

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

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;
RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. iur.
Karsten Gaede; StA Dr. Holger
Mann; 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); Prof. Dr. Frank Meyer,
LLM (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo
Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr.
Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr.
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. *Matthias Krüger*, LMU – **Unmittelbare EU-Strafkompetenzen aus Sicht des deutschen Strafrechts** S. 311

Lara Valerie Herberitz, Bucerius Law School, Hamburg – **Ist die Steuerhinterziehung ein Betrug?** S. 318

Wiss. Mit. Dr. jur. Dr. phil. Milan Kuhl, Univ. Frankfurt aM – **Cleanmagic – Reinigungsmittel, Droge oder Selbsttötungsutensil? Anm. zu BGH HRRS 2012 Nr. 333** S. 331

Entscheidungen

- EGMR **Sicherungsverwahrung gegenüber auszuweisenden Ausländern (Rangelov v. Deutschland)**
- BVerfG **Widerruf der Außervollzugsetzung eines Haftbefehls**
- BGHSt **Auslieferung bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe und Überprüfung im Gnadenwege**
- BGHSt **Korruption bei Vertragsärzten (Großer Senat)**
- BGHSt **Strafzumessung bei Schmuggel in Millionenhöhe**
- BGHSt **Durchbrechung der Verwaltungsrechtsakzessorietät im Aufenthaltsstrafrecht**
- BGHR **Aussicht auf Erfolg bei Maßregeln und Höchstfrist**
- BGHR **Bindungswirkung der Nebenklagezulassung durch das Tatgericht**
- BGH **Anforderungen an die Überprüfung eines Geständnisses nach einer Verständigung**
- BGH **Erheblichkeit der sexuellen Handlung bei Berührungen oberhalb der Kleidung**

Die Ausgabe umfasst 100 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTLEITUNG

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

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten Gaede; StA Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LLM, (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LLM (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LLM (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. 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, Juli 2012, Ausgabe

7

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

649. EGMR Nr. 5123/07 (5. Kammer) – Urteil vom 22. März 2012 (Rangelov v. Deutschland)

Verstoß gegen das Recht auf Freiheit und Sicherheit durch eine Sicherungsverwahrung bei Verhängung gegenüber Ausländern (Diskriminierungsverbot und bevorstehende Ausweisung; Freiheit der Person; Gleichheitsgrundsatz); Zulässigkeit der Individualbeschwerde (Opferstatus; Ausschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel).

Art. 7 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 14 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 3 GG; Art. 34 EMRK; Art. 35 EMRK; § 66 StGB aF

1. Auch wenn eine in Sicherungsverwahrung genommene Person aus Deutschland auszuweisen ist, müssen ihr

Therapieangebote gemacht werden, damit sie die Möglichkeit erhält, nicht mehr als gefährlich eingestuft zu werden. Eine nur auf die Ausweisung gestützte Verweigerung ist eine gegen Art. 14 EMRK verstoßende Konventionsverletzung.

2. Art. 14 EMRK verbietet in Anknüpfung an die von der Konvention geschützten Rechte und Freiheiten Ungleichbehandlungen, die sich nicht durch objektivierbare und vernünftige Gründe rechtfertigen lassen. Zwischen der eintretenden Ungleichbehandlung und der geltend gemachten Rechtfertigung muss Verhältnismäßigkeit bestehen.

615. BVerfG 2 BvR 720/12, 2 BvR 835/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss

vom 11. Juni 2012 (OLG München / LG Augsburg)

Freiheit der Person (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Untersuchungshaft; Fluchtgefahr; Verdunkelungsgefahr; Haftbefehl; Außervollzugsetzung; Sicherheitsleistung; Meldeaufgabe; Haftverschonungsbeschluss: Aufhebung; neu hervorgetretene Umstände; Straferwartung).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO.

1. Das in § 116 Abs. 4 StPO zum Ausdruck kommende Gebot, die Aussetzung des Vollzuges eines Haftbefehls nur dann zu widerrufen, wenn sich die Umstände gegenüber dem Zeitpunkt der Haftverschonung verändert haben, gehört zu den bedeutsamsten freiheitssichernden Verfahrensgarantien, die über Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG mit grundrechtlichem Schutz ausgestattet sind.

2. Als neu hervorgetretene Umstände, aufgrund derer ein Haftbefehl nach § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO (wieder) in Vollzug gesetzt werden kann, kommen nur Tatsachen in Betracht, welche die Gründe des Haftverschonungsbeschlusses in einem so wesentlichen Punkt erschüttern, dass keine Aussetzung bewilligt worden wäre, wenn sie bei der Entscheidung bereits bekannt gewesen wären. Maßgeblich ist, ob die Gründe die Vertrauensgrundlage für die Haftverschonung entfallen lassen. Hierfür ist eine umfassende Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.

3. Neu hervorgetretene Umstände können sich nicht auf den (dringenden) Tatverdacht beziehen, weil dieser bereits Grundvoraussetzung für den Erlass und die Aufrechterhaltung des Haftbefehls ist, so dass es ohne Bedeutung ist, wenn sich der Verdacht aufgrund der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung noch verdichtet hat.

4. Ein hoher Strafantrag der Staatsanwaltschaft oder die Verurteilung zu einer unerwartet hohen Strafe nach der Haftverschonung rechtfertigen deren Widerruf nur dann, wenn die beantragte oder verhängte Strafe von der bisherigen Erwartung erheblich zum Nachteil des Beschuldigten abweicht und sich die Fluchtgefahr dadurch ganz wesentlich erhöht. Erforderlich sind dabei insbesondere nachvollziehbare Feststellungen dazu, von welcher Straferwartung der Beschuldigte im Zeitpunkt der Außervollzugsetzung des Haftbefehls ausgegangen ist.

5. Die Invollzugsetzung eines Haftbefehls anlässlich der – zumal noch nicht rechtskräftigen – Verurteilung zu einer erheblichen Freiheitsstrafe ist insbesondere dann nur mit eingehender Begründung möglich, wenn dem Beschuldigten zunächst erhebliche weitere Straftaten zur Last gelegt worden waren, von deren Verfolgung im Laufe des Verfahrens nach § 154 Abs. 2 StPO abgesehen worden ist. Dasselbe gilt, wenn dem Beschuldigten aufgrund einer gegen einen Mittäter bereits verhängten Freiheitsstrafe bewusst war, dass ihm eine mindestens vergleichbar hohe Strafe droht, und er gleichwohl den Auflagen aus dem Haftverschonungsbeschluss beanstandungsfrei nachgekommen ist.

6. Auch wenn die Voraussetzungen des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO erfüllt sind, hat das Gericht infolge des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit stets darzulegen, aus welchen konkreten Gründen anstelle einer Rücknahme der Haftverschonung nicht mildere Mittel der Verfahrenssicherung – namentlich eine Verschärfung der Auflagen – in Betracht kommen.

614. BVerfG 2 BvR 644/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Juni 2012 (OLG Dresden / LG Dresden / AG Dresden)

Freiheit der Person (Unschuldsvermutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Untersuchungshaft; Einlieferungshaft: Auslieferungshaft bei Auslieferung aus Paraguay; Haftbefehl; Haftgrund; Flucht; Fluchtgefahr; Straferwartung; Abwägungsausfall).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 112 Abs. 2 StPO; § 51 Abs. 3 StGB; § 57 StGB

1. Bei dem einer Straftat lediglich Verdächtigen ist eine Freiheitsentziehung im Strafverfahren zur Wahrung der Unschuldsvermutung nur ausnahmsweise und nur dann zulässig, wenn die unabwiesbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung das Freiheitsrecht des Beschuldigten überwiegen. Bei der Abwägung ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

2. Das Freiheitsgrundrecht hat auch Auswirkungen auf die Verfahrensgestaltung. Mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft steigen deshalb die Anforderungen an die Zügigkeit der Verfahrensbearbeitung, an den die Haftfortdauer rechtfertigenden Grund sowie an die Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen.

3. Die Gerichte sind gehalten, sich in Haftfortdauerentscheidungen eingehend mit den einzelnen Voraussetzungen der Untersuchungshaft auseinanderzusetzen. Insbesondere müssen sie auf die voraussichtliche Gesamtdauer des Verfahrens, auf die im Raum stehende konkrete Straferwartung und für den Fall der Verhängung einer Freiheitsstrafe auf das hypothetische Strafende eingehen. Dabei sind auch die Möglichkeiten der Anrechnung einer Freiheitsentziehung nach § 51 StGB sowie der Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung zu berücksichtigen.

4. Eine Verletzung seines Freiheitsgrundrechts kann ein Beschuldigter bereits dann mit inländischen Rechtsbehelfen geltend machen, wenn er aufgrund eines in der Bundesrepublik ausgestellten Haftbefehls im Ausland festgenommen worden ist und er sich dort in Auslieferungshaft befindet.

613. BVerfG 2 BvR 22/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Juni 2012 (OLG München)

Freiheit der Person (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Freiheitsstrafe; Reststrafaussetzung zur Bewährung; Maßregelvollzug; Legalprognose; Resozialisierungsanspruch).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 57 Abs. 1 StGB; § 67 Abs. 5 StGB; § 67d StGB

1. Bei der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer Maßregel ist das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit dem Interesse an der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs oder am Schutz der Allgemeinheit vor zu erwartenden Rechtsgutverletzungen abzuwägen. Die Freiheit der Person darf dabei nur beschränkt werden, soweit dies im öffentlichen Interesse unerlässlich ist.

2. Angesichts ihrer unterschiedlichen Zielrichtung dürfen Strafen und freiheitsentziehende Maßregeln zwar grundsätzlich nebeneinander angeordnet werden. Dabei muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch nicht nur isoliert hinsichtlich jeder einzelnen freiheitsentziehenden Maßnahme, sondern auch für die Maßnahmen in ihrer Gesamtwirkung gewahrt sein. Je länger der Freiheitsentzug insgesamt dauert, umso strenger sind die Voraussetzungen für dessen Verhältnismäßigkeit.

3. Wengleich bei Strafen bereits im Strafurteil über die Verhältnismäßigkeit der zu vollstreckenden Strafe grundsätzlich entschieden worden ist, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Rahmen der Prüfung einer Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung nach § 57 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen. In die Abwägung ist auch die Dauer einer vorangegangenen Freiheitsentziehung im Maßregelvollzug aus Anlass derselben Tat mit einzustellen.

4. Ein Gericht verletzt das Freiheitsgrundrecht eines Strafgefangenen, wenn es allein unter Hinweis auf eine negative Legalprognose die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der weiteren Strafvollstreckung unter Berücksichtigung auch der Dauer einer zuvor vollstreckten Maßregel grundsätzlich ablehnt. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Maßregel gerade angesichts der langen Dauer der Freiheitsentziehung für erledigt erklärt worden war.

616. BVerfG 2 BvR 2207/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Mai 2012 (OLG Frankfurt am Main / LG Kassel)

Effektiver Rechtsschutz bei der Rechtsbeschwerde; Rechtsprechung (einheitliche); Verfahrensverstoß; Gehörsverstoß.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 116 Abs. 1 StVollzG

1. Das von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Recht auf effektiven Rechtsschutz verbietet es den Gerichten, einen von der jeweiligen Verfahrensordnung eröffneten Rechtsbehelf durch die Art und Weise, in der die gesetzlichen Voraussetzungen für den Zugang zu einer Sachentscheidung ausgelegt und angewendet werden, ineffektiv zu machen.

2. Gegen eine fehlerhafte oder von der Rechtsprechung anderer Gerichte abweichende gerichtliche Entscheidung über Maßnahmen im Strafvollzug ist grundsätzlich die Rechtsbeschwerde zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zulässig (§ 116 Abs. 1 StVollzG). Ausnahmsweise kann das Beschwerdegericht gleichwohl von einer Zulassung der Rechtsbeschwerde absehen, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Rechtsfehler in weiteren Fällen Bedeutung erlangen wird.

3. Allerdings verlangt Art. 19 Abs. 4 GG in derartigen Fällen, dass konkrete tatsächliche Umstände die Prognose rechtfertigen, die Strafvollstreckungskammer werde den Rechtsfehler künftig vermeiden. Die bloße Vermutung, das Ausgangsgericht werde sich durch die Erwägungen des Beschwerdegerichts in der Beschlussbegründung belehren lassen und diese bei künftigen Entscheidungen berücksichtigen, rechtfertigt eine Verwerfung der Rechtsbeschwerde hingegen nicht. Dies gilt insbesondere bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln wie etwa Gehörsverstößen, die regelmäßig die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde begründen.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

607. BGH 5 StR 528/11 – Urteil vom 8. Mai 2012 (LG Berlin)

Erpressung; Räuberische Erpressung; Rücktritt vom Totschlagsversuch (Korrektur des Rücktrittshorizonts). § 249 StGB; § 255 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

1. Die Einschätzung des Tatgerichts, der Angeklagte habe nach einem verübten Totschlagsversuch den Eintritt des Tötungserfolgs nicht für möglich gehalten oder sich insoweit zumindest keine Gedanken gemacht, muss in den Feststellungen eine Stütze finden. Dies gilt insbe-

sondere, wenn der Angeklagte dem Geschädigten danach zwei wuchtige Stiche in die linke Brustkorbseite versetzt, die unmittelbar unterhalb des Herzens trafen und lebensgefährliche Verletzungen hervorriefen und zum Sturz des Geschädigten führten.

2. Der Versuch eines Tötungsdelikts ist bei einer „Korrektur des Rücktrittshorizonts“ nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen nicht beendet, wenn der Täter zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber in engstem zeitlichem und

räumlichem Zusammenhang nach Erkenntnis seines Irrtums von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt. Haben sich der Angeklagte und der Geschädigte aber zu diesem Zeitpunkt bereits voneinander entfernt, kann es indes am erforderlichen – „engsten“ – räumlichen Zusammenhang fehlen und aus der Sicht des Angeklagten zur Vollendung eines Tötungsdelikts ein erneuter Geschehensablauf in Gang zu setzen sein.

593. BGH 5 StR 174/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Saarbrücken)

Ablehnung des Antrags auf Einholung eines Sachverständigengutachtens bzgl. einer potentiell die Zeugentüchtigkeit beeinträchtigenden psychischen Erkrankung der Hauptbelastungszeugin (paranoide Persönlichkeitsstörung; Darlegungsvoraussetzungen an die Verfahrensrüge trotz mangelnder Unterlagen); rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei ungewöhnlichem Aussageverhalten.

§ 244 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Das Gericht kann regelmäßig nicht aufgrund von eigener Sachkunde beurteilen, ob eine von der Verteidigung behauptete und unter Sachverständigenbeweis gestellte psychische Erkrankung der Hauptbelastungszeugin (paranoide Persönlichkeitsstörung) im Falle ihrer Feststellung Auswirkungen auf die Aussagetüchtigkeit der Zeugin hat. Ein Erfahrungssatz, wonach zwischen den im ICD-10 für die paranoide Persönlichkeitsstörung aufgeführten Symptomen und der Zeugentüchtigkeit keine Wechselwirkung besteht, entbehrt wissenschaftlicher Grundlage.

619. BGH 1 StR 15/12 – Urteil vom 17. April 2012 (LG München I)

Voraussetzungen einer wegen BtM-Abhängigkeit erheblich verminderten Schuldfähigkeit (Steuerungsfähigkeit) beim Vorwurf des unerlaubten Handelns (Darlegungsanforderungen bei Begutachtung durch einen Sachverständigen).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

1. Die bloße Abhängigkeit von Drogen kann eine (schwere) andere seelische Abartigkeit sein, soweit sie nicht wegen körperlicher Abhängigkeit zu den krankhaft seelischen Störungen gehört (exogene Psychosen). Die bloße Abhängigkeit beeinflusst für sich genommen die Steuerungsfähigkeit jedoch nicht. Dies ist erst dann in Erwägung zu ziehen, wenn langjähriger Betäubungsmittelmissbrauch zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt hat. In diesen Fällen liegen regelmäßig zugleich ein organischer Befund und eine krankhafte seelische Störung vor. Auch beim akuten Rausch ist ein Ausschluss oder die erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit möglich. Schwere Entzugserscheinungen können die Steuerungsfähigkeit bei Beschaffungsdelikten nur in seltenen Ausnahmefällen, z.B. in Kombination mit Persönlichkeitsveränderungen, aufheben. Entzugserscheinungen, welche erst bevorstehen, können mitunter den Drang zur Beschaffungskriminalität übermächtig werden lassen, wenn die Angst des Täters vor Entzugserscheinungen, die er schon als äußerst unangenehm („grausamst“) erlitten hat und die er als nahe bevorstehend einschätzt, sein Hemmungsvermögen erheblich vermin-

dert. Dies kann dann insbesondere bei Heroinkonsum die Voraussetzungen des § 21 StGB begründen, ist jedoch trotz der bei den verschiedenen Drogen unterschiedlichen Entzugsfolgen auch bei Kokain nicht von vorneherein völlig ausgeschlossen.

2. Die Aussagekraft allein des quantifizierten Nachweises von Drogen und ihrer Abbauprodukte im Blut, im Urin und in den Haaren ist im Hinblick auf die Frage der Steuerungsfähigkeit eines Täters bei der Tat nur begrenzt. Im Rahmen einer Gesamtschau sind aufgrund der psychodiagnostischen Merkmale unter ergänzender Verwertung der Blut-, Urin- und Haarbefunde (hinsichtlich des Betäubungs- und hier auch Alkoholkonsums) Rückschlüsse auf die Tatzeitbefindlichkeit des Täters zu ziehen.

3. Die richterliche Entscheidung, ob die Fähigkeit des Angeklagten, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert ist, erfolgt in einem aus mehreren Schritten bestehenden Verfahren, ohne dass die Nichteinhaltung einzelner Schritte nach rechtlichen Maßstäben fehlerhaft sein muss. Zunächst ist die Feststellung erforderlich, dass bei dem Angeklagten eine psychische Störung vorliegt, die unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Angeklagten zu untersuchen; es ist festzustellen, ob, in welcher Weise und in welchem Umfang sie sich auf dessen Tatverhalten ausgewirkt haben.

4. Zur Vermittlung der medizinisch-psychiatrischen Anknüpfungstatsachen im Hinblick auf die Diagnose einer psychischen Störung, deren Schweregrad und deren innerer Beziehung zur Tat wird der Richter auf sachverständige Hilfe angewiesen sein, sofern er hierzu nicht aufgrund eigener Sachkunde befinden kann. Dabei bedarf es der Darlegung der Störung anhand der vier Eingangsmerkmale und dazu, in welchem Ausmaß die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit aus fachwissenschaftlicher Sicht bei der Tat beeinträchtigt waren. Vom Sachverständigen wird keine juristisch normative Aussage erwartet, sondern eine empirisch vergleichende über das Ausmaß der Beeinträchtigung des Täters, etwa im Vergleich zum Durchschnittsmenschen oder anderen Straftätern. Denn bei der Bejahung eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB und bei der Annahme verminderter Schuldfähigkeit – insbesondere der auch normativ geprägten Beurteilung der Erheblichkeit der Verminderung von Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit – handelt es sich um Rechtsfragen. Das abschließende Urteil über die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ist ausschließlich Sache des Richters.

5. Die Anforderungen an die Darlegungen in einem Urteil zur Überprüfung und Bewertung sachverständiger Äußerungen durch das Gericht sind nicht immer gleich. Liegt ein in sich stimmiges, in seinen Feststellungen und Beurteilungen ohne weiteres nachvollziehbares Sachverständigengutachten vor, werden häufig nach dessen Darstellung knappe Ausführungen genügen, aus denen insbesondere folgt, dass sich das Gericht erkennbar bewusst war und danach entschieden hat, dass es allein seine

Aufgabe ist, das abschließende normative Urteil über die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit zu treffen, auch wenn es dem Sachverständigen letztlich uneingeschränkt folgt. Unnötige Wiederholungen sind auch in diesem Bereich zu vermeiden. Anders ist es, wenn die sachver-

ständigen Äußerungen zur Steuerungsfähigkeit nicht ohne weiteres nachvollziehbar sind, Lücken aufweisen oder im Widerspruch zu sonstigen Feststellungen und Bewertungen der Strafkammer stehen.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

640. BGH 2 StR 476/11 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Gera)

Anforderungen an den Mord aus niedrigen Beweggründen bei eklatantem Missverhältnis zwischen Tat und Anlass.

§ 211 Abs. 2 StGB

1. Ohne Kenntnis des konkreten Tatanlasses lässt sich ein „eklatantes Missverhältnis zwischen Anlass und Tat“, wie es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Annahme niedriger Beweggründe führen kann, nicht belegen.

2. Dass ein Angeklagter aus Verärgerung über seine Kündigung willkürlich eine unbeteiligte (und darüber hinaus wehrlose) Person zum Opfer macht und deshalb tötet, kann grundsätzlich Grundlage für die Annahme niedriger Beweggründe sein.

645. BGH 4 StR 62/12 – Urteil vom 24. Mai 2012 (LG Bielefeld)

Mord aus niedrigen Beweggründen und Verdeckungsabsicht nach schwerem sexuellen Missbrauch eines Kindes (Todesfolge; Gefahrverwirklichungszusammenhang; Totschlag).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 176b StGB

1. Wenn sich der Täter des schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes dazu entschließt, das infolge des Missbrauchs laut schreiende und weinende Kind zu töten, kann darin ein niedriger Beweggrund liegen, der im Wege einer Gesamtwürdigung zu erörtern ist.

2. Ein Beweggrund ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist; ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche alle äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren einschließt.

3. Der Bundesgerichtshof nimmt bei Tötungen aus nichtigem, nicht nachvollziehbarem Anlass – etwa aus Wut und Verärgerung – besonders verwerfliche Tötungsmotive im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB an, wenn die zugrunde liegenden Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen. Erst recht muss diese Wertung regelmäßig gelten, wenn der Täter den äußeren Impuls, der sein zur Tötung des Opfers führendes Handeln aus-

gelöst hat, durch vorangegangenes Verhalten selbst herbeigeführt hat. Selbst wenn der Angeklagte das Kind allein deshalb getötet haben sollte, weil es nicht aufhörte zu schreien und er es durch sein Handeln „nur“ zum Schweigen bringen bzw. ruhig stellen wollte, kann dies vor dem Hintergrund, dass er selbst durch den sexuellen Missbrauch für die Schmerzensschreie die Ursache gesetzt hatte, auf einen nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehenden und deshalb besonders verachtenswerten Handlungsantrieb hindeuten.

627. BGH 1 StR 447/11 – Urteil vom 20. März 2012 (LG Landshut)

Gemeinschaftliche Körperverletzung; sexuelle Handlung (Erheblichkeit bei Berührung des Geschlechtsteils oberhalb der Kleidung; Gesamtwürdigung); Nötigung; sexuelle Nötigung.

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 240 StGB; § 184g Nr. 1 StGB; § 177 StGB

1. Allein die Anwesenheit einer zweiten Person, die sich passiv verhält, genügt für die Annahme einer gemeinschaftlichen Begehung im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht aus. Gemeinschaftliches Handeln bedeutet ein einverständliches Zusammenwirken, bei dem sich die abstrakte Gefährlichkeit des Tuns dadurch erhöht, dass zwei Angreifer mehr bewerkstelligen können als nur einer. Es kann aber auch derjenige diesen Qualifikationsbestand verwirklichen, der weder eigenhändig Verletzungshandlungen vornimmt, noch überhaupt Mittäter ist. Ausreichend ist bereits das gemeinsame Wirken eines Täters und eines Gehilfen bei der Begehung einer Körperverletzung. Ein solches liegt schon dann vor, wenn die zweite Person – auch vom Opfer wahrgenommen – unterstützungsbereit am Tatort anwesend ist.

2. Auch kurze Berührungen über der Kleidung können die Erheblichkeitsschwelle des § 184g Nr. 1 StGB überschreiten. Die Beurteilung einer Handlung als erheblich im Sinne des § 184g Nr. 1 StGB hängt in erster Linie von Art, Intensität und Dauer ihres sexualbezogenen Teils ab. Von wesentlicher Bedeutung sind aber auch der Handlungsrahmen, in dem der unmittelbar sexualbezogene Akt begangen wird, und die Beziehung der Beteiligten untereinander. Auch sie können dem sexuellen Zugriff im engeren Sinne mehr oder weniger Gewicht verschaffen. Ob die Erheblichkeitsschwelle überschritten wurde, bestimmt sich somit nach dem Grad der Gefährlichkeit der Handlung für das jeweils betroffene Rechtsgut; ledig-

lich unter diesem Gesichtspunkt belanglose Handlungen scheiden aus.

3. In allen Fällen – auch solchen, in denen nicht eine am Opfer vorgenommene Handlung, sondern eine vom Opfer am Täter oder einem Dritten vorgenommene Handlung inmitten steht – kann für § 184g Nr. 1 StGB nicht allein auf die Dauer und Stärke der sexualbezogenen Handlung abgestellt werden. Vielmehr bedarf es einer Gesamtbewertung der Umstände unter Berücksichtigung des Handlungsrahmens und der sonstigen Begleitumstände, in dem der unmittelbar sexualbezogene Akt be-
gangen wird.

4. Jedenfalls bei einer erzwungenen Vornahme einer sexualbezogenen Handlung an einem anderen entfällt die Erheblichkeit der Handlung im Sinne von § 184g Nr. 1 StGB nicht schon deswegen, weil die Berührung nicht kräftig und nachhaltig war.

647. BGH 4 StR 74/12 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Bochum)

Missbrauch Schutzbefohlener (Anforderungen an das Obhutsverhältnis bei einem in einer Schul-AG und als Vertretungskraft eingesetzten Lehrer; nachwirkendes Obhutsverhältnis).

§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Die berufliche Stellung als Lehrer an der Schule, die die Geschädigte als Schülerin besuchte, begründet ebenso wie die Tätigkeit als Veranstalter der von der Geschädigten wahrgenommenen Arbeitsgemeinschaft „Schulsanitätsdienst“ und als Leiter einer Jugendgruppe beim DJRK, deren Mitglied die Geschädigte war, nicht stets ein Obhutsverhältnis.

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Voraussetzung eines Obhutsverhältnisses im Sinne des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB eine Beziehung zwischen Täter und Opfer, aus der sich für den Täter das Recht und die Pflicht ergibt, Erziehung, Ausbildung oder Lebensführung des Schutzbefohlenen und damit dessen geistig-sittliche Entwicklung zu überwachen und zu leiten. Ein die Anforderungen der Vorschrift erfüllendes Anvertrautsein setzt ein den persönlichen, allgemein menschlichen Bereich erfassendes Abhängigkeitsverhältnis des Jugendlichen zu dem jeweiligen Betreuer im Sinne einer Unter- und Überordnung voraus. Es kann daher außer im schulischen Bereich auch in anderen, den Verhältnissen an einer Schule vergleichbaren Fällen vorliegen, etwa im Einzel- oder im Mannschaftssport, ebenso in einem anderweitigen Ausbildungsverhältnis. Maßgebend sind indes in jedem Fall die konkreten, tatsächli-

chen Verhältnisse. Wenn sich die Obhutsbeziehung mit dem von der Strafvorschrift vorausgesetzten Anvertrautsein nicht wie bei einem Lehrer im Verhältnis zu den von ihm als Klassen- oder Fachlehrer unterrichteten Schülern nicht von selbst verstehen, kann es bei Vorliegen anderer Fallgestaltungen genauerer Darlegung der erforderlichen Voraussetzungen bedürfen.

3. Jedenfalls an größeren Schulen mit einem für den einzelnen Schüler nur schwer überschaubaren Lehrerkollegium ergibt es sich ein Obhutsverhältnis nicht schon aus der bloßen Zugehörigkeit von Lehrern und Schülern zu derselben Schule, sondern regelmäßig erst mit der Zuweisung eines Schülers an einen bestimmten Lehrer, der dadurch die in § 174 Abs. 1 StGB vorausgesetzten Pflichten übernimmt.

4. Die Annahme eines Obhutsverhältnisses zwischen Lehrer und Schüler kann zwar auch unabhängig von der eigentlichen Unterrichtserteilung entstehen, etwa bei Aufsichtstätigkeiten oder im Rahmen besonderer Veranstaltungen der Schule, zu denen auch die Durchführung einer von den Schulbehörden genehmigten, nicht zum regulären Unterricht zählenden Arbeitsgemeinschaft zählt.

5. Ein „nachwirkendes“ Obhutsverhältnis erfüllt den Tatbestand des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht.

655. BGH 4 StR 667/11 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Göttingen)

Versuchter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefahr: erforderliche Feststellungen; absichtlicher Auffahrunfall).

§ 315b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB; § 315 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Die absichtliche Herbeiführung eines Auffahrunfalls stellt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Bereiten eines Hindernisses im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 2 bzw. des § 315 Abs. 1 Nr. 2 StGB dar.

2. Mit der allgemein gehaltenen Erwägung, wegen des plötzlichen Aufpralls eines Fahrzeugs auf einen anderen Pkw habe die konkrete Gefahr erheblicher Verletzungen insbesondere im Kopf- und Halswirbelsäulenbereich bestanden, ist die erforderliche konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB nicht hinreichend belegt. Vielmehr sind regelmäßig genaue Feststellungen insbesondere zu den Geschwindigkeiten der Pkws im Zeitpunkt der Kollision und der Intensität des Aufpralls zwischen den beteiligten Fahrzeugen erforderlich.

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

559. BGH 3 StR 65/12 – Beschluss vom 17. April 2012 (LG Kleve)

BGHR; Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (maßgebliche Frist, innerhalb der der Erfolg einer Maßregel zu erwarten sein muss).

§ 64 Satz 2 StGB; § 67d Abs. 1 Satz 1, Satz 3 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 StGB

1. Eine hinreichend konkrete Erfolgsaussicht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 Satz 2 StGB) besteht nicht, wenn die voraussichtlich notwendige Dauer der Behandlung die Höchstfrist des § 67d Abs. 1 Satz 1 StGB überschreitet. (BGHR)

2. Mit der Einführung des § 67 Abs. 2 StGB im Zuge der grundlegenden Reform des Rechts der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt im Jahr 2007 ist einer Auslegung endgültig die Basis entzogen, der zufolge in die Frist, innerhalb derer der Erfolg der Maßregel erwartbar sein müsse, auch eine gemäß § 67d Abs. 1 Satz 3 StGB eintretende Verlängerung der Unterbringungsdauer einzubeziehen ist (gegen BGH, Beschl. v. 6. Februar 1996 – 5 StR 16/96). (Bearbeiter)

3. Ob ein rechtspolitisches Bedürfnis besteht, Verurteilten, die aufgrund einer mit der Suchterkrankung kombinierten Persönlichkeitsstörung nicht von einer auf höchstens zwei Jahre befristeten Unterbringung nach § 64 StGB profitieren können, im Rahmen einer Maßregel anderen Zuschnitts Heilungschancen zu eröffnen, hat nicht der Senat, sondern der Gesetzgeber zu entscheiden. (Bearbeiter)

650. BGH 4 StR 120/12 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Stendal)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellungsanforderungen bei der schweren anderen seelischen Abartigkeit: kombinierte Persönlichkeitsstörung, Bandbreite des Verhaltens voll schuldfähiger Menschen).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Zwar können auch nicht pathologisch bedingte Störungen Anlass für eine Unterbringung nach § 63 StGB sein, allerdings nur dann, wenn sie ihrem Gewicht nach der krankhaften seelischen Störung entsprechen. Eigenschaften und Verhaltensweisen, die sich innerhalb der Bandbreite des Verhaltens voll schuldfähiger Menschen bewegen, dürfen nicht als Symptome einer die Schuldfähigkeit erheblich beeinträchtigenden schweren seelischen Abartigkeit bewertet werden. Das gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor allem dann, wenn es um die Beurteilung kaum messbarer, objektiv schwer darstellbarer Befunde und Ergebnisse geht, wie es bei einer „kombinierten Persönlichkeitsstörung“ der Fall

ist. Entscheidend für die Beurteilung der Schuldfähigkeit sind der Ausprägungsgrad der Störung und ihr Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit.

