

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, RA Dr. iur. Stephan
Schlegel

STÄNDIGE MITARBEITER

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ.

Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,

LLM, (Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz
Eidam, LLM (Bucerius Law School);

Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur

(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr.

Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig);

Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlan-
gen-Nürnberg); StA Dr. Holger Mann,

Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank

Meyer, LLM (Yale), Univ. Zürich; RA

Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof.

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

Prof. Dr. *Tatjana Hörnle*, HU Berlin – **Vergleichende Strafzumessung bei Tatbeteiligung** (Anm. zu BGH HRRS 2011 Nr. 863) S. 511

Wiss. Mit. Dr. *Beatrice Brunhöber*, HU Berlin – **Die Problematik einer ausweitenden Auslegung der Verdeckungsabsicht** (Bespr. zu BGH HRRS 2011 Nr. 978) S. 513

Wiss. Ass. Dr. *Nina Nestler*, Univ. Würzburg – **Zur Reichweite von § 73d StGB: Der erweiterte Verfall vor neuen Legitimationsdefiziten?** S. 519

Assessor *Ole-Steffen Lucke*, Hamburg – **Das Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen** (Anm. zu BVerfG HRRS 2010 Nr. 1128) S. 527

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

EGMR **Befangenheit bei Verständigungsangeboten und Vorbefassung** (*Kriegisch v. Deutschland*)

BVerfG **Entlassungsvorbereitung bei Sicherungsverwahrung**

BGHSt **Aussetzung durch Im Stich lassen als Unterlassungsdelikt**

BGHSt **Unmittelbarkeitsgrundsatz und Aufklärungspflicht bei der Verlesung ärztlicher Atteste**

BGHSt **Versagung der Befreiung einer innergemeinschaftlichen Lieferung von der Umsatzsteuer bei Verschleierung der Identität des wahren Erwerbers**

BGH **Betrug trotz vorbehaltener Bonitätsprüfung**

BGH **Beweisverwertungsverbot bei Umgehung des Richtervorbehalts**

BGH **Hinweispflichten des Gerichtes über § 257c StPO hinaus**

BGH **Unzureichende Beweiswürdigung nach Verständigung**

BGH **Anfrageverfahren zur Aufgabe der Interessentheorie**

BGH **Unmöglichkeit der Buchführung und Bilanzerstellung**

Die Ausgabe umfasst 125 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. Karsten Gaede, RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); StA Dr. Holger Mann, Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. 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

12. Jahrgang, Dezember 2011, Ausgabe

12

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

1218. EGMR Nr. 21698/06 (5. Kammer) – Entscheidung vom 23. Oktober 2010 (Kriegisch v. Deutschland)

Unabhängiges und unparteiliches Gericht (Befangenheitsrügen bei Verständigungsangeboten und Vorbefassung; Verfahrensabsprachen; unzulässiger Druck; Selbstbelastungsfreiheit; Rechtswegerschöpfung; Mehrheitsentscheidung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 35 EMRK; § 257c StPO

1. Unterbreitet ein vorsitzender Richter in einem früheren, anderen Verfahren wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln ein Verständigungsangebot nach deutschem Recht, das zu einem Schuldspruch und zu einem Urteil führt, in dem Drogenverkäufe an den jetzigen Angeklagten und Beschwerdeführer festgestellt

werden, ohne sich zu dessen konkreter Schuld und Beteiligungsform zu äußern, ist der Richter in dem späteren Verfahren nicht zwingend als befangen anzusehen.

2. Ein Verständigungsangebot, nach dem ein Verfahren im Gegenzug gegen ein Geständnis unter dem Zugeständnis einer erheblichen Strafmilderung beendet werden kann, kann durch das Gebot zu einer zügigen und effizienten Verfahrensführung gerechtfertigt sein. Eine beträchtliche Differenz zwischen dem verhängten und dem zuvor angebotenen Strafmaß kann aber den Eindruck hervorrufen, der Richter habe einen unzulässigen Geständnisdruck auf den Angeklagten ausgeübt.

3. Das Zusammentreffen der Vorbefassung und eines unterbreiteten Verständigungsangebots kann im Einzelfall legitime Zweifel an der Unparteilichkeit des Richters

wecken. Zur Anwendung des EGMR auf einen deutschen Einzelfall.

4. Eine Besorgnis der Befangenheit kann vor dem EGMR nicht auf Umstände gestützt werden, die im nationalen Verfahren nicht vorgetragen worden sind.

1282. BVerfG 2 BvR 1509/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Oktober 2011 (OLG Hamm / LG Arnsberg)

Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot); Erledigterklärung; Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung; Entlassungsvorbereitung; Wiedereingliederung (soziale).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB; § 67d Abs. 2 StGB

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2365/09 u. a. = HRRS 2011 Nr. 488) verstößt § 66 StGB, wie die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung insgesamt, gegen das aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG herzuleitende Abstandsgebot.

2. Die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung dürfen jedoch nach Maßgabe einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung bis zum 31. Mai 2013 weiter angewendet werden. Soweit eine Vorschrift – wie hier § 66 StGB – nicht neben dem Abstandsgebot auch das Vertrauensschutzgebot verletzt, ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Regel gewahrt, wenn aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten abzuleiten ist.

3. Ist nach der Übergangsregelung des Urteils vom 4. Mai 2011 ein dauerhafter weiterer Vollzug der Sicherungsverwahrung unverhältnismäßig, so kommt nicht nur eine Erledigterklärung der Unterbringung in Betracht. Vielmehr können die Gerichte die Verhältnismäßigkeit auch wahren, indem sie die Führungsaufsicht anordnen oder die Unterbringung zur Bewährung aussetzen.

4. Anders als in den Fällen, in denen die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung auch gegen das Vertrauensschutzgebot verstößt, ist bei bloßer Verletzung des Abstandsgebotes keine sofortige Entlassung des Unterbrachten geboten (Abgrenzung zu 2 BvR 1516/11 = HRRS 2011 Nr. 1132); vielmehr ist es im Rahmen einer einzelfallbezogenen Verhältnismäßigkeitsabwägung zulässig, den Entlassungszeitpunkt unter Berücksichtigung der Dauer des Freiheitsentzuges so festzulegen, dass neben dem Freiheitsanspruch des Betroffenen auch dem Ziel einer erfolgreichen sozialen Wiedereingliederung Rechnung getragen wird.

1281. BVerfG 2 BvR 979/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (OLG Stuttgart / LG Ravensburg)

Briefgeheimnis im Strafvollzug (Postkontrolle; Verteidigerpost; Sichtkontrolle); Rechtsschutzinteresse (Wiederholungsgefahr); Einwilligung (Freiwilligkeit).

Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 115 Abs. 3 StVollzG; § 24 Abs. 2 Satz 1 JVollzGB III BW

1. Macht ein Strafgefangener eine unzulässige Kontrolle von Verteidigerpost geltend, so hat er auch nach Erledigung der Maßnahme durch deren Vollzug unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr ein Rechtsschutzinteresse. Dies gilt auch dann, wenn er zwischenzeitlich in eine andere Justizvollzugsanstalt verlegt worden ist, selbst wenn diese im Bezirk eines anderen Oberlandesgerichts liegt.

2. Die Einwilligung eines Strafgefangenen in die Kontrolle eines Schreibens daraufhin, ob es sich um Verteidigerpost handelt, schließt einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG nur dann aus, wenn sie frei von unzulässigem Druck erklärt worden ist.

3. Hat die Justizvollzugsanstalt die Eigenschaft eines Schreibens als Verteidigerpost durch Rückfrage beim Verteidiger geklärt, so ist sie zur Aushändigung des ungeöffneten Schreibens verpflichtet. Eine Aufforderung an den Gefangenen, eine Sichtkontrolle des Schreibens zuzulassen, ist dann unzulässig. Kommt der Gefangene einer entsprechenden Aufforderung gleichwohl nach, um eine verzögerte Aushändigung zu vermeiden, so fehlt es an einem frei erteilten Einverständnis in die Kontrolle.

1283. BVerfG 2 BvR 1539/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (OLG Hamm / LG Aachen)

Rechtsweggarantie (Rechtswegerschöpfung; effektiver Rechtsschutz; Widerspruch); lebenslange Freiheitsstrafe (Resozialisierung; Entlassungsvorbereitung; Vollzugslockerung; Ausführung; Sachverhaltsaufklärung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 11 StVollzG; § 109 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG

1. Zulässigkeitsvoraussetzung einer Verfassungsbeschwerde ist nach § 90 Abs. 2 BVerfGG die ordnungsgemäße Erschöpfung des Rechtsweges. Dazu gehört auch die Einlegung eines statthaften Widerspruchs. Behandeln die Fachgerichte allerdings einen Rechtsbehelf als zulässig, so ist es für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde ohne Belang, ob eine ordnungsgemäße Einlegung des Widerspruchs festgestellt werden kann.

2. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat, den Strafvollzug auch bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe auf eine Resozialisierung auszurichten, schädlichen Auswirkungen des langjährigen Freiheitsentzuges entgegenzuwirken und die Tüchtigkeit des Inhaftierten für ein Leben in Freiheit zu erhalten. Dieser grundrechtlichen Verpflichtung dienen Vollzugslockerungen und Behandlungsmaßnahmen.

3. Die Versagung von Vollzugslockerungen oder Behandlungsmaßnahmen – etwa einer Ausführung – ist mit der Knappheit personeller, räumlicher oder sonstiger Mittel allenfalls in Ausnahmefällen zu rechtfertigen. Zunächst ist der Staat verpflichtet, Justizvollzugsanstalten so auszustatten, dass diese ihrem Resozialisierungsauftrag nachkommen können. Wenn wegen begrenzter Kapazitäten nicht die Rechte aller Gefangenen angemessen berücksichtigt werden können, ist zunächst zu prüfen, ob mit zumutbaren Anstrengungen kurzfristig Abhilfe mög-

lich ist. Ob dies der Fall ist, haben die Gerichte im Einzelfall aufzuklären.

4. Sieht das Beschwerdegericht nach § 119 Abs. 3 StVollzG von einer Begründung der Beschwerdeentscheidung ab, so ist dies mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG nur vereinbar, wenn dadurch die gesetzlich eröffnete Beschwerdemöglichkeit nicht leer läuft. Dies ist anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung bestehen.

1280. BVerfG 2 BvR 15/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Essen / AG Essen)

Durchsuchung einer Wohnung; Tatverdacht; Unterhaltspflichtverletzung (Leistungsfähigkeit; ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 170 Abs. 1 StGB

1. Der mit einer Durchsuchung nach §§ 102, 103 StPO verbundene Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG ist nur gerechtfertigt, wenn der auf zureichende tatsächliche Anhaltspunkte gegründete Verdacht besteht, dass der Betroffene eine Straftat begangen hat. Angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs müssen die Verdachtsgründe über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen.

2. Der Verdacht einer Verletzung der Unterhaltspflicht im Sinne von § 170 Abs. 1 StGB erfordert als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die Leistungsfähigkeit des Beschuldigten. Ein diesbezüglicher Verdacht wird nicht bereits durch eine entsprechende pauschale Behauptung des Anzeigenerstatters begründet.

3. Hat das Unternehmen, in dem der Beschuldigte im Rahmen einer Umschulungsmaßnahme als Praktikant tätig ist, bereits die Auskunft erteilt, dass für die Beschäftigung eine Vergütung nicht gezahlt wird, so genügt es zur Begründung eines gegenteiligen Verdachts nicht, dass sich im Internetauftritt des Unternehmens bei der Vorstellung des Beschuldigten kein Hinweis auf den Ausbildungscharakter seines Beschäftigungsverhältnisses findet.

1284. BVerfG 2 BvR 1774/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Karlsruhe / AG Pforzheim)

Unverletzlichkeit der Wohnung und Durchsuchung (Beschwerdebefugnis; Verhältnismäßigkeit; Tatverdacht; Möglichkeit des Auffindens von belastenden Beweismitteln).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 90 Abs. 1 BVerfGG; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Gegen die Durchsuchung der Räume eines eingetragenen Vereins kann sich mit der Verfassungsbeschwerde nur wenden, wer nach bürgerlichem Recht zur Vertretung des Vereins befugt ist. Diese Beschwerdebefugnis nach § 90 Abs. 1 BVerfGG fehlt einem lediglich als Trainer in einem Sportverein tätigen Beschwerdeführer.

2. Der mit einer Durchsuchung nach § 102 StPO verbundene Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG ist nur gerechtfertigt, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Dazu muss der Durchsuchungsbeschluss erkennen lassen, aus welchen Gründen zu erwarten ist, der gesuchte Gegenstand werde in den zu durchsuchenden Räumen aufgefunden werden, und weshalb mildere Mittel nicht für ausreichend erachtet werden.

3. Hat der Trainer einer Kampfsportart den Behörden von sich aus mitgeteilt, dass bestimmte Gegenstände, bezüglich deren waffenrechtlicher Einordnung ein verwaltungsgerichtliches Verfahren anhängig ist, in den Räumen eines Sportvereins Verwendung finden, so muss sich ein Beschluss, der die Durchsuchung der Wohnung des Trainers anordnet, dazu verhalten, weshalb die Erwartung besteht, dass die Gegenstände dort aufgefunden werden, und weshalb angesichts der zu Tage getretenen Kooperationsbereitschaft des Betroffenen ein Herausgabeverlangen keinen Erfolg verspricht.

1286. BVerfG 2 BvR 2674/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Darmstadt / AG Darmstadt)

Unverletzlichkeit der Wohnung und Durchsuchung (Verhältnismäßigkeit); Tatverdacht (Tatbestandsverwirklichung; Vorsatz).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 52 WaffG; § 54 WaffG

1. Der mit einer Durchsuchung nach §§ 102, 103 StPO verbundene Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG ist nur gerechtfertigt, wenn die Gerichte in der Durchsuchungsanordnung ein dem Beschuldigten zur Last gelegtes Verhalten schildern, das den objektiven und den subjektiven Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt.

2. Der Verdacht eines Verstoßes gegen das Waffengesetz in Form des Erwerbs, des Besitzes oder des Führens von Schusswaffen ohne die erforderliche Erlaubnis setzt voraus, dass sich der Vorsatz des Beschuldigten auch auf das Fehlen der Erlaubnis bezieht. Bestehen Anhaltspunkte für einen fehlenden Vorsatz, so haben die Gerichte in dem Durchsuchungsbeschluss darzulegen, weshalb sie ihn gleichwohl bejahen.

3. Nimmt die Waffenbehörde nach noch nicht bestandskräftigem Entzug einer waffenrechtlichen Erlaubnis noch eine Vielzahl von Erwerbs- und Verkaufsanzeigen des Betroffenen entgegen und trägt sie diese auf dessen noch nicht eingezogener Waffenbesitzkarte ein, so bedarf es näherer Darlegungen, wenn die Gerichte gleichwohl von Vorsatz hinsichtlich der fehlenden Erlaubnis ausgehen wollen.

4. Mangelnde Ausführungen im Durchsuchungsbeschluss zur subjektiven Tatseite werden nicht dadurch geheilt, dass auch die von den Gerichten nicht erwogene fahrlässige Tatbegehung strafbar ist, weil die Gerichte die Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung jeweils angesichts des konkret in Betracht kommenden Delikts zu prüfen haben.

1285. BVerfG 2 BvR 2407/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (OLG Hamm / LG Bochum)

Rechtswegerschöpfung (Anhörungsrüge); rechtliches Gehör; Begründungspflicht.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 120 Abs. 1 StVollzG

1. Zulässigkeitsvoraussetzung einer Verfassungsbeschwerde ist nach § 90 Abs. 2 BVerfGG die vorherige Erschöpfung des Rechtsweges. Dazu gehört auch eine Anhörungsrüge, soweit diese nach dem jeweiligen Verfahrensrecht statthaft ist.

2. Die Anhörungsrüge ist zur Erschöpfung des Rechtsweges immer dann zu erheben, wenn sie bei objektiver Betrachtung nicht aussichtslos ist. Dies gilt auch dann, wenn der Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde zwar keinen Gehörsverstoß rügt, die Anhö-

rungsrüge aber zur Korrektur der von ihm gerügten sonstigen Grundrechtsverstöße führen kann.

3. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet die Gerichte nicht, in den Entscheidungsgründen ausdrücklich auf jedes Vorbringen der Beteiligten einzugehen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist hingegen verletzt, wenn besondere Umstände darauf hindeuten, dass das Gericht entscheidungserhebliches Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen oder erwogen hat.

4. Stützt ein Strafgefangener einen Anspruch auf Überlassung von Kopien aus seiner Krankenakte substantiiert auf schriftliche Zusagen der Justizvollzugsanstalt, so liegt ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG nahe, wenn das Gericht bei der Verwerfung des Rechtsbehelfs gleichwohl gänzlich von einer Begründung seiner Entscheidung absieht.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

1162. BGH 1 StR 120/11 – Urteil vom 20. September 2011 (LG Bayreuth)

Totschlag (Tötungsvorsatz bei Stichen); Mord (Heimtücke; erforderliche Feststellungen für eine vorherige tätliche Auseinandersetzung); unwirksame Beschränkung der Revision (Unterbringung in einer Entziehungsanstalt: symptomatischer Zusammenhang; Auslegung).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 15 StGB; § 64 StGB; Vor § 296 StPO

1. Ein wuchtig und gezielter in den „Brustbereich“ ist eine äußerst gefährliche Gewalthandlung, die regelmäßig für Tötungsvorsatz spricht. Eine Stelle im vorderen Bereich des Oberkörpers, die den Tötungsvorsatz deshalb in Frage stellte, weil ein wuchtiger Stich gerade hierhin zielte, ist kaum vorstellbar, bei einem Stich in den Brustbereich ist dies jedenfalls nicht der Fall.

2. Auch die festgestellte „affektive Erregung“ des Angeklagten bei der Tat spricht nicht gegen einen Tötungsvorsatz, da eine gewisse affektive Erregung bei einem tödlichen Angriff normal ist. Die uneingeschränkte Schuldfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit spricht regelmäßig für eine realistische Wahrnehmung des Bedeutungsinhalts der Tat.

3. Die richterliche Überzeugung erfordert keine absolute, das Gegenteil zwingend ausschließende, letztlich mathematische Gewissheit (st. Rspr.). Allein die Denkbarm-

keit eines Geschehensablaufs, für den die Urteilsgründe keine Anhaltspunkte bieten, führt daher nicht dazu, dass er zu Gunsten oder gar zu Lasten des Angeklagten zu unterstellen oder auch nur erörterungsbedürftig wäre (st. Rspr.).

1236. BGH 3 StR 310/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Düsseldorf)

Beihilfe; Gehilfe (Vorsatz; Zeitpunkt; Bestimmtheit); Beihilfehandlung (Förderung; Erleichterung; keine Kausalität; ausdrückliche Feststellung).

§ 27 StGB; § 15 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1. Beihilfe kann schon vor der Entschließung des Haupttäters zur Tat geleistet werden.

2. In subjektiver Hinsicht genügt für eine Strafbarkeit als Gehilfe bedingter Vorsatz, d.h. der Gehilfe muss seinen eigenen Tatbeitrag sowie die wesentlichen Merkmale der Haupttat, insbesondere deren Unrechtsund Angriffsrichtung, zumindest für möglich halten und billigen. Einzelheiten der Haupttat braucht der Gehilfe hingegen nicht zu kennen und auch keine bestimmte Vorstellung von ihr zu haben.

3. Die Strafbarkeit wegen Beihilfe gemäß § 27 StGB setzt nicht voraus, dass die auf Unterstützung des Haupttäters gerichtete Handlung des Gehilfen sich auf die Begehung der Haupttat im Sinne der Bedingungstheorie kausal auswirkt. Ausreichend ist vielmehr, dass sie die Haupttat

zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung erleichtert oder fördert. Eine solche Erleichterung oder Förderung der besonders schweren räuberischen Erpressung vermittelt der Äußerungen der Angeklagten in ihrer Wohnung bedarf indessen einer ausdrücklichen Feststellung.

1215. BGH 4 StR 454/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Rostock)

Unmittelbares Ansetzen zum Versuch des sexuellen Missbrauchs.

§ 22 StGB; § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB; § 176 Abs. 1 Fall 2, Abs. 6 Halbsatz 1 StGB

1. Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB). Noch nicht tatbestandsmäßige Handlungen erfüllen diese Voraussetzungen nur dann, wenn sie nach dem Tatplan der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals so dicht vorgelagert sind, dass das Geschehen bei ungestörtem Fortgang ohne weiteren Zwischenakt in die Tatbestandsverwirklichung einmündet (BGHSt 37, 294, 297 f.).

2. In der auf offener Straße gegenüber einem Kind ausgesprochenen Aufforderung des Angeklagten, seinen Penis anzufassen, kann nur dann ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 176 Abs. 1 Fall 2 StGB gesehen werden, wenn der Angeklagte dabei angenommen hat, dass es im unmittelbaren Anschluss zur Vornahme der angestrebten sexuellen Handlung kommt.

1206. BGH 4 StR 346/11 – Beschluss vom 18. Oktober 2011 (LG Bochum)

Konkurrenzverhältnisse beim Betrug (Täterschaft und Teilnahme bei einer Deliktserie).

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die Straftaten Tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für jeden der Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei, ob er hinsichtlich der einzelnen Taten der Serie jeweils einen individuellen, (nur) diese fördernden Tatbeitrag geleistet hat.

2. In solchen Fällen sind ihm diese Taten als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen; die (zusätzliche) organisatorische Einbindung des Täters in das betrügerische Geschäftsunternehmen vermag dann diese Einzeltaten der Deliktserie rechtlich nicht zu einer Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen. Fehlt es jedoch an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder je mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als Tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben (st. Rspr.).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1164. BGH 1 StR 233/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Memmingen)

BGHSt; Aussetzung durch Im Stich lassen als Unterlassungsdelikt (keine Strafrahmenmilderung; Todesverursachung; Unterlassen; Verhältnis zum Totschlag; Sperrwirkung der verdrängten Straftat; echte und unechte Unterlassungsdelikte).

§ 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB; § 13 Abs. 2 StGB; § 49 StGB

1. Aussetzung durch Im Stich lassen ist stets ein Unterlassungsdelikt; eine Strafrahmenmilderung gemäß § 13 Abs. 2 StGB ist nicht möglich, auch nicht, wenn der Täter durch die Tat den Tod des Opfers verursacht (§ 221 Abs. 3 StGB). (BGHSt)

2. Das Verlassen des Opfers ist nur noch ein faktischer Anwendungsfall, aber kein gesetzlicher Unterfall des Im-Stich-Lassens. Dass der Täter die gebotene Handlung deshalb nicht vornimmt, weil er den Ort, an dem er han-

deln müsste, verlässt, ändert nichts an dem grundsätzlichen Rechtscharakter der Tat. Letztlich ist bei der Bewertung von Verhaltensweisen unter dem Blickwinkel, ob strafbares Tun oder strafbares Unterlassen vorliegt, darauf abzustellen, worin der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ liegt (st. Rspr.). Dieser liegt darin, dass der Täter die gebotene Hilfeleistung unterlässt, ohne dass es darauf ankommt, ob er sich (zusätzlich) entfernt. (Bearbeiter)

3. Das pflichtwidrige Garantverhalten führt im Rahmen von § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht zu einer Verantwortlichkeit für den daraus resultierenden Verletzungserfolg, sondern zur strafrechtlichen Haftung für die nicht angewendete konkrete Gefahr. (Bearbeiter)

4. Für „echte“ Unterlassungsdelikte gilt § 13 StGB nicht. „Echte“ Unterlassungsdelikte müssen keinen Taterfolg aufweisen (vgl. BGHSt 14, 280, 281). (Bearbeiter)

5. Bei Vorsatz hinsichtlich der Todesfolge würde zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs der Grundsatz entsprechend gelten, dass die Mindeststrafe eines auf Konkurrenzebene hinter einem anderen Delikt zurücktretenden Delikts eine Sperrwirkung entfaltet. (Bearbeiter)

1177. BGH 1 StR 407/11 – Beschluss vom 13. Oktober 2011 (LG München II)

Betrug (Täuschung bei anschließender Bonitätsprüfung; Kausalität für den Irrtum; objektive Zurechnung); Computerbetrug (Wahlfeststellung); Einfluss der drohenden Regelausweisung und der zuvor verhängten Untersuchungshaft auf die Strafzumessung.

§ 1 StGB; § 263 StGB; § 263a StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 53 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG; § 56 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 1 Satz 4 AufenthG; § 46 StGB; § 112 StPO

1. Grundsätzlich reicht es aus, wenn die Täuschung (hier: eine mit falschem Namen und/oder Anschrift bezeichnete Person wolle einen Vertrag abschließen), den Irrtum des Getäuschten (hier: diese Person ist „zahlungsfähig“, da sie nicht in Schuldnerdateien eingetragen ist), mitverursacht hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der im Abgleich der Schuldnerdateien liegende Überprüfungsmechanismus bekanntermaßen ins Leere gehen musste. Unter diesen Umständen stellt sich daher die Frage nach einer Risikoverteilung nicht, ohne dass der Senat der Frage nachgehen müsste, ob dies in anderen Fallgestaltungen Bedeutung gewinnen kann.

2. Ausländerrechtliche Folgen einer Tat sind regelmäßig keine bestimmenden Strafzumessungsgründe (st. Rspr.). Dies gilt auch bei einer zwingend vorgeschriebenen Ausweisung (BGH StV 2008, 298 und NStZ 2002, 196 mwN); anderes kann nur dann gelten, wenn zusätzliche Umstände hinzutreten, die die Ausweisung als besondere Härte erscheinen lassen (BGH, aaO). Derartige Umstände müssen sich jedenfalls von den notwendig oder erfahrungsgemäß häufig mit einer Ausweisung verbundenen Belastungen wegen einzelfallbedingter Besonderheiten in klar erkennbarer Weise nachhaltig unterscheiden.

3. Auch bei einer Regelausweisung gemäß § 56 Abs. 1 Satz 4 AufenthG kann die Ausländerbehörde bei bedeutenden atypischen Umständen von einer Ausweisung absehen. Es ist daher davon auszugehen, dass auch in derartigen Fällen die Ausländerbehörden ungewöhnliche Besonderheiten im Rahmen ihrer gerichtlich überprüfbaren Entscheidung zu bedenken haben (vgl. BGH, NStZ, aaO), eine Erörterung der Voraussetzungen einer Regelausweisung als wesentlicher Strafzumessungsgrund ist daher nicht geboten.

4. Untersuchungshaft ist jedenfalls bei Verhängung einer zu verbüßenden Freiheitsstrafe, kein Strafmilderungsgrund (vgl. BGH NStZ 2011, 100; NStZ-RR 2003, 110). Erstmaliger Vollzug von Untersuchungshaft oder Krankheit während der Untersuchungshaft können allenfalls dann strafmildernd sein, wenn damit ungewöhnliche, über die üblichen deutlich hinausgehende Beschwerden verbunden sind. Allein der Hinweis auf ein eingeschränktes Wohlbefinden belegt dies nicht.

1166. BGH 1 StR 273/11 – Urteil vom 19. Oktober 2011 (LG Tübingen)

Mord und Totschlag durch einen Jugendlichen (Heimtücke; niedrige Beweggründe: subjektive Verwerflichkeit, erschöpfende Würdigung, Anzeigeerstattung, Gleichgültigkeit).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 17 JGG; § 15 StGB

1. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren (BGHSt 39, 353; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 2 mwN). Das Opfer muss gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein (BGHSt 32, 382). Allerdings kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Opfer auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 3, 15). Es reicht aus, wenn der Täter sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH NStZ 2003, 535).

2. Der bestimmende Drang, sich bei den Jugendlichen seines Umfelds Respekt zu verschaffen und nicht mehr verlacht zu werden, kann ein objektiv niedriger Beweggrund iS des § 211 StGB sein. Darauf, ob der Angeklagte seine Motive selbst als „niedrig“ bewertete, kommt es nicht an.

3. Ein Beweggrund ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist (BGHSt 35, 116; 47, 128 mwN). Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt.

4. Eine Anzeigeerstattung als Tötungsmotiv kann wegen des krassen Missverhältnisses zwischen Anlass und Tat als auf tiefster Stufe stehend anzusehen sein (BGH NStZ-RR 2010, 175). Dies gilt besonders, wenn nicht das Tatopfer, sondern dessen Mutter die Strafanzeige erstattete.

5. Bei einer gleichgültigen Haltung des Angeklagten gegenüber dem Opfer ist zu erörtern, ob der Totschlag in dem Bewusstsein begangen wurde, keinen Grund für eine Tötung zu haben oder zu brauchen. Eine solche Einstellung stellt einen niedrigen Beweggrund dar, wenn der Täter meint, nach eigenem Gutdünken über das Leben des Opfers verfügen zu können (BGHSt 47, 128; BGHR aaO niedrige Beweggründe 44).

1210. BGH 4 StR 403/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Hagen)

Schwere räuberische Erpressung in der Beendigungsphase (Zueignungsabsicht; Beutesicherungsabsicht;

schwere Misshandlung; Verwendung eines gefährlichen Werkzeuges).

§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3a StGB

1. Der Strafschärfungsgrund der gegenüber § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB erhöhten Qualifizierung des Absatzes 2 Nr. 1 liegt darin, dass es tatsächlich zum Einsatz eines mitgeführten Werkzeugs als Nötigungsmittel kommt. Dabei ist zu fordern, dass das gefährliche Tatmittel zur Verwirklichung der raubspezifischen Nötigung, also zur Ermöglichung der Wegnahme, verwendet oder – nach Vollendung des Raubes – als Mittel zur Sicherung des Besitzes an dem gestohlenen Gut eingesetzt wird (BGH NStZ-RR 2008, 342 und BGHSt 52, 376).

2. Dies gilt auch für schwere Misshandlungen nach Vollendung einer Raubtat. Sie erfüllen den Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 3a StGB nur dann, wenn sie weiterhin von Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht getragen sind (BGHSt 53, 234; vgl. auch BGH NStZ 2010, 150).

1237. BGH 3 StR 316/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Düsseldorf)

Schwerer Raub; besonders schwerer Raub (Wahrnehmung des Drohmittels durch das Opfer; Waffe; gefährliches Werkzeug); Idealkonkurrenz; Tateinheit (Drohung gegenüber mehreren Geschädigten).

§ 250 StGB; § 52 StGB

1. Eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug wird nur dann im Sinne des besonders schweren Raubes (§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) „bei der Tat verwendet“, wenn der Täter den Gegenstand als Raubmittel zweckgerichtet einsetzt und das Opfer die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben mittels des Gegenstandes wahrnimmt, sodass es in die entsprechende qualifizierte Zwangslage versetzt wird.

2. Bemerkt ein Geschädigter die Waffe oder das Werkzeug nicht, so wurde das Tatmittel bei der Tat ihm gegenüber nicht als Drohmittel „verwendet“. In Betracht kommt dann eine Strafbarkeit wegen (einfachen) schweren Raubes gem. § 250 Abs. 1 StGB, der eine Kenntnis des Opfers von der Existenz des gefährlichen Werkzeugs nicht voraussetzt.

3. Wer durch eine Handlung höchstpersönliche Rechtsgüter von mehreren Personen angreift, begeht dadurch die gleiche Tat mehrmals (BGHR StGB § 253 Abs. 1 Konkurrenzen 2). Wenn der Täter mehrere Personen an der Ausübung von Widerstand gegen eine Wegnahme hindern will, ist der Tatbestand mehrfach erfüllt.

1222. BGH 3 StR 223/11 – Urteil vom 15. September 2011 (LG Hannover)

Mord; Heimtücke (Beginn des Angriffs; Arg- und Wehrlosigkeit; Tötungsvorsatz); Strafzumessung; erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Vermeidbarkeit; Vorwerfbarkeit).

§ 211 StGB; § 15 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Die den Heimtückemord kennzeichnende besondere Gefährlichkeit der Tatbegehung liegt darin, dass der Täter in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tötung ausnutzt, indem er es in hilfloser Lage überrascht und dadurch hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu entgehen oder ihn doch wenigstens zu erschweren. Allein ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang einer Tötung mit der vorangegangenen heimtückischen Tötung eines anderen genügt hierfür nicht.

2. Maßgeblich für die Frage der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers im Rahmen der Subsumtion unter das Mordmerkmal der Heimtücke ist der Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs.

3. Zwar kann das Opfer auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegen tritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen. Hierbei handelt es sich allerdings nur um eine erweiternde Auslegung des Begriffs „Angriff“, der nicht erst dann beginnt, wenn der Stich, Schlag oder Schuss selbst geführt oder gelöst wird, sondern auch die unmittelbar davor liegende Phase umfasst. Dies ändert nichts daran, dass Heimtücke nur zu bejahen ist, wenn der Täter bei Beginn des ersten Angriffs mit Tötungsvorsatz handelt.

1169. BGH 1 StR 95/11 – Urteil vom 21. September 2011 (LG Amberg)

Besonders schwere Brandstiftung (Wohnung: Entwidmung, Beweiswürdigung; Kognitionspflicht); Versicherungsmissbrauch (Verhältnis zum versuchten Betrug; prozessualer Tatbegriff).

§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 265 StGB; § 263 StGB; § 22 StGB; § 261 StPO

1. Der § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Tatvariante des Inbrandsetzens eines Gebäudes ist nur dann verwirklicht, wenn das Gebäude von seinen Bewohnern zumindest vorübergehend tatsächlich als Mittelpunkt ihrer (privaten) Lebensführung zu Wohnzwecken genutzt wird (st. Rspr.). Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles (st. Rspr.). Indizien für eine Wohnnutzung können hierbei neben der Gebrauchsdauer z.B. das regelmäßige Übernachten (BGHR StGB § 306 Nr. 2 Wohnung 10 mwN) und Zubereiten von Speisen sowie die postalische Erreichbarkeit sein.

2. Da Wohnen mehr ist als sich nur Aufhalten, kann selbst eine Vielzahl von Besuchen in einem Gebäude, die ausschließlich der Vornahme von Instandhaltungsarbeiten, der Hausreinigung oder der Gartenpflege dienen, nicht zur Begründung eines – auch nur vorübergehenden – räumlichen Lebensmittelpunktes führen. Deshalb muss sich das Tatgericht auch nicht zwingend mit der Frage auseinandersetzen, wie oft sich die Wohnungsinhaber in dem fraglichen Gebäude aufhielten, ohne dort zu übernachten.

3. Erleidet der Angeklagte bei einer Brandstiftungstat einen hohen Eigenschaden, den er nicht durch eine Ver-

sicherungsleistung kompensieren kann, rechtfertigt dies keine Strafmilderung, wenn der Angeklagte diese typischen und für ihn vorhersehbaren Auswirkungen der Tat in vorwerfbarer Weise selbst herbeigeführt hat.

4. Das Sachurteil muss den durch die zugelassene Anklage abgegrenzten Prozessstoff erschöpfen; der einheitliche geschichtliche Lebensvorgang, der den Gegenstand der Untersuchung bildet, muss vollständig abgeurteilt werden.

