

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. *Hans Kudlich*, Univ. Erlangen-Nürnberg – **Mobbing als Betriebsaufgabe?**
(Anm. zu BGH HRRS 2012 Nr. 74) S. 177Prof. Dr. *Wolfgang Mitsch*, Univ. Potsdam – **Sicherungserpressung oder räuberi-**
scher Betrug (Bespr. zu BGH HRRS 2011 Nr. 770) S. 181Privatdozent und RA Dr. *Joachim Kretschmer*, Berlin/Bremen – **Das Verhältnis von**
verweigerter Reihenuntersuchung nach § 81h StPO zur molekulargenetischen
Untersuchung gemäß der §§ 81c, 81e StPO S. 185

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

EntscheidungenBVerfG **Rechtsmittelverzicht nach Verständigung**BVerfG **Telefongespräche mit dem Verteidiger bei Untersuchungshaft**BGHSt **Beschränkung des Verfalls auf ersparte Aufwendungen bei mate-**
rieller GenehmigungsfähigkeitBGHSt **Fortfall des Verfahrenshindernisses der Spezialität bei der**
SteuerhinterziehungBGHSt **Abrechnungsbetrug eines privatliquidierenden Arztes**BGHSt **Strafzumessung bei Steuerhinterziehung in Millionenhöhe**BGHSt **Steuerhehlerei in Form von Absatzhilfe vor Tatbeendigung**BGH **Totschlag durch Unterlassen („Cleanmagic-Fall“)**BGH **Verbreiten kinderpornographischer Schriften durch zugangsge-**
schützte Foren und ChatsBGH **Reichweite des Verfahrenshindernisses der Spezialität**BGH **Untreue zulasten von Personenhandelsgesellschaften oder Ge-**
sellschafternBGH **Unzureichender Schiebetermin**

Die Ausgabe umfasst 89 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
13. Jahrgang, April 2012, Ausgabe

4

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

282. BVerfG 2 BvR 1464/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. März 2012 (OLG Dresden / LG Dresden)

Rechtsstaatsprinzip; Recht auf faires Verfahren; Verfahrensabsprache; Rechtsmittelverzicht; Sachaufklärungspflicht; Freibeweisverfahren; Hauptverhandlungsprotokoll; Dokumentationspflicht.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 257c StPO; § 273 StPO; § 302 StPO

1. Aus dem Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Recht auf ein faires Verfahren ergeben sich Mindestanforderungen für eine zuverlässige Sachverhaltsaufklärung. Dies gilt auch bei der obergerichtlichen Überprüfung der Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts. Dabei ist es grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn im Freibeweisverfahren nicht zu beseiti-

gende Zweifel in Bezug auf Verfahrenstatsachen grundsätzlich zulasten des Angeklagten gewertet werden.

2. Rechtsstaatlich nicht hinnehmbar ist es allerdings, wenn die Zweifel darauf zurückzuführen sind, dass das Tatgericht gegen eine gesetzliche Dokumentationspflicht verstoßen und entgegen § 273 Abs. 1a StPO weder das Zustandekommen einer Verfahrensabsprache noch deren Unterbleiben protokolliert hat.

3. Zweifel, die sich nicht zu Lasten des Angeklagten auswirken dürfen, bestehen etwa dann, wenn dessen Vortrag, einen Rechtsmittelverzicht nur aus Furcht vor einer Wiederinvolzugsetzung des Haftbefehls erklärt zu haben, nicht tragfähig zu beurteilen ist, weil jegliche Protokollierung zur Frage einer Absprache fehlt, die dienstliche Äußerung der Sitzungsvertreterin der Staats-

anwaltschaft zur Haftfrage widersprüchlich ist und Stellungnahmen der Schöffen und der Urkundsbeamtin nicht eingeholt worden sind.

4. Ausdrücklich offen lässt die Kammer die hier nicht entscheidungserhebliche grundsätzliche Frage, ob Verfahrensabsprachen und die entsprechenden Regelungen der Strafprozessordnung mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

279. BVerfG 2 BvR 309/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Februar 2012 (OLG Naumburg / LG Stendal)

Telefonerlaubnis im Strafvollzug; Antrag auf gerichtliche Entscheidung (effektiver Rechtsschutz; Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 32 Satz 1 StVollzG; § 109 Abs. 1 StVollzG

1. Art. 19 Abs. 4 GG verpflichtet die Gerichte, Rechtsschutz gegen geltend gemachte Rechtsverletzungen auch insoweit zu gewähren, als einem Beschwerdeführer nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zur Seite steht.

2. § 32 Satz 1 StVollzG stellt die Gestattung von Telefongesprächen von Gefangenen in das Ermessen der Justizvollzugsanstalt. Unterbindet eine Vollzugsanstalt generell Telefonate von Gefangenen mit Behörden und Gerichten, so ist auf einen entsprechenden Antrag des Gefangenen zu überprüfen, ob die Entscheidung der Anstalt dessen Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung verletzt.

3. Allein die Erwägung, Anträge bei Gerichten seien nach dem Gesetz schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle zu stellen, genügt in diesem Zusammenhang den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG nicht, wenn der Beschwerdeführer auch mit anderen Stellen als mit Gerichten telefonisch kommunizieren möchte.

280. BVerfG 2 BvR 988/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. März 2012 (LG München I / AG München)

Untersuchungshaft; Rechtsschutzbedürfnis bei der Verfassungsbeschwerde; faires Verfahren; Verteidigergespräche (telefonische).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 119 StPO; § 148 StPO

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für Verfassungsbeschwerden gegen Maßnahmen im Vollzug der Untersuchungshaft entfällt nicht mit dem Übergang des Betroffenen in die Strafhaft oder mit einer in diesem Zusammenhang erfolgenden Verlegung, weil in diesem Bereich ansonsten kein wirksamer verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz gewährleistet wäre.

2. Das aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG herzuleitende Grundrecht auf ein faires Verfahren gewährleistet den freien Kontakt zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger. § 148 Abs. 1 StPO konkretisiert dieses Verfahrensgrundrecht und schließt Beschränkungen der Kommunikation zwischen einem Beschuldig-

ten und seinem nicht selbst tat- oder teilnahmeverdächtigen Verteidiger regelmäßig aus.

3. Der Schutz der Kommunikation des Beschuldigten mit seinem Verteidiger wird auch durch § 119 StPO, der Beschränkungen der Telekommunikation von Untersuchungsgefangenen zur Abwehr einer Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr zulässt, nicht gemindert, wie sich ausdrücklich aus § 119 Abs. 4 Satz 1 StPO ergibt.

4. Die Annahme, es sei nicht hinreichend sichergestellt, dass es sich bei einer telefonisch kontaktierten Person tatsächlich um den Verteidiger handelt, ist regelmäßig nicht geeignet, telefonische Kontakte zwischen Beschuldigtem und Verteidiger zu unterbinden, weil der Strafverteidiger kraft seiner Stellung als Organ der Rechtspflege einen Vertrauensvorschuss genießt.

277. BVerfG 1 BvR 289/12 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 9. Februar 2012 (OLG Frankfurt am Main)

Sitzungspolizeiliche Anordnung; Pressemitteilung; Abbildung (Anonymisierung; „Verpixelung“); Pressefreiheit.

Art. 5 Abs. 1 GG; § 176 GVG; § 93 Abs. 1 BVerfGG

1. Die in Form einer Pressemitteilung ergangene sitzungspolizeiliche Anordnung, wonach der Angeklagte im Rahmen der Presseberichterstattung nur anonymisiert abgebildet werden darf, gelangt regelmäßig mit der Veröffentlichung der Pressemitteilung, spätestens jedoch zu Beginn der ersten mündlichen Verhandlung zur Kenntnis der betroffenen Presseorgane. Damit beginnt der Lauf der Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde nach § 93 Abs. 1 BVerfGG.

2. Ein Rechtsbehelf gegen eine derartige sitzungspolizeiliche Anordnung ist offensichtlich unstatthaft und deshalb nicht geeignet, die Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde offen zu halten. Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn auf den Rechtsbehelf eine Entscheidung ergeht, die eine neue sitzungspolizeiliche Anordnung darstellt. Dies ist nicht der Fall, wenn mit dem Rechtsbehelf nur Umstände gerügt worden sind, die bereits zum Zeitpunkt der angegriffenen Anordnung von Bedeutung waren.

278. BVerfG 1 BvR 2883/11 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 29. Februar 2012 (LG Frankenthal [Pfalz] / AG Grünstadt)

Schutz der Meinungsfreiheit und üble Nachrede (Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil); Verteidigung im Bußgeldverfahren (Sachverhaltsschilderung; erlaubte Zuspitzung).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 10 EMRK; Art. 6 EMRK; § 186 StGB; § 47 Abs. 1 Satz 2 OWiG

1. Bei der schriftlichen Äußerung des Betroffenen eines straßenverkehrsrechtlichen Bußgeldverfahrens, der ihn überprüfende Polizeibeamte habe „wohl den Tag über zu lange (...) in der Sonne gestanden oder (...) ganz einfach

dort mitgefeiert“ handelt es sich im Schwerpunkt um durch Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägte Werturteile und damit um Meinungen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Dies gilt umso mehr, wenn die Äußerung mit dem Halbsatz „Ehrliche Meinung meinerseits:“ eingeleitet wird.

2. Die unzutreffende strafgerichtliche Einstufung einer derartigen Äußerung als Tatsachenbehauptung verstößt bereits deshalb gegen Art. 5 Abs. 1 GG, weil Tatsachenbehauptungen strafrechtlich wie auch verfassungsrechtlich einen geringeren Schutz in Anspruch nehmen können und Einschränkungen leichter zugänglich sind als Meinungsäußerungen.

3. Bei der strafrechtlichen Würdigung ist es zugunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen, wenn seine Äußerung im Zusammenhang mit dem Begehren steht, die Einstellung eines gegen ihn eingeleiteten Bußgeldverfahrens zu bewirken. Hiervon ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Äußerung lediglich seine Darstellung des Sachverhalts zuspitzt und abschließt, aus der sich ergibt, dass er die Vorgehensweise des beteiligten Polizeibeamten für unangemessen erachtet; denn damit trägt er einen Umstand vor, der nach § 47 Abs. 1 Satz 2 OWiG im Rahmen der behördlichen Ermessensausübung zu berücksichtigen sein kann.

281. BVerfG 2 BvR 1345/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. März 2012 (LG Düsseldorf / AG Langenfeld)

Durchsuchungsbeschluss; Begrenzungsfunktion; Tatvorwurf (Konkretisierung); Beweismittel (aufzufindende); Bußgeldverfahren; Schwarzarbeitsbekämpfung.
Art. 13 GG; § 103 StPO; § 105 StPO; § 8 Abs. 3 SchwarzArbG

1. Der mit einer Durchsuchung verbundene schwerwiegende Eingriff in die durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützte persönliche Lebenssphäre ist nur zu rechtfertigen, wenn

der Richter seiner in Art. 13 Abs. 2 GG vorgesehenen Kontrollfunktion in angemessenem Maße nachkommt. Hierzu gehört es, dass er durch eine geeignete Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherstellt, dass der Grundrechtseingriff messbar und kontrollierbar bleibt.

2. Vor dem Hintergrund seiner verfassungsrechtlichen Begrenzungsfunktion muss sich aus dem Durchsuchungsbeschluss insbesondere ergeben, welches konkrete Verhalten dem Betroffenen zur Last gelegt wird und inwiefern sich daraus der Verdacht einer zumindest kurz zu umschreibenden Straftat oder Ordnungswidrigkeit ergibt.

3. Dem genügt es nicht, wenn die vorgeworfene Ordnungswidrigkeit lediglich mit „Arbeiten des Dachdecker-Handwerks (...) unter Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 4 u. 5 des Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung“ bezeichnet wird, ohne dass zwischen den unterschiedlichen gesetzlich definierten Formen von Schwarzarbeit differenziert oder ein Bußgeldtatbestand bezeichnet wird.

4. Der Beschluss muss auch den äußeren Rahmen der Durchsuchung abstecken und den Ermittlungspersonen zweifelsfrei aufzeigen, worauf sie ihr Augenmerk zu richten haben. Dies kann im Einzelfall auch die Angabe von Indiztatsachen erforderlich machen, auf die der Verdacht gestützt wird.

5. Eine Umschreibung der aufzufindenden Beweismittel mit „Verträgen oder Aufträgen jeder Art (...), Rechnungen, Bankbelegen sowie Buchführungsunterlagen, Muster- oder Mustermappen, Karteikarten, Terminkalendern, Schriftverkehr aus dem hervorgeht, dass der Obengenannte das Handwerk/Gewerbe ausübt, Quittungen, Sparkassenbücher etc.“ genügt diesen Anforderungen nicht, weil er nahezu alle denkbaren Geschäftsunterlagen ohne weitere Eingrenzung erfasst.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

333. BGH 2 StR 295/11 – Urteil vom 21. Dezember 2011 (LG Trier)

Totschlag durch Unterlassen (Garantenstellung bei der Versorgung mit Drogen: Eröffnung einer Gefahrenquelle, Ingerenz, eigenverantwortliche Selbsttötung, Appellsuizid, „Cleanmagic-Fall“).
§ 212 StGB; § 13 StGB; § 323c StGB

1. Nach allgemeinen Grundsätzen hat jeder, der Gefahrenquellen schafft, die erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen zu treffen (vgl. BGHSt 53, 38, 42). Da eine absolute Sicherung gegen Gefahren nicht erreichbar ist, beschränkt sich die Verkehrssicherungspflicht auf das Ergreifen solcher Maßnahmen, die nach den Gesamtumständen zumutbar sind und die ein um-

sichtiger Mensch für notwendig hält, um Andere vor Schäden zu bewahren. Strafbar ist die Nichtabwendung einer Gefahr aus der vom Garanten eröffneten Gefahrenquelle dann, wenn eine nahe liegende Möglichkeit begründet wurde, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können.

2. Stellt der Angeklagte eine Flasche mit der Ersatzdroge „Cleanmagic“ auf den Wohnzimmertisch seiner Freundin, der er sodann eröffnet, dass er in Zukunft (wieder) mit einer anderen Frau leben wolle, schafft er eine erhebliche Gefahrenquelle, auch wenn die Freundin zuvor noch nie Suizidabsichten geäußert hatte. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er ihr früher den Konsum angeboten hatte und er selbst besser über das Risiko des Konsums informiert ist.

3. In dem Moment, in dem der Angeklagte wahrnahm, dass die Geschädigte tatsächlich Cleanmagic trank und in dem er erkannte, dass sie eine erhebliche Menge des bekanntermaßen sehr gefährlichen Mittels getrunken hatte, die sie nicht sogleich erbrach, muss er unverzüglich den Notarzt rufen.

4. Eine eigenverantwortlich versuchte Selbsttötung der Geschädigten liegt nicht vor, wenn es an einer ernst gemeinten und freiverantwortlichen Entscheidung des Opfers sich zu töten fehlt. So liegt der Fall, wenn die Geschädigte in Anwesenheit des Angeklagten von dem Reinigungsmittel trank. Dann ist davon auszugehen, dass sie dies tat, um auf sich aufmerksam zu machen.

360. BGH 4 StR 621/11 – Beschluss vom 8. Februar 2012 (LG Schwerin)

Rücktritt vom Versuch der räuberischen Erpressung (Verhindern durch einverständliches Aufgeben; Freiwilligkeit).

§ 255 StGB; § 253 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB

1. § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB verlangt ohne Rücksicht auf die Frage, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch

vorliegt, die Verhinderung der Tatvollendung. Dabei bestehen grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie beim Alleintäter, so dass insbesondere das Verhalten des Zurücktretenden für das Ausbleiben der Vollendung zumindest mitursächlich werden muss. Unter Absatz 2 Satz 1 hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch die Fälle gefasst, in denen die Beteiligten an der Tat den Rücktritt einvernehmlich durchführen (BGHSt 42, 158, 162). Dabei wird es als ausreichend angesehen, wenn ein Beteiligter mit dem Rücktritt des anderen einverstanden ist. Handeln alle Beteiligten einvernehmlich, kann das schlichte Nicht-Weiterhandeln für die Erfolgsverhinderung im Sinne von § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB ausreichen.

2. Diese Grundsätze gelten auch für den Gehilfen, der anderenfalls bei einem wirksamen Rücktritt des Haupttäters, der bereits zur Erfolgsverhinderung führt, trotz Rücktrittswillens überhaupt nicht zurücktreten könnte (BGHSt 44, 204, 208).

3. Ein Rücktritt nach § 24 Abs. 2 StGB kann erfolgen, indem die Angeklagten einverständlich die gegenüber dem Geschädigten erhobene Forderung zur Zahlung einer „Strafe“ nicht weiter verfolgen. Dafür kann auch ein von der Polizei bereits überwachtes Gespräch mit einem der Angeklagten ein durchgreifendes Indiz darstellen, wenn die vermeintliche Forderung darin als nicht bestehend erachtet wird.

4. Die allgemeine Furcht vor Entdeckung der Tat vermag die Freiwilligkeit nicht in Frage zu stellen.

294. BGH 3 StR 406/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Osnabrück)

Urkundenfälschung (Konkurrenzen; Tateinheit).

§ 52 StGB; § 267 StGB

Wird eine gefälschte Urkunde dem ursprünglichen Tatplan entsprechend mehrfach gebraucht, so liegt nur eine Tat der Urkundenfälschung vor.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

330. BGH 2 StR 151/11 – Urteil vom 18. Januar 2012 (LG Darmstadt)

Bandenmäßiges Verbreiten kinderpornographischer Schriften (öffentliches Zugänglichmachen; Tätigkeit als Moderator; zugangsgeschützte Foren und Chats); bandenmäßiges Unternehmen des Drittbesitzverschaffens kinderpornographischer Schriften.

§ 184b Abs. 1 Nr. 2 Var. 4, Abs. 3 Alt. 2 StGB

1. Ein Zugänglichmachen liegt in der Zurverfügungstellung einer Plattform, die dem Einstellen von Dateien im Internet dient, wobei die Möglichkeit des Lesezugriffs

genügt. Nichts anderes gilt für das Bereitstellen entsprechender Links, wobei es nach Auffassung des Senats ohne Belang ist, ob das Zugänglichmachen durch das Posten eines Links auf eine kinderpornografische Datei erfolgt oder ob die Zieladresse durch Verändern von Buchstaben aus Sicherheitsgründen geringfügig verändert und von den Nutzern nach Weisung manuell eingegeben wird.

2. Das Zugänglichmachen erfolgt öffentlich, wenn einem größeren, in seiner Zahl und Zusammensetzung unbestimmten Personenkreis die Möglichkeit der Kenntnis-

nahme eröffnet wird. Ein öffentliches Zugänglichmachen von kinderpornografischem Material liegt auch dann vor, wenn der Zugang durch technische Vorkehrungen und Scheinhindernisse nicht auf einen dem Anbieter überschaubaren kleinen Personenkreis beschränkt werden kann, es sich vielmehr um einen anonymen, nicht überschaubaren Benutzerkreis handelt.

3. Das Unternehmen des Drittbesitzverschaffens an einer kinderpornographischen Datei erfasst alle mit der Besitzübertragung und -begründung verbundenen Aktivitäten, auch wenn diese sich noch im Versuchsstadium befinden (§ 11 Nr. 6 StGB). Auch im Übersenden von Links auf kinderpornographische Dateien liegt ein Unternehmen des Besitzverschaffens im Sinne des § 184b Abs. 2 StGB.

4. Mit dem Speichern einer Datei im Cache-Speicher erlangt der Nutzer hieran Besitz – sofern er sich des Vorhandenseins dieser Daten bewusst ist – da es ihm möglich ist, diese jederzeit wieder aufzurufen, solange sie nicht manuell oder systembedingt automatisch gelöscht werden (BGH NStZ 2007, 95).

5. Auch für die Tathandlung des Verbreitens i.S.v. § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB macht es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHSt 47, 55, 59 f.) keinen rechtlich relevanten Unterschied, ob der Anbieter dem Nutzer die Dateien explizit zusendet (Upload) oder der Nutzer diese durch Aktivieren eines Links anfordert (Download).

285. BGH 3 StR 203/11 – Beschluss vom 17. November 2011 (LG Hannover)

Betrügerische Übertragung durch den Täter eines Versicherungsmissbrauchs (Eigentümer); Hehlerei (Abgrenzung zur Beihilfe zur Vortat; Tat ohne Einverständnis des Vortäters: Zusammenwirken); Urteilsgründe (Mindestmaß an Sorgfalt; Absprache; Deal); Urkundenfälschung; Missbrauch von Titeln in Form des unbefugten Führens akademischer Grade (Rechtsgutsgefährdung; Gebrauch eines falschen Dokortitels). § 259 StGB; § 246 StGB; § 27 StGB; § 267 StGB; § 132a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 257c StPO

1. Missbrauch von Titeln in Form des unbefugten Führens akademischer Grade (§ 132a Abs. 1 Nr. 1 StGB) erfüllt nicht jede unbefugte Inanspruchnahme eines Titels oder einer Berufsbezeichnung. Der Täter muss vielmehr Titel oder Berufsbezeichnung unter solchen Umständen verwenden, dass das durch § 132a StGB geschützte Rechtsgut gefährdet wird (BGHSt 31, 61). Geschützt wird die Allgemeinheit davor, dass einzelne im Vertrauen darauf, dass eine bestimmte Person eine bestimmte Stellung hat, Handlungen vornehmen könnten, die für sie oder andere schädlich sein können. Der Schutzzweck der Vorschrift erfasst also nicht schon „den rein äußerlichen Missbrauch, durch den sich der Täter einen falschen Schein gibt“ (BGH aaO). Dies ist nicht stets der Fall, wenn ein falscher Dokortitel bei einem Versuch gebraucht wird.

2. Die betrügerische Geltendmachung eines Versicherungsschadens durch den Eigentümer als Versicherungsnehmer führt ebenso wenig wie ein Versicherungsmiss-

brauch zu einer Änderung der bestehenden Eigentumslage bzw. zu einer rechtswidrigen Besitzlage an einem durch den Eigentümer übertragenen Fahrzeug. Vielmehr kann der Versicherungsnehmer trotz Begehung einer der vorgenannten Straftaten weiterhin als Berechtigter über die versicherte Sache verfügen.

3. Der Ausdruck einer E-Mail oder ihres Anhangs stellt keine Urkunde dar. Das Vorlegen eines solchen Ausdrucks kann nur dann das Gebrauchmachen von einer gefälschten Urkunde darstellen, wenn überhaupt jemals eine solche (falsche oder verfälschte) Urkunde vorgelegen hat.

4. Die gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat muss jedoch abgeschlossen sein, bevor die Hehlerei begangen wird. Ist dies nicht der Fall, kann allein Beihilfe zur Vortat vorliegen.

354. BGH 4 StR 507/11 – Beschluss vom 25. Januar 2012 (LG Duisburg)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Hindernis bereiten; ähnlich gefährlicher Eingriff: Pervertierung beim absichtlich herbeigeführten Verkehrsunfall; konkrete Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert bei Drohung eines bedeutenden Schadens).

§ 315b Abs. 1 Nr. 2 StPO

1. Die absichtliche Herbeiführung eines Auffahrunfalls stellt das Bereiten eines Hindernisses im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB dar.

2. In Fällen provozierter Unfälle liegt nicht regelmäßig die Gefahr nahe, dass der plötzliche Aufprall bei den von der Situation überraschten Insassen des auffahrenden Fahrzeugs, dessen Auffahrgeschwindigkeit der Täter nicht beeinflussen könne, zu nicht unerheblichen Verletzungen namentlich im Kopf- und Halswirbelsäulenbereich führe. Mit solchen allgemeinen Erwägungen lässt sich regelmäßig eine konkrete Gefährdung von Leib und Leben eines anderen Menschen nicht hinreichend belegen. Vielmehr sind grundsätzlich konkrete Feststellungen insbesondere zu den Geschwindigkeiten der Pkw im Zeitpunkt der Kollision und der Intensität des Aufpralls zwischen den beteiligten Fahrzeugen erforderlich.

304. BGH 5 StR 461/11 – Beschluss vom 26. Januar 2012 (LG Frankfurt)

Tatidentität (prozessuale Tat; Betrug; Geldwäsche; Postpendenzfeststellung); Geldwäsche (Verwahren); Strafzumessung; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsur).

§ 264 StPO; § 261 StGB; § 46 StGB; § 55 StGB

1. Allein die Tatsache, dass betrügerisch erworbene Gegenstände in den auch vom Angeklagten bewohnten Haushalt gelangt und dort verblieben sind, vermag noch nicht die Annahme zu rechtfertigen, der Angeklagte habe die Gegenstände im Sinne des § 261 Abs. 2 Nr. 2 StGB verwahrt. Zwar ist unter Verwahren bereits die bewusste Ausübung des Gewahrsams zu verstehen. Gelangt der in § 261 Abs. 1 StGB bezeichnete Gegenstand jedoch ohne Zutun des Täters in seinen Herrschaftsbereich und ist eine wie auch immer geartete Übernahmehandlung, durch die sein Wille zur Sachherrschaft zum Ausdruck

käme, nicht erkennbar, kann allein das Vorhandensein des inkriminierten Gegenstandes im Zugriffsbereich des Täters schon in Ermangelung einer die Grundlage der Strafbarkeit bildenden Handlung kein tatbestandsmäßiges Verhalten darstellen.

2. Die zum Fragenkreis der Tatidentität (§ 264 StPO) zwischen Betrugs- und Geldwäschetat ergangene Rechtsprechung ist nach Ansicht des Senats uneinheitlich.

288. BGH 3 StR 239/11 – Beschluss vom 13. Oktober 2011 (LG Duisburg)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Maestro-Karte); Tateinheit (Beihilfe; einheitliche Beihilfehandlung).

§ 152b StGB; § 152a StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

Auch Maestro-Karten sind Zahlungskarten mit Garantiefunktion.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

290. BGH 3 StR 343/11 – Urteil vom 19. Januar 2012 (LG Hamburg)

BGHSt; Verfall (Vorsatz; Fahrlässigkeit; „aus der Tat erlangt“; „für die Tat erlangt“; Verstoß gegen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; genehmigungsfähiges Geschäft; Vorteil; Embargoverstoß; rechtswidrige Vermögensverschiebung).