2. Für die Beurteilung der Schwere der Persönlichkeitsstörung ist maßgebend, ob es im Alltag außerhalb des angeklagten Delikts zu Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens gekommen ist. Erst wenn das Muster des Denkens, Fühlens oder Verhaltens, das gewöhnlich im frühen Erwachsenenalter in Erscheinung tritt, sich im Zeitverlauf als stabil erwiesen hat, können die psychiatrischen Voraussetzungen vorliegen, die rechtlich als viertes Merkmal des § 20 StGB, der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ angesehen werden.

648. BGH 4 StR 76/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Dortmund)

Feststellungsvoraussetzungen für die Anordnung des Verfalls, des Wertersatzverfalls und des erweiterten Verfalls (Subsidiarität; Verhältnis unter den verschiedenen Formen der Vermögensabschöpfung).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1. Findet der erweiterte Verfall Anwendung, weil der Angeklagte wegen einer Tat verurteilt wird, für die das Gesetz (hier: § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG i.V.m. § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) auf die Vorschrift des § 73d StGB verweist, erstreckt sich der Verfall auf Vermögensgegenstände des Angeklagten, die unmittelbar für oder aus rechtswidrigen Taten erlangt worden sind, ohne dass diese Taten im Einzelnen festgestellt werden müssen. Als Verfallsgegenstände erfasst werden alle im Sinne des § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB aus rechtswidrigen Taten herrührenden Gegenstände oder deren Surrogate gemäß § 73d Abs. 1 Satz 3, § 73 Abs. 2 Satz 2 StGB, die bei Begehung der den erweiterten Verfall eröffnenden Anknüpfungstat im Vermögen des Angeklagten vorhanden waren. Ist der Verfall eines bestimmten Gegenstandes nach der Anknüpfungstat ganz oder teilweise unmöglich geworden, ist nach § 73d Abs. 2 StGB in entsprechender Anwendung des § 73a StGB auf Wertersatzverfall in Höhe des Wertes des ursprünglich dem erweiterten Verfall unterliegenden Gegenstandes zu erkennen.

2. Die Anordnung des § 73d StGB setzt voraus, dass nach Ausschöpfung aller Beweismittel nicht festgestellt werden kann, dass die aus oder für rechtswidrige Taten erlangten Gegenstände aus solchen Taten herrühren, die Gegenstand der Verurteilung sind.

3. Bei der Anordnung des Verfalls nach § 73 StGB muss die Tat, für die oder aus der etwas erlangt worden ist, Gegenstand der Verurteilung sein.

646. BGH 4 StR 65/12 – Beschluss vom 10. Mai 2012 (LG Bielefeld)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht: Erörterung der Erfolgslosigkeit früherer Therapien und Sachverständigengutachten).

§ 64 Satz 2 StGB

1. Zwar steht nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Umstand, dass ein Täter bereits eine Entzugsbehandlung absolviert hat und danach wieder rückfällig geworden ist, der Erfolgsaussicht einer neuen Therapie nicht ohne weiteres entgegen.

2. Hat der Täter mehrere Entwöhnungsbehandlungen absolviert und ist er entweder danach wieder rückfällig geworden oder mussten die Therapien abgebrochen werden, so darf sich der Tatrichter jedoch nicht auf die bloße Mitteilung des Ergebnisses des Sachverständigen beschränken. Das Revisionsgericht muss prüfen können, ob die Strafkammer bei ihrer Bewertung der Erfolgsaussicht von einem zutreffenden rechtlichen Maßstab ausgegangen ist.

632. BGH 2 StR 73/12 – Beschluss vom 17. April 2012 (LG Wiesbaden)

Strafzumessung (fehlende Milderungsgründe; Doppelverwertungsverbot).

§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB

1. Nachvollziehbare, verständliche Motive für eine Tatbegehung wie ungünstige wirtschaftliche Verhältnisse oder auch eine Suchterkrankung können ebenso wie die Tatverstrickung durch Dritte strafmildernd zu Buche schlagen; ihr Fehlen berechtigt allerdings nicht, dies zu Lasten des Angeklagten zu berücksichtigen. Deshalb darf zu Lasten des Angeklagten weder in Rechnung gestellt werden, dass „keine spontane Tat ohne Anlass“ vorliege, noch angeführt werden, dass der Angeklagte „ohne Druck oder Beeinflussung Dritter“ und auch nicht „aus einer Notsituation heraus“ gehandelt habe.

2. Beim unerlaubten Handelstreiben mit Betäubungsmitteln verstößt es gegen das Doppelverwertungsverbot, wenn das Tatgericht belastend einbezieht, dass „primär finanzielle Erwägungen, die Aussicht auf eine lukrative Einnahmequelle“ Anlass für die Tatbegehung gewesen sei. Dies gilt, soweit von einem besonders verwerflichen, den Rahmen des Tatbestandsmäßigen erheblich übersteigenden Gewinnstreben nach den Feststellungen nicht gesprochen werden kann.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

644. BGH 4 ARs 5/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (OLG Düsseldorf)

BGHSt; Auslieferung und europäischer Haftbefehl bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe (Überprüfung der Vollstreckung der verhängten Strafe im Gnadenswege bei Rechtsanspruch auf Überprüfung; rahmenbeschlusskonforme Auslegung; Vorabentscheidungsverfahren: acte clair-Doctrin; unerträglich harte Strafe und unmenschliche Strafe).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 3 EMRK; § 83 Nr. 4 IRG; Art. 560 StPO Polen; Art. 5 Abs. 2 RB-EUHb; Art. 31 Abs. 2 RB-EUHb; Art. 34 Abs. 2 Buchst. b Satz 3 EUV aF; Art. 267 AEUV; Art. 67 AEUV; § 42 Abs. 1 2. Alt. IRG; § 78 Abs. 2 IRG

1. Die ergänzende Zulässigkeitsvoraussetzung des § 83 Nr. 4 IRG, wonach bei zu erwartender lebenslanger Freiheitsstrafe eine Überprüfung der Vollstreckung der verhängten Strafe spätestens nach 20 Jahren erfolgen muss, ist durch die nach Art. 560 ff. der polnischen Strafprozessordnung vorgesehene Möglichkeit einer Begnadigung erfüllt. (BGHSt)

2. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist ein Gnadenverfahren jedenfalls dann als Überprüfung im Sinne des § 83

Nr. 4 IRG anzusehen, wenn es die Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ermöglicht und es dem Verfolgten einen Anspruch auf eine sachliche Kriterien berücksichtigende Entscheidung über sein Gnadengesuch einräumt. Der Rechtsanspruch kann sich aus einer gesetzlichen Vorschrift des ersuchenden Staates, aus seiner Rechtspraxis oder, im Falle der Zusicherung einer Überprüfung im Auslieferungsverfahren, aus der allgemeinen Pflicht zur Einhaltung bindender völkerrechtlicher Zusagen ergeben. Zweifel im Einzelfall, ob diese Zulässigkeitsvoraussetzung vorliegt, können durch Einholung einer Rechtsauskunft oder einer Zusicherung ausgeräumt werden. (Bearbeiter)

3. Die rahmenbeschlusskonforme Auslegung zwingt dazu, in einem Gnadenverfahren, das die Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ermöglicht und dem Verfolgten einen Anspruch auf eine sachliche Kriterien berücksichtigende Entscheidung über sein Gnadengesuch einräumt, die von § 83 Nr. 4 IRG aufgestellte Voraussetzung einer Überprüfung als erfüllt anzusehen. (Bearbeiter)

4. Art. 5 Abs. 2 RB-EUHb beinhaltet nicht zwei voneinander unabhängige, sondern nur eine Bedingung, die es dem ersuchten Mitgliedstaat erlaubt, die Auslieferung

aufgrund eines Europäischen Haftbefehls bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe zu verweigern, wenn das Recht des Ausstellungsmitgliedstaates – jeweils unter den im Rahmenbeschluss näher genannten Voraussetzungen – eine Reststrafenaussetzung weder aufgrund einer „Überprüfung“ noch aufgrund eines „Gnadenaktes“ zulässt. (Bearbeiter)

5. Die Subsumtion des polnischen Gnadenverfahrens unter das Tatbestandsmerkmal der „Überprüfung“ in § 83 Nr. 4 IRG verstößt nicht gegen allgemeine, insbesondere nicht gegen verfassungs- oder völkerrechtliche Rechtsgrundsätze. Insbesondere stellt eine lebenslange Freiheitsstrafe selbst ohne die Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung als solche keine unerträglich harte oder unmenschliche Strafe dar, die der Auslieferung von vorneherein entgegensteht. (Bearbeiter)

6. Das EuAIÜbk und der Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen über die Ergänzung des EuAIÜbk von 2003 (PL-ErgV EuAIÜbk) sind nicht mehr anwendbar, da nach § 78 Abs. 2 IRG die Bestimmungen des 8. Teils des IRG den in § 1 Abs. 3 IRG genannten völkerrechtlichen Vereinbarungen vorgehen, soweit dieser – wie bei dort enthaltenen speziellen Bestimmungen zum Schutz des Verfolgten, mithin auch im Falle des § 83 Nr. 4 IRG – abschließende Regelungen enthält. (Bearbeiter)

606. BGH 5 StR 523/11 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Göttingen)

BGHR; Bindungswirkung der Nebenklagezulassung durch das Tatgericht; Voraussetzungen der Nebenklagebefugnis (begründende besondere Schutzbedürftigkeit; wirtschaftliches Interesse).

§ 396 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 395 Abs. 3 StPO

1. Das Revisionsgericht bindende Nebenklagezulassung gemäß § 396 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 395 Abs. 3 StPO. (BGHR)

2. Nach § 395 Abs. 3 StPO kann ausnahmsweise auch die Untreue gemäß § 266 StGB zum Nebenklageanschluss berechtigen. Mit der Neufassung des § 395 Abs. 3 StPO wurde ein Auffangtatbestand für die Nebenklagebefugnis von Opfern mit besonders schwerwiegenden Tatfolgen geschaffen, dem zufolge nunmehr alle rechtswidrigen Taten grundsätzlich anschlussfähig sind. Voraussetzung ist eine im Einzelfall zu begründende besondere Schutzwürdigkeit des Verletzten. (Bearbeiter)

3. Allein das wirtschaftliche Interesse eines möglichen Verletzten an der effektiven Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen den Angeklagten ist zur Begründung besonderer Schutzbedürfnisse unzureichend. (Bearbeiter)

625. BGH 1 StR 208/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Essen)

Anforderungen an die Überprüfung der Glaubhaftigkeit eines Geständnisses nach einer Verständigung (Inbegriff der Hauptverhandlung; Rekonstruktionsverbot); Selbstleseverfahren (Zwischenrechtsbehelf; Widerspruchslösung).

§ 257c StPO; § 261 StPO; § 249 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

1. Das im Rahmen einer Verständigung (§ 257c StPO) abgelegte Geständnis ist nicht schon im Ansatz intensiver zu überprüfen als ein nicht im Rahmen einer Verständigung abgelegtes Geständnis. Es gibt keine forensische Erfahrung, wonach bei einem Geständnis stets oder jedenfalls dann, wenn es im Rahmen einer Verständigung abgelegt wurde, ohne weiteres regelmäßig mit einer wahrheitswidrigen Selbstbelastung zu rechnen sei. Dies gilt auch dann, wenn der Angeklagte durch ein unwahres Geständnis Sohn und/oder Lebensgefährtin vor einer Bestrafung schützen würde. Allein die gesetzlichen Wertungen in § 52 StPO, § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB und § 258 Abs. 6 StGB können die für eine solche Annahme erforderlichen konkreten Anhaltspunkte nicht ersetzen.

2. Allein aus einem bestimmten zeitlichen Rahmen kann sich nicht ergeben, dass Feststellungen zu einem Geständnis hinsichtlich eines – zumal für eine Wirtschaftsstrafkammer – leicht erfassbaren Sachverhalts und zu dessen Überprüfung nicht Ergebnis der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) sein könnten.

3. Wer rügt, das Revisionsgericht möge den Ablauf der Hauptverhandlung im Detail überprüfen, um so festzustellen, dass speziell vorliegend keine ordnungsgemäße Beweiserhebung vorliegen könne, verkennt, dass das Revisionsgericht Gang und Inhalt der Beweisaufnahme nicht rekonstruieren darf.

4. Für die Verfahrensrüge einer nicht ordnungsgemäßen Durchführung eines Selbstleseverfahrens ist eine vorherige Entscheidung gemäß § 238 Abs. 2 StPO erforderlich.

5. Ist eine ordnungsgemäße Durchführung des Selbstleseverfahrens durch das Hauptverhandlungsprotokoll belegt, kann erfolgreiches Revisionsvorbringen nicht auf Überlegungen zu einer – jedenfalls objektiv – fehlenden „Wahrhaftigkeit“ der zu Grunde liegenden richterlichen Erklärungen gestützt werden.

556. BGH 3 StR 31/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Oldenburg)

Aufklärungspflicht des Gerichts bei zunächst erfolgter Wahrunterstellung und späterer Annahme von Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache aus tatsächlichen Gründen.

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 6 StPO

Zwar ist das Tatgericht nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nicht zu einem Hinweis verpflichtet, wenn es einen Beweisantrag zunächst im Wege der Wahrunterstellung ablehnt und seine Auffassung später dahingehend ändert, dass es die Beweistatsache dann aus tatsächlichen Gründen für bedeutungslos hält. Auf einen entsprechenden Hinweis darf jedoch jedenfalls dann nicht verzichtet werden, wenn es naheliegt, dass der Angeklagte wegen der Wahrunterstellung davon absieht, Beweisanträge zu einem Thema zu stellen, das mit der als wahr unterstellten Tatsache im Zusammenhang steht und das – im Gegensatz zu dieser Tatsache – für die Ent-

scheidung möglicherweise von Bedeutung ist (vgl. bereits BGHSt 30, 383, 385).

574. BGH 3 StR 422/11 – Urteil vom 29. März 2012 (LG Kleve)

Hinweispflicht des Gerichts nach anfänglicher Behandlung einer Beweistatsache als bedeutungslos (im Laufe des Verfahrens geänderten Einschätzung; zusätzliche Möglichkeiten der Verteidigung; Beruhen); Anforderungen an eine natürliche Handlungseinheit bei Angriffen gegen höchstpersönliche Rechtsgüter; Doppelverwertungsverbot.

§ 244 Abs. 3 StPO; § 337 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Das Gericht muss die Verteidigung darauf hinweisen, dass sich im Laufe des Verfahrens seine Einschätzung hinsichtlich der Würdigung einer Beweistatsache geändert hat, soweit sich aus der geänderten Auffassung für die Verteidigung zusätzlichen Möglichkeiten zur Einflussnahme auf das Verfahren im Interesse des Angeklagten ergeben können. Das Beruhen auf diesem Verfahrensfehler kann aber im – hier vorliegenden – Einzelfall auszuschließen sein.

2. Unter dem Gesichtspunkt einer natürlichen Handlungseinheit liegt eine Tat im sachlich-rechtlichen Sinne vor, wenn mehrere, im Wesentlichen gleichartige Handlungen von einem einheitlichen Willen getragen werden und aufgrund ihres engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs so miteinander verbunden sind, dass sich das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches Geschehen darstellt (st. Rspr.). Sie ist gekennzeichnet durch einen solchen unmittelbaren Zusammenhang zwischen mehreren menschlichen, strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen, dass sich das gesamte Tätigwerden an sich (objektiv) auch für einen Dritten bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitlich zusammengefasstes Tun darstellt.

3. Richten sich die Handlungen des Täters gegen höchstpersönliche Rechtsgüter der Opfer, wird die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, sie liegt jedoch bereits nicht nahe. Höchstpersönliche Rechtsgüter sind einer additiven Betrachtungsweise allenfalls in Ausnahmefällen zugänglich. Deshalb können Handlungen, die sich nacheinander gegen höchstpersönliche Rechtsgüter mehrerer Personen richten, grundsätzlich weder durch ihre enge Aufeinanderfolge noch durch einen einheitlichen Plan oder Vorsatz zu einer natürlichen Handlungseinheit und damit zu einer Tat im Rechtssinne zusammengefasst werden. Ausnahmen kommen nur in Betracht, wenn ein einheitlicher Tatentschluss gegeben ist und die Aufspaltung des Tatgeschehens in Einzelhandlungen wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhanges, etwa bei Messerstichen oder Schüssen innerhalb weniger Sekunden, willkürlich und gekünstelt erschiene.

628. BGH 2 StR 46/12 – Beschluss vom 3. April 2012 (LG Köln)

Verfahrenshindernis und Verfahrenseinstellung wegen eines fehlenden schriftlichen Eröffnungsbeschlusses

(Verbindungsbeschluss durch zwei von den erforderlichen drei Berufsrichtern; Bedeutung dienstlicher Erklärungen).

§ 206a StPO; § 203 StPO

1. Wenn nur zwei der im Einzelfall erforderlichen drei Berufsrichtern über die Verfahrenseröffnung konkludent durch einen Beschluss über die Verbindung mehrerer bei ihr anhängiger Verfahren entschieden haben, liegt darin kein wirksamer Eröffnungsbeschluss.

2. Es kann in diesem Fall nicht allein auf der Grundlage der dienstlichen Erklärungen von drei Berufsrichtern angenommen werden, dass tatsächlich die drei Richter über die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen hatten, jedoch lediglich die schriftliche Abfassung dieser Entscheidung unterblieben sei. Dieses Verfahren vermag einen ordnungsmäßigen Eröffnungsbeschluss, zu dessen wesentlichen Förmlichkeiten die schriftliche Abfassung und die Unterzeichnung durch die mitwirkenden Richter gehören, nicht zu ersetzen.

630. BGH 2 StR 61/12 – Beschluss vom 20. Juni 2012 (BGH)

Gesetzlicher Richter; Besorgnis der Befangenheit von Richtern des BGH im Zusammenhang mit der Besetzung des Vorsitzes des 2. Strafsenates (Druck durch das Präsidium; Ablehnungsgesuch).

§ 24 Abs. 2 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

1. Die Vorgänge um die Neubesetzung und ordnungsgemäße Besetzung des Vorsitzes im 2. Strafsenat des BGH führen nicht zur Besorgnis der Befangenheit hinsichtlich der Richter Ernemann, Fischer und Krehl.

2. Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters ist gerechtfertigt, wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln. Ob nach § 24 Abs. 2 StPO die Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit stattfindet, beurteilt sich stets im Hinblick auf das konkrete Verfahren; ist ein Bezug zum konkreten Verfahrensgegenstand gegeben, kann nicht von einer verfahrenübergreifenden Generalablehnung die Rede sein, die gesetzlich nicht vorgesehen ist.

3. Der von einem der abgelehnten Richter in seiner dienstlichen Erklärung aus seiner subjektiven Wahrnehmung geschilderte Ablauf seiner Anhörung am 18. Januar 2012 vor dem Präsidium ist für Beurteilung unerheblich. Es kann dahinstehen, ob ansonsten durch das Präsidium – wie ein anderer abgelehnter Richter, der am 18. Januar 2012 nicht angehört wurde, dienstlich erklärt hat – nach seinem subjektiven Eindruck und Empfinden ein hoher Druck aufgebaut wurde, die Rechtsprechung der Spruchgruppe 2 des Senates zu ihrer Besetzung aufzugeben. Weiterer Aufklärung, etwa durch Anhörung der Mitglieder des Präsidiums, bedarf es nicht. Selbst wenn die Behauptung, das Präsidium habe wie auch immer gearteten Druck auf die abgelehnten Richter ausgeübt, zutreffen sollte, bezog sich dieser Druck auch nach den dienstlichen Erklärungen der abgelehnten Richter nicht etwa inhaltlich auf die Entscheidung über das Rechtsmittel des

Angeklagten, sondern ausschließlich darauf, dass den bei der Spruchgruppe 2 des 2. Strafsenates anhängigen Verfahren Fortgang gegeben wird. Eine unabhängige Beeinträchtigung der Einflussnahme auf die angehörten Richter – oder den 2. Strafsenat insgesamt – ist in der vorliegenden Konstellation ausgeschlossen (vgl. BVerfG HRRS 2012 Nr. 555).

637. BGH 2 StR 166/12 – Beschluss vom 20. Juni 2012 (BGH)

Gesetzlicher Richter; Besorgnis der Befangenheit von Richtern des BGH im Zusammenhang mit der Besetzung des Vorsitzes des 2. Strafsenates (Druck durch das Präsidium; Ablehnungsgesuch).

§ 24 Abs. 2 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

1. Die Vorgänge um die Neubesetzung und ordnungsgemäße Besetzung des Vorsitzes im 2. Strafsenat des BGH führen nicht zur Besorgnis der Befangenheit hinsichtlich der Richter Ernemann, Fischer, Krehl und Eschelbach.

2. Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters ist gerechtfertigt, wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln. Ob nach § 24 Abs. 2 StPO die Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit stattfindet, beurteilt sich stets im Hinblick auf das konkrete Verfahren; ist ein Bezug zum konkreten Verfahrensgegenstand gegeben, kann nicht von einer verfahrensübergreifenden Generalablehnung die Rede sein, die gesetzlich nicht vorgesehen ist.

3. Der von einem der abgelehnten Richter in seiner dienstlichen Erklärung aus seiner subjektiven Wahrnehmung geschilderte Ablauf seiner Anhörung am 18. Januar 2012 vor dem Präsidium ist für Beurteilung unerheblich. Es kann dahinstehen, ob ansonsten durch das Präsidium – wie ein anderer abgelehnter Richter, der am 18. Januar 2012 nicht angehört wurde, dienstlich erklärt hat – nach seinem subjektiven Eindruck und Empfinden ein hoher Druck aufgebaut wurde, die Rechtsprechung der Spruchgruppe 2 des Senates zu ihrer Besetzung aufzugeben. Weiterer Aufklärung, etwa durch Anhörung der Mitglieder des Präsidiums, bedarf es nicht. Selbst wenn die Behauptung, das Präsidium habe wie auch immer gearteten Druck auf die abgelehnten Richter ausgeübt, zutreffen sollte, bezog sich dieser Druck auch nach den dienstlichen Erklärungen der abgelehnten Richter nicht etwa inhaltlich auf die Entscheidung über das Rechtsmittel des Angeklagten, sondern ausschließlich darauf, dass den bei der Spruchgruppe 2 des 2. Strafsenates anhängigen Verfahren Fortgang gegeben wird. Eine unabhängige Beeinträchtigung der Einflussnahme auf die angehörten Richter – oder den 2. Strafsenat insgesamt – ist in der vorliegenden Konstellation ausgeschlossen (vgl. BVerfG HRRS 2012 Nr. 555).

635. BGH 2 ARs 159/12 (2 AR 100/12) – Beschluss vom 16. Mai 2012 (LG Osnabrück)

Örtliche Zuständigkeit zur Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (aufgenommen; Aufnahme; gesetzlicher Richter). Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 67e Abs. 1 und 2 StGB; § 64 StGB; § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 463 Abs. 1 StPO

1. „Aufgenommen“ im Sinne des § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO ist ein Verurteilter, wenn er sich in der betreffenden Vollzugseinrichtung auch tatsächlich und nicht nur vorübergehend wie etwa im Rahmen einer Verschiebung oder zum Zwecke einer medizinischen Untersuchung aufhält. Dabei ist es unerheblich, ob die Vollzugseinrichtung nach dem Vollstreckungsplan des jeweiligen Bundeslandes auch zuständig ist; dies gilt auch dann, wenn – wie im Fall vom Übergang der Untersuchungshaft in Straftaft – eine spätere Verlegung in eine zuständige Einrichtung schon abzusehen ist (st. Rspr.).

2. Anders zu beurteilen sind lediglich die Fälle, in denen sich der Verurteilte entgegen der Ladung in einer unzuständigen Vollzugsanstalt zum Strafantritt meldet und alsbald in die zuständige Anstalt verlegt wird; wird aber die Haft in der Folge gleichwohl in der unzuständigen Vollzugsanstalt vollzogen, ist auch in diesen Fällen allein der tatsächliche Aufenthalt des Verurteilten für die Bestimmung der zuständigen Strafvollstreckungskammer maßgeblich. Die nach Landesrecht zuständige Vollzugseinrichtung kann daher die Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer nach § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO nur begründen, wenn sich der Verurteilte in der Einrichtung auch zugleich und dies nicht nur vorübergehend aufhält.

3. Nichts anderes gilt für eine spätere Verlegung eines Verurteilten. Unter den Begriff der Aufnahme fällt nicht nur die Erstaufnahme, sondern auch jede spätere Verlegung in eine andere Vollzugseinrichtung. Der (nicht nur vorübergehende) Aufenthaltswechsel bewirkt den Übergang der Zuständigkeit auf diejenige Strafvollstreckungskammer, zu deren Bezirk die Einrichtung gehört, in die der Betroffene verlegt wird.

654. BGH 4 StR 649/11 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Kaiserslautern)

Unzulässige Revision (mangelnde Beschwerde nach dem Urteilstenor); exklusive Verwerfungskompetenz des Revisionsgerichts.

§ 349 Abs. 1 StPO; § 346 StPO

Die Befugnis des Tatgerichts zur Verwerfung der Revision ist auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen der Beschwerdeführer die für die Einlegung und Begründung des Rechtsmittels vorgeschriebenen Formen und Fristen nicht gewahrt hat (§ 346 Abs. 1 StPO). Kann sich die Unzulässigkeit der Revision aus einem anderen Grund ergeben, so hat allein das Revisionsgericht zu entscheiden, das sich nach § 349 Abs. 1 StPO umfassend mit dem Gesamtkomplex der Zulässigkeit befassen muss. Dies gilt auch dann, wenn ein solcher Grund mit Mängeln der Form- und Fristeinholung zusammentrifft (st. Rspr.).

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

612. BGH GSSt 2/11 – Beschluss vom 29. März 2012 (BGH)

BGHSt; Strafbarkeit von Vertragsärzten wegen Korruptionsdelikten (Verordnung von Arzneimitteln; Bestechung; Bestechlichkeit; Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr: Beauftragter); Amtsträger (Krankenkasse als sonstige Stelle der öffentlichen Verwaltung).

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 73 Abs. 2 SGV V; § 331 StGB; § 332 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB; § 299 StGB

1. Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V, hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB. (BGHSt)
2. Gesetzliche Krankenkassen sind jedenfalls sonstige Stellen der öffentlichen Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB. Jedoch ist das in den §§ 72 ff. SGB V geregelte System der vertragsärztlichen Versorgung so ausgestaltet, dass der einzelne Vertragsarzt keine Aufgabe öffentlicher Verwaltung wahrnimmt. Eine Zuordnung zu diesem Bereich setzt im Rahmen einer wertenden Betrachtung regelmäßig das Fehlen von Elementen individuell begründeten Vertrauens, der Gleichordnung und der Gestaltungsfreiheit voraus, so dass der die handelnde Person als ausführendes Organ hoheitlicher Gewalt erscheint. (Bearbeiter)
3. Die Zulassung eines Arztes zur vertragsärztlichen Versorgung (§ 95 SGB V) ist schon deshalb keine Bestellung im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB, weil es insoweit an einer der Krankenkasse unmittelbar zurechenbaren Entscheidung fehlt. (Bearbeiter)
4. Es kann dahinstehen, ob eine gesetzliche Krankenkasse die Merkmale eines geschäftlichen Betriebes im Sinne von § 299 Abs. 1 StGB erfüllt, da der Vertragsarzt jedenfalls nicht als deren Beauftragter handelt. Dies folgt bereits aus dem Wortsinn, wonach ein „Beauftragter“ regelmäßig durch den Auftraggeber ausgewählt und von ihm bei der Ausübung seiner Tätigkeit angeleitet wird. Weiterhin steht der Annahme einer Beauftragtenstellung des Vertragsarztes entgegen, dass dieser den gesetzlichen Krankenkassen im System des § 72 Abs. 2 Satz 1 SGB V auf einer Ebene der Gleichordnung gegenübertritt. Im Übrigen ist die Rechtsmacht des Vertragsarztes zur Konkretisierung des Anspruchs des gesetzlich Versicherten eingeschränkt. (Bearbeiter)
5. Der Große Senat verkennt nicht die grundsätzliche Berechtigung des Anliegens, Missständen, die – allem

Anschein nach – gravierende finanzielle Belastungen des Gesundheitssystems zur Folge haben, mit Mitteln des Strafrechts entgegenzutreten. Die Anwendung von Strafvorschriften, deren Tatbestandsstruktur und Wertungen der Erfassung entsprechender Verhaltensweisen jedoch entgegenstehen, auf der Grundlage allein dem Gesetzgeber vorbehaltener Strafwürdigkeitserwägungen ist der Rechtsprechung jedoch versagt. (Bearbeiter)

617. BGH 1 StR 103/12 – Urteil vom 22. Mai 2012 (LG Hamburg)

BGHSt; Strafzumessung bei gewerbsmäßiger Hinterziehung von Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben in Millionenhöhe (Umsatzsteuerhinterziehung; minder schwerer Fall des gewerbsmäßigen Schmuggels; Freiheitsstrafe auf Bewährung; besonders gewichtige Milderungsgründe; Mehrheit von gleichgelagerten Einzeltaten; gebotene Berechnungsdarstellung); Aufhebungsumfang bei einem zum Strafausspruch widersprüchlichem Urteil (Aufhebung des Schuldausspruchs trotz Beschränkung der Revision auf den Strafausspruch).

