

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

- Dr. *Gerhard Strate* – **Nachruf Gunter Widmaier** S. 357
- Prof. Dr. *Gunnar Duttge*, Göttingen – **Ein neuer Vorsatzbegriff?** Bespr. zu BGH HRRS 2011 Nr. 1139 S. 359
- Prof. Dr. *Frank Saliger*, Bucerius Law School, Hamburg – **Juristischer und wirtschaftlicher Schaden** S. 363
- Prof. Dr. *Martin Paul Waßmer*, Universität zu Köln – **Betrug durch Abschluss von Versicherungen?** (Anm. zu BVerfG HRRS 2012 Nr. 27) S. 368
- Wiss. Ass. Dr. *Christian Ernst* und Wiss. Mit. *Jan Sturm*, Bucerius Law School, Hamburg – **Nichtöffentlich geführte Selbstgespräche und der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung** (Bespr. zu BGH HRRS 2012 Nr. 268) S. 374
- Wiss. Mit. *Mustafa Temmuz Oğlakcıoğlu*, Erlangen-Nürnberg – **Aus aktuellem Anlass: Zum strafbaren Handeltreiben mit Organen gem. §§ 17, 18 TPG** S. 381
- RA und FA *Benedikt Klas*, LL.M. und stud. iur. *Caroline Blatt*, Karlsruhe/Konstanz – **„ACAB“ – Strafbare Beleidigung von Polizisten?** S. 388

Entscheidungen

- EGMR **Mangelnde Prüfung der Abgabe von Pentobarbital an eine Sterbewillige (Koch v. Deutschland)**
- BVerfG **Verfassungsmäßigkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung**
- BVerfG **Abstands- und Trennungsgebot und freiwilliger Verbleib in einer Anstalt für Strafgefangene**
- BGHSt **Bedeutung der BAK für die Schuldfähigkeitsbeurteilung**
- BGHSt **Bindung der StA an die Zustimmung zum Verständigungsvorschlag des Gerichts**
- BGHSt **Aufgabe der Interessentheorie**
- BGHR **Versuch des Einschleusens von Ausländern**
- BGH **Keine Besorgnis der Befangenheit im Rechtsstreit um den Vorsitz des 2. Strafsenats trotz Selbstablehnung nach § 30 StPO**

Die Ausgabe umfasst 125 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

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, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (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, Aug./Sept. 2012, Ausgabe

8-9

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

720. EGMR Nr. 497/09 (5. Kammer) – Urteil vom 19. Juli 2012 (Koch v. Deutschland)

Mangelnde Prüfung der Klage / des Rechtsmittels des Ehemanns einer sterbewilligen und leidenden Frau, welche die Abgabe einer Droge zur Begehung ihres Selbstmordes beantragt hat (Recht auf Achtung des Privatlebens und der Familie; aktive Sterbehilfe; Fortsetzungsfeststellungsklage: Feststellungsinteresse; Pentobarbital; Betäubungsmittel; Dignitas).

Art. 8 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 EMRK; § 5 BtMG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 6 EMRK

1. Ein Ehemann, der den Leidensweg seiner Frau über Jahre begleitet hat und in ihren Wunsch, sterben zu wollen, eng eingebunden war, kann ihre Klage auf die Freiga-

be eines Betäubungsmittels zur Durchführung ihres Suizids auch nach ihrem Tod aus eigenem Recht fortführen.

2. Art. 8 EMRK kann auch dann ein Recht auf eine gerichtliche Prüfung umfassen, wenn das geltend gemachte Recht selbst noch umstritten ist (hier: Recht auf aktive Sterbehilfe).

3. Das Recht, über das eigene Lebensende frei entscheiden zu können, stellt eine Ausprägung des Rechts auf Achtung des Privatlebens dar.

657. BVerfG 2 BvR 1048/11 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 20. Juni 2012 (BGH / LG Deggendorf)

Vorbehaltene Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot; Freiheitsgrundrecht: Freiheit der Person und Menschenwürde; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); Bestimmtheitsgrundsatz; Rechtssicherheit; gesetzlicher Richter; Besetzungsreduktion; Beurteilungsspielraum.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 1 EMRK; § 66a StGB; § 76 Abs. 2 VVG; § 33b Abs. 2 JGG

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2365/09 u. a. = HRRS 2011 Nr. 488) verstößt § 66a StGB – wie die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung insgesamt – gegen das aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG herzuleitende Abstandsgebot. Die Vorschriften dürfen längstens bis zum 31. Mai 2013 und nur nach Maßgabe der in dem Urteil getroffenen Weitergeltungsanordnung angewendet werden. Danach ist die Anordnung der Sicherungsverwahrung in der Regel nur verhältnismäßig, wenn von dem Verurteilten eine konkrete Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten ausgeht.

2. Abgesehen von dem bereits festgestellten Verfassungsverstoß ist § 66a StGB in der bis zum 31. Dezember 2010 geltenden Fassung nicht noch aus anderen Gründen mit dem Grundgesetz unvereinbar.

a) Die mit dem Vorbehalt der Sicherungsverwahrung verbundene Ungewissheit des Verurteilten führt nicht zu besonderen Belastungen psychischer oder physischer Art, die unmenschlich, grausam oder erniedrigend wären und daher gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstoßen würden. Vielmehr kann der Verurteilte durch sein Verhalten während der Strafhaft selbst zu einer für ihn günstigen Gefährlichkeitsprognose beitragen.

b) Das Institut der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung verstößt auch nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Der Vorbehalt kann nicht rein vorsorglich, sondern nur bei einer Gefahr von Straftaten angeordnet werden, durch die potentielle Opfer körperlich oder seelisch schwer geschädigt werden. Bei der Prognose ist das Verhalten des Betroffenen in der Strafhaft angesichts dessen begrenzter Aussagekraft mit besonderer Vorsicht zu würdigen.

c) Aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe a) EMRK, dessen Wertungen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind, folgt nur das – bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung erfüllte – Erfordernis eines hinreichenden Kausalzusammenhangs zwischen der die Schuldfeststellung enthaltenden Verurteilung und der Freiheitsentziehung, nicht hingegen das Erfordernis einer Gleichzeitigkeit.

d) Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung verstößt auch nicht gegen die Grundsätze der Bestimmtheit oder der Rechtssicherheit. Diese verlangen nur, dass der Betroffene über die Länge einer Freiheitsentziehung zu dem Zeitpunkt Gewissheit erlangt, der nach der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur des Verfahrens eine verbindliche Entscheidung erlaubt. Bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung ist dies erst nach der Hauptverhandlung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung der Fall.

3. a) Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet für die Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens einen Anspruch auf den gesetzlichen Richter, der sich aus den gesetzlichen Verfahrensvorschriften sowie den Geschäftsverteilungs- und Besetzungsregelungen des Gerichts ergibt. Das Recht auf den gesetzlichen Richter ist allerdings nicht bei jeder fehlerhaften Rechtsanwendung durch die Gerichte verletzt. Die Grenzen zum Verfassungsverstoß sind erst überschritten, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar ist oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt.

b) Bei der Anwendung des § 76 Abs. 2 VVG oder des § 33b Abs. 2 JGG, die eine Besetzungsreduktion zulassen, wenn nicht der Umfangs oder der Schwierigkeit der Sache die Mitwirkung eines dritten Berufsrichters erfordert, steht der Kammer zwar kein Ermessen zu. Jedoch kommt ihr bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale ein weiter Beurteilungsspielraum zu.

c) Seinen Beurteilungsspielraum überschreitet ein Gericht nicht bereits deshalb, weil es in einem Verfahren, in der die Verhängung einer zuvor vorbehaltenen Sicherungsverwahrung in Frage steht, eine Besetzungsreduktion beschließt. Schwierigkeit und Umfang einer Sache ergeben sich nicht ohne weiteres aus der Schwere der zu erwartenden Sanktion, sondern beurteilen sich insbesondere unter Berücksichtigung des Umfangs der zu erwartenden Beweisaufnahme und der Komplexität der zu beantwortenden Rechtsfragen.

4. Mit der Menschenwürde ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen geschützt, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschenwürde in diesem Sinne ist auch dem eigenen, der aufgrund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann. Selbst durch „unwürdiges“ Verhalten geht sie nicht verloren. Sie kann keinem Menschen genommen werden. Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt.

5. Für die Feststellung einer Grundrechtsverletzung kommt es allein auf die objektive Verfassungswidrigkeit der angefochtenen fachgerichtlichen Entscheidungen im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an; unerheblich ist hingegen, ob die Grundrechtsverletzung den Fachgerichten vorwerfbar ist (vgl. BVerfGE 128, 326, 407 f.; hier: Aufhebung des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung wegen mangelnder Prüfung der einschränkenden Voraussetzungen der Weitergeltungsanordnung des BVerfG).

659. BVerfG 2 BvR 1278/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Juli 2012 (Hanseatisches OLG / LG Hamburg)

Sicherungsverwahrung (Strafvollzug; Verlegung in eine Bewährungsstation; Abstandsgebot; Trennungsgebot; Besserstellungsgebot; Verzicht; Wahlrecht).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 93 Abs. 1 HmbStVollzG a.F.; § 99 Abs. 4 HmbStVollzG a.F.