5. Nimmt das Tatgericht einen Versicherungsmisbrauch an, so muss es zuvor auch Hinweisen auf einen möglichen versuchten Betrug nachgehen. Eine solche Tat würde zur Brandstiftung nicht nur in Tatmehrheit stehen, sondern ließe auch die tateinheitliche Verurteilung wegen Versicherungsmisbrauchs aufgrund der in § 265 Abs. 1 StPO enthaltenen Subsidiaritätsklausel entfallen.

1208. BGH 4 StR 396/11 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG Zweibrücken)

Sexuelle Nötigung (schutzlose Lage; Vergewaltigung); sexueller Missbrauch von Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen.

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 176 StGB; § 174a Abs. 2 StGB

Nach der – auch vom 1. Strafsenat (BGH NStZ 2011, 455 ff.) nicht in Frage gestellten – neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert die Verwirklichung des Tatbestandes des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB unter anderem, dass sich das Opfer in einer Lage befindet, in der es möglichen nötigen Gewalteinwirkungen des Täters schutzlos ausgeliefert ist; diese Schutzlosigkeit muss eine Zwangswirkung auf das Opfer dahin entfalten, dass es aus Angst vor einer Gewalteinwirkung des Täters, also Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen, einen – ihm grundsätzlich möglichen – Widerstand unterlässt und entgegen seinem eigenen Willen sexuelle Handlungen vornimmt oder duldet (vgl. etwa BGH NStZ 2003, 533, 534; BGHSt 50, 359, 366; 51, 280, 284; anders noch BGHSt 45, 253, 255 ff.).

1205. BGH 4 StR 253/11 – Beschluss vom 18. Oktober 2011 (LG Bochum)

Einschränkende Auslegung der Sicherungsverwahrung nach der Grundsatzentscheidung des BVerfG (Betrug); besonders schwerer Fall des Betruges (Vermögensverlust großen Ausmaßes; Gewerbsmäßigkeit).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 StGB; § 66 StGB; Art. 316e II EGStGB; § 354a StPO

1. Das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB bezieht sich nicht auf den erlangten Vorteil des Täters, sondern allein auf die Vermögenseinbuße beim Opfer. Das Ausmaß der Vermögenseinbuße ist auch bei Betrugsfällen, die nach den Kriterien der rechtlichen oder natürlichen Handlungseinheit eine Tat bilden, opferbezogen zu bestimmen. Eine Addition der Einzelschäden kommt nur in Betracht, wenn sie dasselbe Opfer betreffen (BGH NJW 2011, 1825, 1827).

2. Art. 316e EGStGB ist weiterhin geltendes Recht und als Sonderregelung gegenüber § 2 Abs. 6 StGB zu beachten.

1203. BGH 4 StR 172/11 – Beschluss vom 21. September 2011 (LG Saarbrücken)

Vereitelung der Zwangsvollstreckung; Verfall und Verfall von Wertersatz (Erlangtes; Rückgewinnungshilfe; Ansprüche des Verletzten; Rückwirkungsverbot).

§ 288 StGB; § 111i Abs. 2 Satz 3 StPO; § 2 Abs. 5, Abs. 3 StGB

Wirtschaftlich erlangt ist ein Gegenstand oder Wert im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB, sobald er unmittelbar aus der Tat in die Verfügungsgewalt des Täters übergegangen ist (BGHSt 51, 65, 68; 50, 299, 309). Schafft der Täter der Zwangsvollstreckung unterliegendes Bargeld unter den Voraussetzungen des § 288 Abs. 1 StGB beiseite, indem er es an einem dem drohenden Gläubigerzugriff nicht zugänglichen Ort versteckt, so erlangt er dadurch über dieses Geld die weitere und nicht mehr durch die Gefahr einer Pfändung belastete unbeschränkte tatsächliche Verfügungsmacht. Darin liegt ein unmittelbar aus der Tat erwachsener Vermögensvorteil.

1235. BGH 3 StR 309/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Duisburg)

Untreue (Vermögensbetreuungspflicht; besonderes persönliches Merkmal); Beihilfe; Strafmilderung; Betrug (Doppelverwertungsverbot; eigennützige Bereicherungsabsicht).

§ 49 Abs. 1 StGB; § 266 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB; § 263 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1. Die Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) ist ein strafbarkeitsbegründendes besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB.

2. Bei einem Gehilfen, der im Zeitpunkt der Gehilfenhandlung nicht selbst in einem Treueverhältnis zu der Geschädigten stand, ist eine Strafmilderung nach § 28 Abs. 1, § 49 Abs. 1 StGB neben der Milderung nach § 27 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB zu erörtern, es sei denn, das Tatgericht hätte allein wegen Fehlens des Treueverhältnisses Beihilfe statt Täterschaft angenommen.

1238. BGH 3 StR 317/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Osnabrück)

Sexueller Missbrauch eines Jugendlichen; rechtlicher Hinweis.

§ 182 Abs. 1 StGB; § 265 StPO

Wegen sexuellen Missbrauchs eines Jugendlichen (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB) macht sich ein Täter nur strafbar, wenn er bei den sexuellen Handlungen die fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt.

1196. BGH 2 StR 344/11 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG Erfurt)

Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen (Pornographiebegriff).

§ 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB

Pornographische Darstellungen im Sinne des § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB sind solche, die sexuelles Verhalten unter weitgehender Ausklammerung emotionalindividualisierter Bezüge vergrößernd darstellen, die den Menschen

zum bloßen (auswechselbaren) Objekt geschlechtlicher Begierde oder Betätigung macht. Alleine die verallgemeinernde Beschreibung in den Urteilsgründen als „Porno-

filme, in denen heterosexuelle Kontakte dargestellt wurden“, ist keine hinreichende Feststellung für ein sexualbezogenes Verhalten in diesem Sinne.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

1207. BGH 4 StR 362/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Rostock)

Anwendung des Rechts der Sicherungsverwahrung nach dem Grundsatzurteil des BVerfG (Hang; Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten).

Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG; § 66 StGB

1. Nach der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bedarf es wegen der derzeit verfassungswidrigen Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung einer „strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung“, wenn sie gleichwohl gemäß § 66 Abs. 3 Satz 1 und 2 i.V.m. § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. angeordnet werden soll. Die Anordnung wird danach „in der Regel“ nur verhältnismäßig sein, wenn „eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist.

2. Die darin liegende Einschränkung im Vergleich zu den nach bisherigem Recht geltenden Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung betrifft die Straftatenkataloge und die konkrete Beschreibung der Taten, auf die sich der Hang beziehen muss. Nicht alle „erheblichen Straftaten“, durch welche die Opfer „seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden (vgl. § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. bzw. § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB), sind auch „schwere Gewalt- oder Sexualstraftaten“ im Sinne der Anordnung des Bundesverfassungsgerichts zur Weitergeltung von § 66 StGB.

3. Ob die vom Bundesverfassungsgericht geforderte besonders strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit dazu führt, hinsichtlich der Taten, deren künftige Begehung durch den Täter als möglich erscheint, bestimmte Deliktgruppen oder Begehungsweisen ohne Hinzutreten besonderer Umstände generell als nicht ausreichend für die Anordnung der Maßregel anzusehen, kann im vorliegenden Fall offen bleiben.

1244. 5 StR 14/11 – Urteil vom 27. Oktober 2011 (LG Hamburg)

Verfall (Berücksichtigung steuerrechtlicher Belastungen); Härtevorschrift (nicht bemakeltes Vermögen; Ermessen des Tatrichters; revisionsgerichtliche Kontrolle); Revisionserstreckung auf nicht revidierende Mitangeklagte.

§ 73 StGB; § 73c StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 357 StPO

1. Zwar scheidet ein Absehen vom Verfall durch Ermessensentscheidung nach der Härtevorschrift des § 73c

Abs. 1 Satz 2 StGB regelmäßig aus, wenn der Angeklagte über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem Betrag zurückbleibt, der dem Verfall unterliegt. Steht aber zweifelsfrei fest, dass der fragliche Vermögenswert ohne jeden denkbaren Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten erworben wurde, so ist eine Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB möglich.

2. Die Ermessensentscheidung des Tatrichters ist in Fällen des § 111i Abs. 2 StPO schon aus Gründen der Ressourcenschonung vom Revisionsgericht bis zur äußersten Grenze der Vertretbarkeit hinzunehmen.

3. Steuerliche Belastungen aufgrund tatsächlicher Abführung von Umsatzsteuer oder aufgrund umsatzsteuerlicher Haftungstatbestände müssen im Rahmen des Verfalls berücksichtigt werden. Für Anordnungen nach § 111i Abs. 2 StPO gilt dies ebenfalls.

4. Eine Erstreckung der revisionsgerichtlichen Korrektur auf einen Mitangeklagten (§ 357 StPO) muss unterbleiben, wenn ein – auch identischer – Rechtsfehler unterschiedliche Taten betrifft.

1279. BGH StB 14/11 – Beschluss vom 4. Oktober 2011 (OLG Stuttgart)

Aussetzung des Strafrests zur Bewährung (Prognosegutachten; verlässliche Entscheidungsgrundlage; Anforderungen an eine positive Legalprognose).

§ 454 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO; § 57 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

1. Muss das Vollstreckungsgericht gem. § 454 Abs. 2 Nr. 2 StPO ein Prognosegutachten einholen und hat es ein solches Gutachten im Rahmen einer früheren Aussetzungsentscheidung auch bereits eingeholt, so darf es die Aussetzung der Verbüßung des Strafrestes zur Bewährung nur dann ohne – erneute – Anhörung eines Sachverständigen ablehnen, wenn das damals erstattete Gutachten wegen der Kürze der seither verstrichenen Zeit noch eine verlässliche Entscheidungsgrundlage bietet und insbesondere keine neuen Umstände hervorgetreten sind, die grundsätzlich geeignet sein könnten, die Legalprognose für den Verurteilten positiv zu beeinflussen.

2. Zwar müssen die Anforderungen an eine positive Legalprognose im Sinne des § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 StGB umso höher angesetzt werden, je gewichtiger die Rechtsgüter sind, die bei einem möglichen Rückfall des entlassenen Verurteilten verletzt oder gefährdet würden. Diese dürfen indes auch nicht so hoch geschraubt wer-

den, dass dem wegen eines Kapitalverbrechens oder eines Organisationsdelikts im Sinne der §§ 129a, 129b StGB Verurteilten letztlich kaum eine Chance auf eine vorzeitige Haftentlassung bleibt.

1234. BGH 3 StR 301/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Osnabrück)

Doppelverwertungsverbot (fehlendes Aufgeben der weiteren Tatausführung).

§ 46 Abs. 3 StGB

Zu Lasten des Angeklagten darf nicht gewertet werden, er habe die Tatvollendung nicht freiwillig aufgegeben.

1190. BGH 2 StR 313/11 – Beschluss vom 22. September 2011 (LG Gera)

Strafzumessung bei Vergewaltigung (zulässiges Verteidigungsverhalten: Recht auf wirksame Verteidigung; Opferschutz; Allgemeines Persönlichkeitsrecht).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

1. Das Tatgericht darf dem mit dem Vorwurf der Vergewaltigung konfrontierten Angeklagten nicht strafschärfend anlasten, er sei bestrebt gewesen, die Geschädigte durch Vorlage von von ihr gefertigter frivoler martialisch-lüsterner Zeichnungen sowie von entsprechenden Fotoaufnahmen in ihrem Ansehen und damit in ihrer Glaubwürdigkeit herabzuwürdigen. Die Glaubwürdigkeit einer Belastungszeugin in Frage zu stellen, auch anhand von Bildern bzw. Zeichnungen, die sie abbilden bzw. von ihr herrühren, kann beim Vorwurf der Vergewaltigung zum geschützten Recht auf Verteidigung gehören, auch wenn diese Unterlagen womöglich Rückschlüsse auf Neigungen oder Vorlieben im Sexualleben der Geschädigten zulassen.

2. Ein Tatgericht darf nicht ohne nähere Feststellungen bei der Vergewaltigung strafschärfend berücksichtigen, dass sich der Zeitraum, in dem die Taten begangen worden sind, als „Martyrium“ für das Tatopfer erwiesen habe.

1187. BGH 2 StR 277/11 – Beschluss vom 14. September 2011 (LG Köln)

Rechtsfehlerhafte Strafschärfung wegen zulässigen Verteidigungsverhaltens.

§ 46 StGB; Art. 6 EMRK

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann das Verhalten gegenüber Zeugen nur dann strafschärfend berücksichtigt werden, wenn es eindeutig die Grenzen angemessener Verteidigung überschreitet und Rückschlüsse auf eine rechtsfeindliche Einstellung des Angeklagten zulässt (vgl. nur BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 4, 5, 8, 13).

2. Dies ist nicht der Fall, wenn der Angeklagte seine Täterschaft stets in Abrede gestellt hat und er im Wege „qualifizierter Verteidigung“ gegenüber den Verwandten des Opfers Trauer bekundet. Auch die Erörterung von Vorwürfen gegen die Geschädigte in einem Brief an deren Eltern stellt keinen Umstand dar, der das Verhalten des Angeklagten als eine besonders herabwürdigende Ver-

leumdung des Tatopfers erscheinen lässt und deshalb strafschärfend berücksichtigt werden könnten (vgl. BGH NStZ 1995, 78; StV 1995, 633).

1251. BGH 5 StR 267/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Berlin)

Sicherungsverwahrung (Gefahrenprognose; unzulässige Verwertung zulässigen Verteidigungsverhaltens).

§ 66 StGB

1. Der Versuch eines Angeklagten, das ihm vorgeworfene Verhalten sachlich anders darzustellen oder es wegen tatsächlicher Umstände in einem milderem Licht erscheinen zu lassen, stellt ein zulässiges Verteidigungsverhalten dar.

2. Zulässiges Verteidigungsverhalten darf dem Angeklagten auch im Rahmen einer Entscheidung über eine Maßregelanordnung nicht angelastet werden, insbesondere nicht im Rahmen der Gefahrenprognose unter dem Aspekt der fehlenden Einsicht in das Unrecht der – bis zum Schuldspruch ja nur mutmaßlichen – Tat.

1194. BGH 2 StR 322/11 – Beschluss vom 22. September 2011 (LG Köln)

Bemessung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe (Sollvorschrift; Halbstrafenzeitpunkt; möglicher Widerruf einer Aussetzung zur Bewährung; Beschwer).

§ 67 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 StGB

1. Die Nichtanordnung des Vorwegvollzugs entgegen § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB kann nicht damit begründet werden, dass es derzeit nicht sicher vorhersehbar, ob die zur Bewährung ausgesetzte Vollstreckung zweier früherer gegen den Angeklagten verhängter Freiheitsstrafen widerrufen werde und in welcher Reihenfolge die Vollstreckung der Freiheitsstrafen in diesem Fall erfolge. Für die Beurteilung des Vorliegens wichtiger, eine Abweichung rechtfertigender Gründe ist allein der Zeitpunkt der Aburteilung maßgeblich.

2. Der Angeklagte ist schon durch die Nichtanwendung des § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB beschwert, weil die von § 67 Abs. 1 StGB abweichende Vollstreckungsreihenfolge auch der Sicherung des Therapieerfolgs dient und bei dessen Eintritt die Möglichkeit besteht, dass der Angeklagte unter Anrechnung der Unterbringungsdauer schon zum Halbstrafenzeitpunkt entlassen wird.

1213. BGH 4 StR 416/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Essen)

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang; Hang).

§ 64 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung ist nicht erforderlich, dass der Hang die alleinige Ursache für die Anlasstat ist. Vielmehr ist ein solcher Zusammenhang auch dann zu bejahen, wenn der Hang neben anderen Umständen mit dazu beigetragen hat, dass der Angeklagte erhebliche rechtswidrige Taten begangen hat und dies bei unverändertem Suchtverhalten auch für die Zukunft zu besorgen ist (BGHR StGB § 64 Zusammenhang, symptomatischer

5 m.w.N.; vgl. auch Senat, Beschluss vom 25. Mai 2011 – 4 StR 27/11 – Rn. 7).

1195. BGH 2 StR 344/11 – Urteil vom 19. Oktober 2011 (LG Erfurt)

Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs.
§ 46a Nr. 1 StGB

§ 46a Nr. 1 StGB setzt einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer voraus, der auf einen umfassenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen gerichtet sein muss (BGH NStZ 2002, 646). Dafür ist eine von beiden Seiten akzeptierte, ernsthaft mitgetragene Regelung Voraussetzung. Das Bemühen des Täters muss Ausdruck der Übernahme von Verantwortung sein, und das Opfer muss die Leistung des Täters als friedensstiftenden Ausgleich akzeptieren. Regelmäßig sind tatrichterliche Feststellungen dazu erforderlich, wie sich das Opfer zu den Anstrengungen des Täters gestellt hat, wie sicher die Erfüllung einer etwaigen Schmerzensgeldzahlungsverpflichtung ist und welche Folgen diese Verpflichtung für den Täter haben wird (vgl. BGH aaO sowie NStZ 2002, 29).

1227. BGH 3 StR 267/11 – Urteil vom 3. November 2011 (LG Mönchengladbach)

Strafzumessung; Täter-Opfer-Ausgleich.
§ 46 StGB; § 46a StGB

Bei einem schwerwiegenden Sexualdelikt ist allein die Annahme eines Schmerzensgeldangebots regelmäßig noch kein ausreichendes Indiz dafür, das Opfer wolle sich damit auch auf den für einen Täter-Opfer-Ausgleich nach § 46a Nr. 1 StGB erforderlichen kommunikativen, auf umfassenden friedensstiftenden Ausgleich der Tatfolgen angelegten Prozess mit dem Täter einlassen.

1232. BGH 3 StR 296/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Bückeburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Strafzumessung; Sicherstellung der Betäubungsmittel als bestimmender Umstand); Einziehung (Eigentum; maßgeblicher Zeitpunkt).
§ 29a BtMG; § 46 StGB; § 74 StGB; § 74c StGB

1. In den Urteilsgründen einer Verurteilung wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln ist als gewichtiger strafmildernder Umstand regelmäßig zu erörtern, wenn die gesamte für den Absatz bestimmte Betäubungsmittelmenge sichergestellt und aus dem Verkehr gezogen werden konnte.

2. Eine Einziehung gemäß § 74 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter zum Zeitpunkt der letzten tatrichterlichen Entscheidung Eigentümer der Sache ist.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1173. BGH 1 StR 367/11 – Beschluss vom 21. September 2011 (LG Schweinfurt)

BGHSt; Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung eines ärztlichen Attests anstatt der Vernehmung eines Arztes; Körperverletzung; nachfolgende Sexualstraftat; Aufklärungspflicht).
§ 250 StPO; § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 223 StGB; § 177 StGB

1. Die Vernehmung eines Arztes kann auch dann durch die Verlesung eines ärztlichen Attests ersetzt werden, wenn die ärztliche Sicht zu Schlüssen aus der attestierten Körperverletzung auf ein anderes Delikt nichts beitragen kann. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die Körperverletzung bei einer nachfolgenden Sexualstraftat allein als Drohung fortgewirkt haben kann. (BGHSt)

2. § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO erlaubt aus letztlich pragmatischen Gründen, ärztliche Atteste zu, nicht schweren Körperverletzungen (i.S.d. § 226 StGB) zu verlesen, nicht aber zu Erkenntnissen, die der Arzt nur bei Gelegenheit der Feststellung einer Verletzung gewonnen hat, z.B. über Angaben zur Ursache der Verletzungen, wenn diese ebenfalls in dem Attest dokumentiert sind. (Bearbeiter)

3. Über den Wortlaut von § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO hinaus ist eine Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (§ 250 StPO) durch Verlesung eines Attestes nicht zulässig ist, wenn sich die Bedeutung der aus dem Attest ersichtlichen Verletzungen nicht in der Feststellung ihres Vorliegens erschöpft (st. Rspr.). Dies wird regelmäßig angenommen, wenn Gewalt nicht nur zu einer Körperverletzung geführt hat, sondern zugleich auch ein Tatbestandsmerkmal für ein anderes Delikt darstellt. Regelmäßig liegt dann neben Tateinheit auch eine Indizwirkung der Körperverletzung für das andere Delikt vor.

4. Tateinheit zwischen der Körperverletzung und dem anderen Delikt schließt die Anwendung von § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO aber nicht zwingend aus (BGHSt 33, 389, 392). Erforderlich ist vielmehr ein „überzeugender Grund“ (BGHSt, aaO, 393) für die Annahme, nach Sinn und Zweck des Gesetzes (BGHSt, aaO, 391, 393) reiche eine Verlesung des Attests nicht aus. (Bearbeiter)

1221. BGH 3 StR 210/11 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Beweisverwertungsverbot (Durchsuchung einer Wohnung unter Umgehung des Richtervorbehalts); hypo-

thetischer rechtmäßiger Ermittlungsverlauf; Ersatzeingriff; Rechtskreis des Beschuldigten.

§ 29a BtMG; § 102 StPO; § 105 StPO; Art. 13 GG

1. Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist von Verfassungs wegen zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen geboten, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind.

2. Dem Aspekt eines möglichen hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs kommt zumindest bei einer groben Verkennung des Richtervorbehalts aus Art. 13 Abs. 2 GG keine Bedeutung zu. Denn die Einhaltung der durch Art. 13 Abs. 2 GG und § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO festgelegten Kompetenzregelung könnte bei Anerkennung des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffs als Abwägungskriterium bei der Prüfung des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbots stets unterlaufen und der Richtervorbehalt sogar letztlich sinnlos werden. Bei Duldung grober Missachtungen des Richtervorbehalts entstünde gar ein Ansporn, die Ermittlungen ohne Einschaltung des Ermittlungsrichters einfacher und möglicherweise erfolversprechender zu gestalten. Damit würde das wesentliche Erfordernis eines rechtstaatlichen Ermittlungsverfahrens aufgegeben, dass Beweise nicht unter bewusstem Rechtsbruch oder gleichgewichtiger Rechtsmissachtung erlangt werden dürfen.

3. Der Senat lässt offen, ob der Gesichtspunkt einer fehlenden Berührung des Rechtskreises des Beschuldigten bei einem groben Verstoß gegen den grundgesetzlichen Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG überhaupt von Belang sein kann. Sein Rechtskreis ist jedenfalls berührt, wenn er nicht nur ganz gelegentlicher Mitnutzer der betroffenen Räume ist.

4. Der Richtervorbehalt aus Art. 13 Abs. 2 GG wird jedenfalls dann grob verkannt, wenn die Polizei einen nach den konkreten Umständen des Einzelfalls bereits zu üblichen Dienstzeiten naheliegenden Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsbeschlusses nicht stellt, gleichwohl aber konkrete Vorbereitungen für eine Durchsuchung trifft und schließlich noch am selben Tage außerhalb der Erreichbarkeit des richterlichen Eildienstes eine staatsanwaltschaftliche Anordnung herbeiführt.

1225. BGH 3 StR 39/11 – Urteil vom 30. Juni 2011 (LG Düsseldorf)

Zusicherung des Gerichts zu den Rechtsfolgen (Vertrauen des Angeklagten; keine Bindungswirkung; Hinweispflicht bei Abweichen; faires Verfahren; Verständigung); Strafaussetzung zur Bewährung; Urteilsgründe (Darstellung von Vorbelastungen; Bundeszentralregisterauszug).

§ 56 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 265 StPO; § 257c StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Nicht jede Äußerung des Gerichts oder eines seiner Mitglieder, die im Laufe des Strafverfahrens abgegeben wird, begründet ein berechtigtes Vertrauen des Angeklagten oder eines anderen Verfahrensbeteiligten dahin, dass

von der darin zutage getretenen Einschätzung einer materiell- oder verfahrensrechtlich relevanten Frage nicht abgewichen werde, solange kein entsprechender Hinweis erteilt worden ist.

2. Es bedarf jedoch in der Regel eines vorherigen Hinweises, falls von dem Inhalt einer Äußerung des Gerichts abgewichen werden soll, wenn die Äußerung geeignet ist oder gar darauf abzielt, die Verfahrensführung oder das Verteidigungsverhalten des Angeklagten zu beeinflussen. Dies gilt insbesondere, wenn die Äußerung bei fortgeschrittener Hauptverhandlung auf der Grundlage eines bereits weitgehend gesicherten Beweisergebnisses in (scheinbarer) Abstimmung mit den weiteren Gerichtspersonen abgegeben wird.

3. Die Vorschriften der StPO zur Absprache (§ 257c StPO) regeln allein die formalen Bedingungen des Zustandekommens einer Verständigung, die sich aus einer solchen Verständigung ergebende Bindung des Gerichts sowie die Voraussetzungen, unter denen das Gericht von dieser Bindung frei wird. Sie schließen es aber nicht aus, dass durch sonstige Äußerungen des Gerichts außerhalb des förmlichen Verständigungsverfahrens ein berechtigtes Vertrauen des Angeklagten in eine bestimmte Verfahrensweise des Gerichts oder ein bestimmtes Verfahrensergebnis begründet wird.

4. Die detailgetreue Wiedergabe des Bundeszentralregisterauszugs bei den Feststellungen zum Lebenslauf des Angeklagten empfiehlt sich nicht, denn die Urteilsgründe werden dadurch aufgebläht, ohne dass damit ein substantieller Erkenntniszuwachs verbunden ist. Es empfiehlt sich im Interesse der Konzentration auf das Wesentliche, die Vorstrafen gestrafft und zusammengefasst darzulegen. Einer Mitteilung von genauen Tatzeiten bzw. den Zeitpunkten der Rechtskraft der Entscheidungen bedarf es nur in wenigen Ausnahmefällen, so z.B. wenn es um Fragen der Gesamtstrafenbildung oder der sog. Rückfallverjährung bei der Prüfung von Sicherungsverwahrung geht.

1200. BGH 2 StR 383/11 – Beschluss vom 22. September 2011 (LG Köln)

Unzureichende Beweiswürdigung nach Verständigung (Erstreckung des Erfolgs der Revision auf einen Mitangeklagten; abgekürzte Urteilsgründe).

§ 261 StPO; § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 267 Abs. 4 StPO; § 357 StPO

1. Auch nach einer Verständigung darf ein Urteil nicht nur auf der Anklageschrift beruhen, der die Angeklagten nach Maßgabe der Verständigung nicht entgegengetreten sind. Das Urteil genügt damit nicht den Mindestanforderungen, die an die richterliche Überzeugungsbildung auch dann zu stellen sind, wenn die Entscheidung, wie hier, nach einer Verständigung ergangen ist. Auch bei einer Verständigung hat das Gericht von Amts wegen den wahren Sachverhalt aufzuklären (§ 257c Abs. 1 S. 2, § 244 Abs. 2 StPO). Die Bereitschaft eines Angeklagten, wegen eines bestimmten Sachverhalts eine Strafe hinzunehmen, die das gerichtlich zugesagte Höchstmaß nicht überschreitet, entbindet nicht von dieser Pflicht. Nur ein Sachverhalt, der auf einer Überzeugungsbildung des

Gerichts unter vollständiger Ausschöpfung des Beweismaterials beruht, kann die Grundlage einer Verurteilung bilden.

2. Eine Anklageschrift kann auch dann nicht Grundlage sein, wenn ihr neben dem Angeklagten, wie vorliegend, seine wegen gemeinschaftlichem Handeln angeklagten Mittäter ebenfalls nicht entgegengetreten sind. Diesem Einlassungsverhalten lässt sich ein irgendwie geartetes – auch nur „schlankes“ – Geständnis, das einen als glaubhaft zu bewertenden inhaltlichen Gehalt hätte, auf den einen Schuldspruch tragende Feststellungen gestützt werden könnten, nicht entnehmen (vgl. BGH, NStZ 2004, 509, 510).

3. In einem solchen Fall ist die Urteilsaufhebung auch auf die nichtrevidierenden Angeklagten zu erstrecken, soweit sie wegen der nämlichen Tat verurteilt worden sind und auch hinsichtlich ihrer Tatbeteiligung eine Beweiswürdigung ausgeblieben ist. Dass sich die Anforderungen an die Urteilsgründe hinsichtlich der nichtrevidierenden Mitangeklagten nur nach dem Maßstab des § 267 Abs. 4 StPO bestimmen, steht einer Erstreckung nicht entgegen.

1264. BGH 5 StR 376/11 – Beschluss vom 27. Oktober 2011 (LG Hamburg)

Fehlerhafte Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs; unvertretbare Mitwirkung eines Richters.
§ 24 StPO; § 26 StPO; § 27 StPO

Ein Richter ist auch dann von der Mitwirkung an der Entscheidung über ein Befangenheitsgesuch gehindert, wenn sich zwar das Gesuch nicht unmittelbar gegen ihn richtet, wohl aber die Beurteilung seines eigenen dienstlichen Verhaltens den Gegenstand der gegen den abgelehnten Richter gerichteten Besorgnis der Befangenheit bildet.

1179. BGH 1 StR 476/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Traunstein)

Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten (Beschuldigtenbegriff; Beurteilungsspielraum insbesondere bei Tötungsdelikten; Verwertungsverbot bei mangelnder Belehrung; Auswirkung auf die spätere Erhebung eines Sachverständigenbeweises; Widerspruchslösung).
§ 136 StPO; § 163a StPO; § 72 StPO; § 136a StPO

1. Nach pflichtgemäßer Beurteilung der Strafverfolgungsbehörde muss erst dann von der Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen werden, wenn sich der Verdacht so verdichtet hat, dass die als Zeuge belehrte Person ernstlich als Täter der untersuchten Straftat in Betracht kommt. Die Grenzen des Beurteilungsspielraums sind – gerade bei Tötungsdelikten – erst dann überschritten, wenn trotz starken Tatverdachts nicht von der Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen wird (BGHSt 37, 48, 51 f.; BGH NStZ-RR 2004, 368) und auf diese Weise die Beschuldigtenrechte umgangen werden (BGHR StPO § 136 Belehrung 6). Auch kann der Umstand, dass die Strafverfolgungsbehörde – zumal bei Tötungsdelikten – erst bei einem konkreten und ernsthaften Tatverdacht zur Vernehmung des Verdächtigen als Beschuldigten verpflichtet ist, für ihn

auch eine schützende Funktion haben. Denn der Vernommene wird hierdurch nicht vorschnell mit einem Ermittlungsverfahren überzogen, das erhebliche nachteilige Konsequenzen für ihn haben kann (BGHSt 51, 367, 372).

2. Gegen einen bis dahin unbescholtenen türkischen Staatsangehörigen, der seit 1978 in Deutschland lebt und seit 1981 bei der Stadt München angestellt ist, drängt sich allein aus dem Umstand, dass er mit dem Getöteten, welcher auch in München lebte und wie er Mitglied eines türkischen Volksvereins war, kurz vor dessen Erschießung als Letzter telefoniert und ihn anschließend in seinem Pkw mitgenommen hatte, solange kein so starker Tatverdacht auf, als nicht ein Tatmotiv für die Ermittlungsbeamten offen erkennbar wurde oder mögliche Fremdeinwirkungen negativ abgeklärt waren. Dies gilt besonders, wenn der Angeklagte zum Zeitpunkt der unterbliebenen Belehrung ein Alibi für die Tatzeit nachweisen konnte, welches sich erst nachträglich als falsch herausstellte.

3. Es kann dahingestellt bleiben, ob sich der Angeklagte bei anderer Beurteilung auf ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Ergebnisse des Sachverständigengutachtens über das Vorhandensein von Schmauchspuren an der vom Angeklagten freiwillig herausgegebenen, am Tattag getragenen Kleidung berufen könnte, wenn er zuvor, ohne einen Widerspruch dagegen geltend zu machen, die Vernehmung des Polizeibeamten in der Hauptverhandlung hingenommen hatte, welcher die Kleidungsstücke am Tatabend in der Wohnung des Angeklagten sicherstellte und hierüber berichtete.

1171. BGH 1 StR 336/11 – Urteil vom 19. Oktober 2011 (LG München II)

Erweiterter Verfall beim Betrug (Anlagebetrug; erlangtes, wertloses Aliud); vorsätzliches unerlaubtes Erbringen von Finanzdienstleistungen; unwirksamer Berichtigungsbeschluss (Widerspruch zwischen Urteilsformel und Urteilsgründen); Verfall (Rückgewinnungshilfe: für und aus der Tat erlangtes); unerlassene Bescheidung eines Beweisantrages (Beruhen; Konnexität).

§ 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG; § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG; § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 5 KWG; § 263 Abs. 1, Abs. 5, Abs. 7 StGB; § 260 StPO; § 267 StPO; § 111i Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 6 StPO; § 337 StPO

1. Ist ein Beweisantrag nicht oder rechtsfehlerhaft verbeschieden, ist es dem Revisionsgericht zwar grundsätzlich verwehrt, eine rechtsfehlerfreie Begründung nachzuliefern. Im Einzelfall kann indes ausgeschlossen werden, dass das Urteil auf einer fehlerhaften Antragsablehnung beruht, wenn etwa die Bedeutungslosigkeit einer behaupteten Tatsache auf der Hand liegt. Nichts anderes kann für Fälle einer nicht nur floskelhaft sondern gänzlich fehlenden Ablehnungsbegründung gelten, jedenfalls wenn offenkundig ist, dass die konkrete Beweisbehauptung (Äußerungen und Verhalten der Zeugen) für das für den Strafvorwurf (Betrug zum Nachteil der über die Untervermittler eingeworbenen Anleger) einzig relevante Beweisthema (der Angeklagte habe die Untervermittler weder getäuscht noch kollusiv mit ihnen zusammenge-

wirkt) ohne jede tatsächliche Bedeutung ist (vgl. für den ähnlich gelagerten Fall, dass die Beweisbehauptung mit dem angebotenen Beweismittel nicht zu beweisen ist, auch OLG Koblenz, Urteil vom 2. Februar 1995 – 1 Ss 349/94, OLGSt, StPO, § 244 Nr. 17).

2. Die bestehende Divergenz zwischen der Urteilsformel in dem allein maßgeblichen Sitzungsprotokoll (§ 274 StPO) und den Urteilsgründen führt nicht stets zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung.

3. § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB hindert eine Verfallsentscheidung aber nur dann, wenn der Täter oder Teilnehmer „aus der Tat“ einen Vermögensvorteil erlangt hat und Gegenansprüche eines Verletzten bestehen; das „für die Tat“ Erlangte unterliegt schon nach dem Gesetzeswortlaut dem Verfall hingegen ohne Rücksicht auf Ansprüche Verletzter. „Aus der Tat“ sind diejenigen Vermögenswerte erlangt, die dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen sind (vgl. BGHSt 51, 65, 66). Um Vorteile „für die Tat“ handelt es sich demgegenüber, wenn die Vermögenswerte dem Täter als Gegenleistung für sein rechtswidriges Tun gewährt werden, etwa wenn ein Lohn für die Tatbegehung gezahlt.