§ 73 StGB; § 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AWG

1. Hat der Täter in Teil I Abschnitt A der Ausfuhrliste (Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung) genannte Güter ohne die erforderliche Genehmigung ausgeführt, hätte diese indes erteilt werden müssen, so ist nicht der gesamte für die Güter eingekaufte Kaufpreis das im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB aus der Tat Erlangte; vielmehr sind dies nur die durch das Unterbleiben des Genehmigungsverfahrens ersparten Aufwendungen. (BGHSt)

2. Die Anordnung des Verfalls ist nicht nur bei Vorsatzdelikten, sondern auch bei fahrlässig begangenen Straftaten möglich. (Bearbeiter)

3. „Für die Tat erlangt“ sind Vorteile nur dann, wenn sie dem Beteiligten als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln gewährt werden, aber nicht auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruhen; „für die Tat erlangt“ sind daher etwa ein Lohn für die Tatbegehung oder eine Provision. (Bearbeiter)

4. Unter die Tatbestandsalternative „aus der Tat erlangt“ fallen alle Vermögenswerte, die dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands zufließen. Dies erfasst jedoch nicht alles, was der Tatbeteiligte oder Dritte (§ 73 Abs. 3 StGB) in irgendeinem beliebigen Zusammenhang mit der Verwirklichung der rechtswidrigen Tat erlangt hat, sondern nur denjenigen Vermögenszuwachs, den er gerade aus der Tat erzielt hat. Es werden daher nur solche Vorteile erfasst, die er nach dem Schutzzweck der Strafnorm nicht erlangen und behalten dürfen soll, weil sie von der Rechtsordnung –

einschließlich der verletzten Strafvorschrift – als Ergebnis einer rechtswidrigen Vermögensverschiebung bewertet werden. (Bearbeiter)

5. Der Verfall verfolgt selbst keinen Strafzweck, sondern dient als öffentlich-rechtliche Maßnahme eigener Art der Abschöpfung des unrechtmäßig aus der Tat Erlangten und damit dem Ausgleich einer rechtswidrigen Vermögensverschiebung. (Bearbeiter)

6. Hat sich ein Tatbeteiligter im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit strafbar gemacht, so ist bei der Bestimmung des aus der Tat Erlangten in den Blick zu nehmen, welchen geschäftlichen Vorgang die Strafvorschrift nach ihrem Zweck verhindern will; nur der aus diesem Vorgang gezogene Vorteil ist dem Täter im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erwachsen. Ist also strafrechtlich nicht das Geschäft insgesamt, sondern nur die Art und Weise bemakelt, in der das Geschäft ausgeführt wird, so ist auch nur der hierauf entfallende Sondervorteil „erlangt“. (Bearbeiter)

7. Dem steht das im Rahmen des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB geltende Bruttoprinzip nicht entgegen. Dieses besagt lediglich, dass der erlangte wirtschaftliche Wert „brutto“, also ohne gewinnmindernde Abzüge anzusetzen ist. Die Bestimmung des für die Abschöpfung überhaupt in Betracht kommenden Vorteils ist der Bestimmung seines Umfangs logisch vorgelagert. (Bearbeiter)

8. Embargoverstöße sind – ähnlich wie etwa Rauschgiftgeschäfte – an sich verboten, so dass der gesamte hieraus erlöste Wert dem Verfall unterliegt. (Bearbeiter)

364. BGH 4 StR 657/11 – Beschluss vom 8. Februar 2012 (LG Magdeburg)

Sichverschaffen von kinderpornographischen Schriften (Besitz; Tenorierung; Reichweite der Einziehung; Lap-top, Löschung, Verhältnismäßigkeit).

§ 184b Abs. 4 Satz 1, Abs. 6 Satz 2 StGB; § 74 StGB; § 74b StGB; § 260 Abs. 4 Satz 2 StPO

1. Obgleich die gesetzliche Überschrift des § 184b StGB die Variante des Sichverschaffens von kinderpornographischen Schriften nicht enthält, ist es in diesen Fällen angezeigt, zur anschaulichen Kennzeichnung des Tatunrechts in der Urteilsformel auf den Wortlaut des Tatbestands zurückzugreifen.

2. Bei einer Verurteilung gemäß § 184b Abs. 4 StGB wegen Sichverschaffens oder Besitzes kinderpornographischer Schriften sind nach § 184b Abs. 6 Satz 2 StGB nur die Beziehungsgegenstände der Tat, nicht auch zwingend ein eingesetzter Laptop einzuziehen. Wurde das Sichverschaffen kinderpornographischer Schriften durch das Herunterladen und Abspeichern von Bilddateien auf einem Computer begangen, unterliegt daher lediglich die als Speichermedium verwendete Festplatte der Einziehung nach § 184b Abs. 6 Satz 2 StGB. Dagegen ist eine Einziehung des für den Lade- und Speichervorgang verwendeten Computers nebst Zubehör nur nach § 74 Abs. 1 Alternative 2 StGB als Tatwerkzeug möglich.

3. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ist auch bei einer auf § 184b Abs. 6 Satz 2 StGB gestützten Einziehung von den Möglichkeiten des § 74b Abs. 2 StGB Gebrauch zu machen ist. Danach hat der Tatrichter anzuordnen, dass die Einziehung zunächst vorbehalten bleibt und weniger einschneidende Maßnahmen zu treffen sind, wenn auch auf diese Weise der Einziehungszweck erreicht werden kann. Dies könnte durch eine endgültige Löschung der inkriminierten Bilddateien geschehen.

296. BGH 3 StR 453/11 – Beschluss vom 31. Januar 2012 (LG Hildesheim)

Strafzumessung (Doppelterwertungsverbot; Tatausführung; erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Vorwerfbarkeit).

§ 46 StGB; § 21 StGB

1. Die Art der Tatausführung darf einem Angeklagten nur dann ohne Abstriche strafschärfend zur Last gelegt werden, wenn sie in vollem Umfang vorwerfbar ist, nicht aber, wenn ihre Ursache in einer von ihm nicht oder nur eingeschränkt zu vertretenden geistigseelischen Beeinträchtigung liegt.

2. Insgesamt unverwertbar ist die Tatausführung im Rahmen der Strafzumessung, soweit sie zur Begehung des Tatbestands notwendig ist, so etwa eine brutale Gewaltanwendung zum Zweck der Tötung (§ 46 Abs. 3 StGB).

315. BGH 1 StR 50/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Deggendorf)

Rechtsfehlerhafte Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung (materiellrechtliche Darlegungsobliegenheiten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 56 StGB; § 64 StGB

1. Für die Versagung einer Strafaussetzung zur Bewährung sind unabhängig von der verfahrensrechtlichen Vorschrift des § 267 Abs. 3 Satz 4 StPO aus materiellrechtlichen Gründen Ausführungen im Urteil erforderlich, wenn eine Erörterung dieser Frage als Grundlage für die revisionsgerichtliche Nachprüfung geboten ist. Dies

ist der Fall, wenn angesichts der konkreten Umstände des Falles eine Strafaussetzung zur Bewährung nicht so fern liegt, dass eine ausdrückliche Erörterung der Aussetzungsfrage entbehrlich erscheint.

2. Die Unterbringungsanordnung gemäß § 64 StGB kann schon deshalb aufzuheben sein, wenn die Maßregelentscheidung – wie hier – wegen der gleichermaßen maßgeblichen Prognose über das künftige Sucht- und Legalverhalten des Angeklagten mit der Bewährungsentscheidung sachlich so eng zusammenhängt, dass eine einheitliche Entscheidungsfindung hierüber zu gewährleisten ist.

350. BGH 4 StR 290/11 – Urteil vom 12. Januar 2012 (LG Arnsberg)

Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs; gefährliche Körperverletzung (gemeinschaftliches Handeln).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Wenn durch eine Tat mehrere Opfer betroffen sind, muss hinsichtlich jedes Geschädigten jedenfalls eine Alternative des § 46a StGB erfüllt sein.

2. § 46a Nr. 1 StGB verlangt, dass der Täter in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Opfer zu erreichen, die Tat „ganz oder zum überwiegenden Teil“ wiedergutmacht hat; es ist aber auch ausreichend, dass der Täter dieses Ziel ernsthaft erstrebt. Das Bemühen des Täters setzt grundsätzlich einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer voraus, der auf einen umfassenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen gerichtet sein muss. Dafür ist eine von beiden Seiten akzeptierte, ernsthaft mitgetragene Regelung Voraussetzung. Das ernsthafte 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.

3. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB setzt voraus, dass mindestens zwei Personen bei der Körperverletzung bewusst zusammenwirken. Nicht erforderlich ist die eigenhändige Mitwirkung jedes einzelnen an der Verletzungshandlung. Vielmehr genügt es, dass eine am Tatort anwesende Person den unmittelbar Tatausführenden aktiv – physisch oder psychisch – unterstützt (st. Rspr.).

348. BGH 4 StR 22/12 – Beschluss vom 22. Februar 2012 (LG Bielefeld)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung und Verhältnis zum Beschlussverfahren.

§ 55 StGB; § 460 StPO

1. § 55 StGB soll ihrem Grundgedanken nach sicherstellen, dass Taten, die bei gemeinsamer Aburteilung nach §§ 53, 54 StGB behandelt worden wären, auch bei getrennter Aburteilung dieselbe Behandlung erfahren, so dass der Täter im Ergebnis weder besser noch schlechter gestellt ist (st. Rspr.). Hierbei kommt es maßgeblich

allein auf die materiell-rechtliche Regelung und nicht auf die verfahrensrechtliche Situation an (vgl. BGHSt 32, 190, 192 f.).

2. Die Anwendung des § 55 StGB ist für den Tatrichter zwingend. Er darf daher die Entscheidung über eine nachträglich zu bildende Gesamtstrafe grundsätzlich nicht dem Beschlussverfahren nach § 460 StPO überlassen (st. Rspr.). Dies gilt auch für den Tatrichter, der nach in der Rechtsmittelinstanz erfolgter (teilweiser) Aufhebung und Zurückverweisung mit der Sache befasst wird. Eine durch Teilaufhebung und -zurückverweisung eingetretene Teilrechtskraft des Strafausspruchs steht – bei neu entstandener oder bislang unbekannt gebliebener Gesamtstrafenlage im Sinne des § 55 StGB – einer Anwendung des § 55 StGB durch den Tatrichter nicht entgegen.

323. BGH 1 StR 530/11 – Urteil vom 6. März 2012 (LG Bayreuth)

Fehlerhafte Gesamtstrafenbildung (keine Annahme der fiktiven Vollstreckung einer einbezogenen Einzelstrafe).

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 366 Abs. 2 BGB; § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO

1. Die Vollstreckung einer Gesamtstrafe, deren Höhe die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen darf (§ 54 Abs. 2 Satz 1 StGB), stellt sich als einheitlicher Vorgang dar und nicht als sukzessive Vollstreckung der einbezogenen Einzelstrafen. Durch die Bildung der Gesamtstrafe verlieren die Einzelstrafen ihre selbständige Bedeutung. Es kann nurmehr die Gesamtstrafe vollstreckt werden. Die Annahme einer fiktiven Vollstreckung einer einbezogenen Einzelstrafe widerspricht deshalb den gesetzlichen Vorgaben des § 55 Abs. 1 StGB.

2. Entfällt eine teilweise vollstreckte Gesamtstrafe im Rahmen einer neuen nachträglichen (§ 55 StGB) Gesamtstrafenbildung, so sind deshalb alle Einzelstrafen, die der entfallenen Gesamtstrafe zugrunde lagen, noch nicht erledigt im Sinne von § 55 Abs. 1 StGB.

3. Der § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO findet nicht nur bei den Angeklagten beschwerenden, sondern auch – auf die Revision der Staatsanwaltschaft – bei ihm begünstigenden Rechtsfehlern Anwendung.

340. BGH 2 StR 508/11 – Beschluss vom 1. Februar 2012 (LG Erfurt)

Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (kein Verfahrenshindernis wegen eines gebotenen Vertrauensschutzes).

§ 275a Abs. 1 Satz 3, 4 und 5 StPO; § 66b Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 StGB a.F.

Die frühere Rechtsprechung des Senats zum Zeitpunkt der Antragstellung bei nachträglicher Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 u. 2 StGB a.F. ist nicht auf die Fälle einer Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 66b Abs. 3 StGB a.F. i.V.m. § 67d Abs. 6 StGB übertragbar.

359. BGH 4 StR 594/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Rostock)

Sicherungsverwahrung (Beachtung der strikten Verhältnismäßigkeitsanforderungen; Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualkriminalität; einzelfallbezogene Begründung).

§ 66 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte besonders strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt bei der Verhängung der Sicherungsverwahrung vom Tatrichter eine auf die Umstände des Einzelfalles zugeschnittene, detaillierte Darlegung derjenigen Taten, die in Zukunft vom Täter zu erwarten sind.

298. BGH 3 StR 470/11 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Mönchengladbach)

Einziehung (Nebenstrafe); Strafzumessung (Einziehung; bestimmender Gesichtspunkt).

§ 46 StGB; § 74 StGB

Die Einziehung (§ 74 StGB) hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, ist dies deshalb ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

309. BGH 1 StR 148/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Wuppertal)

BGHSt; Verfahrenshindernis der Spezialität bei der Steuerhinterziehung (Beseitigung in der Revision; Entfallen der Spezialitätsbindung durch Verbleib in Deutschland oder durch Rückkehr nach Deutschland; Ablauf der Schonfrist; wirksamer Eröffnungsbeschluss

trotz anfangs bestehendem Verfahrenshindernis der Spezialität).

§ 370 AO; Art. 14 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 2 EuAIÜbk; § 72 IRG; § 199 StPO; § 200 StPO; § 207 StPO

1. Ein wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Spezialität aus Art. 14 des Europäischen Auslieferungs-

übereinkommens vom 13. Dezember 1957 (EuAIÜbk) bestehendes Verfahrenshindernis kann auch noch im Revisionsverfahren beseitigt werden. (BGHSt)

2. Ist der Ausgelieferte mit Verkündung des erstinstanzlichen Urteils auf freien Fuß gesetzt worden, entfällt die Spezialitätsbindung gemäß Art. 14 Abs. 1 Buchst. b EuAIÜbk dann, wenn er – obwohl er über die Rechtsfolgen dieser Vorschrift informiert worden ist und die Möglichkeit einer Ausreise hatte – nicht innerhalb von 45 Tagen die Bundesrepublik Deutschland verlassen hat oder wenn er nach dem Verlassen Deutschlands dorthin zurückgekehrt ist. (BGHSt)

3. Der Spezialitätsgrundsatz gebietet den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten des ersuchenden Staates nach einer Auslieferung nicht, jegliche Untersuchungshandlungen im Hinblick auf solche Taten einzustellen, die von der Auslieferungsbewilligung nicht umfasst sind. Insbesondere ergibt sich aus dem Spezialitätsgrundsatz kein Befassungsverbot für die nicht von der Auslieferungsbewilligung erfassten Taten. Vielmehr bestimmt sich die Reichweite der Beschränkung der Hoheitsrechte für die Bundesrepublik Deutschland durch den Grundsatz der Spezialität im vorliegenden Fall allein nach dem der Auslieferung des Angeklagten zugrunde liegenden Art. 14 EuAIÜbk. (Bearbeiter)

4. Der Senat ist im Übrigen der Auffassung, dass ein Eröffnungsbeschluss auch dann hinsichtlich aller angeklagter Taten wirksam ist, wenn zum Zeitpunkt der Beschlussfassung für alle oder einzelne Taten ein aus dem Spezialitätsgrundsatz folgendes Verfahrenshindernis besteht, das aber behebbbar ist. Nur schwerwiegende Mängel machen einen Eröffnungsbeschluss unwirksam, denn die gänzliche Unwirksamkeit mit der Folge rechtlicher Unbeachtlichkeit einer gerichtlichen Entscheidung kommt allenfalls in seltenen Ausnahmefällen in Betracht. Sonstige Mängel – selbst das Fehlen eines hinreichenden Tatverdachts – lassen dagegen die Wirksamkeit eines Eröffnungsbeschlusses unberührt. (Bearbeiter)

5. „Endgültig freigelassen“ im Sinne des EuAIÜbk ist der Ausgelieferte dann, wenn ihm nach seiner Entlassung aus dem Gewahrsam des ersuchenden Staates in dem Verfahren, für das die Auslieferung bewilligt worden war, freisteht, das Hoheitsgebiet des ersuchenden Staates zu verlassen und er dazu die tatsächliche Möglichkeit hat. Dies ist mit Aufhebung des gegen den Angeklagten bestehenden Haftbefehls bei der Urteilsverkündung der Fall. Hierdurch wird regelmäßig die letzte, die Bewegungsfreiheit des Angeklagten beeinträchtigende Maßnahme durch das Gericht aufgehoben, auch wenn Vollstreckungsmaßnahmen nach Beurteilung der vom Angeklagten eingelegte Revision ergriffen werden konnten. Der Umstand, dass der Angeklagte damit letztlich einer Strafverfolgung wegen der zunächst vom Spezialitätsgrundsatz erfassten Tatvorwürfe dauerhaft allenfalls dadurch hätte entgehen können, dass er ausreist und nicht nach Deutschland zurückkehrt, steht der Anwendung von Art. 14 Abs. 1 Buchst. b EuAIÜbk nicht entgegen. (Bearbeiter)

353. BGH 4 StR 499/11 – Urteil vom 12. Januar 2012 (LG Kaiserslautern)

Anforderungen an die Darstellung eines Freispruchs (Beweiswürdigung; überspannte Anforderungen an die zu einer Verurteilung erforderliche Überzeugungsbildung); Verfahrenshindernis der Spezialität (Prüfung von Amts wegen; Berücksichtigung anderer Taten als Indiz für die Begehung der von der Auslieferung umfassten Tat; Strafschärfung durch Qualifikationsmerkmale); bandenmäßig begangener Raub.

§ 261 StPO; § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Ob der Verurteilung eines Angeklagten mit Rücksicht auf seine Auslieferung gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen entgegenstehen, ist auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfen.

2. Art. 14 Abs. 3 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957 (EuAIÜbk) schließt eine Verurteilung unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt nicht aus, sofern ihr derselbe Sachverhalt zugrunde liegt und die Tatbestandsmerkmale der rechtlich neu gewürdigten strafbaren Handlung die Auslieferung gestatten würden (BGH NStZ 1985, 318; StV 1987, 6). Dies gilt auch im Verhältnis von Grundtatbestand und qualifizierenden bzw. privilegierenden Tatbeständen (vgl. BGH NStZ 1985, 318; NStZ-RR 2000, 333).

3. Der Spezialitätsgrundsatz es schließt nicht aus, Umstände, die eine Straftat darstellen, auf die sich die Auslieferung nicht erstreckt, bei der Überzeugungsbildung hinsichtlich der Täterschaft der Auslieferungstat als Indiz zu berücksichtigen (BGHSt 34, 352; 22, 307, 310 f.). Von der „Verfolgung“ einer Tat kann nur bei einem Verfahren gesprochen werden, das diese Tat zum Gegenstand hat und mit dem Ziel ihrer Ahndung oder der Verhängung einer wegen ihr gebotenen Maßnahme durchgeführt wird. Gegenstand eines solchen eigenständigen Verfahrens wird eine Tat nicht schon dadurch, dass die Beweisaufnahme in dem eine andere Tat betreffenden Prozess auf sie erstreckt wird, weil sie als Indiz zum Nachweis dieser anderen Tat in Betracht kommt.

4. Zwar darf ein Sachverhalt, der nicht zu der Auslieferungstat im Sinne des § 264 StPO gehört, nicht bei der Bestimmung der Strafhöhe zum Nachteil des Angeklagten Verwendung finden (BGHSt 22, 318). Danach ist nicht nur die Festsetzung selbständiger Strafen für andere Taten als die Auslieferungstat ausgeschlossen, sondern auch deren Mitbestrafung auf dem Wege der Erhöhung der für die Auslieferungstat verwirkten Strafe. Dies schließt jedoch nicht aus, den Strafraumen eines festgestellten Qualifikationstatbestandes der Verurteilung wegen der Auslieferungstat auch dann zu Grunde zu legen, wenn diese Feststellungen mittels Beweiserhebungen zu einer verfahrensfremden Tat getroffen wurden. Ob dies auch für die Verwirklichung von Regelbeispielen gelten würde, kann der Senat hier offen lassen. Das Vorliegen eines qualifizierenden Merkmals ist jedenfalls Teil des Tatbestandes der Auslieferungstat selbst. Die dem Qualifikationsstrafrahmen entnommene Strafe ahndet allein die Auslieferungstat, sie kennzeichnet deren Gefährlichkeit. Eine „Mitbestrafung“ der anderen Tat ist damit nicht verbunden. Dies gilt auch dann, wenn die Erfüllung mehrerer Qualifikationsmerkmale zusätzlich strafschärfend gewertet wird.

316. BGH 1 StR 349/11 – Beschluss vom 22. Februar 2012 (LG Regensburg)

Rüge der Unverwertbarkeit von Aussagen früherer Mitbeschuldigter, die auf einer informellen Absprache („Deal“) beruhen sollen (Transparenzgebot; beschränkte Reichweite des gesetzlichen Verwertungsverbots); Beweiswürdigung nach möglichen Absprachen mit Zeugen (Voraussetzung des Strengbeweises); Rechtsbeugung.

§ 257c Abs. 4 Satz 3 StPO; § 273 Abs. 1a StPO; § 339 StGB

1. Selbst wenn in einem Verfahren gegen frühere Mitbeschuldigte deren Geständnissen eine „informelle“ Absprache vorausgegangen ist, führt dies schon in jenem Verfahren nicht zu einer Unverwertbarkeit der Geständnisse gemäß § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO. Gleiches gilt für spätere Zeugenaussagen der früheren Mitbeschuldigten in einem Verfahren gegen andere, an der Tat beteiligte Angeklagte.

2. Das Gesetz lässt ein Verwertungsverbot nur „in diesen Fällen“, d.h. in den in § 257c Abs. 4 Sätze 1 und 2 StPO aufgeführten Fällen bestehen. Gemeint sind nur Konstellationen, in denen sich das Gericht von der Verständigung lösen will.

3. Gespräche über eine mögliche Abkürzung der Hauptverhandlung zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung, in die das Gericht nicht einbezogen ist, kommen, so auch die Erfahrung des Senats, in der forensischen Praxis vor. Soll das Ergebnis dieser Gespräche den weiteren Gang der Hauptverhandlung beeinflussen, so ist es gegenüber dem Gericht offenzulegen. Nach Auffassung des Senats ist es angezeigt, dass diese Offenlegung in der Hauptverhandlung erfolgt, sonst hat jedenfalls das Gericht in der Hauptverhandlung offenzulegen, wenn ihm außerhalb der Hauptverhandlung derartige Informationen erteilt wurden. Dabei ist es zweckmäßig, dass die Gespräche und die Unterrichtung des Gerichts hierüber nach Maßgabe des § 273 Abs. 1a StPO dokumentiert werden, naheliegend im Protokoll der Hauptverhandlung.

4. In die Würdigung einer Zeugenaussage ist erkennbar einzubeziehen, wenn es in einem Strafverfahren gegen den Zeugen selbst wegen der gleichen Vorwürfe zu einer Verständigung gekommen war. Dies gilt sowohl dann, wenn es zu einer Verständigung in Gesprächen mit dem Gericht gekommen war, als auch dann, wenn „Verständigungsgespräche“ im Wesentlichen zwischen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung geführt worden waren. Die Behauptung, die danach gebotene Beweiswürdigung sei unterblieben, erfordert aber eine zulässig erhobene Verfahrensrüge, wenn das auf die Sachrüge hin allein zu überprüfende Urteil den in Rede stehenden Hintergrund der Zeugenaussage nicht erhellt (BGHSt 52, 78, 79, 81). Zu den einzelnen Anforderungen an diese Rüge.

5. Auch die hinsichtlich der Glaubwürdigkeit eines Zeugen gebotene Würdigung einer getroffenen Verfahrensabsprache mit einem Belastungszeugen setzt voraus, dass die Tatsache der Absprache nach den Regeln des Strengbeweises in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist. Diese sehen dienstliche Erklärungen des Richters über

seine Erkenntnisse aus anderen Verfahren als Beweismittel nicht vor.

6. Die Rüge, eine Aussage sei in erster Linie unverwertbar und hilfsweise die Beweiswürdigung hinsichtlich dieser Aussage unzureichend, ist unzulässig.

320. BGH 1 StR 438/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Essen)

Ablehnungsantrag (Besorgnis der Befangenheit: unterbliebene Offenlegung der Gespräche mit Mitangeklagten im formellen und materiellen Sinne. Berufung auf Auskunftsverweigerungsrecht im Parallelverfahren, unbeantworteter Antrag auf dienstliche Äußerungen der Berufsrichter zu näher bezeichneten Fragen über den Ablauf der parallelen Hauptverhandlung und dabei geführter Verständigungsgespräche, Überlastung).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 55 StPO; § 243 Abs. 4 StPO

1. Absprachen mit anderen Tatbeteiligten begründen nicht ohne weiteres die Besorgnis der Befangenheit, wenn sie nicht von Amts wegen „unaufgefordert“ und „unverzüglich“, spätestens aber alsbald auf entsprechende Aufforderung hin offen gelegt würden. Die Grundsätze der Rechtsprechung zur Offenlegung von Verständigungsgesprächen sind auf Fälle getrennter Verfahren nur übertragbar, soweit es um die Sicherung bestmöglicher Wahrheitsfindung geht. Sie können nicht in gleicher Weise gelten, soweit es, unabhängig von der Wahrheitsfindung, um die Vermeidung des Anscheins geht, der Richter sei nicht gegenüber allen Angeklagten gleich unvoreingenommen und unparteiisch.

2. Gleichzeitige Gespräche mit den Angeklagten einer laufenden Hauptverhandlung und Angeklagten einer künftigen oder auch parallelen Hauptverhandlung sind schon wegen des nicht gleichen Verfahrensstandes und des damit naheliegend verbundenen nicht gleichen Kenntnisstandes der Beteiligten kaum sinnvoll. Ein einheitlicher Kenntnisstand fehlt auch in Fällen, bei denen dieselben (Berufs-)Richter mitwirken, jedenfalls den in die Gespräche ebenfalls einzubeziehenden Schöffen, die bei noch nicht terminierten Sachen sogar noch nicht einmal feststehen.

3. Dies ändert nichts an der Notwendigkeit, auch in solchen Fällen in die Würdigung einer entscheidungserheblichen (Zeugen-)Aussage eines Tatbeteiligten eine vorangegangene Verständigung in dem gegen ihn wegen derselben Tat durchgeführten Verfahren einzubeziehen (st. Rspr.). Dies beruht nicht auf der Sorge, er könne dabei in irgendeiner Weise zu künftiger Falschbelastung anderer Tatverdächtiger aufgefordert worden sein. Es geht vielmehr um etwaige Anhaltspunkte dafür, ob er im Blick auf eine vorangegangene oder im Raum stehende Verständigung in seinem Verfahren irrig glauben könnte, eine Falschaussage zu Lasten des Angeklagten sei für ihn besser als eine wahre Aussage zu dessen Gunsten.