1. Das Freiheitsgrundrecht verpflichtet den Staat, den Vollzug der Sicherungsverwahrung in deutlichem Abstand zum Strafvollzug auszugestalten. Zur Realisierung der gebotenen Besserstellung bedarf es einer vom Strafvollzug getrennten Unterbringung der Sicherungsverwahrten in besonderen Gebäuden oder Abteilungen („Trennungsgebot“). Die Gegebenheiten in den zum Vollzug der Sicherungsverwahrung vorgesehenen Einrichtungen müssen den Anforderungen eines freiheitsorientierten und therapiegerichteten Gesamtkonzepts genügen.

2. Bereits während der dem Gesetzgeber durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2365/09 u. a. = HRRS 2011 Nr. 488) eingeräumten Übergangszeit ist der Staat grundsätzlich verpflichtet, zum Vollzug der Sicherungsverwahrung bestimmte Einrichtungen in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise auszustatten.

3. Auch wenn vorhandene Vollzugseinrichtungen so beschaffen sind, dass die Rechte der Betroffenen nicht ohne Beeinträchtigung gewichtiger Belange gewahrt werden können, sind – unbeschadet der Pflicht der Anstalt und ihrer Träger, für eine dauerhafte Verbesserung zu sorgen – regelmäßig besondere Anstrengungen zur kurzfristigen Abhilfe erforderlich. Deren gebotener Umfang bemisst sich nach der staatlichen Verantwortung für die Ausstattung des Vollzugs mit den für die rechtmäßige Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Mitteln.

4. Das Trennungsgebot ist kein Selbstzweck, sondern dient der Besserstellung der Sicherungsverwahrten. Deshalb verstößt es gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG, wenn einem Sicherungsverwahrten die ohne Weiteres mögliche (weitere) Unterbringung im Normalvollzug verwehrt wird, obwohl die Verlegung auf die Station für Sicherungsverwahrte wegen der dortigen Bedingungen für den Betroffenen eine erhebliche Verschlechterung der Vollzugsbedingungen bedeuten würde.

656. BVerfG 2 BvR 865/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Juni 2012 (OLG Hamm / LG Düsseldorf)

Maßregelvollzug; Resozialisierung; Vollzugslockerungen; Ausführung; Fluchtgefahr; Missbrauchsgefahr; effektiver Rechtsschutz.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 119 Abs. 3 StVollzG; § 18 MRVG NRW

1. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat, ebenso wie den Strafvollzug auch den Maßregelvollzug auf eine Resozialisierung auszurichten, schädlichen Auswirkungen eines langjährigen Freiheitsentzuges entgegenzuwirken und die Tüchtigkeit des Unterbrachten für ein Leben in Freiheit zu erhalten.

2. Auch wenn bei einem im Maßregelvollzug Unterbrachten noch keine konkrete Entlassungsperspektive

besteht, können vor dem Hintergrund des Resozialisierungsgebots zumindest Lockerungen in Form von Ausführungen geboten sein. Diese dienen – wie alle Vollzugslockerungen – der Erreichung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Ziels einer sozialen Wiedereingliederung.

3. Die bei einer Ausführung gesetzlich (hier: durch § 18 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 MRVG NRW) vorgesehene Begleitung durch Justizvollzugsbedienstete ist regelmäßig geeignet, einer Flucht- oder Missbrauchsgefahr wirksam zu begegnen. Deshalb kann die Versagung einer Ausführung mit einer Flucht- oder Missbrauchsgefahr nur begründet werden, wenn hierfür im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte bestehen – etwa weil sich der Unterbrachte bereits früher einer Bewachung entzogen hat.

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

658. BVerfG 2 BvR 1092/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juli 2012 (OLG München / LG Augsburg)

Freiheit der Person (Untersuchungshaft; Fluchtgefahr; Außervollzugsetzung eines Haftbefehls); Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Aufhebung eines Haftverschonungsbeschlusses; neu hervorgetretene Umstände; Auflagen; Straferwartung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO; § 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. Angesichts der Bedeutung des Freiheitsgrundrechts ist die Schwelle für eine Widerrufsentscheidung grundsätzlich sehr hoch anzusetzen. Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nach einer Haftverschonungsent-

scheidung Gelegenheit hatte, seine Bereitschaft, sich dem Verfahren zu stellen, unter Beweis zu stellen.

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. 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.

6. Die Invollzugsetzung eines Haftbefehls nach einer Haftverschonung von mehr als eineinhalb Jahren, während derer der Beschuldigte keinen Anlass zu Beanstandungen gegeben hat, obwohl ihm bewusst war, dass ihm ein langjähriger Freiheitsentzug droht, ist nur nach einer umfassenden Abwägung zwischen dem Gewicht der neuen Erkenntnisse und dem aufgrund der Haftverschonung bestehenden Vertrauen des Beschuldigten möglich. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Beschuldigte weiterhin dem Verfahren gestellt hat, obwohl er zwischenzeitlich in anderer Sache rechtskräftig zu einer gesamtstrafenfähigen Bewährungsstrafe verurteilt worden ist, die das Gericht in Überlegungen zu einer Verfahrensabsprache einbezogen und dabei eine langjährige Freiheitsstrafe in den Raum gestellt hatte.

660. BVerfG 2 BvR 2521/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Hamburg / AG Hamburg)

Freiheitsgrundrecht (Maßregel der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Fortdauer: Begründungsanforderungen; Sachaufklärung durch externen Sachverständigen; externe Begutachtung).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 Satz 1 StGB; § 463 Abs. 4 StPO

1. Aus den verfahrensrechtlichen Gewährleistungen der Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG folgt in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, dass alle Entscheidungen, die – wie bei der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus – den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer zureichenden richterlichen Sachaufklärung beruhen müssen.

2. Um den verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen zu genügen, darf ein Gericht sich nicht auf eine unkritische Bezugnahme auf die Stellungnahme der behandelnden Klinik beschränken. Vielmehr hat es die Stellungnahme auf innere Konsistenz zu prüfen und eine eigenständige Abwägung vorzunehmen, die den bisherigen Therapieverlauf, den aktuellen Zustand des Unterge-

brachten sowie Art und Maß der von ihm derzeit ausgehenden Gefahr in den Blick nimmt.

3. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die richterliche Sachverhaltsaufklärung und die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung steigen mit zunehmender Dauer des Freiheitsentzuges. Befindet sich der Untergebrachte seit langer Zeit in demselben psychiatrischen Krankenhaus, ist es daher in der Regel geboten, von Zeit zu Zeit einen anstaltsfremden („externen“) Sachverständigen hinzuzuziehen, um der Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen vorzubeugen und um auszuschließen, dass Belange der Anstalt oder die Beziehung zwischen Untergebrachtem und Therapeuten das Gutachten beeinflussen.

4. Die verfassungsrechtliche Vorgabe einer regelmäßigen Begutachtung durch einen externen Sachverständigen ist durch die Vorschrift des § 463 Abs. 4 StPO konkretisiert, deren Einhaltung über Art. 104 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG zum Verfassungsgebot erhoben ist.

5. Ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 GG ist – auch ungeachtet der Voraussetzungen des § 463 Abs. 4 StPO – insbesondere dann anzunehmen, wenn das überprüfende Gericht trotz eines entsprechenden Antrages von einer externen Begutachtung absieht, obwohl der Betroffene seit mehr als zehn Jahren in demselben psychiatrischen Krankenhaus untergebracht ist, ohne je durch einen externen Sachverständigen begutachtet worden zu sein, und wenn die Unterbringungsdauer die Strafrahmen der von dem Untergebrachten erfüllten Straftatbestände erheblich übersteigt.

661. BVerfG 2 BvR 2739/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juni 2012 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Strafvollzug (Vollzugslockerungen; Reststrafaussetzung); effektiver Rechtsschutz im Strafvollzug (Rechtsschutzinteresse; Rechtsschutzbedürfnis; Strafvollstreckungskammer).

Art. 19 Abs. 4 GG

1. Für eine gegen die Versagung von Vollzugslockerungen gerichtete Verfassungsbeschwerde besteht auch dann ein Rechtsschutzinteresse, wenn dem Strafgefangenen zwischenzeitlich aufgrund eines neuen Antrags Lockerungen gewährt worden sind; denn für die Entscheidung über eine Reststrafaussetzung zur Bewährung kommt es darauf an, ob dem Gefangenen eine Erprobung in Form von Lockerungen zu Recht oder in rechtswidriger Weise versagt worden ist.

2. Art. 19 Abs. 4 GG verbietet eine Anwendung von Verfahrensvorschriften in einer Art und Weise, die die Beschreitung des eröffneten Rechtswegs in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert. Die Gerichte dürfen eine dem Rechtsschutzsuchenden eingeräumte Rechtsschutzmöglichkeit nicht leerlaufen lassen.

3. Die Entscheidung einer Strafvollstreckungskammer verstößt gegen Art. 19 Abs. 4 GG, wenn dem Strafgefangenen entgegengesetzt gehalten wird, für die Gewährung von

Vollzugslockerungen fehle es an einem (erneuten) Antrag bei der Justizvollzugsanstalt, obwohl die Justizvollzugsanstalt ausweislich der Sachverhaltsdarstellung in der

Entscheidung erklärt hat, über einen ihr vorliegenden Antrag des Gefangenen auf Gewährung von Vollzugslockerungen noch einmal entscheiden zu wollen.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

669. BGH 1 StR 59/12 – Beschluss vom 29. Mai 2012 (LG München II)

BGHSt; Bedeutung der Blutalkoholkonzentration für die Beurteilung der (verminderten) Schuldfähigkeit (aussagekräftige psychodiagnostische Beweisanzeichen); schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (minder schwerer Fall).