4. Vermögenswerte sind nicht nur dann aus einer Tat erlangt, wenn sie dem Täter vom Opfer ohne weiteren Zwischenschritt zufließen. Dies ist auch gegeben, wenn der Vermögenswert zunächst – unbeschadet der zivilrechtlichen Besitz- und Eigentumsverhältnisse – nur einem anderen Tatbeteiligten zufließt. Der Senat neigt zu der Auffassung, dass das Erlangte auch dann aus der Tat stammt, wenn die den einzelnen Tatbeteiligten zugeflossenen Vermögenswerte aus einer in sich zwar nicht mehr differenzierbaren, aber mit „Gruppenwillen“ für alle Tatbeteiligten „gesammelten“ Gesamtmenge durch Betrug erlangter Vermögenswerte entnommen werden.

5. Die Anordnung des Verfalls von Wertersatz nach §§ 73, 73a StGB ist für Erlöse aus nicht zur Aburteilung gelangten Straftaten unzulässig ist (BGH NStZ 2003, 422).

6. Gemäß § 263 Abs. 7 Satz 2 StGB können Gegenstände eines an der rechtswidrigen Tat Beteiligten bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift für verfallen erklärt werden, wenn das Tatgericht davon überzeugt ist, dass die von der Verfallsanordnung erfassten Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen unmittelbar erlangt worden sind, ohne dass diese im Einzelnen festgestellt werden müssen (BGHSt 40, 371; BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95). An die tatrichterliche Überzeugung dürfen dabei keine überspannten Anforderungen gestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 2004 – 1 StR 115/04), jedoch genügt allein der Hinweis nicht, dass „die Vermittlungstätigkeit insgesamt [...] nach § 54 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG Gegenstand der Strafverfolgung“ sei (UA S. 33), zumal die Strafvorschriften nach dem KWG nicht auf § 73d StGB verweisen.

1224. BGH 3 StR 255/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Wuppertal)

Prozessuale Tat; Anklagegrundsatz; Identität der Tat (individualisierende Tatumstände); nicht erschöpfte Anklage (Zuständigkeit zur Entscheidung nach Aufhebung und Zurückverweisung).

§ 264 StPO; § 200 StPO; § 199 StPO

1. Das Gericht muss seine Untersuchung auch auf Teile einer angeklagten Tat erstrecken, die erst in der Hauptverhandlung bekannt werden. Die Tat im verfahrensrechtlichen Sinne ist erschöpfend abzuurteilen. Das Gericht ist dabei an die rechtliche Beurteilung, wie sie der Anklage und dem Eröffnungsbeschluss zugrunde liegt, nicht gebunden.

2. Der verfahrensrechtliche Tatbegriff umfasst den von der zugelassenen Anklage betroffenen geschichtlichen Vorgang, innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll. Zu dieser Tat gehört deshalb das gesamte Verhalten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang darstellt.

3. Bei der Untersuchung und Entscheidung muss aber die Identität der Tat gewahrt bleiben. Dies ist nicht der Fall, wenn das Gericht Umstände feststellt, die von den die angeklagten Taten individualisierenden Tatmodalitäten in erheblicher Weise abweichen.

4. Können die dem Angeklagten in der Anklage vorgeworfenen Taten etwa wegen langen Zeitablaufs nur hinsichtlich der Tatorte und der Begehungsweisen, aber nicht hinsichtlich der Tatzeit näher bestimmt werden, so erlangt die Art und Weise der Tatverwirklichung maßgebliche Bedeutung für die Individualisierung der zum Gegenstand der Anklage und später des Eröffnungsbeschlusses gemachten Taten.

5. Schöpft ein ergangenes Urteil die Anklage nicht aus, so erfasst eine gegen dieses Urteil erhobene Revision die nicht abgeurteilten Taten nicht; dementsprechend ist es auch dem Revisionsgericht verwehrt, hierüber eine Entscheidung zu treffen. Gleichwohl ist auch zur Entscheidung über die bisher nicht erschöpften Teile der Anklage nach Aufhebung und Zurückverweisung des Urteils wegen der anderen Taten der neue und nicht der bisherige Tatrichter berufen.

1256. BGH 5 StR 315/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Potsdam)

Audiovisuelle Vernehmung (Anordnung; Gerichtsbesetzung); effektive Verteidigung.
§ 247a StPO

1. Auch bei laufender Hauptverhandlung können Gerichtsentscheidungen im Beschlusswege in der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung getroffen werden. Dies gilt auch für die Anordnung einer audiovisuellen Vernehmung nach § 247a StPO, denn eine gesetzliche Regelung, wonach zwingend die Gerichtsbesetzung in der Hauptverhandlung hierüber zu entscheiden hätte, besteht nicht. Ein solches Erfordernis ist auch nicht aus der Gesetzessystematik herzuleiten.

2. Durch die Anordnung nach § 247a StPO vor Beginn oder außerhalb der Hauptverhandlung wird die Verteidigung des Angeklagten nicht eingeschränkt, weil das Gericht in der Hauptverhandlung an seine Entscheidung nicht gebunden ist und jederzeit – namentlich auch auf entsprechenden Antrag von Seiten des Angeklagten – seine Entscheidung ändern kann.

1242. BGH 3 StR 351/11 – Beschluss vom 27. Oktober 2011 (LG Düsseldorf)

Totschlag; Tötungsvorsatz (lückenhafte Beweismwürdigung; besonders gefährliche Gewalthandlung; erheblich verminderte Schuldfähigkeit); Ablehnung mehrerer auf die Feststellung verschiedener Indiztatsachen gerichteter Beweisanträge (gebotene Gesamtwürdigung aller Indiztatsachen).

§ 212 StGB; § 261 StPO; § 21 StGB; § 15 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

Lehnt der Tatrichter eine Mehrzahl von Beweisanträgen deshalb ab, weil er die darin unter Beweis gestellten Indiztatsachen aus tatsächlichen Gründen als für die Entscheidung ohne Bedeutung ansieht (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO), so darf er die einzelnen Anträge nicht nur für sich betrachten. Vielmehr hat er jeweils auch die weiteren Beweisbehauptungen (erneut) in Bedacht zu nehmen und in dem ablehnenden Beschluss darzulegen, weshalb er selbst bei einer Gesamtwürdigung aller dieser Indiztatsachen einen im Falle ihres Erwiesenseins möglichen Schluss nicht ziehen möchte.

1198. BGH 2 StR 362/11 – Beschluss vom 12. Oktober 2011 (LG Aachen)

Lückenhafte Beweismwürdigung (Erörterungsmängel; molekulargenetische Untersuchung von DNA-Spurenträgern).

§ 261 StPO

1. Zwar handelt es sich bei der molekulargenetischen Untersuchung von DNA-Spurenträgern um ein standardisiertes Verfahren, bei dem die Darlegungsanforderungen in den Urteilsgründen geringer sind, als dies normalerweise bei Sachverständigengutachten der Fall ist, und es insbesondere keiner Darlegung der Untersuchungsmethode bedarf. Um dem Revisionsgericht die Nachprüfung zu ermöglichen, ob die auf das Gutachten gestützte Überzeugung des Landgerichts auf rechtsfehlerfreier Grundlage beruht, bedarf es gleichwohl in den Urteilsgründen neben der Berechnungsgrundlage zumindest der Mitteilung, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Angeklagte als Spurenleger in Betracht kommt. Was das Ergebnis der DNA-Analyse betrifft, bedarf es regelmäßig jedenfalls eines Seltenheitswertes im Millionenbereich, um die Überzeugung des Tatrichters zu begründen, dass eine bestimmte Spur vom Angeklagten herrührt (BGH NStZ 2009, 285).

2. Zwar ist die Beweismwürdigung Sache des Tatrichters. Ihm allein obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind (BGHSt 29, 18, 20). Die revisionsrechtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlichrechtli-

cher Hinsicht der Fall, wenn die Beweismwürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.).

1170. BGH 1 StR 321/11 – Beschluss vom 7. Oktober 2011 (LG Berlin)

Verschaffung falscher amtlicher Ausweise („Sich oder einem anderen verschaffen“; Verwahren); Beihilfe zum Verstoß gegen § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; Urkundenfälschung; Verfahrensbeschränkung nach Einstellung (konkrete Bezeichnung ausgeschiedener Tatteile); Zurückverweisung an ein Gericht niedrigerer Ordnung nach § 354 Abs. 3 StPO.

§ 276 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 354 Abs. 3 StPO; § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; § 27 StGB; § 267 StGB; § 154 StPO

1. Außer im (seltenen) Fall einer Urteilsaufhebung wegen willkürlicher Anklage zum Landgericht (vgl. BGHSt 43, 53, 55 f. mwN), ist auch unter den Voraussetzungen des § 354 Abs. 3 StPO eine Zurückverweisung an ein Gericht niedrigerer Ordnung nicht zwingend, sondern steht im pflichtgemäßen Ermessen des Revisionsgerichts (vgl. BGHSt 29, 341, 350; BGH NJW 1987, 1092 f.; StraFo 2009, 33 f.). In diesem Zusammenhang maßgebend können etwa Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie und/oder -beschleunigung sein.

2. Regelmäßig sind ausgeschiedene Tatteile oder Strafbestimmungen konkret („positiv“) zu bezeichnen, die Feststellung, das Verfahren werde gemäß § 154 StPO und/oder § 154a StPO im Sinne der Anklage beschränkt, entspricht als zu ungenau nicht dem Gesetz (fehlende Rechtssicherheit) und ist daher unwirksam (BGH NStZ 1981, 23; tendenziell ebenso NStZ 2002, 489).

3. „Sich oder einem anderen verschaffen“ i.S.d. § 276 StGB bedeutet, dass der Täter das Tatobjekt in seinen Gewahrsam bringt, Zugriff hierauf hat und darüber nach Belieben verfügen kann, oder es in den Gewahrsam eines anderen bringt und ihm dadurch diese Möglichkeiten vermittelt. Wäre der Angeklagte ein „Verteilungshelfer“, hätte er, sofern „verschaffen“ nicht vorläge, wie jeder unmittelbare Besitzer die Alternative „verwahren“ erfüllt.

1231. BGH 3 StR 295/11 – Beschluss vom 29. September 2011 (LG Düsseldorf)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zuständigkeit); Ergänzung der Urteilsgründe (Fristbeginn).

§ 267 StPO; § 275 StPO; § 44 StPO; § 45 StPO

1. Das Revisionsgericht ist an den Beschluss des Tatrichters, dem Angeklagten nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, trotz der fehlenden Zuständigkeit des Tatrichters für diese Entscheidung (§ 46 Abs. 1 StPO) und ohne Rücksicht auf die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung gebunden.

2. Die Frist zur Ergänzung der Gründe eines zunächst in abgekürzter Form abgefassten Urteils (§ 267 Abs. 4 Satz 4, § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO) beginnt im Falle einer Wiedereinsetzung durch das zuständige Revisionsgericht mit dem Eingang der Akten bei dem für die Ergänzung zu-

ständigen Gericht. Denn nur so ist gewährleistet, dass dem Richter die zur sorgfältigen Absetzung des nicht rechtskräftigen, revisionsgerichtlicher Überprüfung unterliegenden Urteils erforderliche Zeit tatsächlich zur Verfügung steht.

3. Gewährt das für die Ergänzung der Urteilsgründe zuständige Gericht unter Verstoß gegen § 46 Abs. 1 StPO selbst die Wiedereinsetzung in die Frist zur Einlegung der Revision, so beginnt die Frist zur Ergänzung der Urteilsgründe (§ 267 Abs. 4 Satz 4, § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO) ausnahmsweise bereits mit Erlass des Wiedereinsetzungsbeschlusses, da das Gericht mit dem Beschluss zur Wiedereinsetzung zugleich Kenntnis über die Voraussetzungen der Ergänzung erlangt.

1183. BGH 2 StR 202/11 – Urteil vom 12. Oktober 2011 (LG Darmstadt)

Beweiswürdigung bei der versuchten Vergewaltigung und der versuchten sexuellen Nötigung (besonders schwere sexuelle Nötigung; Hoffnung auf einen später freiwilligen Geschlechtsverkehr).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 StGB; § 261 StPO

1. Einzelfall der Beweiswürdigung beim Vorwurf der versuchten Vergewaltigung. Es bedarf einer erkennbaren Stütze in den Feststellungen, wenn das Tatgericht die Überzeugung für nachvollziehbar halten will, dass die Geschädigte „nach der anfänglich gewaltsamen Durchführung der sexuellen Handlungen sodann freiwillig zu mehr bereit“ sein werde.

2. Der Grundsatz in dubio pro reo ist keine Beweisregel, sondern eine Entscheidungsregel (BGH NStZ-RR 2009, 90). Auf einzelne Elemente der Beweiswürdigung ist er grundsätzlich nicht anwendbar. Er besagt nichts darüber, wie der Tatrichter die Beweise zu würdigen hat, sondern kommt erst bei der abschließenden Gesamtwürdigung zum Tragen (BGH NStZ 2010, 102, 103).

1184. BGH 2 StR 263/11 – Beschluss vom 22. September 2011 (LG Aachen)

Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung bei maßgeblichen, belastenden Angaben eines Mittäters; Konfrontationsrecht; Aufklärungshilfe).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 55 StPO; § 261 StPO; § 31 BtMG

1. Hängt die Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten entscheidend von der Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Angaben eines Mittäters ab, so muss der Tatrichter die für die Richtigkeit der Angaben des einzigen Belastungszeugen sprechenden Gesichtspunkte umfassend prüfen, würdigen und dies im Urteil deutlich machen (vgl. BGHR StPO, § 261 Mitangeklagte 2; BtMG § 29 Beweiswürdigung 7; BGH StV 2000, 243, 244; 2002, 467; NStZ-RR 2002, 146, 147). Dabei sind im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 d MRK erhöhte Anforderungen an die Sorgfältigkeit und Vollständigkeit der vorzunehmenden Gesamtwürdigung zu stellen, wenn die belastenden Angaben nur mittelbar über eine Vernehmungsperson in die

Hauptverhandlung eingeführt werden können (vgl. BGHR StPO, § 261 Zeuge 2; BGH NStZ 2004, 691, 692).

2. Bei entsprechenden Hinweisen muss sich das Gericht auch mit der Frage auseinandersetzen, ob sich ein Belastungszeuge in dem gegen ihn geführten Strafverfahren möglicherweise durch unrichtige Angaben Vorteile im Sinne einer „Aufklärungshilfe“ verschaffen wollte (BGH NStZ 2004, 691, 692). Für die Glaubhaftigkeitsbeurteilung gerade bei Aussagen im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist es ein wesentlicher Gesichtspunkt, ob sich der Zeuge durch seine Aussage in dem gegen ihn gerichteten Verfahren im Hinblick auf § 31 BtMG Vorteile verspricht und vor diesem Hintergrund einen Nichtgeständigen möglicherweise zu Unrecht belastet (BGHSt 48, 161, 168; BGH NStZ-RR 2003, 245). Dabei wird die Möglichkeit einer bewussten Falschbelastung allein durch den Umstand nicht entscheidend gemindert, dass der Zeuge sich durch seine Angaben auch selbst belastet.

1178. BGH 1 StR 452/11 – Beschluss vom 7. November 2011 (LG Waldshut-Tiengen)

Unbegründete Anhörungsrüge (Geltendmachung einer Besorgnis der Befangenheit).

§ 356a StPO; § 24 Abs. 2 StPO

Im Verfahren nach § 356a StPO kann grundsätzlich nicht mehr die Befangenheit von an der rechtskräftigen Entscheidung des Senats beteiligten Senatsmitgliedern geltend gemacht werden, wenn die gerügte Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG nicht vorliegt.

1216. BGH 4 StR 465/11 – Beschluss vom 5. Oktober 2011 (LG Halle)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages wegen Ungeeignetheit beim Zeugenbeweis.

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Ein Beweisantrag kann wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden, wenn dessen Inanspruchnahme von vornherein gänzlich aussichtslos wäre, so dass sich die Erhebung des Beweises in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müsste (BGH NStZ-RR 2010, 211 m.w.N.). Dies ist dann der Fall, wenn mit dem vom Antragsteller benannten Beweismittel die behauptete Beweistatsache nach sicherer Lebenserfahrung nicht bestätigt werden kann.

2. Zeugen sind grundsätzlich geeignete Beweismittel zum Nachweis des Inhaltes von ihnen geführter Gespräche. Bei ihnen kommt die Annahme völliger Ungeeignetheit als Beweismittel nur dann in Betracht, wenn ausgeschlossen werden könnte, dass diese Zeugin den Gesprächsverlauf zuverlässig in ihrem Gedächtnis behalten hat (vgl. BGHR StPO, § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 23). Dies hat der Tatrichter anhand allgemeiner Lebenserfahrung unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurteilen, die dafür oder dagegen sprechen, dass ein Zeuge die in sein Wissen gestellten Wahrnehmungen gemacht hat und sich an sie erinnern kann.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

1167. BGH 1 StR 41/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG Mannheim)

BGHSt; Versagung der Befreiung einer innergemeinschaftlichen Lieferung von der Umsatzsteuer bei der Verschleierung der Identität des wahren Erwerbers (Umsatzsteuerhinterziehung; Bestimmtheitsgrundsatz; unionsrechtskonforme Auslegung; Buch- und Belegnachweis; beiderseitige kollusive Täuschung; einseitige Täuschung; Schutz von Sanktionsansprüchen).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 370 Abs. 1 AO; § 4 Nr. 1 Buchstabe b UStG; § 6a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 3 UStG; Art. 28c Teil A Buchst. a Unterabs. 1 Richtlinie 77/388/EWG i.d.F. der Richtlinie 2000/65/EG

1. Zur Versagung der Befreiung einer innergemeinschaftlichen Lieferung (§ 6a UStG) von der Umsatzsteuer bei der Verschleierung der Identität des wahren Erwerbers, um diesem die Hinterziehung der im Bestimmungsland für den Erwerb geschuldeten Umsatzsteuer zu ermöglichen (im Anschluss an die Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache R durch Urteil vom 7. Dezember 2010, C-285/09). (BGHSt)

2. Nicht nur durch die kollusive Verschleierung der Abnehmer zum Zwecke der Umsatzsteuerhinterziehung fehlt es für die Steuerbefreiung an den in § 6a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UStG enthaltenen Befreiungsvoraussetzungen. Eine Befreiung von der deutschen Umsatzsteuer kommt darüber hinaus auch dann nicht in Betracht, wenn der Angeklagte einseitig gegen die sich aus § 6a Abs. 3 UStG i.V.m. § 17a, § 17c UStDV ergebenden Anforderungen an den Buch- und Belegnachweis verstößt, um den wahren Erwerbern im EU-Ausland eine Umsatzsteuerhinterziehung zu ermöglichen. (Bearbeiter)

3. Die Ausnahme vom Grundsatz der Nachweispflicht besteht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rechtssache Collée dann, wenn trotz derartiger Nachweismängel feststeht, dass die Voraussetzungen der Steuerfreiheit erfüllt sind. Diese Ausnahme greift aber nicht ein, wenn der Verstoß gegen die Nachweispflichten den „sicheren Nachweis“ – also den zweifelsfrei objektiven Nachweis – verhindert, dass die materiellen Voraussetzungen der Steuerfreiheit erfüllt werden. Dann verbleibt es bei dem Grundsatz der Steuerpflicht.

4. Der Wortlaut der deutschen steuerrechtlichen Vorschriften ist ein ausreichender Anknüpfungspunkt für die gemeinschaftsrechtlich gebotene Auslegung auch des Steuerstrafrechts. Nach § 6a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UStG liegt eine steuerbefreite innergemeinschaftliche Lieferung

nur dann vor, wenn der Erwerb des Gegenstands der Lieferung beim Abnehmer der Lieferung in einem anderen Mitgliedstaat den Vorschriften der Umsatzbesteuerung unterliegt. In dieser Vorschrift kommen der vom Gerichtshof hervorgehobene Bestimmungszusammenhang zwischen innergemeinschaftlicher Lieferung und innergemeinschaftlichem Erwerb und die damit bezweckte Verlagerung des Steueraufkommens auf den Bestimmungsmitgliedstaat durch die dort beim Abnehmer als Steuerschuldner vorzunehmende Besteuerung zum Ausdruck. Deshalb ist es nicht zulässig, die Steuerfreiheit nach § 6a UStG trotz absichtlicher Täuschung über die Person des Erwerbers in Anspruch zu nehmen. Diese Auslegung steht auch im Einklang mit den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG. (Bearbeiter)

1219. BGH 3 StR 118/11 – Beschluss vom 15. September 2011 (LG Oldenburg)

Anfrageverfahren zur Aufgabe der Interessentheorie; GmbH; Bankrott; Untreue (existenzgefährdender Eingriff); Tateinheit; Gläubigerschutz; Verletzung von Bilanzierungspflichten; Verletzung von Buchführungsvorschriften.

§ 266 StGB; § 283 StGB; § 132 GVG; § 14 StGB; 52 StGB

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Schafft der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bei drohender Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft Bestandteile des Gesellschaftsvermögens beiseite, so ist er auch dann wegen Bankrotts strafbar, wenn er hierbei nicht im Interesse der Gesellschaft handelt.

2. Für die Zurechnung der Schuldnerseigenschaft im Sinne der §§ 283 ff. StGB will der Senat maßgeblich daran anknüpfen, ob der Vertreter im Sinne des § 14 StGB im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist. Dies werde bei rechtsgeschäftlichem Handeln zu bejahen sein, wenn der Vertreter entweder im Namen des Vertretenen auftritt oder letzteren wegen der bestehenden Vertretungsmacht jedenfalls im Außenverhältnis die Rechtswirkungen des Geschäfts unmittelbar treffen.

3. Bei faktischem Handeln soll nach Auffassung des Senats die Zustimmung des Vertretenen unabhängig von der Rechtsform, in der dieser agiert, ebenfalls dazu führen, dass der Vertreter in seinem Auftrag handelt und ihm die Schuldnerstellung im Sinne der §§ 283 ff. StGB zugerechnet wird.

1172. BGH 1 StR 354/11 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG Augsburg)

Falsche Angaben beim Registergericht über die Einzahl-

lung des Stammkapitals (Abgrenzung von Vorzeigegeld und Bareinlage); vorsätzlicher Bankrott (Rechtsgut; Strafzumessung bei Vermögensstraftaten; Unmöglichkeit der Bilanzerstellung); gewerbsmäßiger Betrug; strafschärfende Berücksichtigung eines zulässigen Verteidigungsverhaltens.

§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG; § 8 Abs. 2 GmbHG; § 283 Abs. 1 Nr. 5 oder Nr. 7b StGB; § 263 StGB; § 46 StGB

1. Eine Strafbarkeit nach § 283 Abs. 1 Nr. 5 oder Nr. 7b StGB entfällt bei rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit zur Buchführung oder Bilanzerstellung. Eine solche Unmöglichkeit wird etwa dann angenommen, wenn sich der Täter zur Erstellung einer Bilanz oder zu ihrer Vorbereitung der Hilfe eines Steuerberaters bedienen muss und er die erforderlichen Kosten nicht aufbringen kann. Der Senat lässt offen, ob an dieser Rechtsprechung uneingeschränkt festzuhalten ist, oder ob nicht vielmehr – um den gerade für Fälle eingetretener „Zahlungsknappheit“ geschaffenen § 283 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 7 StGB nicht leerlaufen zu lassen – ein Geschäftsführer, der ein Unternehmen betreibt, so rechtzeitig Vorsorge zu treffen hat, dass das Führen der Bücher und Erstellen der Bilanzen gerade auch in der Krise, bei der dem Führen ordnungsgemäßer Bücher besondere Bedeutung zukommt, gewährleistet ist.

2. Durch § 283 StGB sollen die Interessen der aktuellen Gläubiger an einer vollständigen oder möglichst hohen Befriedigung ihrer vermögensrechtlichen Ansprüche geschützt werden. Schon dies kann – wie bei anderen vermögensschützenden Normen – die Verhängung von Freiheitsstrafen rechtfertigen, die nicht notwendig im unteren Bereich angesiedelt sind.

3. Für die gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG „einzuzahlende“ Stammeinlage ist deren effektive Einbringung in das Vermögen der in Gründung befindlichen Gesellschaft erforderlich. Dementsprechend muss sich die Versicherung gemäß § 8 GmbHG darauf erstrecken, dass sich die geleisteten Einlagen endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden. Dies ist bei Bareinlagen der Fall, wenn der Geschäftsführer tatsächlich und rechtlich in der Lage ist, die eingezahlten Mittel als Bar- oder als Buchgeld uneingeschränkt für die Gesellschaft zu verwenden.

1188. BGH 2 StR 286/11 – Urteil vom 21. September 2011 (LG Limburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Mitsichführen einer Waffe (Teilmengen und Bewertungseinheit).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB

1. Die Annahme einer einheitlichen Tat im Sinne einer Bewertungseinheit setzt voraus, dass sämtliche sichergestellte Amphetamine Gegenstand ein und desselben Güterumsatzes waren (vgl. BGHSt 43, 252, 261; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 27, 45). Der bloße gleichzeitige Besitz verschiedener zum Handeltreiben bestimmter Mengen von Betäubungsmitteln, die angesichts einer Aufbewahrung an verschiedenen Orten nicht als ein Vorrat im tatsächlichen Sinne anzusehen sind, genügt nicht zur Begründung einer Bewertungseinheit.

2. Für die Verwirklichung des Mitsichführens einer Schusswaffe gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG reicht es aus, wenn bezüglich der im Wohnzimmer gelagerten Betäubungsmittel jedenfalls hinsichtlich einzelner Teilmengen festgestellt ist, dass der Täter sich der Waffe jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann (vgl. BGHSt 43, 8, 10; BGHR BtMG § 30a Abs. 2 Mitsichführen 1, 5; BGH NStZ 2007, 533).

1201. BGH 2 StR 396/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Frankfurt am Main)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Feststellungen: Eigenverbrauch; ungeladener Gasrevolver).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Eine Verurteilung gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG kann nach Aufgabe des Weiterveräußerungswillens nur auf eine zeitlich davor liegende Aufbewahrung des Rauschgifts bei gleichzeitigem Zugriff auf eine Schusswaffe oder einen sonstigen Gegenstand gestützt werden kann, der seiner Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt ist. Ob das bei einem ungeladenen Gasrevolver der Fall ist, dessen Munition sich in einem anderen Raum befindet, bedarf näherer Prüfung; es kommt hier auf die Umstände des Einzelfalls an, namentlich den erforderlichen Aufwand zur Zusammenführung von Waffe und Munition.

Vergleichende Strafzumessung bei Tatbeteiligung

Anmerkung zum Beschluss des BGH 1 StR 282/11 vom 28.6.2011 = HRRS 2011 Nr. 863

Von Prof. Dr. Tatjana Hörnle, Humboldt-Universität zu Berlin

Eine im Bundesgebiet einheitliche Strafzumessung, die bei Taten desselben Unrechtsgrads und vergleichbarer Schuld der Täter zu ähnlichen Strafen kommt, ist im Interesse eines gerechten und rationalen Strafrechtssystems anzustreben. Natürlich ist einzuräumen, dass diesem Anliegen durch die Komplexität von Strafzumessungsentscheidungen und durch gewisse Unwägbarkeiten bei menschlichen Bewertungen Grenzen gesetzt sind und es deshalb nur darum gehen kann, sich dem Ideal einer gleichmäßigen Strafzumessung soweit wie möglich zu nähern. Es besteht aber kein Grund zur Annahme, dass die Praxis erreicht hätte, was an Annäherung an das Ziel möglichst einheitlichen Strafens möglich wäre – dass es zwischen Einzelrichtern und Strafkammern unterschiedlicher Gerichte, aber auch innerhalb desselben Gerichts wahrnehmbar voneinander abweichende Strafzumessungsgepflogenheiten gibt, ist schwerlich abzustreiten. Hoffnungen, dass die Revisionsgerichte sich bemühen würden, Maßstäbe zur Förderung einer einheitlicheren Rechtsprechung zu schaffen, erfüllt der zu besprechende Beschluss des 1. Strafsenats am BGH leider nicht.

Er gilt einem Bereich, in dem eine vergleichende Strafzumessung einfacher wäre als unter anderen Umständen: wenn dies Urteile betrifft, die gegen Mittäter zu verhängen sind, die an derselben Straftat beteiligt waren. Da die Ausgangsbasis, nämlich die Bewertung des Gewichts und der Folgen der Tat, dieselbe ist, bieten sich solche Verfahren für eine vergleichende Strafzumessung an. Es liegt auf der Hand, dass ein Vergleich der Strafe für Täter A mit der Strafe für Täter B bei gemeinsam begangenen Bandendiebstählen einfacher ist als z.B. die Beurteilung der Frage, ob eine Strafe wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in einem angemessenen Verhältnis zu einer Strafe wegen Bandendiebstahls steht. Vergleichende Strafzumessung bei Mittäterschaft bildet den Gegenstand des Beschlusses. Der 1. Senat kommt zu dem Ergebnis, dass bei Urteilen *derselben* Strafkammer, auch wenn sie zu unterschiedlichen Zeitpunkten und in abgetrennten Verfahren ergehen, Unterschiede im Urteil erläutert werden müssen. Dies sei aber *nicht* der Fall, wenn ein Mittäter bereits von einem *anderen* Gericht oder auch nur einer *anderen* Kammer verurteilt wurde.

Dem Beschluss sind mehrere Thesen zu entnehmen, von denen einige im Ergebnis gut nachzuvollziehen sind,

andere aber diskussionswürdig und -bedürftig. Die erste Aussage betrifft die Situation, in der ein Tatrichter ein fremdes Strafurteil gegen einen Mittäter „seines“ Angeklagten vorfindet und dieses im Strafmaß nicht für richtig hält (sei es, weil es bei der Bewertung der Tat zu milde sei oder zu streng war). Wäre in solchen Situationen die Annahme einer Bindungswirkung überzeugend? Der Senat weist darauf hin, dass es gegen die Eigenverantwortlichkeit richterlicher Überzeugungsbildung verstoßen würde, wenn der Zwang bestünde, die Strafzumessung der zuerst tätig gewordenen Kollegen und die darin steckende Einschätzung des Tatunrechts zu übernehmen. Zu erwägen wäre zwar, ob eine Bindung an vorangegangene Strafzumessungsentscheidungen gegen Mittäter jedenfalls einseitig bestehen sollte – man könnte Tatrichtern gestatten, einerseits bei für ihren Geschmack zu streng ausgefallenen Urteilen dem ersten Richter nicht folgen zu müssen, andererseits aber nicht selbst im eigenen Verfahren den Mittäter durch eine strengere Strafe zu benachteiligen. Aber auch gegen eine vorstellbare „asymmetrische Bindungswirkung“ findet sich ein Argument im Beschluss des 1. Senats, der einen „ständigen Abfall der Höhe der Strafen“ befürchtet, wodurch es „zu einer immer weiteren Entfernung von der jeweils schuldangemessenen Strafe“ kommen würde (Rn. 9). Ob die Prognose einer kräftigen „Abwärtsspirale“ realistisch ist, könnte in Frage gestellt werden, und eine leichte Korrektur des in Deutschland bestehenden Strafniveaus nach unten müsste nicht per se negativ sein. Im Ergebnis stimme ich dem Senat allerdings in der Aussage zu, dass eine Bindung an das Urteil des ersten Gerichts nicht angemessen wäre: Der Umstand, wer als erster einen von mehreren Mittätern verurteilt, hängt von Zufälligkeiten des Verfahrens ab, die keinerlei Beziehung zur inhaltlichen Richtigkeit des Strafmaßes haben. Es wäre deshalb in der Tat problematisch, die in der zeitlichen Reihenfolge an zweiter Stelle kommenden Richter zur Übernahme von Wertungen zu zwingen.

Zustimmungswürdig ist auch eine zweite These, die der Konstellation gilt, dass Strafrichter im zeitlich nachfolgenden Verfahren das erste Urteil gegen einen Mittäter für durchaus überzeugend halten und nun die eigene Strafzumessungsentscheidung durch schlichte Übernahme dieses Strafmaßes vereinfachen möchten. Hierzu merkt der Beschluss an: „Es wäre daher rechtsfehlerhaft, wenn das Gericht die Strafe allein im Hinblick auf die

Strafen bemessen würde, die in anderen Urteilen – sei es desselben Gerichts, sei es eines anderen Gerichts – verhängt wurden“ (Rn. 11). Das ist überzeugend, wenn man den Akzent auf das Wort „allein“ legt. Natürlich setzt eine vergleichende Strafzumessung voraus, dass nicht nur Gemeinsamkeiten herausgestrichen werden, sondern auch untersucht und begründet wird, ob und ggf. welche Abweichungen es bei der individuellen Tatbeteiligung und täterbezogenen Umständen gab. Die undifferenzierte Anpassung an die Entscheidung des ersten Gerichts wäre arbeitssparend, aber in der Tat rechtsfehlerhaft. Interessanterweise deutet der Senat allerdings an, dass „bei massenhaft auftretenden Taten typischer Prägung“ „unter Umständen ausnahmsweise“ eine Orientierung an einer allgemeinen Strafpraxis zulässig sei (Rn. 12).

Mit einer weiteren wichtigen These, die im Beschluss steckt, räumt der Senat allerdings Tatrichtern eine auf den ersten Blick schwer verständliche Autonomie ein. Eine naheliegende Alternative wäre gewesen, eine Bindung an ein vorangegangenes fremdes Urteil abzulehnen, aber zu fordern, dass dieses erstens *erörtert* wird und zweitens *begründet*, warum die eigene Strafzumessung deutlich anders (oder auffällig ähnlich) ausfällt. Eine solche Pflicht, sich mit einer vorangegangenen Bewertung derselben Tat auseinanderzusetzen, würde der Rationalisierung von Strafzumessungsentscheidungen dienen, nicht nur im konkreten Fall, sondern auch in systemischer Hinsicht. Der Vergleich mit anderen Entscheidungen würde dazu zwingen, sich selbst explizit und strukturiert Rechenschaft über Natur und Gewicht der relevanten Strafzumessungsgründe zu geben anstatt der Vorstellung anzuhängen, dass mit dem Eintritt ins Richteramt die Fähigkeit zum intuitiven Erkennen der „richtigen Strafe“ erblühe. Der 1. Senat gibt aber vor, dass das zweite Tatgericht vorangegangene tatrichterliche Urteile zum selben Sachverhalt nicht erörtern und nicht einmal zur Kenntnis nehmen muss; nach seiner Auffassung besteht keine dahingehende Aufklärungspflicht (Rn. 13, 14).