§ 370 Abs. 1 und 3 AO; § 373 Abs. 1 AO; § 46 StGB; § 353 StPO; § 261 StPO

1. Auch bei einer gewerbsmäßigen Hinterziehung von Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben nach § 373 AO in Millionenhöhe kommt eine zwei Jahre nicht überschreitende Freiheitsstrafe nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe in Betracht. (Fortführung von BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71 und BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 – 1 StR 525/11). (BGHSt)
2. Sowohl beim Schmuggel nach § 373 AO wie auch bei der Steuerhinterziehung nach § 370 AO ist es dabei ohne Bedeutung, ob die Millionengrenze durch eine einzelne Tat oder erst durch mehrere gleichgelagerte Einzeltaten erreicht worden ist. (Fortführung von BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71 und BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 – 1 StR 525/11). (BGHSt)
3. Die Beschränkung eines Rechtsmittels allein auf den Rechtsfolgenausspruch ist grundsätzlich zulässig. Die in der Regel gegebene Trennbarkeit zwischen Schuld- und Strafausspruch ist jedoch – ausnahmsweise – zu verneinen, wenn die Schuldfeststellungen eine getrennte Überprüfung des angefochtenen Urteils nicht ermöglichen, ohne dass der nicht angefochtene Teil mitberührt würde. Dies ist hier jedoch der Fall, wenn die Feststellungen zur Tat so knapp, unvollständig, unklar und zudem widersprüchlich sind, dass sie keine hinreichende Grundlage für die Prüfung der Rechtsfolgenentscheidung bilden. (Bearbeiter)
4. Zwar erfordert ein lediglich den Schuldumfang betreffender Rechtsfehler regelmäßig nicht die Aufhebung

auch des Schuldspruchs, da sich die Verurteilung jedenfalls im Ergebnis rechtfertigt. So lässt es bei Steuerhinterziehung den Schuldspruch grundsätzlich unberührt, wenn lediglich der Verkürzungsumfang, etwa durch eine fehlerhafte Schätzung, unrichtig bestimmt ist, die Verwirklichung des Tatbestandes aber sicher von den Feststellungen getragen wird. Der Schuldspruch ist jedoch aufzuheben, wenn wesentliche Modalitäten zu dem auch den Schuldumfang determinierenden Tathergang unklar bleiben und dem neuen Tatrichter die Möglichkeit zu geben ist, eine Entscheidung ohne Bindung an die bisherigen – widersprüchlichen – Feststellungen zu treffen. (Bearbeiter)

5. Auf eine bloße Vermutung kann eine Verurteilung auch nach einer vorausgegangenen Verständigung insbesondere bei der Steuerhinterziehung nicht gestützt werden. Für die Tat des § 373 AO ist der konkreten Tatzeitpunkt festzustellen. Es darf nicht der anzunehmende Gesamtschaden mitgeteilt werden. (Bearbeiter)

6. Bei Schmuggel gemäß § 373 AO handelt es sich um einen Qualifikationstatbestand gegenüber dem Grundtatbestand der Steuerhinterziehung (§ 370 AO). Liegen Qualifikationsmerkmale nicht vor, ist die Hinterziehung von Einfuhrabgaben eine Steuerhinterziehung. (Bearbeiter)

7. Für gewerbsmäßiges Handeln genügt bereits die Absicht, sich durch wiederholte Hinterziehung von Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen. (Bearbeiter)

610. BGH 5 StR 567/11 – Beschluss vom 24. Mai 2012 (LG Berlin)

BGHSt; Durchbrechung der Verwaltungsrechtsakzessorietät im Aufenthaltsstrafrecht (formell bestandskräftige Visa von Drittstaatsangehörigen; Vorabentscheidungsverfahren).

§ 95 Abs. 6 AufenthG; § 96 AufenthG; § 97 AufenthG

1. Durch arglistige Täuschung der zuständigen Behörden des Ausstellermittgliedstaats über den wahren Reisezweck erlangte, jedoch formell bestandskräftige Visa von Drittstaatsangehörigen schließen deren Strafbarkeit wegen illegaler Einreise und illegalen Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 2, 3 AufenthG) sowie eine Strafbarkeit gemäß den hieran anknüpfenden Schleusungstatbeständen der §§ 96, 97 AufenthG nach § 95 Abs. 6 AufenthG verfassungsrechtlich unbedenklich nicht aus; Unionsrecht steht dem nicht entgegen (im Anschluss an die Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union durch Urteil vom 10. April 2012 in der Rechtssache C-83/12 PPU). (BGHSt)

2. Bei § 95 Abs. 6 AufenthG handelt es sich nicht um einen eigenständigen Straftatbestand, sondern um eine Gleichstellungsklausel in Bezug auf das in § 95 Abs. 1 Nr. 2, 3 AufenthG normierte negative Tatbestandsmerkmal des Fehlens eines erforderlichen Aufenthaltstitels. Die Vorschrift bewirkt bei Vorliegen ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen trotz Vorhandensein eines verwaltungsrechtlich formell bestandskräftigen Aufenthaltstitels eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3

AufenthG, die ihrerseits den Anknüpfungspunkt für die „Schleusungstatbestände“ nach §§ 96, 97 AufenthG bilden können. (Bearbeiter)

3. Aus der Gleichstellung des Handelns auf Grund eines erschlichenen Aufenthaltstitels mit dem Handeln ohne Aufenthaltstitel folgt, dass im Rahmen der Strafvorschriften des § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG die mit einem erschlichenen Aufenthaltstitel erfolgte Einreise als unerlaubt und die Ausreisepflicht somit als vollziehbar anzusehen ist (vgl. § 58 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG). Dies gilt unbeschadet der Tatsache, dass § 95 Abs. 6 AufenthG für die entsprechenden Fälle des § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG keine ausdrückliche Regelung über eine solche Ausreisepflicht enthält. (Bearbeiter)

4. § 95 Abs. 6 AufenthG lockert die Akzessorietät der betroffenen Strafrechtsbestimmungen zum – unionsrechtlich ausgeformten – Verwaltungsrecht. Dies ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da ein verfassungsrechtlich anzuerkennender Vertrauensschutz mangels schutzwürdigen Vertrauens der geschleusten Personen und der diese unterstützenden Mitglieder der Schleuserorganisationen offensichtlich nicht gegeben ist. Auch der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung (vgl. dazu etwa BVerfGE 116, 164 mwN) steht der (rückwirkenden) „Annullierung“ einer durch die Beteiligten rechtsmissbräuchlich erlangten rechtswidrigen Erlaubnis nicht entgegen. (Bearbeiter)

577. BGH 3 StR 472/11 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Wuppertal)

Betrugsrelevanter Irrtum innerhalb von Personenmehrheiten (erforderliche Feststellungen).

§ 263 StGB

1. Bei einem Betrug zum Nachteil einer Personenmehrheit bedarf es konkreter Feststellungen in den Urteilsgründen darüber, wer innerhalb der Organisationsstruktur auf welcher Grundlage und mit welchen Vorstellungen die Verfügung vorgenommen hat.

2. Leiten Personen auf der unteren Hierarchieebene ihre Befugnis zur Verfügung über das Vermögen der Personenmehrheit ausschließlich von ihren Vorgesetzten ab, kommt es regelmäßig auf deren Gutgläubigkeit an, nicht auf diejenige der die Verfügung ausführenden Mitarbeiter. Auf den unteren Hierarchieebenen einer Organisation scheidet ein Irrtum zudem dann häufig aus, wenn die handelnden Personen keinerlei Prüfungskompetenzen haben und sie ihre Verfügungen vielmehr rein „mechanisch“ vornehmen.

605. BGH 5 StR 499/11 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Leipzig)

Betrug als uneigentliches Organisationsdelikt (Betrugsvorsatz: Vertrauen des Angeklagten in die Realisierbarkeit des Anlagemodells bei vermeintlichem „Schneeballsystem“); Notwendigkeit der Feststellung des konkreten Inhalts von Beratungsgesprächen bei vermeintlicher Täuschung durch (gutgläubige) Anlagevermittler; Gewerbsmäßigkeit.

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 16 StGB; § 15 StGB

1. Will das Gericht von einem uneigentlichen Organisationsdelikt ausgehen, muss es immerhin Feststellungen treffen, nach denen der Angeklagte kausal durch die Einwirkung auf Untergebene bzw. Mitarbeiter für die Tat kausal wurde oder kausal werden konnte. Handlungen im Vorfeld genügen nicht. Es bedarf insbesondere bei einer betrügerischen Anlagevermittlung Feststellung dazu, welche Vorgaben der Angeklagte den Vermittlern gemacht hat.

2. Glaubt der Angeklagte möglicherweise an die Realisierbarkeit seines Anlagenmodells, muss sich das Tatgericht unter dem Gesichtspunkt eines möglicherweise entfallenden Betrugsvorsatzes mit den dafür bestehenden Indizien auseinandersetzen. Es bedarf einer tatsachenfundierten Festlegung, wann und aufgrund welcher Umstände der Angeklagte nicht mehr von einer Realisierung hat ausgehen können und wie er eine solche Erkenntnis in eine Täuschung der Anleger umgesetzt hat. Das Gericht muss sich mit dem Anlagekonzept näher befassen.

3. Je weniger der Angeklagte selbst an Mitteln für die Realisierung einer von ihm initiierten (Stromerzeugungs-)Anlage aufgewendet hat, umso eher drängt sich der Schluss auf, dass ihre Errichtung gar nicht beabsichtigt war und es dem Angeklagten allein darum ging, die Gelder ohne Gegenleistung betrügerisch zu erlangen.

653. BGH 4 StR 381/11 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Bielefeld)

Untreue bei Vertretung von Schadensersatzansprüchen (tatsächliche Begründung der Vermögensbetreuungspflicht und Geschäftsführung ohne Auftrag; Pflichtverletzung; Vermögensnachteil: wirtschaftliche Herleitung; Betrug; Prozessführung ohne Mandat; Gesetzmäßigkeitsprinzip).

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

1. Es bleibt offen, ob und in welchem Umfang die Begründung von Vermögensbetreuungspflichten aus faktischen Gegebenheiten im Hinblick auf den Gewährleistungsgehalt von Art. 103 Abs. 2 GG nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Juni 2010 überhaupt noch in Betracht kommt.

2. Eine Geschäftsführung ohne Auftrag begründet für sich genommen kein Treueverhältnis, das Grundlage für eine Verurteilung wegen Untreue bilden könnte.

651. BGH 4 StR 122/12 – Beschluss vom 10. Mai 2012 (LG Bielefeld)

Zuwiderhandlung gegen eine bestimmte vollstreckbare Anordnung nach § 1 Abs. 1 S. 1 GewSchG (Feststellungsvoraussetzungen bezüglich der vollstreckbaren Anordnung; Zustellung, einstweilige Verfügung, Vollstreckbarkeit vor Zustellung).

§ 1 Abs. 1 S. 1 GewSchG; § 935 ZPO; § 216 Abs. 2 S. 1 FamFG

1. Die wirksame Zustellung ist Voraussetzung für die Strafbarkeit nach § 4 Satz 1 GewSchG; die bloße Kenntnis vom Inhalt der Anordnung steht dem nicht gleich.

2. Dies gilt auch, soweit Gewaltschutzsachen nach den §§ 1 und 2 GewSchG gemäß § 111 Nr. 6, § 210 FamFG seit dem 1. September 2009 uneingeschränkt Familiensachen geworden sind und keine Vollstreckbarkeit vor Zustellung nach § 216 Abs. 2 S. 1 FamFG belegt wird.

568. BGH 3 StR 131/12 – Beschluss vom 17. April 2012 (LG Lüneburg)

Handeltreiben bzw. Erwerb mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Voraussetzungen der Mittäterschaft beim Erwerb von Betäubungsmitteln in einer „Einkaufsgemeinschaft“.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

Allein der Umstand, dass sich Beteiligte durch gemeinsamen Bezug der von ihnen jeweils zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmittel günstigere Einkaufsbedingungen verschaffen („Einkaufsgemeinschaft“), macht diese noch nicht im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zu Mittätern des Handeltreibens des jeweils anderen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn kein Mitbesitz des einzelnen Beteiligten an der Gesamtmenge vorliegt. Ein täterschaftliches Handeltreiben folgt in diesen Fällen auch nicht ohne weiteres daraus, dass durch den gemeinsamen Erwerb ein niedrigerer Einkaufspreis angestrebt wird, da dieser Vorteil nicht den notwendigen Umsatzbezug aufweist.

621. BGH 1 StR 178/12 – Beschluss vom 29. Mai 2012 (LG Traunstein)

Ermittlungsaufwand bei möglicher Bewertungseinheit bei unerlaubtem Handeltreiben und Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (Einfuhr; Voraussetzungen einer Schätzung).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG

Der Zweifelssatz gebietet es nicht, festgestellte Einzelverkäufe (hier: Abgaben an Minderjährige) zu einer Bewertungseinheit zusammenzufassen, nur weil eine nicht näher konkretisierte Möglichkeit besteht, dass diese ganz oder teilweise aus einer einheitlich erworbenen Menge stammen. Auch wenn es nahe liegt, dass jeweils eine gewisse – freilich kaum konkret quantifizierbare – Anzahl der abgeurteilten Verkaufs- bzw. Abgabemengen aus einheitlichen Vorräten stammten, kann kein unverhältnismäßiger Aufwand verlangt werden, um eventuell eine Bewertungseinheit festzustellen (st. Rspr.).

631. BGH 2 StR 66/12 – Beschluss vom 16. Mai 2012 (LG Koblenz)

Aufklärungshilfe beim unerlaubten Betäubungsmittelhandel (minder schwerer Fall).

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 2 BtMG; § 29 Abs. 3 BtMG

Die Würdigung der Aufklärungshilfe darf sich nicht allein am Schuldumfang der vom Angeklagten begangenen Taten und nicht an dem Gewicht des von ihm geleisteten Aufklärungsbeitrags orientieren.

Unmittelbare EU-Strafkompetenzen aus Sicht des deutschen Strafrechts

Von Prof. Dr. Matthias Krüger, München*

I. Einleitung

Wenn man über „Unmittelbare EU-Strafkompetenzen aus Sicht des deutschen Strafrechts“ schreibt, kann man selbstverständlich nicht auf sämtliche Aspekte der Europäisierung des deutschen Strafrechts eingehen. Insbesondere soll im Folgenden nicht hinterfragt werden, in welchem Maße die europarechtlichen Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit einer unmittelbaren Strafrechtssetzungskompetenz der EU Grenzen zu setzen vermögen.¹ Es soll vielmehr schlicht um die Frage gehen, welche Kompetenzen die europäischen Institutionen in diesem Zusammenhang überhaupt haben (können).

Erst wenn die Antwort darauf gefunden ist, kommen die genannten unionsrechtlichen Grundsätze ins Spiel, und zwar in Verbindung mit dem sog. Lissabon-Urteil des BVerfG.² Darin hat das Gericht bekanntlich betont, dass es einen Kernbereich einer unübertragbaren und integrationsfesten Identität der Verfassung gibt, der am Schutz der Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG) teilnimmt.³ Zu diesem Kernbereich zählt Karlsruhe das Strafrecht. Weil die Strafnorm als Ausdruck eines „mit staatlicher Autorität versehenen sozialetischen Unwerturteils über die pönalisierte Handlungsweise“ daherkommt und die Bestrafung im Einzelfall mit „intensivsten Eingriffen in die persönliche Freiheit im modernen Verfassungsstaat“ verbunden ist und weil eine „besonders empfindliche Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen“ besteht, obliegt das Strafrecht grundsätzlich der demokratisch legitimierten Verantwortung der Mitgliedstaaten.⁴ Schlussendlich deutet Karlsruhe die Strafrechtspflege noch als „unverzichtbares Element zur Sicherung der Unverbrüchlichkeit

der Rechtsordnung“ und die Sicherung des Rechtsfriedens durch Strafrechtspflege als „zentrale Aufgabe staatlicher Gewalt“.⁵ Daraus zieht das BVerfG unmittelbare Schlussfolgerungen für ein europäisiertes deutsches Strafrecht.

Mit diesen – in Teilen sehr markigen – Worten verbindet Karlsruhe nämlich die Forderung nach einer engen Auslegung der vertraglichen EU-Strafkompetenzen. Unmittelbar bezieht sich der Appell auf Art. 83 AEUV. Danach hat die EU zum einen die Befugnis zum Richtlinienerlass in der Strafrechtspflege, wenn es um besonders schwere Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension geht, und zum anderen eine sog. Annexkompetenz, wonach Richtlinien mit strafrechtlichem Inhalt auf einem bereits harmonisierten Politikfeld möglich sind, wenn „sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union“ erweist. Insofern handelt es sich aber nicht zwangsläufig um eine strafrechtliche Vollharmonisierung, weil Richtlinien den Mitgliedstaaten schließlich noch etwas an Spielraum belassen.⁶ Überdies hat Karlsruhe das Korsett im geschilderten Sinn eng geschnürt und der deutsche Gesetzgeber die verfassungsgerichtlichen Forderungen alsbald nach der Lissabon-Entscheidung umgesetzt.

II. Kompetenz zum Erlass von EU-Verordnungen mit strafrechtlichem Inhalt

Im Schatten dieser Debatte hat sich eine andere – im Moment kontrovers geführte und mindestens ebenso spannende – Diskussion entwickelt, ob es nämlich ein in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares EU-Strafrecht geben könnte. Die Meinungen darüber sind geteilt: Während sich eine leichte Mehrheit dafür ausspricht,⁷ mangelt es an gegenteiligen Stimmen aber

* Prof. Dr. Matthias Krüger hat an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München eine Professur für Straf- und Strafprozessrecht inne. Er dankt seinem wiss. Mitarbeiter Herrn *Lenard Wengenroth* recht herzlich für die Diskussionsbereitschaft und die Fußnoten.

¹ Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 3. Auflage (2011), § 11 Rn. 8; Sieber *ZStW* 121 (2009), 1, 59; Zimmermann *JURA* 2009, 844, 847. Vgl. ferner noch *Sturges HRRS* 2012, 273, 274.

² BVerfGE 123, 267 = *NJW* 2009, 2267.

³ BVerfGE 123, 267, 268.

⁴ BVerfGE 123, 267, 408.

⁵ BVerfGE 123, 267, 408.

⁶ Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Auflage, 2012, Art. 288 AEUV Rn. 86 ff.

⁷ Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3. Auflage (2011), § 9 Rn. 8; Callies *ZEuS* 2008, 37; Hecker a.a.O. (Fn. 1), § 4 Rn. 81 mit § 14 Rn. 44; Mansdörfer *HRRS* 2010, 18; Mylonopoulos *ZStW* 123 (2011), 633, 634 f.; Noltenius *ZStW* 122 (2010), 618; Nürnberger *ZJS* 2009, 497; Rosenau *ZIS* 2008 9, 16; Safferling, *Internationales Strafrecht* (2011), § 10

gleichfalls nicht⁸. Die folgenden Ausführungen werden zeigen, dass vielleicht ein Mittelweg angezeigt ist.

1. Mitteilung der Kommission vom 20. September 2011

Aus Brüssel ist diese Diskussion im September 2011 dadurch befeuert wurden, dass die Kommission eine einschlägige Mitteilung veröffentlicht hat.⁹ Unter dem Titel „Auf dem Weg zu einer europäischen Strafrechtspolitik: Gewährleistung der wirksamen Durchführung der EU-Politik durch das Strafrecht“ wird die „Vision einer kohärenten, einheitlichen Strafrechtspolitik der EU im Jahre 2020“ entwickelt. Darin ist, wenngleich die Kommission durch Lissabon „keine grundlegende Änderung des möglichen Anwendungsbereichs des EU-Strafrechts“ konstatiert, ganz offen die Rede vom „Mehrwert eines EU-Strafrechts“ und einer „weitere[n] Gestaltung einer EU-Strafrechtspolitik auf der Grundlage des Vertrags von Lissabon“, der „neue Möglichkeiten für die Gestaltung des EU-Strafrechts“ eröffnet, um auf „ein kohärentes einheitliches EU-Strafrecht hinzuarbeiten“.

Bevor nunmehr in das Lied vom Anfang des Endes der nationalen Strafrechtspflege eingestimmt wird, ist aus der Mitteilung mitzuteilen, dass die Kommission expressis verbis ausführt, dass es „nicht Aufgabe der EU [ist], nationale Strafgesetzbücher zu ersetzen“.¹⁰ Des Weiteren befasst sich die Mitteilung primär mit der Annexrichtlinienkompetenz aus Art. 83 Abs. 2 AEUV. Überhaupt braucht die Mitteilung nicht weiter zu interessieren oder interpretiert zu werden. Schließlich spielt sie bestenfalls auf der Ebene des Sekundärrechts eine Rolle, ist darüber hinaus aber nicht in der Lage, das höherrangige Unionsprimärrecht zu präjudizieren.

2. Strafrechtliche EU-Verordnungen in einzelnen Politikfeldern

Vielmehr hat man sich den Unionsverträgen selbst anzunehmen und dabei der Frage, ob sie die Befugnis zum Erlass eines EU-Strafrechts im Wege einer Verordnung beinhalten. Unmittelbar augenfällig ist insofern Art. 325 AEUV, der sich nach seiner Kapitelüberschrift der Betrugsbekämpfung widmet. Daneben wird diskutiert, und darum soll es zunächst gehen, ob es ebenso auf anderen Feldern der Unionspolitik eine Kompetenz zum Erlass von Verordnungen mit strafrechtlichem Inhalt gibt.

Während eine umfassende strafrechtliche Verordnungskompetenz auf sämtlichen Politikfeldern abgelehnt wird, schon weil man sich sonst Art. 83 Abs. 2 AEUV hätte sparen können, tobt eine Diskussion darüber, ob nicht

jedenfalls auf bestimmten Feldern der Unionspolitik eine strafrechtliche Verordnungskompetenz existiert.¹¹ Zur Bekämpfung des Menschenhandels etwa hält man den Erlass supranationaler Straftatbestände auf Basis von Art. 79 Abs. 2 AEUV nicht für ausgeschlossen.¹² Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die besseren Gründe sprechen dagegen.

Die Union selbst traut sich eine solche Befugnis anscheinend nicht zu. Jedenfalls nimmt sie sie nicht in Anspruch. Im April 2011 nahm sie sich nämlich der Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels zum Schutz seiner Opfer an, und zwar mit den Mitteln des Strafrechts.¹³ Der entsprechende Rechtsakt knüpft dabei an den einschlägigen Rahmenbeschluss aus dem Jahre 2002 an und ersetzt diesen zugleich. An seine Stelle trat im April 2011 aber gerade nicht eine Verordnung, sondern vielmehr eine Richtlinie, als deren Rechtsgrundlage überdies nicht Art. 79 AEUV, sondern Art. 83 Abs. 1 AEUV genannt wird. Freilich kann man darin bloß eine (noch) vornehme Zurückhaltung der europäischen Institutionen, gewissermaßen eine Selbstbeschränkung erblicken. Im Übrigen muss man seine Rechte und Befugnisse nicht wahrnehmen. Von daher kann man aus der Verabschiedung strafrechtlicher Richtlinien auf dem Gebiet des Menschenhandels nicht zwangsläufig schließen, dass nicht stattdessen bzw. ebenso entsprechende EU-Verordnungen möglich wären.

Fraglich ist freilich, ob Art. 79 AEUV dies zulässt, wie es verschiedentlich angenommen wird.¹⁴ Er sieht eine gemeinsame Einwanderungspolitik als Ziel der EU vor und verschreibt sich zugleich der Verhütung und verstärkten Bekämpfung von illegaler Einwanderung und Menschenhandel, und zwar durch „Maßnahmen“ und damit unter Einschluss von „Verordnungen“. Damit kommt die Frage auf, ob dies die Kompetenz einschließt, auf diesen Gebieten unmittelbar wirkende EU-Verordnungen mit strafrechtlichem Inhalt verabschieden zu dürfen.

a) Systematische Überlegungen

Zunächst liegt ein erster systematischer Einwand nahe. Man fragt sich, warum Art. 83 AEUV den „Menschenhandel“ expressis verbis aufzählt, wenn schon Art. 79 AEUV strafrechtliche EU-Verordnungen in diesem Bereich erlauben soll.¹⁵ Befürworter einer Strafrechtskompetenz aus Art. 79 AEUV führen dazu aus, dass Art. 83 AEUV nicht zwingend gegen eine strafrechtliche Verord-

Rn. 41 f.; Satzger, in: Streinz a.a.O. (Fn. 6), Art. 325 AEUV Rn. 21; ders. ZRP 2010, 137; Zimmermann JURA 2009, 845 f.

⁸ Böse, in: Festschrift für Krey (2010), S. 16; Heger ZIS 2009, 416; Zöller ZIS 2009, 340, 344.

⁹ KOM/2011/0573 endg. v. 20. 11. 2011 und dazu Brodowski ZIS 2010, 940, 943 f.

¹⁰ KOM/2011/0573 endg. v. 20. 11. 2011, S. 5.

¹¹ Streitstand bei Hecker a.a.O. (Fn. 1), § 4 Rn. 67 ff.

¹² Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Auflage (2011), § 8 Rn. 26.

¹³ Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. 4. 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JL des Rates (ABl. EU 2011 vom 15. 4. 2011 Nr. L 101, S. 1) und dazu Brodowski ZIS 2010, 940, 944 f.

¹⁴ Satzger a.a.O. (Fn. 12), § 8 Rn. 26; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, 2. Auflage (2008), Rn. 49; Schramm ZJS 2010, 615; Walter ZStW 117 (2005), 913, 917.

¹⁵ Ambos a.a.O. (Fn. 7), § 9 Rn. 9; Schramm ZJS 2010, 615, 616; Mansdörfer HRRS 2010, 11, 18; Heger ZIS 2009, 406, 416; Böse ZIS 2010, 76, 87.

nungskompetenz aus Art. 79 AEUV sprechen würde, sondern lediglich zeigt, welches unsystematische Behandlung des Strafrechts in den Unionsverträgen erfährt.¹⁶ Mit einer Begründung versieht man die Behauptung freilich nicht, wohl weil sie ziemlich schwer fallen dürfte, denn das Strafrecht erfährt durchaus eine systematische Behandlung im Unionsprimärrecht.

Die Kapitelüberschrift vor Art. 82 AEUV lautet schließlich „Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen“. Es steht kaum zu vermuten, dass die vertragsschließenden Mitgliedstaaten diese Überschrift nicht vor Augen hatten, als sie wenige Vorschriften zuvor Art. 79 AEUV vereinbart haben. Wenn sie dieser Norm tatsächlich strafrechtliche Bedeutung hätten beimessen wollen, hätten sie wohl diese wenigen Normen zugewartet oder jedenfalls eine irgendwie geartete systematische Verknüpfung geschaffen. Von daher sprechen die Systematik der Unionsverträge und zugleich der Wille der vertragsschließenden Mitgliedstaaten gegen die Annahme, aus Art. 79 AEUV eine Verordnungskompetenz auf strafrechtlichem Terrain ableiten zu können.

b) Argumente aus dem Wortlaut der Unionsverträge

Als grammatikalisches Argument dafür, dass insofern gleichwohl EU-Verordnungen mit strafrechtlichem Inhalt möglich sein sollen, wird der Wortlaut von Art. 79 AEUV angeführt. Wenn in den Unionsverträgen von „Bekämpfung“ die Rede ist, würde dies eine Bekämpfung mit den Mitteln des Strafrechts einschließen.¹⁷ Im deutschen Kontext kann darin zugestimmt werden. Denn „Bekämpfung“ ist angesichts vieler Bekämpfungsgesetze der letzten Zeit ohne jeden Zweifel eine Wortschöpfung der deutschen Kriminalpolitik und des deutschen Strafgesetzgebers.¹⁸ Aus unionsrechtlicher Perspektive vermag es indes eher nicht zu überzeugen.

In den Unionsverträgen ist nämlich nicht bloß in Art. 79 AEUV von Bekämpfung die Rede, sondern an vielen Stellen¹⁹, von denen im vorliegenden Kontext insbesondere zwei interessieren. In Art. 67 Abs. 3 AEUV ist von „Bekämpfung der Kriminalität“ die Rede und in Art. 75 Abs. 1 AEUV von der „Bekämpfung des Terrorismus“. Ein strafrechtlicher Kontext lässt sich insofern sicher nicht rundweg leugnen. Damit kommt die Frage auf, ob sich daraus Honig saugen lässt für eine auf bestimmte Politikfelder beschränkte Kompetenz für unmittelbar wirkende EU-Strafverordnungen. Bei näherer Betrachtung sind die genannten Vertragsnormen aber eher geeignet, die Annahme einer strafrechtlichen Verordnungskompetenz aus Art. 79 AEUV zu widerlegen.

¹⁶ Satzger a.a.O. (Fn. 12), § 8 Rn. 26; Tiedemann a.a.O. (Fn. 14), Rn. 49.

¹⁷ Satzger a.a.O. (Fn. 12), § 8 Rn. 26; Walter ZStW 117 (2005), 912, 918 f.

¹⁸ Hefendehl JA 2011, 401.

¹⁹ Etwa in Art. 9 Abs. 1, 10, 19 Abs. 1, 86 Abs. 1 und 4, 88 Abs. 1, 151, 168 Abs. 1 und 5, 191 Abs. 1 und 2, 208 Abs. 1, 310 Abs. 6 AEUV. Im französischen Vertragstext ist insoweit regelmäßig die Formulierung „la lutte contre“ bzw. „combattre“ und in der englischen Fassung „fight against“ bzw. „combat“ geläufig, die vom Wortsinn her „bekämpfen“ entsprechen.

Dafür geradezu prädestiniert ist Art. 67 Abs. 3 AEUV. Er macht sich die „Bekämpfung der Kriminalität“ zur Aufgabe und steht, wie Art. 79 AEUV, im Fünften Titel des Vertrags über den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“. Allerdings wird Art. 79 AEUV von den allgemeinen Bestimmungen des Ersten Kapitels überlagert, darunter Art. 67 AEUV. Insofern wird man „Kriminalität“ als Oberbegriff und „Menschenhandel“ als einen Teilbereich davon zu verstehen haben. Ein solches systematisches Verständnis spricht evident gegen eine strafrechtliche Verordnungskompetenz aus Art. 79 AEUV. Denn Art. 67 Abs. 3 AEUV eröffnet in strafrechtlicher Hinsicht zur „Bekämpfung der Kriminalität“ bloß eine Kompetenz zur Richtlinienharmonisierung. Wenn der Vertrag in Art. 67 Abs. 3 AEUV aber nicht einmal an die „Bekämpfung der Kriminalität“ eine EU-Strafverordnungskompetenz knüpft, dürfte es einigermaßen schwer fallen, das Gegenteil bei der Bekämpfung von anderen Missständen anzunehmen.

Art. 75 AEUV legt diese Annahme ebenfalls nahe. Er hat sich der „Bekämpfung des Terrorismus“ verschrieben und erlaubt dafür den Erlass von Verordnungen. Gleichwohl haben die Mitgliedstaaten daneben noch die Richtlinienkompetenz in Art. 83 Abs. 1 AEUV zur Bekämpfung des Terrorismus mit den Mitteln des Strafrechts für erforderlich gehalten. Ein Nebeneinander beider Vorschriften würde aber – unter strafrechtlichen Prämissen – vielleicht deshalb Sinn machen, weil Art. 75 AEUV bloß die Möglichkeit eröffnet, „durch Verordnungen einen Rahmen für Verwaltungsmaßnahmen in Bezug auf Kapitalbewegungen und Zahlungen [sowie] das Einfrieren von Geldern, finanziellen Vermögenswerten oder wirtschaftlichen Erträgen“ zu schaffen. Damit schweigt sich Art. 75 AEUV zum Strafrecht aus.

Aber: Zum einen zeigt er damit, dass „Bekämpfung“ in der europarechtlichen Terminologie eben gerade nicht zwangsläufig im Kontext strafrechtlicher Maßnahmen verwendet wird. Zum anderen lässt sich daraus angesichts zahlreicher terroristischer Aktivitäten der vergangenen Dekade vielleicht sogar ein Argument dergestalt ableiten, dass die EU sich selbst nicht allzu weit reichende Strafbefugnisse zumisst und zumessen will, wenn die Unionsverträge sogar auf dem Feld des Terrorismus eher zurückhaltend sind und sich mit Verwaltungsmaßnahmen begnügen, obwohl diese Form der Kriminalität für strafrechtliche Reaktionen geradezu geschaffen ist. Im deutschen Kontext ist insofern an den erst kürzlich eingeführten Straftatbestand der „Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“ (§ 89a StGB) zu erinnern. Damit liefert Art. 75 AEUV einen weiteren Anhaltspunkt dafür, dass das Wort „Bekämpfung“ in den Unionsverträgen nicht zwangsläufig die Kompetenz zum Erlass gesamt-europäischer supranationaler Straftatbestände im Wege unmittelbar wirkender EU-Verordnungen eröffnet.