§ 21 StGB; § 20 StGB; § 176a Abs. 4 StGB

1. Bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit kommt der Blutalkoholkonzentration umso geringere Bedeutung zu, je mehr sonstige aussagekräftige psychodiagnostische Beweisanzeichen zur Verfügung stehen (Bestätigung und Fortführung von BGH, Urteil vom 29. April 1997 – 1 StR 511/95, BGHSt 43, 66). (BGHSt)

2. Es ist gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass es keinen Rechts- oder Erfahrungssatz gibt, der es gebietet, ohne Rücksicht auf die im konkreten Fall feststellbaren psychodiagnostischen Kriterien ab einer bestimmten Höhe der Blutalkoholkonzentration regelmäßig von zumindest „bei Begehung der Tat“ erheblich verminderter Schuldfähigkeit auszugehen (grundlegend BGHSt 43, 66 ff.). (Bearbeiter)

3. Soweit in neueren Entscheidungen (Nachweise bei Pfister NStZ-RR 2012, 161, 162 ff.) vereinzelt unter Hinweis auch auf ältere (aufgegebene) Rechtsprechung der Blutalkoholkonzentration wieder stärkere indizielle Bedeutung beigemessen wurde, sollte offenkundig (vgl. § 132 Abs. 2 GVG) den Besonderheiten der zu entscheidenden Einzelfälle (z.B. Möglichkeit einer schockartigen Ernüchterung nach Tatende) Rechnung getragen werden, keineswegs aber die aufgezeigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Frage gestellt werden. (Bearbeiter)

4. Für die Beurteilung der Schuldfähigkeit maßgeblich ist eine Gesamtschau aller wesentlichen objektiven und subjektiven Umstände, die sich auf das Erscheinungsbild des Täters vor, während und nach der Tat beziehen (grundlegend BGHSt 43, 66 ff.). Dabei kann die – regelmäßig deshalb zu bestimmende – Blutalkoholkonzentration ein je nach den Umständen des Einzelfalls sogar gewichtiges, aber keinesfalls allein maßgebliches Beweisanzeichen (Indiz) sein. Die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls können eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit bei Tatbegehung auch bei einer Blutalkoholkonzentration schon von unter 2 ‰ begründen,

umgekehrt eine solche selbst bei errechneten Maximalwerten von über 3 ‰ auch ausschließen. (Bearbeiter)

5. Namentlich bei größerer Alkoholaufnahme kommt der Alkoholgewöhnung eine wichtige Bedeutung zu. Das Fehlen erheblicher Ausfallerscheinungen ist bei trinkge- wohnten Personen nur begrenzt aussagekräftig. (Bearbeiter)

6. Die Schuldfähigkeit ist ein normatives Postulat, keine messbare Größe. Die letzte Verantwortung für die Beurteilung der Schuldfähigkeit liegt beim Tatrichter. (Bearbeiter)

687. BGH 2 StR 123/12 – Beschluss vom 2. Mai 2012 (LG Köln)

Gewerbsmäßige und bandenmäßige Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion; Mittäterschaft und Beihilfe beim Computerbetrug (mangelnde Tatherrschaft bei der Anbringung von Einlesegeräten an EC-Automaten).

§ 152b StGB; § 263a StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

Bringt der Angeklagte gegen Entlohnung und Ersatz seiner Spesen im Auftrag und nach Weisung nicht identifizierter Hintermänner Kartenlesegeräte sowie Miniaturkameran an Geldautomaten an, ist er nicht Mittäter des mithilfe der erlangten Daten begangenen Computerbetruges, wenn er weder Kenntnis der, noch irgendeinen tatherrschaftlichen Einfluss auf die konkreten Abläufe beim Einsatz der Karten an den Geldautomaten in den USA hatte und sich sein Interesse an der Tat nicht mehr auf den durch den Computerbetrug erlangten Vermögensvorteil richtete.

724. BGH 3 StR 72/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Duisburg)

Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl (Bandenmitgliedschaft als besonderes persönliches Merkmal); Auswirkung einer Bewertungseinheit beim Haupttäter auf die Strafbarkeit des Teilnehmers.

§ 242 StGB; § 244 StGB; § 244a StGB; § 27 StGB; § 28 StGB

Werden mehrere Handlungen des Haupttäters, von denen einige erfolglose Versuchshandlungen sind, zu einer Bewertungseinheit zusammengefasst, sind für die Strafbarkeit eines Gehilfen nur diejenigen Teilakte rele-

vant, an denen er beteiligt war. Handelt es sich hierbei ausschließlich um Versuchshandlungen, kommt einen

Beihilfe zum vollendeten Delikt daher nicht in Betracht (vgl. bereits BGH HRRS 2004 Nr. 176).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

684. BGH 2 StR 79/12 – Urteil vom 27. Juni 2012 (LG Darmstadt)

Betrug (erforderliche Feststellungen für den Vermögensschaden: Saldierung, drohende Einziehung im objektiven Verfahren, erforderliche Zulassung im Straßenverkehr, individueller Schadenseinschlag; Erfüllungsbetrug; Eingehungsbetrug); strafbare Werbung; Verstoß gegen das Geschmacksmustergesetz.

§ 263 StGB; § 22 Abs. 2 Satz 4 StVZO; § 21 StVZO; § 51 Abs. 1 GeschmMG; § 16 Abs. 1 UWG; § 76a Abs. 3 StGB; § 143 MarkenG

1. Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt (Prinzip der Gesamtsaldierung; vgl. BGHSt 53, 199, 201 mwN).

2. Beim Fehlen einer vom Verkäufer fälschlich zugesicherten Eigenschaft der Kaufsache ist der Käufer nicht stets und ohne Rücksicht darauf, ob die Sache trotz Fehlens der zugesicherten Eigenschaft den vereinbarten Preis wert ist, durch den Abschluss des Vertrages betrügerisch geschädigt (vgl. BGHSt 16, 220, 221 f.; BGH wistra 1986, 169, 170). Wird bei einem Kauf über Umstände getäuscht, die den Verkehrswert der Sache maßgeblich mitbestimmen, erleidet der dadurch zum Kaufabschluss bewogene Kunde einen Schaden regelmäßig nur dann, wenn die Sache objektiv den vereinbarten Preis nicht wert ist. Unerheblich ist demgegenüber regelmäßig, ob die gelieferte Ware von geringerem Wert ist als die vertraglich vereinbarte.

3. Bei der Prüfung, ob ein Schaden vorliegt, muss aber auch berücksichtigt werden, ob der Getäuschte die gelieferte Sache – etwa im Hinblick auf eine noch erforderliche Zulassung von Felgen für den Straßenverkehr – für den von ihm vertraglich vorausgesetzten Zweck verwenden kann (vgl. BGHSt 16, 220, 222 f.; 321, 325 ff.).

4. Einzelfall der Anwendung auf den Verkauf von „Plagiatsfelgen“. Bei diesen kommt eine Schädigung in Betracht, wenn die Zulassung der Felgen durch das Kraftfahrtbundesamt fehlt oder der Erwerber diese mangels echter Prüfnummer oder sonstiger Angaben ohne ein kostenpflichtiges Gutachten eines amtlich anerkannten Sachverständigen für den Kraftfahrzeugverkehr schwerlich wird nachweisen können.

5. Wenn „Plagiatsfelgen“ verkauft werden, die gemäß § 143 Abs. 5 Satz 1 MarkenG der (Dritt-)Einziehung unterliegen können, kann bei den Erwerbern auch ein Gefährdungsschaden eintreten. Dies gilt auch dann, wenn der Verstoß gegen § 143 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt., Abs. 2 MarkenG gemäß § 154a StPO von der Verfolgung ausgenommen wurde.

772. BGH 5 StR 286/12 – Beschluss vom 21. Juni 2012 (LG Flensburg)

Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs (hier: verneint für als Einbruchswerkzeug mitgeführte Schraubendreher); Tateinheit zwischen räuberischem Diebstahl und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte bei während des Gewalteinsetzes gegen Polizeibeamte fortbestehender Beutesicherungsabsicht; rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Aussicht auf erfolgreiche Behandlung als Anordnungsvoraussetzung).

§ 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB; § 252 StGB; § 113 StGB; § 52 StGB; § 64 StGB

Ein mitgebrachter Schraubendreher, mit dem ein Fenster zur Begehung eines Diebstahls aufgehebelt wird, erfüllt die Voraussetzungen des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB nicht ohne Weiteres. Das Beisichführen eines anderen gefährlichen Werkzeugs im Sinne dieser Vorschrift setzt voraus, dass es sich um einen Gegenstand handelt, der nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen (vgl. BGHSt 52, 257 und BGH NJW 2004, 3437; StV 2010, 628), etwa bei einer Eignung als Stichwerkzeug. Auch für den Schraubendreher ist eine Abgrenzung von den „sonstigen Werkzeugen“ im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1b StGB geboten, bei denen eine Verwendungsabsicht des Täters zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich ist.