324. BGH 1 StR 542/11 – Urteil vom 7. Februar 2012 (LG Karlsruhe)

Begriff der Tat im prozessualen Sinne (Kognitions-pflicht des Gerichts; ne bis in idem; Freispruch: Aufrechterhaltung der Feststellungen); Notwehr bei lebensgefährlichem Stich; versuchter Erwerb von Betäu-

lungsmitteln; versuchtes Sich-Verschaffen von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Mitführung eines Gegenstandes, der seiner Art nach zur Verletzung von Menschen geeignet und bestimmt ist; natürliche Handlungseinheit; gesetzlicher Richter.

Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 264 Abs. 1 StPO; § 212 StGB; § 22 StGB; § 32 StGB; § 52 StGB; § 154a StPO; § 353 Abs. 2 StPO; § 29 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1. Einzelfall einer einheitlichen Tat zwischen einem in Notwehr ausgeführten lebensgefährlichem Stich und dem versuchten Erwerb von Betäubungsmitteln sowie dem versuchten Sich-Verschaffen von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Mitführung eines Gegenstandes, der seiner Art nach zur Verletzung von Menschen geeignet und bestimmt ist, trotz des zwischenzeitlichen Scheiterns des Versuchs, sich Betäubungsmittel zu verschaffen.

2. Die Tat als Gegenstand der Urteilsfindung (§ 264 Abs. 1 StPO) ist der geschichtliche Vorgang, auf den Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll. Hierbei handelt es sich um einen eigenständigen Begriff; er ist weiter als derjenige der Handlung im Sinne des sachlichen Rechts. Zur Tat im prozessualen Sinn gehört – unabhängig davon, ob Tateinheit (§ 52 StGB) oder Tatmehrheit (§ 53 StGB) vorliegt – das gesamte Verhalten des Täters, soweit es nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang darstellt. Somit umfasst der Lebensvorgang, aus dem die zugelassene Anklage einen strafrechtlichen Vorwurf herleitet, alle damit zusammenhängenden und darauf bezüglichen Vorkommnisse, selbst wenn diese Umstände in der Anklageschrift nicht ausdrücklich erwähnt sind.

3. Bei der Beurteilung des Tatumfanges kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an. Entscheidend ist, ob zwischen den in Betracht kommenden Verhaltensweisen – unter Berücksichtigung ihrer strafrechtlichen Bedeutung – ein enger sachlicher Zusammenhang besteht; selbst zeitliches Zusammentreffen der einzelnen Handlungen ist weder erforderlich noch ausreichend.

4. Eine Verletzung der Kognitionspflicht führt hinsichtlich anderer tateinheitlicher Delikte zwingend zur Aufhebung eines ergangenen Freispruchs. Wenn der Freispruch in Rechtskraft erwachsen würde, stünde dies der weiteren Verfolgung der Tat unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines weiteren Delikts wegen des Verbots aus Art. 103 Abs. 3 GG entgegen.

5. Feststellungen zu den Grundlagen des Freispruchs können in der hier gegebenen Konstellation (Freispruch unter Außerachtlassung eines tateinheitlichen strafrechtlich relevanten Geschehens) zwar grundsätzlich bestehen bleiben. Es muss dann aber sicher sein, dass die aufrechterhaltenen Feststellungen im neuen tatgerichtlichen Verfahren nicht – auch nur teilweise – Grundlage einer Verurteilung werden könnten. Die Aufrechterhaltung von Feststellungen bei Freispruch unter Verletzung der Kognitionspflicht hinsichtlich derselben Tat gemäß § 264 StPO wird nur in seltenen Fällen in Betracht kommen.

6. Eine Überdehnung des § 353 Abs. 2 StPO seitens des Revisionsgerichts berührt auch das Recht auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

293. BGH 3 StR 401/11 – Urteil vom 2. Februar 2012 (LG Hannover)

Rücktritt vom Versuch (beendeter; unbeendeter; Rücktrittshorizont; Möglichkeitsvorstellung); Unterbrechung der Hauptverhandlung (Förderung des Verfahrens; Schiebetermin).

§ 24 StGB; § 229 StPO; § 338 StPO

1. Zur Sache wird in einem Fortsetzungstermin grundsätzlich bereits dann verhandelt, wenn Prozesshandlungen vorgenommen werden oder Erörterungen zu Sach- oder Verfahrensfragen stattfinden, die geeignet sind, das Verfahren inhaltlich auf den Urteilsspruch hin zu fördern und die Sache ihrem Abschluss substantiell näher zu bringen. Dann ist die Dauer des Termins ebenso wenig von Belang wie die Frage, ob er noch für weitere verfahrensfördernde Handlungen hätte genutzt werden können. Gleichmaßen unschädlich ist es, wenn der Termin zugleich auch der Einhaltung der Unterbrechungsfrist dient.

2. Auch wenn in einem Termin Verfahrensvorgänge stattfinden, die grundsätzlich zur Unterbrechung der Fristen des § 229 StPO geeignet sind, liegt ein Verhandeln zur Sache nicht vor, wenn das Gericht dabei nur formal zum Zwecke der Umgehung dieser Vorschrift tätig wird und der Gesichtspunkt der Verfahrensförderung dahinter als bedeutungslos zurücktritt (sog. Schiebetermin). Dies ist etwa anzunehmen, wenn einheitliche Verfahrensvorgänge willkürlich in mehrere kurze Verfahrensabschnitte zerstückelt und diese auf mehrere Verhandlungstage verteilt werden, nur um hierdurch die zulässigen Unterbrechungsfristen einzuhalten, oder wenn aus dem gesamten Verfahrensgang erkennbar wird, dass das Gericht mit der Verhandlung nicht die substantielle Förderung des Verfahrens bezweckt, sondern allein die Wahrung der Unterbrechungsfrist.

3. Ob ein Versuch im Sinne des § 24 Abs. 1 StGB beendet oder unbeendet ist, richtet sich nach der Vorstellung des Täters bei Abschluss der letzten Ausführungshandlung.

4. Ein Versuch ist unbeendet, wenn der Täter bei Abschluss der letzten Ausführungshandlung (sog. Rücktrittshorizont) davon ausgeht, zur Verwirklichung des Tatbestandes bedürfe es noch weiteren Handelns. Beendet ist der Versuch demgegenüber, wenn der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs aufgrund seiner bisherigen Tathandlungen zumindest für möglich hält oder sich über deren Folgen keine Vorstellungen macht.

5. Unbeendet ist ein Versuch auch dann, wenn der Täter den Erfolgseintritt zwar zunächst für möglich hält, aber nachfolgend – etwa aufgrund weiterer Wahrnehmungen – und noch in engem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit dem Tatgeschehen zur gegenteiligen Auffassung gelangt (sog. Korrektur des Rücktrittshorizonts).

317. BGH 1 StR 373/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Potsdam)

Angriffsrichtung der Verfahrensrüge; Konzentrationsmaxime (Fristen); Ablehnung eines Beweisantrages wegen Prozessverschleppung (Verdunkelungsversuch; Beweisantizipation); wesentliche Beschränkung der Verteidigung (Ablehnung einer Unterbrechung bei Erkrankung einer Wahlverteidigerin; Beschleunigungsgrundsatz); Rüge der fehlerhaften Besetzung (Angriffsrichtung; Übergehen eines Besetzungseinwandes); verweigerte Beiordnung eines Wahlverteidigers als Pflichtverteidiger (Sicherungsverteidiger; Recht auf einen Verteidiger des Vertrauens).

§ 229 Abs. 2 und 3 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 258 StPO; § 338 Nr. 1, Nr. 8 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 141 StPO

1. Eine Rüge des Verstoß gegen § 229 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 StPO darf nicht auf einen Alternativsachverhalt gestützt werden, nach dem kein bestimmter Verfahrensverstoß behauptet wird. Das Revisionsgericht darf nicht lediglich aufgefordert werden, zu prüfen, ob in irgendeiner Richtung ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 229 StPO vorliege. Das Revisionsvorbringen muss eine bestimmte Angriffsrichtung erkennen lassen.
2. Einzelfall eines Schlusses auf die Prozessverschleppungsabsicht bei dem Versuch, die Aussage eines Zeugen als sachnäherem Beweismittel zu verhindern.
3. Wird dem Angeklagten zusätzlich zu seinen beiden Wahlverteidigern eine weitere Pflichtverteidigerin beigeordnet, liegt darin – wenn die Wahlverteidiger trotz der ausgebliebenen Beiordnung als Pflichtverteidiger ihr Mandat nicht niederlegen – für den Angeklagten kein Nachteil.

332. BGH 2 StR 195/11 – Beschluss vom 28. Dezember 2011 (LG Limburg)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Erzwingung der Aussage eines Zeugen (Ermessensreduktion auf Null; entscheidende Bedeutung einer Zeugenaussage; Aufklärungspflicht).

§ 70 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 258 StGB

1. Hat die Aussage eines in der Hauptverhandlung erschienenen, aber grundlos die Aussage verweigernden Zeugen für die Überzeugungsbildung des Gerichts erhebliche Bedeutung, so gebietet es die Aufklärungspflicht, Anstrengungen zu unternehmen, den Zeugen zu einer Auskunft zu bewegen (BGH StV 1983, 495 f.). Diese können im Einsatz der von § 70 StPO vorgesehenen Zwangsmittel liegen.
2. § 70 StPO dient nicht der Erzwingung wahrheitsgemäßer Aussagen, sondern nur der Beantwortung offener Fragen. Er greift nicht in einer Konstellation, in der es alleine um die Korrektur einer bereits gemachten Äußerung geht, die das Gericht für unzutreffend hält.

327. BGH 1 StR 647/11 – Beschluss vom 22. Februar 2012 (LG Mosbach)

Unzulässige Verfahrensrügen (Darlegungsanforderungen bei der Rüge der Verletzung des Beweisantrags-

rechts: Heilung durch spätere beschiedene Beweisanträge; Wahrunterstellung).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 81c StPO

1. Die neue Bescheidung eines wiederholt gestellten Beweisantrages kann etwaige Fehler der ersten Ablehnung heilen, weil – anders als beim Nachschieben von Ablehnungsgründen in den schriftlichen Urteilsgründen (dazu BGHSt 19, 24, 26; BGH NStZ 2000, 437, 438) – der Angeklagte seine Verteidigung auf die neue Beurteilung einstellen kann.

2. Rügt der Revisionsführer die Verletzung des Beweisantragsrechts, muss er – neben dem abgelehnten Beweisantrag und dem Ablehnungsbeschluss – auch für die Prüfung der Rüge etwaig notwendige, weitere Verfahrenstatensachen vollständig vortragen (BGHSt 37, 168, 174). Insbesondere muss ein Revisionsführer mitteilen, dass der abgelehnte Beweisantrag bei identischem Inhalt und nur minimal abweichendem Wortlaut erneut gestellt und in einem Hauptverhandlungstermin neu beschieden worden ist.

3. Dies gilt auch dann, wenn der geschilderte Verfahrensablauf in der Revisionsrechtfertigungsschrift den Gegenstand einer weiteren – ihrerseits unzulässigen – Rüge bildet; auch ein Rückgriff auf das Revisionsvorbringen eines weiteren Verteidigers scheidet aus. Es ist nicht die Aufgabe des Revisionsgerichts, den Revisionsvortrag innerhalb eines umfangreichen Revisionsvorbringens oder aus anderen Unterlagen zusammenzufügen oder zu ergänzen.

4. Zwar kann der Umfang des notwendigen Vortrages – insbesondere zum Beweisantrag – beim Vorwurf der Nichteinhaltung einer Wahrunterstellung je nach Angriffsrichtung der Rüge divergieren; bei der Rüge der Verletzung des Beweisantragsrechts ist die (vollständige) Mitteilung des Beweisantrages jedoch erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 1983 – 2 StR 222/83, BGHSt 32, 44, 46). Das Revisionsgericht muss überprüfen können, ob der behauptete Widerspruch der Wahrunterstellung zu den späteren Urteilsfeststellungen tatsächlich besteht.

5. Die Rüge, ein Beweisantrag auf eine psychologische oder psychiatrische Begutachtung eines Zeugen sei fehlerhaft beschieden worden, ist unzulässig, wenn nicht mitgeteilt wird, ob die Zeugen oder gegebenenfalls deren gesetzliche Vertreter sich mit einer solchen Untersuchung einverstanden erklärt haben.

297. BGH 3 StR 462/11 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Verden)

Beurlaubung eines Angeklagten (den Angeklagten nicht betreffender Teil der Hauptverhandlung).

§ 231c StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Ein Angeklagter ist von einem Verhandlungsteil nur dann nicht betroffen, wenn ausgeschlossen werden kann, dass die während seiner Abwesenheit behandelten Verfahrensfragen auch nur mittelbar die gegen ihn erhobenen Vorwürfe berühren und damit auch nur potentiellen

Einfluss auf Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch gegen ihn haben.

2. Von der Möglichkeit der Beurlaubung nach § 231c StPO sollte nur äußerst vorsichtig Gebrauch gemacht werden, weil diese Verfahrensmaßnahme leicht einen absoluten Revisionsgrund schaffen kann.

292. BGH 3 StR 400/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Befangenhitsgesuchs (Unvoreingenommenheit; Behandlung zweier getrennt geführter Verfahren als Einheit; Abtrennung des Verfahrens gegen einen möglichen Mittäter); Aufklärungspflicht.

§ 23 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 29 BtMG

1. Eine den Verfahrensgegenstand betreffende Vortätigkeit eines erkennenden Richters ist, soweit sie nicht den Tatbestand eines Ausschlussgrundes gemäß § 23 StPO erfüllt, regelmäßig nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenhits des Richters im Sinne von § 24 Abs. 2 StPO zu begründen, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, die diese Besorgnis rechtfertigen.

2. Grundsätzlich unbedenklich ist auch die Mitwirkung an einem Urteil über dieselbe Tat gegen einen anderen Beteiligten in einem abgetrennten Verfahren. Dies gilt auch dann, wenn Verfahren gegen einzelne Angeklagte zur Verfahrensbeschleunigung abgetrennt werden und in dem abgetrennten Verfahren ein Schuldspruch wegen einer Tat ergeht, zu der sich das Gericht im Ursprungsverfahren gegen den oder die früheren Angeklagten später ebenfalls noch eine Überzeugung zu bilden hat.

3. Wenn mehrere Personen angeklagt sind, als Mitglieder einer Bande eine Betäubungsmittelstraftat begangen zu haben, ist es im Hinblick auf die Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) regelmäßig sachgerecht und erforderlich, gegen alle Angeklagten aufgrund einer einheitlichen, alle Beweismittel umfassenden Beweisaufnahme zu

entscheiden. Denn andernfalls liegt es nicht fern, dass der aussagebereite Angeklagte zu Lasten der Mitangeklagten seine eigenen Tatbeiträge beschönigende Angaben macht, die das Gericht nach einer nur rudimentären Beweisaufnahme dem Urteil gegen diesen zugrunde legt.

310. BGH 1 StR 152/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Wuppertal)

Verfahrenshindernis der Spezialität bei der Steuerhinterziehung (Beseitigung in der Revision; Entfallen der Spezialitätsbindung durch Verbleib in Deutschland oder durch Rückkehr nach Deutschland: Ablauf der Schonfrist; wirksamer Eröffnungsbeschluss trotz anfangs bestehendem Verfahrenshindernis der Spezialität).

§ 370 AO; Art. 14 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 2 EuAÜbk; § 72 IRG; § 199 StPO; § 200 StPO; § 207 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 206a StPO

1. Wird im Revisionsverfahren das behebbare Verfahrenshindernis der Spezialität behoben, liegt darin in der Regel keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung. Das Revisionsgericht ist bei einer ursprünglichen Missachtung der Spezialität nicht zu einer (Teil-)Einstellung gemäß § 206a StPO gezwungen, sondern vielmehr aus Gründen der prozessualen Fürsorge zur Behebung des Verfahrenshindernisses gehalten.

2. Ein wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Spezialität aus Art. 14 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957 (EuAÜbk) bestehendes Verfahrenshindernis kann auch noch im Revisionsverfahren beseitigt werden.

3. Ist der Ausgelieferte mit Verkündung des erstinstanzlichen Urteils auf freien Fuß gesetzt worden, entfällt die Spezialitätsbindung gemäß Art. 14 Abs. 1 Buchst. b EuAÜbk dann, wenn er – obwohl er über die Rechtsfolgen dieser Vorschrift informiert worden ist und die Möglichkeit einer Ausreise hatte – nicht innerhalb von 45 Tagen die Bundesrepublik Deutschland verlassen hat oder wenn er nach dem Verlassen Deutschlands dorthin zurückgekehrt ist.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

313. BGH 1 StR 45/11 – Beschluss vom 25. Januar 2012 (LG München I)

BGHSt; Abrechnungsbetrug eines privatliquidierenden Arztes für nicht persönlich erbrachte Leistungen (konkludente Täuschung über die Abrechnungsfähigkeit; Irrtum; Vermögensschaden und hypothetisch ersparte Aufwendungen; Normativierung; Strafzumessung beim Betrug; Bedeutung erbrachter Leistungen; Betrugsvorsatz); Verlesung des Anklagesatzes; Verfahrensrüge (Angriffsrichtung); Hinweispflichten bei veränderter

Begründung des Vermögensschadens; Kronzeugenregelung (erforderliche Katalogtat); Berufsverbot.

§ 263 Abs. 1 und 3 StGB; § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ; § 5 Abs. 4 Satz 1, Satz 2 GOÄ; § 12 GOÄ; § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 265 StPO; § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB; § 70 StGB

1. Zum Abrechnungsbetrug eines privatliquidierenden Arztes für nicht persönlich erbrachte Leistungen. (BGHSt)

2. In einer gemäß § 12 GOÄ ausgestellten Rechnung behauptet der privatliquidierende Arzt gegenüber dem Privatpatienten nicht lediglich, zur Abrechnung berechtigt zu sein, sondern auch, dass die Voraussetzungen der der Abrechnung zugrundeliegenden Rechtsvorschriften eingehalten worden seien. Wer eine Leistung einfordert, bringt zugleich das Bestehen des zugrunde liegenden Anspruchs, hier also die Abrechnungsfähigkeit der in Rechnung gestellten ärztlichen Leistung zum Ausdruck. (Bearbeiter)

3. Zur zivilrechtlichen Anspruchslage bei der Abrechnung von Speziallaborleistungen und in eigenen Praxisräumen erbrachte Akupunktur- und Osteopathieleistungen. (Bearbeiter)

4. Ein Irrtum im Sinne des Betruges setzt grundsätzlich nicht voraus, dass sich der Adressat einer auf einer Gebührenordnung basierenden (Ab)Rechnung eine konkrete Vorstellung über die Berechnung und die in Ansatz gebrachten Bemessungsgrundlagen macht. Entscheidend – aber auch ausreichend – ist das gedankliche Mitbewusstsein über die Ordnungsgemäßheit der Rechnungsstellung und sei es nur als „allgemein gehaltene Vorstellung, die Abrechnung sei in Ordnung“. Davon ist auszugehen, wenn Patienten mangels hinreichender eigener Fachkenntnisse auf die sachliche Richtigkeit der Rechnungen vertrauen mussten. Dies gilt auch für nicht oder nicht selbst erbrachter Leistungen. (Bearbeiter)

5. Normative Gesichtspunkte können bei der Bewertung von Schäden eine Rolle spielen; sie dürfen die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen. Ein Schaden liegt nicht vor, wenn zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird. Ein solcher Vermögenszuwachs tritt beispielsweise ein, soweit das Vermögen von einer Verbindlichkeit in Höhe des Verlustes befreit wird. Eine solche Kompensation scheidet hingegen regelmäßig dann aus, wenn sich die Vermögensmehrung nicht aus der Verfügung selbst ergibt, sondern durch eine andere, rechtlich selbständige Handlung hervorgebracht wird. (Bearbeiter)

6. Die Bewertung des Vermögens bzw. Schadens erfolgt nach objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Auf die subjektive Einschätzung des Patienten, ob er sich wegen der von einem anderen als dem Angeklagten erbrachten Leistung nicht geschädigt fühlt, kommt es nicht an. Maßgebend für den Vergleich von Leistung und Gegenleistung ist regelmäßig der Verkehrswert oder ein an Angebot und Nachfrage orientierter Marktpreis, der auch nach dem von den Vertragsparteien vereinbarten Preis unter Berücksichtigung der für die Parteien des fraglichen Geschäfts maßgeblichen preisbildenden Faktoren bestimmt werden kann. (Bearbeiter)

7. Für privatärztliche Leistungen, für die es weder einen Verkehrswert noch einen (objektiven) Markt oder einen von den Vertragsparteien frei zu vereinbarenden Preis gibt, bestimmen die materiell-rechtlichen Normen zur Abrechnung der Leistung, namentlich der GOÄ, zugleich deren wirtschaftlichen Wert. Ist etwa eine Behandlungsleistung zwar erbracht, gilt sie aber als mit einer anderen Leistung abgegolten, kommt ihr kein eigener wirtschaftlicher Wert zu, mag auch der Patient, hätte

er die Leistung alleine bezogen, daraus resultierende Aufwendungen gehabt haben. In dem Umfang, in dem die Rechtsordnung einer privatärztlichen Leistung die Abrechnung versagt, weil etwa die für die Abrechnung vorgesehenen Qualifikations- und Leistungsmerkmale nicht eingehalten sind, kann ihr kein für den tatbestandlichen Schaden i.S.v. § 263 StGB maßgeblicher wirtschaftlicher Wert zugesprochen werden. (Bearbeiter)

8. Auch sonst bestimmt sich der wirtschaftliche Wert einer Arbeitsleistung nach deren Abrechnungsfähigkeit; die Möglichkeit, die eigene Arbeitskraft zur Erbringung von Dienstleistungen einzusetzen, hat Vermögenswert nur, soweit sie üblicher Weise gegen Entgelt erbracht wird. Indes wird gesetzeswidrigen Handlungen oder Leistungen, die verboten sind oder unsittlichen Zwecken dienen, mögen sie auch „üblicherweise“ nur gegen Entgelt erbracht werden, kein Vermögenswert zuerkannt, da sich das Strafrecht ansonsten in Widerspruch zur übrigen Rechtsordnung setzen würde, wenn es im Rahmen des Betrugstatbestandes nichtigen – weil gesetzeswidrigen – Ansprüchen Schutz gewährte. Ebenso wird einer Arbeitsleistung ein wirtschaftlicher Wert abgesprochen, wenn Gesetz oder Verwaltungsvorschriften einer zu deren Entlohnung führenden Anstellung entgegenstanden, selbst wenn fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbracht wurden. (Bearbeiter)

9. Es kann bei der täuschenden Privatliquidation nicht eingewandt werden, der Patient habe sich durch den Erhalt der Leistungen ansonsten erforderliche Aufwendungen erspart. Anderenfalls wäre eine hypothetische Reserveursache beachtlich. (Bearbeiter)

10. Ob bei der Strafzumessung in Fällen zu Unrecht abgerechneter ärztlicher Leistungen der Umstand tatsächlich erbrachter Leistungen und hierzu entstandener Aufwendungen strafmildernd berücksichtigt werden muss, oder ob – wozu der Senat neigt – sich dies im Bereich privatärztlicher Liquidation schon deswegen verbietet, weil hier die „Bereicherung“ des Opfers dessen Schaden gerade nicht kompensiert und der Täter eigenmächtig und auf strafbare Weise den Ausgleich, den er materiell-rechtlich nicht beanspruchen kann, herbeiführt, bleibt offen. (Bearbeiter)

11. Gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO sind bei Erhebung einer Verfahrensrüge die auf die jeweilige Angriffsrichtung bezogenen Verfahrenstatsachen vollständig und zutreffend so vorzutragen, dass das Revisionsgericht allein anhand der Revisionsbegründung die einzelnen Rügen darauf überprüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegen würde, wenn die behaupteten Tatsachen erwiesen wären. Die Angriffsrichtung ist klar zu bezeichnen und darf nicht widersprüchlich sein. So muss klargestellt sein, weshalb ein Beweisantrag zu Unrecht als bedeutungslos abgelehnt worden sei. (Bearbeiter)

12. Eine Erstattung des vom Patienten bereits an den Angeklagten zu Unrecht bezahlten Betruges durch Versicherung und/oder Beihilfe führt lediglich zu einer Schadensverlagerung; sie entlastet den Angeklagten beim Betrug ebenso wenig, wie es einen Autodieb entlasten könnte, dass die Versicherung des Bestohlenen diesem den Schaden ersetzt. (Bearbeiter)