Von daher sprechen die besseren Gründe gegen eine strafrechtliche Verordnungskompetenz aus Art. 79 AEUV, insbesondere wenn man abschließend noch bedenkt, dass eine weite Auslegung von Kompetenztiteln – und der damit in unserem Kontext verbundene Übergreif auf das nationale Strafrecht – das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung konterkariert oder jedenfalls auszu-

höhlen droht. Gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 EUV „wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“. Der anschließende Satz wiederholt dies noch einmal in einem negativen Sinne, dass nämlich alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten verbleiben. Von daher geht es nicht an, Unionszuständigkeiten mehr oder minder beliebig weit zu interpretieren.²⁰ Vielmehr müssen die Unionsverträge selbst entsprechende Kompetenzen einräumen.

3. Strafrechtliche EU-Verordnungen bei der Betrugsbekämpfung

Damit ist man bei Art. 325 AEUV angelangt. Unter der Kapitelüberschrift von der Betrugsbekämpfung sieht er vor, dass Union und Mitgliedstaaten gleichermaßen Betrügereien und sonstige gegen finanzielle Interessen der Union gerichtete rechtswidrige Handlungen mit Maßnahmen zu bekämpfen haben. Weiter heißt es in Art. 325 Abs. 4 AEUV: Danach beschließen „zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union [...] das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Rechnungshofs die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten“.

a) Mitteilung der Kommission vom 26. Mai 2011

Es ist eben dieser Art. 325 AEUV, der im Moment auf europäischer Ebene bemüht wird, um das europäische Strafrecht voranzutreiben.²¹ Die Kommission hat in einer Mitteilung vom Mai 2011 unter dem Titel „Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union durch strafrechtliche Vorschriften und verwaltungsrechtliche Untersuchungen“ ein „Gesamtkonzept zum Schutz von Steuergeldern“ verabschiedet.²² Darin wird am Ende eine Vision für das Jahr 2020 gewagt, wonach EU-Steuergelder „unter voller Nutzung der im Vertrag von Lissabon festgeschriebenen Möglichkeiten durch eine verbesserte, nicht an Landesgrenzen Halt machende Strafverfolgung und durch gemeinsame strafrechtliche Vorschriften EU-weit gleichwertig geschützt werden“. In der Mitteilung wird des Öfteren Art. 325 AEUV genannt, der offensichtlich das rechtliche Fundament für diese Vision bilden soll.

Daraus folgt aber noch nicht zwangsläufig, dass EU-Strafverordnungen die Bausteine dafür bilden. Bereits zu Beginn der Mitteilung heißt es nämlich, dass der Schutz

von EU-Steuergeldern u. a. durch die „Festlegung gemeinsamer strafrechtlicher Mindestvorschriften“ erreicht werden soll, ein *terminus technicus*, der eher an die Richtlinienkompetenz aus Art. 83 Abs. 2 AEUV erinnert. In die gleiche Richtung geht es, wenn später von der „Angleichung der einzelstaatlichen Strafrechtsvorschriften“ die Rede ist. Als Instrumente zum Schutz der finanziellen Interessen der EU nennt die Mitteilung Art. 83 AEUV sogar *expressis verbis*.

Gleich im nächsten Spiegelspruch tauchen aber – in einem vielleicht umfassenderen Sinne – „Rechtsvorschriften zur Bekämpfung und Verhütung von gegen die finanziellen Interessen der EU gerichteten Betrugsdelikten“ auf, als deren Grundlage Art. 325 Abs. 4 AEUV in Klammern angegeben wird. In Richtung eines supranationalen EU-Strafrechts weist es ferner, wenn von „gemeinsamen“ Vorschriften zur Betrugsbekämpfung gesprochen wird. Damit lässt die Mitteilung die rechtstechnische Umsetzung einer besseren Betrugsbekämpfung offen, macht aber durchaus Andeutungen in die Richtung, dass man es vielleicht EU-weit im Wege einer Verordnung machen könnte. Gleichwohl braucht die Mitteilung nicht weiter zu interessieren oder interpretiert zu werden. Denn schließlich spielt sie bestenfalls auf der Ebene des Sekundärrechts eine Rolle, ist darüber hinaus aber nicht in der Lage, das höherrangige Unionsprimärrecht zu präjudizieren. Damit hat man sich um Art. 325 AEUV selbst zu kümmern.

b) Erforderlichkeit, Subsidiaritätsprinzip und „gravierendes Vollzugsdefizit“

Zunächst lässt Art. 325 Abs. 4 AEUV bloß Maßnahmen zu, die „erforderlich“ sind. Damit könnte man den Gedanken vom Strafrecht als *ultima ratio* ins Spiel bringen, ohne dass es gemacht werden soll, weil er bekanntlich immer mehr zum Lippenbekenntnis verkommt und verkümmert.²³ Mit „erforderlich“ wird im Kontext von Art. 325 AEUV aber nicht bloß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angesprochen, sondern ebenso das Subsidiaritätsprinzip.²⁴ Es besagt gemäß Art. 5 Abs. 3 EUV, dass die Union erst aktiv werden darf, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“. Damit sind die Bekämpfung von „Betrügereien und sonstigen gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten rechtswidrigen Handlungen“

²³ Vgl. aber *Hefendehl* JA 2011, 401.

²⁴ Grundlegend dazu *Streinz*, in: *Streinz* a.a.O. (Fn. 6), Art. 5 EUV Rn. 19 ff. sowie aus strafrechtlicher Perspektive *Satzger*, in: *Streinz* a.a.O. (Fn. 6), Art. 325 AEUV Rn. 24. Das Merkmal kommt übrigens bei *Sturjes* HRRS 2012, 273, 278 zu kurz. Er meint, dass Art. 325 AEUV als (mögliche) Strafrechtssetzungskompetenz weiterreichen würde als Art. 83 AEUV, weil die Richtlinienkompetenz erfordert, dass die strafrechtliche Richtlinienharmonisierung „unerlässlich“ ist. Ohne in Semantik verfallen zu wollen: Aber „erforderlich“ und „unerlässlich“ lassen sich wohl durchaus im selben inhaltlichen Sinne (des Subsidiaritätsprinzips) interpretieren.

²⁰ Vgl. zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung näher *Streinz*, in: *Streinz* a.a.O. (Fn. 6), Art. 5 EUV Rn. 8 ff., 11 sowie im vorliegenden Kontext bereits *Sturjes* HRRS 2012, 273.

²¹ Vgl. *Fromm*, EG-Rechtssetzungsbefugnis im Kriminalstrafrecht (2010), S. 63 ff. m. w. N.

²² KOM/2011/293 endg. v. 26. 5. 2011.

zunächst den Mitgliedstaaten zu überlassen, die dafür gemäß Art. 325 Abs. 1 AEUV schließlich ohnehin neben der Union zu sorgen haben.

Scheinbar tun sie es aber nicht ausreichend genug.²⁵ Die soeben angesprochene Mitteilung moniert nämlich, dass es einen gleichwertigen strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EU nach wie vor nicht gibt. Sie macht „Mängel der einzelstaatlichen Rechtsrahmen für den Schutz der öffentlichen Finanzen“ aus und rügt die mangelhafte Umsetzung des Übereinkommens über den Schutz der europäischen Finanzen. An Deutschland prallt solche Kritik vielleicht aber angesichts von § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB ab, wonach europäische Mittel als Subventionen im Sinne des Subventionsbetrugs behandelt werden, sodass man sich schwer damit tut, innerstaatlich ein „gravierendes Vollzugsdefizit“ auszumachen, das Voraussetzung für ein Tätigwerden der EU auf strafrechtlichem Gebiet ist. Wenngleich Karlsruhe ein solches Vollzugsdefizit expressis verbis bloß als Bollwerk gegen eine ausufernde Interpretation von Art. 83 Abs. 2 AEUV erachtet hat²⁶, erscheint es nicht völlig ausgeschlossen, dass es Gleiches bei einem allzu voreiligen supranationalen EU-Betrugsstrafrecht tun würde. Immerhin greifen Verordnungen mehr als Richtlinien in die – seitens der Union zu achtende (Art. 4 EUV) – „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten ein. Dass damit gewissermaßen ein Vorrang der Richtlinie vor der Verordnung propagiert wird, wird offen zugestanden, und zwar im vollen Bewusstsein, dass der EuGH eine solche Rangfolge im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips, schon weil er ohnehin eher lax damit umgeht, gerade nicht annimmt.²⁷ Es wäre aber nicht das erste Mal, dass Karlsruhe es anders sieht.

c) Wegfall der Vorbehaltsklausel in Art. 325 Abs. 4 AEUV

Gleichwohl soll nicht zu sehr dem deutschen Straf- und Verfassungsrecht verhaftet bleiben. Vielmehr stellt sich aus unionsrechtlicher Perspektive nach wie vor die Frage nach der Kompetenz zum Erlass einer EU-Verordnung, um auf diese Weise ein gesamteuropäisches, supranationales Betrugsstrafrecht zu implementieren. Man will sie insbesondere daraus ableiten, dass der frühere Vorbehalt in Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EG-Vertrag, wonach die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und deren Strafrechtspflege unberührt bleiben, in seinem Nachfolger, Art. 325 Abs. 4 AEUV, nicht übernommen worden ist. Daraus wird geschlussfolgert, dass auf diesem Gebiet nunmehr supranationales EU-Strafrecht denkbar sein

soll.²⁸ Damit ist sich der Frage anzunehmen, welche Bedeutung jene Vorbehaltsklausel hatte.

Mit „unberührt“ verhält es sich dabei, um etwas die Richtung der folgenden Überlegungen anzudeuten, wie mit „unbeschadet“, einem Wort, das ebenfalls in den Unionsverträgen auftaucht. Zu „unbeschadet“ wiederum ist erst Anfang 2012 ausgeführt worden, dass es beliebt beim Gesetzgeber ist, aber immer wieder den Rechtsanwender verwirrt.²⁹ Dabei macht man nicht am deutschen Recht halt, sondern bezieht das Unionsrecht ebenso ein. Im deutschen Recht taucht der Begriff etwa in § 22 TPG auf und bedeutet erwiesenermaßen, dass die genannten Gesetze neben dem TPG zur Anwendung kommen.³⁰ Die strafverfahrensrechtlichen Bestimmungen zum Datenschutz in §§ 480 ff. StPO haben dieselbe Konsequenz.³¹ Damit kommt die Frage auf, ob es sich mit „unberührt“ auf der Ebene des Unionsrechts ebenso oder anders verhält.

(a) Stellungnahmen europäischer Institutionen zu Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EG-Vertrag

In der historischen Retrospektive ist insofern zunächst von Interesse, wie sich europäische Institutionen zur Klausel in Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EG-Vertrag verhalten haben. Das Parlament wollte sie schlicht beiseiteschieben, als es um den strafrechtlichen Schutz der EG-Finanzen ging. Nachdem die Mitgliedstaaten das entsprechende Übereinkommen bloß zögerlich und/oder unzureichend umgesetzt hatten, wurde Europa aktiv, zunächst in Gestalt der Kommission, die im Mai 2001 einen entsprechenden Richtlinienvorschlag unterbreitete.³² Das Parlament wollte stattdessen aber eine „Verordnung über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft“ verabschieden. Dagegen hat sich die Kommission wiederum in einer amtlichen Gegenäußerung verwahrt und zugleich auf den eigenen Richtlinienvorschlag beharrt. Als Begründung führte sie an, dass der Parlamentsvorschlag „mit dem zweiten Satz von Art. 280 Abs. 4 EGV nicht vereinbar“ ist.³³ Die

²⁵ Vgl. dazu *Rosenau* ZIS 2008, 9, 17 f.

²⁶ BVerfGE 123, 267, 410 f.

²⁷ *Schroeder*, in: *Streinz* a.a.O. (Fn. 6), Art. 288 AEUV Rn. 11. Diese Rolle des EuGH als gemäß Art. 267 AEUV maßgeblichen Interpreten des Unionsprimärrechts kommt etwas zu kurz, wenn man – vor diesem Hintergrund einigermaßen vergebens – annimmt, dass „die Einhaltung der Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit besonders streng geprüft werden“ müsse (*Sturges* HRRS 2012, 273, 274 – Hervorhebung nicht im Original), wenngleich es später selbst in gewisser Weise zugestanden wird (ebda., S. 282), um es kurz darauf wieder etwas zu optimistisch zu sehen (ebda., S. 287).

²⁸ *Ambos* a.a.O. (Fn. 7), § 9 Rn. 8; *Callies* ZEuS 2008, 37; *Hecker* a.a.O. (Fn. 1), § 4 Rn. 81 mit § 14 Rn. 44; *Mansdörfer* HRRS 2010, 18; *Mylonopoulos* ZStW 123 (2011), 633, 634 f.; *Noltenius* ZStW 122 (2010), 618; *Nürnberger* ZJS 2009, 497; *Safferling* a.a.O. (Fn. 7), § 10 Rn. 41 f.; *Satzger* a.a.O. (Fn. 12), § 8 Rn. 24; *ders.* ZRP 2010, 137; *ders.*, in: *Streinz* a.a.O. (Fn. 6), Art. 325 AEUV Rn. 21; *Zimmermann* JURA 2009, 845 f.

²⁹ *Wolf* JZ 2012, 35. Das Wort „unberührt“ ist der englischen und französischen Sprache fremd. Im englischen Vertragstext hieß es in Art. 280 Abs. 4 EGV deshalb: „The measures shall not concern the application of national criminal law[...]“. Die französische Fassung wiederum lautete: „Ces mesures ne concernent ni l’application du droit pénal national [...]“. Dies bedeutete in etwa, dass die Maßnahmen nach dieser Vertragsnorm die Anwendung des innerstaatlichen Strafrechts nicht berühren, sodass jedenfalls inhaltlich eine Übereinstimmung mit dem deutschen Vertragstext bestand.

³⁰ BT-Drs. 16/314, S. 37.

³¹ *Meyer-Gofßner*, 55. Auflage (2012), § 480 Rn. 1.

³² KOM/2001/272 endg. v. 23. 5. 2001 = ABl. C 240 E vom 28. 8. 2001, S. 125.

³³ KOM/2002/577 endg. v. 16. 10. 2002

Kommission scheint der Vorschrift damit eine gewisse konstitutive Wirkung beimessen zu wollen, sodass deren Wegfall naturgemäß Konsequenzen zeitigen müsste.

Aber: Der Richtlinienvorschlag, der übrigens immer ein solcher blieb, ist bekanntermaßen lediglich auf der Ebene des Sekundärrechts anzusiedeln. Beim Unionsprimärrecht wiederum ist die Rechtsansicht der Unionsorgane eher sekundärer Natur, mit Ausnahme des Gerichtshofs natürlich, der gemäß Art. 267 AEUV über „die Auslegung der Verträge“ wacht. Ob er freilich noch einmal – im Rahmen der historischen Auslegung des geltenden Art. 325 AEUV – die Gelegenheit haben wird, auf die frühere Vorbehaltsklausel einzugehen, bleibt abzuwarten.

(b) Vorbehaltsklauseln in den europäischen Verträgen

Wenn er diese Möglichkeit erhält, weil Art. 325 AEUV im Streit steht, hat er, um zum nächsten Punkt zu kommen, in systematischer Hinsicht in jedem Falle zu bedenken, dass die Unionsverträge nach wie vor Unberührtheits- und Vorbehaltsklauseln an anderen Stellen vorsehen.³⁴ In unserem Kontext sind solche Klauseln vor allem in Vorschriften interessant, die – wie Art. 280 EG-Vertrag und sein Nachfolger Art. 325 AEUV – „Mitgliedstaaten und Union“ gleichermaßen ansprechen. Insofern stellt sich im besonderen Maße die Frage nach der Reichweite der Unionskompetenz.

Als Medizinrechtler, zumal wenn man sich mit Organtransplantation befasst, denkt man unweigerlich an Art. 168 AEUV, der aus Art. 152 EGV hervorging. Art. 168 AEUV regelt nach seiner Überschrift das Gesundheitswesen und dabei insbesondere das Zusammenwirken von Union und Mitgliedstaaten. Die Union kann insofern etwa „Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs“ verabschieden (Art. 168 Abs. 4 lit. a AEUV). Dies lässt aber gemäß Art. 168 Abs. 7 Satz 3 AEUV die „einzelstaatlichen Regelungen über die Spende oder die medizinische Verwendung von Organen und Blut unberührt“. Vergleichbares sah bereits Art. 152 EGV vor. Damit kommt die Frage auf, welche Bedeutung die Unberührtheitsklausel in Art. 168 Abs. 7 AEUV hat. Sie führt zu einem Nebeneinander von Rechtssetzungskompetenzen der Union und Mitgliedstaaten. Dabei ist die Zuständigkeit der Union auf sicherheitsrechtliche Aspekte der Blut- und Organspende beschränkt. Die Frage der Gewinnung menschlicher Organe und des insofern präferierten Modells verbleibt dagegen bei den Mitgliedstaaten. Insofern ist im Schrifttum von einer *Bereichsausnahme* die Rede³⁵, bei der sich eine gewisse konstitutive Wirkung von daher nicht leugnen lässt.

Unzweifelhaft deklaratorischer Natur ist dagegen Art. 345 AEUV, der im Wortlaut mit seinem Vorläufer in Art. 295 EGV übereinstimmt. Danach lassen die Unionsverträge „die Eigentumsordnung in den verschiedenen

Mitgliedstaaten unberührt“. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass es sich dabei um eine negative Kompetenzbestimmung handelt.³⁶ Nach dem bereits erwähnten Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung darf die Union gemäß Art. 5 Abs. 2 EUV bloß handeln, wenn die Verträge eine entsprechende Kompetenz vorsehen. Von daher besteht im Hinblick auf die Eigentumsordnung ohnehin eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten, die einer ausdrücklichen Erwähnung an sich nicht mehr bedurft hätte. Art. 345 AEUV hat insofern bloß klarstellende Funktion.

(c) Deklaratorische Natur der Vorbehaltsklausel in Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EG-Vertrag

Damit stellt sich die Frage, ob die Vorbehaltsklausel in Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EGV gleichfalls bloß deklaratorischer Natur war. Um es auf den Punkt zu bringen: Sie ist es bzw. sie war es.

Dies führt in der Retrospektive aber nicht etwa dazu, dass Europa schon früher unmittelbar wirkende strafrechtliche Normen hätte erlassen dürfen, eben weil die Klausel bloß deklaratorisch war. Konstitutiv dafür, dass es eine EU-Strafverordnungs-kompetenz früher nicht einmal ansatzweise gab, waren vielmehr andere Wertentscheidungen der europäischen Verträge. Insofern hat *Satzger* zutreffend herausgearbeitet, dass das Strafrecht nach dem Vertrag von Amsterdam in der sog. dritten Säule verblieb, die stark strafrechtlich akzentuiert und dementsprechend mit „Polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit“ überschrieben war.³⁷ Damit wurde das Strafrecht gerade nicht integraler Bestandteil der ersten Säule, sondern blieb der intergouvernementalen Zusammenarbeit überlassen und damit vom supranationalen Entscheidungs- und Gesetzgebungsprozess ferngehalten. Um diese Wertentscheidung mit konstitutiver Wirkung bei der Betrugsbekämpfung in Erinnerung zu rufen, gab es Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EGV, aber eben bloß mit deklaratorischer Natur. In diesem Sinne ist *Schröder* und *Sturies* darin beizupflichten³⁸, dass bloß durch die Streichung der Klausel das neue Vertragswerk frei von Widersprüchen bleiben konnte bzw. eine Klarstellung im neuen Vertragstext erforderlich gewesen wäre.

Damit schließt sich der Kreis: Weil die Vorbehaltsklausel zugunsten des nationalen Strafrechts im früheren Vertragstext lediglich deklaratorischer, nicht aber konstitutiver Natur war, kann aus dem Wegfall derselben im Grunde *nichts* folgen.

d) Art. 325 AEUV im Zusammenspiel mit Art. 86 AEUV

Damit hinterlässt Art. 325 AEUV beim Interpretieren einen einigermaßen ambivalenten Eindruck, jedenfalls wenn er isoliert für sich betrachtet wird. Vielleicht muss man aber

³⁴ S. etwa Art. 16 Abs. 2, 168 Abs. 7 Satz 3, 260 Abs. 2, 345 AEUV.

³⁵ *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), EUV/AEUV (2012), Art. 168 AEUV Rn. 9.

³⁶ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage (2011), Art. 345 AEUV Rn. 4 f.

³⁷ *Satzger* a.a.O. (Fn. 12), § 8 Rn. 22.

³⁸ *Schröder*, in: Festschrift für Achenbach (2011), S. 491, 497; *Sturies* HRRS 2012, 273, 281. Vgl. ferner *Schützendübel*, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen (2012), S. 27 ff., 28.

eine weitere Vertragsnorm in seine Überlegungen einbeziehen, um eine endgültige Antwort auf die Frage zu finden, ob jedenfalls auf dem Gebiet der Betrugsbekämpfung gesamteuropäische supranationale Straftatbestände im Wege einer EU-Verordnung erlassen werden dürfen. Eine solche Vorschrift gibt es in der Tat.

Es handelt sich um das – sozusagen – strafprozessuale Pendant zu Art. 325 AEUV, nämlich um Art. 86 AEUV. Er eröffnet die Möglichkeit, dass „zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union“ und damit im unmittelbaren Anwendungsbereich von Art. 325 AEUV ausgehend von Eurojust eine Europäische Staatsanwaltschaft eingesetzt werden kann. Mindestens ebenso interessant wie dieser inhaltliche Bezug ist die Frage, auf welche rechtsförmliche Weise die Europäische Staatsanwaltschaft geschaffen werden kann, nämlich durch Verordnung. Noch könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dies betrifft bloß das Strafverfahren. Über die materiell-strafrechtliche Kompetenzfrage besagt Art. 86 Abs. 1 AEUV in der Tat nichts. Im Gegenteil: Man könnte sogar einwenden, dass insofern EU-Verordnungen gerade nicht möglich sein sollen, weil sie – arg. e contrario – gerade im strafprozessualen Bereich in einem darauf vielleicht beschränkten Sinne ausdrücklich erwähnt sind.

Bevor man zu diesem Umkehrschluss greift, sollte man Art. 86 AEUV aber zu Ende lesen. Seine weitere Lektüre offenbart nämlich, dass er vielleicht eine primär strafverfahrensrechtliche Regelung sein mag, die aber durchaus materiell-rechtlich unterlegt ist. Insofern gerät Art. 86 Abs. 2 Satz 1 AEUV in den Fokus des Interesses. Danach ist die Europäische Staatsanwaltschaft „zuständig für die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung in Bezug auf Personen, die als Täter oder Teilnehmer Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union begangen haben, die in der Verordnung nach Absatz 1 festgelegt sind“. Der „Straftaten“ erläuternde Relativsatz am Ende der Norm zeigt deutlich,

dass die „Verordnung nach Absatz 1“ nicht bloß von strafprozessualer, sondern ebenso materiell-rechtlicher Natur ist. Bei den kraft Verordnung festgelegten Betrugsstraftaten zum Nachteil der Unionsfinanzen kann es sich ferner nicht um gemäß Art. 83 harmonisierte innerstaatliche Strafvorschriften handeln, weil man deren Verfolgung den nationalen Strafverfolgungsbehörden hätte überlassen und sich damit Art. 86 Abs. 2 Satz 2 AEUV hätte sparen können. Vielmehr wird es sich um gesamteuropäische Straftatbestände im Sinne eines originären und supranationalen EU-Strafrechts handeln.

III. Fazit

Damit lässt sich als Fazit festhalten, dass es in einem schmalen Bereich der Strafrechtspflege, nämlich bei der Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union, eine originäre EU-Verordnungs-kompetenz zum Erlass von gesamteuropäischen supranationalen Straftatbeständen gibt. Diese Befugnis, von der man, um *Sturjes* etwas entgegenzusetzen³⁹, übrigens nicht Gebrauch machen muss, folgt aus einem Zusammenspiel von Art. 325 und Art. 86 AEUV, die miteinander korrespondieren, ohne dass es bislang hinreichend zur Kenntnis genommen worden ist.⁴⁰ Es ist aber gerade die Wechselbezüglichkeit von materiellem Strafrecht und Strafverfahrensrecht, die man im Auge zu behalten hat. In der deutschen strafrechtsdogmatischen Diskussion kommt sie freilich schon seit geraumer Zeit etwas zu kurz.

³⁹ *Sturjes* HRRS 2012, 273, 278.

⁴⁰ Vgl. in dieser Richtung aber bereits *Heger*, ZIS 2009, 406, 416; *Safferling* a.a.O. (Fn. 7), § 10 Rn. 41. Dies verkennt, ohne sich mit Art. 86 AEUV und seinem Wortlaut näher zu befassen, etwa *Schützendübel* a.a.O. (Fn. 38), S. 27 ff., 29.

Ist die Steuerhinterziehung ein Betrug?

Von Lara Valerie Herbertz, Bucerius Law School Hamburg

A. Einleitung

Steuern sind das Lebenselixier jedweder Staatsführung. Dem Bürger sind sie jedoch häufig ein Dorn im Auge. Die eigenen Einkünfte müssen, teilweise in beträchtlichem Umfang, abgeführt werden und die Staatskasse erscheint demgegenüber als Fass ohne Boden.

Die Besteuerung dient zugleich der wirtschaftlichen Lenkung von Staat und Gesellschaft. Dies wird durch vielfältige Steuererhöhungs- und Senkungsmöglichkeiten erreicht, die von den konkreten Lebensumständen der einzelnen Steuerpflichtigen abhängig sind. Der Staat leidet diesbezüglich jedoch naturgemäß an einem Informationsdefizit. Ebenjenes Defizit wird hin und wieder ausgenutzt, um die unliebsame Steuerlast zu senken. Die Täter sind in allen gesellschaftlichen Schichten zu finden.⁴¹ Der Schaden, der dem deutschen Staat hierdurch entsteht, wird auf 50 bis 100 Milliarden Euro jährlich geschätzt.⁴²

Zur Absicherung der staatlichen Steuereinnahmen ist daher eine wirksame Sanktionierung solchen Verhaltens erforderlich. Diese Funktion erfüllt in Deutschland hauptsächlich der Tatbestand der Steuerhinterziehung gem. § 370 AO. In Anbetracht des Strafrahmens von bis zu fünf Jahren handelt es sich hierbei nicht um ein Kavaliersdelikt.

Die Konzeption des § 370 AO erfolgte in Anlehnung an den Straftatbestand des Betruges gem. § 263 StGB,⁴³ für welchen ebenfalls ein intellektuelles Defizit, nämlich das des Verfügenden, charakteristisch ist. Die Parallelen der Steuerhinterziehung und des Betruges sind vielfältig diskutiert worden⁴⁴ und haben Auswirkungen auf die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 370 AO.

Aktueller Brennpunkt der Thematik ist die Debatte um die Auswirkung einer eventuellen Kenntnis der Behörde von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Steuerpflichtigen im Rahmen des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO.⁴⁵ Die Diskussion dreht sich um die hochbrisante Frage, ob es erforderlich ist, den Wortlaut der Norm dergestalt zu ergänzen, dass einer solchen tatbestandsausschließende Wirkung zukommt.⁴⁶ In einem aktuellen Beschluss äußerte der Bundesgerichtshof sich nun erstmals ausdrücklich zu dieser Frage und erklärte die Kenntnis der Behörde, entgegen mannigfaltiger Stimmen in der Literatur⁴⁷, für unerheblich.⁴⁸

Ziel der Arbeit ist vor diesem Hintergrund die Klärung der Frage, ob es sich bei der Steuerhinterziehung noch um ein Betrugsdelikt handelt oder ob sie sich vom Tatbestand des Betruges derart weit entfernt hat, dass von einem solchen nicht mehr die Rede sein kann. Hierfür gilt es zu untersuchen, ob und inwieweit die Steuerhinterziehung im Lichte des Betruges auszulegen ist und ihr Verhaltensunrecht dem des Betruges entspricht.

Der Gang der Untersuchung führt zunächst zur Erörterung des entstehungsgeschichtlichen, strukturellen und tatbestandlichen Zusammenhangs von § 370 AO und § 263 StGB als Fundament für die weitere Analyse der Auslegung des § 370 AO (B.). Sodann werden die Auswirkungen des § 263 StGB auf die Auslegung der Steuerhinterziehung in der Variante des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO und das von ihr erfasste Unrecht untersucht (C.).

⁴¹ Kummer, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, 3. Aufl. (2007), Kap. 18 Rn. 2.

⁴² Kummer (Fn. 1), Kap. 18 Rn. 1.

⁴³ Hoff, Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung (1999), S. 27; Schneider, Die historische Entwicklung der Steuerhinterziehung (1987), S. 5 ff.

⁴⁴ Dazu Hilgers, Täuschung und/oder Unkenntnis der Finanzbehörde – notwendige Voraussetzung der Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung (1985), S. 68 ff.; Hoff (Fn. 3), S. 131 ff.; Schneider (Fn. 3), S. 118 ff.; Borchers wistra 1987, 86 ff.; Gössel wistra 1985, 126 ff.; ders. wistra 1987, 89 ff.

⁴⁵ Für Tatbestandsausschließende Wirkung: Joecks, in: Franzen/Gast-De Haan/Joecks (FGJ), Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchssteuerstrafrecht, 7. Aufl. (2009), § 370 Rn. 194 ff.; Schmitz/Wulf, in: MüKo-StGB, 1. Aufl. (2006), § 370 AO Rn. 241; Hilgers (Fn. 4), S. 68 ff.; Hoff (Fn. 3), S. 63; Schneider (Fn. 3), S. 118 ff.; Gössel wistra 1985, 125 ff.; ders. wistra 1987, 89 ff.; aA BGH NJW 2011, 1299 ff. = HRRS 2011 Nr. 334; Borchers wistra 1987, 86 ff.

⁴⁶ So jedenfalls Hellmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (HHSp.), AO/FGO (Stand: Lfg. 216, April 2012), § 370 Rn. 199 ff.; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 241.

⁴⁷ Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 199 ff.; Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 194 ff.; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 241; Hilgers (Fn. 4), S. 68 ff.; Hoff (Fn. 3), S. 63; Schneider (Fn. 3), S. 118 ff.; Gössel, wistra 1985, 125 ff.; ders., wistra 1987, 89 ff.

⁴⁸ BGH NJW 2011, 1299 ff. = HRRS 2011 Nr. 334.

B. Die Tatbestände der § 370 AO und § 263 StGB im Vergleich

Um die Bezüge und Gemeinsamkeiten von § 263 StGB und § 370 AO zu erfassen, bedarf es zunächst eines Blicks auf die Entstehungsgeschichte des § 370 AO (I.). Darüber hinaus ist eine vergleichende Betrachtung der beiden Tatbestandsfassungen (II.), sowie des geschützten Rechtsguts (III.) und der Deliktznatur (IV.) angezeigt.