696. BGH 2 StR 610/11 – Urteil vom 31. Mai 2012 (LG Kassel)

Rechtsbeugung durch einen Richter auf Probe durch die Abpressung eines Geständnisses (Beweiswürdigung hinsichtlich des Vorsatzes; Nachteilszufügung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 339 StGB; § 136a StPO; § 15 StGB; § 63 StGB

1. Einzelfall einer Rechtsbeugung durch die Erzwingung eines Geständnisses in der Hauptverhandlung (Überführung des Angeklagten in eine Haftzelle zur Veranschaulichung seiner Zukunft, obschon eine stationäre Psychotherapie und eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung offenkundig von vornherein nicht in Betracht kamen).

2. Einzelfall einer lückenhaften Beweismittelwürdigung zum Rechtsbeugungsvorsatz unter dem nicht erörterten Gesichtspunkt, einen Rechtsmittelverzicht in grob rechtsstaatswidriger Art und Weise zu erzwingen.

760. BGH 5 StR 219/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Berlin)

Meineid (rechtsfehlerhaft festgesetztes Strafmaß; minder schwerer Fall; objektiv fehlerhafte Vereidigung; mangelnde Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht; Nichtvereidigung als Regelfall; Vereidigungsverbot); rechtsfehlerhaft festgestellte Schadenshöhe beim Diebstahl.

§ 154 StGB; § 59 StPO; § 55 StPO; § 242 StGB

1. Wird bei einer Aussage, die als Meineid strafbar ist, eine Belehrung nach § 55 StPO rechtsfehlerhaft nicht erteilt, ist auch eine Strafmilderung zu versagen, wenn sich der zur Aussage entschlossene Angeklagte auch durch den Hinweis auf sein Aussageverweigerungsrecht nicht von der Falschaussage hätte abhalten lassen.

2. Bei der Prüfung, ob ein minder schwerer Fall des Meineids nach § 154 Abs. 2 StGB vorliegt, ist strafmildernd berücksichtigen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Vereidigung des als Zeugen vernommenen Angeklagten nach der seit 1. September 2004 geltenden Neuregelung des § 59 Abs. 1 Satz 1 StPO nicht vorlagen. Bei einer aus Rechtsgründen nicht angezeigten, mithin objektiv verfahrensfehlerhaften Vereidigung liegt die Annahme eines minder schweren Falls auf der Hand (vgl. BGHSt 17, 128, 136).

721. BGH 3 StR 33/12 – Beschluss vom 16. Mai 2012 (LG Potsdam)

Rechtsfehlerhafte Nichterörterung der Einsichtsfähigkeit des Angeklagten trotz Anlass (wahnhaftige Störung); Verbreitung von volksverhetzenden Schriften/verfassungswidrigen Kennzeichen (Versendung an einzelne Adressaten); Konkurrenzen (Verhältnis mehrerer Verbreitungsvorgänge untereinander; Verhältnis zu tatbestandlich vertypen Vorbereitungshandlungen); tatrichterliche Auslegung vermeintlich volksverhetzender Äußerungen (Aufstachelung zum Hass; Störung des öffentlichen Friedens); Verunglimpfung des Staates (Eignung zur Gefährdung des Staatsbestandes); fehlerhafte Abfassung des Urteils (fehlende Übereinstimmung von Tenorierung und Urteilsgründen).

§ 20 StGB; § 86a StGB; § 130 StGB; § 52 StGB; § 90a StGB; § 267 StPO

1. Verbreiten im Sinne der § 86a Abs. 1, § 130 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a StGB ist die mit einer körperlichen Weitergabe einer Schrift verbundene Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, die Schrift ihrer Substanz nach einem größeren Personenkreis zugänglich zu machen, wobei dieser nach Zahl und Individualität so groß sein muss, dass er für den Täter nicht mehr kontrollierbar ist. Bei einer Weitergabe an eine einzelne Person kommt eine Erfüllung dieses Merkmals nur in Betracht, wenn feststeht, dass der Dritte seinerseits die Schrift weiteren Personen überlassen wird (vgl. BVerfG HRSS 2012 Nr. 184).

2. Eine Strafbarkeit nach § 130 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 5 StGB setzt voraus, dass das Leugnen einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Tat geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Eine solche Eignung ist bei Schreiben, die sich allein an staatliche Stellen richten und sich dazu teilweise in einem schlichten In-Abrede-Stellen des Holocausts erschöpfen, nicht aus sich heraus ersichtlich.

3. Im Hinblick auf das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist eine Verunglimpfung des Staates gemäß § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB nur gegeben, wenn aufgrund der konkreten Art und Weise der Meinungsäußerung der Staat dermaßen verunglimpft wird, dass dies zumindest mittelbar geeignet erscheint, den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, die Funktionsfähigkeit seiner staatlichen Einrichtungen oder die Friedlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden (vgl. BVerfG HRSS 2012 Nr. 93).

4. Wahnkranken steht in vom Wahn geprägten Situationen eine Handlungsalternative nicht zur Verfügung, womit ihnen zugleich die Einsicht in das Tatunrecht fehlen kann. Deshalb besteht in entsprechenden Fällen regelmäßig ein Anlass, die Einsichtsfähigkeit des Angeklagten in den Urteilsgründen zu erörtern.

699. BGH 2 BGs 152/12 (2 BJs 149/11-8) – Beschluss vom 2. Juli 2012

Unbegründeter Antrag auf Anordnung von Untersuchungshaft (aufschiebend bedingte Anordnung); Verdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland in Tateinheit mit Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (Al-Qaida; Anwendbarkeit deutschen Strafrechts; Beteiligungshandlungen an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union; legitimierender Anknüpfungspunkt).

§ 3 StGB; § 5 StGB; § 6 StGB; § 7 StGB; § 129b Abs. 1 Satz 1 StGB; § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 89a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 52 StGB; § 112 StPO

1. Die §§ 3 ff. StGB finden neben § 129b Abs. 1 Satz 2 StGB kumulativ Anwendung mit der Folge, dass Beteiligungshandlungen an Vereinigungen außerhalb des Gebiets der Europäischen Union auch bei gegebenem Inlandsbezug nur dann dem deutschen Strafrecht unterfallen, wenn ein Anknüpfungstatbestand des allgemeinen Strafanwendungsrechts erfüllt ist.

2. Eine aufschiebend bedingte Anordnung der Untersuchungshaft ist rechtlich nicht zulässig.

3. § 7 Abs. 1 StGB knüpft anders als § 129b Abs. 1 Satz 2 3. Alt. StGB, der für den Inlandsbezug eine von der ausländischen Vereinigung begangene Ausführungstat zum Nachteil eines Deutschen genügen lässt, an das dem Beschuldigten zur Last gelegte konkrete Tatgeschehen im prozessualen Sinne gemäß § 264 StPO an und verlangt, dass ein bestimmter oder zumindest bestimmbarer Deutscher durch das Tatgeschehen verletzt d.h. in seinen Rechten oder rechtlich geschützten Gütern widerrechtlich beeinträchtigt worden ist.

4. Der Begriff der inländischen Lebensgrundlage meint die Summe derjenigen Beziehungen, die den persönlichen und wirtschaftlichen Schwerpunkt im Verhältnis des Menschen zu seiner Umwelt ausmachen.

676. BGH 2 StR 6/12 – Urteil vom 18. April 2012 (LG Frankfurt am Main)

Anforderungen an die Feststellung bandenmäßigen Handelns bei Diebstahl und Betrug (Beweiswürdigung; Erörterungsmängel beim wiederholten Handeln von drei Personen).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich zur fortgesetzten Begehung einer noch unbestimmten Zahl von Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstypus verbunden haben (BGHSt [GS] 46, 321, 325). Erforderlich ist eine – ausdrücklich oder konkludent getroffene – Bandenabrede, bei der das einzelne Mitglied den Willen hat, sich mit mindestens zwei anderen Personen zur Begehung von Straftaten in der Zukunft für eine gewisse Dauer zusammenzuschließen. Nicht notwendig ist hingegen, dass sich alle Bandenmitglieder persönlich miteinander verabreden (BGHSt 50, 160, 164 f.; BGH wistra 2010, 347).

2. Eine Bandenabrede kann auch durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen, etwa dergestalt, dass ein Dritter von einem Bandenmitglied informiert wird und sich der deliktischen Vereinbarung anschließt. Ebenso wenig erforderlich ist ein „gefestigter Bandenwille“ oder ein Tätigwerden in einem „übergeordneten Bandeninteresse“ (BGH NStZ 2009, 35; BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 1 Bande 9). Auch müssen nicht alle Bandenmitglieder einander namentlich oder von Person bekannt sein (BGHSt 50, 160, 164 f.; NJW 2009, 863, 866).

3. Schon die Feststellung eines wiederholten deliktischen Zusammenwirkens von jeweils drei Personen lassen es als möglich erscheinen, dass die jeweils konkret Tatbeteiligten als Bande anzusehen sind. Zwar ist denkbar, dass ein Auftraggeber zur Begehung einzelner Straftaten Personen mit der Tatausführung beauftragt, ohne dass sich daraus ein bandenmäßiger Zusammenschluss ergibt. Haben sich die an den Taten Beteiligten aber für eine gewisse Dauer zur gemeinsamen Begehung von Straftaten zusammengeschlossen, gibt es jedenfalls konkreten Anhalt für das Vorliegen einer Bandenabrede.

778. BGH 5 StR 380/11 – Beschluss vom 5. Juli 2012 (LG Lübeck)

Urkundenfälschung durch Herstellung einer Farbkopie; Untreue zum Nachteil einer GmbH (Vereinnahmung täuschungsbedingt erlangter Kundengelder auf privatem Konto des Alleingesellschaftergeschäftsführers).