Warum sperrt sich der 1. Senat gegen eine Pflicht zur Erörterung einschlägiger Urteile und eine Pflicht, die eigene Strafzumessungsentscheidung in Auseinandersetzung damit zu begründen? In der Entscheidung werden einige schwache Begründungen bemüht, etwa mit dem Verweis auf Aburteilungen im Ausland, die nicht vergleichbar sind (Rn. 7), nicht gefasste Mittäter (Rn. 9) oder gem. § 267 Abs. 4 StPO abgekürzte Urteile, denen zu wenig zu entnehmen ist (Rn. 8). Der Verweis darauf, dass in einigen Fällen eine vergleichende Strafzumessung unmöglich ist, trägt allerdings nur die Folgerung, dass der Tatrichter unter solchen Umständen dies konstatieren müsste, nicht aber, dass *unter anderen Bedingungen* zuerst ergangene, vergleichsfähige Urteilsbegründungen ignoriert werden dürfen. Dasselbe gilt für die Überlegung, dass es in unterschiedlichen Urteilen zu abweichenden Feststellungen hinsichtlich der Art der Tatbeteiligung kommen könne (Rn. 6) – ist dies so, müsste der vergleichende Tatrichter schlicht darauf verweisen, dass die Strafzumessungsentscheidung des ersten Gerichts aus diesem Grund keine ohne Weiteres brauchbare Ausgangsbasis ist.

Etwas besser nachvollziehbar ist das nicht ausdrücklich so ausgesprochene, aber implizit dem Beschluss zu entnehmende Anliegen, Tatrichtern den größeren Begründungsaufwand für vergleichende Strafzumessung bei Mittätern zu ersparen. Die Frage ist, ob dieser Mehraufwand tatsächlich unvertretbar groß wäre. Der Senat weist darauf hin, dass ggf. „im Einzelnen die strafzumessungsrelevanten Umstände der jeweiligen Täter insgesamt aufgezeigt werden [müssten], wie persönliche Verhältnisse, Vorstrafen, Geständnis, Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 StGB, des § 31 BtMG, der §§ 46a oder 46b StGB, Schadenswiedergutmachung, Zeitabstand von Tat zur Aburteilung, die mit einer langen Verfahrensdauer verbundene Belastung, Erkrankungen usw.“. Dies klingt nach einer langen Liste, die Vergleiche mühsam erscheinen lässt. Am Ende des Beschlusses formulieren die Revisionsrichter die Befürchtung, dass dies „den Rahmen einer geordneten Rechtspflege sprengen“ würde (Rn. 16). Zu berücksichtigen ist aber, dass nicht alle Faktoren in jedem Fall eine Rolle spielen. Es dürfte eine bewältigbare Aufgabe sein, eine solche „Checkliste“ durchzugehen und zu überlegen: Erstens, hat dieser Umstand für die Strafzumessung gegen den bereits verurteilten Mittäter eine Rolle gespielt; zweitens, liegt dieser Umstand beim jetzigen Angeklagten vor, in paralleler oder in abweichender Ausprägung oder gar nicht, und drittens, wie ist Unterschieden in Form von Abschlägen und Zuschlägen Rechnung zu tragen? Dies würde Strafzumessungsentscheidungen verlängern, aber wohl nicht in den Bereich des Unzumutbaren treiben, vor allem, wenn man berücksichtigt, dass die Konstellation „Mittäter zu unterschiedlichen Zeitpunkten verurteilt“ nicht täglich auf dem Arbeitsprogramm steht.

Hinter der Entscheidung des 1. Senats könnte noch eine andere Überlegung stehen, die im Beschluss nicht einmal angedeutet wird, aber aus *rechtssoziologischer* Perspektive Gewicht hat: Was würde die kritische Analyse einer vorangegangenen Entscheidung von Richterkollegen innerhalb der Richterschaft und für das Ansehen der Justiz nach außen bewirken? Richter, die sich mit dem vorangegangenen Urteil einer anderen Abteilung oder Kammer oder eines anderen Gerichts ernsthaft und systematisch beschäftigen, würden gelegentlich nicht umhin können, die Ausgangsbasis in Frage zu stellen, nämlich die Bewertung der Tatschwere (unabhängig von Tatbeteiligungen und persönlichen Verhältnissen der Mittäter), oder sie müssten in anderer Weise auf Unzulänglichkeiten des älteren Urteils eingehen. Eine derartige kritische Auseinandersetzung würde aber nicht nur im Kollegenkreis für Missstimmung sorgen (vor allem, aber nicht nur, wenn es sich um Kollegen am selben Gericht handelt), sondern auch nach außen den Anspruch untergraben, dass Strafurteile nicht nur verbindlich, sondern auch inhaltlich richtig sind. Aufgabenbeschreibungen für die Justiz, die mit Stichworten wie „Rechtsfrieden“, „Bewährung der Rechtsordnung“ und „positive Generalprävention“ charakterisiert werden, wäre dies nicht zuträglich. Aus diesem Grund ist es verständlich, dass der 1. Senat die Maxime vorgibt „kümmert Euch nicht um die Urteile von Kollegen“. Ob allerdings das Ziel einer möglichst einheitlichen, gerechten Strafzumessung letztlich nicht doch wichtiger wäre, muss hier offenbleiben.

Die Problematik einer ausweitenden Auslegung der Verdeckungsabsicht

Zugl. Anmerkung zu BGH 1 StR 50/11, Urteil vom 17. Mai 2011 = HRRS 2011 Nr. 978

Von Dr. Beatrice Brunhöber*

Das zu besprechende Urteil fügt sich in eine Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen ein, die das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht (§ 211 Abs. 2, 3. Gruppe 2. Alt. StGB) wieder eher ausweitend interpretieren. Seit der Grundratsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe besteht die verfassungsrechtlich verbindliche Vorgabe, § 211 StGB und insbesondere die verfahrensgegenständliche Verdeckungsabsicht eng auszulegen.¹ Dies erfordern der Schuldgrundsatz aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und das rechtsstaatlich gebotene Verhältnismäßigkeitsprinzip. Es muss sichergestellt sein, dass § 211 StGB nur Fälle höchsten Unrechtsgehalts und schwerster Schuld erfasst, weil nur dann die absolute Höchststrafe angemessen ist. Der BGH hat die Beschränkungsvorschläge des Schrifttums selten aufgegriffen und eigene Restriktionen – in einem rechtsstaatlich bedenklichen Hin und Her – zumeist wieder aufgegeben.² So hat er die Idee, Verdeckungsabsicht auf Verdeckung mit Überlegung zu begrenzen, zurückgewiesen. Auch hat er sich von seiner restriktiven Zäsur-Rechtsprechung, die Augenblickstaten aus dem Anwendungsbereich ausnahm, wieder gelöst. Darüber hinaus öffnet der BGH die Verdeckungsabsicht einer Bewertung nach Verwerflichkeitsaspekten. Dadurch droht ganz im Gegensatz zur verfassungsrechtlich angezeigten Restriktion eine Ausdehnung des Verdeckungsmordes. Man denke nur an die Tötung zu sog. außerstrafrechtlichen Zwecken, die der BGH aufgrund eines Erst-Recht-Schlusses genügen lässt. Es ist der Rechtsprechung nicht gelungen, eine überzeugende Lösung für die verfassungsrechtlich gebotene enge Auslegung zu finden. Deshalb wäre es Sache des Gesetzgebers, den verfassungsrechtlich bedenklichen Zustand des Mordtatbestandes zu beheben. Eine Gesetzesänderung ist angesichts der generalpräventiven Ausrichtung

der Kriminalpolitik und der weit verbreiteten Annahme, es bedürfe des Symbols der Höchststrafe für besonders verwerfliche Tötungen, jedoch nicht zu erwarten. Die bisherige Erfolglosigkeit der beiden Alternativ-Entwürfe (1978 und 2008)³ belegt dies eindrücklich. Deshalb bleibt es bei der Notwendigkeit, nach Kriterien zu suchen, die eine restriktive Konkretion der Mordmerkmale ermöglichen.

Diesbezüglich berührt die Entscheidung (I.) vor allem drei Bereiche, anhand derer die erwähnten Probleme verdeutlicht werden können: Erstens betrifft sie das Problem, dass Fälle der bloßen Verfolgungsvereitelung nach Aufdeckung der Tat nicht von der Verdeckungsabsicht erfasst sind (II.). Zweitens tangiert sie die problematischen Grenzfälle spontan-affektiver Tötungen, deren Herausnahme aus der Verdeckungsabsicht zu befürworten ist, wobei es allerdings dogmatisch überzeugender ist, dafür auf die Überlegtheit der Tötung als zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung abzustellen als auf die vom Senat favorisierte Ausnahmelösung (III.). Drittens verweist der Senat hier, wie im Allgemeinen bei verdeckungsnahen Fällen, auf das Merkmal der niedrigen Beweggründe, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, was allerdings nicht zu überzeugen vermag (IV.).

I. Sachverhalt und Entscheidung

Dem Urteil lag folgender hier relevanter Sachverhalt zugrunde. Die Angeklagte A hatte unberechtigtweise mithilfe der EC-Karte der ihr bekannten Eheleute P erstens versucht, eine Geldstrafe ihrer Schwester S per Überweisung zu begleichen, was aber mangels Kontodeckung fehlschlug. Zweitens hatte sie später, als das Konto gedeckt war, insgesamt 7.000 EUR persönlich bei dem Bankmitarbeiter B abgehoben. Herr P äußerte daraufhin gegenüber der Polizei und der Bank seinen Verdacht gegen A. Nachdem S von B als Täterin ausgeschlossen worden war, wurde A von der Bank zu einem Gespräch

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

¹ BVerfGE 45, 187, 259 ff., bes. 260 f., 264 ff.

² Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 211 Rn. 32a; Heine/Höpfel/Huber u.a., Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, 193, 204, 214; Köhler GA 1980, 121, 129; Saliger ZStW 109 (1997), 302, 303 f.

³ Baumann u.a. (Hrsg.), Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches BT, 1. Halbbd., 1970; Heine/Höpfel/Huber u.a., AE Leben, GA 2008, 193 ff.

am 24. oder alternativ am 26. Juni 2008 eingeladen, um den Sachverhalt aufzuklären. S forderte A auf, den Termin wahrzunehmen, weil sie Angst vor Ersatzfreiheitsstrafe hatte. A erschien nicht zu den Terminen. Sie befürchtete, dass ihre unberechtigten Kontoverfügungen auffliegen würden, sie dafür bestraft und ihr Vertrauensbruch gegenüber ihrer Schwester und ihren Bekannten öffentlich würde. Am 25. Juni 2008 suchte sie Frau P auf, um zu klären, was diese über die Sache wisse sowie, ob und aufgrund welcher Beweise sie verdächtigt werde. Die beiden gerieten in Streit. In Wut schlug A der P mit einem scharfkantigen Gegenstand mehrmals auf den Kopf und stach mehrfach auf sie ein, um sie zu töten. P starb an den Verletzungen. Ungefähr eine Woche später erklärte A der Bank, Frau P habe die Überweisung unterschrieben, weil sie der S noch einen Gefallen schuldig gewesen sei. Sie erhoffte sich, dass sie dadurch die Ermittlungen beenden könnte.

Das Landgericht Nürnberg-Fürth verurteilte A im Hinblick auf die Tötung wegen Totschlags gem. § 212 StGB. Es verneinte Verdeckungsabsicht mit dem Argument, die Tötung sei nicht geeignet gewesen, die Aufdeckung der Tat zu verhindern, da A, wie sie wusste, nicht nur von Frau P, sondern auch von Herrn P und den Bankmitarbeitern verdächtigt wurde. Niedrige Beweggründe lägen nicht vor, da nicht festgestellt werden könne, was der unmittelbare Auslöser für den Angriff gewesen sei. Der 1. Senat hob die Verurteilung wegen Totschlags auf, da die Beweiswürdigung auf Rechtsfehlern beruhe und die Strafkammer die Verdeckungsabsicht wegen einer zu engen Auslegung rechtlich nicht zutreffend erfasst habe.

II. Verdeckungsabsicht bei schon entdeckter Tat

In Fortsetzung seiner Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung⁴ geht der Senat davon aus, dass Verdeckungsabsicht auch dann vorliegen kann, wenn die Vortat zwar entdeckt ist und der Täter bereits verdächtigt wird, es ihm aber noch darauf ankommt, seine Täterschaft zu verbergen (Rn. 14).⁵ Dabei sei auf die subjektive Sicht des Täters abzustellen. Demnach genüge es, wenn der Täter meinte, er könne mit den vorliegenden Beweisen noch nicht als Täter überführt werden oder die Vortat sei noch nicht vollständig aufgeklärt. Nicht ausreichend sei es dagegen, wenn der Täter beispielsweise ausschließlich der Festnahme entgehen wolle (Rn. 15).

Dem BGH ist darin zuzustimmen, dass Fälle, in denen der Täter tötet, um sich nur noch der Strafverfolgung zu entziehen, nicht von der Verdeckungsabsicht erfasst sind.⁶ Darunter fallen zunächst die Sachverhalte, in denen der Täter sich ausschließlich die Flucht ermöglichen will (z.B. absichtliche Tötung eines Verfolgers, um

sich einen Vorsprung zu verschaffen).⁷ Zudem geht es um die Fälle, in denen der Täter nur seine Beweisposition zu verbessern sucht (z.B. Tötung eines Zeugen nach Anklageerhebung).⁸ Schließlich ist Verdeckungsabsicht zu verneinen, wenn es dem Täter nur darum geht, die Aufklärung hinauszuzögern (z.B. Würgen des Tatopfers, das den Täter kennt, um es unter Inkaufnahme seines Todes am Schreien zu hindern).⁹

Allerdings zeigt sich an diesen Fällen der sog. Verfolgungsvereitelung exemplarisch, in welche Wertungswidersprüche das geltende Recht führt.¹⁰ Der Wortlaut lässt es nicht zu, Fälle, in denen Tat und Täter schon entdeckt sind, unter den Verdeckungsmord zu subsumieren. Der Täter kann nach Entdeckung nichts mehr verdecken. Die unterschiedliche gesetzliche Bewertung der beiden Fallkonstellationen überzeugt allerdings nicht, weil die Tötung zur Verfolgungsvereitelung mit Blick auf Unrecht und Schuld ebenso schwer wiegt wie die Verdeckungstötung. Dies gilt unabhängig davon, was als Strafschärfungsgrund für den Verdeckungsmord betrachtet wird. Stellt man auf die besondere Verwerflichkeit ab,¹¹ gilt Folgendes: Wie der Verdeckungstäter opfert der Vereitelungstäter ein Menschenleben, bloß um sich der Strafverfolgung zu entziehen und handelt angesichts des krassen Missverhältnisses zwischen Zweck und Mittel also besonders verwerflich. Zwar könnte die Schuld aufgrund der Selbstbegünstigungstendenz gemindert sein, aber dies gälte für beide Konstellationen. Wird dagegen auf die besondere Gefährlichkeit verwiesen,¹² ist Folgendes anzumerken: Für Dritte ist die Situation ähnlich gefährlich, denn die Versuchung, einen Zeugen zu beseitigen, ist auch nach Entdeckung groß. Sie mag beim entdeckten Täter sogar größer sein, weil er sich anders als der noch nicht entdeckte Täter in einer ausweglosen Lage befindet, ihm beispielsweise nicht die Alternative bleibt, nur zu flüchten. Sieht man schließlich den Straferhöhungsgrund in der Strafverfolgungsvereitelung,¹³ liegt die Gleichgelagertheit auf der Hand: In beiden Konstellationen will sich der Täter durch die Tötung der Strafverfolgung entziehen. Der BGH verweist angesichts dieses Wertungswiderspruchs für die bloße Vereitelungstötung im Allgemeinen wie auch hier (Rn. 24) auf das Merkmal der niedrigen Beweggründe. Ob dieses Merkmal jedoch als Auffangtatbestand für verdeckungsähnliche Fälle dienen kann und soll, ist mehr als fraglich. Darauf wird unter IV. zurückzukommen sein.

⁷ BGH NJW 1991, 1189.

⁸ BGHR StGB § 211 Abs. 2 Verdeckung 6 (8. Lfg. August 1991).

⁹ BGH NStZ 1985, 166.

¹⁰ Hierzu und zum Folgenden Heine/Höpfel/Huber u.a., AE Leben, GA 2008, 193, 214 ff.; Schneider, a.a.O. (Fn. 6), § 211 Rn. 173; Weiß, Die Problematik der Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand, 1997, S. 225 ff.; vgl. auch Mitsch JZ 2008, 336.

¹¹ BGHSt 23, 39, 40; Eser, a.a.O. (Fn. 2), § 211 Rn. 31 m.w.N.

¹² Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NK-StGB, 3. Aufl. (2010), § 211 Rn. 97 f. m.w.N.

¹³ Schneider a.a.O. (Fn. 6), § 211 Rn. 173.

⁴ BGH NJW 1952, 431; NStZ-RR 1997, 132; Eser, a.a.O. (Fn. 2), § 211 Rn. 34 m.w.N.

⁵ Randnummernangaben ohne weitere Kennzeichnung beziehen sich auf diejenigen des besprochenen Urteils (BGH 1 StR 50/11).

⁶ Hierzu und zum Folgenden Schneider, in: MK-StGB (2003), § 211 Rn. 171 ff.

III. Verdeckungsabsicht bei Affekt- und Spontantaten

Relativ knapp befasst sich der Senat mit dem Problem, dass A hier möglicherweise aus Wut gehandelt hat. Hierzu sind drei Gesichtspunkte anzumerken: Erstens wäre zu klären gewesen, ob gerade das Verdeckungsziel angesichts mehrerer zusammenwirkender Motive handlungsleitend war (sog. Motivbündel) (1.). Zweitens ist dem BGH darin beizupflichten, dass er nunmehr Verdeckungsabsicht ausnahmsweise ausschließt, wenn der Täter allein aufgrund einer hochgradigen affektiven Erregung getötet hat (2.). Allerdings ist drittens, entgegen dem BGH, dafür der dogmatische Weg über die Überlegtheit als zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung vorzugswürdig (3.).

1. Motivbündel

Es überrascht zunächst, dass der Senat das Problem des Motivbündels nicht thematisiert. Denn A hatte hier möglicherweise mehrere Beweggründe für die Tötung. Sie hatte nicht nur Angst, bestraft zu werden, sondern sie war auch über die Äußerungen der P verärgert, und sie befürchtete zudem, dass der Vertrauensbruch gegenüber ihrer Schwester und gegenüber ihren Bekannten aufgedeckt würde. Bei solchen Motivbündeln kommt es nach ständiger Rechtsprechung darauf an, dass das Verdeckungsziel der leitende, die Tat prägende Handlungsantrieb war.¹⁴ Schon bei der Klärung dieser Frage, hätte die Wut berücksichtigt werden müssen. Sie könnte nämlich dazu geführt haben, dass die Verdeckungsmotivation bei der Tötung nicht handlungsleitend war. Auf dieser Prüfungsebene ist der Gedankengang also nicht, dass grundsätzlich Verdeckungsabsicht vorliegt, sie aber ausnahmsweise ausgeschlossen sein kann, wenn A ausschließlich aus Wut getötet hat. Vielmehr muss zur Überzeugung des Gerichts feststehen, dass das Verdeckungsziel unter den zusammenwirkenden Anlässen der Tat gerade die Triebfeder des Täterhandelns war. Kann nicht festgestellt werden, welcher der Handlungsantriebe das Hauptmotiv war, so ist nach dem Grundsatz in dubio pro reo Verdeckungsabsicht zu verneinen.¹⁵ Kann bei mehreren Motiven das bewusstseinsdominante nicht festgestellt werden, so kann nicht unterstellt werden, dass der Täter vorrangig aufgrund des Verdeckungsmotivs gehandelt hat.

2. Ausschluss von Affekttaten als Ausnahme

Der Senat prüft die Wut der P nur unter dem Aspekt, dass die Verdeckungsabsicht ausnahmsweise ausgeschlossen sein kann, wenn der Täter ausschließlich aus Wut getötet hat (Rn. 16).

Grundsätzlich ist es zu begrüßen, dass sich der BGH der Überlegung öffnet, die Einschränkungen, die er für die Heimtücke bei affektiver Erregung des Täters entwickelt

hat, auch auf die Verdeckungsabsicht zu übertragen, was er bisher offen gelassen hat.¹⁶ Bei der Heimtücke erfolgt die Beschränkung dadurch, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers *bewusst* ausgenutzt haben muss.¹⁷ Dies verneint der BGH etwa, wenn der Täter aufgrund plötzlicher Wut, großer Erregung und einem Gefühl der Ausweglosigkeit handelt und er deshalb jedenfalls die Bedeutung der Opfersituation für die Tatbegehung nicht voll erfasst.¹⁸

Allerdings kann diese Überlegung, wie *Schneider* zu Recht einwendet, nicht ohne Anpassungen auf die Verdeckungsabsicht übertragen werden.¹⁹ Denn die gewöhnlich mit der Verdeckungssituation einhergehenden Gefühlsregungen wie Angst, bestraft zu werden, können – unterhalb der Schwelle der verminderten Schuldfähigkeit des § 21 StGB – nicht zugunsten des Täters berücksichtigt werden. Zwar privilegiert das StGB teilweise Selbstbegünstigungen, wie etwa bei der Strafvereitelung (§ 258 Abs. 5 StGB) oder der Gefangenenbefreiung (vgl. § 120 StGB). Dies kann bei der Verdeckungsabsicht *de lege lata* aus gesetzessystematischen Gründen nicht berücksichtigt werden, weil es sich nicht um einen allgemeinen Rechtsgedanken, sondern um Ausnahmen handelt.²⁰ Diese gewährt der Gesetzgeber, weil der Täter nur die ursprüngliche Rechtsgutsverletzung aufrechterhält und Rechtspflegeinteressen beeinträchtigt. Eine solche Ausnahme liegt bei der Verdeckungstötung nicht vor, weil der Täter über die Vortat hinaus weitere Rechtsgüter Dritter (Leben des Verdeckungsopfers) verletzt. Außerdem widerspräche eine Berücksichtigung dem gesetzgeberischen Willen, die Tötung zur Selbstbegünstigung gerade höher zu bestrafen. Das Selbstbegünstigungsmotiv als solches kann also nicht beschränkend wirken. Allerdings bleibt, anders als *Schneider* annimmt, daneben Raum, solche Fälle auszuschneiden, in denen der Täter sich vorrangig wegen solcher Affekte zu einer Tötung hinreißen lässt, die nicht verdeckungstypisch sind. Ein Beispiel ist folgender Fall, in dem auch der BGH nahe legte, die Verdeckungsabsicht zu verneinen:²¹ Der Täter hatte sein (andersgeschlechtliches) Opfer nach einverständlichen sexuellen Handlungen zuerst schwer misshandelt, weil es ihn abfällig als schwul bezeichnet hatte. Nachdem ihm klar geworden war, dass ihm deswegen Bestrafung drohte, und weil er weiterhin schwer gekränkt war, tötete er sein Opfer. Im Ergebnis ist Verdeckungsabsicht zu verneinen, wenn die Tötungshandlung überwiegend durch einen heftigen Affekt verursacht war, der nicht verdeckungstypisch ist. Neben plötzlicher Wut kommen etwa extreme Panik aus einer Fluchtsituation heraus oder hochgradige Gekränktheit in Betracht.

¹⁶ Offen gelassen in BGH NJW 1999, 1039, 1041; dazu *Simm*, a.a.O. (Fn. 14), § 211 Rn. 80.

¹⁷ H.M. u. st. Rspr., s. die Nachweise bei *Simm*, a.a.O. (Fn. 14), § 211 Rn. 42 Fn. 393.

¹⁸ BGH NJW 1966, 1823, 1824; NSTz 1987, 554, 555.

¹⁹ *Schneider*, a.a.O. (Fn. 6), § 211 Rn. 187; ebenso *Geppert Jura* 2004, 242, 243.

²⁰ Vgl. *Schneider*, a.a.O. (Fn. 6), § 211 Rn. 167 ff.; *Sowada JZ* 2000, 1035, 1039; a.A. *Neumann*, a.a.O. (Fn. 12), § 211 Rn. 91 m.w.N.

²¹ BGH NSTz 1981, 488 f.

¹⁴ BGH NSTz 2003, 261; 2005, 332, 333; *Simm*, in: SK-StGB, 125. Lfg. (Oktober 2010), § 211 Rn. 80 m.w.N.

¹⁵ Vgl. *Schneider*, a.a.O. (Fn. 6), § 211 Rn. 77; *Fischer*, StGB, 58. Aufl. (2011), § 211 Rn. 19.

3. Affekttaten und das Überlegtheitskriterium

a) Der Lösungsweg des BGH

Ausgeblendet wurde in dem bisher Gesagten, dass der Senat darauf hinweist, Verdeckungsabsicht sei durch die Spontaneität der Tat nicht ausgeschlossen und erfordere gerade keine Überlegtheit (Rn. 16). Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechungslinie, seitdem der BGH die verfassungsgerichtliche Anregung, Verdeckungsabsicht auf im Voraus geplante Tötungen zu begrenzen,²² ebenso zurückgewiesen²³ hat wie eine Restriktion auf Verdeckungstötungen mit Überlegung.²⁴ Stattdessen bemühte sich der 2. Senat zunächst mit seiner Zäsur-Rechtsprechung um die verfassungsrechtlich gebotene Einschränkung.²⁵ Nach dieser war Verdeckungsabsicht zu verneinen, wenn Vor- und Verdeckungstat unmittelbar aneinander anschlossen, dieselbe Angriffsrichtung hatten und beide spontan ausgeführt wurden. Allerdings folgten dem die anderen Strafsenate faktisch nicht, indem sie die von ihnen zu entscheidenden Fälle jeweils mit einengenden Ausschlusskriterien abgrenzten, wie etwa, dass der Täter sich bereits rechtsfeindlich in die Situation begeben hatte.²⁶ Der 2. Senat gab seinen Vorschlag angesichts heftiger Kritik schließlich auf.²⁷ Zwar gingen seine Überlegungen schon in die richtige Richtung, allerdings wurde zu Recht kritisiert, dass die statuierte Ausnahme zu eng sei. Es ist nicht überzeugend, dass ähnlich gelagerte Konstellationen nicht erfasst sind, wie etwa die spontan-affektive Verdeckungstötung nach *geplanter* Vortat oder nach einer Vortat mit anderer Angriffsrichtung. Im Ergebnis sind die Überlegungen des BGH dazu, wie die Verdeckungsabsicht verfassungskonform eng ausgelegt werden kann, inzwischen „wieder auf dem Nullpunkt angelangt“, wie *Eser* schreibt.²⁸

Der BGH versucht zudem teilweise Ausnahmen zu identifizieren, indem er die Verdeckungsabsicht als Sonderfall der niedrigen Beweggründe behandelt und insofern einer

Gesamtwürdigung anhand von Verwerflichkeitsaspekten zugänglich macht.²⁹ Dies birgt aber im Gegensatz zur ursprünglichen Intention der Einschränkung zum einen das Risiko einer ausweitenden Auslegung, weil mit dem Argument des Erst-Recht-Schlusses Fallgruppen erfasst werden können, die zwar nicht zum Kern der Verdeckungstötungen gehören, aber ähnlich verwerflich sind.³⁰ Dies zeigt sich etwa darin, dass der BGH eine Verdeckung durch die *Tötungshandlung* (z.B. Brandlegung zur Spurenbeseitigung unter Inkaufnahme von Brandopfern)³¹ ebenso genügen lässt wie Tötungen zu sog. außerstrafrechtlichen Zwecken (z.B. Ausschalten eines für den Täter nur innerhalb seines Verbrecherkreises gefährlichen Opfers).³² Zum anderen ist eine Gesamtwürdigung unter Verwerflichkeitsgesichtspunkten mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG problematisch.³³ Denn sie ist in besonderem Maße anfällig dafür, sie mit Bewertungen auszufüllen, die je nach persönlicher Einstellung stark differieren können und deren Allgemeinverbindlichkeit in einer pluralistischen Gesellschaft ohne Positivierung schwer feststellbar sind. Dieser Einwand trifft auch die Lehren von der negativen und positiven Typenkorrektur.³⁴ Denn auch sie stellen auf eine Gesamtbewertung anhand der Verwerflichkeit ab.

b) Überlegtheit als Tatbestandsvoraussetzung der Verdeckungsabsicht

Überzeugender ist es mit einer Minderheitsansicht darauf abzustellen, dass der Täter zur Verdeckung einer Straftat getötet und die Tötungshandlung *mit Überlegung* vorgenommen hat.³⁵ Das Überlegtheitskriterium bietet eine dogmatische Herleitung für die von der Zäsur-Rechtsprechung zu Recht aufgestellten Ausnahmen. Da es weiter gefasst ist, werden aber auch die zu Unrecht ausgeschlossenen ähnlich gelagerten Fallkonstellationen erfasst (z.B. Affekttaten nach *geplanter* Vortat). Es entspricht außerdem in größerem Maße den Bestimmtheitsanforderungen als die Restriktionen über die Motivgeneralklausel, weil es nicht auf eine Gesamtbetrachtung anhand sittlicher Maßstäbe abstellt.³⁶ Letztlich stellt es sicher, dass das Merkmal der Verdeckungsabsicht eng ausgelegt wird, weil für sein Vorliegen eine zusätzliche Voraussetzung, die Überlegtheit, erfüllt sein muss.

Auf der Grundlage von *Köhlers* Ausführungen kann das Überlegtheitskriterium auf folgende Erwägungen gestützt werden, die hier nur cursorisch erörtert werden

²² BVerfGE 45, 187, 267.

²³ BGHSt 27, 281, 282; BGH bei *Holtz* MDR 1980, 104, 105; BGH I StR 3/07, Urteil v. 3. Juli 2007, Rn. 39 (insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 51, 367) = HRRS 2007 Nr. 710.

²⁴ *Hohmann/Matt* JA 1989, 134, 136 f., 138; *Köhler* GA 1980, 121, 130 ff.; *Meyer* JR 1979, 485, 488 f.; *Schmidhäuser* JR 1978, 265, 270; *Wohlers* JuS 1990, 20, 23 f.; befürwortend auch *Jescheck* in seinem Gutachten zu BVerfGE 45, 187, in: *Jescheck/Triffterer*, Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? (1978), S. 127, 130 f.; dagegen die h.M. *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT/1, 35. Aufl. (2011), Rn. 129 ff. m.w.N. Vgl. zur Kritik *Rissing-van San*, Das systematische Verhältnis von Mord und Totschlag und die Reform der Tötungsdelikte, in: *Jahn/Nack* (Hrsg.), Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht? (2010), S. 26, 28 f.

²⁵ BGHSt 27, 346, 348 f.; dazu *Rengier*, Strafrecht BT II, 12. Aufl. (2011), § 4 Rn. 65 m.w.N.

²⁶ Etwa BGHSt 28, 77, 80 ff.

²⁷ BGHSt 27, 346 aufgegeben in BGHSt 35, 116, 119 ff.; zur Kritik *Eser* NSTZ 1983, 433, 439 f.; *Hohmann/Matt* JA 1989, 134, 135 ff.; *Köhler* GA 1980, 121, 128 f.; *Meyer* JR 1979, 488 f.; *Timpe* NSTZ 1989, 68, 69 f.; vgl. auch *Schneider*, a.a.O. (Fn. 6), § 211 Rn. 186 m.w.N.

²⁸ *Eser*, a.a.O. (Fn. 2), § 211 Rn. 32a.

²⁹ BGHSt 35, 116, 126 f.; vgl. auch BGH NSTZ-RR 2009, 173, 174 = HRRS 2008 Nr. 841; krit. BGHSt 41, 358, 361 f.; dazu *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), § 211 Rn. 13.

³⁰ *Heine/Höpfel/Huber* u.a., AE Leben, GA 2008, 193, 214 f.; *Küper* JZ 1995, 1158, 1164.

³¹ BGHSt 41, 358, 360 ff.

³² BGHSt 41, 8, 9 f.

³³ Vgl. *Fischer*, a.a.O. (Fn. 15), § 211 Rn. 19.

³⁴ Dazu die Nachw. bei *Eser*, a.a.O. (Fn. 2), § 211 Rn. 10; krit. etwa *Neumann*, a.a.O. (Fn. 12), Vor § 211 Rn. 147; *Heine/Höpfel/Huber* u.a., AE Leben, GA 2008, 193, 215.

³⁵ Nachw. o. Fn. 24.

³⁶ Vgl. *Köhler* GA 1980, 121, 130 f., jedenfalls wenn es als Zusatzkriterium fungiert. Die Sprunghaftigkeit der Reichsgerichts-Rechtsprechung zum Überlegtheitskriterium war der Tatsache geschuldet, dass Überlegtheit das einzige Mordmerkmal war.

können:³⁷ Ausgehend davon, dass jede Tötung schwere Schuld ist, kann die absolute Strafandrohung des § 211 StGB nur damit begründet werden, dass *zusätzliche* schulderhöhende Umstände vorliegen. Der gedankliche Weg ist also dem Herkömmlichen entgegengesetzt: Es ist nicht nach Ausnahmen zu suchen. Vielmehr sind die Hürden für § 211 StGB hoch genug anzulegen, so dass die angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe der Schuld angemessen ist und somit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht. Ob die Überlegtheit, wie Köhler annimmt, ein allgemeines Kriterium zur Abgrenzung von Mord und Totschlag sein kann, ist zweifelhaft.³⁸ Im Hinblick auf die Verdeckungsabsicht ist das Erfordernis der Überlegtheit allerdings einleuchtend begründbar. Zum einen kann mit dem Wortlaut argumentiert werden, dass ein Verdecken ein reflektiertes Vorgehen erfordert. Zum anderen gehen Verdeckungstötungen sehr häufig mit schuld mindernden Umständen einher, so dass es im besonderen Maße erforderlich ist, ein Kriterium zu finden, das die Fallgestaltungen herausfiltert, die dennoch höchste Strafe verdienen. Zwar kann die Selbstbegünstigung als solche aufgrund der Gesetzesentscheidung nicht als schuld mindernd berücksichtigt werden,³⁹ allerdings besteht Einigkeit darüber, dass Verdeckungstötungen oft in besonderen Konflikt- und Affektsituationen begangen werden, etwa in Panik, nach gegenseitigen Tätlichkeiten oder auf der Flucht.⁴⁰ Diese besonderen schuld mindernden Faktoren können über das Erfordernis der Überlegtheit berücksichtigt werden. Dies kann meines Erachtens zudem mit einem Rückgriff auf die Kriterien begründet werden, die § 46 Abs. 2 StGB für die Strafzumessungsschuld mit Blick auf das Gewicht der Tat aufstellt. Als Folge der absoluten Strafandrohung des § 211 StGB geht es bereits auf der Tatbestandsebene, also bei der Straf begründung, um eine Graduierung von Schuld, die sonst bei der Strafzumessung vorgenommen wird. Nach § 46 Abs. 2 StGB erfordert höchste Schuld neben der besonders verwerflichen Motivation, die hier im Verdeckungsmotiv liegt, vor allem einen hohen Grad an aufgewendetem Willen, Pflichtwidrigkeit und Handlungsintensität. Nach allgemeiner Ansicht wirkt sich eine Tatvorbereitung oder ein Vorgehen nach Plan strafscharfend aus.⁴¹ Nach diesem Maßstab wiegt die Schuld eines Täters höher, der die Verdeckungstötung aufgrund einer nach innerer Abwägung gewonnenen Entscheidung vornimmt, als die Schuld eines affektiv-spontan Handelnden. Da es angesichts der Höchststrafe schon auf der Tatbestandsebene um Schuldabstufung geht, genügt es auch nicht, Affekte über eine Schuld minderung gem. § 21 StGB entlastend zu berücksichtigen.⁴² Zudem müssen, wie etwa bei der Heimtücke, auch hochgradige Erregungen unterhalb der Schwelle des § 21 StGB Beachtung finden können.