I. Entstehungsgeschichte

1. Die Steuerhinterziehung bis zur Schaffung von § 370 AO von 1977

Das Steuerstrafrecht war anfänglich in Einzelgesetzen, wie dem VereinszollG,⁴⁹ geregelt. Eine Zusammenlegung der verschiedenen Straftatbestände erfolgte erstmals im Jahre 1919 in der Reichsabgabenordnung⁵⁰ (RAO).⁵¹

§ 359 RAO bewehrte das „Bewirken, dass Steuereinnahmen verkürzt werden“⁵² mit Strafe. „Bewirken“ wurde von den Reichsgerichten als „Verursachen“ ausgelegt,⁵³ wodurch der Tatbestand der Steuerhinterziehung eine erhebliche und vom Gesetzgeber so nicht intendierte Ausdehnung erfuhr.⁵⁴ Um solche Verhaltensweisen auszuklammern, die nicht dem als typisch anerkannten Verhaltensunrecht der Steuerhinterziehung entsprachen, wurde eine präzisere Eingrenzung nötig.⁵⁵ Diese Eingrenzung nahm das Reichsgericht im Jahre 1926 vor, indem es ein „fraudulöses, d. h. unehrliches, steuerwidriges Verhalten“⁵⁶ als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal forderte. Im weiteren Verlauf entwickelte sich daraus das Merkmal der Steuerunehrlichkeit, welches beispielsweise Fälle gewaltsamer Verhinderung der Vollstreckung von Steueransprüchen aus dem Tatbestand ausklammern sollte.⁵⁷

Steuerunehrlich handelte nach der Definition des Bundesgerichtshofs:

„nicht nur der Steuerpflichtige, der – ähnlich wie ein Betrüger (§ 263 StGB) – durch ein auf Täuschung berechnetes Tun oder Unterlassen in der Steuerbehörde über das Bestehen, die Höhe oder die Fälligkeit eines Steueranspruchs einen Irrtum erzeugt oder erhält, sondern auch der Steuerpflichtige, der durch Verschweigen der Steuerpflichtigkeit vorsätzlich bewirkt,

daß [sic] die Steuerbehörde die Steuerpflicht, deren Fortdauer oder Höhe nicht oder nicht rechtzeitig zur Kenntnis nimmt und es deshalb unterläßt [sic], die Steuer einzufordern und notfalls beizutreiben“⁵⁸.

Diese Beschreibung des steuerunehrlichen Verhaltens mit „ähnlich wie ein Betrüger“⁵⁹ und anhand der Merkmale *Täuschung* und *Irrtum*, zeigt eindeutige Parallelen zur Tathandlung des § 263 StGB.⁶⁰

2. Die Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO von 1977

Das Tatbestandsmerkmal der Steuerunehrlichkeit war jedoch aufgrund seiner Unbestimmtheit im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG starken Bedenken ausgesetzt.⁶¹ Deshalb sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, den Tatbestand der Steuerhinterziehung zu reformieren.⁶² Aus den Reformbemühungen ging im Jahr 1977 § 370 AO hervor,⁶³ der in seiner ursprünglichen Fassung heute weitgehend fortbesteht. Das Merkmal der Steuerunehrlichkeit sollte positiv-rechtlich erfasst werden und in den § 370 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 AO aufgehen.⁶⁴ Ziel war es, die strafbaren Verhaltensweisen abschließend zu erfassen.⁶⁵

3. Schlussfolgerungen

Hieraus lässt sich schlussfolgern, dass die Tathandlung der Steuerhinterziehung in eindeutiger Nähe zur Tathandlung des Betruges steht und auch dementsprechend konzipiert wurde. Wie sich diese historische Nähe heute auswirkt, gilt es im Folgenden zu untersuchen.

II. Vergleich der Tatbestandsfassungen

Für die Frage, ob es sich bei der Steuerhinterziehung um einen Betrug handelt, ist ferner der Vergleich der beiden Delikte hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale, Regelbeispiele und des Strafrahmens hilfreich. Bei unbefangenen Lesen der beiden Vorschriften, ergibt sich das folgende Bild:

1. Wortlaut der Normen im Vergleich

§ 263 StGB fordert das Vorliegen einer Täuschung über Tatsachen.⁶⁶ Eine Entsprechung dieser Tathandlung könnte man bei § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO im Machen unvollständiger oder unrichtiger Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen sehen. Das pflichtwidrige Verschweigen steuererheblicher Tatsachen in Nr. 2 gleicht

⁴⁹ Dazu auch Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 2.

⁵⁰ RGBl. 1919, 1993.

⁵¹ Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 2 f.; Schauf/Ransiek, in: Kohlmann, Steuerstrafrecht (Stand: Lfg. 44, August 2011), § 370 Rn. 1.

⁵² RGBl. 1919, S. 1993, 2076.

⁵³ Schauf/Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 7 f.

⁵⁴ Ebenso Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 118.

⁵⁵ Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 118; Schauf/Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 7; Hilgers (Fn. 4), S. 66; Hoff (Fn. 3), S. 57.

⁵⁶ RGSt. 60, 182, 185.

⁵⁷ So geschehen in RGSt. 70, 10 f.

⁵⁸ BGH NJW 1953, 1841, 1842.

⁵⁹ BGH NJW 1953, 1841, 1842.

⁶⁰ Lütt, Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung (1998), S. 114.

⁶¹ BT-Drs. 6/1982, S. 194; BGH NStZ 1986, 463; Samson/Horn NJW 1970, 593; Schneider (Fn. 3), S. 118.

⁶² BT-Drs. 6/1982, S. 194; Schneider (Fn. 3), S. 118.

⁶³ BGBl. 1976 I, S. 613, 689.

⁶⁴ BT-Drs. 6/1982, S. 194; ebenso Hilgers (Fn. 4), S. 61; Schneider (Fn. 3), S. 119 f.

⁶⁵ Schneider (Fn. 3), S. 120.

⁶⁶ Fischer, StGB, 59. Aufl. (2012), § 263 Rn. 5; Gaede, in: AnwK-StGB (2011), § 263 Rn. 8 ff.

der Täuschung durch Unterlassen bei § 263 StGB. Inwiefern es sich tatsächlich jeweils um eine Täuschung im Sinne des § 263 StGB handelt⁶⁷, bleibt im Wege der Auslegung im Weiteren zu ermitteln.

Der für eine Strafbarkeit nach § 263 StGB erforderliche Irrtum⁶⁸ findet im Rahmen des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO eine mögliche Entsprechung in der Unkenntnis der Behörde. Nr. 1 enthält ein solches irrumsähnliches Merkmal nicht, weshalb sich die Frage aufdrängt, ob es im Wege der Auslegung zu ergänzen ist.⁶⁹

Die Vermögensverfügung bzw. der Vermögensschaden⁷⁰ des § 263 StGB haben im Rahmen des § 370 AO ein Gegenüber in der Steuerverkürzung. Eine Bereicherungsabsicht kennt § 370 AO jedoch nicht.

2. Die Rechtsgüter

Rechtsgut des Betrugs ist das Vermögen.⁷¹ Das Rechtsgut der Steuerhinterziehung hingegen ist umstritten.⁷²

Vereinzelt wird behauptet, nur der Schutz der positivrechtlichen Ordnung des Steuerrechts werde bezweckt.⁷³ Allerdings ist eine strafrechtliche Sanktionierung nur zulässig, soweit sie den Schutz eines Rechtsgutes zum Gegenstand hat.⁷⁴ Die Rechtsordnung jedoch kann lediglich Rechtsgüter definieren⁷⁵, ihrerseits mangels sozialnormativem Vorwurfs kein Schutzgut sein. Ansonsten würde reiner Verwaltungsungehorsam kriminalisiert.⁷⁶

Ferner wird die Pflicht des Steuerbürgers, die steuererheblichen Tatsachen pflichtgemäß zu offenbaren, als Rechtsgut angeführt.⁷⁷ Indes führt dies zu einer Vertauschung des – dem Tatbestand zugrunde liegenden – Gebots der pflichtgemäßen Offenbarung mit dem Rechts-

gut.⁷⁸ Darüber hinaus lässt eine derartige Rechtsgutsbestimmung den tatbestandlichen Erfolg der Steuerverkürzung außer Betracht.⁷⁹ Sie vermag deshalb keine sachgerechte Eingrenzung des Rechtsguts der Steuerhinterziehung zu leisten.

Daneben wird die These vorgebracht, Rechtsgut des § 370 AO sei die gleichmäßige Lastenverteilung.⁸⁰ Hingegen dient die Norm der Sicherung der Staatseinnahmen und nicht der Bestrafung des Staates für ungerechte Steuergesetze.⁸¹ Überdies ist die Abgrenzung gerechter und ungerechter Steuergesetze zu unscharf und aus diesem Grunde kaum zu leisten.⁸² In erster Linie handelt es sich bei der gleichmäßigen Lastenverteilung zudem um einen reinen Schutzreflex, nicht um das primäre Schutzgut der Steuerhinterziehung.⁸³

Von der ständigen Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur wird das „öffentliche Interesse am vollständigen und rechtzeitigen Aufkommen der einzelnen Steuern“⁸⁴ als Schutzgut des § 370 AO angeführt. Hierbei handelt es sich um die durch Steuern generierten Staatseinnahmen und somit um einen Teil des staatlichen Vermögens.⁸⁵ Die zuvor angeführten Vorschläge zur Rechtsgutsbestimmung haben lediglich mittelbare Schutzreflexe dieser Vermögenssicherung zum Gegenstand.⁸⁶ An sie wäre nur anzuknüpfen, wenn das Steueraufkommen an sich nicht schützenswert wäre. Vergegenwärtigt man sich, dass das Steueraufkommen Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit von Staat und Gesellschaft ist, besteht an seinem Schutz jedoch durchaus ein legitimes Interesse. Die Bestimmung des Rechtsgutes des § 370 AO als das öffentliche Interesse am rechtzeitigen Aufkommen der Steuer vermag daher zu überzeugen.

Festzuhalten bleibt, dass das Rechtsgut des § 370 AO wie das des § 263 StGB das Vermögen ist. Allerdings schützt

⁶⁷ Dafür Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 78, 200; Hoff (Fn. 3), S. 67.

⁶⁸ Fischer (Fn. 26), § 263 Rn. 53 ff.; Gaede, in: AnwK (Fn. 26), § 263 Rn. 50 ff.

⁶⁹ So jedenfalls Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 194 ff.; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 241; Hilgers (Fn. 4), S. 68 ff.; Hoff (Fn. 3), S. 63; Schneider (Fn. 3), S. 118 ff.; Gössel wistra 1985, 125 ff.; ders. wistra 1987, 89 ff.

⁷⁰ Fischer (Fn. 26), § 263 Rn. 70 ff., 113 ff.; Gaede, in: AnwK (Fn. 26), § 263 Rn. 65 ff., 96 ff.; Cramer/Perron, in: Schöнке/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 263 Rn. 3.

⁷¹ BGHSt 16, 221, 221; Fischer (Fn. 26), § 263 Rn. 3; Hefendehl, in: MüKo (Fn. 5), § 263 Rn. 1; Satzger, in: SSW-StGB, 1. Auflage (2009), § 263 Rn. 7; die unterschiedlichen Vermögensbegriffe (ökonomisch oder juristisch-ökonomisch) sind vorliegend ohne Belang und bedürfen daher keiner Vertiefung.

⁷² Dazu Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 39; Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 14.

⁷³ Isensee NJW 1985, 1007, 1008.

⁷⁴ BGHSt 2, 364, 368; Freund, in: MüKo (Fn. 5), Vor §§ 13 ff. Rn. 35 ff.; Weber, in: Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl. (2003), § 3 Rn. 10 ff.; Bockelmann, in: Gedächtnisschrift für Radbruch (1968), S. 252, 257, Fn. 22; Schall JuS 1979, 104, 107 f.

⁷⁵ Dazu auch Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 7.

⁷⁶ Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 39.

⁷⁷ So Tiedemann, ZStW 82 (1970), 969, 979.

⁷⁸ Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 41.

⁷⁹ Ebenso Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 14; Kürzinger, in: Wannemacher, Steuerstrafrecht: Handbuch, 5. Aufl. (2004), Rn. 83.

⁸⁰ Kohlmann/Hilgers-Klautzsch wistra 1998, 161, 165 f.; Salditt StraFo 1997, 65, 67.

⁸¹ Ebenso Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 42.

⁸² Ebenso Kürzinger, in: Wannemacher (Fn. 39), Rn. 83; Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 53.

⁸³ Ähnlich Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 53.

⁸⁴ So RGSt 59, 258, 262; BGHSt 36, 100, 102; 40, 109, 111; Dumke, in: Schwarz, AO (Stand: Lfg. 117, April 2006), § 370 Rn. 1a; Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 39 ff.; Jäger, in: Klein, AO, 10. Aufl. (2009), § 370 Rn. 2; Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 14; Kürzinger, in: Wannemacher (Fn. 39), Rn. 85; Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 52; Rolletschke, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), § 370 Rn. 3 ff.; Scheurmann-Kettner, in: Koch/Scholtz, AO, 5. Aufl. (1996), § 370 Rn. 8; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 2; Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze (Stand: Lfg. 188, Jan. 2012), § 370 AO Rn. 2; Hilgers (Fn. 4), S. 39; Hoff (Fn. 3), S. 10.

⁸⁵ Ähnlich Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 6 ff.; Hilgers (Fn. 4), S. 39; Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 43.

⁸⁶ Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 42.

§ 370 AO nur staatliches, durch Steuereinnahmen generiertes Vermögen, weshalb die Norm auch als Vermögensdelikt besonderer Art bezeichnet werden kann.⁸⁷

3. Die Deliktstypen

Der Betrug gem. § 263 StGB ist als Verletzungserfolgsdelikt⁸⁸ in Form eines Selbstschädigungsdelikts konzipiert.⁸⁹

Der Tatbestand der Steuerhinterziehung gem. § 370 AO enthält ebenfalls eine Erfolgskomponente – die der Steuerverkürzung. Somit kommt eine Einordnung als Tätigkeitsdelikt nicht in Betracht.⁹⁰ Vielmehr handelt es sich bei § 370 AO um ein Erfolgsdelikt.⁹¹

Fraglich ist jedoch, ob die Steuerhinterziehung ein Verletzungs- oder ein Gefährdungsdelikt verkörpert.⁹² Um dies herauszufinden, hat man sich folgende Frage zu stellen: Ist das Rechtsgut des § 370 AO im Regelfall der zu niedrigen Festsetzung der Steuern nur gefährdet oder bereits verletzt?

a) § 370 AO als Verletzungserfolgsdelikt

Wird eine Steuerhinterziehung entdeckt, so werden die hinterzogenen Steuern in aller Regel noch beigetrieben.⁹³ Liegt dann bereits eine Verletzung des öffentlichen Interesses am rechtzeitigen und vollständigen Aufkommen der Steuern vor? Betrachtet man die noch erfolgenden Steuer(-nach-)zahlungen als eine Art Ausgleichsanspruch, so stünden sie der Annahme eines Verletzungserfolgsdelikts nicht entgegen.⁹⁴ Auch Betrugsopfern werden von der Rechtsordnung zivilrechtliche Mittel an die Hand gegeben, die Folgen der Tat zu beseitigen.⁹⁵ Dies ändert jedoch nichts an der Einordnung des § 263 StGB als

Verletzungserfolgsdelikt.⁹⁶ Allerdings wird das Aufkommen der Steuern immer erst durch ihre Entrichtung bewirkt. Es handelt sich nicht um einen Ausgleich, sondern weiterhin um den ursprünglichen Steueranspruch aus § 38 AO. Diesen zugleich als Ausgleich zu betrachten erscheint widersprüchlich.

Für eine Einordnung des § 370 AO als Verletzungserfolgsdelikt könnte man ferner den Vergleich zu § 263 StGB fruchtbar machen.⁹⁷ Bei diesem kann der Vermögensschaden⁹⁸ bereits in der Gefährdung des Rechtsgutes liegen.⁹⁹ Wird die Steuer noch entrichtet, so ist die Situation bei § 370 AO mit der einer Vermögensgefährdung vergleichbar.¹⁰⁰ Indes sollen Gefährdungsschäden auch im Rahmen des § 263 StGB die Ausnahme darstellen, da anderenfalls die Umdeutung der Norm in ein Gefährdungsdelikt droht.¹⁰¹ Zum Zeitpunkt der Steuerfestsetzung kann der Steueranspruch allerdings durchaus noch rechtzeitig erfüllt werden. Ordnet man § 370 AO als Verletzungserfolgsdelikt ein, so würde hier der Regelfall der Gefährdung einfach zur Verletzung umdeklariert.

b) § 370 AO als Gefährdungsdelikt

Auch für ein Verständnis des § 370 AO als Gefährdungsdelikt lassen sich Anhaltspunkte finden. Zu nennen ist hier das in § 370 Abs. 4 S. 3 AO normierte Kompensationsverbot.¹⁰² Aus diesem folgt, dass bei der strafrechtlichen Ermittlung der Steuerverkürzung andere Tatsachen nicht zu berücksichtigen sind, die ebenfalls nicht erklärt wurden und eine Ermäßigung der Steuerschuld zur Folge hätten.¹⁰³ Somit wird eine Bestrafung wegen § 370 AO möglich, auch wenn nach materiellem Recht keine Abweichung der Ist- von der Soll-Steuer vorliegt, also insgesamt kein Nachteil für das Steueraufkommen entstanden wäre.¹⁰⁴ Derweil ist in der Rechtsprechung eine Ausnahme von dem Grundsatz des Kompensationsverbotes anerkannt,¹⁰⁵ wenn die nicht erklärten, steuermindernden und -erhöhenden Tatsachen in einem „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang“¹⁰⁶ miteinander stehen. In diesem Fall handelt es sich nicht um „andere Gründe“ im Sinne des § 370 Abs. 4 S. 3 AO. Das bedeutet aber,

⁸⁷ Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 6 ff.; Hilgers (Fn. 4), S. 39.
⁸⁸ Gaede, in: AnwK (Fn. 26), § 263 Rn. 4; Hefendehl, in: MüKo (Fn. 5), § 263 Rn. 8; Tiedemann, in: LK-StGB, 11. Aufl. (2005), § 263 Rn. 3; Tripmaker, Verhältnis und Abgrenzung von Steuerhinterziehung und Betrug (2010), S. 97.
⁸⁹ Gaede, in: AnwK (Fn. 26), § 263 Rn. 7; Hefendehl, in: MüKo (Fn. 5), § 263 Rn. 9; Kindhäuser, in: NK-StGB, 3. Aufl. (2010), § 263 Rn. 276; Satzger, in: SSW (Fn. 31), § 263 Rn. 8; Tiedemann, in: LK (Fn. 48), § 263 Rn. 5.
⁹⁰ Ebenso Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 56.
⁹¹ BGH wistra 89, 184, 185; Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 56; Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 15; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 11; Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. (2010) § 23 Rn. 23; Hilgers (Fn. 4), S. 39; Hoff (Fn. 3), S. 12.
⁹² Für Verletzungserfolgsdelikt: Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 57 f.; Hilgers (Fn. 4), S. 39 ff.; Hoff (Fn. 3), S. 16 f.; für Gefährdungsdelikt: wohl BGHSt 53, 221, 229 Rn. 37 = HRRS 2009 Nr. 483 Rn. 37; sowie Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 15; Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 57 ff.; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 11 f.; Seer, in: Tipke/Lang (Fn. 51), § 23 Rn. 21.
⁹³ Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 60.
⁹⁴ So Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 59; Hilgers (Fn. 4), S. 43.
⁹⁵ Zu denken ist hier insbesondere an Schadensersatzansprüche aus Vertrag oder § 823 BGB.

⁹⁶ Hefendehl, in: MüKo (Fn. 5), § 263 Rn. 8; Tiedemann, in: LK (Fn. 48), § 263 Rn. 3.
⁹⁷ Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 60.
⁹⁸ Dieser stellt bei § 263 StGB den Verletzungserfolg dar.
⁹⁹ Fischer (Fn. 26), § 263 Rn. 156 ff.; Gaede, in: AnwK (Fn. 26), § 370 Rn. 121; Satzger, in: SSW (Fn. 31), § 263 Rn. 174 ff.
¹⁰⁰ Ebenso Jäger, in: Klein (Fn. 44), § 370 Rn. 80.
¹⁰¹ Fischer (Fn. 26), § 263 Rn. 161; Gaede, in: AnwK (Fn. 26), § 370 Rn. 121.
¹⁰² So Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 57; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 11.
¹⁰³ BFH wistra 1987, 139, 143; Jäger, in: Klein (Fn. 44), § 370 Rn. 130; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 144; Samson, wistra 1983, 235, 239.
¹⁰⁴ So auch Tripmaker (Fn. 48), S. 73.
¹⁰⁵ BGH JZ 1975, 183, 185; BGH GA 1978, 278, 279; Jäger, in: Klein (Fn. 44), § 370 Rn. 133; Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 189; Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 66; Melchior, in: Ax, AO und FGO, 20. Aufl. (2010), Rn. 3005.
¹⁰⁶ BGH GA 1978, 278, 279; BGH wistra 1984, 183; Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 67.

dass das Erfordernis der zu niedrigen Festsetzung bezüglich einzelner, wirtschaftlich eng zusammenhängender Komplexe als Taterfolg bestehen bleibt.¹⁰⁷ Das Kompensationsverbot überzeugt als Argument daher nicht gänzlich für die Annahme eines Gefährdungsdelikts.

Jedoch betrifft der Taterfolg des § 370 AO nicht notwendigerweise das Aufkommen der Steuern, sondern zunächst lediglich den Steueranspruch.¹⁰⁸ Die Steuerverkürzung bezeichnet nicht seinen Untergang,¹⁰⁹ sondern allein die Gefährdung seiner Durchsetzbarkeit.¹¹⁰ Deshalb kommt eine endgültige Verletzung des Rechtsgutes erst zum Zeitpunkt des Unterbleibens der rechtzeitigen Tilgung der Steuerschuld in Betracht.¹¹¹ Die Festsetzung aber geht jeder – auch der rechtzeitigen – Tilgung zeitlich voran und ist daher von ihr zu trennen. Sie stellt folgerichtig nicht unmittelbar eine Verletzung,¹¹² sondern zunächst eine bloße Gefährdung der rechtzeitigen und vollständigen Verwirklichung des Steueranspruchs dar.¹¹³ Deshalb beruht die Annahme eines Verletzungserfolges auf einer Verwechslung von Tatobjekt – dem Steueranspruch, der zu niedrig geltend gemacht wird – und Rechtsgut – dem Steueraufkommen.¹¹⁴ § 370 AO ist somit ein Gefährdungsdelikts.¹¹⁵

4. Das Konkurrenzverhältnis von § 370 AO und § 263 StGB

Gegenstand der Steuerhinterziehung sind alle Ansprüche und Vermögenswerte, die sich aus den Steuergesetzen

¹⁰⁷ Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 63; Hoff (Fn. 3), S. 21.

¹⁰⁸ Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 20; Kürzinger, in: Wannemacher (Fn. 39), Rn. 240.

¹⁰⁹ Die Steuerschuld aus § 38 AO geht lediglich in den in § 47 AO genannten Fällen unter.

¹¹⁰ Vgl. BGHSt 24, 178, 181; Hellmann, in: HHSp. (Fn. 6), § 370 Rn. 140; Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 15; Seer, in: Tipke/Lang (Fn. 51), § 23 Rn. 29; Tripmaker (Fn. 48), S. 68.

¹¹¹ So auch Kirchhof NJW 1985, 2977, 2981, der jedoch schließt, dass eine rechtzeitige Tilgung ausbleibt und § 370 AO daher als Verletzungsdelikts sieht.

¹¹² BGH wistra 2009, 355, 358 = HRRS 2009 Nr. 483; Joecks, FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 15; Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 57; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 11.

¹¹³ Vgl. Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 392; Rolletschke, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 44), § 370 Rn. 9 f.

¹¹⁴ So Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 12; ähnlich Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 15 und Meine wistra 1991, 127, 131.

¹¹⁵ Die ebenfalls umstrittene Einordnung des § 370 AO als abstraktes oder konkretes Gefährdungsdelikts soll hier nicht vertieft werden, da sich der relevante Unterschied zu § 263 StGB in der Einordnung des § 370 AO als Gefährdungsdelikts erschöpft. Für die Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikts: Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 59; Schmitz/Wulf, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 370 AO Rn. 11; aA BGH wistra 2009, 355, 358.

ergeben.¹¹⁶ Hinsichtlich solcher ist sie gegenüber § 263 StGB abschließend.¹¹⁷

5. Zwischenergebnis

Die vorangegangene Analyse zeigt, dass die Entstehungsgeschichte des § 370 AO erheblich durch die Einflüsse des § 263 StGB geprägt ist. Rechtsgut von Betrug und Steuerhinterziehung ist das Vermögen. Die Steuerhinterziehung schützt jedoch nur das durch Steuern generierte Vermögen des Staates. Beide Delikte sind Erfolgsdelikte. Der Betrug in Form eines Verletzungs- und die Steuerhinterziehung in Form eines Gefährdungsdelikts. Die Tatbestandsfassungen weisen strukturelle Parallelen auf. § 370 AO regelt den Bereich der Steuerschuldverhältnisse abschließend.

C. Steuerhinterziehung gemäß § 370

Abs. 1 Nr. 1 AO

Insbesondere die Diskussion um die Erforderlichkeit einer Täuschungshandlung (I. 1.) und eines Irrtums (I. 2.) ist nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 14. Dezember 2010¹¹⁸ erneut entbrannt. In diesem legte er sich dahingehend fest, dass beides für § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO unerheblich sei. Folgt man diesbezüglich dem 1. Strafsenat, ist sodann die Erforderlichkeit des Merkmals der Unkenntnis der Behörde zu prüfen (2.). Dieses wurde im Beschluss erstmals ausdrücklich abgelehnt. Als Fragment des in Anlehnung an § 263 StGB konzipierten Angriffsweges der Steuerhinterziehung könnte es dennoch unentbehrlich sein.

I. Täuschung über Tatsachen und Irrtum der Behörde in § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO

Zunächst könnte man mit einigen Stimmen in der Literatur¹¹⁹ unter Heranziehung des § 263 StGB eine Täuschung durch den Steuerpflichtigen und einen Irrtum der Behörde für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO fordern. Ob dies überzeugen kann, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

1. Machen unrichtiger oder unvollständiger Angaben als Täuschung

Die Täuschung als Tathandlung des § 263 StGB setzt die „Vorspiegelung falscher“ oder „Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen“ voraus.

¹¹⁶ Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 86; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 489.

¹¹⁷ Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 317; Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 920; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 489.

¹¹⁸ BGH NJW 2011, 1299 f = HRRS 2011 Nr. 334.

¹¹⁹ Für Beides: Hoff (Fn. 3), S. 67, 91 f.; Gössel wistra 1985, 125, 132 ff.; Schleh Stuw 1972, 310 ff. zum gleichlautenden § 392 AO des Entwurfs von 1974.

Tathandlung der Steuerhinterziehung ist in § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO das Machen unrichtiger oder unvollständiger Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen. Kann diese als Täuschung im Sinne des § 263 StGB verstanden werden?¹²⁰

Für eine solche Annahme spricht die Entwicklung beider Tatbestandsalternativen (§ 370 Abs. 1 Nrn. 1, 2 AO) aus der Steuerunehrlichkeit, die in der Rechtsprechung auch als „auf Täuschung berechnetes Tun oder Unterlassen“ charakterisiert wurde.¹²¹ Ferner könnte dies unter Heranziehung des Subventionsbetruges gem. § 264 StGB zu befürworten sein. Bei § 264 StGB besteht die Tathandlung ebenfalls im Machen unvollständiger oder unrichtiger Angaben (Abs. 1 Nr. 1) bzw. im pflichtwidrigen in Unkenntnis lassen über subventionserhebliche Tatsachen (Abs. 1 Nr. 3) und wird als Täuschung bezeichnet.¹²²

Indes beinhaltet die Täuschung ein kommunikatives Element, das eines Gegenübers bedarf.¹²³ Sie kann nur in der Einwirkung auf die Vorstellung einer anderen Person liegen¹²⁴ und zielt schon begrifflich final auf das Hervorrufen eines Irrtums ab.¹²⁵

Die Übertragung dieses Gedankens auf § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO ergibt ferner ein systematisches Problem. Gem. § 378 Abs. 1 AO ist die leichtfertige Begehung der Steuerhinterziehung eine Ordnungswidrigkeit. Da eine Täuschung final auf das Erregen eines Irrtums gerichtet sein muss, kann sie freilich nicht leichtfertig begangen werden.¹²⁶ Das Merkmal der Täuschung ist mithin Bedenken ausgesetzt.

Eine vom Irrtum isolierte Betrachtung vermag jedoch noch kein fundiertes Bild zu vermitteln, weshalb nun das Merkmal des Irrtums im Lichte des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO untersucht werden soll.

2. Irrtum der Behörde als Bestandteil der Täuschung

Es ist somit danach zu fragen, ob § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO der Ergänzung um das Merkmal des Irrtums bedarf. Dies wäre lediglich dann zu befürworten, wenn ein Irrtum als Tatbestandsmerkmal im Rahmen des Steuerverfahrens überhaupt ein praktikables Kriterium wäre.

Als Irrtum im Sinne des § 263 StGB gilt jeder Widerspruch zwischen subjektiver Vorstellung und Wirklichkeit.¹²⁷ Derweil ist das Fehlen jeglicher Vorstellung nach der überwiegenden Ansicht¹²⁸ nicht vom Irrtum umfasst, denn wer sich über eine bestimmte Sache keine Gedanken macht, kann diesbezüglich auch keiner Fehlvorstellung unterliegen. Ein anderes Verständnis überschreitet die Wortlautgrenze des Merkmals Irrtum.¹²⁹ Es ist aber zuzugeben, dass die Abgrenzung zwischen Fehlvorstellung und fehlender Vorstellung ungenau ist.¹³⁰ Die Grenze zur Existenz einer „ungefähren Vorstellung“ ist nach überwiegender Meinung,¹³¹ bei Vorliegen eines so genannten sachgedanklichen Mitbewusstseins erreicht.

Fraglich ist, ob bei Eingang einer unrichtigen oder unvollständigen Steuererklärung bei der Behörde überhaupt die praktische Möglichkeit besteht, dass ein Mitarbeiter bezüglich der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben Fehlvorstellungen unterliegt, oder aber ein Irrtum in typischen Konstellationen des § 370 Abs. 1 AO am Fehlen jeglicher Vorstellung scheitert.

Als Grundfall einer Veranlagungssteuer¹³² sei hier an die Bearbeitung einer Einkommenssteuererklärung gedacht. In diesem Fall wird der Veranlagungsbeamte wohl regelmäßig von der Richtigkeit und Vollständigkeit der gemachten Angaben ausgehen, aufgrund derer er den Steuerbescheid erlässt. Daher kann jedenfalls von einem sachgedanklichen Mitbewusstsein bezüglich der Richtigkeit und Vollständigkeit ausgegangen werden. In dieser Konstellation ist das Erfordernis eines Irrtums folglich durchaus noch praktikabel.

¹²⁰ Dafür: *Hellmann*, in: HHSp., § 370 Rn. 78, 198 ff.; *Hoff* (Fn. 3), S. 67; *Kürzinger*, in: Wannemacher (Fn. 39), Rn. 97; sowie bereits *Samson/Horn*, NJW 1970, 593, 594 f. zur Steuerunehrlichkeit in der Begehungsvariante bei § 392 AO a.F.; *Schleeh* StuW 1972, 310 zum gleichlautenden § 392 AO des Entwurfs von 1974; wohl auch *Joecks*, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 120b; aA *BGHSt* 37, 266, 285 f.; *BGH wistra* 2000, 63, 62; *BGHSt* 51, 356, 361 = HRRS 2007 Nr. 629; *Dumke*, in: Schwarz (Fn. 44), § 370 Rn. 38; *Jäger*, in: Klein (Fn. 44), § 370 Rn. 42; *Hilgers* (Fn. 4), S. 79; *Lütt* (Fn. 20), S. 112 ff.

¹²¹ Vgl. schon Teil B. I. 1.; *BGH NJW* 1953, 1841, 1842; *Hilgers* (Fn. 4), S. 78.