321. BGH 1 StR 525/11 – Urteil vom 7. Februar 2012 (LG Augsburg)

BGHSt; Strafzumessung bei Steuerhinterziehung in Millionenhöhe (gerechter Schuldausgleich bei Steuerverkürzung großen Ausmaßes; Vorsatzform; keine Strafmilderung durch Verweis auf teilweise Versteuerung von Einnahmen); Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (Vermengung mit der Strafzumessung; Verteidigung der Rechtsordnung); Einkommensteuer (Halbeinkünfteverfahren, Veräußerungserlös, Provisionszahlungen, sonstige Einkünfte); Schenkungsteuer; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung.
 § 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 46 StGB; § 56 StGB; § 3 Nr. 40 Buchst. c EStG aF; § 17 Abs. 2 EStG; § 22 Nr. 3 EStG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Zur Strafzumessung bei Steuerhinterziehung „in Millionenhöhe“ (Fortführung von BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71). (BGHSt)
2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die der Senat seit der Grundsatzentscheidung vom 2. Dezember 2008 (im Verfahren 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71, 84 ff.) mehrfach bestätigt und fortgeschrieben hat (vgl. zusammenfassend BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2011 – 1 StR 579/11), ist das nach objektiven Maßstäben zu bestimmende Merkmal des Regelbeispiels „in großem Ausmaß“ dann erfüllt, wenn der Hinterziehungsbetrag 50.000 € übersteigt. Beschränkt sich das Verhalten des Täters darauf, die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis zu lassen und führt das lediglich zu einer Gefährdung des Steueranspruchs, liegt die Wertgrenze zum „großen Ausmaß“ bei 100.000 € (BGHSt 53, 71, 85). (Bearbeiter)
3. Der in § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertung ist bei besonders hohen Hinterziehungsbeträgen dadurch Rechnung zu tragen, dass bei einem sechsstelligen Hinterziehungsbetrag die Verhängung einer Geldstrafe nur bei Vorliegen von gewichtigen Milderungsgründen noch schuldangemessen sein kann. Bei Hinterziehungsbeträgen in Millionenhöhe kommt eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe noch in Betracht (BGHSt 53, 71, 86 mwN). (Bearbeiter)
4. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung in den Beratungen zu dem am 3. Mai 2011 in Kraft getretenen Schwarzgeldbekämpfungsgesetz gebilligt (vgl. dazu bereits BGH, Beschluss vom 5. Mai 2011 – 1 StR 116/11 Rn. 14, wistra 2011, 347). (Bearbeiter)
5. Auch wenn der Angeklagte unbestraft ist, er sich entschuldigt und die Tat gesteht, ihn eine lange Verfahrensdauer und psychische Belastungen belasten, genügt dies auch bei einer vollständigen Nachzahlung der hinterzogenen Summen nicht stets, um auch bei einer Steuerhinterziehung in Millionenhöhe noch eine zur Bewährung aussetzungsfähige Strafe zu verhängen. (Bearbeiter)
6. Das Gewicht einer Schadenswiedergutmachung verliert an Gewicht, wenn der Angeklagte diese angesichts seiner komfortablen Vermögensverhältnisse ohne erkennbare Einbuße seiner Lebensführung erbringen konnte. (Bearbeiter)
7. Die Gesamtverfahrensdauer von dreieinhalb Jahren bis zum erstinstanzlichen Urteil ist in einer Wirtschaftsstrafsache regelmäßig kein besonders gewichtiger Milderungsgrund. (Bearbeiter)
8. Auch bei der Bemessung der wegen Steuerhinterziehung verhängten Strafe kann nicht strafmildernd berücksichtigt werden, dass nicht mit noch höherer krimineller Energie ein noch höherer Schaden angerichtet wurde. (Bearbeiter)
9. Wenn die schuldangemessene Strafe in einem Spielraum liegt, in dem grundsätzlich noch eine aussetzungsfähige Strafe in Betracht kommt, dürfen zwar bereits bei der Strafzumessung die Wirkungen einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe berücksichtigt werden (sog. Spielraumtheorie). Rechtsfehlerhaft sind solche Erwägungen bei der Strafzumessung aber dann, wenn eine zur Bewährung aussetzungsfähige Strafe nicht mehr innerhalb des Spielraums für eine schuldangemessene Strafe liegt. (Bearbeiter)
10. Bei Steuerhinterziehungen beträchtlichen Umfangs ist es von Gewicht, die Rechtstreue der Bevölkerung auch auf dem Gebiet des Steuerrechts zu erhalten. Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe kann sich daher zur Verteidigung der Rechtsordnung als notwendig erweisen, wenn die Tat Ausdruck einer verbreiteten Einstellung ist, die eine durch einen erheblichen Unrechtsgehalt gekennzeichnete Norm nicht ernst nimmt und von vornherein auf die Strafaussetzung vertraut (BGHSt 53, 311, 320 mwN).
11. Die zur sorgfältigen Vorbereitung und Terminierung – zumal einer Wirtschaftsstrafsache – erforderliche Zeit ist selbst dann nicht als Zeitraum einer (rechtsstaatswidrigen) Verfahrensverzögerung anzusehen, wenn nicht näher belegt ist, wie dieser Zeitraum vom Gericht genutzt wurde. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn dem Angeklagten vom Gericht eine Verständigung gemäß § 257c StPO über eine Freiheitsstrafe mit Strafaussetzung zur Bewährung und die Zahlung von einer Mio. € als Bewährungsaufgabe vorgeschlagen wird. (Bearbeiter)
12. Beim gerichtlichen Verfahren in Wirtschaftsstrafsachen bestehen Besonderheiten, die regelmäßig einen Vorrang der Gründlichkeit vor der Schnelligkeit gebieten. (Bearbeiter)
13. Dem Zwischenverfahren kommt im Hinblick auf den Schutz des Angeklagten große Bedeutung zu. Zur Vorbereitung der Eröffnungsberatung bedarf es schon deshalb einer intensiven Einarbeitung des Vorsitzenden und des Berichterstatters in die Sache – parallel zur Förderung und Verhandlung anderer Verfahren. Diese Vorarbeit schlägt sich hinsichtlich des Umfangs naturgemäß nicht als verfahrensfördernd in den Akten nieder, wie auch andere Vorgänge der meist gedanklichen Auseinandersetzung mit dem Verfahrensstoff in der Regel nicht. Am Ende einer intensiven Vorbereitung und der Eröffnungsberatung steht häufig nur ein Eröffnungsbeschluss, der aus einem Satz besteht. (Bearbeiter)

319. BGH 1 StR 438/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Essen)

BGHSt; Steuerhhelei in Form von Absatzhilfe vor Beendigung der vorangegangenen Steuerhinterziehung (Tabaksteuerhinterziehung; Zigarettenschmuggel; Vollendung und Beendigung: zur Ruhe kommen; Absatzhilfe; versuchte Tat als Vortat).

§ 374 AO; § 259 StGB; § 370 AO

1. Steuerhhelei kann jedenfalls in Form von Absatzhilfe auch vor Beendigung der vorangegangenen Steuerhinterziehung begangen werden. (BGHSt)

2. Sachhhelei erfordert grundsätzlich eine abgeschlossene Vortat. Jedoch kann für Sachhhelei sogar eine nur versuchte Tat als Vortat dann ausreichen, wenn diese den Vortäter bereits in den Besitz der Sache gebracht hat (vgl. BGH StV 1996, 81 f.). (Bearbeiter)

3. Die Absatzhilfe ist eine zur Täterschaft erhobene Beihilfe, weil die Absatztat für den Vortäter nicht gesondert strafbar ist. Hilfe bei dem für den Vortäter wesentlichen Absatz kann bei der Steuerhhelei typischerweise in der Vermittlung von Kontakten zu Kaufinteressenten liegen. Die Absatzhilfe geht im Erfolgsfalle der Übertragung an den Abnehmer jedenfalls regelmäßig voraus. Eine Verurteilung allein wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung würde das nach gesetzlicher Wertung beim Tatbeteiligten eigenständige Unrecht, das in der Mitwirkung am Absatz liegt, nicht erfassen. (Bearbeiter)

326. BGH 1 StR 586/11 – Beschluss vom 23. Februar 2012 (LG Tübingen)

Untreue zulasten von Personenhandelsgesellschaften oder Gesellschaftern (GmbH & Co KG; Verfahrenshindernis des mangelnden Strafantrags; Haus- und Familiendiebstahl; Vermögensbewertung: Bewertungszeitpunkt, ungewisse Erwerbchance); Bestimmung des Vermögensverlust großen Ausmaßes in Abhängigkeit vom Vorhandensein eines Strafantrages.

§ 266 Abs. 3 StGB; § 247 StGB; § 263 Abs. 3 StGB; § 77b StGB

1. Im Rahmen des § 266 StGB kann eine Schädigung des Gesamthandsvermögens einer Kommanditgesellschaft nur insoweit bedeutsam sein kann, als sie gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter berührt. Der Senat sieht vorliegend keine Veranlassung, von dieser gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die auch vom Schrifttum geteilt wird, abzuweichen. Geschädigter i.S.d. § 266 StGB kann nur ein mit dem Täter nicht identischer Träger fremden Vermögens sein, sei es eine natürliche Person, sei es eine juristische Person, der eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Eine in diesem Sinn eigene Rechtspersönlichkeit wird der Kommanditgesellschaft – kommt sie als verselbständigt Gesamthandsvermögen einer juristischen Person auch sehr nahe – nicht zuerkannt.

2. Das Fehlen fristgerechter Strafanträge (§§ 77b, 247, 266 Abs. 3 StGB) führt nur dann zu einem Strafverfolgungshindernis, wenn der Angeklagte zu allen Gesellschaftern in einer privilegierten Beziehung im Sinne des § 247 StGB steht.

3. Greift ein vermögensbetreuungsverpflichteter Geschäftsführer in die Kasse einer GmbH & Co KG, um aus Spekulationsgeschäften Gewinne zu erzielen, die er – soweit sie entstanden – auch den Firmenkonten gutbrachte, kommt einer derart ungewissen Aussicht auf Rückzahlung wirtschaftlich kein Wert zu. Maßgeblich für den zur Bestimmung des tatbestandlichen Nachteils i.S.v. § 266 StGB erforderlichen Vermögensvergleich ist – gleichermaßen wie bei § 263 StGB – der Zeitpunkt der vermögensschädigenden Handlung, hier also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach den Verfügungen zu Lasten der Firmenkonten. Spätere Entwicklungen, wie Schadensvertiefung oder Schadensausgleich, berühren den tatbestandlichen Schaden nicht.

4. Für die Frage des Nachteileintritts ist bei einer Kommanditgesellschaft nicht allein auf die Gesellschaft, sondern auf das Vermögen der einzelnen Gesellschafter abzustellen. Bei einer personalisiert strukturierten Gesellschaft sind daher als Verletzte deren Gesellschafter anzusehen. Deren Einverständnis schließt die Annahme von Untreue aus, soweit sie selbst betroffen sind. In gleicher Weise kann bei einer Kommanditgesellschaft der Angeklagte selbst, soweit sein Gesellschaftsanteil betroffen ist, nicht Geschädigter einer von ihm begangenen Untreue sein. Auch hinsichtlich eines Kommanditisten, der in einer gemäß § 247 StGB privilegierten Beziehung zum Angeklagten stand bzw. steht, scheidet eine Untreue zu dessen Nachteil bei Fehlen eines form- und fristgerechten Strafantrags aus.

5. Die Anwendbarkeit des § 247 StGB entfällt nicht etwa dadurch, dass hinsichtlich eines oder mehrerer der gesamthänderisch verbundenen Kommanditisten die Voraussetzungen des § 247 StGB nicht gegeben sind. Der Haus- und Familienfrieden, den zu schützen Normzweck des § 247 StGB ist, besteht nur in dem Umfang nicht, in dem ein durch die Untreue verletzter Gesellschafter nicht in einer im Sinne des § 247 StGB privilegierten Beziehung zum Täter steht. Fallen Taten zu Lasten mehrerer Geschädigter wie hier tateinheitlich zusammen, ergibt sich der Umfang der Verfolgbarkeit nach Maßgabe des § 247 StGB.

6. Auch die Höhe des dem Angeklagten anzulastenden Nachteils und damit des großen Ausmaßes i.S.v. § 266 Abs. 2, § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB bestimmt nach der Summe der zugefügten Nachteile hinsichtlich der Kommanditisten, die entweder form- und fristgerecht Strafantrag gestellt haben oder die nicht in einer durch § 247 StGB privilegierten Beziehung zum Angeklagten standen bzw. stehen.

318. BGH 1 StR 386/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Nürnberg)

Konkurrenzen bei Untreue und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (natürliche Handlungseinheit; Verklammerung).

§ 266 StGB; § 299 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Eine natürliche Handlungseinheit verlangt auch bei Untreue und Bestechung im geschäftlichen Verkehr neben weiteren Voraussetzungen, dass die einzelnen

Betätigungen auf einer einzigen Willensentschließung beruhen. Daran fehlt es, wenn Angebotserhöhungen zur Ermöglichung treuwidriger Angebotsaufschläge nicht automatisch, sondern nach einer Entscheidung im konkreten Einzelfall erfolgen.

2. Voraussetzung für die sog. Klammerwirkung ist, dass zwischen wenigstens einem der an sich selbständigen Delikte und dem sie verbindenden, sich über einen gewissen Zeitraum hinziehenden (Dauer-)Delikt zumindest annähernde Wertgleichheit besteht. Die Klammerwirkung bleibt daher aus, wenn das (Dauer-)Delikt in seinem strafrechtlichen Unwert, wie er in der Strafordrohung seinen Ausdruck findet, deutlich hinter den während seiner Begehung zusätzlich verwirklichten Gesetzesverstößen zurückbleibt. Danach scheidet eine Verklammerung mehrerer jeweils durch eine Angebotserhöhung verwirklichter Untreuestraftaten durch Delikte der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr aus. Die Obergrenze des Strafrahmens für die Straftaten der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr bleibt deutlich hinter derjenigen der Untreuestraftaten zurück.

289. BGH 3 StR 321/11 – Urteil vom 2. Februar 2012 (LG Lüneburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit; Gesamtmenge; legaler Erwerb); Klammerwirkung ausgeschiedener Gesetzesverletzungen; Teilfreispruch (Maßgeblichkeit des Eröffnungsbeschlusses); Substitutionsbehandlung (ultima ratio); Wiedereinbeziehung ausgeschiedener Taten (Verfahrensrüge).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 154a StPO; § 13 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Sämtliche Betätigungen, die sich auf den Vertrieb derselben, in einem Akt erworbenen Betäubungsmittel beziehen, sind als eine Tat anzusehen, wenn bereits der Erwerb der Betäubungsmittel, die zum Zweck der Weitergabe beschafft werden, den Tatbestand einer Variante des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG in Bezug auf die Gesamtmenge erfüllt. Denn in diesem Fall bilden die aus dem einheitlich bezogenen Betäubungsmittelvorrat vorgenommenen Weitergaben von Einzelmengen lediglich unselbständige Teilakte ein und desselben strafbaren Güterumsatzes im Sinne einer strafrechtlichen Bewertungseinheit.

2. Ist der Erwerb eines Betäubungsmittelvorrats dagegen für sich nicht strafbar und greift eine Strafnorm des Betäubungsmittelgesetzes erst mit der Weitergabe hieraus entnommener Teilmengen ein, so fehlt es an einem die Einzeltaten zu einer Bewertungseinheit verbindenden einheitlichen Güterumsatz.

3. Auch eine Gesetzesverletzung, die aufgrund einer Beschränkung der Strafverfolgung gemäß § 154a StPO nicht mehr Gegenstand des Schuldspruchs ist, kann andere Taten zu einer Bewertungseinheit verbinden, denn die Verfahrensbeschränkung hat auf die konkurrenzrechtliche Bewertung keinen Einfluss.

4. Für die Frage, ob im Urteil ein Teilfreispruch zu erfolgen hat, ist die konkurrenzrechtliche Beurteilung maß-

geblich, die der Tatrichter dem Eröffnungsbeschluss zugrunde gelegt hat, denn die Urteilsformel muss diesen erschöpfen.

5. Nach § 13 Abs. 1 BtMG dürfen Betäubungsmittel von Ärzten verschrieben werden, wenn ihre Anwendung am oder im menschlichen Körper begründet ist. Eine solche Substitutionsbehandlung ist jedoch nur als ultima ratio zulässig. Eine Verschreibung von Betäubungsmitteln ohne Indikationsstellung und ohne Prüfung von Behandlungsalternativen ist unbegründet und strafbar, weil sie nicht gewährleistet, dass gegebenenfalls andere und damit vorrangige Behandlungsmethoden zur Anwendung kommen. Gleiches gilt, wenn der Substitutionsbehandlung eine unzureichende ärztliche Kontrolle zugrunde liegt.

6. Die unterbliebene Wiedereinbeziehung nach § 154a Abs. 3 StPO kann als Verfahrensverstöß nur mit einer den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechenden Verfahrensrüge angegriffen werden.

338. BGH 2 StR 455/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Aachen)

Strafzumessung beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bedeutung der Menge des Betäubungsmittels: Mathematisierung; Strafmilderungsgrund der staatlichen Mitwirkung an der Tatbegehung; Tatprovokation).

§ 29 BtMG; § 30 BtMG; § 30a BtMG; § 46 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 10 EMRK

1. Bei unerlaubtem Betäubungsmittelhandel prägen zwar vor allem Art und Menge des Rauschgifts den Unrechtsgehalt der Tat. Gleichwohl verlieren die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung nicht ihre Bedeutung. Eine reine „Mengenrechtsprechung“ ist mit diesen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Vielmehr sind nicht zuletzt auch staatliche Beteiligungshandlungen an Drogengeschäften als gewichtige Strafzumessungsgründe zu berücksichtigen, insbesondere bei einer staatlichen Initiative zu einem konkreten Drogengeschäft.

2. Dabei genügt es nicht, die Sicherstellung der Drogen zu berücksichtigen. Der Strafmilderungsgrund der Beteiligung Verdeckter Ermittler an den Drogengeschäften muss gesondert beachtet werden.

291. BGH 3 StR 393/11 – Beschluss vom 6. Dezember 2011 (LG Hannover)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Beihilfe; Konkurrenzen.

§ 27 StGB; § 29 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

Hat ein Gehilfe des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln neben der Verfolgung seiner eigenen Belange in erster Linie in Auftrag und Interesse eines Betäubungsmittelkäufers gehandelt und wurde er auch allein von diesem entlohnt, so liegt hierin bei wertender Betrachtung der Schwerpunkt des Rechtsgutsangriffs. Dann aber tritt die – notwendigerweise stets auch gegebene – Beihilfe zum Handeltreiben des Verkäufers hinter der zu den Taten des Käufers zurück.

363. BGH 4 StR 653/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Paderborn)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Erörterungsmangel hinsichtlich eines minder schweren Falles bei Sicherstellung der Betäubungsmittel und vorherige Überwachung).

§ 30 BtMG; § 267 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 StPO

Zwar hat der Tatrichter nach § 267 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 StPO nur die bestimmenden Strafzumessungsgesichtspunkte mitzuteilen. Mit der vollständigen Sicherstellung der Betäubungsmittel kurz nach dem – zudem durch Telefonüberwachung bekannten – Treffen des Angeklagten mit dem Drogenverkäufer ist ein wesentlicher Strafmilderungsgrund unerwähnt geblieben, dessen Berücksichtigung sich aufdrängen musste.

284. BGH 3 StR 15/12 – Beschluss vom 28. Februar 2012 (LG Rostock)

Bemessung der Jugendstrafe (Schwere der Schuld; erzieherische Gesichtspunkte; Bereitschaft ein normgerechtes Leben zu führen).

§ 18 JGG

1. Auch bei einer wegen Schwere der Schuld verhängten Jugendstrafe bemisst sich deren Höhe vorrangig nach erzieherischen Gesichtspunkten (§ 18 Abs. 2 JGG).

2. Defizite in der Bereitschaft, ein normgerechtes Leben zu führen, treten bei Begehung einer Straftat regelmäßig hervor. Daher sind sie nicht geeignet, einen erforderlichen Erziehungsbedarf im Sinne des § 18 Abs. 2 JGG ausreichend zu begründen.

Aufsätze und Anmerkungen

Mobbing als Betriebsaufgabe? – Zur Geschäftsherrenhaftung eines „Vorarbeiters“ bei innerbetrieblichen Körperverletzungen

Anmerkung zur Entscheidung des BGH 4 StR 71/11 = HRRS 2012 Nr. 74.

Von Prof. Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg

I.

Ein im Oktober letzten Jahres entschiedener Fall hat dem 4. Strafsenat Gelegenheit gegeben, Überlegungen zu der im Anschluss an den Fall „Berline Stadtreinigung“¹ wieder vertieft ins Bewusstsein der Literatur getretenen strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung anzustellen. Die Entscheidung² ist dabei rechtspolitisch auch deshalb interessant, weil sie eine höchstrichterliche Beschäftigung mit dem Phänomen „Mobbing“ aus strafrechtlicher Sicht enthält.³ Auch wenn dies statistisch wohl nur

schwer verlässlich überprüfbar ist, steht zu vermuten, dass das „Mobbing“ innerhalb von Betrieben kein selteneres Phänomen ist als das im Jahr 2007 zu einem eigenen Straftatbestand „erhobene“ Stalking.⁴ Ein solcher eigener Straftatbestand ist hier für die Erfassung des Handelns der eigentlichen Täter nicht erforderlich, da diese unproblematisch Körperverletzungen begangen haben. Freilich bildet auch das eine gewisse Parallele zum Stalking, in dem besonders schwerwiegende Fälle ebenfalls bisher schon z.B. als Nötigung, Körperverletzung, Bedrohung oder Beleidigung erfasst werden könnten und bei dem die Abgrenzung von Konstellationen, die ausschließlich unter § 238 StGB fallen, zu solchen

¹ Vgl. BGHSt 54, 44 = HRRS 2009 Nr. 718 sowie dazu u.a. Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 981 ff.; Kretschmer, JR 2009, 474 ff.; Krüger, ZIS 2011, 1 ff.; Michalke, AnwBl 2010, 666 ff.; Mosbacher/Dierlamm, NSTz 2010, 268 ff.; Mosiek, HRRS 2009, 565 ff.; Ransiek, AG 2010, 147 ff.; Rönau/Schneider, ZIP 2010, 56 ff.; Spring, GA 2010, 222 ff.

² BGH 4 StR 71/11 – Urteil vom 20. Oktober 2011 m. Anm. Grützner BB 2012, 151f = HRRS 2012 Nr. 74.

³ Wobei nicht übersehen werden kann, dass der Fall weit über das hinausgeht, was gemeinhin mit Mobbing – oder jedenfalls mit seiner Untergrenze – verbunden wird.

⁴ Vgl. zur Einführung von § 238 StGB, dessen „5. Geburtstag“ gerade in verschiedenen Berichten und Pressemitteilungen begangen wurde, das 40. StÄG v. 22. 3. 2007 (BGBl. I S. 354); Überblicke zur Neuregelung bei Kinzig/Zander JA 2007, 481 ff.; Mitsch NJW 2007, 401 ff.; Rackow GA 2008, 552 ff.; Valerius JuS 2007, 319 ff.

Situationen, in denen nur „soziallästiges“, nicht aber strafwürdiges Verhalten vorliegt, schwierig ist.⁵ Dogmatisch und über das Phänomen Mobbing hinaus bedeutsam ist jedoch insbesondere die Frage nach der Verantwortung der nicht gegen die Übergriffe einschreitenden „mittleren Leitungsebene“, wenn man den Angeklagten in seiner Funktion als „Vorarbeiter einer Kolonne“ im städtischen Bauhof einmal so bezeichnen darf.⁶ Hier stellt sich nun – wenngleich auf einer vergleichsweise niederen Ebene innerhalb des Betriebes – die eingangs erwähnte Frage einer „Geschäftsherrenhaftung“. Das „Mobbing“ durch die unmittelbar handelnden Täter ist dabei zwar ein im Kontext der Diskussion um eine Geschäftsherrenhaftung eher selten als Beispiel herangezogener Fall, dürfte aber keinesfalls völlig untypisch sein. Denn vielleicht sogar schon spezifische Mobbingfälle, jedenfalls aber die Gesamtsumme deliktischer Erfolge innerhalb eines Betriebes (man denke etwa nur an Verstöße gegen die Arbeitssicherheit) dürften zahlenmäßig eine größere Rolle spielen, als Straftaten, welche aus dem Betrieb heraus gegen Dritte verübt werden. Hinzu kommt, dass innerbetriebliches Mobbing jedenfalls so „eng mit dem Betriebsablauf verwoben“ ist, dass sich die Frage nach einer Geschäftsherrenhaftung (unabhängig von ihrer konkreten – durch den Senat hier abschlägigen – Beantwortung) viel intuitiver stellen mag als bei nur weitläufig mit dem Betriebsgeschehen verbundenen Schädigungen Dritter.

II.

Der Terminus „Geschäftsherrenhaftung“ ist im StGB nirgends erwähnt. Die damit assoziierten Fälle sind solche einer Unterlassungsstrafbarkeit, die damit verbundene Problematik ist eine solche der Reichweite der Garantenstellung bzw. Garantenpflicht.⁷ Die wesentlichen

Aussagen der vorliegenden Entscheidung betreffen ebenso wie die Literatur zur Geschäftsherrenhaftung daher auch die Garantenproblematik. Die Garantenpositionen lassen sich dabei sinnvoll an der Gegenüberstellung von Überwacher- und Beschützergaranten ordnen, welche zwar keine unmittelbar legitimatorische Kraft bei ihrer Erklärung hat, für ihre Systematisierung aber wertvolle Dienste leistet.⁸

1. Hinsichtlich einer Beschützergarantenstellung gegenüber dem Mobbing-Opfer betont der Senat, dass eine solche zumindest nicht beim Angeklagten liege, da das Opfer gar nicht seiner Kolonne angehörte und daher innerhalb des Betriebes jedenfalls der Angeklagte keine Schutzpflichten hatte. So wichtig dies für den konkreten Fall ist, so wenig weiterführend sind diese Überlegungen für eine allgemeine Dogmatik der Geschäftsherrenhaftung,⁹ da hier die Zuordnung der Personalverantwortung für den „Gemobbten“ eben zufällig auch ganz anders sein kann. Ergänzend lässt sich aber wohl Folgendes festhalten:

a) Natürlich sind Mobbingkonstellationen denkbar, in denen – abweichend vom vorliegenden Fall – der unmittelbar Vorgesetzte des Opfers nicht einschreitet. Auch wäre denkbar, dass ab einer bestimmten übergeordneten Hierarchiestufe gleichsam eine Allzuständigkeit zum Schutz der Mitarbeiter im Betrieb besteht. In solchen Fällen wäre das pauschale Bestreiten jeder (Beschützer-) Garantenstellung kaum überzeugend. Um eine Strafbarkeit umgekehrt nicht unangemessen ausufern zu lassen, müsste die daraus erwachsende Pflicht aber wieder nach allgemeinen Regeln beschränkt werden. Denkbar wären hier – neben den allgemeinen Vorsatz- bzw. Fahrlässigkeitsanforderungen – etwa die Möglichkeit einer Delegation mit Verwandlung der Handlungs- in eine bloße Auswahl- und Überwachungspflicht oder die restriktive Auslegung der Garantenpflicht mit Beschränkung auf Fälle einer gewissen Intensität (welche freilich bei drohenden vorsätzlichen Körperverletzungen regelmäßig erreicht sein müsste).

b) Jenseits der Mobbing-Problematik dürfte außerdem Einigkeit darüber bestehen, dass wiederum ab einer bestimmten Hierarchiestufe jedenfalls eine Schutzpflicht zugunsten der Gesellschaft und insbesondere des Gesellschaftsvermögens besteht. Eine solche existiert unstreitig jedenfalls etwa im Bereich organschaftlicher Stellungen im Gesellschaftsrecht, wohl aber auch im Einzelfall (z.B. beim Prokuristen) schon unterhalb dieser Stellung. Damit ist freilich noch nicht entschieden, aus welchen Vorschriften diese Garantenstellung eine Strafbarkeit begründen kann. Denn die strafbarkeitsbegründende Reichweite der Garantenstellung ist immer auch durch

⁵ Vgl. aus der frühen obergerichtlichen Rspr. zum Stalking BGH NStZ 2010, 277 = HRRS 2010 Nr. 70 m. Anm. Kudlich JA 2010, 389 einerseits (klar strafwürdiger Fall, in dem aber auch andere Delikte verwirklicht sind) und OLG Rostock, Beschl. v. 27. 5. 2009 – 1 Ss 96/09 m. Anm. Jahn Jus 2010, 81 (weniger schwerwiegende Konstellationen, in welcher das OLG zu Recht die Erfüllung des Straftatbestandes verneint hat). Zum Merkmal der Beharrlichkeit OLG Zweibrücken NStZ-RR 2010, 145.