Wann das Überlegtheitskriterium erfüllt ist, kann hier nicht abschließend geklärt werden. Für die Auslegung kann auf die *Grundgedanken* der Rechtsprechung des

Reichsgerichts verwiesen werden, die zum bis 1941 geltenden Mordtatbestand ergangen ist, der die Überlegtheit als (einziges) Mordmerkmal statuierte. Danach ist mit *Wohlers* Verdeckungsabsicht nur zu bejahen, wenn der Täter über den Tötungsvorsatz hinaus vor oder bei der Tötungshandlung die ihn zur Tat drängenden und von ihr abhaltenden Gründe erwogen hat.⁴³ Dies ist zum einen anzunehmen, wenn der Täter die Verdeckungstötung vor Begehung der Vortat geplant hat und dieser Entschluss bei der Tötungshandlung fortwirkt. Fehlt es an einem derartigen Plan, kommt es darauf an, ob der Täter mit Überlegung gehandelt hat. Dies ist insbesondere ausgeschlossen, wenn er aus einem hochgradigen Affekt⁴⁴ heraus handelt, der ein Nachdenken ausschloss, wie z.B. plötzliche, übermächtige Wut.

IV. Niedrige Beweggründe bei verdeckungsnahen Fällen

Der Senat weist darauf hin, dass niedrige Beweggründe zu prüfen seien, falls Verdeckungsabsicht ausscheide (Rn. 24). Das Motiv, die Überführung durch Beseitigung eines Belastungszeugen zu erschweren, deute auf niedrige Beweggründe hin. Neben der Verdeckungsabsicht seien niedrige Beweggründe allerdings ausgeschlossen, wenn sie keinen über das Verdeckungsmotiv hinausgehenden Unrechtsgehalt aufwiesen. Damit betrachtet der Senat auf der bisherigen Linie des BGH⁴⁵ Verdeckungsabsicht als einen Sonderfall der niedrigen Beweggründe und letztere als Auffangtatbestand für verdeckungsnahen Fälle.

Diese Einordnung überzeugt aus zwei Gründen nicht. Erstens ist sie mit den Auslegungsmethoden schwer zu begründen.⁴⁶ Der Wortlaut und die Gesetzessystematik sprechen gegen Verdeckungsabsicht als *Unterfall* der niedrigen Beweggründe, weil sie nicht in derselben Gruppe und erst nach den „sonstigen niedrigen Beweggründe“ genannt wird, so dass sich das „sonstige“ nicht auf sie beziehen kann. Der nationalsozialistische Gesetzgeber der tatbestandlich noch heute geltenden Fassung des § 211 StGB mag davon ausgegangen sein, dass die Mordmerkmale als eine Art Regelbeispiele fungieren sollten.⁴⁷ Auf der Folie der Lehre vom normativen Tätertyp sollte nach dem Willen des damaligen Gesetzgebers die gesamte Persönlichkeit des Täters gewürdigt werden

⁴³ *Wohlers* JuS 1990, 20, 24. Vgl. RGSt 42, 260, 262; 70, 257, 259.

⁴⁴ Noch zu klären wäre, wann ein Affekt hochgradig ist und wann er entlastend wirkt. Diesbezüglich kann hier nur auf die äußerst strittigen Überlegungen zu §§ 20, 21 StGB verwiesen werden, s. *Perron*, in: Schönke/Schröder, a.a.O. (Fn. 2), § 20 Rn. 15 m.N. Grundl. *Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, S. 442 ff.

⁴⁵ BGHSt 41, 8 ff.; BGH NSTZ 1999, 615, 616. Vgl. *Fischer*, a.a.O. (Fn. 15), § 211 Rn. 69. Krit. *Küper* JZ 1995, 1158, 1162; *Sowada* JZ 2000, 1035, 1038 f.

⁴⁶ Zum Folgenden *Wohlers* JuS 1990, 20, 22 f.; *Sowada* JZ 2000, 1035, 1041 ff.

⁴⁷ Hierzu und zum Folgenden *Eser*, Gutachten D, in: Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages (1980), Bd. 1, Teil D, S. 33; *Frommel* JZ 1980, 559, 560 jew. m.N.

³⁷ *Köhler* GA 1980, 121, 130 ff.; s. a. *ders.*, Zur Zurechnung von Affekt und Leidenschaft, in: *Kluszczewski* (Hrsg.), Affekt und Strafrecht, 2004, S. 9 ff.; *Wohlers* JuS 1990, 20, 22 f.

³⁸ *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 199 ff. S. o. III. 2.

³⁹ *Schneider*, a.a.O. (Fn. 6), § 211 Rn. 167 m.N.

⁴⁰ *Eser*, a.a.O. (Fn. 2), § 46 Rn. 16 m.w.N.

⁴¹ *A.A. Timpe* NSTZ 1989, 70, 71.

– deshalb spricht das Gesetz von dem „Mörder“.⁴⁸ Dabei sollten die Mordmerkmale nur Anhaltspunkte für die besondere Verwerflichkeit sein. Jedoch ist diese Lehre zum einen abzulehnen, weil sie Strafe nicht nach der Höhe des Unrechts und der Schuld der konkreten Tat, sondern nach einer normativen Einordnung des Täters (etwa als sog. „Volksschädling“) bemisst. Zum anderen haben die Überlegungen des Gesetzgebers insofern keinen Niederschlag im Wortlaut des § 211 StGB gefunden, als die Norm gerade nicht anhand von Regelbeispielen formuliert ist. Dies war deshalb nicht notwendig, weil § 2 StGB a.F.⁴⁹ die Entscheidung des Richters an dem sog. „Volksempfinden“ orientierte, also die notwendige Offenheit gewährleistete. Gegen die Behandlung der niedrigen Beweggründe als *Auffangtatbestand* spricht das Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG), wie *Neumann* aufzeigt.⁵⁰ Der Gesetzgeber hat mit der Verdeckungsabsicht die vom Mord erfassten Verdeckungsfälle abschließend geregelt, so dass nicht durch die Hintertür der niedrigen Beweggründe alle ähnlich gelagerten Fälle erfasst sein können. Darauf läuft es aber hinaus, wenn es für ihr Vorliegen als ausreichend erachtet wird, dass der Täter verdeckungsähnlich gehandelt hat. Niedrige Beweggründe kommen nur in Betracht, wenn sie nach der allgemeinen Definition zu bejahen sind, d.h. die Motive des Täters sittlich auf niedrigster Stufe stehen. Dabei ist zu beachten, dass die Selbstbegünstigung als solche moralisch nicht *besonders* verwerflich ist, vor allem weil sie nachvollziehbar ist. Anders als bei den genuinen Verdeckungsabsichtsfällen ist auch das krasse Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel jedenfalls in den spontan-affektiven Fällen zweifelhaft.

Zweitens ist es wenig überzeugend, dass die Rechtsprechung angesichts des in sich widersprüchlichen Gesetzes den Widerspruch aufzulösen versucht, indem sie die verdeckungsnahen Fälle von den niedrigen Beweggrün-

⁴⁸ Wie weit die Lehre vom normativen Tätertyp in § 211 StGB eingeflossen ist, ist str. (s. *Frommel* JZ 1980, 559 ff. m.N.). Vgl. auch *Kargl* StraFo 2001, 365, 368.

⁴⁹ I.d.F.v. 28. Juni 1935, RGBI I, 839; aufgehoben durch G. Nr. 11 d. Kontrollrats von Deutschland v. 30. Juni 1946 (Abl. des Kontrollrats, S. 55). § 2 Abs. 1 RStGB lautete: Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient.

⁵⁰ *Neumann*, a.a.O. (Fn. 12), § 211 Rn. 87.

den zu erfassen sucht.⁵¹ Dadurch gerät die Rechtsprechung von einem Verhängnis ins andere: Entweder muss sie wertungsmäßig widersprüchlich entscheiden, also Fälle als Totschlag behandeln, die von ihrem Charakter her auf einer Stufe mit dem Verdeckungsmord stehen, oder – das ist der Weg, den sie geht – sie wendet die niedrigen Beweggründe an, bei denen ganz überwiegend die fehlende Bestimmtheit und Abgrenzungsklarheit moniert wird.⁵² Dies trägt dazu bei, dass heute faktisch die überwiegende Zahl der Verurteilungen wegen Mordes ausgerechnet wegen desjenigen Mordmerkmals erfolgt, das am wenigsten konturiert ist und das in der Praxis wenig einheitlich angewendet wird. Verurteilungen wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen werden zudem häufig in der Revision aufgehoben. Insgesamt ist dies mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 Abs. 2 GG und auf das rechtstaatliche Gebot der Rechtssicherheit bedenklich.

V. Fazit

Bei all dem Hin und Her, das bei der Auslegung der Verdeckungsabsicht zu verzeichnen ist, scheint der Auslöser aus dem Blick geraten zu sein: Es ist verfassungsrechtlich geboten, Verdeckungsabsicht eng auszulegen. Nachdem der BGH eine Einschränkung über seine Zäsur-Rechtsprechung aufgegeben hat, sind seine Überlegungen zur Restriktion der Verdeckungsabsicht zum Stillstand gekommen. Darüber hinaus hatte die Kategorisierung der Verdeckungsabsicht als Unterfall der niedrigen Beweggründe zur Folge, dass der Anwendungsbereich eher ausgeweitet wurde und dass angesichts einer wenig konturierten Gesamtabwägung die Vorhersehbarkeit abhanden gekommen ist. Damit ist nicht nur nicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprochen, sondern es wurden auch die rechtsstaatlichen Gebote der Bestimmtheit und Rechtssicherheit in Mitleidenschaft gezogen. Dagegen könnte das Erfordernis der Überlegtheit als zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung dazu beitragen, die Verdeckungsabsicht auf die höchststrafwürdigen Fälle zu begrenzen und eine Auslegung zu gewährleisten, die dem Bestimmtheitsgebot gerecht wird.

⁵¹ Hierzu und zum Folgenden *Heine/Höpfel/Huber* u.a., AE Leben, GA 2008, 193, 214 f.; *Kargl* StraFo 2001, 365, 367 f.

⁵² *Fischer*, a.a.O. (Fn. 15), § 211 Rn. 17; *Kargl* StraFo 2001, 365, 367 f.; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 12), § 211 Rn. 26 jew. m.w.N.

Zur Reichweite von § 73d StGB: Der erweiterte Verfall vor neuen Legitimationsdefiziten?

Von Dr. Nina Nestler*

I. Problemstellung

Seit beinahe 20 Jahren stellt § 73d StGB Wissenschaft und Praxis vor bislang überwiegend ungeklärte Fragen. Die erheblichen Schwierigkeiten¹, welche die Anwendung der Vorschrift bereitet, basieren größtenteils auf ihrer zweifelhaften Einordnung als Maßnahme sui generis, der es am Charakter einer Strafe oder strafähnlichen Unrechtsreaktion fehlen soll.² Das BVerfG höchst selbst hat der Norm bereits im Jahr 2004 seinen Segen erteilt³ und dabei insbesondere die unter anderem vom 4. Strafsenat des BGH praktizierte⁴ verfassungskonforme Auslegung des § 73d StGB konsentiert⁵.

Einen wesentlichen Teil der verfassungsgerichtlichen Entscheidung machte dabei die Prüfung der Zulässigkeit des Eingriffs in Art. 14 GG aus, wobei der 2. Senat des BVerfG seinen Fokus vor allem auf die mögliche Verlet-

zung der Eigentumsrechte Dritter legte.⁶ Da deren Rechte oder etwaig bestehende Ausgleichsansprüche nach damaliger Rechtslage wegen der fehlenden Verweisung von § 73d Abs. 1 S. 3 StGB a.F. auf § 73 Abs. 1 S. 2 StGB unberücksichtigt blieben, richtete das BVerfG an den Gesetzgeber anlässlich seiner Entscheidung den Auftrag, diesen Missstand zu beheben.⁷

Die mangelnde Wahrung möglicher Ausgleichsansprüche Tatgeschädigter in § 73d StGB a.F. veranlasste zu Spekulationen um das Verhältnis dieser Regelung zu § 73 StGB. Die Anordnung des erweiterten Verfalls dürfe jedenfalls nicht dazu führen, dass Dritte ihrer Ansprüche verlustig gehen.⁸ Im Hinblick auf diese Zielsetzung folgten Interpretationen von Systematik und Relation der Vorschriften § 73d StGB und § 73 StGB zu einander, die weder eine klare Linie aufwiesen noch zu einem eindeutigen Resultat führten.⁹

Der 3. Strafsenat des BGH hatte sich in einer Entscheidung vom 7. Juli 2011¹⁰ erneut mit dieser Frage auseinandersetzen. Er gelangte dabei zu dem Ergebnis, § 73d StGB solle (jetzt) auch in Betracht kommen, wenn nach Ausschöpfung aller Beweismittel die rechtswidrige Herkunft des Erlangten zwar zur Überzeugung des Gerichts feststeht, jedoch nicht geklärt werden kann, ob jene Gegenstände aus den abgeurteilten oder anderen Taten stammen.¹¹ Anschließend an einige grundlegende Bemerkungen zu § 73d StGB (II.) klären die nachfolgenden Ausführungen, welche Konsequenzen sich unter anderem aus jener Entscheidung für das Verhältnis des § 73d StGB zu § 73 StGB ergeben (III.), und ob das genannte Judikat die Legitimation des erweiterten Verfalls in Frage zu stellen geeignet ist (IV.).

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Assistentin und Habilitandin am Lehrstuhl für Kriminologie und Strafrecht (Prof. Dr. Klaus Laubenthal) an der Universität Würzburg.

¹ Vgl. nur zur Kritik *Fischer*, StGB, 58. Aufl. (2011), § 73d Rn. 6 f.; siehe zu den erhobenen Bedenken auch *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 73d Rn. 2; *Herzog*, in: NK-StGB, 3. Aufl. (2010), § 73d Rn. 3 f.; *Joecks*, in: MüKo-StGB (2005), § 73d Rn. 13 ff.; *Keusch*, Probleme des Verfalls im Strafrecht (2005), S. 150 ff.; *Köhler/Beck* JZ 1991, 797, 804; *Schultehinrichs*, Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten (1991), S. 196; *Wolters/Horn*, in: SK-StGB (2009), § 73d Rn. 2; *Weßlau* StV 1991, 226, 233; vgl. auch *Perron* JZ 1993, 918, 919 ff.

² *Schmidt*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2008), § 73d Rn. 4; *Schmidt*, Gewinnabschöpfung im Straf- und Bußgeldverfahren (2006), S. 10 ff., 13 f.; siehe dazu auch *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (1996), S. 793; *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), § 73 Rn. 1 sowie § 73d Rn. 3; *Möhrenschläger* Wistra 1992, 281, 286; krit. *Diehm*, Die Menschenrechte der EMRK und ihr Einfluß auf das deutsche Strafgesetzbuch (2006), S. 534, 546; *Eser* (Fn. 1), § 73d Rn. 2; *Fischer* (Fn. 1), § 73d Rn. 4 ff., § 73 Rn. 4; *Herzog* (Fn. 1), § 73d Rn. 3 f.; *Hoyer* GA 1993, 406, 421; *Keusch* (Fn. 1), S. 150 ff., 155; *Köhler/Beck* JZ 1991, 797, 804; *Perron* JZ 1993, 918, 919 ff. mit detaillierter Verhältnismäßigkeitsprüfung; *Schultehinrichs* (Fn. 1), S. 196; *Weßlau* StV 1991, 226, 233; *Wolters/Horn* (Fn. 1), § 73d Rn. 2; a.A. *Katholnigg* JR 1994, 353, 355.

³ BVerfGE 110, 1 ff.

⁴ BGHSt 40, 371, 372.

⁵ BVerfGE 110, 1, 26 f.

⁶ BVerfGE 110, 1, 23-31.

⁷ BVerfGE 110, 1, 31.

⁸ *Julius* ZStW 1997, 58, 95 ff.

⁹ Vgl. nur Fn. 1 und 2 zu dem umfangreichen Schrifttum; ferner *Julius* ZStW 1997, 58, 99 f.

¹⁰ BGH BeckRS 2011, 19724 = HRRS 2011, Nr. 754.

¹¹ BGH BeckRS 2011, 19724 (dort Rn. 7).

II. Grundlegendes zu § 73d StGB

1. Regelungszweck und Einwände

Kritiker bringen gegen die Regelung des § 73d StGB im Wesentlichen¹² zwei Kategorien von Einwendungen vor: Die erste Gruppe betrifft den (fraglichen) Strafcharakter¹³ der Rechtsfolge sowie daran anknüpfend Verstöße gegen die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK¹⁴ bzw. das Schuldprinzip¹⁵. Die Vorschrift führe faktisch zu einer im Strafprozess unzulässigen Beweislastumkehr.¹⁶ Der zweite Komplex von Einwänden knüpft an eine Verletzung grundrechtlicher Positionen, insbesondere an Art. 14 GG an.¹⁷ Im Hinblick auf die Eigentumsgarantie findet sich der Vorwurf, der erweiterte Verfall entziehe – auch Dritten – Vermögenswerte unabhängig von der zivilrechtlichen Wirksamkeit ihrer Erlangung.¹⁸

2. Legitimation des (erweiterten) Verfalls

Das BVerfG bescheinigte dem § 73d StGB in seiner diesbezüglichen Entscheidung aus dem Jahr 2004 allerdings fehlenden Strafcharakter.¹⁹ Die Norm stelle keine Strafe oder strafähnliche Sanktion dar; ihr Zweck liege vielmehr allein in der Korrektur unrechtmäßiger Vermögensverschiebungen. Sie weise daher eine ausschließlich präventive Zielrichtung auf, während Elemente der Repression keine Rolle spielten. Aus diesem Grund komme es – dem Wortlaut der Vorschrift entsprechend – auch nicht auf die

Schuldfrage an.²⁰ Ebenso gelten der Schuldgrundsatz und die Unschuldsvermutung nur im Bezug auf den Schuldanspruch sowie daran anknüpfende Sanktionen.²¹ Auf im Wesentlichen dieselben Argumente berufen sich auch die wenigen Befürworter des § 73d StGB aus den Reihen der Literatur.²²

Hinsichtlich von Art. 14 GG erkennt das BVerfG in § 73d StGB eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums, wofür sodann dessen legitimer Zweck, seine Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S. näher untersucht werden.²³ In Zusammenhang mit der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie wird dabei von Anhängern der sog. Verwirkungslehre zumindest im Bezug auf den Täter selbst die Auffassung vertreten, durch entsprechendes rechtswidriges Verhalten, habe jener sein Eigentumsrecht insoweit eingebüßt und die Regelung zum (erweiterten) Verfall sei diesbezüglich nicht zu beanstanden.²⁴ Zudem ließen sich – zweifelhaft – unbillige Ergebnisse gegenüber Dritten durch §§ 73d Abs. 4, 73c StGB vermeiden bzw. ausgleichen.²⁵

III. § 73d StGB in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

1. BGH-Entscheidung vom 7. Juli 2011

In seiner Entscheidung vom 7. Juli 2011²⁶ hatte sich der BGH mit der Revision gegen ein Urteil des LG Wuppertal²⁷ zu befassen. Dem Judikat lag ein Sachverhalt aus der Betäubungsmittelszene zu Grunde, anlässlich dessen nach Meinung der die Revision führenden Staatsanwaltschaft der erweiterte Verfall hätte angeordnet werden müssen. Es bestanden Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte aus dem Handelstreiben mit Betäubungsmitteln sowohl in den abgeurteilten als auch in anderen Fällen erhebliche Einnahmen erzielte. Auch nach Ansicht des 3. Strafsenats des BGH hätte sich das LG daher sowohl mit den Voraussetzungen des Verfalls nach § 73 StGB als auch mit denen des erweiterten Verfalls nach § 73d StGB, §§ 30 Abs. 1 Nr. 4, 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG auseinandersetzen müssen.²⁸

Der Senat hob das landgerichtliche Urteil insoweit auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung an das LG Wuppertal zurück.²⁹ Als Marschroute für die neuerliche Entscheidung verlautbarte er seine Auffassung zu § 73d StGB, insbesondere zu dessen Anwendungsreich. Gem. § 73d StGB können demnach Gegenstände

¹² Die Darstellung erfolgt aus Raumgründen stark verkürzt.

¹³ Siehe dazu nur *Diehm* (Fn. 2), S. 534, 546; *Eser* (Fn. 1), § 73d Rn. 2; *Fischer* (Fn. 1), § 73d Rn. 4 ff., § 73 Rn. 4; *Herzog* (Fn. 1), § 73d Rn. 3 f.; *Hoyer GA* 1993, 406, 421; *Jeschek/Weigend* (Fn. 2), S. 795; *Keusch* (Fn. 1), S. 150 ff., 155; *Köhler/Beck JZ* 1991, 797, 804; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 73 Rn. 1; *Perron JZ* 1993, 918, 919 ff.; *Schmidt*, Gewinnabschöpfung im Straf- und Bußgeldverfahren (2006), S. 10 ff., 13 f.; *Schulteheinrichs* (Fn. 1), S. 196; *Weßlau StV* 1991, 226, 233; *Wolters/Horn* (Fn. 1), § 73d Rn. 2; a.A. *Katholnigg JR* 1994, 353, 355.

¹⁴ *Eser* (Fn. 1), § 73d Rn. 2; *Keusch* (Fn. 1), S. 134 ff.; *Weßlau StV* 1991, 226, 232; vgl. dazu auch *Dessecker*, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis (1992), S. 357; *Eser*, Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität, in: *FS-Stree/Wessels*, 1993, S. 846; ähnlich *Heckmann ZRP* 1995, 1, 2.

¹⁵ *Albrecht*, Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, in: *Meyer/Dessecker/Smattan* (Hrsg.), Rechtsvergleichende und kriminologische Untersuchung (1989), S. 59 f.; *Eser* (Fn. 1), S. 833; *Julius ZStW* 1997, 58, 94 ff.; *Wallschläger*, Die strafrechtlichen Verfallvorschriften (2002), S. 152 ff.; *Weßlau StV* 1991, 226, 232; ferner *Perron JZ* 1993, 918, 919; *Schulteheinrichs* (Fn. 1), S. 168 zu dem durch Art. 14 IPBPR garantierten Schutz vor Selbstbezeichnung.

¹⁶ *Dannert*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beweislastumkehr im materiellen Strafrecht (2001), S. 74 f.; *Schulteheinrichs* (Fn. 1), S. 166 f.; *Weßlau StV* 1991, 226, 232.

¹⁷ *Weßlau StV* 1991, 226, 232; a.A. *Katholnigg JR* 1994, 353, 355; *Schmidt* (Fn. 2), § 73d Rn. 19 ff.; vgl. dazu insb. *BVerfGE* 110, 1, 31.

¹⁸ *Köhler/Beck JZ* 1991, 797, 799.

¹⁹ *BVerfGE* 110, 1, 14 ff.; so auch *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 73 Rn. 1.

²⁰ *BVerfGE* 110, 1, 18 („Mit dieser präventiven Zielsetzung wirkt der erweiterte Verfall nicht wie eine Strafsanktion.“).

²¹ *BVerfGE* 110, 1, 13 ff.; *BGHSt* 47, 369, 372 f.; krit. *Dannecker NSTz* 2006, 683 statt vieler.

²² So z.B. *Schmidt* (Fn. 2), § 73d Rn. 19 ff.; ähnlich *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 73 Rn. 1; vgl. auch *Wolters/Horn* (Fn. 1), § 73d Rn. 2; krit. nach wie vor *Herzog JR* 2004, 494 ff.

²³ *BVerfGE* 110, 1, 23.

²⁴ *Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, 1969, S. 170 ff.; *Eser* (Fn. 1), S. 833; vgl. auch *Julius ZStW* 1997, 58 ff.

²⁵ *BVerfGE* 110, 1, 25; krit. *Fischer* (Fn. 1), § 73d Rn. 8.

²⁶ *BGH BeckRS* 2011, 19724.

²⁷ *LG Wuppertal*, Urteil v. 13.9.2010.

²⁸ *BGH BeckRS* 2011, 19724.

²⁹ *BGH BeckRS* 2011, 19724.

eines an der rechtswidrigen Tat Beteiligten bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift für verfallen erklärt werden, wenn das Tatgericht nach Beweiserhebung und -würdigung zu der Überzeugung gelangt, dass jene für rechtswidrige Taten oder aus ihnen unmittelbar erlangt wurden, ohne dass diese Delikte im Einzelnen festgestellt werden müssen. Es folgt in den Gründen des Urteils sodann ein Rekurs auf vorangegangene Judikate des BGH: „Der in der Rechtsprechung des BGH geprägte Satz, die Frage des erweiterten Verfalls werde erst relevant, wenn unter Ausschöpfung aller prozessual zulässigen Mittel ausgeschlossen sei, dass die Voraussetzungen der §§ 73, 73a StGB erfüllt seien (Beschluss vom 02.10.2002 -2 StR 294/02, NStZ-RR 2003, 75, 76; Beschluss vom 7. Januar 2003 – 3 StR 421/02, NStZ 2003, 422, 423; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 73d Rn. 9 mwN), steht der Anordnung des erweiterten Verfalls (von Wertersatz) nicht (mehr) entgegen...“.³⁰ Daran an schließt sich der Hinweis, diese Auffassung sei nach früherer Rechtslage einer Wahrung der Rechte bzw. der Ausgleichansprüche Dritter geschuldet gewesen. Die Wendung, nur solche Gegenstände unterlägen dem erweiterten Verfall, die für oder aus „anderen“ (als den abgeurteilten) rechtswidrigen Taten erlangt worden seien, erschöpfe den Anwendungsbereich des erweiterten Verfalls allerdings nicht. Gleichwohl sei § 73d StGB „gegenüber § 73 StGB subsidiär“.³¹

2. Konsequenzen des Urteils

a) Bezugspunkt der Entscheidung des 3. Strafsenats

Für die bisherige Auffassung bemüht der BGH in dem Urteil vom 7. Juli 2011 den Beschluss des BVerfG zu § 73d StGB sowie die darin formulierte Mahnung, hinreichende Rücksicht auf etwaige Ansprüche und Rechte Dritter zu nehmen.³² Da nach früherer Rechtslage eine Verweisung des § 73d Abs. 1 S. 3 StGB a.F. auf § 73 Abs. 1 S. 2 StGB fehlte, existierte auch keine Möglichkeit, bei Anordnung eines erweiterten Verfalls die Belange Tatgeschädigter zu berücksichtigen. Weil aber seit dem 1. Januar 2007 mit In-Kraft-treten des Gesetzes zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten vom 24. Oktober 2006³³ § 73d Abs. 1 S. 3 StGB eine entsprechende Verweisung auf § 73 Abs. 1 S. 2 StGB beinhaltet, scheint jenes Problem nunmehr beseitigt.³⁴

b) Exklusivität zwischen § 73 StGB und § 73d StGB?

Der Wortlaut der genannten BGH-Entscheidung legt die Vermutung nahe, es habe bislang – zumindest nach Auffassung des betreffenden Spruchkörpers – in den Anwendungsbereich des § 73 StGB nur Erlangtes gehört, das unmittelbar aus der angeklagten Tat herrührt. Demgegenüber erweckt das Urteil für § 73d StGB den Eindruck, der erweiterte Verfall sei früher lediglich für Gegenstände

in Betracht gekommen, die mit großer Wahrscheinlichkeit aus anderen Taten als den verfahrensgegenständlichen stammen. Im Ergebnis bedeutete dies aber ein Exklusivitätsverhältnis zwischen beiden Vorschriften.

Der vom 3. Strafsenat des BGH unter anderem in Bezug genommene Beschluss des 2. Strafsenats aus dem Jahr 2002³⁵ trägt die Feststellung eines solchen exklusiven Verhältnisses von Verfall und erweitertem Verfall allerdings nicht. Zwar enthält besagtes Judikat das herangezogene Zitat (jedenfalls sinngemäß).³⁶ Der 2. Strafsenat brachte diese Feststellung jedoch nicht in Verbindung mit der Frage, aus welcher Tat das jeweils Erlangte stammt. In der Entscheidung vom 2. Oktober 2002 ging es vielmehr darum, klarzustellen, dass vorrangig vor der Anordnung des erweiterten Verfalls nach § 73d StGB insbesondere auch der Verfall des Wertersatzes gem. § 73a StGB zu prüfen sei.³⁷ Eben gegenüber diesem sollte § 73d StGB nach Auffassung des 2. Strafsenats nachrangig bleiben. Das zeigt sich insbesondere daran, dass der Senat in diesem Zusammenhang explizit ausführt, für den Fall einer mangelnden Feststellbarkeit der direkten Herkunft des Geldes aus den vom Schuldspruch erfassten Taten, könne stets noch der Verfall von Wertersatz nach § 73a StGB angeordnet werden.³⁸ Damit ist aber lediglich gesagt, dass § 73a StGB ebenso wie § 73 StGB Vorrang vor dem erweiterten Verfall haben soll. Nichts anderes lässt sich aus der Wendung ableiten, § 73d StGB greife erst ein, wenn die Voraussetzungen der §§ 73, 73a StGB nicht vorliegen.³⁹

Auch die zweite im Urteil vom 7. Juli 2011 genannte Entscheidung⁴⁰, enthält die Feststellung eines derartigen Exklusivitätsverhältnisses im Bezug auf den Anwendungsbereich der Normen nicht. Klargestellt wird in anderen, dort nicht erwähnten Judikaten zuweilen allenfalls, dass die dem erweiterten Verfall unterliegenden Gegenstände auch aus einer anderen als der angeklagten Tat herrühren können⁴¹ – aber nicht müssen.

Zum Teil hat die Kommentarliteratur jene Entscheidung des 2. Strafsenats aus dem Jahr 2002⁴² dahingehend interpretiert bzw. umformuliert, zunächst müsse sich die Herkunft der für verfallen zu erklärenden Gegenstände

³⁵ BGH NStZ-RR 2003, 75, 76.

³⁶ Der Verfall kann wegen der vom Schuldspruch erfassten Taten „schon nach den Vorschriften der §§ 73, 73a, 73c StGB gerechtfertigt sein. Sind die Voraussetzungen für die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz gegeben, ist für die Anordnung eines erweiterten Verfalls nach § 73d StGB kein Raum. Vor der Anwendung des § 73d muß unter Ausschöpfung aller prozessual zulässigen Mittel ausgeschlossen werden, daß die Voraussetzungen der §§ 73, 73a StGB erfüllt sind.“ (BGH NStZ-RR 2003, S. 76).

³⁷ BGH NStZ-RR 2003, 75, 76.

³⁸ BGH NStZ-RR 2003, 75, 76.

³⁹ Nichts anderes ergibt sich aus der ebenfalls von BGH BeckRS 2011, 19724 in Bezug genommenen Entscheidung BGH NStZ 2003, 422 f.

⁴⁰ BGH NStZ 2003, 422, 423 bezog sich lediglich auf den Ausschlussbestand des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB, enthält die genannte Wendung indes nicht.

⁴¹ Bspw. BGH NStZ-RR 2009, 384 = HRRS 2009, Nr. 926 („Die betreffenden Taten müssen dabei weder Gegenstand der Anklage noch bewiesen sein...“).

⁴² BGH NStZ-RR 2003, 75 f.

³⁰ BGH BeckRS 2011, 19724 (dort Rn. 7).

³¹ BGH BeckRS 2011, 19724 (dort Rn. 8).

³² BVerfGE 110, 1, 31.

³³ BGBl. 2006/I, S. 2350.

³⁴ BT-Drs. 16/700, S. 20; Schmidt (Fn. 2), § 73d Rn. 51; krit. Fischer (Fn. 1), § 73d Rn. 16.

aus den angeklagten Taten zweifelsfrei ableiten lassen, bevor der erweiterte Verfall in Betracht komme.⁴³ Diese Formulierung verkehrt indes sogar die diesbezügliche Zweifelsregelung in ihr Gegenteil. Denn während der BGH-Beschluss aus dem Jahr 2002⁴⁴ zunächst vor Anwendung des § 73d StGB lediglich ausgeschlossen wissen wollte, dass die Voraussetzungen der §§ 73, 73a StGB vorliegen, verlangt bspw. Schmidt⁴⁵ sogar den zweifelsfreien Nachweis jener Voraussetzungen und somit ein Mehr im Verhältnis zu dem, was die in Bezug genommene Entscheidung fordert.⁴⁶ Denn im Vergleich zu dem bloßen Ausschluss einer bestimmten Quelle (angeklagte Tat) bei beliebig vielen denkbaren Deszendenzdaten bedeutet es eine Verschärfung, den Nachweis zu führen, dass Gegenstände mit Sicherheit aus einer spezifischen (angeklagten) Tat stammen, und dadurch sämtliche anderen Delikte als Ursprung zu eliminieren. Wenn Schmidt dann sogar explizit den Beweis erbracht haben will, dass die betreffenden Gegenstände aus den angeklagten Taten stammen, geht er eindeutig über das hinaus, was der 2. Strafsenat in dem zitierten Beschluss⁴⁷ verlangt.

Das – soweit ersichtlich – erste Judikat, in dem ausdrücklich ein Exklusivitätsverhältnis von Verfall und erweitertem Verfall angenommen wurde⁴⁸, stammt aus dem Jahr 2008 und überdehnt wiederum seinerseits den Inhalt der dort in Bezug genommenen Entscheidung des BGH von 1994⁴⁹, die sich erstmalig mit einer verfassungskonformen Auslegung des § 73d StGB auseinandersetzte. Der letztgenannte Beschluss (von 1994) verhält sich zu der Frage, welche Taten in den Anwendungsbereich des erweiterten Verfalls einbezogen werden können, aber an keiner Stelle der Gründe. Der Schwerpunkt seiner Prüfung lag allein auf dem notwendigen Grad der richterlichen Überzeugung. Für seine Auffassung gibt der 4. Strafsenat, der auf den Beschluss von 1994 rekurrierte, in seinem Urteil von 2008⁵⁰ jedoch keine weitere Begründung.

Fraglich bleibt zudem, weshalb die Deutung, § 73d StGB erfasse lediglich andere als die angeklagten Taten, erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 2008 aufkam. Denn zu diesem Zeitpunkt hatte der Gesetzgeber bereits auf die Mahnung des BVerfG⁵¹ reagiert und eine entsprechende Verweisung auf § 73 Abs. 1 S. 2 StGB zu Gunsten

etwaiger Tatgeschädigter in § 73d Abs. 1 S. 3 StGB integriert.⁵² Muss man hier noch die Vermeidung einer unzulässigen, für den Täter nachteiligen Rückwirkung als Argument für diese Deutung gelten lassen⁵³, bestätigt jedoch derselbe BGH-Senat die Annahme einer Exklusivität sogar noch in einer späteren Entscheidung, bezeichnet diese Auffassung dort als „h. M.“ und verweist zum Beleg dann schlicht auf sein eigenes Urteil aus dem Jahr 2008 „m. w. N.“⁵⁴, die sich dort aber nirgends finden.