¹²² *BGH NStZ* 2006, 625, 627 Rz. 8 f.; *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 49), § 263 Rn. 74; *Hoyer*, in: SK-StGB (Stand: Lfg. 130, Okt. 2011), § 263 Rn. 51; *Rengier*, BT I, 14. Aufl. (2012), § 17 Rn. 7.

¹²³ Ähnlich *Hilgers* (Fn. 4), S. 79.

¹²⁴ *Beukelmann*, in: Heintschel/Heinegg, StGB (2010), § 263 Rn. 9; *Fischer* (Fn. 26), § 263 Rn. 14; *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 49), § 263 Rn. 60.

¹²⁵ *Hilgers* (Fn. 4), S. 79; *Lütt* (Fn. 20), S. 113; *Bockelmann*, in: FS Eberhard Schmidt (1961), S. 437, 440; *Arzt*, Strafrecht BT, 2. Aufl. (2009), § 20 Rn. 35; sowie die Definition von „täuschen“ im Duden: „jemandem absichtlich einen falschen Eindruck vermitteln; jemanden irreführen.“

¹²⁶ Dazu *Ransiek*, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 211; *Lütt* (Fn. 20), S. 113.

¹²⁷ *Fischer* (Fn. 26), § 263 Rn. 54; *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 30), § 263 Rn. 33; *Gaede*, in: AnwK (Fn. 26), § 263 Rn. 51; *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), § 263 Rn. 18; vgl. auch die Definition des Dudens für den „Irrtum“ im allgemeinen Sprachgebrauch: „fälschlich für richtig gehaltener Gedanke; falsche Vorstellung“.

¹²⁸ So *RGSt* 42, 40, 41; *BGHSt* 2, 325, 326; *Fischer* (Fn. 26), § 263 Rn. 57; *Gaede*, in: AnwK (Fn. 26), § 263 Rn. 53 f.; *Hefendehl*, in: MüKo (Fn. 5), § 263 Rn. 199 ff.; *Hoyer*, in: SK (Fn. 82), § 263 Rn. 64 f.; *Lackner/Kühl* (Fn. 87), § 263 Rn. 18; *Satzger*, in: SSW (Fn. 31), § 263 Rn. 72; aA *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 30), § 263 Rn. 36 f.; *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 49), § 263 Rn. 169.

¹²⁹ Eine „falsche Vorstellung“ (vgl. Definition im Duden, Fn. 86) kann dort, wo überhaupt keine Vorstellung besteht, nicht existieren.

¹³⁰ *Fischer* (Fn. 26), § 263 Rn. 57; *Arzt* (Fn. 85), § 20 Rn. 54.

¹³¹ *Gaede*, in: AnwK (Fn. 26), § 263 Rn. 54; *Hefendehl*, in: MüKo (Fn. 5), § 263 Rn. 201; *Satzger*, in: SSW (Fn. 31), § 263 Rn. 72; *Arzt* (Fn. 85), § 20 Rn. 54.

¹³² *Senge*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 44), § 370 AO Rn. 31; *Wulf*, in: MüKo (Fn. 5), § 376 AO Rn. 29.

Anders gestaltet sich die Situation indes bereits heute bei Fälligkeitssteuern¹³³, die gem. § 168 S. 1 AO direkt nach der Anmeldung als Steuerfestsetzung gelten. Hier kommt es, im praktisch sehr relevanten Fall der Umsatzsteuer,¹³⁴ bei einer Einreichung falscher Angaben in der Regel wohl nicht einmal zur Wahrnehmung durch einen Beamten, geschweige denn zu einem Irrtum oder einer „ungefähren Fehlvorstellung“. Stattdessen erfolgt die Bearbeitung bereits vollständig auf elektronischem Wege über ELSTER¹³⁵.

Man könnte hier entgegen, dass das Verarbeitungsprogramm bei Ungereimtheiten in der Regel einen Sachbearbeiter informiert, sobald Widersprüche in der Erklärung ersichtlich werden.¹³⁶ Zudem muss gem. § 168 S. 2 AO bei negativen Saldi das Finanzamt der Festsetzung zustimmen. Dies setzt eine Kontrolle, also eine Wahrnehmung,¹³⁷ der Anmeldungen voraus. Wird die Anmeldung wahrgenommen, so wird der zuständige Mitarbeiter dabei von ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit ausgehen.

Dieser Ansatz begegnet jedoch durchgreifenden Bedenken. Auch wenn ein Computer auf die Erkennung bestimmter Indikatoren, beispielsweise die Schlüssigkeit der Erklärung, programmiert werden kann, so kann er doch kein eigenes Vorstellungsbild entwickeln.¹³⁸ Nun könnte man darauf abstellen, dass der die Maschine beaufsichtigende Mitarbeiter von der korrekten Bearbeitung der Anmeldungen durch die Maschine ausgeht.¹³⁹ Indes können die Vorstellungen des Mitarbeiters nicht über die Kontrollmöglichkeiten der Maschine hinausgehen.¹⁴⁰ Ein Irrtum kann hinsichtlich Inhalten, auf deren Überprüfung die Maschine nicht programmiert ist, niemals vorliegen. In diesen Fällen ist das Merkmal Irrtum überfordert.

Gegen die Praktikabilität des Tatbestandsmerkmals Irrtum lässt sich darüber hinaus noch ein weiteres Argument ins Feld führen. Gem. § 370 Abs. 4 S. 1 AO tritt der Verkürzungserfolg auch bei einer Festsetzung unter Vorbehalt ein. Ist ein Veranlagungsbeamter überzeugt, die Steuererklärung sei unrichtig oder unvollständig, so kann er die Steuer gem. § 164 Abs. 1 AO zunächst unter Vorbehalt festsetzen. Dieses Verfahren bietet den Vorteil, dass der Veranlagungsbeamte die Bußgeld- und Strafsachen-Stelle informieren und zugleich bereits die Forde-

rung des Staates festsetzen kann, ohne dass hiermit bis zum Ende des Ermittlungsverfahrens oder einer eventuellen Außenprüfung gewartet werden muss.¹⁴¹ In solchen Fällen entspricht die Vorstellung des Veranlagungsbeamten bezüglich der Angaben allerdings durchaus der Wahrheit, eine Fehlvorstellung und somit ein Irrtum liegt dann nicht vor, so dass eine Strafbarkeit ausscheiden müsste.

Das Erfordernis eines Irrtums auf Seiten der Behörde erweist sich somit in einigen paradigmatischen Fällen der Steuerhinterziehung für eine gerecht und effektive Strafverfolgung als hinderlich, wenn nicht gar kontraproduktiv. Dieser Tatsache war sich der Gesetzgeber bei der Formulierung der Nr. 1 des § 370 Abs. 1 AO bewusst, weshalb er auf ein finales Element, wie das des Vorspielens, Entstellens oder Unterdrückens beim Betrug, verzichtete.¹⁴² Auch der Bundesgerichtshof bestätigt dies in ständiger Rechtsprechung.¹⁴³

3. Ergebnis zu Täuschung und Irrtum

Auch wenn ein Irrtum für § 370 AO nicht zu fordern ist, stellt sich weiterhin die oben aufgeworfene Frage, wie sich dies auf das Erfordernis einer Täuschung als Tathandlung auswirkt. Es wurde bereits festgestellt, dass eine Täuschung in der Einwirkung auf das Vorstellungsbild einer anderen Person zu sehen ist.¹⁴⁴ Finales Element der Täuschung ist also die Erregung eines Irrtums. Ein Irrtum ist jedoch im Rahmen der Steuerhinterziehung als Tatbestandsmerkmal gänzlich unpraktikabel und daher abzulehnen. Gleiches gilt folglich auch für die Täuschung als tatbestandliche Handlung. Eine solches Verständnis der Steuerhinterziehung widerspräche der Realität und bedeutete einen Rückschritt, der der Anpassung an geänderte Arbeitsabläufe zuwiderläuft. Hierin zeigt sich auch ein maßgeblicher Unterschied zu § 264 StGB, bei dem die Tathandlung als Täuschung bezeichnet wird,¹⁴⁵ ein Irrtum allerdings nicht erforderlich ist. Denn im Rahmen der Subventionsvergabe kann, anders als bei § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO, regelmäßig von der Bearbeitung der Subventionsanträge durch die zuständigen Sachbearbeiter ausgegangen werden.¹⁴⁶

Es ist also festzuhalten, dass die Tathandlung des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO keineswegs als Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB gewertet werden kann und auch ein Irrtum als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal bei § 370 AO abzulehnen ist.

¹³³ Zu den Fälligkeitssteuern zählen die aufkommensstarken Steuerarten der Umsatzsteuer, Lohnsteuer sowie der Kapitalertragssteuer, vgl. auch *Senge*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 44), § 370 AO Rn. 31.

¹³⁴ *Senge*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 44), § 370 AO Rn. 31.

¹³⁵ Elektronisches Steuerprogramm der deutschen Finanzverwaltung, Grundlage ist die Steuerdaten-ÜbermittlungsVO vom 28.1.2003 (BGBl. I 13), abrufbar unter <https://www.elster.de>.

¹³⁶ So *Hoff* (Fn. 3), S. 45 ff. zur Unkenntnis bei Fälligkeitssteuern.

¹³⁷ So *Hoff* (Fn. 3), S. 49.

¹³⁸ Ebenso *Satzger*, in: SSW (Fn. 31), § 263 Rn. 69.

¹³⁹ *Hoff* (Fn. 3), S. 93.

¹⁴⁰ *Wulf*, Handeln und Unterlassen im Steuerstrafrecht (2001), S. 161.

¹⁴¹ *Wulf* (Fn. 100), S. 160.

¹⁴² So auch *Hilgers* (Fn. 4), S. 79.

¹⁴³ BGH St. 37, 266, 285; BGH wistra 2000, 63, 63; BGH NJW 2007, 2864, 2865 Rz. 23 = HRRS 2007 Nr. 629.

¹⁴⁴ Siehe oben C. III. 1. a); *Beukelmann*, in: Heintschel/Heinegg (Fn. 84), § 263 Rn. 9; *Fischer* (Fn. 26), § 263 Rn. 14; *Kindhäuser*, in: NK (Fn. 49), § 263 Rn. 60.

¹⁴⁵ Vgl. schon C. III. 1. a).

¹⁴⁶ Ebenso *Hilgers* (Fn. 4), S. 85.

II. Fragment des § 263 StGB: Ergänzung des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO um die Unkenntnis der Behörde bzw. Verknüpfung von Tathandlung und Taterfolg

Ein Unterschied zwischen den Tatbestandsvarianten des § 370 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AO sticht besonders hervor: Während Nr. 2 die Unkenntnis der Behörde voraussetzt, kennt Nr. 1 ein solches Merkmal nicht.

Da der Irrtum als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Nr. 1 ausscheidet, stellt sich die Frage, ob nicht stattdessen das Merkmal der Unkenntnis, als Fragment der betrugsähnlichen Konzeption des § 370 AO, in den Tatbestand hineinzulesen ist. Hierdurch würde auch der Gleichlauf mit der Unterlassungsvariante in Nr. 2 gewährleistet. Die Diskussion um eine derartige Ergänzung kam im Zuge der Parteispendenaffäre der 1970er Jahre auf.¹⁴⁷ Den Verwaltungsspitzen war damals die fehlende Abzugsfähigkeit, der von vielen Firmen als Betriebsausgaben geltend gemachten Parteispenden, bekannt.¹⁴⁸ Ob das Merkmal im Rahmen der Nr. 1 erforderlich ist und wenn ja, welche Stellung es im Tatbestand einnehmen und auf wessen Kenntnis – des Veranlagungsbeamten und/oder Behördenleiters – es ankommen soll, bedarf folglich der Klärung.

1. Die Entwicklung in der Rechtsprechung

Ältere Entscheidungen des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs lassen die Tendenz erkennen, das Tatbestandsmerkmal der Unkenntnis nicht zur Voraussetzung der vollendeten Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO zu machen.¹⁴⁹ In einer Entscheidung zum Parteispendenskandal erklärte er einen Irrtum der Finanzbehörde für unerheblich.¹⁵⁰ Hieraus kann geschlossen werden, dass es auf die Kenntnis der Behörde ebenso wenig ankommen soll. In späteren Entscheidungen äußerte er sich zur Erforderlichkeit des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals nicht mehr abschließend.¹⁵¹ Dies lag auch daran, dass das Gericht die Frage in keinem der Fälle für entscheidungserheblich hielt,¹⁵² weil es die vorhandene Kenntnis für unzulänglich erachtete¹⁵³ und sie teilweise obendrein nicht beim zuständigen Veranlagungsbeamten vorhanden gewesen sei¹⁵⁴. In der Literatur wurden diese Entscheidungen dahingehend rezipiert, dass die Rechtsprechung noch nicht endgültig positio-

niert sei, sich jedoch durchaus eine Tendenz gegen die Erforderlichkeit der Unkenntnis erkennen lasse.¹⁵⁵

In dieser Situation hatte nun der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs am 14. Dezember 2010 über einen ähnlich gelagerten Fall zu befinden.¹⁵⁶ Der Angeklagte war nach den Feststellungen des Landgerichts an einem Umsatzsteuerkarussell beteiligt und hatte unberechtigterweise Vorsteuerabzüge geltend gemacht. Gegenständlich waren 14 Vorsteueranmeldungen durch die Umsatzsteuer in Höhe von 5,18 Millionen Euro hinterzogen worden war.¹⁵⁷ Der Angeklagte war von der Vorinstanz zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und neun Monaten verurteilt worden.¹⁵⁸ Die Revision wurde unter anderem auf die, schon vor Einreichung der ersten Vorsteueranmeldung bestehende, Kenntnis der Steuerfahndung gestützt.¹⁵⁹

An sich hätte der Bundesgerichtshof wiederum auf die fehlende Entscheidungserheblichkeit der Frage verweisen können. Denn im vorliegenden Fall hatte ein ermittelnder Steuerfahnder einer anderen Behörde bisher einen bloßen Verdacht hinsichtlich der Unrichtigkeit der Erklärungen.¹⁶⁰ Maßgeblich wäre aber die Kenntnis der für die Prüfung der Umsatzsteuervoranmeldungen gem. § 168 Abs. 1 S. 2 AO zuständigen Dienststelle der Finanzbehörde gewesen.¹⁶¹ Auch eine Wissenszurechnung kommt nach ständiger Rechtsprechung der Finanzgerichte nicht in Betracht.¹⁶² Nichtsdestotrotz sah der 1. Strafsenat die Notwendigkeit, die bisherigen Unstimmigkeiten hinsichtlich des Merkmals zu beseitigen. Er verwies darauf, dass Täuschung und Irrtum in ständiger Rechtsprechung¹⁶³ als Merkmale des § 370 AO abgelehnt werden.¹⁶⁴ Als Begründung wurde diesbezüglich der eindeutige Wortlaut der Norm im Vergleich zu § 263 StGB angeführt.¹⁶⁵ Ferner las er aus den Regelbeispielen des § 370 Abs. 3 S. 2 Nrn. 2, 3 AO die Wertung des Gesetzgebers, gerade die Mitwirkung eines Amtsträgers als besonders strafwürdig zu erachten. Die Anwendbarkeit dieser Regelbeispiele solle aber gerade nicht von der Zuständigkeit des jeweiligen Amtsträgers abhängen.¹⁶⁶ Die Rechtsprechung geht also nunmehr davon aus, dass die Kenntnis der Finanzbehörde von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Erklärung keine tatbestandsausschließende Wirkung auf § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO

¹⁴⁷ Vgl. BGHSt 34, 272; 37, 266, 285; Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 239; Hilgers (Fn. 4), S. 126 ff.; Wulf (Fn. 99), S. 143.

¹⁴⁸ Vgl. BGHSt 34, 272; 37, 266, 285; Hilgers (Fn. 5), S. 126 ff.; Wulf (Fn. 99), S. 143.

¹⁴⁹ Vgl. auch Stahl/Carlé wistra 2000, 99.

¹⁵⁰ So BGHSt 37, 266, 285.

¹⁵¹ BGH wistra 1989, 29; BGH wistra 2000, 63, 64; BayObLG JR 1983, 420, 421.

¹⁵² BGHSt 37, 266, 286; BGH wistra 1989, 29; BGH wistra 2000, 63, 64.

¹⁵³ So in BGHSt 37, 266, 286; BGH wistra 1989, 29.

¹⁵⁴ BGH wistra 2000, 63, 64.

¹⁵⁵ Hellmann, in: HHSp., § 370 Rn. 199; Tripmaker (Fn. 48), S. 76 f.; Wulf (Fn. 100), S. 145 f.

¹⁵⁶ BGH NJW 2011, 1299 = HRRS 2011 Nr. 334.

¹⁵⁷ BGH NJW 2011, 1299 = HRRS 2011 Nr. 334.

¹⁵⁸ BGH NJW 2011, 1299 = HRRS 2011 Nr. 334.

¹⁵⁹ BGH NJW 2011, 1299, 1300 = HRRS 2011 Nr. 334.

¹⁶⁰ BGH NJW 2011, 1299 = HRRS 2011 Nr. 334.

¹⁶¹ Ebenso Koops/Gerber DB 2011, 786; Wulf NSTz 2011, 408, 409.

¹⁶² BFH DB 1998, 1599 f.; DStR 2011, 521, 522; Koops/Gerber DB 2011, 786, 787.

¹⁶³ BGH St. 37, 266, 285; BGH wistra 2000, 63, 63; BGH NJW 2007, 2864, 2865 Rz. 23 = HRRS 2007 Nr. 629.

¹⁶⁴ BGH NJW 2011, 1299, 1300 = HRRS 2011 Nr. 334.

¹⁶⁵ BGH NJW 2011, 1299, 1300 = HRRS 2011 Nr. 334.

¹⁶⁶ BGH NJW 2011, 1299, 1301 = HRRS 2011 Nr. 334.

hat.¹⁶⁷ Ein Einlenken ist in nächster Zukunft nicht zu erwarten.

2. Die Unkenntnis und § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO im Schrifttum

Die Erforderlichkeit des Merkmals der Unkenntnis im Rahmen von § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO wird in der Literatur systematisch auf verschiedene Weisen zu begründen und einzuordnen versucht. Da die Argumentation für und wider die Erforderlichkeit des Merkmals eng mit dessen Einordnung verknüpft ist, soll hier beides gemeinsam aufgeschlüsselt werden.

a) Kausalitätserfordernis

Für den Erfolg der Steuerhinterziehung muss die Tat handlung nach Nr. 1 ursächlich geworden sein („und dadurch Steuern verkürzt“).¹⁶⁸ Bei einer Kenntnis der Finanzbehörde von der Unrichtigkeit der gemachten Angaben soll es, nach Ansicht einiger,¹⁶⁹ an der Kausalität dieser Angaben für die Steuerverkürzung oder den nicht gerechtfertigten Steuervorteil fehlen. In der Regel sei davon auszugehen, dass die Behörde bei Kenntnis der wahren Umstände eine korrekte Festsetzung vornehme. Eine unrichtige Festsetzung, trotz Kenntnis der Behörde, beruhe eben nicht mehr auf der fehlerhaften Erklärung, sondern nunmehr auf dem Fehlverhalten der zuständigen Sachbearbeiter.¹⁷⁰

Bei einem Wirkungszusammenhang, der auf einem inneren Vorgang beruht, spricht man von psychischer Kausalität.¹⁷¹ Im Rahmen dieser ist auf den Motivationszusammenhang abzustellen.¹⁷² Der Finanzbeamte, der um die Fehlerhaftigkeit einer Erklärung weiß und die Festsetzung nichtsdestotrotz auf ihrer Grundlage vornimmt, wird durch diese Erklärung mindestens mit motiviert.¹⁷³ Insbesondere wird er regelmäßig die Angaben der Erklärung für die Festsetzung nutzen. Ohne die Erklärung würde der tatbestandliche Erfolg der Steuerverkürzung daher ausbleiben.¹⁷⁴ Die fehlerhafte Erklärung ist mithin *conditio-sine-qua-non*.

Auch liegt kein Fall überholender Kausalität vor,¹⁷⁵ denn diese erfordert den Beginn einer neuen Ursachenkette, die sich allein im Erfolg auswirkt.¹⁷⁶ Allerdings ist die Steuerverkürzung keineswegs lediglich das Ergebnis des Fehlverhaltens des Veranlagungsbeamten. Vielmehr handelt es sich um einen von vornherein notwendigen Teil der ursprünglichen Ursachenkette, indem die Erklärung fortwirkt.

Mithin kann bei unrichtiger Festsetzung trotz Kenntnis der Behörde nicht vom Fehlen eines Gliedes der Kausalkette gesprochen werden.

b) Gegenstand des objektiven Zurechnungszusammenhangs

Andere wollen das Merkmal der Unkenntnis als Kriterium der objektiven Zurechnung verstanden wissen.¹⁷⁷ Grundsätzlich ist der vom Steuerpflichtigen verursachte Erfolg dann dem objektiven Tatbestand des § 370 AO zurechenbar, wenn sich in ihm, die durch die Abgabe der Erklärung geschaffene, rechtlich missbilligte Gefahr realisiert hat.¹⁷⁸ Hierbei handelt es sich um ein Wertungskriterium¹⁷⁹ mit der Aufgabe, sozial adäquates Verhalten anhand von verschiedenen Fallgruppen bereits im objektiven Tatbestand auszusondern.¹⁸⁰ Es ergänzt die notwendige Bedingung der Kausalität.¹⁸¹

Ein Ausschluss der objektiven Zurechnung kommt zum Einen aufgrund einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung in Betracht, einer Figur aus der Dogmatik der Fahrlässigkeitsdelikte,¹⁸² die der Abgrenzung von Verantwortungsbereichen dient. Im Falle des § 370 AO sind Rechtsgutsträger (der Staat als Steuergläubiger) und Handelnder (der Veranlagungsbeamte) jedoch nicht identisch, eine für diese klassische Fallgruppe zumindest atypische Konstellation. Letztendlich fehlt dem zuständigen Veranlagungsbeamten aber die erforderliche Dispositionsbefugnis über die staatlichen Steueransprüche aus § 38 AO. Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung scheidet aus diesem Grund aus.

¹⁶⁷ Ebenso: *Borchers* wistra 1987, 86, 89; *Zimmermann* FD-StrafR 2011, 314692.

¹⁶⁸ *Jäger*, in: Klein (Fn. 44), § 370 Rn. 80; *Hellmann*, in: HHSp., § 370 Rn. 197 f.; *Kummer*, in: Wabnitz/Janovsky (Fn. 1), Kap. 18 Rn. 29; *Kürzinger*, in: Wannemacher (Fn. 39), Rn. 419; *Ransiek*, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 570 ff.; *Schmitz/Wulf*, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 253.

¹⁶⁹ *Scheurmann-Kettner*, in: Koch/Scholtz (Fn. 44), § 370 Rn. 42; *Gössel* wistra 1985, 125, 132 f., der Unkenntnis als Unterfall des Irrtums sieht; *Volk* DStZ 1983, 223, 227 f.; *Weyand* wistra 1988, 180, 182.

¹⁷⁰ *Gössel* wistra 1985, 125, 132 f.; *Volk* DStZ 1983, 223, 227 f.

¹⁷¹ *Kühl*, AT, 6. Aufl. (2008), § 4 Rn. 6; *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn. 31 f.; *Lütt* (Fn. 20), S. 30.

¹⁷² Dazu *Kühl*, AT (Fn. 131), § 4 Rn. 6; *Roxin*, AT 1 (Fn. 131), § 11 Rn. 31 f.

¹⁷³ Ebenso *Lütt* (Fn. 20), S. 31 f.; *Wulf* (Fn. 100), S. 147.

¹⁷⁴ So auch BGH NJW 2011, 1299, 1301 = HRRS 2011 Nr. 334; *Hilgers* (Fn. 4), S. 95; *Lütt* (Fn. 20), S. 43 ff.; *Wulf* (Fn. 100), S. 147 f.

¹⁷⁵ So aber *Rolletschke*, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 44), § 370 Rn. 224.

¹⁷⁶ So *Rolletschke*, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 44), § 370 Rn. 221 selbst; vgl. auch *Lenckner/Eisele*, in: Schöнке/Schröder (Fn. 30), Vor §§ 13 Rn. 77: anknüpfendes Verhalten unterbricht Kausalität nicht.

¹⁷⁷ So u. a. *Dörn* wistra 1991, 10, 15; *Hellmann*, in: HHSp., § 370 Rn. 200 f.; *Hoff* (Fn. 3), S. 66; sowie *Ransiek* wistra 2011, 189, 190 einschränkend, der sich mittlerweile aber gänzlich gegen eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs ausgesprochen hat: *Ransiek*, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 585 ff.

¹⁷⁸ Zur objektiven Zurechnung allgemein *Roxin*, AT 1 (Fn. 131), § 11 Rn. 47 sowie *Kühl*, AT (Fn. 131), § 4 Rn. 43; für § 370 AO speziell *Ransiek*, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 575.

¹⁷⁹ *Kudlich*, in: SSW (Fn. 31), Vor §§ 13 ff. Rn. 50.

¹⁸⁰ *Welzel* ZStW 58 (1939), 491, 516 f.; *Schünemann* GA 1999, 207, 211.

¹⁸¹ *Gercke*, in: AnwK (Fn. 26), Vor § 13 Rn. 25; *Kühl*, AT (Fn. 130), § 4 Rn. 4.

¹⁸² *Frisch* NStZ 1992, 1, 3; *Renzikowski* HRRS 2009, 347 f.; *Schünemann* JR 1989, 89, 90.

Zum Anderen wird der objektive Zurechnungszusammenhang unterbrochen, wenn von einem Dritten eigenverantwortlich eine neue, selbstständig auf den Erfolg hinwirkende Gefahr gesetzt wurde, die sich allein im Erfolg realisiert.¹⁸³ Man könnte folgern,¹⁸⁴ in der zu niedrigen Festsetzung realisiere sich nicht die vom Steuerpflichtigen mit seiner fehlerhaften Erklärung gesetzte Gefahr, sondern es realisiere sich durch das Fehlverhalten des Beamten als eine neue, auf den Erfolg hinwirkende, Gefahr.¹⁸⁵ Indes kann die durch das Fehlverhalten gesetzte und zugleich realisierte Gefahr keineswegs als „neu“ bezeichnet werden. Vielmehr wirkt die vom Steuerpflichtigen geschaffene, ursprüngliche Gefahr für das Steueraufkommen in ihr modifiziert fort.¹⁸⁶ Für die Schaffung einer neuen Gefahr mangelt es zudem an der erforderlichen Selbstständigkeit einer solchen.¹⁸⁷

Die objektive Zurechnung ist mit der Aufgabe der Aussonderung von Fällen der Kenntnis der Behörde deshalb überfordert. Folglich kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Unkenntnis der Behörde bereits Kriterium der objektiven Zurechnung zum Tatbestand ist.

c) Ausdruck des funktionalen Zusammenhangs von Taterfolg und Tathandlung

Nach *Hilgers*¹⁸⁸ ist das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unkenntnis notwendig, um die funktionale Verknüpfung von Tathandlung und Taterfolg herzustellen, welche sich aus dem engen entstehungsgeschichtlichen Zusammenhang der §§ 370 AO, 263 StGB ergibt. Dies lässt sich wie folgt herleiten:

Bei einer historischen Auslegung des § 370 AO tritt der betrugsähnliche Angriffsweg der Steuerhinterziehung, der in der Steuerunehrlichkeit seinen Ausdruck gefunden hat, zu Tage.¹⁸⁹ Die Unkenntnis stellt hierbei einen spezifischen Unrechtszusammenhang von Taterfolg und Tathandlung dar. Dieser spezifische Unrechtszusammenhang ergibt sich aus der Funktion des § 370 AO.¹⁹⁰ Die Norm soll die ungünstige Gläubigersituation des Staates kompensieren und ihm unbekannte Steuerquellen sowie die wahren Besteuerungsgrundlagen erschließen.¹⁹¹ Sein Hauptdefizit, die chronische Unkenntnis hinsichtlich der Lebensumstände der Steuerpflichtigen, soll durch die Sanktionierung von Verstößen nach § 370 AO ausgeglichen werden. Hat die Finanzbehörde allerdings Kenntnis von den wahren Besteuerungsgrundlagen, so bedarf sie dieses Ausgleichs gerade nicht mehr.¹⁹² Vielmehr ergibt sich ein Widerspruch, wenn sie wider besseren Wissens falsch veranlagt.

Auch unter Rückgriff auf allgemeine strafrechtliche Grundlagen zeigt sich, dass sich jede strafrechtliche Sanktion am Wert des zu schützenden Rechtsgutes und an der Schutzbedürftigkeit des Opfers messen lassen muss.¹⁹³ Darüber hinaus ist bei der Steuerhinterziehung, wie auch beim Betrug, der Grundsatz der Subsidiarität fruchtbar zu machen.¹⁹⁴ Beide Delikte finden ihre Daseinsberechtigung in der Hilflosigkeit und dem Mangel an Selbstschutzmöglichkeiten des Opfers.¹⁹⁵ Ein wissendes Opfer kann sich jedoch selbst zur Wehr setzen.¹⁹⁶

Bei § 263 StGB wird dieser funktionale Zusammenhang durch das Erfordernis des Irrtums gewährleistet. Für § 370 AO ist der Irrtum als Tatbestandsmerkmal unpraktikabel. Jedoch kann der erforderliche funktionale Zusammenhang auch durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unkenntnis hergestellt werden. Die Unkenntnis als Gegenstück zum Irrtum erfasst diese Problematik, ohne die im Rahmen des Irrtums bestehenden praktischen Schwierigkeiten zu erzeugen. Der Veranlagungsbeamte, der um die wahren Besteuerungsgrundlagen und Steuerquellen weiß, kann eine Schätzung vornehmen (§ 162 AO). Zudem hat er Zugriff auf verschiedene Zwangsmittel.¹⁹⁷ Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sei das Merkmal der Unkenntnis im Rahmen des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO daher erforderlich.¹⁹⁸

Mithin ist nach dieser Ansicht die Verknüpfung von Tathandlung und Taterfolg mittels Unkenntnis der Behörde erforderlich, um den spezifischen Angriffsweg, der für eine vollendete Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO charakteristisch ist, herzustellen.¹⁹⁹

Kritik erfährt diese Einordnung der Unkenntnis aufgrund des Vergleichs mit der Lehre von der unbewussten Selbstschädigung im Rahmen des § 263 StGB.²⁰⁰ Diese sondert Fälle aus, in denen das Opfer die schädigende Wirkung seiner Verfügung erkennt, sie jedoch aufgrund eines unbeachtlichen Motivirrtums trotzdem vornimmt.²⁰¹ Diese Kritik beschränkt sich jedoch auf die mangelnde Vergleichbarkeit des § 370 AO mit § 263 StGB,²⁰² denn bei Ersterem handele es sich häufig nicht um ein Selbstschädigungsdelikt. Ferner wird vorgebracht,²⁰³ die Lehre von der unbewussten Selbstschädigung klammere bei § 263 StGB nur Fälle aus, in denen

¹⁸³ Gercke, in: AnwK (Fn. 26), Vor § 13 Rn. 27; Wessels/Beulke, AT, 41. Aufl. (2011), § 6 Rn. 192.

¹⁸⁴ So Dörn wistra 1991, 10, 15.

¹⁸⁵ Dörn wistra 1991, 10, 15.

¹⁸⁶ Ebenso Wulf (Fn. 100), S. 148.