⁶ Eine Zuordnung zur gebräuchlichen Hierarchieebenen im Bereich privater Unternehmen fällt hier nicht ganz leicht, da der Fall im Bereich der öffentlichen Verwaltung spielt. Nach der vielfach aufgegriffenen und besprochenen Leitentscheidung im Berliner Stadtreinigungsfall (BGHSt 54, 44 = HRRS 2009 Nr. 718) liegt damit ironischerweise eine weitere wichtige Entscheidung zur Geschäftsherrenhaftung vor, die Ihren Ausgangspunkt gerade im Öffentlichen Dienst hat.

⁷ Dies dürfte unstreitig sein. Vgl. nur aus neuerer Zeit Schneider/Gottschaldt ZIS 2011, 573, 574; Spring GA 2010, 222, 222; Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 982; Mosbacher/Dierlamm NStZ 2010, 268, 269; Berndt StV 2009, 689, 690; Schall, Rudolphi-FS (2004), S. 267 ff.; Müller-Gugenberger/Bieneck/Schmid, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. (2011), § 30 Rn. 112 ff.; Kudlich/Oğlakcıoğlu, Wirtschaftsstrafrecht (2011), Rn. 112, 247 ff.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3. Aufl. (2011), Rn. 181 f.; Rotsch in Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. (2012), 4. Kap. Rn. 28 ff.

⁸ Vgl. Satzger/Schmitt/Widmaier/Kudlich, StGB (2009), § 13 Rn. 16.

⁹ Um nicht missverstanden zu werden: Dies ist dem Senat nicht anzulasten, sondern er hat sich ganz zu Recht auf die Prüfung der konkreten Situation beschränkt; nur kann eben daraus für anders gelagerte Fälle kein „Honig gesaugt“ werden.

ihren Schutzzweck begrenzt.¹⁰ Soweit die Garantenpflicht sich auf den Schutz gerade dieser Güter beschränkt, kann sie auch nur zur Strafbarkeit aus solchen Delikten führen, welche diese Güter betreffen.

Exemplarisch: Wenn eine Beschützergarantenstellung zum Schutz des Gesellschaftsvermögens angenommen werden kann, so kann diese keine Unterlassungsstrafbarkeit wegen einer Körperverletzung (Produkthaftung) oder eines Betruges zum Nachteil Außenstehender begründen. Dies gilt nicht einmal dann, wenn – im Einzelfall durchaus vorstellbar – ein reflexhafter Schutz auch für das Gesellschaftsvermögen als Haftungsmasse besteht, weil Körperverletzung oder Betrügereien im Außenverhältnis Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaft begründen können. Ob hier im Einzelfall etwa eine Untreue angenommen werden kann, mag offenbleiben; eine auf das Gesellschaftsvermögen bezogene Garantenpflicht kann aber nicht zu einer Unterlassungsstrafbarkeit wegen Straftaten aus dem Betrieb heraus zum Nachteil Dritter führen.

Derartige Überlegungen liegen zwar erst einmal außerhalb des hier besprochenen Falles. Man wird die zutreffende Einordnung durch den Senat aber als ein „Erst-Recht-Argument“ heranziehen können: Wenn das Fehlen spezifischer Schutzpflichten gegenüber Personen innerhalb des Betriebes schon dazu führt, dass eine Garantenpflicht (mit Bezug auf Straftaten gegen diese Personen) ausscheidet, so muss dies erst recht beim Fehlen spezifischer Schutzpflichten zugunsten außenstehender Personen der Fall sein.

2. Interessanter für die allgemeine Frage einer Geschäftsherrenhaftung auch in anderen Deliktsbereichen sind die Überlegungen, mit denen der Senat auch eine Überwachergarantenstellung für die unmittelbar Handelnden (S, K und B) ablehnt:

a) Ausgangspunkt ist dabei, dass grundsätzlich die Möglichkeit einer solchen Geschäftsherrenhaftung für das Handeln von Mitarbeitern durchaus existiert. Für diesen Standpunkt werden auch Rechtsprechung und Literatur im großen Umfang zitiert. Dieser scheinbar „unstreitig gestellte“ Ausgangspunkt ist deshalb interessant, weil dogmatisch auch die Möglichkeit einer Überwachergarantenstellung keinesfalls evident bzw. trivial ist. Letztlich handelt es sich um Überwachungspflichten über die „Gefahrenquelle Mensch“, bei der immer auch der Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit des Handelnden zu betonen ist,¹¹ soweit nicht ein Zurechnungsgrund

(insbesondere nach §§ 25-27 StGB) vorliegt. Ebenso, wie z.B. der Besitz einer Wohnung etwas völlig Sozialadäquates ist und daher eine Garantenstellung des Wohnungsinhabers von der neueren Rechtsprechung zutreffend nur noch (und auch dann nur deliktspezifisch) angenommen wird, wenn die Wohnung durch ihre spezielle Gestaltung für die Durchführung bestimmter Straftaten auf besondere Weise geeignet erscheint,¹² ist auch die Führung eines Betriebes mit menschlichen Mitarbeitern ein normaler Vorgang, weshalb eine Garantenpflicht nur für besondere, gleichsam das allgemeine Lebensrisiko übersteigende Gefährdungspotentiale bei diesen Mitarbeitern angenommen werden sollte.

Diese Gefährdungspotentiale können entweder in der Natur der Mitarbeiter liegen¹³ oder aber aus der speziell durchgeführten Tätigkeit erwachsen. Da die Gefährlichkeit der Mitarbeiter als Person einen (seltenen und pathologischen) Sonderfall darstellen wird, ist also eine am Schutzzweck der betrieblichen Aufsichtspflicht orientierte besondere Gefährlichkeit des Verhaltens erforderlich. Diese wird vom BGH in Übereinstimmung mit einer verbreiteten Auffassung als „Betriebsbezogenheit“ der Tat interpretiert, wobei auf die dem „betriebsorientierten Tätigkeitsfeld seiner Mitarbeiter spezifisch anhaftende(n) Gefahren“ abgestellt wird.

b) Dass mithin die generellen Anforderungen an eine Überwachergarantenstellung für betriebliche Mitarbeiter durchaus relativ „hochgehängt“ werden, ist ohne weiteres überzeugend. Dass sie auf der Grundlage seiner eigenen Obersätze vom Senat dann *in concreto* aber sogar so eng verstanden werden, dass nicht einmal systematische und wiederkehrende Verletzungen eines anderen Mitarbeiters im Betrieb darunter gefasst werden, erscheint als zumindest „großzügig“.¹⁴ Liest man die Begründung dafür, warum der Senat im vorliegenden Fall eine Garantenstellung nicht begründen möchte, so müsste man im Umkehrschluss formulieren, dass er eine solche Überwachergarantenstellung nur annehmen möchte, wenn

- die Schädigung des anderen Mitarbeiters gleichsam Teil einer „Firmenpolitik“ ist (was theoretisch vorstellbar ist,¹⁵ aber wohl nur selten vorliegen wird),

sen in der Rechtsprechungspraxis auf eine „strenge Gehilfentheorie“ hinausläuft, vgl. hierzu auch Fn. 17.

¹² Vgl. BGHSt 30, 391, 395 f.; BGH StV 1993, 28; anders etwa noch BGHSt 27, 10, 12 f. und BGH NJW 1953, 591; zum Ganzen auch SSW/Kudlich (Fn. 8), § 13 Rn. 29.

¹³ Zu den Voraussetzungen, wann bei einer Betreuung eine Überwachergarantenstellung zur Verhinderung von Straftaten des Betreuten nach § 1901 BGB entstehen kann, vgl. OLG Celle NJW 2008, 1012.

¹⁴ Unbedingt überraschend ist das aber bei nochmaligem Vergleich mit der „Gefahrenquelle“ Wohnung nicht. Die „Verlies-Rechtsprechung“ lässt hier auch keinen nennenswerten Anwendungsbereich mehr offen.

¹⁵ Das Kriterium der „Firmenpolitik“ eines bestimmten Verhaltens wird hier also für die Begründung einer Geschäftsherrenhaftung herangezogen; in anderem Kontext wird es bekanntlich auch als ein Kriterium für die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen *de lege ferenda* angeführt.

¹⁰ Vgl. allgemein SSW/Kudlich (Fn. 8), § 13 Rn. 15; exemplarisch für den Fall der Ingerenz BGH NSStZ-RR 2009, 366 = HRRS 2009 Nr. 810 m. Anm. Kudlich JA 2010, 151.

¹¹ In diesem Sinne etwa auch Otto, Jura 1998, 409, 413; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen (1995), S. 116 f.; vgl. allgemein auch die zurückhaltende Einschätzung einer Verantwortlichkeit für „Gefahrenquelle Mensch“ (im Kontext etwa von Ehegatten) bei SSW/Kudlich (Fn. 6), § 13 Rn. 19, Kühl AT, 6. Aufl. (2008), § 18 Rn. 60; Otto, FS-Herzberg, 2008, S. 255, 260 f. Dies dürfte auch der Grund dafür sein, warum die Gerichte in derartigen Fällen relativ schnell zur Beihilfe als Beteiligungsform tendieren und die Beteiligung durch Unterlas-

- der Geschäftsherr seinen Mitarbeitern die Verletzung des anderen Mitarbeiters aufgetragen hat (was schon zu einer Verantwortung als Anstifter nach § 26 StGB führen würde, welcher sogar zu einer weiter reichenden Verantwortung führt, da es an der fakultativen Strafmilderung nach § 13 II i.V.m. § 49 I StGB fehlen würde) oder
- der deliktisch handelnde Mitarbeiter besondere Machtbefugnisse zur Durchführung der Tat hat, wobei gerade bei Realhandlung wie Körperverletzungen die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit wohl ausreichen müsste, da die rechtliche Befugnis zur Begehung von Straftaten ohnehin nicht bestehen kann.

Mithin sind die vom Senat konkret genannten Kriterien so eng (bzw. werden im vorliegenden Fall so eng interpretiert), dass die Figur einer eigenständigen, nach Unterlassungsgrundsätzen konstruierten Geschäftsherrenhaftung fast gegenstandslos zu werden droht. Dies umso mehr, wenn der Senat noch einmal betont, dass allein die dauerhafte und regelmäßige Begehung während der Arbeitszeit und gegenüber einem dadurch in besonderer Weise anfälligen (und vor allem im Vergleich zu einem Außenstehenden oft viel anfälligeren) Opfer nicht ausreichen soll. Ohne dieses Ergebnis, das sich mit Blick auf den Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit durchaus hören lässt, kritisieren zu wollen, muss man auch feststellen, dass in manch anderem Fall, in dem eine Geschäftsherrenhaftung diskutiert wird,¹⁶ ein „Betriebsbezug“ jedenfalls nicht stärker ausgeprägt ist.

Um nicht missverstanden zu werden: Die Feststellung, dass die Voraussetzungen sehr (vielleicht sogar ein wenig zu) restriktiv gehandhabt werden, soll nicht einer Ausweitung der Strafbarkeit das Wort reden. Diese kann freilich auch an ganz anderen Gründen scheitern: Je nach konkreter Situation wird etwa eine Vorsatzstrafbarkeit häufig schon beim subjektiven Tatbestand und auch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit möglicherweise an der mangelnden Vorhersehbarkeit oder an einer (jedenfalls im Verhältnis zum Geschäftsherren) eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfers etc. scheitern. Man muss sich nur der Tatsache bewusst sein, dass die Ablehnung einer Garantenstellung dazu führt, dass auch eine Untätigkeit sehenden Auges und in sicherer Vorhersicht entsprechender Übergriffe jedenfalls mit Blick auf eine un-

¹⁶ Und zwar einschließlich der BGHSt 54, 44 = HRRS 2009, 718 zu Grunde liegenden Konstellation im Fall Berliner Stadtreinigung.

echte Unterlassungsstrafbarkeit bedeutungslos bleiben kann (soweit nicht – in Mobbing-Fällen gut vorstellbar, bei Schädigungen Außenstehender dagegen sicher nur selten der Fall – Beschützergarantenpflichten eingreifen, vgl. o. 2.).

3. Fast schon ein wenig wie der Ausfluss eines schlechten Gewissens wirkt es da, wenn der Senat jedenfalls auf die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung nach § 323c StGB hinweist. Diese muss hier nicht vertieft werden, da sie für andere denkbare Fälle eine Geschäftsherrenhaftung zumindest nicht unbedingt typisch ist.¹⁷ Ähnliches gilt für die Frage, ob – bei einem anderen Ergebnis zur Garantenstellung – eine Beihilfe oder eine täterschaftliche Begehung durch Unterlassen vorliegen würden. Diese Frage stellt sich zwar in Fällen der möglichen Geschäftsherrenhaftung praktisch immer, da sie eben dem Zusammentreffen von unterlassendem Garanten und aktiv handelndem Täter innewohnt. Gerade deshalb ist sie aber auch kein spezifisches Problem der Geschäftsherrenhaftung.¹⁸

III.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Der Senat setzt sich in einer phänomenologisch vielleicht nicht untypischen, in der allgemeinen Diskussion bisher aber durchaus nicht oft behandelnden Konstellation (Mobbing) mit Fragen auseinander, die man unter dem Obergriff der Geschäftsherrenhaftung diskutieren kann. Eine Beschützergarantenstellung wird mit Blick auf die Spezifika des konkreten Falles überzeugend abgelehnt. Auch die restriktive Handhabung einer Überwachergarantenpflicht kann durchaus überzeugen, müsste jedoch bei einer konsequenten Fortführung der hier angelegten Maßstäbe auf andere Konstellationen dazu führen, dass für eine Geschäftsherrenhaftung qua unechtem Unterlassungsdelikt kein großer Anwendungsbereich verbleibt.

¹⁷ Nur am Rande sei erwähnt: Ob § 323c StGB in Mobbing-Fällen „strukturell“ passt, mag man ebenfalls bezweifeln. Die Vorschrift ist auf akute „Unglücksfälle“ zugeschnitten. Mag man das dauerhafte Mobben zwar noch dem Wortlaut des „Unglücksfalls“ subsumieren können („... das Opfer hat halt Pech gehabt ...“), so fällt es dennoch schwer, § 323c StGB auf dauerdeliktsähnliche, psychische Übergriffe anzuwenden.

¹⁸ Allgemein zu diesem Abgrenzungsproblem und zur Vorzugswürdigkeit der „Gehilfenlösung“ vgl. von Heintschel-Heinegg/Kudlich, StGB (2010), § 25 Rn. 17.2.

Sicherungserpressung oder räuberischer Betrug

Besprechung von BGH 3 StR 318/10 – Beschl. vom 26. Mai 2011 = HRRS 2011 Nr. 770

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Universität Potsdam

1. Kurze Entscheidungskritik

Der BGH nennt die Tat „Sicherungserpressung“, verneint aber zugleich eine Strafbarkeit wegen (schwerer räuberischer) Erpressung. Es fehle an einem Vermögensnachteil, der Ergebnis einer das Opfer nötigenden Gewaltausübung oder Drohung durch den Täter ist. Denn den Vermögensnachteil habe der Geschädigte bereits vor der gegen ihn verübten Gewalt erlitten. Keine klare Stellung nimmt der BGH zu der Frage, ob die Lage des Geschädigten nach der Gewaltausübung vielleicht ein Vermögensnachteil ist, der vor dieser Gewaltausübung noch nicht vorlag. Die Bemerkung, die Gewaltanwendung habe die Vermögenssituation des Geschädigten nicht beeinflusst und dem Verzicht auf Geltendmachung von „(Rück-)Forderungsansprüchen“ komme „keine eigenständige Bedeutung“ zu, soll wohl besagen, dass die Gewalt keine Verschlechterung der Vermögenssituation des Geschädigten, also keinen neuen Vermögensnachteil, bewirkt habe. Einfacher und dogmatisch präziser kann man das auch so ausdrücken, dass durch den Sachverhalt, um dessen strafrechtliche Beurteilung es geht, das objektive Tatbestandsmerkmal „Vermögensschaden“ nicht erfüllt worden ist.¹ Unverständlich ist vor diesem Hintergrund jedoch, dass nach Ansicht des BGH eine räuberische Erpressung in Betracht gekommen wäre, „wenn die – von vornherein beabsichtigte – Gewalt unmittelbar nach der Täuschung eingesetzt worden wäre, um das Opfer zu nötigen, die Schädigung des Vermögens endgültig hinzunehmen.“ Sogar grob falsch wird die Begründung des Beschlusses im folgenden Satz, wo der Senat darauf abstellt, dass der Angeklagte den Gewaltanwendungswillen nicht bereits bei Vorspiegelung seines Zahlungswillens bzw. vor Beginn der geplanten Wegfahrt gehabt habe. Nicht der Zeitpunkt des Nötigungswillens, sondern der Zeitpunkt des Vollzugs der Nötigungshandlung ist entscheidend, soweit es um die Erfüllung des objektiven Erpressungstatbestandes geht. Eine von Anfang an vorhandene Gewaltanwendungsabsicht vermag das Fehlen eines Kausalzusammenhangs zwischen Gewalt und Vermögensschaden nicht zu überbrücken, wenn die Absicht erst nach Eintritt des Vermögensschadens in die Tat umgesetzt, also die Gewalt erst im Anschluss an die Vermögens-

schädigung zur Sicherung des erlangten Vorteils verübt wird. Die Tat ist dann eben nicht – wie der BGH schwammig formuliert – „von Anfang an durch nötigende Elemente geprägt“. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes erforderlich sind nicht „nötigende Elemente“, sondern ist eine nötigende Handlung des Täters und ein dadurch verursachter Vermögensschaden des Opfers. Als Anhänger der herrschenden Literaturmeinung müsste man zudem noch verlangen, dass der Zusammenhang zwischen Nötigung und Vermögensschaden durch eine Vermögensverfügung des genötigten Opfers hergestellt worden ist.²

2. Behandlung des Themas in der Literatur

An der „verwirrenden“³ und nicht zufriedenstellenden Behandlung⁴ von Fällen wie dem vorliegenden ist aber nicht nur die teils widersprüchliche Rechtsprechung schuld, sondern auch die Literatur, die als Strafflosigkeitsgrund den Gesichtspunkt der „mitbestraften Nachtat“ in den Vordergrund stellt⁵ oder als Begründungsalternative vorschlägt⁶. Erläuterungen zur „Sicherungserpressung“ oder zum „Sicherungsbetrug“ stehen in Lehrbüchern und Kommentaren üblicherweise im Abschnitt „Konkurrenzen“⁷. In den Kommentierungen der §§ 52 ff

² Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 13. Aufl. (2011), § 11 Rdn 25; Schröder MDR 1950, 398, 400.

³ Rengier, (Fn. 2), § 11 Rdn. 55.

⁴ Sickor GA 2007, 590.

⁵ Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. (2009), § 18 Rdn 23.

⁶ So Rengier, (Fn. 2), § 11 Rdn 54, nach dem „die Erpressung zumindest als mitbestrafte Nachtat“ einzustufen sei.

⁷ Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. (2009), § 20 Rdn 144; Eisele, Strafrecht Besonderer Teil II (2009), Rdn 623; Habetha, in: AnwaltKommentar zum StGB (2011), § 252 Rdn 19; B. Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO, § 17 Rdn 40; § 18 Rdn 23; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil 1, 10. Aufl. (2010), § 41 Rdn 157; § 42 Rdn 50; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, StGB, 27. Aufl. (2010), § 253 Rdn 39; Schönke/Schröder/Cramer/Perron aaO § 263 Rdn 184; vgl. dagegen Habetha, in: AnwaltKommentar zum StGB aaO, § 253 Rdn 14: „An einem Vermögensschaden fehlt es regelmäßig in Fällen einer Sicherungserpressung“;

¹ So Krey/Hellmann, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, 15. Aufl. (2008), Rdn 395.

StGB werden Täuschungen oder Nötigungen zur Sicherung eines durch anderweitiges deliktisches Handeln zuvor bereits erlangten Vermögensvorteils als Beispiele für mitbestrafte und daher hinter dem ersten Delikt zurücktretende Nachtaten präsentiert.⁸ Dass die Nachtat vielleicht schon deshalb als Bestrafungsgrund ausscheidet, weil sie den Straftatbestand der Erpressung oder des Betruges nicht erfüllt, ist eine Überlegung, die zwar häufig angedeutet, aber letztlich nicht richtig „ernst genommen“⁹ wird.¹⁰ Es ist gewiss ein erheblicher Unterschied, ob eine Tat als Erpressung deshalb nicht strafbar ist, weil sie den Tatbestand der Erpressung nicht erfüllt oder weil sie als mitbestrafte Nachtat hinter einer Vortat zurücktritt. Im letzteren Fall erfüllt sie nämlich sämtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer Erpressung,¹¹ was z. B. die Möglichkeit einer strafbaren Teilnahme anderer an dieser Tat eröffnet oder die Geltung deutschen Strafrechts gem. §§ 3, 9 StGB begründet, wenn die Vortat im Ausland und nur die Nachtat auf deutschem Territorium begangen worden ist. Die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zwischen Vor- und Nachtat stellt sich hingegen überhaupt nicht, wenn die Nachtat den Erpressungs- oder Betrugstatbestand nicht erfüllt, weil sie keine Vermögensbeschädigung verursacht hat, die nicht schon infolge der Vortat eingetreten war.¹² Regelrecht perplex sind deshalb Formulierungen, die das Zurücktreten der Nachtat als „mitbestraft“ in einem Atemzug mit dem Fehlen eines neuen Vermögensschadens nennen und letzteres sogar als Grund für ersteres angeben: „Grundsätzlich ist das Abheben des Geldes von einem zuvor entwendeten Sparbuch als mitbestrafte Nachtat zum Diebstahl anzusehen, weil dieses Verhalten in der Regel nicht zu einer Erweiterung oder Vertiefung des durch das Eigentumsdelikt verursachten Schadens führt“¹³.

Unterscheiden sich die beiden Konstruktionen auch in der Bewertung der „zweiten Tat“ gewaltig, so scheint ihnen hinsichtlich der „ersten Tat“ – der Vortat – doch einheitlich dieselbe Prämisse vorangestellt zu werden: Die Vortat ist ihrerseits bereits ein strafbares Vermögensdelikt. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann die Nachtat als „mitbestrafte“ konsumiert werden, wobei zusätzlich noch die Einschränkung gemacht werden muss, dass nur eine von demselben Täter begangene

Vortat diesen Konsumtionseffekt auslösen kann.¹⁴ Und auch die Verneinung eines (neuen, vertieften) Vermögensschadens leuchtet ein, wenn der Verlust bereits durch ein vorangegangenes Verhalten des Täters verursacht worden ist. Aber schon der Umstand, dass es dabei nicht auf Identität des Vor- und Nachtäters ankommen kann, begründet Zweifel, die das Bemühen um gedanklichen Nachvollzug dieser Tatbestandslösung stören. Wieso soll die Bewertung der Vermögenssituation nach der Gewaltanwendung – als „Schaden“ oder „Nachteil“ – überhaupt davon abhängig sein, dass das Vermögen vor der Gewaltanwendung durch anderes *strafbares* Verhalten – desselben Täters (?) – geschmälert worden ist? Muss nicht allein entscheidend sein, dass die Vermögenslage eben schon vorher so war, wie sie nun nach der Tat – immer noch – ist, egal, wodurch dies ursprünglich verursacht worden ist? Hat nicht auch der Verkäufer die verkaufte Sache verloren, nachdem er sie vorleistend einem ehrlichen Käufer übergeben hat, bevor dieser den Kaufpreis entrichtet?¹⁵ Von einem „Vermögensschaden“ würde aber in einem solchen Fall wohl niemand sprechen, weil der Verlust der Sache durch den Anspruch auf Kaufpreiszahlung und die begründete Aussicht auf seine Erfüllung kompensiert wird. Erleidet jetzt also dieser Verkäufer nachträglich einen nötigungsbedingten Schaden, wenn er – aus welchem Grund auch immer – von dem Käufer die Rückgabe der Sache verlangt und der Käufer dies nicht nur verweigert, sondern den Verkäufer auch noch gewalttätig daran hindert, sich die Sache eigenhändig wieder zu verschaffen? Dass der Käufer ein Recht auf die Sache hat und deshalb keine rechtswidrige Bereicherung erstrebt sowie möglicherweise gerechtfertigte Notwehr übt, kann aus strafsystematischen Gründen die Erfüllung des objektiven Erpressungstatbestandes nicht verhindern. Dennoch erscheint es merkwürdig, dass der „ehrliche“ Käufer objektiv tatbestandsmäßig Erpressung begeht, während dasselbe Verhalten des von Anfang an betrügerisch agierenden Käufers bloß Nötigung sein soll. Oder wie verhält es sich mit dem Finder einer vom Eigentümer verlorenen Sache, der zur Rückgabe nur gegen Zahlung eines wucherischen „Finderlohns“ bereit ist und den Versuch des Eigentümers, sich die Sache eigenmächtig zurück zu holen, mit Gewalt unterbindet? Ist die Zufügung eines den Erpressungstatbestand erfüllenden Vermögensschadens damit zu begründen, dass der den Eigentümer bereits zuvor betroffene Verlust seiner Sache *nicht auf einer Straftat* (desselben Täters) beruht? Diese Begründung hätte die Konsequenz, dass der Finder keine Erpressung begehe, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden wäre und der Dieb sie weggeworfen oder seinerseits verloren hätte, bevor der Finder sie in Besitz nahm. Wieso der hohe Preis, den der Eigentümer für die Rückerlangung der ihm gehörenden Sache zahlen muss, in diesem Fall kein Vermögensschaden sein soll, entzieht sich einer einleuchtenden Begründung.

3. Erfüllung des Erpressungstatbestands

Eine dogmatisch saubere und widerspruchsfreie Beurteilung von Sachverhalten, die der Kategorie „Sicherungser-

ebenso Vogel, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 8, 12. Aufl. (2010), § 253 Rdn 25.

⁸ Fischer, StGB, 59. Aufl. (2012), vor § 52 Rdn 65; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 7), vor § 52 Rdn 129 ff.

⁹ So zutreffend Sickor GA 2007, 590, 596.

¹⁰ Kindhäuser, in: Nomos Kommentar zum StGB, 3. Aufl. (2010), § 263 Rdn 413: „Fraglich ist allerdings, wie überhaupt der Tatbestand des Betruges erfüllt sein soll, wenn die Täuschung keinen neuen Schaden bedingt“.

¹¹ So – in Bezug auf Sicherungsbetrug – Arzt (Fn. 7), § 20 Rdn 144.