Richtigerweise lässt schon der Wortlaut der Vorschriften selbst ein solches Ausschließlichkeitsverhältnis nicht erkennen. Zwar formuliert § 73 Abs. 1 S. 1 StGB „eine rechtswidrige Tat ... aus ihr“ während demgegenüber § 73d Abs. 1 S. 1 StGB eine solche Formulierung nicht enthält. Allerdings erwähnt die letztgenannte Norm auch an keiner Stelle, dass es sich um „andere“ Taten als die angeklagten handeln muss. Da § 73d StGB jedoch als Blankett ausgestaltet ist, bedarf es einer solchen Bezugnahme auf die von seinem Anwendungsbereich umfassten Taten auch nicht. Vielmehr genügt es, um den Kreis der in Betracht kommenden Delikte einzugrenzen, dass die betreffenden Tatbestände ihrerseits auf den erweiterten Verfall verweisen. Insofern kann dem Wortlaut nach jede Vorschrift, die auf § 73d StGB Bezug nimmt, den Anlass für die Anordnung des erweiterten Verfalls bilden.⁵⁵

In jedem Fall hat der 3. Strafsenat des BGH mit seiner Entscheidung vom 7. Juli 2011⁵⁶ nun geklärt, dass eine solche (vermeintliche) Exklusivität der Anwendungsbereiche von §§ 73, 73a StGB und § 73d StGB nicht – bzw. nach Auffassung dieses Spruchkörpers: nicht mehr – existiert.

c) Subsidiarität des § 73d StGB gegenüber § 73 StGB

Was hat es nun aber damit auf sich, wenn Rechtsprechung und Literatur ausführen, § 73d StGB komme erst in Betracht, sofern nach Ausschöpfung aller Beweismittel ausgeschlossen ist, dass die Voraussetzungen des § 73 StGB vorliegen? Um die eigentliche Bedeutung dieser problematischen Wendung zu entschlüsseln, muss der Blick weiter auf ein mögliches Subsidiaritätsverhältnis fallen.

Zumindest der mit der Entscheidung vom 7. Juli 2011 befasste Spruchkörper ging bislang offensichtlich von einem Ausschließlichkeitsverhältnis aus – anderenfalls hätte es der diesbezüglichen Klarstellung nicht bedurft. Es ist jedoch aus logischen Gründen unmöglich, dass sich zwei Normen zu einander exklusiv verhalten, gleichzeitig aber in einem Subsidiaritätsverhältnis stehen. Denn damit eine Vorschrift hinter einer anderen in bestimmten Konstellationen oder auch ganz generell als subsidiär zurücktreten muss, sind denknötwendig Über-

⁴³ So etwa Schmidt (Fn. 2), § 73d Rn. 11.

⁴⁴ BGH NStZ-RR 2003, 75 f.

⁴⁵ LK-StGB, 12. Aufl. 2008, § 73d.

⁴⁶ Schmidt (Fn. 2), § 73d Rn. 11.

⁴⁷ BGH NStZ-RR 2003, 75 f.

⁴⁸ BGH Urteil v. 11.12.2008, Az.: 4 StR 386/08, abgedruckt in BGHR, StGB § 73a, Anwendungsbereich 2 = HRRS 2009 Nr. 208 („Bei § 73 StGB muss die Tat, für die oder aus der etwas erlangt worden ist, Gegenstand der Verurteilung sein, das heißt, das Gericht muss zur Überzeugung gelangen, dass der Täter für oder aus der/den *ausgeurteilten* Tat(en) etwas im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt hat. § 73d StGB regelt demgegenüber den Fall, dass der Täter über Vermögensgegenstände verfügt, die nach Überzeugung des Gerichts [vgl. hierzu BGHSt 40, 371] für oder aus *anderen* rechtswidrigen Taten erlangt worden sind.“); ähnlich später in BGH NStZ-RR 2010, S. 255 f.

⁴⁹ BGHSt 40, 371 ff.

⁵⁰ BGH Urteil v. 11.12.2008, Az.: 4 StR 386/08, BGHR, StGB § 73a, Anwendungsbereich 2.

⁵¹ BVerfGE 110, 1, 25.

⁵² Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten vom 24. Oktober 2006, BGBl. I S. 2350, in Kraft getreten am 1. Januar 2007.

⁵³ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 73d Rn. 13.

⁵⁴ BGH NStZ-RR 2010, 256 = HRRS 2010, Nr. 530.

⁵⁵ Zur Frage, aus welcher Tat die für verfallen erklärten Gegenstände stammen müssen, unten, Abschn. III. 3.

⁵⁶ BGH BeckRS 2011, 19724.

schnidungen der Anwendungsbereiche beider Normen in mindestens einem Punkt erforderlich. Mithin könnte – legt man die Auffassung des 4. Strafsenats zu Grunde – ein Subsidiaritätsverhältnis (zumindest bisher) nicht bestanden haben.

Da nun aber, wie gesehen, Ausschließlichkeit zwischen beiden Normen nicht gegeben ist, kommt eine solche Subsidiarität durchaus in Betracht. Diese Auffassung vertreten wohl auch Teile der Rechtsprechung⁵⁷ und die überwiegende Literatur⁵⁸. Zur Begründung verweist die einschlägige Kommentarliteratur⁵⁹ allerdings zum einen auf die Motive des Gesetzgebers⁶⁰, die wiederum an der vorgeschlagenen Fundstelle⁶¹ keinen expliziten Hinweis auf ein solches Vorrang- bzw. Subsidiaritätsverhältnis geben. Der Gesetzgeber führt dort lediglich aus, bei dem erweiterten Verfall handele es sich um eine besonders schwerwiegende Eingriffsbefugnis, die für ihre Anwendung einer herausgehobenen Rechtfertigung bedürfe und nur für den Bereich der Betäubungsmittelkriminalität angemessen erscheine.⁶² Daraus lässt sich aber nicht eindeutig ableiten, dass § 73 StGB gegenüber dem erweiterten Verfall der Vorrang zukommen soll, zumal die Legislative mittlerweile ohnehin von dem nach Möglichkeit auf Betäubungsmittelkriminalität beschränkten Anwendungsbereich des § 73d StGB abgerückt ist und zahlreiche Verweise auf diese Norm neu geschaffen hat.⁶³

Zum anderen rekurren Kommentarliteratur und Rechtsprechung in diesem Zusammenhang gegenseitig auf einander. Die zur Begründung des Vorrangverhältnisses von der Rechtsprechung herangezogenen Kommentierungen berufen sich allerdings ihrerseits wiederum auf die genannte Fundstelle der Gesetzesmaterialien⁶⁴ anstatt das Vorrangverhältnis tatsächlich zu begründen.⁶⁵

Die einzige der dort regelmäßig genannten Kommentierungen, die eine Begründung für ein Subsidiaritätsver-

hältnis andeutet, stammt von *Tröndle/Fischer*.⁶⁶ Dort heißt es allerdings auch, dass der Anwendungsbereich des § 73d StGB gerade nicht bloß Gegenstände umfasst, die aus anderen als den angeklagten Taten stammen, sondern sich die Norm gleichermaßen auf dasjenige Erlangte erstreckt, das aus eben diesen verfahrensgegenständlichen Delikten herrührt. Maßgeblich für den Vorrang des § 73 StGB seien indes Gesichtspunkte des Opferschutzes, weil – konsequent nach der damaligen Rechtslage – § 73d Abs. 1 S. 3 StGB a.F. eine Verweisung auf § 73 Abs. 1 S. 2 StGB nicht enthielt.⁶⁷ Nachdem dieses Argument mit Änderung der Rechtslage zum 1. Januar 2007 aber entfallen ist, verweist *Fischer*⁶⁸ zur Begründung zutreffend nunmehr auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der eine Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten verlangt.⁶⁹ Für einen solchen Vorrang des § 73 StGB spricht aber darüber hinaus schon der Wortlaut des § 73d StGB („auch dann“).⁷⁰ Dabei bleibt allerdings zu bedenken, dass von Subsidiarität überhaupt nur ausgegangen werden kann und muss, soweit sich die Anwendungsbereiche beider Normen überschneiden.⁷¹ Dies betrifft vorliegend aber lediglich dasjenige Erlangte, das aus der angeklagten Tat selbst stammt, nicht aber solche Gegenstände, die aus anderen rechtswidrigen Taten herrühren. Denn im Bezug auf andere als die angeklagten Taten kommt ohnehin nur § 73d StGB in Betracht, so dass hier auch kein Vor- oder Nachrang irgendeiner Vorschrift bestehen kann.

Hinsichtlich des aus der angeklagten Tat Erlangten erscheint ein Vorrang von § 73 StGB vor dem erweiterten Verfall angesichts des Wortlauts nur konsequent. Ebenso spricht die Systematik der Vorschriften für ein solches Verständnis, da § 73d StGB in seinen Abs. 1 S. 3, Abs. 2 sowie Abs. 4 mit Verweisungen auf die für den Verfall nach § 73 StGB geltenden Regelungen arbeitet. *Lex specialis* kann § 73d StGB schon deswegen nicht sein, weil sein gegenständlicher Anwendungsbereich im Hinblick auf die erfassten Taten über denjenigen des § 73 StGB hinausreicht, und somit nicht – wie für Spezialregelungen typisch – enger ist als derjenige des Verfalls nach § 73 StGB. An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts durch die Klarstellung des Gesetzgebers, dass es sich beim erweiterten Verfall um eine „Erscheinungsform des Verfalls im Sinne der §§ 73 ff. StGB“ handelt.⁷²

Das durchschlagende Argument für den Vorrang des § 73 StGB findet sich aber letztlich im Strafprozessrecht mit dem Ermittlungsgrundsatz.⁷³ Bildet die Aufklärung des wahren Sachverhalts das zentrale Anliegen des Strafprozesses, so bezieht sich die diesbezügliche Pflicht zur vollständigen Erforschung der Wahrheit auf alle Umstände, die für die Entscheidung von Bedeutung sind⁷⁴, das heißt auf denen sämtliche verhängte Rechtsfolgen beru-

⁵⁷ Bspw. BGH NStZ-RR 2006, 138 f.; BGH NStZ-RR 2003, S. 76; BGH NStZ 2003, S. 422.

⁵⁸ *Eser* (Fn. 1), § 73d Rn. 4; vgl. auch *Fischer* (Fn. 1), § 73d StGB Rn. 9; *Janssen*, Gewinnabschöpfung im Strafverfahren (2008), S. 119; *Schmidt* (Fn. 2), § 73d Rn. 11 statt vieler.

⁵⁹ Ein solcher Verweis findet sich z.B. bei *Eser* (Fn. 1), § 73d Rn. 4; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 73d Rn. 11 f.; *Schmidt* (Fn. 2), § 73d Rn. 11.

⁶⁰ BT-Drs. 11/6623.

⁶¹ BT-Drs. 11/6623, S. 6.

⁶² BT-Drs. 11/6623, S. 6.

⁶³ Vgl. so schon BVerfGE 110, 1, 31; es handelt sich bspw. um §§ 244 Abs. 3, 244a Abs. 3, 256 Abs. 2, 260 Abs. 3, 260a Abs. 3, 261 Abs. 7 S. 3 und 4, 263 Abs. 7, 282 Abs. 1, 286 Abs. 1, 302, 338 StGB; siehe dazu auch *Rönnau*, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, S. 226; *Schmidt* (Fn. 2), S. 14.

⁶⁴ BGH NStZ-RR 2006, 138 [= HRRS 2006, Nr. 168] verweist auf BGH NStZ-RR 2003, 75, 76, der wiederum auf BGH NStZ 2003, 422 Bezug nimmt; letztgenannte Entscheidung beruft sich auf *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2000, § 73d Rn. 4 (ebenda auch in der 28. Aufl. 2010); *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 73d Rn. 11 f. (ebenda auch in der 27. Aufl. 2011); *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 73d Rn. 6a (ähnlich *Fischer* [Fn. 1], § 73d Rn. 9, der aber immerhin nicht auf BT-Drs. 11/6623, S. 6 rekurriert).

⁶⁵ Eine Begründung findet sich – soweit ersichtlich – lediglich bei *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 73d Rn. 6a.

⁶⁶ *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 73d Rn. 6a.

⁶⁷ *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 73 Rn. 4.

⁶⁸ *Fischer* (Fn. 1), § 73 Rn. 5.

⁶⁹ Ausführlich dazu sogleich.

⁷⁰ *Eser* (Fn. 1), § 73d Rn. 4; vgl. auch *Fischer* (Fn. 1), § 73d StGB Rn. 9.

⁷¹ Siehe oben.

⁷² BT-Drs. 11/6623, S. 6.

⁷³ Dazu *Pfeiffer/Hannich*, in: KK-StPO, 6. Aufl. 2008, Einl. Rn. 7.

⁷⁴ BGHSt 32, S. 122; *Pfeiffer/Hannich* (Fn. 73), Einl. Rn. 7.

hen. Dies erfasst nicht nur solche Unrechtsreaktionen, die auf der Schuld des Angeklagten basieren, sondern auch davon unabhängige Rechtsfolgen, welche Gegenstand der richterlichen Entscheidung sein können.⁷⁵

Ein Absehen von der vollumfänglichen Sachverhaltsaufklärung erlauben allenfalls Schätzungsklauseln, wie sie unter anderem §§ 73d Abs. 2, 73b StGB enthalten. Die Klausel des § 73b StGB gestattet eine Schätzung im Bezug auf den Umfang des Erlangten und dessen Wert sowie die Höhe des Anspruchs, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer das aus der Tat Erlangte entziehen würde.⁷⁶ Dies gilt nur, falls der erlangte Gegenstand nicht mehr individualisierbar im Vermögen des Täters ausgemacht werden kann.⁷⁷ Hierauf beschränkt sich allerdings auch schon der Anwendungsbereich der Schätzungsklausel. Geschätzt werden darf demnach nur dann, wenn der Verfall eines bestimmten Gegenstandes nach der Tat ganz oder teilweise unmöglich geworden ist, § 73d Abs. 2 StGB.⁷⁸ Zudem kommt eine Schätzung, aus welcher Tat bzw. woher allgemein die vorhandenen Gegenstände stammen, nicht in Betracht. Eine anderweitige Umgehung einer umfassenden Prüfung der Voraussetzungen des § 73 StGB sowie der diesbezüglichen Beweisführung (durch eine Schätzung) scheidet aus.

Sofern §§ 73d Abs. 2, 73b StGB nicht eingreifen, gilt der allgemeine Ermittlungsgrundsatz, demgemäß sämtliche relevanten Tatsachen von Amts wegen aufgeklärt werden müssen.⁷⁹ Da aber § 73d StGB selbst nach der gebotenen verfassungskonformen Auslegung einen geringeren Aufklärungsgrad verlangt als § 73 StGB, muss schon auf Grund des Ermittlungsgrundsatzes zunächst der strengere Aufklärungsrahmen ausgefüllt werden. Erst wenn sich der Nachweis dieser Voraussetzungen durch die zur Verfügung stehenden Beweismittel nicht erbringen lässt, darf auf den niedrigeren Standard des § 73d StGB zurückgegriffen werden. Mithin besteht zwischen beiden Vorschriften ein Subsidiaritätsverhältnis, wobei § 73 StGB der Vorrang vor § 73d StGB zukommt. In Folge dessen findet § 73d StGB immer erst dann Anwendung, wenn § 73 StGB aus irgendeinem Grund nicht eingreift. Das kann entweder im Bezug auf Gegenstände der Fall sein, die aus einer anderen als der angeklagten Tat stammen, oder – wie in der vorliegend untersuchten Konstellation – Erlangtes zwar aus der verfahrensgegenständlichen Tat herrührt, sich seine diesbezügliche Herkunft jedoch nicht sicher erweisen lässt und trotz Ausschöpfung aller prozessual zulässigen Mittel lediglich der Beweisgrad des § 73d StGB erreicht wird. So und nicht anders ist die genannte problematische Wendung der einschlägigen Judikate zu verstehen.

⁷⁵ Meyer-Gofßner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 244 Rn. 11; ähnlich wie hier Lackner/Kühl (Fn. 2), § 73d Rn. 11.

⁷⁶ Dazu Janssen (Fn. 58), S. 112; Rönnau (Fn. 63), S. 218 ff.

⁷⁷ Joecks (Fn. 1), § 73b StGB Rn. 3; Rönnau (Fn. 63), S. 218; Wallschläger (Fn. 15), S. 119.

⁷⁸ BGH NStZ 1989, 361; Joecks (Fn. 1), § 73b StGB Rn. 4.

⁷⁹ Meyer-Gofßner (Fn. 75), Einl. Rn. 10, § 244 Rn. 11.

3. Beschränkung auf „Katalogtaten“?

Das Urteil des BGH vom 7. Juli 2011⁸⁰ gelangt schließlich zu dem Ergebnis, dass vor der Anordnung des erweiterten Verfalls die Herkunft des betreffenden Gegenstands aus der angeklagten Tat nun nicht mehr ausgeschlossen werden muss, da sich qua Verweisung des § 73d Abs. 1 S. 3 StGB auf § 73 Abs. 1 S. 2 StGB eine Beeinträchtigung von Ersatzansprüchen Tatverletzter abwenden lässt.⁸¹ An dieser Stelle zieht der 3. Strafsenat die Kommentierung von *Wolters/Horn* heran.⁸² In diesem Zusammenhang verlangen sie allerdings noch eine weitere Einschränkung. Losgelöst von der angeklagten Tat, die lediglich für § 73 StGB maßgeblich sein soll, fordern *Wolters/Horn* – entgegen der wohl h. M.⁸³ – eine Begrenzung der dem erweiterten Verfall unterliegenden Gegenstände auf Katalogtaten, mithin auf Tatbestände, die ihrerseits auf § 73d StGB verweisen.

Unabhängig davon, dass fraglich bleibt, wie sich im Anwendungsbereich des § 73d StGB die Herkunft der betreffenden Gegenstände aus einer Katalogtat feststellen lassen soll, trägt der Wortlaut der Vorschrift eine solche Einschränkung nicht. Dies zeigt sich bereits daran, dass § 73d Abs. 1 S. 1 StGB zunächst als Anknüpfungsdelikt „eine rechtswidrige Tat“ fordert, die auf den erweiterten Verfall verweist, dann aber für die Herkunft des erlangten Etwas lediglich pauschal auf „rechtswidrige Taten“ allgemein abstellt.

Zudem werden ohnehin in aller Regel diejenigen Taten, bei denen der Gesetzgeber eine Verweisung auf § 73d StGB vorgesehen hat⁸⁴, auch gerade die Delikte mit den umfangreichsten Erträgen sein.⁸⁵ Insofern wäre aus der Beweiserleichterung nicht das Geringste gewonnen, wenn die Anordnung des erweiterten Verfalls zugleich verlangte, anderweitig als aus Katalogtaten rechtswidrig erlangte Gewinne zunächst zu identifizieren und sodann aus dem Anordnungsumfang herauszurechnen. Mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift erscheint dies letztlich kaum vereinbar.⁸⁶

Obwohl der 3. Strafsenat des BGH in dem Urteil vom 7. Juli 2011 auf die Kommentierung von *Wolters/Horn* Bezug nimmt, äußert er sich zu deren Auffassung vis-à-vis der Katalogtateneigenschaft nicht. Dies ist zwar bedauerlich, weil gerade darin eine wesentliche Klarstellung aus der Entscheidung hätte folgen können. Wie er diese Auffassung zensiert, musste der BGH in seinem Urteil allerdings auch nicht vertiefen, weil der als Deszendenztat im Raum stehende § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG unter anderem für die Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge auf § 73d StGB verweist, so dass sich jene Frage dem Sachverhalt nach nicht direkt stellte.

⁸⁰ BGH BeckRS 2011, 19724.

⁸¹ BGH BeckRS 2011, 19724.

⁸² *Wolters/Horn* (Fn. 1), § 73d Rn 5b.

⁸³ *Eser* (Fn. 1), § 73d Rn. 1; *Rönnau* (Fn. 63), S. 44; krit. *Fischer* (Fn. 1), § 73d Rn. 7; unklar *Schmidt* (Fn. 2), § 73d Rn. 21.

⁸⁴ Bspw. §§ 244 Abs. 3, 244a Abs. 3, 256 Abs. 2, 260 Abs. 3, 260a Abs. 3, 261 Abs. 7 S. 3 und 4, 263 Abs. 7, 282 Abs. 1, 286 Abs. 1, 302, 338 StGB

⁸⁵ Siehe *Schmidt* (Fn. 2), S. 38.

⁸⁶ BGH BeckRS 2011, 19724.

IV. Konsequenzen für die Legitimation des erweiterten Verfalls

1. Ausgangspunkt der verfassungsgerichtlichen Entscheidung

Zu klären bleibt weiter die Frage, ob das Urteil vom 7. Juli 2011 Auswirkungen auf die Legitimation des § 73d StGB hat. Denn wenn aus der angeklagten Tat stammende Gegenstände dem erweiterten Verfall unterliegen, dann modifiziert dies den Anwendungsbereich des § 73d StGB gegenüber demjenigen Umfang, von dem das BVerfG in seiner diesbezüglichen Entscheidung aus dem Jahr 2004⁸⁷ ausgehen durfte. Fraglich erscheint daher, ob mit dem „neuen“ Anwendungsumfang im Bezug auf die aus der angeklagten Tat erlangten Gegenstände ein unzulässiger Eingriff in Art. 14 GG vorliegt. Ausgehend von der damaligen Auffassung einer diesbezüglichen Exklusivität zwischen Verfall und erweitertem Verfall aus Gründen des Drittschutzes, bedarf die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 73d StGB einer erneuten Überprüfung.

Das BVerfG traf in seiner Entscheidung bei der Argumentation allerdings keine derart strenge Differenzierung zwischen aus der angeklagten Tat erlangten Gegenständen, und solchen, die aus anderen Taten stammen. Ebenso wenig wurde (explizit) festgestellt, dass § 73d StGB – in seiner damaligen Fassung – nicht auf das aus der angeklagten Tat Erlangte angewendet werden darf. Anlass zur Kritik gaben lediglich abstrakt etwaige Rechte Dritter, verbunden mit einem Auftrag an den Gesetzgeber, sich dem Problem zeitnah anzunehmen.⁸⁸ Diese auf der Notwendigkeit einer Berücksichtigung von Ausgleichsansprüchen Tatgeschädigter basierende Kritik veranlasste letztlich den 4. Strafsenat zu der Annahme eines exklusiven Verhältnisses zwischen § 73 StGB und § 73d StGB hinsichtlich von aus der angeklagten Tat erlangten Gegenständen.⁸⁹ Nachdem dieses Problem aber durch die Gesetzesänderung zum 1. Januar 2007 behoben ist, bedarf es einer Klärung, ob § 73d StGB nun endgültig auch für von aus der angeklagten Tat Erlangtes als verfassungsgemäß angesehen und angewandt werden kann.

2. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art. 14 GG

a) Legitimer Zweck

Das Problem könnte zunächst darin liegen, dass der Regelung des erweiterten Verfalls bereits kein legitimer Zweck (Korrektur einer unrechtmäßigen Vermögensverschiebung) zu Grunde liegt, wenn das Erlangte nicht tatsächlich aus einer rechtswidrigen Tat stammt. Diesbezüglich korrigiert aber der BGH durch die von ihm praktizierte verfassungskonforme Auslegung des § 73d StGB⁹⁰

die vom Gesetzgeber vorgeschlagene⁹¹ aber zu weit geratene⁹² Beweiserleichterung. Der verlangte höhere Wahrscheinlichkeitsgrad im Bezug auf die rechtswidrige Vermögenslage bietet bereits als solcher hinreichenden Anlass für eine Korrektur dieses Zustands. Die Praxis einer verfassungskonformen Interpretation des § 73d StGB erlaubt somit, auch im Bezug auf etwaige Rechte Dritter von einem legitimen Zweck der Regelung auszugehen.⁹³

b) Erforderlichkeit

Weiter verwies das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2004 darauf, die Regelung des erweiterten Verfalls sei erforderlich, da es kein gleich wirksames aber milderes Mittel gäbe.⁹⁴ Im Bezug auf Gegenstände, die aus anderen als den angeklagten Taten erlangt wurden, mag diese Aussage zutreffen. Hinsichtlich von aus der angeklagten Tat Erlangtem stellt sich allerdings die Frage, woran das Kriterium der Milde anknüpft. Denn insoweit bleibt zweifelhaft, ob nicht mit dem Verfall nach § 73 StGB ein milderes Mittel zur Verfügung steht und damit der Eingriff in Art. 14 GG durch Anordnung des erweiterten Verfalls ggf. schon an der Erforderlichkeit scheitert. Daher ist zu klären, ob eine Maßnahme auch dann ein milderes Mittel darstellt, wenn sie lediglich einen höheren Beweisgrad als ihre Alternative verlangt, oder ob es für die Frage der Milde allein auf ihre Folgen ankommt.

Betrachtet man lediglich die Auswirkungen der Maßnahme, so sind diese bei Verfall und erweitertem Verfall bezogen auf das aus der angeklagten Tat Erlangte prinzipiell dieselben: Das Eigentum geht kraft Gesetzes auf den Staat über, § 73e StGB.⁹⁵ Das Merkmal der Erforderlichkeit wird von der h. M. dahingehend verstanden, dass kein milderes aber ebenso effektives Mittel zur Verfügung stehen darf.⁹⁶ Diese Definition verwendet mit der Effektivität aber ein Kriterium, für das es ausschließlich auf die Auswirkungen der fraglichen Maßnahmen ankommt. Diese Folgenbezogenheit legt den Rückschluss nahe, dass auch im Zusammenhang mit der zweiten Komponente der Definition, dem Merkmal der Milde, allein auf die rechtlichen oder faktischen Auswirkungen des Eingriffs abgestellt werden darf. Denn anderenfalls ließen sich beide Parameter wegen ihrer differierenden Bezugspunkte nicht in Vergleich zu einander setzen. Nicht maßgeblich sein können somit insbesondere die Voraussetzungen, unter denen ein Eingriff stattfinden darf; belanglos ist mithin der Grad des von der Norm geforderten Beweises. § 73 StGB stellt demnach kein milderes Mittel gegenüber § 73d StGB dar, selbst wenn die erstgenannte Norm höhere Anforderungen an den Herkunftsnachweis im Bezug auf die dem Verfall unterliegenden Gegenstände stellt.

⁹¹ BT-Drs. 11/6623, S. 6 f.

⁹² Krit. auch Herzog (Fn. 1), § 73d Rn. 3 a.E.

⁹³ Hiervon ging auch BVerfGE 110, 1, 26 f. aus.

⁹⁴ BVerfGE 110, 1, 29

⁹⁵ Heuchemer, BeckOK-StGB, 15. Aufl. 2011, § 73e Rn. 1; Fischer (Fn. 1), § 73e Rn. 2; Janssen (Fn. 58), S. 118; Rönnau (Fn. 63), S. 245; siehe auch Dessecker (Fn. 14), S. 29.

⁹⁶ Pfeiffer/Hannich (Fn. 73), Einl. Rn. 30.

⁸⁷ BVerfGE 110, 1 ff.

⁸⁸ BVerfGE 110, 1, 31.

⁸⁹ BGH Urteil v. 11.12.2008, Az.: 4 StR 386/08, BGHR, StGB § 73a, Anwendungsbereich 2.

⁹⁰ BGHSt 40, 371 f.

Hierfür spricht auch, dass es Sinn und Zweck der Verhältnismäßigkeitsprüfung i.w.S. ist, individuelle übermäßige Belastungen für den Einzelnen zu verhindern. Aus diesem Grund liegt es nahe, das Merkmal der Milde allein aus dessen Horizont zu bestimmen. Das Blickfeld des Maßnahmedressaten erfasst aber zwangsläufig nur die Folgen und nicht die Voraussetzungen einer verhängten Maßnahme. Weil – auch bezogen auf die aus der angeklagten Tat erlangten Gegenstände – § 73 StGB und § 73d StGB zu exakt demselben Ergebnis führen, handelt es sich insofern (d.h. nur hinsichtlich von Gegenständen, die aus der angeklagten Tat stammen) beim Verfall nicht um das gegenüber dem erweiterten Verfall mildere Mittel.

c) Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit i.e.S. prüfte das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2004 vor allem eine Beeinträchtigung der Rechte Dritter, die von der Regelung des erweiterten Verfalls unberücksichtigt blieben. Durch die zum 1. Januar 2007 eingefügte Verweisung des § 73d Abs. 1 S. 3 StGB auf § 73 Abs. 1 S. 2 StGB ist dieses Manko zwar grundsätzlich behoben bzw. zumindest entschärft.

Problematisch erscheint allerdings, dass auf Grundlage der von § 73d StGB geforderten Wahrscheinlichkeit bzw. dem geringeren Beweisgrad kaum nachgewiesen sein dürfte, dass die für verfallen zu erklärenden Gegenstände aus einer Dritte beeinträchtigenden Tat stammen. Aus diesem Grund kann fraglich sein, ob etwaige Ausgleichsansprüche Tatgeschädigter überhaupt gewahrt werden können. Andererseits mag umgekehrt die eingeschränkte Bestimmtheit der Herkunftstaten zu einem Unterbleiben der Verfallsanordnung auf der Grundlage bloßer Vermutungen führen, ohne dass tatsächlich Rechte Dritter ermittelt werden.⁹⁷ Diese Gefahr erkannte der Gesetzgeber jedoch nicht. Er ging offenbar davon aus, eine Herausgabe der Gegenstände an den Täter könne letztlich nach § 111i StPO verhindert werden.⁹⁸ Zudem setzt auch § 73 Abs. 1 S. 2 StGB den an den Schuldspruch anknüpfenden eindeutigen Beleg von Ansprüchen Verletzter voraus, weil durch die Verweisung nicht ermöglicht wer-

den soll, dass der Täter in Zweifelsfällen die grundsätzlich verfallene, nicht sicher den Ansprüchen Verletzter ausgesetzte Tatbeute behalten dürfte.⁹⁹

Weder das Risiko einer zu Unrecht unterbliebenen Verfallsanordnung nach § 73d StGB, noch die Gefahr, dass Ansprüche Dritter unerkannt und daher unberücksichtigt bleiben, lassen sich eliminieren. Der Gesetzgeber geht diese Unsicherheiten jedoch bewusst ein, wenn er für den erweiterten Verfall auf den definitiven Nachweis der Deszendenz des Erlangten verzichtet. Der Vorschrift als solcher nimmt dies zwar nicht ihre Verfassungsmäßigkeit. Ob aber die Anwendung des § 73d StGB in Anbetracht dieser Risiken noch verhältnismäßig i.e.S. ist, lässt sich nicht generell sondern nur für den jeweiligen Einzelfall feststellen, in dem die widerstreitenden Belange gegeneinander abzuwägen sind. Dies wird der Tatrichter bei der Entscheidung über die Anordnung des erweiterten Verfalls nach § 73d StGB zu bedenken haben.

V. Ergebnis

Der erweiterte Verfall ist somit subsidiär (und nicht exklusiv) gegenüber dem Verfall nach § 73 StGB. Durch diese Klarstellung zum Anwendungsumfang des § 73d StGB ändert sich nichts an der dieser Norm vom BVerfG attestierten Verfassungsmäßigkeit.

Nachrang hat die Norm ohnehin nicht erst seit Ergänzung des § 73d Abs. 1 S. 3 StGB um die Verweisung auf § 73 Abs. 1 S. 2 StGB. Denn stellt man den Gesichtspunkt der Berücksichtigung etwaiger Ausgleichsansprüche Dritter in den Fokus der Überlegungen, so wäre den Interessen Tatgeschädigter bereits hinreichend durch eine teleologische Reduktion des § 73d StGB Rechnung getragen gewesen. Soweit derartige Ansprüche aus Anlass der angeklagten Tat überhaupt im Raum stehen, hätte es damit genügt, die Norm lediglich im Bezug auf diese Konstellationen nicht zur Anwendung zu bringen. Wenn der BGH nunmehr ausdrücklich § 73d StGB auf aus der angeklagten Tat Erlangtes anwenden will, so sagt er damit letztlich, dass er die vom Gesetzgeber zum 1. Januar 2007 geschaffene Möglichkeit der Berücksichtigung etwaiger Ausgleichsansprüche für hinreichend erachtet.

⁹⁷ Fischer (Fn. 1), § 73d Rn. 16.

⁹⁸ BT-Drs. 16/700, S. 20.

⁹⁹ BGH Wistra 2004, 391, 393 = HRRS 2004, Nr. 602; BT-Drs. 16/700, S. 20.

Das Beweisverwertungsverbot von Verfassungs wegen

Zugleich eine Anmerkung zu dem Beschluss des BVerfG 2 BvR 2101/09 vom 9.11.2010 = HRRS 2010 Nr. 1128

Von Assessor Ole-Steffen Lucke

Im folgenden Beitrag wird ausgehend vom Beschluss des Bundesverfassungsgerichts über die Verwertbarkeit illegal erlangter Steuerdaten aus Lichtenstein¹ der dort verwendete Begriff des „Beweisverwertungsverbots von Verfassungs wegen“ näher erläutert und in die vorhandene Terminologie eingeordnet. Hierbei wird insbesondere der Frage nachgegangen, anhand welcher Maßstäbe das Bundesverfassungsgericht über das Vorliegen eines strafrechtlichen Beweisverwertungsverbots entscheidet und dies abschließend einer kritischen Würdigung unterzogen. Dabei kommt der Verfasser zu dem Ergebnis, dass die Maßstäbe zu unbestimmt und (zumindest teilweise) weder unter grundrechtsdogmatischen noch rechtsstaatlichen Gesichtspunkten überzeugend sind.

I. Das Beweisverwertungsverbot von Verfassungs wegen

Die Terminologie im Bereich Beweisverbote ist seit jeher uneinheitlich sobald es ins Detail geht.² Eine neue Wortschöpfung ist hierbei der vom Bundesverfassungsgericht insbesondere in jüngster Zeit verwendete Begriff des sog. „Beweisverwertungsverbots von Verfassungs wegen“. Dem Sinn oder Unsinn eines solchen weiteren Terminus soll hier nicht nachgegangen werden. Weitaus interessanter ist ohnehin die Frage nach dem dahinter stehenden inhaltlichen Gehalt.