¹⁸⁷ Zur Selbstständigkeit: Gercke, in: AnwK (Fn. 26), Vor § 13 Rn. 27; Wessels/Beulke (Fn. 143), § 6 Rn. 192.

¹⁸⁸ Hilgers (Fn. 4), S. 96.

¹⁸⁹ Siehe oben B. I. 1.

¹⁹⁰ Hilgers (Fn. 4), S. 97 f.

¹⁹¹ Hilgers (Fn. 4), S. 97.

¹⁹² Ebenso Hilgers (Fn. 4), S. 98; Wulf (Fn. 100), S. 154.

¹⁹³ Hilgers (Fn. 4), S. 97; vgl. auch Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (1981), S. 72 ff. zu § 263 StGB.

¹⁹⁴ Hilgers (Fn. 4), S. 98; Wulf (Fn. 100), S. 154.

¹⁹⁵ Samson/Horn NJW 1970, 593, 597 bereits zu § 392 AO a.F., die Hauptfunktion der Steuerhinterziehung ist die Befähigung des Fiskus zur Selbsthilfe.

¹⁹⁶ Ebenso Hilgers (Fn. 4), S. 98; Wulf (Fn. 99), S. 154; Samson/Horn NJW 1970, 593, 597.

¹⁹⁷ Ebenso Hilgers (Fn. 4), S. 98; Wulf (Fn. 100), S. 154.

¹⁹⁸ Wulf (Fn. 100), S. 154.

¹⁹⁹ So wohl auch Joecks, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 199, der allerdings nur vom erforderlichen Zusammenhang spricht.

²⁰⁰ Hilgers (Fn. 4), S. 96.

²⁰¹ Beispielsweise beim Spendenbetrug.

²⁰² Zum Beispiel wenn keine Erklärung eingereicht wird und die Behörde deshalb nicht tätig wird, Wulf (Fn. 100), S. 150.

²⁰³ Lütt (Fn. 20), S. 63.

ein Irrtum vorliegt und sei daher zur Begründung der Erforderlichkeit eines Irrtums oder der Unkenntnis bei § 370 AO untauglich. Indes bedarf der Rückgriff auf die Lehre von der unbewussten Selbstschädigung der Abstraktion, denn es hierbei geht hauptsächlich um die Charakterisierung des strafwürdigen Angriffsweges²⁰⁴ bei § 263 StGB.

d) Gegenstand der tatbestandlichen Situation oder Erfolgsbeschreibung

Des Weiteren könnte man mit *Wulf*²⁰⁵ den Rückgriff auf die Lehre von der unbewussten Selbstschädigung ablehnen und die Kenntnis wie beim Schaden bei § 263 StGB als Merkmal der Erfolgsbeschreibung erfassen.

Diese Einordnung findet ihren Ursprung in *Lütt*²⁰⁶ Verständnis des § 370 AO als echtes Unterlassungsdelikt. Demgemäß erfordere das in § 370 AO enthaltene Gebot der Offenbarung steuererheblicher Tatsachen diese nur, soweit die tatbestandsmäßige Situation der Unkenntnis bei der Behörde überhaupt vorliege.²⁰⁷ Ansonsten sei § 370 AO aufgrund der fehlenden Gefährdungssituation nicht einschlägig.

Auch bei einem Verständnis des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO als Handlungsdelikt kann dieser Ansatz dem Grunde nach übertragen werden.²⁰⁸ Zwar liegen Handlungsdelikten Verbotsnormen zu Grunde, allerdings kann auch bei solchen der Erfolg in bestimmten Situationen nicht mehr eintreten.²⁰⁹ Deshalb könnte Ansatzpunkt für die Unkenntnis ebenso der tatbestandliche Erfolg sein. Dieser erfordert dann die Unkenntnis der Behörde von der Unrichtigkeit bzw. Unvollständigkeit der Angaben.

3. Stellungnahme

Es ist also zu klären, ob es einer Ergänzung des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO um das Merkmal Unkenntnis der Finanzbehörde bedarf, und wenn ja, wie diese Ergänzung dogmatisch einzubetten ist.

a) Erforderlichkeit der Unkenntnis als Tatbestandsmerkmal

Im Schrifttum ergibt sich hinsichtlich der Forderung, die Unkenntnis in den Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO hineinzulesen, ein im Großen und Ganzen geschlossenes Bild.²¹⁰ Verschiedene praktische Gründe sprechen für

eine solche Ergänzung. Schon *Schleeh*²¹¹ befürchtete, ohne dieses Merkmal könnten, aufgrund von Unklarheiten und Zufälligkeiten bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Wertungswidersprüche zwischen § 370 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 zu Tage treten. Die ohne das Merkmal der Unkenntnis auftretenden Spannungen zwischen § 370 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AO lassen sich auch nicht mit verschiedenen Unrechtsgehalten begründen, denn es ist nicht erklärlich, warum die Nichtabgabe einer Erklärung des Steuerpflichtigen bei Kenntnis der Behörde straflos, die unvollständige Abgabe aber strafbar sein soll.

Gegen das Merkmal der Unkenntnis wird von der Rechtsprechung der Wortlaut der Norm ins Feld geführt. Weder spricht § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO von Unkenntnis noch von einem Irrtum.²¹² Ferner sei die gesetzgeberische Wertung hinter den Regelbeispielen des § 370 Abs. 3 S. 2 Nrn. 2 und 3 AO zu berücksichtigen.²¹³ Der seine Befugnisse als Amtsträger ausnutzende Veranlagungsbeamte habe schließlich stets Kenntnis von den wahren Steuerquellen und Besteuerungsgrundlagen. Dies bedeute, dass ein zuständiger Finanzbeamter sich niemals wegen Steuerhinterziehung in einem besonders schweren Fall nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO strafbar machen könne. Hierin läge eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Einengung des Anwendungsbereichs des § 370 Abs. 3 S. 2 Nrn. 2 und 3 AO.²¹⁴

Dieses wohl tragfähigste Argument der Rechtsprechung scheint auch seine Berechtigung zu haben. Jedoch ist zu bedenken, dass die Mehrzahl der Verurteilungen nach § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 AO unzuständige Amtsträger betrifft.²¹⁵ Deren Kenntnis ist aber auch nach Ansicht des Schrifttums unerheblich. Mithin behielte das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 AO, auch bei einer Ergänzung der Nr. 1 um das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unkenntnis, seinen Anwendungsbereich.²¹⁶ Allerdings muss der Rechtsprechung zugegeben werden, dass die Abhängigkeit der Verurteilung des Amtsträgers nach § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 AO von seiner Zuständigkeit auf den ersten Blick etwas missglückt scheint.²¹⁷ Jedoch bleibt für den zuständigen Amtsträger die Strafbarkeit wegen Untreue in einem besonders schweren Fall gem. §§ 266 Abs. 1 und 2, 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB möglich.²¹⁸ Diese Lösung ist in Anbetracht des internen Angriffsweges der Untreue auch sachnäher. Ein Veranlagungsbeamter, der die Steuern wissentlich zu niedrig

²⁰⁴ *Hilgers* (Fn. 4), S. 96.

²⁰⁵ *Schmitz/Wulf*, in: *MüKo* (Fn. 5), § 370 AO Rn. 242; *Lütt* (Fn. 20), S. 67; *Wulf* (Fn. 100), S. 150.

²⁰⁶ *Lütt* (Fn. 20), S. 60 f.

²⁰⁷ *Lütt* (Fn. 20), S. 67.

²⁰⁸ *Wulf* (Fn. 100), S. 155.

²⁰⁹ *Wulf* (Fn. 100), S. 155.

²¹⁰ *Hellmann*, in: *HHSp.*, § 370 Rn. 199 ff.; *Joecks*, in: *FGJ* (Fn. 5), § 370 Rn. 198 f.; *Kürzinger*, in: *Wannemacher* (Fn. 39), Rn. 151 ff.; i.Erg. auch *Rolletschke*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Fn. 44), § 370 Rn. 224; *Schmitz/Wulf*, in: *MüKo* (Fn. 5), § 370 AO Rn. 241; *Seer*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 51), § 23 Rn. 41; *Hilgers* (Fn. 4), S. 103; *Hoff* (Fn. 3),

S. 91 f.; allerdings zum Irrtum; *Lütt* (Fn. 20), S. 65; *Schneider* (Fn. 3), S. 128; *Tripmaker* (Fn. 48), S. 77 f. *Wulf* (Fn. 99), S. 153 f.; *Jacobs* JR 1983, 421; *Wulf* NStZ 2011, 408, 409; aA *Borchers* wistra 1987, 86, 89; *Zimmermann* FD-StrafR, 2011, 314692; sowie inzwischen *Ransiek*, in: *Kohlmann* (Fn. 11), § 370 Rn. 585 ff.

²¹¹ *Schleeh* StuW 1972, 310, 311.

²¹² BGH NJW 2011, 1299, 1300 = HRRS 2011 Nr. 334.

²¹³ BGH NJW 2011, 1299, 1300 = HRRS 2011 Nr. 334.

²¹⁴ BGH NJW 2011, 1299, 1300 = HRRS 2011 Nr. 334.

²¹⁵ *Wulf* NStZ 2011, 408, 409.

²¹⁶ Ebenso *Wulf* NStZ 2011, 408, 409.

²¹⁷ Ebenso *Ransiek* wistra 2011, 189, 190.

²¹⁸ Hierzu *Dumke*, in: *Schwarz* (Fn. 44), § 370 Rn. 261; *Hilgers* (Fn. 4), S. 102; ähnlich auch im Betrugszusammenhang *Schleeh* wistra 1985, 125, 126.

festsetzt, missbraucht seine Verfügungsbefugnis²¹⁹ über die in seinen Zuständigkeitsbereich fallenden Steuereinnahmen. Aufgrund der entsprechenden Anwendbarkeit von § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 gem. § 266 Abs. 2 StGB fängt diese Lösung auch den Unrechtsgehalt der Tat besser ein. Dieses Argument der Rechtsprechung für die Ablehnung der Unkenntnis als Merkmal des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO überzeugt daher nicht.

Aus Gründen des Rechtsgüterschutzes ist die Strafbarkeit des Steuerpflichtigen nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO bei Kenntnis der zuständigen Stelle darüber hinaus nicht notwendig. Der wissende Staat kann sich selbst helfen. Tut er dies nicht, bedarf er auch nicht des Schutzes durch eine Norm, die zuvorderst die Herstellung des Zustandes bezweckt, der bereits besteht.²²⁰

Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 370 AO und dessen Nähe zum Betrugstatbestand ergibt sich, dass bei einer Kenntnis der Behörde das Verhalten des Steuerpflichtigen nicht mehr strafwürdig im Sinne einer Vollendungsstrafbarkeit nach § 370 StGB ist. Vielmehr ist sie in dem Falle unverhältnismäßig. Folglich ist mit der im Schrifttum überwiegenden Ansicht im Rahmen von § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO die Unkenntnis der Behörde zu fordern.

b) Dogmatische Verankerung des Merkmals

Fraglich bleibt, auf welche Weise das Merkmal im Tatbestand verankert werden soll. Die Zuordnung zur Kausalität bzw. zur objektiven Zurechnung kann aus den oben genannten Gründen nicht überzeugen. Übrig bleibt somit die Einordnung der Unkenntnis der Behörde als Erfordernis des funktionalen Zusammenhangs von Tathandlung und Taterfolg²²¹ oder als Gegenstand der Erfolgsbeschreibung²²².

Beide Ansichten unterscheiden sich in ihren praktischen Auswirkungen nicht. Die Differenzierung zwischen Erfolgsbeschreibung und funktionalem Zusammenhang bezeichnet auch inhaltlich zwei Seiten derselben Medaille. Der Erfolgsbeschreibung wohnt immer ebenso die funktionale Verknüpfung von Tathandlung und Taterfolg inne. Das tatbestandliche Unrecht ist jedoch in dem Verständnis der Unkenntnis als funktionaler Zusammenhang zwischen Taterfolg und Tathandlung besser aufgehoben, weil so die drei tatbestandlichen Hauptelemente erfasst sind.²²³ Ferner kommt der unrechtsprägende, entstehungsgeschichtliche Zusammenhang mit § 263 StGB auf diese Weise besser zum Ausdruck.

Mithin ist die Unkenntnis der Finanzbehörden als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal im Rahmen des § 370

Abs. 1 Nr. 1 AO erforderlich. Systematisch ist das Merkmal als Ausdruck des funktionalen Zusammenhangs von Tathandlung und Taterfolg zu verankern.

4. Personifizierung der Unkenntnis

Geht man von der Erforderlichkeit der Unkenntnis der Behörde zur Tatbestandsverwirklichung aus, bleibt noch zu klären, in welcher Person sich diese manifestiert haben muss. In Frage kommt die Kenntnis des zuständigen Sachbearbeiters bzw. der zuständigen Prüfstelle²²⁴ allein oder kumulativ mit der des Behördenleiters²²⁵. Ein Teil der Literatur²²⁶ lehnt eine Personifizierung der Unkenntnis bei § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO ab und stellt auf die Beweislage innerhalb der Behörde ab.

Der Behördenleiter wird von den einzelnen Steuervorgängen in der Regel keine Kenntnis haben und ist somit bezüglich der Einzelheiten immer in Unkenntnis. Stellt man auf ihn ab, so läuft das Merkmal der Unkenntnis deshalb Gefahr jegliche Bedeutung zu verlieren.²²⁷ Auch nach der allgemeinen Dogmatik im Bereich des Unterlassens hindert seine Garantienpflicht nicht die Strafbarkeit des Begehungstäters.²²⁸ Die Unkenntnis des Behördenleiters ist mithin nicht tauglicher Anknüpfungspunkt.²²⁹

Fraglich ist folglich, ob auf den zuständigen Sachbearbeiter oder auf die Beweislage innerhalb der zuständigen Stelle abgestellt werden muss. Gegen die Maßgeblichkeit der Beweislage innerhalb der Behörde²³⁰ könnte angeführt werden, dass Unkenntnis sich begriffsnotwendig in einer natürlichen Person manifestieren muss.²³¹ Somit bliebe nur die Kenntnis des zuständigen Sachbearbeiters als Anknüpfungspunkt. Die Einforderung von Steuern erfolgt jedoch nicht nach den subjektiven Vermutungen und Überzeugungen der zuständigen Beamten, sondern nach der bei der Behörde vorhandenen Beweislage.²³² Stellt man nur auf den zuständigen Beamten ab, so wirkt sich dies zu Lasten des Beschuldigten aus, wenn dieser, aufgrund mangelnder persönlicher Befähigung, die offensichtliche Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Angaben nicht erkennt und somit keine Kenntnis vorliegt. Zudem werden Steuerschulden in Massenverfahren bearbeitet.²³³ Eine Personifizierung der Kenntnis allein im zuständigen Sachbearbeiter wird der Eigenart von Steuerschuldverhältnissen daher nicht gerecht.

²¹⁹ Im Erg. auch Hilgers (Fn. 4), S. 102; zur Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis des Finanzbeamten durch öffentlichen Auftrag Dierlamm, in: MüKo (Fn. 5), § 266 Rn. 28.

²²⁰ Ebenso Hilgers (Fn. 4), S. 98; Wulf (Fn. 100), S. 154; Samson/Horn NJW 1970, 593, 597.

²²¹ So Hilgers (Fn. 4), S. 96

²²² So Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 242; Lütt (Fn. 20), S. 67.

²²³ Hier handelt es sich aber nur um Begrifflichkeiten.

²²⁴ So Kürzinger, in: Wannemacher (Fn. 39), Rn. 156 ff.; a.A. seit Juli 2011 Ransiek, in: Kohlmann (Fn. 11), § 370 Rn. 587.

²²⁵ Hilgers (Fn. 4), S. 151 ff.; Gössel wistra 1985, 125, 134 unter Rückgriff auf § 14 StGB.

²²⁶ So Wulf (Fn. 100), S. 171; Lütt (Fn. 20), S. 81 f; Jacobs JR 1983, 421.

²²⁷ Ebenso Hellmann, in: HHSp., § 370 Rn. 99 und Hoff (Fn. 3), S. 73 f. zu § 370 I Nr. 2 AO.

²²⁸ Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 251; Lütt (Fn. 20), S. 84.

²²⁹ Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 251.

²³⁰ Wulf (Fn. 100), S. 171; Lütt (Fn. 20), S. 81 f; Jacobs JR 1983, 421.

²³¹ Vgl. Hilgers (Fn. 4), S. 119.

²³² Jacobs JR 1983, 421.

²³³ Schmitz/Wulf, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 249.

Mithin ist bei § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO eine tatbestandsausschließende Kenntnis der Behörde einerseits anzunehmen, wenn die Beweislage ergibt, dass die Steuererklärung unrichtig oder unvollständig ist, und andererseits, wenn der zeichnungsberechtigte und zuständige Mitarbeiter positive Kenntnis diesbezüglich hat.²³⁴

5. Erforderliches Maß an Kenntnis

Des Weiteren ist zu bestimmen, welches Maß an Kenntnis den erforderlichen funktionalen Zusammenhang von Tathandlung und Taterfolg entfallen lassen soll. Genügt bereits ein Verdacht oder liegt Unkenntnis so lange vor, wie die Verwertbarkeit der Ist-Informationen hinter der der Soll-Informationen zurückbleibt?²³⁵

Für letztere Ansicht streitet die Effektivität des Rechtsgüterschutzes.²³⁶ Je eher Verstöße gegen die Erklärungspflicht strafbewehrt sind, desto umfassender wird das Steueraufkommen geschützt. Allerdings wird auf diese Weise nur in wenigen Fällen eine tatbestandsausschließende Kenntnis anzunehmen sein und das Merkmal nahezu leer laufen. Ließe man hingegen jede Verdachtslage genügen,²³⁷ würde der strafrechtliche Schutz des Steueraufkommens ausgehöhlt und hinge von den Kapazitäten der Steuerbehörden ab, denn viele Steuererklärungen weisen Ungereimtheiten auf und lösen Verdachtsmomente aus. Demzufolge liegt eine tatbestandsausschließende Kenntnis nach vorzugswürdiger Ansicht bei § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO dann vor, wenn die Verwertbarkeit der vorliegenden Ist-Informationen nicht hinter der Verwertbarkeit der Soll-Informationen zurückbleibt.

²³⁴ Im Ergebnis so auch *Schmitz/Wulf*, in: MüKo (Fn. 5), § 370 AO Rn. 249 f.; sowie *Joecks*, in: FGJ (Fn. 5), § 370 Rn. 159 zu § 370 I Nr. 2 AO.

²³⁵ Für Letzteres BGH wistra 2000, 63, 64; *Jacobs* JR 1983, 421.

²³⁶ *Lütt* (Fn. 20), S. 84.

²³⁷ Mit Hinweis auf die Ermittlungspflicht der Steuerbeamten gem. § 88 AO.

IV. Ergebnis zu § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO

Die Steuerhinterziehung in der Begehungsvariante gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO erfordert, anders als der Betrug, weder eine Täuschung noch einen Irrtum. Indes ist der Tatbestand um das ungeschriebene Merkmal der Unkenntnis der Behörde zu ergänzen. Eine Kenntnis wirkt tatbestandsausschließend, sofern die Beweislage bei der Behörde ein Zurückbleiben der Verwertbarkeit der Ist-Informationen hinter der der Soll-Informationen ergibt. Als handele es sich um ein Fragment des § 263 StGB, wird durch das Merkmal der Unkenntnis, der für die Steuerhinterziehung typische Angriffsweg in § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO präzise erfasst.

E. Fazit

Der Tatbestand der Steuerhinterziehung ist entstehungsgeschichtlich sehr eng mit dem des Betruges verknüpft. Beide Tatbestände dienen dem Vermögensschutz. Die Besonderheit des Steuerschuldverhältnisses liegt im chronischen Informationsdefizit des Staates und seiner daher schwachen Gläubigerstellung.

Der charakteristische Angriffsweg bei § 370 AO liegt, ganz ähnlich wie beim Betrug, im Ausnutzen eines intellektuellen Defizits des Opfers. Zwar sind die Merkmale Täuschung und Irrtum als Ausdruck dieses Angriffsweges nicht auf § 370 AO übertragbar. Diesen Zweck kann jedoch das Merkmal der Unkenntnis als funktionaler Zusammenhang von Tathandlung und Taterfolg erfüllen. Daher ist § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO um die Unkenntnis der Behörde von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Erklärung zu ergänzen.

Abschließend lässt sich sagen: Der Betrugstatbestand stand zwar bei der Schaffung der Steuerhinterziehung Pate und kann zur Auslegung des § 370 AO herangezogen werden, letztlich darf dies jedoch nicht über die Besonderheiten des Steuerschuldverhältnisses hinwegtäuschen. Stellt man dies in den Mittelpunkt ergibt sich ein eigenständiges und dogmatisch höchst interessantes Delikt, dessen Bezeichnung als Steuerhinterziehung des Pudels Kern trifft.

Cleanmagic – Reinigungsmittel, Droge oder Selbsttötungsutensil?

Anmerkung zu BGH 2 StR 295/11 – Urteil vom 21. Dezember 2011 (LG Trier)
= HRRS 2012 Nr. 333

Von Wiss. Mit. Dr. jur. Dr. phil. Milan Kuhli, Universität Frankfurt am Main

I.

Die Fallkonstellation, mit der sich der 2. Strafsenat am 21. Dezember 2011 zu befassen hatte, mutet zunächst nicht ungewöhnlich an: Der Angeklagte ermöglichte der Geschädigten den Konsum eines berauschenden Mittels, das schließlich zum Tode führte. Doch erweist sich bei näherer Betrachtung bereits die Frage als problematisch, ob unter dem Begriff des Drogenkonsums das Verhalten des Tatopfers überhaupt richtig erfasst werden kann. Anders etwa als in dem klassischen Heroinspritzenfall¹ aus dem Jahre 1984 verfolgte das Tatopfer in der vorliegenden Konstellation jedenfalls nicht von Anfang an den Zweck, sich selbst zu berauschen.

Der Angeklagte und das Tatopfer waren in der Vergangenheit miteinander liiert. Später trennten sie sich jedoch und der Angeklagte verlobte sich mit einer anderen Frau. Laut Sachverhalt vereinbarten er und das Tatopfer allerdings am 7. Juni 2009 (nach einem Streit mit seiner Verlobten), „einige Zeit gemeinsam in Trier [zu] verbringen [...], wo die Geschädigte über ein Zimmer in einer Wohngemeinschaft verfügte“.² Die beiden trafen sich kurze Zeit später und verbrachten einige Tage miteinander. Im Sachverhalt heißt es hierzu: „Die Geschädigte, die den Angeklagten als ‚die Liebe ihres Lebens‘ bezeichnete, hoffte wieder auf eine gemeinsame Zukunft“.³ Der Angeklagte hatte zu diesem Treffen eine Flasche sogenanntes „Cleanmagic“ mitgebracht, die er auf dem Tisch des in diesen Tagen gemeinsam mit dem Tatopfer genutzten Zimmers abstellte. Bei „Cleanmagic“ handelt es sich um ein als Reinigungsmittel angebotenes Präparat, das aus dem Wirkstoff Gamma-Butyrolacton besteht und erhebliche berauschende Wirkung hat. Das Mittel wurde vom Angeklagten regelmäßig als Droge verwendet. Die Geschädigte wusste zwar offensichtlich von der berauschenden Wirkung, hatte aber Angebote des Angeklagten, von dem „Cleanmagic“ zu probieren, in der Vergangenheit stets abgelehnt. Erst am Abend des 12. Juni 2009

füllte das Tatopfer sich ein Glas „Cleanmagic“ ein, trank eine erhebliche Menge hiervon und verstarb einige Zeit später an den Folgen. Der Angeklagte hatte der Geschädigten kurz zuvor eröffnet, an der Verlobung mit der anderen Frau festzuhalten.

Die Frage, welche Motive das Opfer bewogen haben könnten, das „Cleanmagic“ zu konsumieren, besitzt eine erhebliche strafrechtliche Relevanz, da hiervon sowohl Aspekte der Eigenverantwortlichkeit als auch der Garantenpflicht berührt werden. Insoweit bietet die hier besprochene Entscheidung Anlass zu einigen Anmerkungen.

II.

Im Ergebnis bejaht der Senat die Strafbarkeit des Angeklagten wegen Totschlags durch Unterlassen (§§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB). Der Angeklagte habe dadurch, dass er für die in Lebensgefahr schwebende Geschädigte keine notärztliche Hilfe verständigte, seine Handlungspflichten verletzt und hierdurch vorsätzlich den Tod des Opfers herbeigeführt. In der Begründung geht das Gericht zunächst auf das Vorliegen einer Garantenpflicht ein (dazu 1.) und verneint anschließend ein eigenverantwortliches Handeln des Tatopfers (dazu 2.).

1. Die für eine Strafbarkeit wegen Unterlassens erforderliche Garantenpflicht erblickt der 2. Strafsenat in einer Ingerenz des Angeklagten, also in einem pflichtwidrigen gefährdenden Vorverhalten, das in dem Bereitstellen des „Cleanmagic“ bestehe. Die entsprechenden abstrakten Ausführungen des Gerichts wiederholen die in der bisherigen Rechtsprechung⁴ entwickelten Grundsätze, wonach jeder, der eine Gefahrenquelle schafft, die zum Schutz anderer Personen erforderlichen Maßnahmen zu treffen hat, die nach den Gesamtumständen zumutbar sind und die ein verständiger und umsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält.⁵ Weiter heißt es: „Strafbar

¹ BGHSt 32, 262.

² BGH HRRS 2012 Nr. 333, Rn. 2.

³ Ebd., Rn. 3.

⁴ Vgl. etwa BGHSt 53, 38, 41 f. = HRRS 2009 Nr. 91, Abs. 17 f.

⁵ BGH HRRS 2012 Nr. 333, Rn. 9.

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“.⁶

Bis hierhin begegnen die Ausführungen des Senats keinen Bedenken. Doch anders verhält es sich mit der folgenden Subsumtion: Das Gericht bejaht eine Handlungspflicht des Angeklagten, da dieser durch das Abstellen der Flasche „Cleanmagic“ auf dem Tisch des gemeinsam genutzten Zimmers eine erhebliche Gefahrenquelle geschaffen habe. Die spezifische Gefährlichkeit des Tuns des Angeklagten wird dabei vom Senat wie folgt begründet: „Er hatte der Geschädigten früher den Konsum angeboten, weshalb [am Tatabend] auch die Möglichkeit bestand, dass sie davon trinken würde“.⁷ Hierzu ist Folgendes anzumerken: Natürlich hängt die Gefährlichkeit des Verhaltens des Angeklagten – also des Bereitstellens von „Cleanmagic“ – entscheidend von der erkennbaren Konsumbereitschaft der Geschädigten ab. Jedoch erweist es sich als inkonsistent, wenn das Gericht diese Wahrscheinlichkeit mit der Begründung bejaht, dass der Angeklagte dem Tatopfer in der Vergangenheit bereits von diesem Mittel angeboten habe. Wirft man nämlich einen Blick in die entsprechenden Tatsachenfeststellungen des Urteils, so liest man dort: „Er [der Angeklagte] hatte auch der Geschädigten angeboten, ebenfalls dieses Mittel [Cleanmagic] zu konsumieren, was aber nicht erfolgt war“.⁸

Somit ist zunächst einmal festzuhalten, dass die Geschädigte in der Vergangenheit stets von einem Konsum des „Cleanmagic“ abgesehen hatte, obwohl ihr das Mittel vom Angeklagten wiederholt angeboten worden war. Die Erfolglosigkeit dieser Genussangebote ist damit vor allem Zeichen der grundsätzlichen Resistenz des Opfers – eine spezifische Konsumbereitschaft lässt sich aus den Angeboten keinesfalls ableiten. Dies gilt insbesondere dann, wenn man die Umstände der Beziehung zwischen beiden bedenkt – eine Beziehung, in der sich der Angeklagte in den Worten des Senats „dominant zeigte, während ihm die Geschädigte ‚in Hörigkeit und Liebe‘ zugetan war“.⁹ Es heißt nun aber, die Situation in ihr Gegenteil zu verkehren, wenn der Bundesgerichtshof aus den früheren Konsumangeboten des Angeklagten gegenüber dem Opfer darauf schließt, die Geschädigte sei am Tatabend konsumgeneigt gewesen. In Anbetracht der Tatsache, dass die vergangenen Angebote des Angeklagten allesamt erfolglos gewesen waren, wäre es Aufgabe des Senats gewesen darzulegen, warum am Abend des 12. Juni 2009 gleichwohl eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Konsums gegeben sein sollte, während dies in den Tagen zuvor nicht der Fall gewesen war.

Im Ergebnis wirkt sich dieser Mangel in der Urteilsbegründung aber nicht aus, da nach hier vertretener Ansicht am Tatabend tatsächlich derartige die Gefährlichkeit erhöhenden Umstände zu verzeichnen waren. Der Angeklagte hatte dem Opfer am Tatabend eröffnet, „dass er

weiter an seiner Verlobung mit einer anderen Frau festhalte“¹⁰ – eine Erklärung, die bei der Geschädigten nach den Urteilsfeststellungen tiefe Enttäuschung hervorrief. Es spricht damit einiges dafür, dass man in dieser psychischen Ausnahmesituation einen Umstand erblicken kann, der im Zusammenwirken mit der leichten Verfügbarkeit des Rauschmittels aus Sicht eines objektiven Dritten „eine nahe liegende Möglichkeit begründet[e] [...], dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können“.¹¹

Da der Senat demnach (im Ergebnis zu Recht) vom Vorliegen einer Garantenpflicht aus Ingerenz ausgegangen ist, bestand auch keine Veranlassung, andere Quellen einer Garantenpflicht – etwa aus eheähnlicher Lebensgemeinschaft¹² – in Erwägung zu ziehen. Gegenüber der Annahme der Existenz einer solchen Garantenpflicht wären im vorliegenden Fall ohnehin einige Bedenken anzumelden. Sie resultieren vor allem aus der Tatsache, dass es nach den Urteilsfeststellungen fraglich erscheint, ob die Beziehung zwischen dem Angeklagten und dem Tatopfer als eine solche charakterisiert werden kann, die nach der Art ihrer Entstehung und des dadurch begründeten Vertrauensverhältnisses die Gewähr für gegenseitige Hilfe und Fürsorge in sozialtypischen Gefahrenlagen einschloss.¹³ Dies ist zwar auch bei kurzzeitigen Beziehungen nicht auszuschließen, allerdings verbietet sich eine abschließende Stellungnahme für den vorliegenden Fall, da dies weitere Feststellungen über die konkreten Vorstellungen und Pläne des Angeklagten und des Tatopfers vorausgesetzt hätte.

2. Nachdem der Senat das Vorliegen einer Garantenpflicht bejahte, widmete er sich der Frage, ob das Tatopfer eine eigenverantwortliche Selbsttötung begangen hat. Diese Frage ist nach allgemeinen Grundsätzen deswegen bedeutsam, weil ein Garant, der eine frei verantwortliche Selbsttötung geschehen lässt, nicht als Unterlassungstäter strafbar ist.¹⁴ Zur Frage der Eigenverantwortlichkeit führt der Strafsenat aus: „Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dem spontanen Trinken des Reinigungsmittels habe kein ernstlicher Selbsttötungsentschluss zu Grunde gelegen. Da die Geschädigte in Anwesenheit des Angeklagten von dem Reinigungsmittel trank, ist davon auszugehen, dass sie dies tat, um auf sich aufmerksam zu machen. Es lag kein freiverantwortlicher Selbsttötungsentschluss zugrunde“.¹⁵ Diese Ausführungen dürften frei von Rechtsfehlern sein. Das Gericht weist zu Recht darauf hin, dass das Tatopfer der Aufforderung des Angeklagten, sich nach Konsum des „Cleanmagic“ zu erbrechen, Folge leistete. Dieses – letztlich vergebliche – Bemühen des Tatopfers, die gesundheitsschädlichen Wirkungen des „Cleanmagic“-Konsums zu verhindern, dürfte ein klares Indiz dafür sein, dass es dem Opfer nicht darum ging, tatsächlich aus dem Leben

⁶ Ebd., Rn. 9.