§ 267 StGB; § 266 StGB

1. Urkunden im Sinne von § 267 Abs. 1 StGB sind verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lassen. Eine unechte Urkunde im Sinne von § 267 Abs. 1 StGB wird durch die Anfertigung einer Farbkopie

nur hergestellt, wenn der Anschein einer von einem Aussteller herrührenden Gedankenäußerung vermittelt wird, so dass die Möglichkeit einer Verwechslung mit dem Original nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. zuletzt HRRS 2010 Nr. 213).

2. Wer als Alleingesellschaftergeschäftsführer einer GmbH Dritte betrügerisch zur Zahlung von vermeintlich durch die GmbH zu erbringenden Leistungen (hier: Durchführung von Reisen) veranlasst, der begeht keine Untreue zum Nachteil der GmbH, wenn er die Gelder auf einem Privatkonto vereinnahmt. Werden die Leistungen durch die GmbH tatsächlich nicht erbracht, fehlt es an einem Vermögensnachteil, da die Zahlungen der GmbH mangels erbrachter (Gegen-)Leistung nicht als Vermögenswert zustanden. Erbringt die GmbH ihre Leistung, kann jedoch eine Untreue im Unterlassen der Zurverfügungstellung von zunächst auf einem Privatkonto vereinnahmten Beträgen liegen.

712. BGH 4 StR 144/12 – Beschluss vom 6. Juni 2012 (LG Detmold)

Hehlerei (tatbestandsloses Handeln des Mittäters der Vortat); Strafzumessung (Feststellung belastender Strafzumessungstatsachen: erforderliche Darstellung).

§ 259 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 267 StPO

1. Eine Hehlerei begeht, wer einen zuvor durch die Tat eines anderen geschaffenen rechtswidrigen Vermögenszustand aufrechterhält, indem er mit dem Vortäter in einer der in § 259 Abs. 1 StGB genannten Begehungsformen einverständlich zusammenwirkt. Daher können weder der Täter noch der Mittäter der Vortat, wohl aber der Anstifter und der Gehilfe des Vortäters zugleich Hehler sein (BGHSt 7, 134, 137; 33, 50, 52).

2. Die Wertung, der Angeklagte habe mit der Hehlerei „nicht unerhebliche Geldbeträge erwirtschaftet“ muss nach § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO im Urteil durch eine Darstellung belegt werden, die dem Revisionsgericht eine rechtliche Nachprüfung ermöglicht.

713. BGH 4 StR 144/12 – Beschluss vom 6. Juni 2012 (LG Detmold)

Verhältnis zwischen Hehlerei und Versicherungsmissbrauch; erforderliche Feststellungen für den Versicherungsmissbrauch und den Versicherungsbetrug (Beihilfe).

§ 259 Abs. 1 StGB; § 265 StGB; § 263 StGB; § 27 StGB

§ 259 Abs. 1 StGB setzt eine Vortat voraus, die zu einer rechtswidrigen Besitzlage an der als Hehlereigegegenstand in Betracht kommenden Sache geführt hat. Ein Versicherungsnehmer, der eine ihm gehörende versicherte Sache verkauft, um anschließend einen Versicherungsbetrug zu begehen, schafft keine rechtswidrige Besitzlage, weil er trotz seiner kriminellen Absichten auch weiterhin als Berechtigter verfügt. Der in dem Verkauf liegende Versicherungsmissbrauch gemäß § 265 Abs. 1 StGB (Überlassen) ist daher keine taugliche Vortat für eine Hehlerei an der versicherten Sache.

677. BGH 2 StR 6/12 – Beschluss vom 18. April 2012 (LG Frankfurt am Main)

Beendigung des Diebstahls und der Hehlerei; Voraussetzungen der Mittäterschaft beim Betrug (endgültiger Vermögensschaden).

§ 242 StGB; § 78a StGB; § 259 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

1. Ist die Tatbeute bereits aus dem räumlichen Bereich des Entwendungsorts entfernt und waren Rückholaktivitäten des Eigentümers nicht mehr zu erwarten, ist ein Diebstahl beendet. Bei der Mitwirkung in der Nachtphase kommt aber eine Hehlerei etwa in Form der Absatzhilfe (§ 259 Abs. 1 4. Var. StGB) in Betracht.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt Mittäterschaft vor, wenn ein Tatbeteiligter mit seinem Verhalten fremdes tatbestandsverwirklichendes Tun nicht bloß fördern will, sondern sein Beitrag im Sinne gleichgeordneten arbeitsteiligen Vorgehens Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit sein soll. Dabei muss der Beteiligte seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils wollen. Ob dies der Fall ist, ist in wertender Betrachtung aller von der Vorstellung der Beteiligten umfassten Umstände, insbesondere des eigenen Interesses am Taterfolg, dem Umfang der Tatbeteiligung und der Tatherrschaft bzw. dem Willen dazu (st. Rspr.) zu beurteilen.

745. BGH AK 19/12 – Beschluss vom 5. Juli 2012

Untersuchungshaft (Fluchtgefahr; Fortdauer über sechs Monate hinaus); ausländische terroristische Vereinigung (Abgrenzung zwischen Mitgliedschaft und Unterstützung; Al Qaida).

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

1. Die Frage, ob ein Täter, der in der Bundesrepublik Deutschland lebt, sich als Mitglied an einer terroristischen Vereinigung im Ausland beteiligt, bedarf regelmäßig bereits deshalb besonderer Prüfung, weil er sich nicht im unmittelbaren Betätigungsbereich der (Kern-)Organisation aufhält. Allein die Betätigung für die Organi-

sation, mag sie auch besonders intensiv sein, reicht hierfür nicht aus. Mitgliedschaft setzt vielmehr ihrer Natur nach eine Beziehung voraus, die der Vereinigung regelmäßig nicht aufgedrängt werden kann, sondern ihre Zustimmung erfordert. Eine Beteiligung als Mitglied scheidet deshalb aus, wenn die Unterstützungshandlungen nicht von einem einvernehmlichen Willen zu einer fortdauernden Teilnahme am Verbandsleben getragen sind.

2. Eine terroristische Vereinigung unterstützt, wer, ohne selbst Mitglied der Organisation zu sein, deren Tätigkeit und terroristische Bestrebungen direkt oder über eines ihrer Mitglieder fördert. Dabei kann sich die Förderung richten auf die innere Organisation der Vereinigung und deren Zusammenhalt, auf die Erleichterung einzelner von ihr geplanter Straftaten, aber auch allgemein auf die Erhöhung ihrer Aktionsmöglichkeiten oder die Stärkung ihrer kriminellen Zielsetzung. Ein auf die Unterstützungstätigkeit zurückzuführender konkret messbarer Nutzen für die Organisation ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, wenn die Förderungshandlung an sich wirksam ist und der Organisation irgendeinen Vorteil bringt, wobei es nicht darauf ankommt, dass dieser Vorteil durch die Organisation, etwa in Gestalt einer dadurch mitgeprägten organisationsbezogenen Straftat, genutzt wird.

732. BGH 3 StR 124/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhafte Annahme zweier Raubtaten (mehrere Nötigungsadressaten; einheitlicher Tatplan).

§ 249 StGB; 52 StGB

Setzen die Täter nach einem bzgl. eines Tatobjekts bereits vollendeten Raub ihre Suche nach weiterer Beute aufgrund eines ununterbrochen weiterverfolgten Tatplans fort, handelt es sich dabei auch dann nicht um eine tateinheitlich verwirklichte weitere (hier: versuchte) Raubtat, wenn im Zuge dessen ein weiteres Opfer qualifiziert genötigt wird.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

665. BGH 1 StR 163/12 – Urteil vom 26. Juni 2012 (LG München II)

Anforderungen an die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei massenhaftem Besitz kinderpornographischer Schriften (Verhältnismäßigkeit; Gesamtwürdigung; Gefährlichkeit; erhebliche Straftaten; Pädophilie).

§ 63 StGB; § 62 StGB; § 184b Abs. 4 Satz 2 StGB; § 21 StGB; Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates der Europäischen Union vom 22. Dezember 2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie; Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornographie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates

1. Auch der Besitz kinderpornographischer Schriften in Form von Dateien, die den schweren sexuellen Miss-

brauch von Kindern im Sinne von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB zum Gegenstand haben, kann nach den Umständen des Einzelfalls eine Ausprägung der mittleren Kriminalität im Sinne des § 63 StGB darstellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Betroffene massenhaft Daten besitzt, bereits wegen der Verbreitung von Kinderpornographie vorbestraft ist und zudem Zugang zu einer Kinder-einrichtung und Kontakt zu einem konkreten Kind gesucht hat.

2. Der Gesetzgeber ordnet den Unrechtsgehalt des Besitzes und Erwerbs von kinderpornographischen Schriften nicht dem Bereich der Bagatelldelinquenz zu. Auch europäisches Recht gebietet, derartige Taten mit ausreichend schweren Sanktionen zu ahnden. Mit § 184b StGB soll zum Schutze von Kindern jeglicher Umgang mit kinderpornographischen Schriften unter Strafe gestellt werden. Die Vorschrift zielt damit auf die Bestrafung einer mittelbaren Förderung des sexuellen Missbrauchs, mit dem typischerweise die Gefahr schwerwiegender psychischer Schäden bei kindlichen Opfern verbunden ist. Indem der Umgang mit kinderpornographischen Schriften letztlich auch neue Nachfrage nach solchen Schriften auslöst, kommt auch dem bloßen Besitz kinderpornographischer Schriften eine Außenwirkung zu. Auch eine solche allgemeine abstrakte Gefährlichkeit von Delikten kann Grundlage von § 63 StGB sein.