1. Definition: Beweisverwertungsverbot

Was ist zunächst allgemein unter einem Beweisverwertungsverbot zu verstehen? *Beweisverwertungsverbote* gehö-

ren neben den *Beweiserhebungsverböten* zur Gruppe der Beweisverbote.³

Beweisverbote stellen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess dar.⁴ Solche Beschränkungen müssen im Interesse eines rechtsstaatlichen Verfahrens hingenommen werden, da die Aufgabe der Wahrheitsfindung nach der Strafprozessordnung kein absoluter Wert ist.⁵ Prägnant ist die diesbezügliche Formulierung des Bundesgerichtshofs:

„Es ist ... kein Grundsatz der Strafprozessordnung, dass die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müsse.“⁶

Positiv gewendet sind die Beweisverbote rechtsstaatlich notwendig, um vorrangige andere Werte – wie die Menschenwürde, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das allgemeine Persönlichkeitsrecht – zu schützen.⁷ In diesem so gezogenen Rahmen haben nun Beweiserhebungsverbote das Verbot zum Inhalt, einen Beweis überhaupt erheben zu können.⁸ Beweisverwertungsverbote zielen dagegen darauf ab, dass ermittelte Tatsachen nicht zum Gegenstand der Beweiswürdigung und Urteilsfindung gemacht werden dürfen.⁹

³ LR-Gössel, StPO, 26. Auflage (2006), Einl. Abschn. L, Rn. 15; Maiberg, Zur Widerspruchsabhängigkeit von strafprozessualen Verwertungsverboten, Diss. 2003, S. 52; Eisenberg (Fn. 2), Rn. 335.

⁴ Geprägt ist diese gängige Formulierung durch Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1903 – zitiert nach LR-Gössel (Fn. 3), Einl. Abschn. L, Rn. 1.

⁵ Meyer-Goßner, 54. Auflage (2011), Einl. Rn. 50; Eisenberg (Fn. 2), Rn. 329.

⁶ BGHSt 14, 358, 365.

⁷ Eisenberg (Fn. 2), Rn. 330.

⁸ Dalakouras (Fn. 2), S. 106; Maiberg (Fn. 3), S. 52..

⁹ Meyer-Goßner (Fn. 5), Einl. Rn. 55; LR-Gössel (Fn. 3), Einl. Abschn. L, Rn. 7; Dalakouras (Fn. 2), S. 106; kritisch zur Umsetzbarkeit dieser Vorgabe: Löffelmann JR 2009, 10 und Eisenberg (Fn. 2), Rn. 331; zur im Einzelnen strittigen Ausweitung des Verwertungsbegriffs über die richterliche Würdigung hinaus vgl. Maiberg (Fn. 3), S. 52 f. und dort Fn. 17.

¹ BVerfG, Beschluss vom 9.11.2010, Az.: 2 BvR 2101/09, Rn. 43, 45 = HRRS 2010 Nr. 1128 = NStZ 2011, 103 ff. – im Folgenden als „Lichtenstein-Entscheidung“ bezeichnet.

² Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Auflage (2011), Rn. 332; einen Überblick hierzu liefert auch Dalakouras, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, Diss. 1988, S. 104 f.

2. Klassifizierung

Beweisverwertungsverbote lassen sich hierbei ihrerseits wieder in verschiedene Kategorien einteilen. Trotz der bereits erwähnten Streitigkeiten im Detail, herrscht diesbezüglich zumindest Einigkeit hinsichtlich der „Grobstrukturerierung“. Danach wird zunächst zwischen den *gesetzlichen* und den *nicht normierten* Beweisverwertungsverbote unterschieden. Letztere werden wiederum aufgeteilt in *selbstständige* und *unselbstständige* Beweisverwertungsverbote. Unselbstständig sind die Verwertungsverbote, die sich als Folge einer Verletzung von Beweiserhebungsverbote ergeben, d.h. aus der Rechtswidrigkeit der Beweisgewinnung. Selbstständig sind dagegen die Verwertungsverbote, die von einem solchen vorangegangenen Verstoß unabhängig sind und auch dann eingreifen, wenn die Beweiserhebung als solche rechtmäßig war.¹⁰ Konstitutiv für das selbstständige Verbot ist die rechtswidrige Beweisverwertung an sich.¹¹

3. Die Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts

Bevor nun eine Einordnung des Begriffs des Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen in diese Klassifizierung vorgenommen werden kann, stellt sich zunächst die Frage nach dessen inhaltlichem Gehalt. Die folgende Erörterung wird dabei zeigen, dass das Bundesverfassungsgericht anhand dieses Terminus Maßstäbe aufgestellt hat, mit deren Hilfe es über das Vorliegen eines strafrechtlichen Beweisverwertungsverbot entscheidet.

Dies ist eine neue Entwicklung. So ging das Bundesverfassungsgericht etwa noch im Jahr 2000 davon aus, dass

„es feste verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen von Verfassungen wegen ein Beweisverbot im Strafverfahren in Betracht kommt, in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht gibt.“¹²

Im Gegensatz hierzu benennt das Bundesverfassungsgericht nun in seiner Lichtenstein-Entscheidung ausdrücklich die Fallgruppen, in denen ein Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen angenommen werden muss.

a. Fallgruppe 1

Hiernach *kann* zunächst eine rechtsfehlerhafte (d. h. unzulässige oder rechtswidrige) Beweiserhebung zu einem Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen führen. Allerdings könne dies nicht ohne Weiteres angenommen werden, da von Verfassungen wegen kein Rechtsatz bestehe, wonach bei einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise

¹⁰ Meyer-Goßner (Fn. 5), Einl. Rn. 50.

¹¹ Dalakouras (Fn. 2), S. 139.

¹² BVerfG, Beschluss vom 1.3.2000, Az.: 2 BvR 2017 und 2039/94 = NStZ 2000, 489, 490 m.w.N.

stets unzulässig sei.¹³ Ein solches Verwertungsverbot sei aber zumindest geboten bei

„schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer acht gelassen worden sind.“¹⁴

Hiermit hat das Bundesverfassungsgericht im Bereich der rechtsfehlerhaften Beweiserhebung einen allgemeingültigen (Mindest-) Maßstab aufgestellt, anhand dessen es ein Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen bejaht.

aa. Fortführung einer schon bestehenden Rechtsprechung?

Dies ist – entgegen des im Beschluss durch den Verweis auf weitere Entscheidungen erweckten Eindrucks¹⁵ – keine bloße Fortführung einer schon bestehenden Rechtsprechung. Vielmehr handelt es sich um die Verallgemeinerung eines zuvor nur im Zusammenhang mit fehlerhaften Durchsuchungen bestehenden Grundsatzes auf alle Fälle rechtsfehlerhafter Beweiserhebungen. Um dies zu verdeutlichen, sollen die unter Bezug genommenen Entscheidungen kurz betrachtet werden.

So hat das Bundesverfassungsgericht in der zeitlich ersten dieser Entscheidungen vor dem Hintergrund einer Verletzung des Art. 19 Abs. 4 i. V. m. Art. 13 GG (noch sehr allgemein) ausgeführt:

„Zwar steht der Beschlagnahme eines Gegenstands regelmäßig nicht entgegen, daß er aufgrund einer *rechtsfehlerhaften Durchsuchung* erlangt worden ist, etwas anderes kann jedoch bei einem besonders schwerwiegenden Verstoß gelten.“¹⁶

In dem nächsten in Bezug genommenen Beschluss konkretisierte das Bundesverfassungsgericht dies weiter. Ausgangspunkt war hier eine mögliche Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung und des verfassungsrechtlich gesicherten Vertrauensverhältnisses zum Berufsgeheimnisträger. Dort heißt es zum hier maßgeblichen Punkt:

„Zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, in denen die Beschränkung auf den Ermittlungs-

¹³ BVerfG (Fn. 1), Rn. 43, 45; dies ist allerdings noch kein neuer Grundsatz sondern bereits zuvor ständige Rechtsprechung: vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.4.2000, Az.: 2 BvR 1990/96 = NStZ 2000, 488, 489; BVerfG, Beschluss vom 27.4.2000, Az.: 2 BvR 75/94 = NStZ 2000, 489; BVerfG (Fn. 12), 489, 490; BVerfG, Beschluss vom 30.6.2005, Az.: 2 BvR 1502/04 = NStZ 2006, 46, 47; am Beispiel einer rechtswidrigen Durchsuchung: BVerfG, Beschluss vom 2.7.2009, Az.: 2 BvR 2225/08 = HRRS 2009 Nr. 648, Rn. 16 = NJW 2009, 3225 f., 3226; jüngst: BVerfG Beschluss vom 20.5.2011, Az.: 2 BvR 2072/10, Rn.11 = HRRS 2011 Nr. 738.

¹⁴ BVerfG (Fn. 1), Rn. 45.

¹⁵ BVerfG (Fn. 1), Rn. 45.

¹⁶ BVerfG Beschluss vom 15.7.1998. Az.: 2 BvR 446/98 = NJW 1999, 273, 274 – eigene Hervorhebung.

zweck der Datenträgerbeschlagnahme planmäßig oder systematisch außer acht gelassen wird, ist ein Beweisverwertungsverbot *als Folge einer fehlerhaften Durchsuchung* und Beschlagnahme von Datenträgern und der darauf vorhandenen Daten geboten.“¹⁷

In diesem Sinne führte das Bundesverfassungsgericht in der zeitlich letzten unter Bezug genommenen Entscheidung vor dem Hintergrund einer Verletzung der Grundrechte auf Unverletzlichkeit der Wohnung und auf informationelle Selbstbestimmung aus:

„Auf dieser Grundrechtsverletzung beruht die strafrechtliche Verurteilung des Bf. jedoch nicht. Die rechtswidrige Durchsuchungsmaßnahme zog kein Verwertungsverbot nach sich. Ein Beweisverwertungsverbot ist grundsätzlich nur dann Folge einer *fehlerhaften Durchsuchung*, wenn die zur Fehlerhaftigkeit der Ermittlungsmaßnahme führenden Verfahrensverstöße schwerwiegend waren oder bewusst bzw. willkürlich begangen wurden.“¹⁸

Dieser vom Bundesverfassungsgericht in der Liechtenstein-Entscheidung also erstmals *allgemein* aufgestellter Maßstab ist inzwischen in einer weiteren Entscheidung bestätigt worden.¹⁹

bb. Prüfungskompetenz

Im Gleichschritt zu dieser grundsätzlichen Beschränkung der Annahme eines Beweisverwertungsverbots von Verfassungen wegen auf „schwerwiegende, bewusste oder willkürliche Verfahrensverstöße“ verläuft die gleichsam restriktive Einschätzung der eigenen Prüfungskompetenz. So führt das Bundesverfassungsgericht in Fortführung ständiger Rechtsprechung²⁰ in seiner Liechtenstein-Entscheidung aus, dass die

„Beurteilung der Frage, welche Folgen ein möglicher Verstoß gegen strafprozessuale Vorschriften hat und ob hierzu insbesondere ein Beweisverwertungsverbot zählt, (...) in erster Linie den zuständigen Fachgerichten (obliegen)“²¹

und diesen hierbei ein fachgerichtlicher Wertungsrahmen zustehe.²²

Jüngst hat das Bundesverfassungsgericht dies nicht nur bestätigt, sondern noch präzisiert:

„Bei der Prüfung, ob die angegriffenen Entscheidungen die Grenzen richterlicher Rechtsfindung wahren, hat das Bundesverfassungsgericht die

Auslegung einfachen Gesetzesrechts einschließlich der Wahl der hierbei anzuwendenden Methode nicht umfassend auf seine Richtigkeit zu untersuchen. Vielmehr beschränkt es auch im Bereich des Strafprozessrechts seine Kontrolle auf die Prüfung, ob das Fachgericht bei der Rechtsfindung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert und von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht hat (...). Das Bundesverfassungsgericht prüft die von den Fachgerichten vorgenommene Abwägung zwischen dem durch den Verfahrensverstoß bewirkten Eingriff in die Rechtsstellung der Beschwerdeführer einerseits und den Strafverfolgungsinteressen des Staates andererseits daher nicht im einzelnen nach. *Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts beschränkt sich vielmehr auf die Kontrolle, ob die Fachgerichte in verfassungsrechtlich erheblicher Weise den Schutzbereich der verletzten Verfahrensnorm verkannt oder die weiteren Anforderungen für die Annahme eines Verwertungsverbotes hinsichtlich rechtswidrig gewonnener Beweise überspannt haben.*“²³

cc. Zwischenergebnis

Nach alledem nimmt das Bundesverfassungsgericht im Bereich der rechtsfehlerhaften Beweiserhebung nur ausnahmsweise ein Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen an – nämlich bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen. Zwar lässt es darüber hinaus einen Spielraum zu, da es sich hierbei nur um einen Mindestmaßstab handelt. Grundsätzlich überlässt es aber die Entscheidung bzw. Abwägung über das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots im Übrigen den Fachgerichten.

b. Fallgruppe 2

Ein weiteres Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen besteht nach der Liechtenstein-Entscheidung in Gestalt eines absoluten Beweisverwertungsverbots. Anzuerkennen sei ein solches (aber nur) in den Fällen, in denen der sog. absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt ist.²⁴ Die notwendige Zuordnung eines Lebenssachverhalts zu diesem Bereich lasse sich dabei nicht abstrakt, sondern nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falls vornehmen.²⁵

Hiermit bestätigte das Bundesverfassungsgericht (lediglich) seine aus Art. 2 Abs. 1 i.V. m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelte sog. Sphärentheorie. Nach dieser richtet sich die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs in dieses Grundrecht – und damit auch die Verwertbarkeit des in Frage stehenden Beweismittels – danach, welcher Teil des Privatbereichs berührt ist. Im sog. absolut geschützten Kernbe-

¹⁷ BVerfGE 113, 29, 61 – eigene Hervorhebung.
¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 16.03.2006, Az.: 2 BvR 954/02 = NJW 2006, 2684, 2686 – eigene Hervorhebung.
¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 20.5.2011 (Fn. 13), Rn.13.
²⁰ BVerfGK 9, 174, 196; BVerfG, Beschluss vom 28.7.2008, Az.: 2 BvR 784/08 = HRRS 2009 Nr. 221 = NJW 2008, 3053, 3054.
²¹ BVerfG (Fn. 1), Rn. 43 – eigene Einfügung.
²² BVerfG (Fn. 1), Rn. 60.

²³ BVerfG Beschluss vom 20.5.2011 (Fn. 13), Rn.14 – eigene Hervorhebung.
²⁴ BVerfG (Fn. 1), Rn. 45; zustimmend BVerfG Beschluss vom 20.5.2011 (Fn. 13), Rn.13.
²⁵ BVerfG (Fn. 1), Rn. 45 – im Anschluss an BVerfGE 34, 238, 248; BVerfGE 80, 367, 374 ; auch insoweit zustimmend: BVerfG, Beschluss vom 20.5.2011 (Fn. 13), Rn.13.

reich privater Lebensgestaltung könnten selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit einen Eingriff durch Verwertung des Beweismittels nicht rechtfertigen, sodass auch keine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stattfände. Daraus folge im Strafverfahren das erwähnte absolute Verwertungsverbot. Informationen aus dem *nicht* absolut geschützten Kernbereich seien dagegen im Strafverfahren verwertbar; im Bereich der schlichten Privatsphäre soweit eine Rechtfertigung durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit bestehe und im Bereich allgemeiner sozialer Kontakte ohne Einschränkung.²⁶

c. Fallgruppe 3

Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich in seiner Umschreibung des Beweisverwertungsverbots von Verfassungs wegen auf diese beiden Fallgruppen. M. E. ergibt sich aus dem Sachzusammenhang jedoch noch ein weiterer Fall, den das Bundesverfassungsgericht aus Gründen der Offensichtlichkeit oder fehlenden Einschlägigkeit im konkreten Fall nicht erwähnt haben mag: Das in der Verfassung ausdrücklich normierte Verwertungsverbot nach Art. 13 Abs. 5 S. 2 GG.²⁷ Auch dieses besteht ersichtlich „von Verfassungs wegen“, weil es im Grundgesetz selbst festgeschrieben ist.

Darüber hinaus bleibt in dem Beschluss das gesetzlich normierte, absolute Beweisverwertungsverbot aus § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO unerwähnt. Hierbei handelt es sich zwar rein formal um ein einfachgesetzliches Verbot. Die Vorschrift stellt jedoch eine Ausprägung des Art. 1 Abs. 1 GG sowie der verfassungsrechtlich garantierten Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung (Art. 104 GG) dar.²⁸ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht dieses Verbot in einer Entscheidung zum „Fall Gaeffgen“ auch als ein aus der Verfassung abgeleitetes strafprozessuales Verwertungsverbot bezeichnet²⁹, weshalb es m. E. ebenfalls in diesem Zusammenhang aufgeführt werden müsste.

d. Zwischenergebnis

Insgesamt betrachtet nimmt das Bundesverfassungsgericht also ein Beweisverwertungsverbot von Verfassungs wegen an, wenn

- schwerwiegende, bewusste oder willkürliche Verfahrensverstößen vorliegen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer acht gelassen worden sind (Fallgruppe 1),
- durch die Verwertung der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt ist (Fallgruppe 2) oder

²⁶ Vgl. BVerfGE 34, 238, 245 ff.; BVerfGE 80, 367, 375 f. sowie die Übersicht bei Eisenberg (Fn. 2), Rn. 386 f.; Jäger GA 2008, 473, 483.

²⁷ Vgl. zu dessen Eigenschaft als spezielles Verwertungsverbot etwa Dreier-Hermes, GG, Bd. I, 2. Auflage (2004), Art. 13 Rn. 94.

²⁸ LG Frankfurt, Beschluss vom 9.4.2003, Az.: 5/22 Ks 3490 Js 2301 18/02.

²⁹ BVerfG, Beschluss vom 14.12.2004, Az.: 2 BvR 1249/04.

- das Verwertungsverbot aus Art. 13 Abs. 5 Satz 2 GG oder aus § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO einschlägig ist (Fallgruppe 3).³⁰

4. Einordnung in die vorhandene Klassifizierung

Durch diese inhaltliche Bestimmung ist nun die Einordnung des Begriffs in die hergebrachte Klassifizierung der Beweisverwertungsverbote ohne Weiteres möglich. Hierbei zeigt sich die Besonderheit, dass er je nach Ausprägung allen drei Kategorien angehört und damit einen eigenständigen Oberbegriff bildet.

So gehört das Beweisverwertungsverbot von Verfassungs wegen in seiner hier als Fallgruppe 1 bezeichneten Ausprägung zu den sog. unselbstständigen Verwertungsverboten. Es stellt sich nämlich insofern als Folge einer Verletzung von Beweiserhebungsverböten dar.

Die Fallgruppe 2 bildet dagegen ein selbstständiges Verwertungsverbot. Denn es besteht Einigkeit, dass für ein Verbot aufgrund des Eingriffs in den absoluten Kernbereich die Rechtswidrigkeit der Beweisverwertung konstitutiv ist.³¹

In Gestalt der Fallgruppe 3 handelt es sich schließlich um ein gesetzlich normiertes Beweisverwertungsverbot.

5. Verhältnis zum Begriff des „verfassungs-unmittelbaren Beweisverwertungsverbots“

Zur Vermeidung von Unklarheiten ist es vor einer abschließenden kritischen Auseinandersetzung noch erforderlich, das Verhältnis des hier untersuchten Terminus zu dem in der Lehre verwendeten Begriff des „verfassungs-unmittelbaren Beweisverwertungsverbots“ zu beleuchten. Die Lehre klassifiziert diese verfassungs-unmittelbaren Beweisverwertungsverbote als rein selbstständige Beweisverwertungsverbote.³² So sollen sie (nur dann) vorliegen, wenn die *Verwertung* von Beweismitteln gegen Obersätze des Grundgesetzes verstößt. Keine Rolle spielt es hiernach, ob den staatlichen Verfolgungsbehörden der Vorwurf unzulässiger Beweiserhebung gemacht werden kann.³³

Diese Definition und Einordnung zeigt, dass das sog. „verfassungs-unmittelbare Beweisverwertungsverbot“ nur einen Teilbereich des Beweisverwertungsverbots von Verfassungs wegen umfasst. Eine Inhaltsgleichheit be-

³⁰ Zur letzten Fallgruppe sei noch einmal betont, dass diese nicht ausdrücklich vom Bundesverfassungsgericht sondern vom Verfasser aufgrund des Sachzusammenhangs dem hier untersuchten Begriff zugeordnet wurde.

³¹ Vgl. nur Meyer-Goßner (Fn. 5), Einl. Rn. 56 m.w.N.

³² Eisenberg (Fn. 2), Rn. 385; Dalakouras (Fn. 2), S. 108, 139; Maiberg (Fn. 3), S. 53; wohl auch Schuster, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, Diss. (2006), S. 51 f.; Radtke/Hohmann-Radtke, StPO, München (2011), Einleitung Rn. 80; Jäger (Fn. 26), 483.

³³ Eisenberg (Fn. 2), Rn. 385.

steht lediglich mit der hier als Fallgruppe 2 bezeichneten Ausprägung.

II. Kritische Würdigung

Wie sind diese Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts nun aber inhaltlich zu bewerten? Zunächst ist festzuhalten, dass das Aufstellen allgemeiner Maßstäbe an sich schon aus Gründen der Rechtssicherheit begrüßenswert ist. Positiv hervorzuheben ist zudem ein kleines – aber sehr wesentliches – Detail im Rahmen der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Verallgemeinerung in der Fallgruppe 1.³⁴ So ist nach diesen Maßstäben ein Beweisverwertungsverbot von Verfassungs wegen insbesondere bei einem willkürlichen Verfahrensverstoß „geboten“, also notwendige Folge. Dieses vorgegebene *Abwägungsergebnis* ist ein deutlicher Fortschritt zu bestimmten früheren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, nach denen willkürliche Verstöße im Rahmen fehlerhaften Durchsuchungen nur zu einem Beweisverwertungsverbot führen *könnten*.³⁵

Betrachtet man jedoch insgesamt den tatsächlichen Gewinn an Rechtssicherheit, muss dieses positive Urteil sogleich wieder revidiert werden. In den Fallgruppen 1 und 2 weisen die Maßstäbe eine solche Unbestimmtheit auf, dass letztlich – so vom Bundesverfassungsgericht für die Fälle des absoluten Beweisverwertungsverbots sogar ausdrücklich zugegeben³⁶ – doch wieder eine Einzelfallbetrachtung erforderlich ist. Die praktische Anwendung der Sphärentheorie hat hierbei gezeigt, dass auf diesem Weg eine Rechtssicherheit für den Einzelfall nicht erreichbar ist.³⁷ Es steht zu befürchten, dass eine solche Entwicklung auch im Bereich der unselbstständigen Beweisverwertungsverbote von Verfassungs wegen folgen wird – insbesondere da insofern bisher nur ein Mindestmaßstab existiert.

Wünschenswert wäre zudem eine Klarstellung seitens des Bundesverfassungsgerichts dahingehend gewesen, dass es im Bereich der Fallgruppe 1 nicht nur eine schon bestehende Rechtsprechung fortsetzt, sondern streng genommen erstmals allgemeine Maßstäbe aufstellt. Die Fortsetzung dieser „falschen“ Zitierweise in der darauf folgenden bestätigenden Entscheidung³⁸ zeigt, wie schnell sich ansonsten der anders lautende Eindruck verfestigt und verselbstständigt.

Die Überlegungen zu den unselbstständigen Beweisverwertungsverbote von Verfassungs wegen können außerdem in grundrechtsdogmatischer Hinsicht nicht über-

zeugen: Die dort vorliegenden rechtswidrigen Beweiserhebungen stellen ebenso wie die Verwertung der dadurch erlangten Informationen stets einen Grundrechtseingriff für den Betroffenen dar.³⁹ Folglich wäre sowohl für die Beweiserhebung als auch für die Beweisverwertung eine gesetzliche Grundlage zu fordern, die sich im Rahmen der Einschränkungsmöglichkeiten des jeweiligen Grundrechts halten müsste. Schon die Rechtswidrigkeit der jeweiligen Beweiserhebung zeigt aber, dass es eine solche nicht gibt. Das Bundesverfassungsgericht umgeht dieses Problem durch die Vornahme eines Perspektivenwechsels, indem es die sog. „Belange einer funktions-tüchtigen Strafrechtspflege“ zum Ausgangspunkt der Prüfung nimmt und nun für Abweichungen hiervon – d. h. für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots – eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift oder übergeordnete wichtige Gründe im Einzelfall fordert.⁴⁰ Eine (plausible) Erklärung für diesen Bruch mit der ansonsten anerkannten Grundrechtsdogmatik liefert das Bundesverfassungsgericht dagegen nicht.⁴¹

Unabhängig von diesem Systembruch ist des Weiteren der Ausgangspunkt in Form des dort gebildeten Regel-Ausnahme-Mechanismus bereits in sich fragwürdig. Zum einen sei diesbezüglich auf die m. E. sehr berechtigte Kritik an Begriff und Inhalt der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ verwiesen.⁴² Zum anderen steht dieser Argumentation entgegen, dass die Aufgabe einer rechtsstaatlich gebotenen Strafrechtspflege immer nur darin bestehen kann, das Strafrecht unter Beachtung der Grundrechte durchzusetzen.⁴³ *Gaede* hat zu den ansonsten drohenden Konsequenzen treffend ausgeführt:

„Das Verfahren würde an der verfahrensentcheidenden Stelle zum Instrument degradiert, mit dem ein verfahrensextern entschiedenes Ergebnis erzielt wird.“⁴⁴

Insgesamt bleibt somit festzuhalten, dass die Aufstellung von allgemeinen Maßstäben einen an sich begrüßenswerten und notwendigen Schritt darstellt. Inhaltlich sind diese Maßstäbe allerdings einerseits zu unbestimmt und andererseits zumindest hinsichtlich der unselbstständigen Beweisverwertungsverbote von Verfassungs wegen weder unter grundrechtsdogmatischen noch rechtsstaatlichen Gesichtspunkten überzeugend.

³⁴ S. hierzu oben.

³⁵ Vgl. zu dieser Problematik: *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429, 431.

³⁶ S. hierzu oben.

³⁷ So auch die Einschätzung von *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 388 m.w.N.; diese Schwierigkeiten zeigten sich insbesondere in den sog. Tagebuchfällen – vgl. hierzu etwa BVerfGE 80, 367 ff.

³⁸ BVerfG, Beschluss vom 20.5.2011 (Fn. 13), Rn. 13.

³⁹ In der anschließenden Verwertung solcher rechtswidrig erlangter Beweise kann eine Fortsetzung oder Vertiefung des ursprünglichen Grundrechtseingriffs oder sogar ein neuerlicher Grundrechtseingriff gesehen werden – vgl. *Sachs* JuS 2010, 751.

⁴⁰ Vgl. etwa die entsprechende Begründung in der Liechtenstein-Entscheidung: BVerfG (Fn. 1), Rn. 44.

⁴¹ Vgl. die diesbezügliche Kritik zur identischen Begründung des Bundesverfassungsgerichts bei fehlerhaften Durchsuchungen durch *Sachs* (Fn. 39), 752; in diese Richtung auch *Dallmeyer* (Fn. 35), 430.

⁴² *Dallmeyer* (Fn. 35), 432 f.

⁴³ *Gaede* JR 2009, 493, 501 m.w.N.

⁴⁴ *Gaede* (Fn. 43), 501.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Christian Schröder. Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl., 518 Seiten, Carl Heymanns Verlag, 98,00 €, Köln 2010.

Wie bedeutsam der Zustand des Kapitalmarktes nicht „nur“ für Renten und Lebensversicherungen, sondern auch für Staaten und ganze Kontinente sein kann, erleben wir in diesen Tagen. Nahezu tägliche Hiobsbotschaften verdeutlichen uns die fragile Natur internationaler Geldkreisläufe. Die Europäische Kommission sinnt konkreter als bisher darüber nach, den Schutz des Kapitalmarktes durch eine Verordnung und durch Gebote zum Einsatz von Strafen auch gegenüber Unternehmen zu verstärken. Ob jene Bestrebungen tatsächlich erfolgversprechende Lösungen gegen zukünftiges Fehlverhalten am Kapitalmarkt bieten und nicht nur symbolische Akte gemeinsamer Hilflosigkeit darstellen, vermögen wir – am Vorabend der kommenden Regelungen – noch nicht belastbar zu beurteilen. Die Frage, ob das bereits jetzt weithin europäisierte Kapitalmarktstrafrecht *de lege lata* in der Lage ist, vergangene Fehlentwicklungen am Kapitalmarkt auch als Ausprägungen individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu analysieren, müssen wir bereits heute beantworten. Hierzu leistet das zu besprechende Handbuch Kapitalmarktstrafrecht von *Christian Schröder* einen großen Beitrag. Das wissenschaftlich anspruchsvolle Praxishandbuch liegt nun in einer zweiten Auflage vor, die bereits die Finanzkrise der Jahre 2007/2008 verarbeiten konnte.

Wie bisher finden sich im Handbuch *Schröders* in erster Linie die im Vergleich zu den §§ 263, 266 StGB seltener durchdrungenen, spezifischen Delikte des Kapitalmarktstrafrechts erläutert (Kapitalanlagebetrug gemäß § 264a StGB, Insiderstraftaten, Börsen- und Marktpreismanipulation, Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften, Verstöße gegen das KWG). Ergänzend führt *Schröder* in das Verfahrensrecht des WpHG ein. Die damit bestrittenen ersten sechs Kapitel sind bereits besprochen und als

Standardlektüre anerkannt. Sie stehen hier deshalb nicht im Vordergrund. *Schröder* bringt uns in ihnen die Besonderheiten der mittlerweile für die Praxis bedeutsamen Normen eingängig näher. Der oft verschachtelt und über Verweisungen geregelte komplexe Norminhalt wird sinnvoll abgestuft erläutert. Grundfragen des Kapitalmarktstrafrechts wie diejenige nach dem Einwirkungserfolg des § 38 II Nr. 1 WpHG werden umsichtig, umfassend und nah am Kapitalmarktrecht erörtert (S. 221 ff.). Grundsatzentscheidungen wie die des BGH zum Scalping werden eingehend analysiert und kritisiert (S. 158 ff., 229 ff., 224 ff.). *Schröder* steht bei alledem auf dem Standpunkt, dass die Straftaten des WpHG in erster Linie den Schutz des Kapitalmarktes bezwecken, jedoch auch auf einen überindividuell ansetzenden Schutz des Anlegervermögens zurückbezogen sind (siehe S. 45 f., 149 f., 272 f. mit Überschneidungen). Selbstverständlich sind zwischenzeitliche Diskussionen etwa zur Behandlung von Leerverkäufen eingearbeitet (S. 197 f., 316 f.). Zu § 20a VI WpHG hat *Schröder* sein Plädoyer für eine Abstandnahme von näheren Regeln für den Journalismus vertieft.

Von besonderem Interesse ist, was *Schröder* in zwei gänzlich neuen Kapiteln des insgesamt um über 100 Seiten angewachsenen Werks thematisiert. Das neue siebte Kapitel zur „Compliance in börsennotierten Unternehmen“ (S. 379-401) bereichert die allgegenwärtige Compliance-Debatte mit einer gezielten Erläuterung, wie Unternehmen, die am Kapitalmarkt agieren, die Wahrung der dort geltenden spezifischen, sanktionsbewehrten Rechtsregeln absichern sollten. *Schröder* adressiert besonders die Schwierigkeiten, die sich aus den oft farblosen und kaum mit einer allgemein erkennbaren Appellwirkung ausgestatteten Regeln des Kapitalmarktes ergeben. Er tritt zustimmungswürdig für eine „faire Compliance“ ein, die auch den Mitarbeitern des Unternehmens gerecht wird, indem sie diese insbesondere vor verkappten Risiken insbesondere des Kapitalmarkt(-straf-)rechts warnt. Die vom BGH (HRRS 2009 Nr. 718) *obiter* befür-

wortete Garantenstellung des Compliance Officers lehnt *Schröder* weitgehend ab (S. 381).

Vor allem in dem neu verfassten achten Kapitel „Die Finanzkrise und das Strafrecht“ (S. 403-443) arbeitet *Schröder* schließlich strafrechtliche Kernfragen der Finanzkrise der Jahre 2007/2008 auf, die er als Vertrauenskrise bestimmt. Hierzu stellt er zunächst gründlich und verständlich die komplexen Geschäftszusammenhänge der Verbriefungen dar, welche die Krise ausgelöst hatten. Diese Darstellung ist sehr wertvoll, dürfte sie doch vielen Strafrechtlern erstmals ein detaillierteres, aus strafrechtlicher Perspektive gezeichnetes Bild des Grundsachverhalts vermitteln. Jenen Grundsachverhalt unterzieht *Schröder* einer rechtlichen Verarbeitung unter dem Gesichtspunkt der Untreue. Damit gibt er die ursprüngliche Konzeption, die §§ 263, 266 StGB nicht in das Zentrum des Buchs zu rücken, mit guten Gründen teilweise auf. Sein besonderes Augenmerk gilt der vielerorts akzeptierten und durch Bankgarantien geadelten exzessiven Fristentransformation, die er als Hauptvorwurf an die Akteure formuliert, soweit ihre Geschäfte nicht hinreichend durch Eigenkapital unterlegt waren. Inhaltlich stützt er sich auf die – durchaus umstrittene – Forderung nach einer „gravierenden Pflichtverletzung“, die er in der Einziehung oder Fortführung konkreter existenzgefährdender Risiken erblickt. Er betont, dass das bloße Vertrauen auf die Einschätzungen von Rating-Agenturen angesichts der erkannten oder offensichtlichen Komplexität der Geschäfte spätestens Anfang 2007 bei einem großen Engagement pflichtwidrig war. Darauf, ob und wie zu diesem Zeitpunkt bereits übernommene Risiken tatsächlich noch abgebaut werden konnten, geht *Schröder* allerdings nicht näher ein. Bei der Nachteilsberechnung prüft *Schröder* einen möglichen Gefährdungsschaden. Er schließt sich dem nicht selten bestrittenen Ansatz *Nacks* an, nach dem ein Vermögensnachteil vergleichsweise früh im Anschluss an bilanzielle Prüfungen anzunehmen ist (siehe *Nack StraFo* 2008, 277 ff., zur jüngeren Diskussion anhand des Betruges vgl. näher *AnwK/Gaede* § 263 Rn 109, 116 ff.).