¹² Hillenkamp JuS 1997, 217, 220; Schröder MDR 1950, 398; Sickor GA 2007, 590, 596.

¹³ BGH NStZ 1993, 591; ähnlich BGH GA 1957, 409, 410; 1961, 83; BGH StV 1992, 272; BGH wistra 1999, 108; richtig BGH wistra 1992, 342, 344. Vgl. auch Herffs wistra 2006, 63, 65: „Die Betrugshandlung ... verursacht keinen neuen selbständigen Schaden, ist also mitbestrafte Nachtat“ (Hervorh. W. M.).

¹⁴ Schröder SJZ 1950, 94, 99.

¹⁵ Schröder SJZ 1950, 94, 95.

pressung“ – für den „Sicherungsbetrug“ gilt entsprechendes – zugehören, muss also zunächst klären, ob die vorteilssichernde Nötigung¹⁶ die Strafbarkeitsvoraussetzungen der (räuberischen) Erpressung (§§ 253, 255 StGB) erfüllt oder nicht. Nur wenn die Antwort „ja“ lautet, ist anschließend die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zur vorangegangenen vermögensschädigenden Tat zu erörtern. Das Thema „mitbestrafte Nachtat“ wird also gar nicht berührt, wenn sich bereits auf der ersten Prüfungsstufe herausstellt, dass die Sicherungstat den objektiven Tatbestand der Erpressung nicht erfüllt. Das einzige objektive Tatbestandsmerkmal, dessen Erfüllung fraglich ist, ist der Vermögensschaden, in der Terminologie des StGB der dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen zugefügte „Nachteil“. Das Problem besteht aber nicht darin, dass das Vermögen des Betroffenen überhaupt keine nachteilige Veränderung erfahren hat, sondern vielmehr darin, dass diese bereits vor der Tat – genauer: vor der Nötigung – auf Grund anderer Ursachen entstanden war. Der Effekt der (Sicherungs-)Nötigung ist insoweit nicht die Herbeiführung der Vermögensverschlechterung, sondern deren Aufrechterhaltung bzw. Verhinderung einer den Verlust wieder ausgleichenden Vermögensmehrung.¹⁷ An der Argumentation des BGH in dem vorliegend besprochenen Beschluss ist daher vollkommen richtig die Bemerkung, dass der Verlust des Lenkgetriebes den Geschädigten schon vor der Gewaltanwendung seitens des Angeklagten getroffen hatte. Diesen Vermögensnachteil hat also nicht die Nötigungshandlung herbeigeführt,¹⁸ weshalb auf die Tatsache, dass das Lenkgetriebe nach der Nötigungshandlung faktisch dem Vermögen des Geschädigten nicht (mehr) angehörte, die Erfüllung des Erpressungstatbestandes nicht gestützt werden kann.

Jedoch berücksichtigt diese Argumentation nicht, dass ein nötigungsbedingter Vermögensnachteil des Geschädigten möglicherweise durch geringfügige Veränderung des Blickwinkels begründet werden könnte. Als Objekt eines solchen Nachteils könnte zum einen der Anspruch bzw. die Aussicht auf Rückerlangung der Sache – hier des Lenkgetriebes – und zum anderen der Anspruch bzw. die Aussicht auf die Gegenleistung – hier Zahlung der 100 Euro – in Betracht kommen.¹⁹ Dass Forderungen auf vermögenswerte Güter ihrerseits Vermögensgutqualität haben, steht außer Zweifel. In Rechtsprechung und Literatur wird sogar über – auf Grund §§ 134, 138 BGB – „nichtige Forderungen“ als Gegenstand von Betrug diskutiert.²⁰ Der Geschädigte hätte hier aus § 985 BGB und § 812 Abs. 1 BGB gegen den Angeklagten einen Anspruch auf Rückgabe des Lenkgetriebes, wenn er sich um dessen Rückerlangung bemüht und damit konkludent die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) erklärt hätte. Die Voraussetzungen eines solchen Anfechtungsrechts hat der Angeklagte durch sein betrügerisches Verhalten geschaffen. Einen Anspruch auf Zahlung von 100 Euro hatte der Geschädigte auf Grund

der Vereinbarung mit dem Angeklagten hinsichtlich der Überlassung des Lenkgetriebes. Im Folgenden wird der Anspruch auf Rückgabe des Lenkgetriebes in die Erörterungen einbezogen, auch wenn es dem Geschädigten allein auf die Zahlung der 100 Euro angekommen sein mag. Die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ ließe sich in Bezug auf diese beiden Ansprüche ganz einfach begründen, wenn diese nach der Gewaltanwendung des Angeklagten nicht mehr existierten. Aber so verhält es sich selbstverständlich nicht. Den Anspruch auf Zahlung der 100 Euro hat bzw. den Anspruch auf Rückgabe des Lenkgetriebes hätte – wenn er angefochten hätte – der Geschädigte auch nach der Gewalttätigkeit des Angeklagten. Insoweit ist er nicht ärmer geworden und hat er keine Vermögenseinbuße erlitten.²¹

Also kann ein Vermögensschaden nur noch damit begründet werden, dass infolge der Gewalttätigkeit des Angeklagten die tatsächliche Aussicht des Geschädigten auf Erlangung der 100 Euro oder des Lenkgetriebes vernichtet oder zumindest erheblich verschlechtert wurde.²² Der BGH stellt dazu fest, dass die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung nicht beeinträchtigt worden sei. Das ist gewiss zutreffend, aber als Begründung für die Verneinung eines Erpressungsschadens nicht ausreichend. Der Geschädigte hatte gegen den Angeklagten einen Anspruch auf sofortige Zahlung der 100 Euro bzw. – nach der Anfechtung – auf sofortige Rückgabe des Lenkgetriebes. Diesen Anspruch wollte er durchsetzen, woran er durch die Gewalttätigkeit des Angeklagten gehindert wurde. Ohne diese Gewalttätigkeit hätte der Geschädigte sich das Lenkgetriebe einfach nehmen können und wäre dann wieder im Besitz dieser Sache. Den Wert des Gesamtvermögens würde das Haben des Lenkgetriebes sicher günstiger beeinflussen als das Haben eines Anspruchs auf Rückgabe des Lenkgetriebes oder auf Zahlung der 100 Euro. Wenn nun der Geschädigte vor der Gewalttätigkeit des Angeklagten eine Aussicht auf Rückerlangung des Lenkgetriebes gehabt hätte, die der Angeklagte durch seine Gewalt zunichte gemacht hat, wäre eine nötigungsbedingte Verschlechterung der Vermögenslage nicht zu bezweifeln. Eine Aussicht auf freiwillige Zahlung der 100 Euro oder Rückgabe des Lenkgetriebes durch den Angeklagten hatte der Geschädigte allerdings nicht. Der Angeklagte war von Anfang an nicht bereit, die noch geschuldeten 100 Euro zu zahlen oder das Lenkgetriebe zurückzugeben. Die Gewalttätigkeit des Angeklagten hat somit allein die Chance des Geschädigten, durch eigenmächtigen Zugriff die Sachherrschaft über das Lenkgetriebe zurückzuerobern, vereitelt. Ob diese Chance ein Vermögensgut ist, welchen Wert sie hatte, bevor der Angeklagte gewalttätig wurde und ob dieser Wert geringer war, als vor der Gewalttätigkeit, hängt entscheidend davon ab, ob von dem Angeklagten ein chancenvereitelnder Widerstand zu erwarten war. Tatsächlich hat der Angeklagte die Rückeroberung des Lenkgetriebes durch den Geschädigten vereitelt. Das wäre ein Vermögensschädigungserfolg, wenn der Geschädigte vor der Gewaltanwendung bessere Aussichten auf Rückerlangung des Lenkgetriebes gehabt hätte. So verhielte es sich z. B., wenn der Geschädigte die

¹⁶ Beim Sicherungsbetrug: Täuschung.

¹⁷ Schröder MDR 1950, 398.

¹⁸ Hillenkamp JuS 1997, 217, 220; Kienapfel JR 1984, 388, 389; Seier NJW 1981, 2152, 2155.

¹⁹ Schröder MDR 1950, 398.

²⁰ Arzt (Fn. 7), § 20 Rdn 116.

²¹ Sickor GA 2007, 590, 595.

²² Seier NJW 1981, 2152, 2156.

Sache einem ohnehin rückgabebereiten oder physisch unterlegenen Dritten abnehmen wollte und der Täter dies durch gewaltsame Intervention unterbunden hätte. Hier aber stieß der Angeklagte auf einen von vornherein zahlungs- und rückgabeunwilligen, gewaltbereiten und physisch überlegenen Widersacher. Die Chance, sich gegen diesen Gegner mit körperlicher Gegengewalt durchzusetzen, war von Anfang an gering oder sogar gleich Null. Durch die praktizierte Gewalt des Angeklagten wurde lediglich bestätigt, dass der Geschädigte von vornherein keine Chance gehabt hat.²³ Die Vermögenslage des Geschädigten ist daher im Hinblick auf die Rückzahlungsaussicht nach der Gewalt des Angeklagten genauso schlecht wie sie zuvor schon war. Der Vermögensschaden, der nach der Gewaltanwendung vorlag, bestand in gleicher Qualität und Stärke schon vor der Gewaltanwendung²⁴. Die Gewalttätigkeit des Angeklagten hat also keinen Vermögensschaden verursacht, der objektive Tatbestand der Erpressung wurde nicht erfüllt.

Dieses Ergebnis verhindert im Übrigen eine Aufweichung der Exklusivität des § 252 StGB, der die gewaltsame Beutesicherung allein im unmittelbaren Anschluss an einen Diebstahl oder Raub als räuberisches Verbrechen bewertet, nicht dagegen im Anschluss an andere Vermögensdelikte wie z. B. Betrug.²⁵ Der „räuberische Betrug“ ist daher kein Fall der räuberischen Erpressung.²⁶

4. Nötigung

Der BGH beurteilt die vorteilssichernde Gewaltanwendung als strafbare Nötigung (§ 240 StGB). Diese Einschätzung findet sich auch in vielen Stellungnahmen in der Literatur, die Strafbarkeit aus §§ 253, 255 StGB entweder wegen Nichterfüllung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ oder wegen Zurücktretens als mitbestrafte Nachtat verneinen.²⁷ Ob diese Tatbewertung richtig ist, erscheint jedoch fraglich. Zwar ist an der Erfüllung des Nötigungstatbestandes nicht zu zweifeln, sofern man dem Aspekt, dass der Geschädigte durch die Gewalt möglicherweise nur an einer Handlung gehindert wird, die ihm das Recht ohnehin verbietet, auf Tatbestandsebene nicht berücksichtigt. Jedoch kommt der Rechtsanwender auf der Rechtswidrigkeitsebene nicht mehr daran vorbei zu prüfen, ob die Gewaltanwendung gerechtfertigt ist, weil sie der Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs diene. Die Nötigung wäre nicht „verwerflich“ (§ 240 Abs. 2 StGB), wenn sie durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt wäre.²⁸ Da der Geschädigte seinerseits Nötigungsmittel anwendete, um den Angeklagten zur Zahlung der 100 Euro zu bewegen, lag ein gegenwärtiger Angriff vor. Dieser wäre jedoch nicht rechtswidrig, wenn dem Geschädigten ein Rechtfertigungsgrund zur Seite stünde. Eine Rechtfertigung durch Notwehr (§ 32 StGB) scheitert daran, dass der in dem Betrug enthaltene Angriff auf das Vermögen nicht mehr gegenwärtig war²⁹ und die Zahlungsverweigerung kein Angriff (durch Unterlassen) ist.³⁰ Der einzige in Betracht kommende Rechtfertigungsgrund ist das Selbsthilferecht des § 229 BGB.³¹ Dessen Voraussetzungen liegen aber nicht vor. Der BGH hebt selbst hervor, dass die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung nicht einmal durch die Schläge des Angeklagten beeinträchtigt worden ist. Dann war diese Möglichkeit zuvor erst recht nicht gefährdet. Denn anders als in dem „Gänsebrust-Fall“³² waren hier dem Geschädigten die Personalien seines Schuldners bekannt. Man kann sich zwar denken, dass eine Klage des Geschädigten auf Zahlung der 100 Euro wenig Aussicht auf Erfolg hat, da die Parteien ihre Vereinbarung bzgl. Lenkgetriebe und 100 Euro mündlich getroffen haben. Aber zur Rettung aus Beweisnot ist das Selbsthilferecht nicht bestimmt.³³ Der Angeklagte wehrte sich also gegen einen gegenwärtigen Angriff, der nicht gerechtfertigt war. Allerdings könnte die Rechtswidrigkeit dieses Angriffs gem. § 240 Abs. 2 StGB ausgeschlossen sein. Denn obwohl die Selbsthilfeaktion des Geschädigten weder von § 32 StGB noch von § 229 BGB gedeckt ist, hat sie doch starke Notwehrrähnlichkeit. Hätte sich der Angeklagte das Lenkgetriebe nicht durch Betrug, sondern durch einen (Trick-)Diebstahl verschafft, wäre der Angriff auf das Eigentum des Geschädigten noch gegenwärtig und daher eine Rechtfertigung durch Notwehr möglich. Es ist schwer einzusehen, dass dies deswegen anders sein soll, weil der Angeklagte das Vermögen des Geschädigten nicht als Dieb, sondern als Betrüger attackierte. Jedenfalls ist die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB elastisch genug, um dem Geschädigten rechtmäßiges Verhalten bescheinigen zu können. Für die Beurteilung der Gewaltanwendung durch den Angeklagten hat dies zur Folge, dass eine Rechtfertigung durch Notwehr ausgeschlossen ist. Da der Angeklagte auf Grund seines Vorverhaltens in dem von ihm ausgelösten Konflikt mit dem Geschädigten die Pflicht zur Deeskalation und zum Nachgeben hatte, ist seine gewalttätige Reaktion als verwerflich iSd § 240 Abs. 2 StGB zu bewerten. Im Ergebnis wurde er also zu Recht wegen Nötigung verurteilt.

²³ Hillenkamp JuS 1997, 217, 220; Seier NJW 1981, 2152, 2156.

²⁴ Seier NJW 1981, 2152, 2157.

²⁵ Habetha, (Fn. 7), § 252 Rdn 19; § 253 Rdn 14; Kindhäuser, (Fn. 10), § 252 Rdn 32; § 253 Rdn 48.

²⁶ Kienapfel JR 1984, 388.

²⁷ Schröder MDR 1950, 398, 401.

²⁸ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 12. Aufl. (2011), § 23 Rdn 58.

²⁹ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. (2006), § 15 Rdn 28.

³⁰ Roxin (Fn. 29), § 15 Rdn 12.

³¹ Das an sich begründete Festnahmerecht (§ 127 Abs. 1 S. 1 StPO) übte der Geschädigte nicht aus, weil es ihm nur um „sein“ Geld und nicht darum ging, den Angeklagten der Strafverfolgungsbehörde zuzuführen.

³² BayObLG NStZ 1991, 133.

³³ Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2008), § 9 Rdn 4; Laubenthal JR 1991, 519, 520; Roxin (Fn. 29), § 17 Rdn 30.

Das Verhältnis von verweigerter Reihenuntersuchung nach § 81h StPO zur molekulargenetischen Untersuchung gemäß der §§ 81c, 81e StPO

Von Privatdozent und Rechtsanwalt Dr. Joachim Kretschmer, Berlin/Bremen

Tatort Hochschule: Während einer Party auf dem Gelände der Hochschule wird eine junge Frau, eine Studentin der Hochschule, auf der Mädchentoilette vergewaltigt. Das Opfer kann als einziges persönliches Merkmal des Täters dessen ungefähre Körpergröße mit 1,70 bis 1,90 m angeben. Es lassen sich Spermaspuren des Täters am Opfer sicherstellen. Die Tickets für die Party wurden namentlich verkauft und jeder namentlich bekannte Gast konnte eine Begleitung mitbringen. Auf diese Weise waren alle 450 männlichen Gäste namentlich bekannt – sei es als Käufer einer Karte oder als Begleitung. In das Größenraster passen 399 männliche Gäste.

Was werden die Strafverfolgungsorgane veranlassen, um die Tat aufzuklären? Stichwort: Molekulargenetische Untersuchung nach § 81e StPO. Zu § 81e StPO gelangt man über § 81a StPO – Beschuldigte – und § 81c Abs. 2 StPO – andere Personen als Beschuldigte. Auf diesem strafprozessualen Weg ist eine zwangsweise Anordnung und Durchführung einer molekulargenetischen Untersuchung möglich. Nach § 81h StPO ist eine DNA-Reihenuntersuchung auf freiwilliger Grundlage zulässig. Welchen Weg gehen kann man gehen, um den Spurenleger zu ermitteln? Die Frage ist, ob § 81h StPO eine Sperrwirkung für Maßnahmen nach den §§ 81a und § 81c StPO entfaltet. Schließt Freiwilligkeit möglichen Zwang aus?

1. § 81h StPO

Der Massengentest wurde mit § 81h StPO 2005 gesetzlich geregelt. Sind die Voraussetzungen für eine DNA¹-Reihenuntersuchung nach § 81h StPO erfüllt?

Absatz 1 regelt was gegen wen unter welchen Voraussetzungen angeordnet werden darf. Zusammen mit Absatz 2, in dem geregelt ist, wer die Maßnahme anordnen darf, sind diese vier „Ws“ die klassischen Voraussetzungen einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme: Wer darf was gegen wen unter welchen Voraussetzungen anordnen? In Absatz 3 findet sich die Regelung, wie die Maßnahme durchgeführt wird und was mit dem gewonnenen Erkenntnismaterial geschieht. Die Freiwilligkeit gewinnt

die DNA-Reihenuntersuchung durch Absatz 4: Die betroffenen Personen sind schriftlich darüber zu belehren, dass die Maßnahme nur mit ihrer Einwilligung durchgeführt werden darf.

Es gilt zum einen ein absoluter Richtervorbehalt nach § 81h Abs. 2 StPO und zum anderen nach § 81h Abs. 4 StPO das Prinzip der absoluten Freiwilligkeit. Eine ungewöhnliche und in der StPO einmalige Kombination.² Hintergrund ist, dass auch der freiwillige Massengentest eine funktionale Zwangswirkung beinhaltet. Diese doppelte Absicherung wird als Absurdität bezeichnet.³

Entscheidend für die freiwillige DNA-Reihenuntersuchung ist die Bestimmung des Täterprofils: „Personen, die bestimmte, auf den Täter vermutlich zutreffende Prüfungsmerkmale erfüllen“. Betroffen sind sog. Merkmalsträger: alle männlichen Gäste zwischen 1,70 und 1,90, die Gast auf der Party waren. Mit den Prüfungsmerkmalen sind Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände gemeint, die nach dem bisherigen Ermittlungsstand vermutlich auf den Tatbeteiligten zutreffen.⁴ Die Strafverfolgungsorgane, die Polizei, können im Rahmen konventioneller Ermittlungsarbeit ein Täterprofil erstellen, mit dem der Kreis der Merkmalsträger eingegrenzt werden kann. Die Merkmale müssen in ihrer Gesamtheit geeignet sein, die spezielle Gruppe der Betroffenen objektiv zu definieren. Das geschieht vor allem durch die Auswertung von Tatortspuren und durch Zeugenaussagen. Das Vergewaltigungsoffer kann Angaben zum Täter machen – Alter, Größe, Haar- oder Augenfarbe, Fahrzeugtyp. Der Personenkreis muss hinreichend deutlich abgegrenzt sein. Das ist bei geschlossenen Personenkreisen eher möglich als bei offenen Personenkreisen. Die Rede ist von sog. Schützenfestfällen oder Partykellerfällen als Beispiele für Ersteres.⁵ Als ein entgegen gesetztes Beispiel kann gelten: alle Männer zwischen 25 und 45 mit einer Körpergröße von 1,65 bis 1,85, die in der Zeit ab dem 1.9.2005 in Dresden und angrenzenden

² Siehe LR/Krause, Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. (2008), § 81h Rn 4; Saliger/Ademi JuS 2008, 193, 194.

³ So Rogall, FS F. C. Schroeder, 2006, S. 691, 711.

⁴ Siehe LR/Krause (Fn. 2), § 81h Rn 11; Saliger/Ademi JuS 2008, 193, 195.

⁵ So Saliger/Ademi JuS 2008, 193, 195.

¹ DNA = Desoxyribonucleinsäure – acid.

Gemeinden gemeldet waren.⁶ Betroffen waren über 100.000 Personen. Mit diesem Erfordernis eines Täterprofils wird deutlich, dass der Massengentest keine Standardmaßnahme ist, sondern Ausnahmecharakter hat und nicht am Anfang der Ermittlungsarbeit stehen darf und kann.

Beispiel⁷: „Am 24.8.2000 wurde die Leiche eines weiblichen Neugeborenen in zwei mit Steinen beschwerten Plastiktüten im Uferbereich des Rhein-Main-Donau-Kanals im Gemeindebereich Essing aufgefunden. Nach dem Obduktionsbefund ist nicht sicher feststellbar, ob das Kind nach der Geburt gelebt hatte. Als mögliche fremd verschuldete Todesursache kommt Erstickten oder Ertrinken in Betracht. Nachdem die kriminalpolizeilichen Ermittlungen nach der Herkunft des Neugeborenen und seiner Mutter erfolglos waren, führte die KPI Landshut im Einvernehmen mit der Staatsanwaltschaft Regensburg einen so genannten Massen-DNA-Test durch. Zielgruppe dieser Reihenuntersuchung waren etwa 1.500 Frauen, die zum Zeitpunkt des Leichenfundes in Essing und der näheren Umgebung gewohnt hatten und den Geburtsjahrgängen 1979 bis 1984 angehören. Von den heute noch im fraglichen Bereich wohnenden 1.300 Frauen dieser Altersgruppe hatten im Mai 2002 1.240 freiwillig eine Speichelprobe abgegeben. Die restlichen Personen konnten noch nicht erreicht werden oder hatten die Speichelprobe verweigert. Die Auswertung der erlangten Speichelproben war bislang erfolglos.“

Ein Beispiel für einen sehr ungewöhnlichen Weg, die Prüfungsmerkmale des Täterprofils zu bestimmen – kriminalistische Phantasie – zeigt folgendes Geschehen des LG Dortmund⁸: „Die Voraussetzungen des § 81h StPO sind gegeben: Es besteht nicht nur der begründete Verdacht eines vorsätzlichen Tötungsdelikts, sondern es liegen auch bestimmte, auf den benannten Täterkreis von 284 Frauen vermutlich zutreffende Prüfungskriterien vor. Dass die Prüfungskriterien lediglich aus einer Kombination bestimmter Wahrscheinlichkeitsbetrachtungen gefolgert werden (hier: nahe liegende Tötung des Neugeborenen durch die Kindsmutter, Durchschnittsalter von Müttern bei Tötung Neugeborener, Analyse des möglichen Lebensraums der Kindsmutter vor der Geburt auf Grund Isotopenuntersuchung, Ortskenntnisse der mutmaßlichen Täterin wegen der Auffindesituation der Leiche), hindert die Anwendung von § 81h StPO nicht. § 81h StPO verlangt nicht die Gewissheit, dass sich der mutmaßliche Täter unter den von der Maßnahme betroffenen Personen befindet, sondern es reicht für die Anordnung aus, dass sich die Untersuchung auf Personen bezieht, die auf den Täter vermutlich zutreffende Prüfungsmerkmale erfüllen.“

Eine Grenze bildet die Verhältnismäßigkeit. Diese rechtsstaatliche Schranke gilt für alle Zwangsmaßnahmen, seien sie präventiver oder repressiver Natur. § 81h StPO sagt, dass die Maßnahme insbesondere im Hinblick auf die Anzahl der von ihr betroffenen Personen nicht außer Verhältnis zur Schwere der Tat stehen darf. Fraglich ist,

ob es eine absolute Zahl der Betroffenen gibt, die einen Massengentest stets und in aller Regel unverhältnismäßig machen. Teilweise wird die Zahl 10.000,⁹ teilweise wird die Zahl 100.000¹⁰ genannt. Da stehen dann oft auch die finanziellen Kosten vor. Die individuelle molekulargenetische Untersuchung kostet etwa 200 Euro.¹¹

Beispiel: Im Fall „Mirco“ wurde am Tatort ein VW Passat gesehen. Man konnte mittels Faserspuren Baureihe und Ausstattungsvariante bestimmen. Einschlägig waren 155.000 Fahrzeuge, von denen zur Tatzeit etwa 105.000 in Deutschland zugelassen waren.

Zurück zu unserem Eingangsbeispiel: So sind die Voraussetzungen des § 81h StPO vorliegend erfüllt und der Weg des § 81h StPO ist möglich, indem alle 399 männlichen Gäste auf der Basis einer gerichtlichen Anordnung um ihre freiwillige Mitwirkung gebeten werden. Und: Machen Sie mit? Oder haben Sie was zu verbergen? Maßnahmen nach § 81h StPO dürfen nur durchgeführt werden, wenn der Merkmalsträger einwilligt. Da dieser kein Verdächtiger ist, stellt § 81h Abs. 4 StPO hohe Anforderungen an die Einwilligung. Und was ist mit den 20 Studenten, die „nein“ sagen? Wer sich weigert, wird automatisch zum Beschuldigten? Kann man diese nach § 81a oder § 81c Abs. 2 StPO zur Abgabe einer Speichel- oder Blutprobe zwingen, um dann nach § 81e StPO eine molekulargenetische Untersuchung durchzuführen? Wer freiwillig nicht mitmacht, dem droht eben Zwang. Sie erkennen den Widerspruch?!

2. § 81a StPO

Sind nicht vielleicht bereits alle 399 Merkmalsträger Beschuldigte nach § 81a StPO, so dass es auf die Freiwilligkeit gar nicht ankommt? Für den Beschuldigtenstatus bedarf es des Tatverdachts und zudem der Inculpation durch die Strafverfolgungsorgane. Diese kann in der Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens liegen, aber auch schlüssig in dem Verhalten der Strafverfolgungsorgane. Als ein konkludenter Akt kommen die Art und Weise einer Vernehmung in Betracht, aber auch die Anordnung einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme wie § 81a StPO. Der Tatverdacht muss aber ein gewisses Maß an Konkretisierung erreicht haben, so dass sich der Kreis der Beschuldigten nicht uferlos weit auf eine Vielzahl von Betroffenen erstreckt. Der Unterschied: § 81a StPO bezweckt, einen vorhandenen Tatverdacht gegen den Beschuldigten zu bestätigen oder aber zu widerlegen (§ 160 Abs. 2 StPO). Es liegt daher bereits ein personalisierter Tatverdacht vor. Dagegen liegt bei § 81h StPO nur ein situativer Tatverdacht vor, der durch die freiwillige DNA-Reihenuntersuchung personalisiert werden soll. Sind bereits die 399 Männer als Merkmalsträger Beschuldigte oder erst die übrig gebliebenen 20 Studenten, die nicht bereit sind, an der DNA-Reihenuntersuchung mitzuwirken?