3. Für die Anordnung gemäß § 63 StGB kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 62 StGB) sowohl bei der Bestimmung des Grades der Wahrscheinlichkeit neuer Straftaten als auch bei der Entscheidung der Frage, ob diese als erheblich einzustufen sind, eine maßstabsetzende Bedeutung zu (BVerfGE 70, 297, 312). Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist auf Grund ihrer zeitlichen Unbegrenztheit eine außerordentlich beschwerende Maßnahme. Sie kann daher nur dann angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass der Täter infolge seines Zustands in Zukunft Taten begehen wird, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben (st.Rspr.).

4. Da das Gesetz keine Beschränkung auf bestimmte Tatbestände vorgenommen hat, kann die Frage, ob eine zu erwartende Straftat zu einer schweren Störung des Rechtsfriedens führt, grundsätzlich nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beantwortet werden (st.Rspr.). Die Annahme einer schweren Störung des Rechtsfriedens wird nur in Ausnahmefällen zu bejahen sein, wenn die zu erwartenden Delikte nicht zumindest den Bereich der mittleren Kriminalität erreichen (st.Rspr.). Wichtige Gesichtspunkte bei der Einzelfallerörterung sind die vermutliche Häufigkeit neuerlicher Delikte und die Intensität der zu erwartenden Rechtsgutsbeeinträchtigungen. Auch das Schutzgut der betroffenen Straftatbestände ist in den Blick zu nehmen.

690. BGH 2 StR 355/11 – Beschluss vom 15. März 2012 (LG Köln)

Anordnung der Sicherungsverwahrung nach vorherigem Vorbehalt (vorbehaltenen Sicherungsverwahrung; wiederholter ungeschützter Sexualverkehr durch einen Aidskranken: Ansteckungsrisiken, eigenverantwortliche Selbstgefährdung).

§ 66a StGB; § 66 StGB; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

1. § 66a Abs. 1 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 21. August 2002 verstößt zwar gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG. Die Vorschrift gilt aber vorerst bis zur Neugestaltung des Maßregelvollzuges, längstens bis zum 31. Mai 2013, unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit weiter. Dies bindet den Senat nach § 31 BVerfGG, so dass auch konventionsrechtliche Bedenken, die in der Literatur gegen die Regelung einer nachträglichen Maßregelverordnung aufgrund der Vorbehaltslösung erhoben werden nicht durchgreifen können.

2. Ein Rechtsfehler im Ersturteil, ohne den die Verhängung der Sicherungsverwahrung bereits möglich gewesen wäre, führt nicht dazu, dass das Landgericht, wenn es dort trotz bestehender Möglichkeit der sofortigen Maßregelverordnung zunächst nur einen Vorbehalt ausspricht, an einer Maßregelverordnung im Nachverfahren gehindert ist. Jedoch bedarf es dann im Nachverfahren einer umfassenden neuen Prognoseentscheidung.

3. Wenn die Gefahr besteht, dass ein bereits mehrfach wegen ungeschütztem Sexualverkehr verurteilter Aidskranker künftig Sexualpartnerinnen wählt, denen er die Erkrankung nicht offenbart und die er mit dem Virus infiziert, so würde er deren Leben gefährden und – mit Blick auf die Bedeutung des geschützten Rechtsguts – schwer wiegende Straftaten im Sinne der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts zu den §§ 66, 66a StGB begehen. Bestünde aber die Gefahr der Übertragung des Virus nicht mehr oder nur noch mit geringer Wahrscheinlichkeit, weil die Ansteckungsmöglichkeiten aus medizinischen Gründen einer Verringerung der Viruslast oder aus Gründen des Schutzes der Partnerinnen durch Verwendung eines Kondoms verringert würden, dann wäre auch die Gefahr künftiger Straftaten gegen das Leben so reduziert, dass die Maßregelverordnung aufgrund der Weitergeltungsanordnung bezüglich der §§ 66 Abs. 3, 66a Abs. 1 StGB a.F. bei besonders strenger Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht mehr angemessen erscheinen könnte. Würde der Verurteilte seinen Sexualpartnerinnen die Erkrankung offenbaren und erst danach mit diesen einvernehmlich Geschlechtsverkehr mit einem Restrisiko der Ansteckung ausüben, so wäre bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung durch die Partnerinnen keine Strafbarkeit des Verhaltens gegeben.

681. BGH 2 StR 61/12 – Beschluss vom 28. Juni 2012 (LG Bonn)

Doppelverwertungsverbot und Strafschärfung beim Totschlag (direkter Vorsatz; Absicht; Wissentlichkeit; Mordmerkmal der Grausamkeit noch nicht erfüllende Tötungshandlung und besondere Handlungsintensität).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 46 StGB

Es verstößt in der Regel gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB, wenn der Umstand, dass der Angeklagte mit direktem Tötungsvorsatz gehandelt hat, als solcher straferschwerend verwertet wird, weil

damit nur der Normalfall des § 212 StGB gekennzeichnet wird (BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 1, 3, 4, 5; BGH NStZ 2008, 624). Dies gilt jedoch nicht, wenn der Täter absichtlich einen Menschen tötet, er also nicht nur um den Todeseintritt sicher weiß, sondern es ihm vielmehr darauf ankommt. Ebenso ist es nicht ausgeschlossen, eine zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges notwendige, das Mordmerkmal der Grausamkeit noch nicht erfüllende Tötungshandlung unter dem Gesichtspunkt der besonderen Handlungsintensität strafschärfend zu berücksichtigen.

717. BGH 4 StR 224/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Paderborn)

Voraussetzungen der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährdungsprognose).
§ 63 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist aufgrund ihrer zeitlichen Unbegrenztheit eine außerordentlich beschwerende Maßnahme. Sie darf deshalb nur dann angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass der Täter infolge seines Zustands in Zukunft Taten begehen wird, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben. Ob eine zu erwartende Straftat zu einer schweren Störung des Rechtsfriedens führt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Dabei kann sich – wie in aller Regel bei Verbrechen oder Gewalt- und Aggressionsdelikten – eine schwere Störung des Rechtsfriedens bereits allein aus dem Gewicht des Straftatbestandes ergeben, mit dessen Verwirklichung gerechnet werden muss. Sind die zu erwartenden Delikte nicht wenigstens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen, ist die Annahme einer schweren Störung des Rechtsfriedens dagegen nur in Ausnahmefällen begründbar (stRspr).

2. Die für die Maßregelanordnung erforderliche Gefährlichkeitsprognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu entwickeln. Dabei sind an die Darlegungen umso höhere Anforderungen zu stellen, je mehr es sich bei dem zu beurteilenden Sachverhalt unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 62 StGB) um einen Grenzfall handelt.

3. Beruht die Gefährlichkeitsprognose auf der Erwägung, dass es sich bei den für die Anlasstaten ursächlichen psychotischen Impulsen um ein Symptom der bei dem Beschuldigten schon seit 1987 bestehenden Grunderkrankung handelt, das aufgrund seines regelhaften Auftretens auch in Zukunft immer wieder zu gleich gelagerten Taten führen wird, bedarf es näherer Erörterung bedurft, warum der Beschuldigte in der Vergangenheit nicht häufiger durch Aggressionsdelikte in Erscheinung getreten ist und welche prognoserelevanten Schlüsse hieraus zu ziehen sind. Dass ein Täter trotz bestehenden Defekts über Jahre hinweg keine Straftaten begangen hat, ist ein gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger gefährlicher Straftaten.

4. Todesdrohungen gehören nur dann zu den erheblichen Straftaten, wenn sie geeignet sind, den Bedrohten nachhaltig und massiv in seinem elementaren Sicherheitsempfinden zu beeinträchtigen; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie aus der Sicht des Betroffenen die nahe liegende Gefahr ihrer Verwirklichung in sich tragen.

728. BGH 3 StR 99/12 – Urteil vom 31. Mai 2012 (LG Wuppertal)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (paranoide Psychose); Gesamtwürdigung der Person des Täters; Aussetzung der Vollstreckung der Maßregel zur Bewährung.
§ 63 StGB; § 67b StGB

Wird die Gefährlichkeit des an einer paranoiden Psychose leidenden Beschuldigten (sachverständig) nur unter der Bedingung verneint, dass sein Tagesablauf konsequent überwacht und die Einnahme von Medikamenten sichergestellt wird, ist dies für die Frage der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus i.d.R. unerheblich. Ein solches täterschonendes Mittel – seine Wirksamkeit vorausgesetzt – erlangt vielmehr Bedeutung erst für die Frage, ob die Vollstreckung der Unterbringung gemäß § 67b StGB zur Bewährung auszusetzen ist. Nur auf diese Weise wird der von dem Beschuldigten ausgehenden Gefahr effektiv entgegengewirkt und die Allgemeinheit ausreichend geschützt.

