentümer ärgern zu wollen); Urkundenunterdrückung (Nachteilszufügungsabsicht bei Strafvereitelung); Verwahrungsbruch (Verfahrensakten); versuchte Strafvereitelung; Untreue (vermögenswirksame Leistungen; Vermögensbetreuungspflicht; zivilrechtliche Nebenpflichten); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt.
§ 246 StGB; § 274 StGB; § 133 StGB; § 258 StGB; § 22 StGB; § 266 StGB; § 266a Abs. 3 StGB

980. BGH 4 StR 180/10 – Beschluss vom 22. Juli 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

Voraussetzungen des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe (Heimtücke; Eifersucht; strafbefreiender Rücktritt (unbeendeter und beendeter Versuch).
§ 211 StGB; § 24 StGB

981. BGH 4 StR 342/10 – Beschluss vom 7. September 2010 (LG Stralsund)

Beischlaf zwischen Verwandten (Oralverkehr).
§ 173 Abs. 1 StGB

982. BGH 4 StR 362/10 – Beschluss vom 7. Oktober 2010 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

983. BGH 4 StR 371/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Berlin)

Strafzumessung (Schutzzweckzusammenhang); Raub; räuberische Erpressung.
§ 46 StGB; § 249 StGB; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

984. BGH 4 StR 394/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

985. BGH 4 StR 422/10 – Beschluss vom 14. September 2010 (LG Rostock)

Natürliche Handlungseinheit beim Betrug (Einreichung von Lastschriften an einem Tag; Bedeutung des Konkurrenzverhältnisses für die Strafzumessung).
§ 52 StGB; § 263 StGB; § 46 StGB; § 54 StGB

986. BGH 4 StR 433/10 – Beschluss vom 16. September 2010 (LG Dessau-Roßlau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

987. BGH 4 StR 435/10 – Beschluss vom 29. September 2010 (LG Dessau-Roßlau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

988. BGH 4 StR 442/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Magdeburg)

Gefährliche Körperverletzung (lebensgefährdende Behandlung); Strafantrag (Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses in der Revision).
§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 223 StGB; § 230 StGB