⁶ Davon berichten *Saliger/Ademi* JuS 2008, 193, 195.

⁷ LG Regensburg StraFo 2003, 127

⁸ LG Dortmund NSTZ 2008, 175.

⁹ So *Meyer-Goßner*, 54. Aufl. (2011), § 81h Rn 5.

¹⁰ So *Saliger/Ademi* JuS 2008, 193, 196.

¹¹ Nach Handbuch für den Staatsanwalt/*Siebenbürger*, 3. Aufl. (2007), S. 99.

Die 399: Es ist möglich, dass mehrere Personen Beschuldigte sind, die sich gegenseitig als Täter ausschließen. Bei einem Reihengentest liegen nur wenige Prüfungsmerkmale vor, so dass der Kreis der Betroffenen noch relativ groß und unspezifisch bestimmt ist. Stehen die 399 allein daher unter Tatverdacht, weil sie Männer sind und weil sie zu Gast auf der Hochschulparty waren? Lassen sich durch diese allgemeinen Prüfungsmerkmale ein konkreter Tatverdacht und so der Beschuldigtenstatus begründen? Lediglich allgemeine Merkmale bei den betreffenden Personen lassen einen Beschuldigtenstatus nicht zu, wenn der Kreis der betroffenen Personen noch unüberschaubar ist. Es gibt keine genaue Zahl und Grenze, wie viele Personen gleichzeitig Beschuldigte sein können.¹² Das ist abhängig vom Einzelfall. Das überrascht nicht. Der Schwellenwert liegt teilweise bei 10 Merkmalsträgern, anderen nennen die Zahl 100 und bei einer relativ großen Zahl – 750 – von Merkmalsträgern soll Zurückhaltung geübt werden.¹³

Die 20: Anders und leichter mag die rechtliche Situation bezogen auf die übrigen 20 Männer sein. Aber: Allein aus der Tatsache, dass sie eine freiwillige Mitwirkung an der DNA-Reihenuntersuchung ablehnen, kann und darf nicht auf den Tatverdacht geschlossen werden.¹⁴ Das ist absoluter Kernsatz. Die Teilnahmeverweigerung ist tatverdachtsneutral. Bei allem sozialen und moralischen Druck darf es keinen rechtlichen Druck geben. Wer von ihm zustehenden Rechten Gebrauch macht, darf dadurch keine rechtlichen Nachteile erleiden. Ansonsten bliebe nichts von der Freiwilligkeit übrig. Es folgt noch ein aber: Der Tatverdacht kann sich jedoch aus anderen – externen – Umständen ergeben. Es bedarf einer Neubewertung der Verdachtslage nach Auswertung des durchgeführten Massengentests. Zu denken ist an das Aussageverhalten bei einer Vernehmung, wohl noch einer Zeugenvernehmung in diesem Stadium, oder an ein zweifelhaftes Alibi. Die Möglichkeit der Tatbegehung lässt sich bei einem geschlossenen Kreis von Personen auch daraus schließen, dass nach einer durchgeführten Reihenuntersuchung mit negativem Ausgang an den 379 freiwilligen Probanden der Tatverdacht sich aus der spezifischen Tatortbeziehung auf die übrigen 20 Männer konkretisiert, da nur diese es gewesen sein können: Merkmalsträger und Tatortnähe.¹⁵ Andere sehen bei geschlossenen Fällen auf Grund der spezifischen Tatortkonstellation alle Betroffene als Beschuldigte an.¹⁶

Dazu abschließend der BGH:¹⁷ „Die freie richterliche Beweiswürdigung (§ 261 StPO) findet ihre Grenzen in dem „nemo tenetur“ Grundsatz, wonach der Beschuldig-

te im Strafverfahren nicht verpflichtet ist, aktiv die Sachaufklärung zu fördern. Die Verweigerung der Probe darf auch nicht als belastendes Beweiszeichen gewertet werden.“ Und weiter heißt es: „Ob es hingegen im Ermittlungsverfahren einen Tatverdacht i.S. der Anordnungsvoraussetzungen für die Entnahme einer Speichelprobe verstärken kann, wenn es aus der Menge nach abstrakten Grundsätzen Tatverdächtiger (z.B. die männliche Bevölkerung eines Dorfes zwischen 14 und 45 Jahren) sich ein kleiner Teil zu einer freiwilligen Speichelprobe nicht bereit erklärt, ist eine Frage des Einzelfalls. Wenn andere verdachtsbegründende Kriterien angeführt werden können und sich der Kreis der grundsätzlich Verdächtigen durch die Abgabe einer Vielzahl freiwilliger Speichelproben verdichtet hat, wird auch jemand zur Entnahme einer solchen Probe durch strafprozessuale Anordnung gezwungen werden können, der bis dahin keine abgegeben hat.“

3. § 81c StPO

§ 81c StPO gestattet die Untersuchung anderer Personen, Personen, die nicht Beschuldigte sind. Diese erbringen unter den Voraussetzungen des § 81c StPO im Interesse der effektiven Strafrechtspflege ein Sonderopfer. Ihr grundrechtliches Individualinteresse muss zurücktreten. In der Kollision zwischen dem grundrechtlichen Individualinteresse und dem Allgemeininteresse der effektiven Strafrechtspflege liegt der klassische und stete Konflikt des Strafverfahrens. Mit Blick auf eine zwangsweise DNA-Reihenuntersuchung kommt allein eine Entnahme von Blutproben ohne Einwilligung nach Absatz 2 in Betracht, um diese Proben dann nach § 81e StPO molekulargenetisch untersuchen zu lassen. Es gilt der Aufklärungsgrundsatz. Grenzen bilden die Zumutbarkeit und die Verhältnismäßigkeit. Zudem ist zu beachten, dass Absatz 3 ein Untersuchungsverweigerungsrecht parallel zum Zeugnisverweigerungsrecht gewährt. Es soll die freie Entscheidung des Angehörigen gewährleisten, ob er sich in einem Strafverfahren gegen einen Angehörigen als Beweismittel zur Verfügung stellen will. § 55 StPO greift nicht – so bedauerlicherweise die überwiegende Ansicht.¹⁸

Fällt damit nicht jeder Merkmalsträger im Sinne des § 81h StPO in den Anwendungsbereich des § 81c Abs. 2 StPO? Der betroffene Personenkreis nach § 81c Abs. 2 StPO sind andere Personen als Beschuldigte. Es geht um tatunverdächtige Personen wie Tatopfer und unbeteiligte Dritte. Die Maßnahme muss einen Aufklärungserfolg erwarten lassen. Die Maßnahme verlangt ein Sonderopfer von an der Tat unbeteiligten Personen – Unschuldsvermutung. Daher muss es sich bei dem Dritten um eine beweisgeeignete Person handeln, bei der konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ihre Inanspruchnahme zu einem Beweiserfolg führen kann. Verlangt wird eine spezifische Beweisbeziehung.¹⁹ Reihenuntersuchungen erlaubt § 81c StPO gerade nicht. Und nicht jeder Merkmalsträger ist eine solche beweisgeeignete Person. Die

¹² Siehe SK-StPO/Rogall, 46. Lfg. (Jan 2006), § 81h Rn 6.

¹³ Dazu LR/Krause (Fn. 2), § 81h Rn 6; SK-StPO/Rogall (Fn. 12), § 81h Rn 6.

¹⁴ So LG Mannheim NStZ-RR 2004, 301; LG Regensburg StraFo 2003, 127; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. (2011), Rn 1688; LR/Krause (Fn. 2), § 81h Rn 7; Murmann, in: Handbuch zum Strafverfahren (2008), Kap. III Rn 383; Rogall, FS Schroeder, S. 691, 713; Saliger/Ademi JuS 2008, 193, 196 f.; SK-StPO/Rogall (Fn. 12), § 81h Rn 6.

¹⁵ Siehe LR/Krause (Fn. 2), § 81h Rn 7; SK-StPO/Rogall (Fn. 12), § 81h Rn 6.

¹⁶ So Saliger/Ademi JuS 2008, 193, 198.

¹⁷ BGHSt 49, 60 = NStZ 2004, 393.

¹⁸ So KK/Senge, 5. Aufl. (2003), § 81c Rn 10; Meyer-Goßner (Fn. 9), § 81c Rn 23.

¹⁹ So SK-StPO/Rogall (Fn. 12), § 81h Rn 7.

Merkmalsträger – zum Beispiel alle männlichen Porschefahrer – müssen einen spezifischen Bezug zur Tat aufweisen: Teilnehmer eines Porschetreffens zum Tatzeitpunkt im Nachbarort.

Beispiel²⁰: „Mit dem angefochtenen Beschluss ordnete das AG die Entnahme einer Blutprobe bei dem Betr. gem. § 81c Abs. 2 StPO und deren molekulargenetische Untersuchung an. Dem Betr. wurde nachgelassen, die Blutentnahme durch die Abgabe einer Speichelprobe abzuwenden. Vor dem Erlass des Beschlusses wurde dem Vertreter des Betr. der Antrag der StA zur Kenntnis- und Stellungnahme zugeleitet. In dem Antrag wurden die Tatsachen aufgeführt, auf die sich das vom LKA ermittelte Täterprofil stützt. Dem Ermittlungsverfahren, das bis dahin gegen Unbekannt geführt wurde, lag ein Tötungsdelikt zu Grunde, bei dem der Täter sich an dem Opfer auch sexuell verging. Als Täter kam daher nur eine männliche Person in Frage. Die StA ging auf Grund einer vom LKA erstellten Fallanalyse davon aus, dass der Täter entweder in Tatortnähe wohnte oder jedenfalls über gute Ortskenntnisse verfügte. Des Weiteren wurde am Tatort eine Unterhose des mutmaßlichen Täters gefunden, die eine Größe aufwies, die der Konfektionsgröße des Betr. entsprach. Weiterhin wurde von einer in der Nähe des Tatortes installierten Überwachungskamera am Tagtag ein bisher unbekannter Mann gefilmt, bei dem es sich möglicherweise um den Täter handeln könnte. Die Körpergröße dieser Person korrespondierte mit der des Betr. Auf Grund des vorgenannten Täterprofils beabsichtigte die Polizei, bei allen tatortnah beschäftigten Männern auf freiwilliger Basis eine Speichelprobe zu erheben und diese einer molekulargenetischen Untersuchung zu unterziehen. Bisher wurden ca. 3000 Speichelproben erhoben. Der Täter konnte noch nicht ermittelt werden. Der Betr. verweigerte die freiwillige Teilnahme.“

Schließt aber nicht die Einführung des § 81h StPO den zwangsweisen Massengentest aus? Das behaupten viele.²¹

1. Gegenargument: Die DNA-Reihenuntersuchung nach § 81h StPO ist eine abschließende Regelung für die Anordnung von DNA-Reihenuntersuchungen, die auf der Grundlage von § 81c StPO nicht angeordnet werden darf. Es ist nicht erlaubt, zwangsweise Massengentests nach den §§ 81c Abs. 2, 81e StPO unter weichen Voraussetzungen zuzulassen als freiwillige Reihenuntersuchungen nach § 81h StPO. Das stelle das Gesetz auf den Kopf. § 81h StPO hat nach dieser Auffassung eine Sperrwirkung.²² Das überzeugt nicht. Ein möglicher Massengentest nach § 81c Abs. 2 mit § 81e StPO unter Zwang steht unter seinen eigenen spezifischen Voraussetzungen, die weder enger noch weiter als die Bedingungen des § 81h StPO auf freiwilliger Grundlage sind. Jede Vorschrift hat ihre eigenen spezifischen materiellen und formellen Voraussetzungen. Der Personenkreis der Merkmalsträger, der für den freiwilligen Test ausreichend ist, wird bei der

zwangsweisen Grundlage unter § 81c Abs. 2 StPO auf die spezifische Beweisbeziehung verengt.²³ Die Merkmalsträger müssen eine spezifische Beweisbeziehung zur Tat aufweisen. Das muss beachtet werden.

Hier kann man unterscheiden zwischen einem geschlossenen und einem offenen Personenkreis. Alle 399 männlichen Gäste einer Party kommen als Täter in Betracht. Die Rede ist zum Teil von kausalen Masseuntersuchungen. Die Betroffenen stehen zur Tat oder zum Opfer in einem tatortspezifischen Verhältnis.²⁴ Die noch große Anzahl von Probanden verhindert den Beschuldigtenstatus aller. Aber rechtlich zulässig ist eine zwangsweise Untersuchung nach § 81c Abs. 2 StPO. Bei offenen Personenkreisen – sog. finale Masseuntersuchungen, bei denen die Strafverfolgungsorgane Verdächtige allein anhand statistischer Kriterien ermitteln: alle Porschefahrer zwischen 25 und 40 Jahre – fehlt es den Merkmalsträgern an einem Bezug zur Tat. Das Sonderopfer im Interesse der Strafrechtspflege würde sich uferlos weit erstrecken. Es bleibt allein eine freiwillige Reihenuntersuchung.

2. Gegenargument: Das 1. Gegenargument ist ein eher rechtswissenschaftliches Argument, eine Art dogmatisches Glaubensbekenntnis, wenn nach dem Normverhältnis gefragt wird. Das 2. Gegenargument blickt auf die Zweckbindung des § 81e StPO. Dessen Absatz 1 Satz 1 sagt, dass an dem durch § 81a Abs. 1 StPO vom Beschuldigten gewonnenen Material molekulargenetische Untersuchungen durchgeführt werden dürfen zur Feststellung der Tatsache, ob aufgefundenes Spurenmaterial von dem Beschuldigten oder dem Verletzten stammt. Und Satz 2 sagt dann, dass Untersuchungen nach Satz 1 auch zulässig für entsprechende Feststellungen an dem durch Maßnahmen nach § 81c StPO erlangten Material sind. Bei dem zwangsweisen Genterest auf der Grundlage nach § 81c Abs. 2 StPO sucht man aber einen molekulargenetischen Abgleich zwischen Spurenmaterial und dem unbeteiligten Personenkreis, der weder beschuldigt noch verletzt ist. Die Zweckbindung des § 81e Abs. 1 StPO soll daher gegen einen zwangsweisen Massengentest nach § 81c Abs. 2 StPO sprechen.²⁵ Das überzeugt nicht. § 81e Abs. 1 Satz 2 StPO gestattet entsprechende Untersuchungen an dem nach § 81c StPO erlangtem Material. Das kann nur bedeuten: ob aufgefundenes Spurenmaterial von dem durch Maßnahmen nach § 81c StPO erlangten Material stammt.²⁶ Ist der Teilnehmer der Reihenuntersuchung der Spurenleger? Wo läge sonst der Gesetzeszweck? Die Norm selbst enthält eine erlaubte Analogie.

Zwangsweise Reihenuntersuchungen sind daher unter den spezifischen Voraussetzungen des § 81c Abs. 2 mit § 81e StPO zulässig. Übrigens: Wenn § 81c Abs. 2 StPO im Wortlaut alleine die Entnahme einer Blutprobe er-

²⁰ LG Mannheim NStZ-RR 2004, 301

²¹ So LR/Krause (Fn. 2), § 81h Rn 2, 5; Radtke/Hohmann-Beukelmann, StPO (2011), § 81h Rn 1; Saliger/Ademi JuS 2008, 193, 199.

²² So Saliger/Ademi JuS 2008, 193, 199.

²³ So SK-StPO/Rogall (Fn. 12), § 81h Rn 7.

²⁴ Vgl. SK-StPO/Rogall (Fn. 12), § 81h Rn 1.

²⁵ So LR/Krause (Fn. 2), § 81h Rn 2; Saliger/Ademi JuS 2008, 193.

²⁶ So LG Mannheim NStZ-RR 2004, 301; SK-StPO/Rogall (Fn. 12), § 81e Rn 7 mit § 81e Rn 10.

laubt,²⁷ die nach § 81e StPO molekulargenetisch untersucht wird, ist es als geringere Maßnahme erlaubt, auch nur eine Speichelprobe zu entnehmen, wie es üblicherweise bei einer Reihenuntersuchung nach § 81h StPO gemacht wird.

Bleibt noch eine Frage: Dürfen Sie sich als männlicher Partygast zwischen 1,70 und 1,90 der zwangsweisen Entnahme einer Blutprobe zur molekulargenetischen Untersuchung auf der gefundenen Grundlage des § 81c Abs. 2 mit § 81e StPO verweigern? Worauf berufen Sie sich? Auf § 55 StPO. Gilt § 55 StPO? Überwiegend heißt die Antwort „nein“, vor allem in den Kommentaren, die die Praxis prägen.²⁸ Strafverteidiger sehen das natürlich und zutreffend anders.²⁹ Die Frage stellt sich gerade bei geschlossenen Personenkreisen. Gerade bei diesen ergibt sich die Möglichkeit einer zwangsweisen Reihenuntersuchung an beweisgeeigneten Merkmalsträgern. Die Gewährung von § 55 StPO bei einer möglichen Selbstbelastung schließt die Maßnahme bei einer sog. kausalen Reihenuntersuchung wieder aus.³⁰ § 81c Abs. 3 StPO spricht zwar vom Zeugnisverweigerungsrecht und nicht vom Auskunftsverweigerungsrecht. Die Angehörigenbe-

lastung soll gesetzlich verhindert werden. Es ist aber nur konsequent, auch bei der Gefahr einer Selbstbelastung eine Berechtigung zur Untersuchungsverweigerung anzuerkennen. Die Freiheit vor Selbstbelastung darf nicht unterlaufen werden. Wenn bereits die Fremdbelastung eines Angehörigen gesetzlich vermieden werden soll, muss das für die Selbstbelastung erst recht gelten.

4. Ergebnis

Maßnahmen nach § 81a und § 81c Abs. 2 StPO mit § 81e StPO kommen sowohl vor der Durchführung eines freiwilligen Reihengentests nach § 81h StPO als auch nach dessen Durchführung in Betracht, wenn die jeweiligen speziellen Voraussetzungen der Normen vorliegen. Den Zwangsmaßnahmen gebührt gar der gesetzliche Vorrang³¹ vor dem freiwilligen Reihengentest, weil dieser eine besonders weite Form einer gerasterten Öffentlichkeitsfahndung ist. In § 81h StPO ist der mögliche Personenkreis ein weiter: Merkmalsträger. Bei § 81a StPO verengt sich der Kreis auf die Beschuldigten und bei § 81c StPO muss der Merkmalsträger eine beweisgeeignete Person sein. Bei Freiwilligkeit ist ein weit gefasster Personenkreis betroffen, der sich bei einer zwangsweisen Reihenuntersuchung personell verengt. Im Eingangsbeispiel spricht alles für die Möglichkeit einer zwangsweisen DNA-Reihenuntersuchung auf der Grundlage von § 81c Abs. 2 und § 81e StPO.

²⁷ Darauf schränkt Rogall FS Schroeder S. 691, 714 die Maßnahme ein.

²⁸ So Beck-OK-StPO/Ritzert (2011) § 81c Rn 18; KK/Senge (Fn. 18), § 81c Rn 10; Meyer-Göfner (Fn. 9), § 81c Rn 20.

²⁹ Siehe GS-HK/Neuhaus, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. (2011), § 81c Rn 12; siehe auch Radtke/Hohmann-Beukelmann (Fn. 21) § 81c Rn 12.

³⁰ So SK-StPO/Rogall (Fn. 12), § 81c Rn 45.

³¹ So SK-StPO/Rogall (Fn. 12), § 81h Rn 5.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Detlef Burhoff: RVG. Straf- und Bußgeldsachen, 3. Aufl., ZAP Verlag, 2117 Seiten, 108 EUR, Münster 2012.

Der Name *Burhoff* dürfte inzwischen allen strafrechtlich tätigen Personen bekannt sein. Unter anderem im Bereich der Strafverteidigervergütung führt kein Weg an ihm vorbei. Innerhalb von kürzester Zeit hat sich sein Kommentar zum RVG als Standardwerk etabliert. Neben mehreren Gesamtkommentaren zum RVG sowie einigen Handbüchern zur Vergütung des Strafverteidigers (wie z.B. von *Mertens/Stuff* aus der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ aus dem C.F.Müller Verlag – der Hinweis sei erlaubt) liegt damit der einzige Kommentar vor, der sich auf die Straf- und Bußgeldsachen konzentriert. Mit dem Stand Juni 2011 erscheint er nun bereits in der 3. Auflage binnen weniger Jahre.

Der Umfang ist noch einmal angewachsen auf nunmehr 2.117 Seiten. Dadurch bleibt jedoch auch keine denkbare Frage aus diesem Bereich unbearbeitet. Insbesondere schöpfen die Autoren aus einem schier unermesslichen Vorrat an Rechtsprechung aus allen Landesteilen und Instanzen. Gerade dies macht den besonderen Wert des Kommentars aus, da einige wichtige Fragen von den Gerichten unterschiedlich beantwortet werden. Weiterhin zeichnet sich das Werk durch eine starke Praxisorientierung aus. Neben zahlreichen wichtigen Tipps und Hinweisen finden sich viele Berechnungsbeispiele und Muster, die gerade für den Anfänger und den nicht so häufig im Strafrecht tätigen Rechtsanwalt hilfreich sind.

Neben *Burhoff* selbst nehmen mit *Schmidt* und *Volpert* zwei erfahrene Rechtspfleger die Kommentierungen vor. Sie können die eigenen praktischen Erfahrungen aus der täglichen Arbeit in diesem Bereich einbringen, etwa wenn es um die Festsetzung der Vergütung nach §§ 11 und 55 RVG (A. Rn. 217 ff. und 579 ff.) oder um die Kostenfestsetzung und Erstattung in Strafsachen geht (A. Rn. 842 ff.).

Auch in der 3. Auflage stellt das Buch der eigentlichen Kommentierung der für das Straf- und Bußgeldverfahren relevanten Normen des RVG einschließlich des Vergütungsverzeichnisses ein Vergütungs-ABC voran (S. 1-699), in dem wichtige Stichworte vorab behandelt werden. Im Anschluss an die Kommentierung dienen eine umfangreiche Rechtsprechungsübersicht (über 130 Seiten), ein Abdruck der gesetzlichen Vorschriften sowie ein differenziertes Stichwortverzeichnis (über 150 Seiten) der praktischen Nutzbarkeit. Beigelegt ist eine CD-ROM mit einer umfassenden Rechtsprechungs-Datenbank.

Bei einer solchen Stofffülle kann der Rezensent nur einige Aspekte herausgreifen. Beispielhaft sei zunächst auf das Problem verwiesen, ob es sich beim vorbereitenden und beim gerichtlichen Verfahren um unterschiedliche Angelegenheiten handelt. Die Frage ist genauso umstritten wie bedeutend, da sich unterschiedliche Konsequenzen für die Post- und Telekommunikationspauschale sowie die Anrechenbarkeit von Zahlungen (B. § 58 Abs. 3 RVG Rn. 15 f.) ergeben. Beide Auffassungen werden mit umfangreichen Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung vorgetragen, bevor *Burhoff* sich gut begründet gegen die wohl in der Rechtsprechung herrschende Auffassung, nur eine Angelegenheit anzuerkennen, ausspricht (A. Rn. 71, 90 f.).

Instruktiv für den Strafverteidiger sind die Ausführungen von *Volpert* zu den Kosten eines Dolmetschers (A. Rn. 426 ff.). Mit dieser Situation ist der Praktiker häufig konfrontiert. Die Erläuterungen dazu sind verständlich und hilfreich.

Dass das vorliegende Buch mehr ist als eine bloße Kommentierung des RVG, zeigt sich etwa, wenn *Burhoff* den Blick auch auf die Geldwäscheproblematik wirft (A. Rn. 698 ff.). Mit Hilfe einer Checkliste gibt er wichtige Hinweise für den Umgang in bedenklichen Situationen.

Auch bei der Frage des Ermessensspielraums für die Gebührenbestimmung nach § 14 RVG stellt *Burhoff* die unterschiedliche Rechtsprechung umfassend dar. Dabei vertritt er die Auffassung, dass es bei dem allgemein anerkannten Spielraum von 20 % bleiben sollte (A. Rn. 1099). Eine Steigerung auf 25 % oder sogar 30 % erscheint in den Augen des Rezensenten jedoch sachgerecht. Die Zukunft wird zeigen, in welche Richtung sich die Rechtsprechung entwickelt.

Neben der gesetzlichen Vergütung wird auch die Vergütungsvereinbarung besprochen (A. Rn. 1503 ff.). Dabei wird insbesondere auf die vom Bundesverfassungsgericht korrigierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unangemessenheit der Höhe der Vergütung des Strafverteidigers eingegangen. Zahlreiche Hinweise zur Ausgestaltung der Vergütungsvereinbarung, eine Checkliste sowie Mustervorschläge runden die diesbezügliche Kommentierung ab.

Besonders wichtig für die anwaltliche Praxis bei der Verteidigung in schwierigen und umfangreichen Strafverfahren ist die ausführliche Kommentierung zu § 51 RVG (B. § 51 RVG). Viele Hinweise und ein 22seitiges ABC der Pauschgebühr helfen zu erkennen, wann ein entsprechender Antrag Erfolg verspricht und wie er zu begrün-

den ist. Gerade in diesem Bereich kann man als Rechtsanwalt zusätzliche Einnahmen generieren, allerdings mangels einschlägigen Wissens auch verschenken.

Intensiv aufgearbeitet wird auch die umstrittene Frage, ob die Tätigkeit des Zeugenbeistands nach Abschnitt 3 oder Abschnitt 1 des 4. Teils des Vergütungsverzeichnisses vergütet wird. Jeder Strafverteidiger kann genau nachlesen, in welchem Lager „sein“ Gericht steht. Burhoff selbst vermag gut und nachvollziehbar zu begründen, warum die zweite Meinung vorzuziehen ist (B. Vorbemerkung 4.1 Rn. 5 ff.).

Ein anderer Streitstand ist inzwischen durch den Bundesgerichtshof entschieden, was für die Praxis wenig Argumentationsspielraum lässt. Das erkennt auch Burhoff in seiner Darstellung, ohne jedoch seine eigene gegenteilige Auffassung aufzugeben, dass nämlich eine zusätzliche Gebühr gemäß Nr. 4141 VV auch dann anfällt, wenn das Strafverfahren eingestellt und anschließend das Verfahren gemäß § 43 OWiG an die Verwaltungsbehörde abgegeben wird zur Durchführung eines Bußgeldverfahrens (B. Nr. 4141 VV Rn. 17). Gerade die wichtige und im Detail nicht immer leicht verständliche Gebühr Nr. 4141 VV wird auch insgesamt breit und anhand vieler Beispielkonstellationen nachvollziehbar kommentiert.