718. BGH 4 StR 228/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Hamburg)

Aufrechterhaltung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (gebotene Entscheidung über die Änderung der Vollstreckungsreihenfolge); nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Sinn und Zweck).
§ 67 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 64 StGB; § 55 Abs. 2 Satz 1 StGB

Durch die nachträgliche Gesamtstrafenbildung sollen die Vor- und Nachteile ausgeglichen werden, die dem Angeklagten infolge der getrennten Verurteilung entstanden sind. Dieses Ziel wird nur dann vollständig erreicht, wenn mit der nachträglichen Gesamtstrafenbildung und der Aufrechterhaltung der bereits bestehenden Unterbringungsanordnung auch die unter den gegebenen Umständen zur Sicherung des Therapieerfolgs erforderliche Änderung der Vollstreckungsreihenfolge vorgenommen wird.

670. BGH 1 StR 332/12 – Beschluss vom 25. Juli 2012 (LG Stuttgart)

Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (tatsächlich Minderung der Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall).
§ 63 StGB

Eine verminderte Einsichtsfähigkeit ist strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Einsicht zur Folge hat (st. Rspr). Der Täter, der trotz erheblich verminderter Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall die Einsicht in das Unrecht seiner Tat gehabt hat, ist – sofern nicht seine Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt war – voll schuldfähig. In einem solchen Fall ist auch die

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nicht zulässig (BGHSt 21, 27, 28; 34, 22, 26 f.).

702. BGH 4 StR 106/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Halle)

Erörterungsmangel zur Entscheidung über die Anrechnung von Leistungen des Angeklagten im Zusammenhang mit einer gewährten Strafaussetzung zur Bewäh-

rung (Arbeitsleistungen; Gesamtfreiheitsstrafe).
§ 58 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 56f Abs. 3 Satz 2 StGB

Leistungen, die auf Bewährungsauflagen nach § 56b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 4 StGB erbracht worden sind, sind nicht bei der Bemessung der Gesamtstrafe zu berücksichtigen, sondern durch eine die Vollstreckung verkürzende Anrechnung auf die neue Gesamtfreiheitsstrafe auszugleichen.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

719. BGH 4 StR 623/11 – Urteil vom 21. Juni 2012 (LG Essen)

BGHSt; Ausschluss der Öffentlichkeit während der Verlesung des Anklagesatzes; Bindung der Staatsanwaltschaft an ihre Zustimmungserklärung zum Verständigungsvorschlag des Gerichts (Unwiderruflichkeit); Entfallen der Bindungswirkung der Verständigung für das Gericht (Eintritt durch gerichtliche Entscheidung; Beurteilungsspielraum des Gerichts).

§ 257c Abs. 4 Satz 1 StPO; § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO; § 171b GVG; § 338 Nr. 6 StPO; § 171b Abs. 3 GVG; § 336 Satz 2 StPO

1. Nach § 171b GVG darf die Öffentlichkeit auch während der Verlesung des Anklagesatzes von der Verhandlung ausgeschlossen werden. (BGHSt)

2. a) Die Zustimmungserklärung der Staatsanwaltschaft zu dem Verständigungsvorschlag des Gerichts ist als gestaltende Prozessklärung unanfechtbar und unwiderruflich. (BGHSt)

b) Das Entfallen der Bindungswirkung der Verständigung für das Gericht nach § 257c Abs. 4 Satz 1 StPO tritt nicht kraft Gesetzes ein, sondern erfordert eine dahingehende gerichtliche Entscheidung. (BGHSt)

3. Für die in § 257c Abs. 3 Satz 4 StPO als Vorschlag bezeichnete Bekanntgabe hat das Gericht das vom Angeklagten im Rahmen der Verständigung erwartete Prozessverhalten, bei dem es sich in aller Regel um ein Geständnis handeln wird (§ 257c Abs. 2 Satz 2 StPO), genau zu bezeichnen und unter antizipierender Berücksichtigung dieses Verhaltens und Beachtung der Vorgaben des materiellen Rechts eine strafzumessungsrechtliche Bewertung des Anklagevorwurfs vorzunehmen. Die Verständigung kommt gemäß § 257c Abs. 3 Satz 4 StPO zustande, wenn der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft dem gerichtlichen Verständigungsvorschlag zustimmen. (Bearbeiter)

4. Die Staatsanwaltschaft hat auch dann von sich aus keine Möglichkeit, die getroffene Verständigung mit der daraus resultierenden Bindungswirkung für das Gericht nachträglich zu Fall zu bringen, wenn sie die Voraussetzungen des § 257c Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO für ein Ent-

fallen der Bindungswirkung als gegeben ansieht. (Bearbeiter)

5. Die Prüfung, ob eine mit dem materiellen Recht in Einklang stehende Ahndung auch bei veränderter Beurteilungsgrundlage noch im Rahmen der getroffenen Verständigung möglich ist, liegt im Verantwortungsbereich des Gerichts. Ein Abweichen von der Verständigung setzt unter anderem voraus, dass das Gericht wegen der veränderten Beurteilungsgrundlage zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Dies ist in § 257c Abs. 4 Satz 1 StPO ausdrücklich geregelt, gilt in gleicher Weise aber auch für die Fälle des § 257c Abs. 4 Satz 2 StPO. (Bearbeiter)

6. Von einem nicht der Prognose entsprechenden Verhalten des Angeklagten, das ein Abweichen von der Verständigung zu rechtfertigen vermag, kann nur dann die Rede sein, wenn das von der Erwartung abweichende tatsächliche Prozessverhalten aus der Sicht des Gerichts der Strafrahmendezusage die Grundlage entzieht. Bei der Beantwortung der Frage, ob die in Aussicht gestellten Strafrahmengrenzen auch auf veränderter Beurteilungsgrundlage eine tat- und schuldangemessene Ahndung ermöglichen, kommt dem Gericht ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der erst überschritten ist, wenn der zugesagte Strafrahmen nicht mehr mit den Vorgaben des materiellen Rechts in Einklang zu bringen ist. Dies wäre etwa anzunehmen, wenn die Strafrahmendezusage sich unter Berücksichtigung von neu eingetretenen oder erkannten Umständen oder des tatsächlichen Prozessverhaltens des Angeklagten so weit von dem Gedanken eines gerechten Schuldausgleichs entfernte, dass sie als unvertretbar erschiene. (Bearbeiter)

7. Ob in einem Festhalten an der Verständigung bei nach Maßgabe von § 257c Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO unvertretbar gewordener Strafrahmendezusage zugleich ein Verfahrensverstöß gegen § 257c Abs. 4 StPO läge, lässt der Senat dahinstehen. Ausführungen in den Urteilsgründen zum Festhalten an oder Abweichen von der Verständigung sind entgegen der Ansicht der Revision nicht erforderlich. (Bearbeiter)

8. Gemäß § 171b Abs. 3 GVG unanfechtbar und daher gemäß § 336 Satz 2 StPO der revisionsgerichtlichen

Überprüfung entzogen ist die gerichtliche Entscheidung darüber, ob die in § 171b Abs. 1 Satz 1 GVG normierten tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Ausschluss der Öffentlichkeit im Einzelfall vorliegen. Der Ausschluss gilt jedoch nicht, wenn schon die generelle Befugnis für den Ausschluss der Öffentlichkeit während der Verlesung des Anklagesatzes in Frage gestellt wird. (Bearbeiter)

780. BGH 5 StR 514/11 – Urteil vom 20. Juni 2012 (LG Dresden)

Beweiswürdigung hinsichtlich des Tötungsvorsatzes (Grenzen der Revisibilität; rechtsfehlerfreie Verneinung des Tötungsvorsatzes trotz objektiv äußerst gefährlichen Verhaltens: Übergießen des Opfers mit Brandbeschleuniger und anschließendes Anzünden; Normativierung); Körperverletzung mit Todesfolge.

§ 261 StPO; § 227 StGB; § 15 StGB

1. Einzelfall einer unbeanstandeten und verneinenden Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz bei der Anzündung eines Menschen, der mit Brandbeschleuniger übergossen wurde.

2. Das Tatgericht darf im Rahmen der Beweiswürdigung bei der Bewertung des Tatvorsatzes Geschehensabläufe berücksichtigen, die es zwar nicht für erwiesen, aber für „ausgesprochen plausibel“ gehalten hat. Es ist zwar weder im Hinblick auf den Zweifelsatz noch sonst geboten, zugunsten eines Angeklagten – etwa dessen Einlassung kritiklos folgend – Sachverhalte zu unterstellen, für deren Vorliegen keine zureichende Anhaltspunkte vorhanden sind.

3. Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt (Wissenselement), ferner dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet (Willenselement). Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt es – wovon auch das Schwurgericht ausgeht – nahe, dass der Täter mit dem Eintritt des Todes rechnet; indem er gleichwohl sein gefährliches Handeln beginnt oder fortsetzt, nimmt er einen solchen Erfolg billigend in Kauf (st. Rspr.).

4. Das Wissens- oder das Willenselement des bedingten Vorsatzes können gleichwohl im Einzelfall fehlen, so etwa, wenn der Täter trotz erkannter objektiver Gefährlichkeit der Tat ernsthaft und nicht nur vage auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges vertraut. Im Rahmen der Würdigung des Willenselements ist dabei neben der konkreten Angriffsweise auch die Persönlichkeit des Täters, sein psychischer Zustand zum Tatzeitpunkt und seine Motivation mit in die Betrachtung einzubeziehen. Bei der erforderlichen Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände (vgl. BGHSt 36, 1, 9 f.) darf das Tatgericht den Beweiswert offensichtlicher Lebensgefährlichkeit einer Handlungsweise nicht so gering veranschlagen, dass auf eine eingehende Auseinandersetzung mit diesen Beweisanzeichen verzichtet werden kann.