⁷ Ebd., Rn. 9.

⁸ Ebd., Rn. 2.

⁹ Ebd., Rn. 2.

¹⁰ Ebd., Rn. 4.

¹¹ Ebd., Rn. 9.

¹² Kretschmer JR 2008, 51, 52.

¹³ Zu diesem Kriterium: Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 41. Aufl. (2011), Rn. 719.

¹⁴ Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. (2011), Vor § 211 Rn. 15; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 35. Aufl. (2011), Rn. 43, 54. – Vgl. zum Prinzip der Eigenverantwortlichkeit auch Kuhli HRRS 2008, 385 ff.

¹⁵ BGH HRRS 2012 Nr. 333, Rn. 10 f.

zu scheiden. Vielmehr dürfte anzunehmen sein, dass die Geschädigte beabsichtigte, durch den Konsum die Aufmerksamkeit des Angeklagten auf sich zu lenken und ihn möglicherweise für sich zurückzugewinnen. Von einem ernstlichen und autonomen Verlangen nach dem eigenen Tod, wie es diejenige Ansicht fordert, die für den Maßstab der Eigenverantwortlichkeit auf die Grundsätze der Einwilligungstheorie abstellt,¹⁶ kann hier daher keine Rede sein.

Da der Senat im vorliegenden Fall die Eigenverantwortlichkeit des Tatopfers verneinte, musste er auch nicht auf die in der Rechtsprechung¹⁷ üblicherweise verwendete (und in der Literatur äußerst umstrittene¹⁸) Konstruktion zurückgreifen, wonach eine Strafbarkeit wegen Unterlas-

¹⁶ *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 473 ff.; *NK/Neumann*, StGB, 3. Aufl. (2010), Vor § 211 Rn. 61; *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), Vor § 211 Rn. 13a. – Vgl. jedoch zu der Ansicht, die den Maßstab der Eigenverantwortlichkeit nach den Exkulpationsregeln (§§ 19, 20, 35 StGB, § 3 JGG) beurteilt: *LK/Schünemann*, StGB, 12. Aufl. (2006), § 25 Rn. 72 f.

¹⁷ BGH NJW 1960, 1821; BGHSt 32, 367 (373 ff.) [mit Einschränkungen].

¹⁸ Kritische Stimmen gegen diese Konstruktion: *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 35. Aufl. (2011), Rn. 44; *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), Vor § 211 Rn. 15.

sens dann gegeben sein soll, wenn das Tatopfer aufgrund von Bewusstlosigkeit die Herrschaft über das Geschehen verliert und der garantenpflichtige Täter Rettungsmöglichkeiten ungenutzt verstreichen lässt. Inwieweit diese Konstruktion tragfähig ist, bedarf daher an dieser Stelle keiner Würdigung.

III.

Fassen wir noch einmal zusammen: Da der Angeklagte garantenpflichtig war und da kein eigenverantwortliches Handeln des Tatopfers vorlag, hätte der Angeklagte – wie der Senat zu Recht ausführte – notwendige Gegenmaßnahmen einleiten müssen, nachdem die Geschädigte eine nicht unerhebliche Menge des Mittels „Cleanmagic“ getrunken hatte. Dieser Pflicht ist der Angeklagte nicht nachgekommen, da er davon absah, unverzüglich notärztliche Hilfe zu verständigen, obwohl die Geschädigte hierdurch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet worden wäre. Die Bejahung der Strafbarkeit des Angeklagten wegen Totschlags durch Unterlassen (§§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB) begegnet demnach im Ergebnis keinen Bedenken. Allerdings dürften die vorliegenden Ausführungen deutlich gemacht haben, dass eine klarere Subsumtion wünschenswert gewesen wäre.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

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.

556. BGH 3 StR 31/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Oldenburg)

Aufklärungspflicht des Gerichts bei zunächst erfolgter Wahrunterstellung und späterer Annahme von Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache aus tatsächlichen Gründen.

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 6 StPO

557. BGH 3 StR 37/12 – Beschluss vom 2. Mai 2012 (LG Neubrandenburg)

Beteiligung an räuberischer Erpressung durch Anwesenheit am Tatort und Verbrauchen der Beute; Verknüpfung zwischen qualifizierter Nötigung und Wegnahme beim besonders schweren Raub.

§ 255 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 250 StGB

558. BGH 3 StR 49/12 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Düsseldorf)

Erörterungsmängel hinsichtlich der Glaubwürdigkeit eines Zeugen.

§ 261 StPO

559. BGH 3 StR 65/12 – Beschluss vom 17. April 2012 (LG Kleve)

BGHR; Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (maßgebliche Frist, innerhalb der der Erfolg einer Maßregel zu erwarten sein muss).

§ 64 Satz 2 StGB; § 67d Abs. 1 Satz 1, Satz 3 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 StGB

560. BGH 3 StR 71/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Duisburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Teileinstellung des Verfahrens wegen versuchten schweren Bandendiebstahls.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

561. BGH 3 StR 71/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Duisburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

562. BGH 3 StR 79/12 – Beschluss vom 17. April 2012 (LG Krefeld)

Anwendbarkeit des Meistbegünstigungsprinzips bei der Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht.

§ 2 Abs. 3 StGB; Art. 316d EGStGB; § 30a BtMG; § 31 BtMG

563. BGH 3 StR 81/12 – Beschluss vom 11. April 2012 (LG Verden)

Voraussetzungen einer Bewertungseinheit bei mehreren Betäubungsmitteldelikten.

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

564. BGH 3 StR 101/12 – Beschluss vom 10. Mai 2012 (LG Krefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1a S. 1 StPO

565. BGH 3 StR 109/12 – Beschluss vom 3. Mai 2012 (LG Düsseldorf)

Strafklageverbrauch bei Tatidentität zwischen bewaffnetem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und Straßenverkehrsdelikt; Einstellung wegen eines nach Erlass des angefochtenen Urteils eingetretenen Verfahrenshindernisses.

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 316 StGB; § 264 StPO; § 206a StPO

566. BGH 3 StR 121/12 – Beschluss vom 15. Mai 2012 (LG Mönchengladbach)

Betrug zum Nachteil einer Versicherung (Bestreiten der Tat in einem zivilrechtlichen Verfahren trotz rechtskräftig festgestellten Schuldspruchs; keine präjudizierende Wirkung der Feststellungen im Strafverfahren auf ein paralleles Zivilverfahren); keine Strafschärfung wegen zulässigen Verteidigungsverhaltens (Bestreiten).

§ 263 StGB; § 46 StGB

567. BGH 3 StR 128/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Neubrandenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

568. BGH 3 StR 131/12 – Beschluss vom 17. April 2012 (LG Lüneburg)

Handeltreiben bzw. Erwerb mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Voraussetzungen der Mittäterschaft beim Erwerb von Betäubungsmitteln in einer „Einkaufsgemeinschaft“.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

569. BGH 3 StR 138/12 – Beschluss vom 15. Mai 2012 (LG Mönchengladbach)

Anwendung des deutschen Strafrechts beim Erwerb von Betäubungsmitteln im Ausland zum Eigenverbrauch.
§ 29 Abs. 1 BtMG; § 6 Nr. 5 StGB

570. BGH 3 StR 146/12 – Beschluss vom 2. Mai 2012 (LG Hildesheim)

Anforderungen an das Vorliegen eines hinterlistigen Überfalls bei der gefährlichen Körperverletzung.
§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

571. BGH 3 StR 155/12 – Beschluss vom 31. Mai 2012 (LG Oldenburg)

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

572. BGH 3 StR 162/12 – Beschluss vom 29. Mai 2012 (LG Rostock)

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

573. BGH 3 StR 164/12 – Beschluss vom 15. Mai 2012 (LG Kleve)

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

574. BGH 3 StR 422/11 – Urteil vom 29. März 2012 (LG Kleve)

Hinweispflicht des Gerichts nach anfänglicher Behandlung einer Beweistatsache als bedeutungslos (im Laufe des Verfahrens geänderten Einschätzung; zusätzliche Möglichkeiten der Verteidigung; Beruhen); Anforderungen an eine natürliche Handlungseinheit bei Angriffen gegen höchstpersönliche Rechtsgüter; Doppelverwendungsverbot.
§ 244 Abs. 3 StPO; § 337 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB

575. BGH 3 StR 438/11 – Beschluss vom 31. Mai 2012 (LG Mönchengladbach)

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

576. BGH 3 StR 465/11 – Beschluss vom 2. Mai 2012 (LG Verden)

Abhängigkeit des Schuldgehalts beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln vom Wirkstoffgehalt; Anforderungen an die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt.
§ 29 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 64 S. 1 StGB

577. BGH 3 StR 472/11 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Wuppertal)

Betrugsrelevanter Irrtum innerhalb von Personenmehrheiten (erforderliche Feststellungen).
§ 263 StGB

578. BGH 3 StR 552/08 – Beschluss vom 11. April 2012 (OLG Düsseldorf)

Betrug (Abschluss von Lebensversicherungen); Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung; Teilerfolg der Revision nach teilweise erfolgreicher Verfassungsbeschwerde im sog. „Al Qaida-Fall“.
§ 129a StGB; § 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 100c StPO

579. BGH 5 StR 12/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Berlin)

Zusammenfassung mehrerer Fälle des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer einheitlichen Tat (Bewertungseinheit); Bandenzugehörigkeit eines als „Läufer“ tätigen Angeklagten; Verfall bei vollständiger Weiterleitung der Verkaufserlöse an andere Gruppenmitglieder.
§ 30a Abs. 1 StGB; § 73 StGB

580. BGH 5 StR 15/12 – Beschluss vom 22. Mai 2012 (LG Bremen)

Anforderungen an die Beweiswürdigung bei Aussagegegen-Aussage-Konstellation; Ablehnung eines Antrags der Verteidigung auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens bei methodischen Mängeln des aus dem Ermittlungsverfahren stammenden Erstgutachtens.
§ 261 StPO; § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO

581. BGH 5 StR 41/12 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Hamburg)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Anforderungen an die Prüfung der Glaubhaftigkeit der Aussage eines „agent provocateur“, der für die erfolgreiche Veranlassung einer Straftat entlohnt wird.
§ 261 StPO; Art. 6 EMRK

582. BGH 5 StR 52/12 – Beschluss vom 24. Mai 2012 (LG Bautzen)

Erhebliche Mängel der Beweiswürdigung; rechtsfehlerhafte Feststellung von Vorsatz und Schuldfähigkeit bei einem psychisch auffälligen Angeklagten.
§ 261 StPO

583. BGH 5 StR 54/12 – Urteil vom 23. Mai 2012 (LG Hamburg)

Versuchtes Tötungsdelikt; natürliche Handlungseinheit bei mehreren in engem zeitlichem und situativem Zusammenhang verwirklichten Tötungsdelikten; Rücktrittsvoraussetzungen bei mehreren in natürlicher Handlungseinheit verwirklichten versuchten Tötungsdelikten.
§ 211 StGB; § 52 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

584. BGH 5 StR 87/12 – Beschluss vom 12. April 2012 (LG Itzehoe)

Hang zu alkoholischen Getränken auch bei Fehlen von ausgeprägten Entzugssyndromen sowie Intervallen der Abstinenz.
§ 64 StGB

585. BGH 5 StR 88/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Kiel)

Strafbarkeit wegen vollendeten mittäterschaftlichen besonders schweren Raubes bei Unkenntnis von der Beutemitnahme durch einen anderen Beteiligten.
§ 250 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

586. BGH 5 StR 89/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Hamburg)

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

587. BGH 5 StR 95/12 – Beschluss vom 24. April 2012 (LG Göttingen)

Heimtücke (Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bei spontaner Tatbegehung im Zustand affektiver Erregung sowie bei vom Tatplan abweichendem Tatgeschehen; Ausnutzungsbewusstsein).

§ 211 StGB

588. BGH 5 StR 137/12 – Beschluss vom 7. Mai 2012 (LG Chemnitz)

Anforderungen an die Begründung des Ausschlusses der Schuldunfähigkeit bei einem hirnorganisch stark beeinträchtigten Angeklagten.

§ 20 StGB

589. BGH 5 StR 145/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Göttingen)

Kompensation der eingetretenen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung im Wege der Vollstreckungslösung.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK

590. BGH 5 StR 153/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Leipzig)

Verwerfung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Zurückweisung der Anhöhrungsrüge als unbegründet.

§ 33a StPO; § 356a StPO

591. BGH 5 StR 170/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Cottbus)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

592. BGH 5 StR 173/12 – Beschluss vom 7. Mai 2012 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

593. BGH 5 StR 174/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Saarbrücken)

Ablehnung des Antrags auf Einholung eines Sachverständigengutachtens bzgl. einer potentiell die Zeugentüchtigkeit beeinträchtigenden psychischen Erkrankung der Hauptbelastungszeugin (paranoide Persönlichkeitsstörung; Darlegungsvoraussetzungen an die Verfahrensrüge trotz mangelnder Unterlagen); rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei ungewöhnlichem Aussageverhalten.

§ 244 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

594. BGH 5 StR 183/12 – Beschluss vom 22. Mai 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

595. BGH 5 StR 184/12 – Beschluss vom 22. Mai 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

596. BGH 5 StR 185/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Bautzen)

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Anforderungen an die Feststellung eines eigenständigen Betäubungsmittelgeschäfts; Berück-

sichtigung eines gesetzlich vertypen Milderungsgrundes bei der Prüfung eines minder schweren Falles; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Unzulässigkeit der Entziehung der Fahrerlaubnis, wenn sich die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen nicht aus der Tat ergibt.

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 30a Abs. 3 BtMG; § 31 Nr. 1 BtMG; § 64 StGB; § 69 StGB

597. BGH 5 StR 198/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Teileinstellung.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

598. BGH 5 StR 200/12 – Beschluss vom 22. Mai 2012 (LG Kiel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

599. BGH 5 StR 210/12 – Beschluss vom 7. Mai 2012 (LG Bautzen)

Verurteilung auf Grund von Bekundungen eines Zeugen, der in der Hauptverhandlung nicht vernommen wurde.

§ 261 StPO

600. BGH 5 StR 224/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

601. BGH 5 StR 229/12 – Beschluss vom 22. Mai 2012 (LG Berlin)

Verspätete Zuleitung des Urteils zu den Akten.

§ 275 Abs. 1 StPO

602. BGH 5 StR 233/12 – Beschluss vom 6. Juni 2012 (LG Potsdam)

Konkurrenzverhältnis von schwerem Raub und schwerem räuberischem Diebstahl bei von einem einheitlichen Entschluss getragenen Handlungen; Anforderungen an die Feststellung der Waffeneigenschaft einer Schreckschusspistole.

§ 255 StGB; § 252 StGB, § 52 StGB; § 53 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

603. BGH 5 StR 351/11 – Beschluss vom 24. Mai 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

604. BGH 5 StR 467/11 – Beschluss vom 22. Mai 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

605. BGH 5 StR 499/11 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Leipzig)

Betrug als uneigentliches Organisationsdelikt (Betrugsvorsatz: Vertrauen des Angeklagten in die Realisierbarkeit des Anlagemodells bei vermeintlichem „Schneeballsystem“); Notwendigkeit der Feststellung des konkreten Inhalts von Beratungsgesprächen bei vermeintlicher

Täuschung durch (gutgläubige) Anlagevermittler; Gewerbsmäßigkeit.
§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 16 StGB; § 15 StGB

606. BGH 5 StR 523/11 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Göttingen)

BGHR; Bindungswirkung der Nebenklagezulassung durch das Tatgericht; Voraussetzungen der Nebenklagebefugnis (begründende besondere Schutzbedürftigkeit; wirtschaftliches Interesse).
§ 396 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 395 Abs. 3 StPO

607. BGH 5 StR 528/11 – Urteil vom 8. Mai 2012 (LG Berlin)

Erpressung; Räuberische Erpressung; Rücktritt vom Totschlagsversuch (Korrektur des Rücktrittshorizonts).
§ 249 StGB; § 255 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

608. BGH 5 StR 547/11 – Beschluss vom 7. Mai 2012 (LG Cottbus)

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

609. BGH 5 StR 550/11 (alt: 5 StR 485/10) – Beschluss vom 6. Juni 2012 (LG Neuruppin)

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

610. BGH 5 StR 567/11 – Beschluss vom 24. Mai 2012 (LG Berlin)

BGHSt; Durchbrechung der Verwaltungsrechtsakzessorietät im Aufenthaltsstrafrecht (formell bestandskräftige Visa von Drittstaatsangehörigen; Vorabentscheidungsverfahren).
§ 95 Abs. 6 AufenthG; § 96 AufenthG; § 97 AufenthG

611. BGH AK 17/12 – Beschluss vom 14. Juni 2012

Unterstützung einer terroristischen Vereinigung („Nationalsozialistischer Untergrund – NSU“); Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht; Fortdauer der Haft.)
§ 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 112 Abs. 1 StPO

612. BGH GSSt 2/11 – Beschluss vom 29. März 2012 (BGH)

BGHSt; Strafbarkeit von Vertragsärzten wegen Korruptionsdelikten (Verordnung von Arzneimitteln; Bestechung; Bestechlichkeit; Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr: Beauftragter); Amtsträger (Krankenkasse als sonstige Stelle der öffentlichen Verwaltung).
§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 73 Abs. 2 SGV V; § 331 StGB; § 332 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB; § 299 StGB

613. BVerfG 2 BvR 22/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Juni 2012 (OLG München)

Freiheit der Person (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Freiheitsstrafe; Reststrafaussetzung zur Bewährung; Maßregelvollzug; Legalprognose; Resozialisierungsanspruch).
Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 57 Abs. 1 StGB; § 67 Abs. 5 StGB; § 67d StGB

614. BVerfG 2 BvR 644/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Juni 2012 (OLG Dresden / LG Dresden / AG Dresden)

Freiheit der Person (Unschuldsvermutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Untersuchungshaft; Einlieferungshaft; Auslieferungshaft bei Auslieferung aus Paraguay; Haftbefehl; Haftgrund; Flucht; Fluchtgefahr; Straferwartung; Abwägungsausfall).
Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 112 Abs. 2 StPO; § 51 Abs. 3 StGB; § 57 StGB

615. BVerfG 2 BvR 720/12, 2 BvR 835/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juni 2012 (OLG München / LG Augsburg)

Freiheit der Person (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Untersuchungshaft; Fluchtgefahr; Verdunkelungsgefahr; Haftbefehl; Außervollzugsetzung; Sicherheitsleistung; Meldeauflage; Haftverschonungsbeschluss: Aufhebung; neu hervorgetretene Umstände; Straferwartung).
Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO.

616. BVerfG 2 BvR 2207/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Mai 2012 (OLG Frankfurt am Main / LG Kassel)

Effektiver Rechtsschutz bei der Rechtsbeschwerde; Rechtsprechung (einheitliche); Verfahrensverstöß; Gehörverstoß.
Art. 19 Abs. 4 GG; § 116 Abs. 1 StVollzG

617. BGH 1 StR 103/12 – Urteil vom 22. Mai 2012 (LG Hamburg)

BGHSt; Strafzumessung bei gewerbsmäßiger Hinterziehung von Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben in Millionenhöhe (Umsatzsteuerhinterziehung; minder schwerer Fall des gewerbsmäßigen Schmuggels; Freiheitsstrafe auf Bewährung; besonders gewichtige Milderungsgründe; Mehrheit von gleichgelagerten Einzeltaten; gebotene Berechnungsdarstellung); Aufhebungsumfang bei einem zum Strafausspruch widersprüchlichem Urteil (Aufhebung des Schuldausspruchs trotz Beschränkung der Revision auf den Strafausspruch).
§ 370 Abs. 1 und 3 AO; § 373 Abs. 1 AO; § 46 StGB; § 353 StPO; § 261 StPO

618. BGH 1 StR 138/12 – Beschluss vom 14. Juni 2012 (LG Stuttgart)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

619. BGH 1 StR 15/12 – Urteil vom 17. April 2012 (LG München I)

Voraussetzungen einer wegen BtM-Abhängigkeit erheblich verminderten Schuldfähigkeit (Steuerungsfähigkeit) beim Vorwurf des unerlaubten Handelns (Darlegungsanforderungen bei Begutachtung durch einen Sachverständigen).
§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

620. BGH 1 StR 174/12 – Beschluss vom 22. Mai 2012 (LG München I)

Fehlerhafte Berechnung der Dauer des Vorwegvollzugs der Freiheitsstrafe (Abzug der als vollstreckt geltenden Strafe).

§ 67 Abs. 2 Sätze 2 und 3 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

621. BGH 1 StR 178/12 – Beschluss vom 29. Mai 2012 (LG Traunstein)

Ermittlungsaufwand bei möglicher Bewertungseinheit bei unerlaubtem Handelreiben und Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (Einfuhr; Voraussetzungen einer Schätzung).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG

622. BGH 1 StR 179/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

623. BGH 1 StR 199/12 – Beschluss vom 12. Juni 2012 (LG Augsburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

624. BGH 1 StR 65/12 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG München II)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

625. BGH 1 StR 208/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Essen)

Anforderungen an die Überprüfung der Glaubhaftigkeit eines Geständnisses nach einer Verständigung (Inbegriff der Hauptverhandlung; Rekonstruktionsverbot); Selbstleseverfahren (Zwischenrechtsbehelf; Widerspruchslösung).

§ 257c StPO; § 261 StPO; § 249 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

626. BGH 1 StR 273/11 – Beschluss vom 2. Mai 2012 (BGH)

Zusätzliche Pauschgebühr (Revisionsverhandlung; Hinzurechnung der Umsatzsteuer).

§ 51 RVG

627. BGH 1 StR 447/11 – Urteil vom 20. März 2012 (LG Landshut)

Gemeinschaftliche Körperverletzung; sexuelle Handlung (Erheblichkeit bei Berührung des Geschlechtsteils oberhalb der Kleidung; Gesamtwürdigung); Nötigung; sexuelle Nötigung.

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 240 StGB; § 184g Nr. 1 StGB; § 177 StGB

628. BGH 2 StR 46/12 – Beschluss vom 3. April 2012 (LG Köln)

Verfahrenshindernis und Verfahrenseinstellung wegen eines fehlenden schriftlichen Eröffnungsbeschlusses (Verbindungsbeschluss durch zwei von den erforderlichen drei Berufsrichtern; Bedeutung dienstlicher Erklärungen).

§ 206a StPO; § 203 StPO

629. BGH 2 StR 61/12 – Beschluss vom 20. Juni 2012 (BGH)

Hinderung an der Mitwirkung über Ablehnungsgesuche im Zusammenhang mit dem Besetzungsstreit um den Vorsitz des 2. Strafsenats des BGH (gesetzlicher Richter: Richter in eigener Sache).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO; § 30 StPO

630. BGH 2 StR 61/12 – Beschluss vom 20. Juni 2012 (BGH)

Gesetzlicher Richter; Besorgnis der Befangenheit von Richtern des BGH im Zusammenhang mit der Besetzung des Vorsitzes des 2. Strafsenates (Druck durch das Präsidium; Ablehnungsgesuch).

§ 24 Abs. 2 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

631. BGH 2 StR 66/12 – Beschluss vom 16. Mai 2012 (LG Koblenz)

Aufklärungshilfe beim unerlaubten Betäubungsmittelhandel (minder schwerer Fall).

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 2 BtMG; § 29 Abs. 3 BtMG

632. BGH 2 StR 73/12 – Beschluss vom 17. April 2012 (LG Wiesbaden)

Strafzumessung (fehlende Milderungsgründe; Doppelverwertungsverbot).

§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB

633. BGH 2 StR 110/12 – Beschluss vom 2. Mai 2012 (LG Darmstadt)

Geltung des Doppelverwertungsverbot bei der Prüfung eines minder schweren Falls der besonders schweren räuberischen Erpressung.

§ 46 Abs. 3 StGB; § 255 StGB; § 253 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

634. BGH 2 ARs 155/12 (2 AR 111/12) – Beschluss vom 31. Mai 2012 (AG Velbert; AG Essen)

Verbindung (Zweckmäßigkeit; gemeinsame obere Gericht).

§ 4 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 13 Abs. 2 Satz 2 StPO

635. BGH 2 ARs 159/12 (2 AR 100/12) – Beschluss vom 16. Mai 2012 (LG Osnabrück)

Örtliche Zuständigkeit zur Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (aufgenommen; Aufnahme; gesetzlicher Richter).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 67e Abs. 1 und 2 StGB; § 64 StGB; § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 463 Abs. 1 StPO

636. BGH 2 StR 166/12 – Beschluss vom 20. Juni 2012 (BGH)

Hinderung an der Mitwirkung über Ablehnungsgesuche im Zusammenhang mit dem Besetzungsstreit um den Vorsitz des 2. Strafsenats des BGH (gesetzlicher Richter: Richter in eigener Sache).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO; § 30 StPO

637. BGH 2 StR 166/12 – Beschluss vom 20. Juni 2012 (BGH)

Gesetzlicher Richter; Besorgnis der Befangenheit von Richtern des BGH im Zusammenhang mit der Besetzung des Vorsitzes des 2. Strafsenates (Druck durch das Präsidium; Ablehnungsgesuch).

§ 24 Abs. 2 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

638. BGH 2 ARs 167/12 2 AR 108/12 – Beschluss vom 16. Mai 2012 (LG Wuppertal; LG Paderborn)

Zuständigkeit für die nachträglichen Entscheidungen zu Führungsaufsicht (Befasstsein).

§ 462a StPO; § 68f Abs. 2 StGB; § 54a Abs. 2 StVollstrO

639. BGH 2 StR 456/11 – Urteil vom 18. April 2012 (LG Aachen)

Gesamtstrafenbildung (übersehene Zäsurwirkung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Persönlichkeitsstörung; Sado-Masochismus).

§ 55 StGB; § 54 StGB; § 63 StGB; § 20 StGB

640. BGH 2 StR 476/11 – Beschluss vom 27. März 2012 (LG Gera)

Anforderungen an den Mord aus niedrigen Beweggründen bei eklatantem Missverhältnis zwischen Tat und Anlass.

§ 211 Abs. 2 StGB

641. BGH 2 StR 493/11 – Beschluss vom 16. Mai 2012 (BGH)

Berichtigungsbeschluss.

§ 267 StPO

642. BGH 2 StR 570/11 – Beschluss vom 4. April 2012 (LG Trier)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

643. BGH 4 StR 117/12 – Beschluss vom 22. Mai 2012 (LG Bochum)

Unerlaubtes Handeltreiben (mangelnde Eigennützigkeit).

§ 29 BtMG

644. BGH 4 ARs 5/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (OLG Düsseldorf)

BGHSt; Auslieferung und europäischer Haftbefehl bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe (Überprüfung der Vollstreckung der verhängten Strafe im Gnadenwege bei Rechtsanspruch auf Überprüfung; rahmenbeschlusskonforme Auslegung; Vorabentscheidungsverfahren: acte clair-Doctrin; unerträglich harte Strafe und unmenschliche Strafe).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 3 EMRK; § 83 Nr. 4 IRG; Art. 560 StPO Polen; Art. 5 Abs. 2 RB-EUHb; Art. 31 Abs. 2 RB-EUHb; Art. 34 Abs. 2 Buchst. b Satz 3 EUV aF; Art. 267 AEUV; Art. 67 AEUV; § 42 Abs. 1 2. Alt. IRG; § 78 Abs. 2 IRG

645. BGH 4 StR 62/12 – Urteil vom 24. Mai 2012 (LG Bielefeld)

Mord aus niedrigen Beweggründen und Verdeckungsabsicht nach schwerem sexuellen Missbrauch eines Kindes (Todesfolge; Gefahrverwirklichungszusammenhang; Totschlag).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 176b StGB

646. BGH 4 StR 65/12 – Beschluss vom 10. Mai 2012 (LG Bielefeld)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht: Erörterung der Erfolgslosigkeit früherer Therapien und Sachverständigengutachten).

§ 64 Satz 2 StGB

647. BGH 4 StR 74/12 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Bochum)

Missbrauch Schutzbefehlener (Anforderungen an das Obhutsverhältnis bei einem in einer Schul-AG und als Vertretungskraft eingesetzten Lehrer; nachwirkendes Obhutsverhältnis).

§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB

648. BGH 4 StR 76/12 – Beschluss vom 23. Mai 2012 (LG Dortmund)

Feststellungsvoraussetzungen für die Anordnung des Verfalls, des Wertersatzverfalls und des erweiterten Verfalls (Subsidiarität; Verhältnis unter den verschiedenen Formen der Vermögensabschöpfung).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

649. EGMR Nr. 5123/07 (5. Kammer) – Urteil vom 22. März 2012 (Rangelov v. Deutschland)

Verstoß gegen das Recht auf Freiheit und Sicherheit durch eine Sicherungsverwahrung bei Verhängung gegenüber Ausländern (Diskriminierungsverbot und bevorstehende Ausweisung; Freiheit der Person; Gleichheitsgrundsatz); Zulässigkeit der Individualbeschwerde (Opferstatus; Ausschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel).

Art. 7 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 14 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 3 GG; Art. 34 EMRK; Art. 35 EMRK; § 66 StGB aF

650. BGH 4 StR 120/12 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Stendal)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellungsanforderungen bei der schweren anderen seelischen Abartigkeit: kombinierte Persönlichkeitsstörung, Bandbreite des Verhaltens voll schuldfähiger Menschen).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

651. BGH 4 StR 122/12 – Beschluss vom 10. Mai 2012 (LG Bielefeld)

Zu widerhandlung gegen eine bestimmte vollstreckbare Anordnung nach § 1 Abs. 1 S. 1 GewSchG (Feststellungsvoraussetzungen bezüglich der vollstreckbaren Anordnung: Zustellung, einstweilige Verfügung, Vollstreckbarkeit vor Zustellung).

§ 1 Abs. 1 S. 1 GewSchG; § 935 ZPO; § 216 Abs. 2 S. 1 FamFG

652. BGH 4 StR 138/12 – Beschluss vom 22. Mai 2012 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

653. BGH 4 StR 381/11 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Bielefeld)

Untreue bei Vertretung von Schadensersatzansprüchen (tatsächliche Begründung der Vermögensbetreuungspflicht und Geschäftsführung ohne Auftrag; Pflichtverlet-

zung; Vermögensnachteil: wirtschaftliche Herleitung; Betrug; Prozessführung ohne Mandat; Gesetzlichkeitsprinzip).

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

654. BGH 4 StR 649/11 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Kaiserslautern)

Unzulässige Revision (mangelnde Beschwer nach dem Urteilstenor); exklusive Verwerfungskompetenz des Revisionsgerichts.

§ 349 Abs. 1 StPO; § 346 StPO

655. BGH 4 StR 667/11 – Beschluss vom 25. April 2012 (LG Göttingen)

Versuchter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefahr: erforderliche Feststellungen; absichtlicher Auffahrunfall).

§ 315b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB; § 315 Abs. 2, 3 Nr. 1 StGB