Keine Wünsche lässt auch die Kommentierung des OWi-Verfahrens offen. Nur beispielhaft sei auf die Gebührenbemessung bei Straßenverkehrssachen hingewiesen. Noch einmal begründet Burhoff die herrschende und richtige Auffassung, wonach grundsätzlich die Mittelgebühr zur Anwendung kommt. Dem ist ein weiteres Rechtsprechungs-ABC zur Gebührenbemessung an die Seite gestellt.

Der Kommentar von Burhoff zum RVG in Straf- und Bußgeldsachen braucht nicht mehr beworben zu werden. Längst hat er sich für den Praktiker als unverzichtbar erwiesen. Keine Frage bleibt unbeantwortet. Die Autoren beschränken sich nicht auf eine Erläuterung der einschlägigen Vorschriften. Sie bereiten die Materie praxisgerecht auf, sie verwerfen in einer beispiellosen Ausführlichkeit die Rechtsprechung und sie halten sich nicht mit ihrer eigenen Auffassung zurück, stets gut begründet selbstverständlich.

Prof. Dr. **Andreas Mertens**, Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, Abteilung Duisburg

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

277. BVerfG 1 BvR 289/12 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 9. Februar 2012 (OLG Frankfurt am Main)

Sitzungspolizeiliche Anordnung; Pressemitteilung; Abbildung (Anonymisierung; „Verpixelung“); Pressefreiheit.

Art. 5 Abs. 1 GG; § 176 GVG; § 93 Abs. 1 BVerfGG

278. BVerfG 1 BvR 2883/11 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 29. Februar 2012 (LG Frankenthal [Pfalz] / AG Grünstadt)

Schutz der Meinungsfreiheit und üble Nachrede (Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil); Verteidigung im Bußgeldverfahren (Sachverhaltsschilderung; erlaubte Zuspitzung).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 10 EMRK; Art. 6 EMRK; § 186 StGB; § 47 Abs. 1 Satz 2 OWiG

279. BVerfG 2 BvR 309/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Februar 2012 (OLG Naumburg / LG Stendal)

Telefonerlaubnis im Strafvollzug; Antrag auf gerichtliche Entscheidung (effektiver Rechtsschutz; Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 32 Satz 1 StVollzG; § 109 Abs. 1 StVollzG

280. BVerfG 2 BvR 988/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. März 2012 (LG München I / AG München)

Untersuchungshaft; Rechtsschutzbedürfnis bei der Verfassungsklage; faires Verfahren; Verteidigersgespräche (telefonische).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 119 StPO; § 148 StPO

281. BVerfG 2 BvR 1345/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. März 2012 (LG Düsseldorf / AG Langenfeld)

Durchsuchungsbeschluss; Begrenzungsfunktion; Tatwurf (Konkretisierung); Beweismittel (aufzufindende); Bußgeldverfahren; Schwarzarbeitsbekämpfung.
Art. 13 GG; § 103 StPO; § 105 StPO; § 8 Abs. 3 SchwarzArbG

282. BVerfG 2 BvR 1464/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. März 2012 (OLG Dresden / LG Dresden)

Rechtsstaatsprinzip; Recht auf faires Verfahren; Verfahrensabsprache; Rechtsmittelverzicht; Sachaufklärungspflicht; Freibeweisverfahren; Hauptverhandlungsprotokoll; Dokumentationspflicht.
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 257c StPO; § 273 StPO; § 302 StPO

283. BGH 3 StR 13/12 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Stralsund)

Grenzen der sexualbezogenen Beleidigung; Nötigung.
§ 185 StGB; § 240 StGB

284. BGH 3 StR 15/12 – Beschluss vom 28. Februar 2012 (LG Rostock)

Bemessung der Jugendstrafe (Schwere der Schuld; erzieherische Gesichtspunkte; Bereitschaft ein normgerechtes Leben zu führen).
§ 18 JGG

285. BGH 3 StR 203/11 – Beschluss vom 17. November 2011 (LG Hannover)

Betrügerische Übertragung durch den Täter eines Versicherungsmisbrauchs (Eigentümer); Hehlerei (Abgrenzung zur Beihilfe zur Vortat; Tat ohne Einverständnis des Vortäters: Zusammenwirken); Urteilsgründe (Mindestmaß an Sorgfalt; Absprache; Deal); Urkundenfälschung; Missbrauch von Titeln in Form des unbefugten Führens akademischer Grade (Rechtsgutsgefährdung; Gebrauch eines falschen Dokortitels).
§ 259 StGB; § 246 StGB; § 27 StGB; § 267 StGB; § 132a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 257c StPO

286. BGH 3 StR 2/12 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Verden)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Prüfung bei heroinabhängigem Angeklagten).
§ 64 StGB

287. BGH 3 StR 22/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Hildesheim)

Unbehelfliche Gegenvorstellung; Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

288. BGH 3 StR 239/11 – Beschluss vom 13. Oktober 2011 (LG Duisburg)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Maestro-Karte); Tateinheit (Beihilfe; einheitliche Beihilfebehandlung).
§ 152b StGB; § 152a StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

289. BGH 3 StR 321/11 – Urteil vom 2. Februar 2012 (LG Lüneburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit; Gesamtmenge; legaler Erwerb); Klammerwirkung ausgeschiedener Gesetzesverletzungen; Teilfreispruch (Maßgeblichkeit des Eröffnungsbeschlusses); Substitutionsbehandlung (ultima ratio); Wiedereinbeziehung ausgeschiedener Taten (Verfahrensrüge).
§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 154a StPO; § 13 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

290. BGH 3 StR 343/11 – Urteil vom 19. Januar 2012 (LG Hamburg)

BGHSt; Verfall (Vorsatz; Fahrlässigkeit; „aus der Tat erlangt“; „für die Tat erlangt“; Verstoß gegen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; genehmigungsfähiges Geschäft; Vorteil; Embargoverstoß; rechtswidrige Vermögensverschiebung).
§ 73 StGB; § 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1AWG

291. BGH 3 StR 393/11 – Beschluss vom 6. Dezember 2011 (LG Hannover)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Beihilfe; Konkurrenzen.
§ 27 StGB; § 29 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

292. BGH 3 StR 400/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Befangenheitsgesuchs (Unvoreingenommenheit; Behandlung zweier getrennt geführter Verfahren als Einheit; Abtrennung des Verfahrens gegen einen möglichen Mittäter); Aufklärungspflicht.
§ 23 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 29 BtMG

293. BGH 3 StR 401/11 – Urteil vom 2. Februar 2012 (LG Hannover)

Rücktritt vom Versuch (beendeter; unbeendeter; Rücktrittshorizont; Möglichkeitsvorstellung); Unterbrechung der Hauptverhandlung (Förderung des Verfahrens; Schiebetermin).
§ 24 StGB; § 229 StPO; § 338 StPO

294. BGH 3 StR 406/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Osnabrück)

Urkundenfälschung (Konkurrenzen; Tateinheit).
§ 52 StGB; § 267 StGB

295. BGH 3 StR 408/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Aurich)

Tenorkorrektur (offensichtlicher Zählfehler); Betrug (Vollendung; teilweise Schädigung des Opfers); Gesamtstrafenbildung.
§ 263 StGB; § 54 StGB

296. BGH 3 StR 453/11 – Beschluss vom 31. Januar 2012 (LG Hildesheim)

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot; Tatausführung; erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Vorwerfbarkeit).
§ 46 StGB; § 21 StGB

297. BGH 3 StR 462/11 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Verden)

Beurlaubung eines Angeklagten (den Angeklagten nicht betreffender Teil der Hauptverhandlung).
§ 231c StPO; § 338 Nr. 5 StPO

298. BGH 3 StR 470/11 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Mönchengladbach)

Einziehung (Nebenstrafe); Strafzumessung (Einziehung; bestimmender Gesichtspunkt).
§ 46 StGB; § 74 StGB

299. BGH 5 StR 24/12 – Beschluss vom 28. Februar 2012 (LG Kiel)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit; Aussetzung zur Bewährung; Auflagen; Weisungen).
§ 63 StGB; § 57 StGB; § 67d StGB; § 67e StGB

300. BGH 5 StR 3/12 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Leipzig)

Beweiswürdigung (erschöpfende; Erfahrungssatz; Erinnerungsvermögen von Zeugen an lange zurückliegende Wahrnehmungen).
§ 261 StPO

301. BGH 5 StR 320/11 – Beschluss vom 8. Februar 2012 (LG Berlin)

Gesetzlicher Richter (vertretbare Anwendung des Geschäftsverteilungsplans).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

302. BGH 5 StR 35/12 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Hamburg)

Anrechnung in der Schweiz erlittener Freiheitsentziehung (Maßstab 1:1); Vorwegvollzug (Halbstrafenzeitpunkt); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB; § 67 StGB; § 64 StGB

303. BGH 5 StR 433/11 – Urteil vom 24. Januar 2012 (LG Bremen)

Vergewaltigung; Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Motiv zur Falschbezeichnung; Rache; Erörterung möglicher falscher Angaben).
§ 261 StPO; § 179 StGB

304. BGH 5 StR 461/11 – Beschluss vom 26. Januar 2012 (LG Frankfurt)

Tatidentität (prozessuale Tat; Betrug; Geldwäsche; Postpendenzfeststellung); Geldwäsche (Verwahren); Strafzumessung; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsur).
§ 264 StPO; § 261 StGB; § 46 StGB; § 55 StGB

305. BGH 5 StR 48/12 – Beschluss vom 29. Februar 2012 (LG Hamburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Strafzumessung; Beruhen).
§ 46 StGB; § 29 BtMG; § 337 StPO

306. BGH 5 StR 505/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Berlin)

Beweiswürdigung (lückenhafte); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (tatsächliche Ausübung des tatrichterlichen Ermessens).
§ 261 StPO; § 64 StGB

307. BGH 5 StR 565/11 – Beschluss vom 1. März 2012 (LG Dresden)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

308. BGH 1 StR 1/12 – Beschluss vom 8. Februar 2012 (LG Ellwangen)

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

309. BGH 1 StR 148/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Wuppertal)

BGHSt; Verfahrenshindernis der Spezialität bei der Steuerhinterziehung (Beseitigung in der Revision; Entfallen der Spezialitätsbindung durch Verbleib in Deutschland oder durch Rückkehr nach Deutschland; Ablauf der Schonfrist; wirksamer Eröffnungsbeschluss trotz anfangs bestehendem Verfahrenshindernis der Spezialität).
§ 370 AO; Art. 14 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 2 EuAIÜbk; § 72 IRG; § 199 StPO; § 200 StPO; § 207 StPO

310. BGH 1 StR 152/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Wuppertal)

Verfahrenshindernis der Spezialität bei der Steuerhinterziehung (Beseitigung in der Revision; Entfallen der Spezialitätsbindung durch Verbleib in Deutschland oder durch Rückkehr nach Deutschland; Ablauf der Schonfrist; wirksamer Eröffnungsbeschluss trotz anfangs bestehendem Verfahrenshindernis der Spezialität).
§ 370 AO; Art. 14 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 2 EuAIÜbk; § 72 IRG; § 199 StPO; § 200 StPO; § 207 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 206a StPO

311. BGH 1 StR 31/12 – Beschluss vom 7. März 2012 (LG Ravensburg)

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

312. BGH 1 StR 40/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Würzburg)

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

313. BGH 1 StR 45/11 – Beschluss vom 25. Januar 2012 (LG München I)

BGHSt; Abrechnungsbetrug eines privatliquidierenden Arztes für nicht persönlich erbrachte Leistungen (konkludente Täuschung über die Abrechnungsfähigkeit; Irrtum; Vermögensschaden und hypothetisch ersparte Aufwendungen: Normativierung; Strafzumessung beim Betrug; Bedeutung erbrachter Leistungen; Betrugsvorsatz); Verlesung des Anklagesatzes; Verfahrensrüge (Angriffsrichtung); Hinweispflichten bei veränderter Begründung des Vermögensschadens; Kronzeugenregelung (erforderliche Katalogtat); Berufsverbot.
§ 263 Abs. 1 und 3 StGB; § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ; § 5 Abs. 4 Satz 1, Satz 2 GOÄ; § 12 GOÄ; § 243 Abs. 3 Satz 1

StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 265 StPO; § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB; § 70 StGB

314. BGH 1 StR 49/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Ansbach)

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

315. BGH 1 StR 50/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Deggendorf)

Rechtsfehlerhafte Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung (materiellrechtliche Darlegungsbliogenheiten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 56 StGB; § 64 StGB

316. BGH 1 StR 349/11 – Beschluss vom 22. Februar 2012 (LG Regensburg)

Rüge der Unverwertbarkeit von Aussagen früherer Mitbeschuldigter, die auf einer informellen Absprache („Deal“) beruhen sollen (Transparenzgebot; beschränkte Reichweite des gesetzlichen Verwertungsverbots); Beweiswürdigung nach möglichen Absprachen mit Zeugen (Voraussetzung des Strengbeweises); Rechtsbeugung.
§ 257c Abs. 4 Satz 3 StPO; § 273 Abs. 1a StPO; § 339 StGB

317. BGH 1 StR 373/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Potsdam)

Angriffsrichtung der Verfahrensrüge; Konzentrationsmaxime (Fristen); Ablehnung eines Beweisantrages wegen Prozessverschleppung (Verdunkelungsversuch; Beweisantizipation); wesentliche Beschränkung der Verteidigung (Ablehnung einer Unterbrechung bei Erkrankung einer Wahlverteidigerin; Beschleunigungsgrundsatz); Rüge der fehlerhaften Besetzung (Angriffsrichtung; Übergehen eines Besetzungseinwandes); verweigerte Beiordnung eines Wahlverteidigers als Pflichtverteidiger (Sicherungsverteidiger; Recht auf einen Verteidiger des Vertrauens).
§ 229 Abs. 2 und 3 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 258 StPO; § 338 Nr. 1, Nr. 8 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 141 StPO

318. BGH 1 StR 386/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Nürnberg)

Konkurrenzen bei Untreue und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (natürliche Handlungseinheit; Verklammerung).
§ 266 StGB; § 299 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

319. BGH 1 StR 438/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Essen)

BGHSt; Steuerhehlerei in Form von Absatzhilfe vor Beendigung der vorangegangenen Steuerhinterziehung (Tabaksteuerhinterziehung; Zigarettenschmuggel; Vollendung und Beendigung: zur Ruhe kommen; Absatzhilfe; versuchte Tat als Vortat).
§ 374 AO; § 259 StGB; § 370 AO

320. BGH 1 StR 438/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Essen)

Ablehnungsantrag (Besorgnis der Befangenheit: unterbliebene Offenlegung der Gespräche mit Mitangeklagten im formellen und materiellen Sinne. Berufung auf Aus-

kunftsverweigerungsrecht im Parallelverfahren, unbeantworteter Antrag auf dienstliche Äußerungen der Berufsrichter zu näher bezeichneten Fragen über den Ablauf der parallelen Hauptverhandlung und dabei geführter Verständigungsgespräche, Überlastung).
§ 24 Abs. 2 StPO; § 55 StPO; § 243 Abs. 4 StPO

321. BGH 1 StR 525/11 – Urteil vom 7. Februar 2012 (LG Augsburg)

BGHSt; Strafzumessung bei Steuerhinterziehung in Millionenhöhe (gerechter Schuldausgleich bei Steuerverkürzung großen Ausmaßes; Vorsatzform; keine Strafmilderung durch Verweis auf teilweise Versteuerung von Einnahmen); Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (Vermengung mit der Strafzumessung; Verteidigung der Rechtsordnung); Einkommensteuer (Halbeinkünfteverfahren, Veräußerungserlös, Provisionszahlungen, sonstige Einkünfte); Schenkungsteuer; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung.
§ 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 46 StGB; § 56 StGB; § 3 Nr. 40 Buchst. c EStG aF; § 17 Abs. 2 EStG; § 22 Nr. 3 EStG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

322. BGH 1 StR 527/11 – Urteil vom 22. Februar 2012 (LG Regensburg)

Unbegründete Revision der Staatsanwaltschaft.
§ 349 StPO

323. BGH 1 StR 530/11 – Urteil vom 6. März 2012 (LG Bayreuth)

Fehlerhafte Gesamtstrafenbildung (keine Annahme der fiktiven Vollstreckung einer einbezogenen Einzelstrafe).
§ 54 StGB; § 55 StGB; § 366 Abs. 2 BGB; § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO

324. BGH 1 StR 542/11 – Urteil vom 7. Februar 2012 (LG Karlsruhe)

Begriff der Tat im prozessualen Sinne (Kognitionspflicht des Gerichts; ne bis in idem; Freispruch: Aufrechterhaltung der Feststellungen); Notwehr bei lebensgefährlichem Stich; versuchter Erwerb von Betäubungsmitteln; versuchtes Sich-Verschaffen von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Mitführung eines Gegenstandes, der seiner Art nach zur Verletzung von Menschen geeignet und bestimmt ist; natürliche Handlungseinheit; gesetzlicher Richter.
Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 264 Abs. 1 StPO; § 212 StGB; § 22 StGB; § 32 StGB; § 52 StGB; § 154a StPO; § 353 Abs. 2 StPO; § 29 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

325. BGH 1 StR 557/11 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Kempten)

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

326. BGH 1 StR 586/11 – Beschluss vom 23. Februar 2012 (LG Tübingen)

Untreue zulasten von Personenhandelsgesellschaften oder Gesellschaftern (GmbH & Co KG; Verfahrenshindernis des mangelnden Strafantrags; Haus- und Familiendiebstahl; Vermögensbewertung: Bewertungszeitpunkt, ungewisse Erwerbschance); Bestimmung des

Vermögensverlust großen Ausmaßes in Abhängigkeit vom Vorhandensein eines Strafantrages.

§ 266 Abs. 3 StGB; § 247 StGB; § 263 Abs. 3 StGB; § 77b StGB

327. BGH 1 StR 647/11 – Beschluss vom 22. Februar 2012 (LG Mosbach)

Unzulässige Verfahrensrügen (Darlegungsanforderungen bei der Rüge der Verletzung des Beweisantragsrechts: Heilung durch spätere beschiedene Beweisanträge; Wahrunterstellung).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 81c StPO

328. BGH 1 StR 656/11 – Beschluss vom 7. März 2012 (LG München I)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

329. BGH 2 StR 1/12 – Beschluss vom 14. Februar 2012 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

330. BGH 2 StR 151/11 – Urteil vom 18. Januar 2012 (LG Darmstadt)

Bandenmäßiges Verbreiten kinderpornographischer Schriften (öffentliches Zugänglichmachen; Tätigkeit als Moderator; zugangsgeschützte Foren und Chats); bandenmäßiges Unternehmen des Drittbesitzverschaffens kinderpornographischer Schriften.

§ 184b Abs. 1 Nr. 2 Var. 4, Abs. 3 Alt. 2 StGB

331. BGH 2 StR 7/12 – Beschluss vom 15. Februar 2012 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

332. BGH 2 StR 195/11 – Beschluss vom 28. Dezember 2011 (LG Limburg)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Erzwingung der Aussage eines Zeugen (Ermessensreduktion auf Null; entscheidende Bedeutung einer Zeugenaussage; Aufklärungspflicht).

§ 70 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 258 StGB

333. BGH 2 StR 295/11 – Urteil vom 21. Dezember 2011 (LG Trier)

Totschlag durch Unterlassen (Garantenstellung bei der Versorgung mit Drogen: Eröffnung einer Gefahrenquelle, Ingerenz, eigenverantwortliche Selbsttötung, Appellsuizid, „Cleanmagic-Fall“).

§ 212 StGB; § 13 StGB; § 323c StGB

334. BGH 2 StR 316/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Köln)

Einzelfall einer rechtsfehlerhaften und zum Teil laienhaft wirkenden Beweiswürdigung beim Vorwurf von Vergewaltigungstaten (nicht belegter Detailreichtum der Aussage; mangelnde Aussagekonstanz; unzureichende Erörterung einer naheliegenden Falschaussage).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

335. BGH 2 StR 409/11 – Beschluss vom 31. Januar 2012 (LG Meiningen)

Unerlaubter Erwerb einer Schusswaffe in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Munition und in weiterer Tateinheit mit unerlaubtem Besitz eines verbotenen Gegenstands.

§ 2 Abs. 3 i.V.m. Anlage 2 Abschnitt 1 Nr. 1.3.2 WaffG; § 52 StGB

336. BGH 2 StR 411/11 – Beschluss vom 29. Februar 2012 (LG Limburg)

Unzulässige nachträgliche Ablehnung an diesem Beschluss mitwirkender Richter am Bundesgerichtshof wegen Besorgnis der Befangenheit; Anhörungsrüge.

§ 26 StPO; § 26a StPO; § 356a StPO

337. BGH 2 StR 445/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Wiesbaden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

338. BGH 2 StR 455/11 – Beschluss vom 9. Februar 2012 (LG Aachen)

Strafzumessung beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bedeutung der Menge des Betäubungsmittels: Mathematisierung; Strafmilderungsgrund der staatlichen Mitwirkung an der Tatbegehung; Tatprovokation).

§ 29 BtMG, § 30 BtMG; § 30a BtMG; § 46 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 10 EMRK

339. BGH 2 StR 501/11 – Beschluss vom 14. Februar 2012 (LG Erfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

340. BGH 2 StR 508/11 – Beschluss vom 1. Februar 2012 (LG Erfurt)

Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (kein Verfahrenshindernis wegen eines gebotenen Vertrauensschutzes).

§ 275a Abs. 1 Satz 3, 4 und 5 StPO; § 66b Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 StGB a.F.

341. BGH 2 StR 522/11 – Beschluss vom 1. März 2012 (LG Frankfurt am Main)

Entbindung einer Schöffin (Maßstab der Willkür).

§ 54 VVG

342. BGH 2 StR 544/11 – Beschluss vom 28. Februar 2012 (LG Darmstadt)

Widerspruch zwischen Urteilsformel und den schriftlichen Urteilsgründen (Strafausspruch; offenkundiges Fassungsversehen).

§ 260 StPO

343. BGH 2 StR 568/11 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

344. BGH 2 StR 585/11 – Beschluss vom 15. Februar 2012 (LG Bonn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

345. BGH 2 StR 588/11 – Beschluss vom 29. Februar 2012 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafter Gesamtstrafenausspruch (Mitteilung der einbezogenen Strafe).
§ 55 Abs. 1 StGB

346. BGH 2 StR 629/11 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Aachen)

Konkurrenzen bei der Beihilfe.
§ 53 StGB; § 52 StGB; § 27 StGB

347. BGH 2 StR 633/11 – Beschluss vom 16. Februar 2012 (LG Bonn)

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

348. BGH 4 StR 22/12 – Beschluss vom 22. Februar 2012 (LG Bielefeld)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung und Verhältnis zum Beschlussverfahren.
§ 55 StGB; § 460 StPO

349. BGH 4 StR 27/12 – Beschluss vom 6. März 2012 (LG Koblenz)

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

350. BGH 4 StR 290/11 – Urteil vom 12. Januar 2012 (LG Arnsberg)

Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs; gefährliche Körperverletzung (gemeinschaftliches Handeln).
§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

351. BGH 4 StR 422/11 – Beschluss vom 23. Februar 2012 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

352. BGH 4 StR 474/11 – Beschluss vom 22. Februar 2012 (LG Saarbrücken)

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

353. BGH 4 StR 499/11 – Urteil vom 12. Januar 2012 (LG Kaiserslautern)

Anforderungen an die Darstellung eines Freispruchs (Beweiswürdigung; überspannte Anforderungen an die zu einer Verurteilung erforderliche Überzeugungsbildung); Verfahrenshindernis der Spezialität (Prüfung von Amts wegen; Berücksichtigung anderer Taten als Indiz für die Begehung der von der Auslieferung umfassten Tat; Strafschärfung durch Qualifikationsmerkmale); bandenmäßig begangener Raub.
§ 261 StPO; § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB

354. BGH 4 StR 507/11 – Beschluss vom 25. Januar 2012 (LG Duisburg)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Hindernis bereiten; ähnlich gefährlicher Eingriff: Pervertierung beim absichtlich herbeigeführten Verkehrsunfall; konkrete Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert bei Drohung eines bedeutenden Schadens).
§ 315b Abs. 1 Nr. 2 StPO

355. BGH 4 StR 547/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Bochum)

Unbegründeter Beweisantrag auf Einholung aussagepsychologischer Sachverständigengutachten (Abgrenzung zum Beweisermittlungsantrag; Darlegungsvoraussetzungen).
§ 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

356. BGH 4 StR 552/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Halle)

Unzulässige Verfahrensrüge (Darlegungsvoraussetzungen).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

357. BGH 4 StR 574/11 – Beschluss vom 17. Februar 2012 (LG Essen)

Teileinstellung des Verfahrens.
§ 154 Abs. 2 StPO

358. BGH 4 StR 587/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Bielefeld)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision (Unbedingtheit; unmögliche Rechtsfolge).
§ 44 StPO

359. BGH 4 StR 594/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Rostock)

Sicherungsverwahrung (Beachtung der strikten Verhältnismäßigkeitsanforderungen; Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualkriminalität; einzelfallbezogene Begründung).
§ 66 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

360. BGH 4 StR 621/11 – Beschluss vom 8. Februar 2012 (LG Schwerin)

Rücktritt vom Versuch der räuberischeren Erpressung (Verhindern durch einverständliches Aufgeben; Freiwilligkeit).
§ 255 StGB; § 253 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB

361. BGH 4 StR 634/11 – Beschluss vom 22. Februar 2012 (LG Regensburg)

Widerspruch zwischen Urteilsformel und schriftlichen Urteilsgründen (Strafausspruch).
§ 260 StPO

362. BGH 4 StR 652/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Bochum)

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

363. BGH 4 StR 653/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Paderborn)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Erörterungsmangel hinsichtlich eines minder schweren Falles bei Sicherstellung der Betäubungsmittel und vorherige Überwachung).
§ 30 BtMG; § 267 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 StPO

364. BGH 4 StR 657/11 – Beschluss vom 8. Februar 2012 (LG Magdeburg)

Sichverschaffen von kinderpornographischen Schriften
(Besitz; Tenorierung; Reichweite der Einziehung: Laptop,
Löschung, Verhältnismäßigkeit).
§ 184b Abs. 4 Satz 1, Abs. 6 Satz 2 StGB; § 74 StGB;
§ 74b StGB; § 260 Abs. 4 Satz 2 StPO

**365. BGH 4 StR 659/11 – Beschluss vom 28.
Februar 2012 (LG Bochum)**

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