Bei der Thematisierung der Finanzkrise wird die schon im übrigen Buch zu beobachtende, wohltuend ausgewogene Grundlinie in *Schröders* Arbeiten deutlich. So legt er zum Beispiel im Rahmen einer prinzipiellen Bestätigung der §§ 49, 26 BörsG wert darauf, dem Leser auch die prinzipielle Seriosität der Terminbörsen zu vermitteln, um einer vorschnellen Fehleinschätzung vorzubeugen (S. 297 ff.). Etwa zur Untreuestrafbarkeit der mit ABS-Anleihen agierenden Bankmanager tritt *Schröder* (implizit) Vorstellungen entgegen, nach denen sich der komplexe, eigene Gesetze schaffende Markt („das haben doch damals alle gemacht“) einer sanktionierenden rechtlichen

Bewertung entziehe. Der Kapitalmarkt wird nicht als großes Glücksspiel verklärt, in dem sich negative Entwicklungen stets nur als Unglücke darstellen können, während sich belast- und vorhersehbare rechtliche Maßstäbe gar nicht aufstellen lassen. Ebenso wenig zeigt sich *Schröder* aber bereit, „den Bankern“ in der Rückschau allzu pauschal und allzu früh einen Untreuevorsatz zu unterstellen. Man darf zwar hinterfragen, ob das plötzliche und auch von *Schröder* beim Nachteil nicht mehr zugerechnete (S. 441 f.) zeitweise Austrocknen des Marktes für Commercial Papers nicht doch im Ergebnis zu einem weitreichenden (subjektiven) Zurechnungsauschluss führen muss. Die Arbeit mahnt aber nicht nur als Ausflucht, sondern zu Recht, sowohl zum objektiven, als auch zum subjektiven Tatbestand der Untreue tatsächlich auf den Einzelfall des konkreten Geschäfts einschließlich seiner zeitlichen Ausgangslage zu blicken. Nur so ersetzt das globale Urteil über „die Krise“ oder über „die Banker“ weder die objektive Bewertung des konkreten Verhaltens, noch die Feststellung individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Allerdings mag man sich – auch wenn die Rechtspolitik in einem Praxishandbuch nicht unbedingt zuhause sein muss – angesichts der Wissenschaftlichkeit des impulsgebenden Werks fragen, ob sich *Schröder* in ihm in Zukunft nicht auch zur rechtspolitischen Diskussion äußern sollte. Die Frage, ob wir neben der vermögensschützenden Untreue nicht auch einen anders konzipierten, systemrelevante Marktakteure („too big to fail“) erfassenden Schutz des Kapitalmarkts benötigen, dürfte auch im Zuge der aktuellen Finanzkrise erneuten Auftrieb und langfristig praktische Bedeutung erlangen.

Der damit bestehende fachliche Nutzen des weiterführenden Werks wird auch in der zweiten Auflage zu einem angemessenen Preis angeboten. Angemessen auch deshalb, weil das Buch zusätzlich einen gut ausgewählten Textanhang mit den einschlägigen europäischen Rechtsvorschriften (etwa die Insider- und Marktmanipulationsrichtlinie) und den deutschen Rechtsverordnungen (etwa die MaKonV und die WpAIV) umfasst. Das Layout des von Heymanns gestalteten Handbuchs ist großzügig und sehr übersichtlich. Man hält deshalb nach Form und Inhalt ein Buch in seinen Händen, das Autor und Verlag sehr gut gelungen sind. Wer Erkenntnisse zu den aktuellen strafrechtlichen Schranken des Kapitalmarkts sucht, dürfte das Buch deshalb wie der Rezensent mit Freude und Gewinn lesen.

Prof. Dr. **Karsten Gaede**, Bucerius Law School, Hamburg

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.

1162. BGH 1 StR 120/11 – Urteil vom 20. September 2011 (LG Bayreuth)

Totschlag (Tötungsvorsatz bei Stichen); Mord (Heimtücke; erforderliche Feststellungen für eine vorherige tätliche Auseinandersetzung); unwirksame Beschränkung der Revision (Unterbringung in einer Entziehungsanstalt: symptomatischer Zusammenhang; Auslegung).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 15 StGB; § 64 StGB; Vor § 296 StPO

1163. BGH 1 StR 231/11 – Urteil vom 8. November 2011 (LG Bayreuth)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (Anwendung nach der Maßgabe des Grundsatzurteils des Bundesverfassungsgerichts).

§ 66b Abs. 2 StGB; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 GG

1164. BGH 1 StR 233/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Memmingen)

BGHSt; Aussetzung durch Im Stich lassen als Unterlassungsdelikt (keine Strafrahmenermilderung; Todesverursachung; Unterlassen; Verhältnis zum Totschlag: Sperrwirkung der verdrängten Straftat; echte und unechte Unterlassungsdelikte).

§ 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB; § 13 Abs. 2 StGB; § 49 StGB

1165. BGH 1 StR 254/10 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (BGH)

Zuständigkeit für die Festsetzung einer Pauschgebühr für die Tätigkeit während des Revisionsverfahrens (Bestellung durch das Revisionsgericht; Zumutbarkeit).

§ 51 Abs. 2 Satz 2 RVG

1166. BGH 1 StR 273/11 – Urteil vom 19. Oktober 2011 (LG Tübingen)

Mord und Totschlag durch einen Jugendlichen (Heimtücke; niedrige Beweggründe: subjektive Verwerflichkeit, erschöpfende Würdigung, Anzeigeerstattung, Gleichgültigkeit).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 17 JGG; § 15 StGB

1167. BGH 1 StR 41/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG Mannheim)

BGHSt; Versagung der Befreiung einer innergemeinschaftlichen Lieferung von der Umsatzsteuer bei der Verschleierung der Identität des wahren Erwerbers (Umsatzsteuerhinterziehung; Bestimmtheitsgrundsatz; unionsrechtskonforme Auslegung; Buch- und Belegnachweis; beiderseitige kollusive Täuschung; einseitige Täuschung; Schutz von Sanktionsansprüchen).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 370 Abs. 1 AO; § 4 Nr. 1 Buchstabe b UStG; § 6a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 3 UStG; Art. 28c Teil A Buchst. a Unterabs. 1 Richtlinie 77/388/EWG i.d.F. der Richtlinie 2000/65/EG

1168. BGH 1 StR 95/11 – Beschluss vom 21. September 2011 (LG Amberg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1169. BGH 1 StR 95/11 – Urteil vom 21. September 2011 (LG Amberg)

Besonders schwere Brandstiftung (Wohnung; Entwidmung, Beweiswürdigung; Kognitionspflicht); Versicherungsmissbrauch (Verhältnis zum versuchten Betrug: prozessualer Tatbegriff).

§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 265 StGB; § 263 StGB; § 22 StGB; § 261 StPO

1170. BGH 1 StR 321/11 – Beschluss vom 7. Oktober 2011 (LG Berlin)

Verschaffung falscher amtlicher Ausweise („Sich oder einem anderen verschaffen“; Verwahren); Beihilfe zum Verstoß gegen § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; Urkundenfälschung; Verfahrensbeschränkung nach Einstellung (konkrete Bezeichnung ausgeschiedener Tatteile); Zurückverweisung an ein Gericht niedrigerer Ordnung nach § 354 Abs. 3 StPO.

§ 276 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 354 Abs. 3 StPO; § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; § 27 StGB; § 267 StGB; § 154 StPO

1171. BGH 1 StR 336/11 – Urteil vom 19. Oktober 2011 (LG München II)

Erweiterter Verfall beim Betrug (Anlagebetrug; erlangtes, wertloses Aliud); vorsätzliches unerlaubtes Erbringen von Finanzdienstleistungen; unwirksamer Berichtigungsbeschluss (Widerspruch zwischen Urteilsformel und Urteilsgründen); Verfall (Rückgewinnungshilfe: für und

aus der Tat erlangtes); unerlassene Bescheidung eines Beweisantrages (Beruhen; Konnexität).

§ 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG; § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG; § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 5 KWG; § 263 Abs. 1, Abs. 5, Abs. 7 StGB; § 260 StPO; § 267 StPO; § 111i Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 6 StPO; § 337 StPO

1172. BGH 1 StR 354/11 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG Augsburg)

Falsche Angaben beim Registergericht über die Einzahlung des Stammkapitals (Abgrenzung von Vorzeigegeld und Bareinlage); vorsätzlicher Bankrott (Rechtsgut; Strafzumessung bei Vermögensstraftaten; Unmöglichkeit der Bilanzerstellung); gewerbsmäßiger Betrug; strafscharfende Berücksichtigung eines zulässigen Verteidigungsverhaltens.

§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG; § 8 Abs. 2 GmbHG; § 283 Abs. 1 Nr. 5 oder Nr. 7b StGB; § 263 StGB; § 46 StGB

1173. BGH 1 StR 367/11 – Beschluss vom 21. September 2011 (LG Schweinfurt)

BGHSt; Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung eines ärztlichen Attests anstatt der Vernehmung eines Arztes; Körperverletzung; nachfolgende Sexualstraftat; Aufklärungspflicht).

§ 250 StPO; § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 223 StGB; § 177 StGB

1174. BGH 1 StR 369/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Ravensburg)

Besitz kinderpornografischer Schriften (konkreter Besitzwille des Angeklagten).

§ 184b Abs. 1 StGB

1175. BGH 1 StR 398/11 – Beschluss vom 21. September 2011 (LG Augsburg)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Härteausgleich; maßgebliche Beendigung der Tat; Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

1176. BGH 1 StR 399/11 – Beschluss vom 31. Oktober 2011 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

1177. BGH 1 StR 407/11 – Beschluss vom 13. Oktober 2011 (LG München II)

Betrug (Täuschung bei anschließender Bonitätsprüfung; Kausalität für den Irrtum; objektive Zurechnung); Computerbetrug (Wahlfeststellung); Einfluss der drohenden Regelausweisung und der zuvor verhängten Untersuchungshaft auf die Strafzumessung.

§ 1 StGB; § 263 StGB; § 263a StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 53 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG; § 56 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 1 Satz 4 AufenthG; § 46 StGB; § 112 StPO

1178. BGH 1 StR 452/11 – Beschluss vom 7. November 2011 (LG Waldshut-Tiengen)

Unbegründete Anhörungsrüge (Geltendmachung einer Besorgnis der Befangenheit).

§ 356a StPO; § 24 Abs. 2 StPO

1179. BGH 1 StR 476/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Traunstein)

Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten (Beschuldigtenbegriff: Beurteilungsspielraum insbesondere bei Tötungsdelikten; Verwertungsverbot bei mangelnder Belehrung: Auswirkung auf die spätere Erhebung eines Sachverständigenbeweises; Widerspruchslösung).

§ 136 StPO; § 163a StPO; § 72 StPO; § 136a StPO

1180. BGH 1 StR 484/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Konstanz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1181. BGH 1 StR 491/11 – Beschluss vom 11. Oktober 2011 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1182. BGH 2 StR 202/11 – Beschluss vom 12. Oktober 2011 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1183. BGH 2 StR 202/11 – Urteil vom 12. Oktober 2011 (LG Darmstadt)

Beweiswürdigung bei der versuchten Vergewaltigung und der versuchten sexuellen Nötigung (besonders schwere sexuelle Nötigung; Hoffnung auf einen später freiwilligen Geschlechtsverkehr).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 StGB; § 261 StPO

1184. BGH 2 StR 263/11 – Beschluss vom 22. September 2011 (LG Aachen)

Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung bei maßgeblichen, belastenden Angaben eines Mittäters; Konfrontationsrecht; Aufklärungshilfe).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 55 StPO; § 261 StPO; § 31 BtMG

1185. BGH 2 StR 274/11 – Beschluss vom 7. September 2011 (LG Gera)

Mangelnde Strafraumenwahl bei schweren sexuellen Missbrauch von Kindern (Meistbegünstigungsgrundsatz); Doppelverwertungsverbot.

§ 2 Abs. 3 StGB; § 176a Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1186. BGH 2 StR 275/11 – Beschluss vom 17. August 2011 (LG Köln)

Unklare Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei der Strafzumessung.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB

1187. BGH 2 StR 277/11 – Beschluss vom 14. September 2011 (LG Köln)

Rechtsfehlerhafte Strafschärfung wegen zulässigen Verteidigungsverhaltens.

§ 46 StGB; Art. 6 EMRK

1188. BGH 2 StR 286/11 – Urteil vom 21. September 2011 (LG Limburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Mitsichführen einer Waffe (Teilmengen und Bewertungseinheit).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB

1189. BGH 2 StR 296/11 – Beschluss vom 17. August 2011 (LG Bonn)

Konkurrenzen zwischen der Verschaffung eines falschen amtlichen Ausweises und Urkundenfälschung (Gebrauchen); Gesamtstrafenbildung.

§ 276 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 267 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 55 StGB

1190. BGH 2 StR 313/11 – Beschluss vom 22. September 2011 (LG Gera)

Strafzumessung bei Vergewaltigung (zulässiges Verteidigungsverhalten: Recht auf wirksame Verteidigung; Opferschutz; Allgemeines Persönlichkeitsrecht).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

1191. BGH 2 StR 315/11 – Beschluss vom 15. September 2011 (LG Trier)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Erörterungsmängel; Zustand).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1192. BGH 2 StR 318/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Erfurt)

Erledigung der unterbliebenen Anordnung des Vorwegvollzugs (Untersuchungshaftvollzug; mangelnde Beschwer).

§ 67 Abs. 2 Satz 2 StGB; Vor § 296 StPO

1193. BGH 2 StR 320/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

1194. BGH 2 StR 322/11 – Beschluss vom 22. September 2011 (LG Köln)

Bemessung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe (Sollvorschrift; Halbstrafenzeitpunkt; möglicher Widerruf einer Aussetzung zur Bewährung; Beschwer).

§ 67 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 StGB

1195. BGH 2 StR 344/11 – Urteil vom 19. Oktober 2011 (LG Erfurt)

Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs.

§ 46a Nr. 1 StGB

1196. BGH 2 StR 344/11 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG Erfurt)

Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen (Pornographiebegriff).

§ 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB

1197. BGH 2 StR 350/11 – Beschluss vom 7. September 2011 (LG Frankfurt am Main)

Strafrahmenwahl bei Aufklärungshilfe.

§ 31 Nr. 1 BtMG; § 49 Abs. 1, Abs. 2 StGB

1198. BGH 2 StR 362/11 – Beschluss vom 12. Oktober 2011 (LG Aachen)

Lückenhafte Beweiswürdigung (Erörterungsmängel; molekulargenetische Untersuchung von DNA-Spurenträgern).

§ 261 StPO

1199. BGH 2 StR 376/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1200. BGH 2 StR 383/11 – Beschluss vom 22. September 2011 (LG Köln)

Unzureichende Beweiswürdigung nach Verständigung (Erstreckung des Erfolgs der Revision auf einen Mitangeklagten; abgekürzte Urteilsgründe).

§ 261 StPO; § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 267 Abs. 4 StPO; § 357 StPO

1201. BGH 2 StR 396/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Frankfurt am Main)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Feststellungen: Eigenverbrauch; ungeladener Gasrevolver).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1202. BGH 2 StR 421/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Aachen)

Unzulässiges Rechtsmittel (mangelnde Beschwer).

§ 64 StGB; Vor § 296 StPO

1203. BGH 4 StR 172/11 – Beschluss vom 21. September 2011 (LG Saarbrücken)

Vereitelung der Zwangsvollstreckung; Verfall und Verfall von Wertersatz (Erlangtes; Rückgewinnungshilfe; Ansprüche des Verletzten; Rückwirkungsverbot).

§ 288 StGB; § 111i Abs. 2 Satz 3 StPO; § 2 Abs. 5, Abs. 3 StGB

1204. BGH 4 StR 250/11 – Beschluss vom 5. Oktober 2011 (-)

Verfahrenseinstellung.

§ 154 StPO

1205. BGH 4 StR 253/11 – Beschluss vom 18. Oktober 2011 (LG Bochum)

Einschränkende Auslegung der Sicherungsverwahrung nach der Grundsatzentscheidung des BVerfG (Betrug); besonders schwerer Fall des Betrug (Vermögensverlust großen Ausmaßes; Gewerbsmäßigkeit).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 StGB; § 66 StGB; Art. 316e II EGStGB; § 354a StPO

1206. BGH 4 StR 346/11 – Beschluss vom 18. Oktober 2011 (LG Bochum)

Konkurrenzverhältnisse beim Betrug (Täterschaft und Teilnahme bei einer Deliktsserie).

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1207. BGH 4 StR 362/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Rostock)

Anwendung des Rechts der Sicherungsverwahrung nach dem Grundsatzurteil des BVerfG (Hang; Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten).

Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG; § 66 StGB

1208. BGH 4 StR 396/11 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG Zweibrücken)

Sexuelle Nötigung (schutzlose Lage; Vergewaltigung); sexueller Missbrauch von Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen.

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 176 StGB; § 174a Abs. 2 StGB

1209. BGH 4 StR 399/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Magdeburg)

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

1210. BGH 4 StR 403/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Hagen)

Schwere räuberische Erpressung in der Beendigungsphase (Zueigungsabsicht; Beutesicherungsabsicht; schwere Misshandlung; Verwendung eines gefährlichen Werkzeuges).

§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3a StGB

1211. BGH 4 StR 406/11 – Beschluss vom 5. Oktober 2011 (LG Bielefeld)

Schuldpruchberichtigung (Beruhen des Strafausspruchs; Verwirklichung mehrerer Gesetzesverletzungen).

§ 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO; § 46 StGB

1212. BGH 4 StR 407/11 – Beschluss vom 5. Oktober 2011 (LG Halle)

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

1213. BGH 4 StR 416/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Essen)

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang; Hang).

§ 64 StGB

1214. BGH 4 StR 423/11 – Beschluss vom 5. Oktober 2011 (LG Saarbrücken)

Ausschöpfung eines Befangenheitsantrages; Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge; Tenorierung (Regelbeispiele; gemeinschaftliches Handeln).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 24 StPO; § 27 StPO; § 245 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 267 StPO

1215. BGH 4 StR 454/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Rostock)

Unmittelbares Ansetzen zum Versuch des sexuellen Missbrauchs.

§ 22 StGB; § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB; § 176 Abs. 1 Fall 2, Abs. 6 Halbsatz 1;

1216. BGH 4 StR 465/11 – Beschluss vom 5. Oktober 2011 (LG Halle)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages wegen Ungeeignetheit beim Zeugenbeweis.

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

1217. BGH 4 StR 474/09 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (BGH)

Pauschvergütung in der Revision.

§ 51 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 51 Abs. 1 Satz 1 RVG

1218. EGMR Nr. 21698/06 (5. Kammer) – Entscheidung vom 23. Oktober 2010 (Kriegisch v. Deutschland)

Unabhängiges und unparteiliches Gericht (Befangenheitsrügen bei Verständigungsangeboten und Vorbefassung; Verfahrensabsprachen; unzulässiger Druck; Selbstbelastungsfreiheit; Rechtswegerschöpfung; Mehrheitsentscheidung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 35 EMRK; § 257c StPO

1219. BGH 3 StR 118/11 – Beschluss vom 15. September 2011 (LG Oldenburg)

Anfrageverfahren zur Aufgabe der Interessentheorie; GmbH; Bankrott; Untreue (existenzgefährdender Eingriff); Tateinheit; Gläubigerschutz; Verletzung von Bilanzierungspflichten; Verletzung von Buchführungsvorschriften.

§ 266 StGB; § 283 StGB; § 132 GVG; § 14 StGB; 52 StGB

1220. BGH 3 StR 189/11 – Urteil vom 3. November 2011 (auswärtige große Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers)

Freispruch (Beweiswürdigung; Urteilsgründe); Zweifelsatz (Anwendung auf das Beweisergebnis insgesamt).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

1221. BGH 3 StR 210/11 – Beschluss vom 30. August 2011 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Beiseiteverwertungsverbot (Durchsuchung einer Wohnung unter Umgehung des Richtervorbehalts); hypothetischer rechtmäßiger Ermittlungsverlauf; Ersatzeingriff; Rechtskreis des Beschuldigten.

§ 29a BtMG; § 102 StPO; § 105 StPO; Art. 13 GG

1222. BGH 3 StR 223/11 – Urteil vom 15. September 2011 (LG Hannover)

Mord; Heimtücke (Beginn des Angriffs; Arg- und Wehrlosigkeit; Tötungsvorsatz); Strafzumessung; erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Vermeidbarkeit; Vorwerfbarkeit).

§ 211 StGB; § 15 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1223. BGH 3 StR 245/11 – Beschluss vom 13. Oktober 2011 (LG Lüneburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154 Abs. 2 StPO

1224. BGH 3 StR 255/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Wuppertal)

Prozessuale Tat; Anklagegrundsatz; Identität der Tat (individualisierende Tatumstände); nicht erschöpfte Anklage (Zuständigkeit zur Entscheidung nach Aufhebung und Zurückverweisung).

§ 264 StPO; § 200 StPO; § 199 StPO

1225. BGH 3 StR 39/11 – Urteil vom 30. Juni 2011 (LG Düsseldorf)

Zusicherung des Gerichts zu den Rechtsfolgen (Vertrauen des Angeklagten; keine Bindungswirkung; Hinweispflicht bei Abweichen; faires Verfahren; Verständigung); Strafaussetzung zur Bewährung; Urteilsgründe (Darstellung von Vorbelastungen; Bundeszentralregisterauszug).

§ 56 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 265 StPO; § 257c StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1226. BGH 3 StR 43/11 – Beschluss vom 8. September 2011 (LG Hildesheim)

Strafaussetzung zur Bewährung (besondere Umstände).
§ 56 Abs. 2 StGB

1227. BGH 3 StR 267/11 – Urteil vom 3. November 2011 (LG Mönchengladbach)

Strafzumessung; Täter-Opfer-Ausgleich.
§ 46 StGB; § 46a StGB

1228. BGH 3 StR 280/11 – Beschluss vom 29. September 2011 (LG Duisburg)

Wirksamkeit eines Eröffnungsbeschlusses (Unterschriften aller Richter); Einstellung des Verfahrens.
§ 206a StPO; § 207 StPO

1229. BGH 3 StR 282/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Düsseldorf)

Beendigung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten; Verfahrensrüge (Darlegungsanforderungen).
§ 231 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1230. BGH 3 StR 283/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (OLG München)

Strafzumessung (Festsetzung einer Einzelstrafe durch das Revisionsgericht).
§ 354 StPO; § 46 StGB

1231. BGH 3 StR 295/11 – Beschluss vom 29. September 2011 (LG Düsseldorf)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zuständigkeit); Ergänzung der Urteilsgründe (Fristbeginn).
§ 267 StPO; § 275 StPO; § 44 StPO; § 45 StPO

1232. BGH 3 StR 296/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Bückeburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Strafzumessung; Sicherstellung der Betäubungsmittel als bestimmender Umstand); Einziehung (Eigentum; maßgeblicher Zeitpunkt).
§ 29a BtMG; § 46 StGB; § 74 StGB; § 74c StGB

1233. BGH 3 StR 298/11 – Beschluss vom 29. September 2011 (LG Hildesheim)

Totschlag; Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag; freiwilliges Aufgeben; korrigierter Rücktrittshorizont); Schuldfähigkeit; Tötungsvorsatz.
§ 212 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 15 StGB

1234. BGH 3 StR 301/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Osnabrück)

Doppelverwertungsverbot (fehlendes Aufgeben der weiteren Tatausführung).
§ 46 Abs. 3 StGB

1235. BGH 3 StR 309/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Duisburg)

Untreue (Vermögensbetreuungspflicht; besonderes persönliches Merkmal); Beihilfe; Strafmilderung; Betrug (Doppelverwertungsverbot; eigennützige Bereicherungsabsicht).

§ 49 Abs. 1 StGB; § 266 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB; § 263 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1236. BGH 3 StR 310/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Düsseldorf)

Beihilfe; Gehilfe (Vorsatz; Zeitpunkt; Bestimmtheit); Beihilfehandlung (Förderung; Erleichterung; keine Kausalität; ausdrückliche Feststellung).
§ 27 StGB; § 15 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1237. BGH 3 StR 316/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Düsseldorf)

Schwerer Raub; besonders schwerer Raub (Wahrnehmung des Drohmittels durch das Opfer; Waffe; gefährliches Werkzeug); Idealkonkurrenz; Tateinheit (Drohung gegenüber mehreren Geschädigten).
§ 250 StGB; § 52 StGB

1238. BGH 3 StR 317/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Osnabrück)

Sexueller Missbrauch eines Jugendlichen; rechtlicher Hinweis.
§ 182 Abs. 1 StGB; § 265 StPO

1239. BGH 3 StR 324/11 – Beschluss vom 13. Oktober 2011 (LG Hannover)

Besonders schwerer Raub; Raub mit Todesfolge; Tateinheit.
§ 250 StGB; § 251 StGB; § 52 StGB

1240. BGH 3 StR 344/11 – Beschluss vom 11. Oktober 2011 (LG Kleve)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen; lückenhafte Beweiswürdigung.
§ 179 StGB; § 63 StGB; § 261 StPO

1241. BGH 3 StR 348/11 – Beschluss vom 15. November 2011 (LG Osnabrück)

Einsichtsfähigkeit; Tötungsvorsatz.
§ 15 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 212 StGB

1242. BGH 3 StR 351/11 – Beschluss vom 27. Oktober 2011 (LG Düsseldorf)

Totschlag; Tötungsvorsatz (lückenhafte Beweiswürdigung; besonders gefährliche Gewalthandlung; erheblich verminderte Schuldfähigkeit); Ablehnung mehrerer auf die Feststellung verschiedener Indiztatsachen gerichteter Beweisanträge (gebotene Gesamtwürdigung aller Indiztatsachen).
§ 212 StGB; § 261 StPO; § 21 StGB; § 15 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

1243. BGH 3 StR 373/11 – Beschluss vom 2. November 2011 (LG Kleve)

Sicherungsverwahrung (ultima ratio; Ausgestaltung des vorangehenden Strafvollzugs).
§ 66 StGB

1244. 5 StR 14/11 – Urteil vom 27. Oktober 2011 (LG Hamburg)

Verfall (Berücksichtigung steuerrechtlicher Belastungen); Härtevorschrift (nicht bemakeltes Vermögen; Ermessen des Tatrichters; revisionsgerichtliche Kontrolle); Revisionserstreckung auf nicht revidierende Mitangeklagte.
§ 73 StGB; § 73c StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 357 StPO

1245. BGH 5 StR 149/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Berlin)

Bemessung der Jugendstrafe (Alter des Angeklagten).
§ 18 JGG

1246. BGH 5 StR 165/11 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Hamburg)

Unvoreingenommenheit des Richters (frühere Sitzungsververtretung durch einen verwandten Staatsanwalt).
§ 30 StPO; § 22 StPO

1247. BGH 5 StR 236/11 – Urteil vom 27. Oktober 2011 (LG Frankfurt/Oder)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (Freispruch); Darstellungsmangel; Urteilsgründe.
§ 267 Abs. 5 StPO; § 261 StPO

1248. BGH 5 StR 238/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Berlin)

Täter-Opfer-Ausgleich (Urteilsgründe; Erörterung).
§ 46a StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1249. BGH 5 StR 245/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Lübeck)

Öffentlichkeit des Verfahrens (Verfahrensrüge; Darlegungsanforderungen; Vertrauen des Gerichts auf den möglichen Zutritt zum Gerichtsgebäude).
§ 169 GVG; § 338 Nr. 6 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1250. BGH 5 StR 56/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung (hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten; konkrete Umstände in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten; psychische Störung).
§ 66 StGB; Art. 1 GG; Art. 2 GG

1251. BGH 5 StR 267/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Berlin)

Sicherungsverwahrung (Gefahrenprognose; unzulässige Verwertung zulässigen Verteidigungsverhaltens).
§ 66 StGB

1252. BGH 5 StR 289/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Braunschweig)

Strafzumessung (jugendrichterliche Vorbelastungen; „Vorstrafen“).
§ 46 StGB; § 267 Abs. 4 StPO

1253. BGH 5 StR 292/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Berlin)

Inbegriff der Hauptverhandlung (Allgemeinkundigkeit; Gerichtkundigkeit; Beruhen); Besorgnis der Befangenheit (Ermittlungshandlungen des Vorsitzenden; unterlassene Mitteilung an die Verfahrensbeteiligten; Entschuldigung); Feststellung der Personalien eines Zeugen (Verzicht;

Mitteilung von Kennnummern von Polizeibeamten; bloße Ordnungsvorschrift; Beeinträchtigung der Verteidigung).
§ 261 StPO; § 337 StPO; § 24 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 68 Abs. 3 StPO

1254. BGH 5 StR 303/11 – Beschluss vom 14. September 2011 (LG Frankfurt)

Sexueller Missbrauch einer Schutzbefohlenen; Verjährung (Zweifelssatz).
§ 174 StGB; § 78 StGB; § 261 StPO

1255. BGH 5 StR 311/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (LG Itzehoe)

Totschlag (minder schwerer Fall; Gesamtwürdigung aller Umstände; Ermessensausübung).
§ 212 StGB; § 213 StGB

1256. BGH 5 StR 315/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Potsdam)

Audiovisuelle Vernehmung (Anordnung; Gerichtsbesetzung); effektive Verteidigung.
§ 247a StPO

1257. BGH 5 StR 343/11 – Beschluss vom 28. September 2011 (LG Potsdam)

Verfall (Urteilsgründe).
§ 73 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1258. BGH 5 StR 344/11 – Beschluss vom 27. September 2011 (LG Hamburg)

Strafmaß (Divergenz zwischen Urteilsformel und Urteilsgründen; Beruhen).
§ 337 StPO; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 260 Abs. 4 StPO

1259. BGH 5 StR 346/11 – Beschluss vom 18. Oktober 2011 (LG Braunschweig)

Körperverletzung (besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung).
§ 223 StGB; § 230 StGB

1260. BGH 5 StR 357/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Potsdam)

Rechtmäßiges Verteidigungsverhalten (Unzulässigkeit negativer Schlüsse); Beruhen.
§ 261 StPO; § 337 StPO

1261. BGH 5 StR 363/11 – Beschluss vom 11. Oktober 2011 (LG Kiel)

Urteilsgründe (Einrücken rechtskräftiger Feststellungen; Einrücken aufgehobener Urteilsgründe).
§ 267 Abs. 4 StPO

1262. BGH 5 StR 370/11 – Beschluss vom 11. Oktober 2011 (LG Dresden)

Strafzumessung (Tateinheit; besonders enger Zusammenhang zwischen tateinheitlich verwirklichten Taten).
§ 46 StGB; § 30a BtMG; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 52 StGB

1263. BGH 5 StR 374/11 – Beschluss vom 11. Oktober 2011 (LG Dresden)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Strafzumessung (Irrtum über Strafrahmenuntergrenze).

§ 46 StGB; § 30 BtMG

1264. BGH 5 StR 376/11 – Beschluss vom 27. Oktober 2011 (LG Hamburg)

Fehlerhafte Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs; unvertretbare Mitwirkung eines Richters.

§ 24 StPO; § 26 StPO; § 27 StPO

1265. BGH 5 StR 377/11 – Beschluss vom 11. Oktober 2011 (LG Berlin)

Absehen von der Auferlegung der Kosten und Auslagen.

§ 74 JGG

1266. BGH 5 StR 378/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Braunschweig)

Schuldpruch; Strafzumessung (lang zurückliegende Tatserien; Ermittlung der Fallzahlen).

§ 46 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

1267. BGH 5 StR 393/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit).

§ 62 StGB; § 63 StGB

1268. BGH 5 StR 396/11 – Beschluss vom 11. Oktober 2011 (LG Bremen)

Unzulässige Revision der Nebenklage (zum Anschluss berechtigende Tat; Straftat gegen das Leben; gefährliche Körperverletzung).

§ 395 StPO; § 400 Abs. 1 StPO; § 224 StGB

1269. BGH 5 StR 397/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; Absehen von der Auferlegung von Kosten und Auslagen.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 74 JGG

1270. BGH 5 StR 404/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Aussetzung der Maßregel zur Bewährung; Verhältnismäßigkeit).

§ 63 StGB; § 62 StGB; § 67g StGB; § 67h StGB

1271. BGH 5 StR 410/10 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung (hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten; konkrete Umstände in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten; psychische Störung).

§ 66 StGB; Art. 1 GG; Art. 2 GG

1272. BGH 5 StR 410/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Hamburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Beschränkung der Revision).

§ 64 StGB; § 344 StPO

1273. BGH 5 StR 412/11 – Beschluss vom 27. Oktober 2011 (LG Berlin)

Maßregel (Verhältnismäßigkeit).

§ 62 StGB

1274. BGH 5 StR 426/11 – Beschluss vom 27. Oktober 2011 (LG Dresden)

Strafzumessung (irrtümliche Annahme von Vorbelastungen; Zeitpunkt der Tatbegehung).

§ 46 StGB

1275. BGH 5 StR 427/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Dresden)

Verfall (Vorrang von Opferansprüchen).

§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

1276. BGH 5 StR 454/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Dresden)

Reichweite der Rechtskraft bei Teilaufhebung.

§ 349 StPO

1277. BGH 5 StR 592/10 – Beschluss vom 9. Februar 2011 (LG Hamburg)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

1278. BGH AK 18/11 – Beschluss vom 15. November 2011

Untersuchungshaft (Fortdauer über sechs Monate hinaus); mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 120 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

1279. BGH StB 14/11 – Beschluss vom 4. Oktober 2011 (OLG Stuttgart)

Aussetzung des Strafrests zur Bewährung (Prognosegutachten; verlässliche Entscheidungsgrundlage; Anforderungen an eine positive Legalprognose).

§ 454 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO; § 57 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

1280. BVerfG 2 BvR 15/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Essen / AG Essen)

Durchsuchung einer Wohnung; Tatverdacht; Unterhaltspflichtverletzung (Leistungsfähigkeit; ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 170 Abs. 1 StGB

1281. BVerfG 2 BvR 979/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (OLG Stuttgart / LG Ravensburg)

Briefgeheimnis im Strafvollzug (Postkontrolle; Verteidigerpost; Sichtkontrolle); Rechtsschutzinteresse (Wiederholungsgefahr); Einwilligung (Freiwilligkeit).

Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 115 Abs. 3 StVollzG; § 24 Abs. 2 Satz 1 JVollzGB III BW

1282. BVerfG 2 BvR 1509/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Oktober 2011 (OLG Hamm / LG Arnsberg)

Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot); Erledigterklärung; Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung; Entlassungsvorbereitung; Wiedereingliederung (soziale).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB; § 67d Abs. 2 StGB

1283. BVerfG 2 BvR 1539/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (OLG Hamm / LG Aachen)

Rechtsweggarantie (Rechtswegerschöpfung; effektiver Rechtsschutz; Widerspruch); lebenslange Freiheitsstrafe (Resozialisierung; Entlassungsvorbereitung; Vollzugslockerung; Ausführung; Sachverhaltsaufklärung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 11 StVollzG; § 109 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG

1284. BVerfG 2 BvR 1774/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Karlsruhe / AG Pforzheim)

Unverletzlichkeit der Wohnung und Durchsuchung (Beschwerdebefugnis; Verhältnismäßigkeit; Tatverdacht; Möglichkeit des Auffindens von belastenden Beweismitteln).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 90 Abs. 1 BVerfGG; § 102 StPO; § 105 StPO

1285. BVerfG 2 BvR 2407/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (OLG Hamm / LG Bochum)

Rechtswegerschöpfung (Anhörungsrüge); rechtliches Gehör; Begründungspflicht.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 120 Abs. 1 StVollzG

1286. BVerfG 2 BvR 2674/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Darmstadt / AG Darmstadt)

Unverletzlichkeit der Wohnung und Durchsuchung (Verhältnismäßigkeit); Tatverdacht (Tatbestandsverwirklichung; Vorsatz).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 52 WaffG; § 54 WaffG