5. Dem Revisionsgericht ist es verwehrt, eine eigene Bewertung der Beweise vorzunehmen, auch wenn eine

andere Bewertung näher gelegen haben mag (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 328). Auch wenn das Nachtatverhalten der Angeklagten auch als Ausdruck ihrer plötzlichen Ernüchterung hätte gedeutet werden können, darf das Tatgericht dieses als Gesichtspunkt dafür heranziehen, dass der Angeklagte den Tod des Opfers nicht wollte.

694. BGH 2 StR 572/11 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (BGH)

Unparteilichkeit der Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Krehl und Prof. Dr. Fischer (Anzeige von Umständen, die eine Ablehnung wegen Befangenheit rechtfertigen könnten; Besorgnis der Befangenheit).

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

Einzelfall einer Anzeige von ergänzenden Umständen gemäß § 30 StPO durch einen Bundesrichter, die nach Ansicht des Senats entgegen der Beurteilung dieses Bundesrichters im Zusammenhang mit dem Streit um die Neubesetzung des Vorsitzes des Senats die Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit nicht rechtfertigen.

722. BGH 3 StR 46/12 – Urteil vom 3. Mai 2012 (LG Düsseldorf)

Beweiswürdigung (Mitteilung des Inhalts eines Sachverständigengutachtens im Urteil: DNA-Untersuchung im PCR-Verfahren; Erforderlichkeit besonderer Erläuterungen zur auf die Datengewinnung folgenden Wahrscheinlichkeitsberechnung bei DNA-Vergleichsgutachten).

§ 261 StPO

Das in der forensischen Praxis gebräuchliche PCR-Verfahren zur Identifikation von in der Kern-DNA auftretender Systeme ist so weit standardisiert, dass es im Urteil keiner näheren Darlegungen hierzu bedarf. Dies gilt aber nicht für die im zweiten Schritt an die so gewonnenen Daten anknüpfende Wahrscheinlichkeitsberechnung, die von einer wertenden Entscheidung des Gutachters abhängt, welche Vergleichspopulation er ausgehend von der genetischen Herkunft des Täters heranzieht und inwieweit er aufgrund voneinander unabhängiger Vererbung der übereinstimmenden Merkmale die sog. Produktregel anwendet. Um dem Revisionsgericht eine Überprüfung der Wahrscheinlichkeitsberechnung auf ihre Plausibilität zu ermöglichen, ist die Mitteilung ihrer Grundlagen im Urteil erforderlich (st. Rspr., vgl. zuletzt BGH HRRS 2012 Nr. 522). Hierzu gehören – zumindest wenn der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört – eine hinreichend deutliche Umschreibung der zum Vergleich herangezogenen Bevölkerungsgruppe sowie jedenfalls die Häufigkeit der einzelnen als übereinstimmend festgestellten Merkmale in dieser Vergleichspopulation sowie eine Aussage dazu, inwieweit in wissenschaftlich zulässiger Weise die sog. Produktregel zur Anwendung kam.

674. BGH 2 StR 5/12 – Beschluss vom 19. April 2012 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei „Aussage gegen Aussage“ (mangelnde Nachvollziehbarkeit; Falschbezeichnungsmotiv).

§ 261 StPO

Das Tatgericht ist zwar nicht schon aufgrund des Zweifelsatzes an der Verurteilung gehindert, wenn „Aussage gegen Aussage“ steht. Wird die Tat vom Tatopfer selbst geschildert, so kann der Angeklagte auf dieser Grundlage verurteilt werden, wenn das Tatgericht von der Glaubhaftigkeit der Aussage des einzigen Belastungszeugen überzeugt ist. Es muss sich jedoch insbesondere dann, wenn eine Aussageänderung eingetreten ist, bewusst sein, dass die Aussage dieses Zeugen einer besonderen Glaubwürdigkeitsprüfung zu unterziehen ist (vgl. BGHSt 44, 153, 158). Geboten ist eine lückenlose Gesamtwürdigung der Indizien. Insbesondere ist mitzuteilen, wie die Nebenklägerin als Zeugin die Frage danach beantwortet hat, warum sie im vorangegangenen Strafverfahren in zwei Tatsacheninstanzen jeweils eine Tatbegehung des Angeklagten zu ihrem Nachteil in Abrede gestellt hatte.

754. BGH 5 StR 181/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Saarbrücken)

Sexueller Missbrauch eines Kindes; Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage-Konstellationen (unzureichend begründete Abweichung von einem aussagepsychologischen Gutachten).
§ 174 StGB; § 261 StPO

1. Das Tatgericht ist nicht automatisch gehalten, einem Sachverständigen zu folgen. Kommt es aber zu einem anderen Ergebnis, muss es sich konkret mit den Ausführungen des Sachverständigen auseinandersetzen, um zu belegen, dass es über das bessere Fachwissen verfügt (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 2001 – 1 StR 190/01).

2. Um von dem Ergebnis eines aussagepsychologischen Gutachtens abzuweichen, kann sich das Tatgericht jedenfalls in Aussage gegen Aussage-Konstellationen nicht ohne weiteres auf die freie richterliche Beweiswürdigung berufen. Auch im Rahmen des § 261 StPO ist die Beweiswürdigung vielmehr substantiell anhand aussage-

psychologischer Kriterien vorzunehmen, weshalb eine Auseinandersetzung mit der abweichenden (aussagepsychologisch fundierten) Argumentation eines Sachverständigengutachtens in den Urteilsgründen erforderlich bleibt.

742. BGH 3 StR 194/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Landau)

Wiedereinsetzung nach zunächst erklärtem Rechtsmittelverzicht (Behauptung fehlerhafter Beratung durch den Verteidiger).
§ 44 Satz 1 StPO

Hat sich der Angeklagte nach Beratung durch seinen ersten Verteidiger zunächst bewusst gegen die Einlegung der Revision entschieden und damit von einem befristeten Rechtsbehelf bewusst keinen Gebrauch gemacht, kann er nicht mehr im Sinne des § 44 Satz 1 StPO verhindert sein, eine Frist einzuhalten (BGH NStZ 2001, 160; NStZ-RR 1998, 109). Das gilt auch dann, wenn ein Angeklagter nach Beratung durch seinen Verteidiger die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels möglicherweise falsch einschätzt (BGH NStZ 2001, 160).

689. BGH 2 ARs 223/12 2 AR 139/12 – Beschluss vom 27. Juni 2012 (AG Bielefeld; AG Köln)

Zuständigkeitsbestimmung (Wohnsitzverlegung; Übernahme ohne erforderliche Voraussetzung, Bindungswirkung).
§ 42 JGG

Eine trotz Fehlens der Voraussetzungen des § 42 Abs. 3 Satz 1 JGG ergangene Übernahme hat keine bindende Wirkung für das übernehmende Gericht, sondern kann aufgehoben und die Sache dem abgebenden Gericht zurückgegeben werden (BGHR JGG § 42 Abs. 3 Abgabe 1).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

730. BGH 3 StR 118/11 – Beschluss vom 15. Mai 2012 (LG Oldenburg)

BGHSt; Aufgabe der Interessentheorie (Merkmalsüberwälzung; Ziel des § 14 StGB; Ein-Mann-GmbH; Gläubigerschutz); Untreue; Bankrott.
§ 14 StGB; § 266 StGB; § 283 StGB

1. Die Strafbarkeit des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wegen Bankrotts setzt nicht voraus, dass die Tathandlung im Interesse der Gesellschaft liegt (Aufgabe der „Interessentheorie“). (BGHSt)

2. § 14 StGB verfolgt den Zweck, den Anwendungsbereich von Straftatbeständen auf Personen zu erweitern, die in einem bestimmten Vertretungs- oder Auftragsver-

hältnis für den Normadressaten handeln, und die kriminalpolitisch nicht erträgliche Lücke zu schließen, die sich daraus ergibt, dass der Normadressat mangels Handlung und der Handelnde deshalb nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, weil er nicht Normadressat ist. Mit dieser Intention lässt sich insbesondere nicht vereinbaren, dass die Interessentheorie im Ergebnis bei einer Vielzahl von Taten einer Strafbarkeit nach § 283 StGB entgegensteht, weil der Vermögensträger als juristische Person und die handelnde natürliche Person auseinanderfallen. (Bearbeiter)

3. Die Interessentheorie führt vor allem beim Handeln von Organen einer Kapitalgesellschaft zu unangemessenen, mit dem Gesetzeszweck nicht zu vereinbarenden Ergebnissen. Dies trifft in besonderem Maße auf die Ein-

Mann-GmbH zu, deren Alleingesellschaftergeschäftsführer nach der Interessentheorie selbst dann nicht wegen Bankrotts bestraft werden kann, wenn er durch das Beiseiteschaffen von Vermögenswerten die Insolvenz gezielt herbeiführt. Diese Situation ist mit Blick auf die Parallele zu Einzelkaufleuten wertungswidersprüchlich und konterkariert zudem den – bei der insolvenzanfälligen GmbH besonders notwendigen – Gläubigerschutz. (Bearbeiter)

4. Kommt es für ein Handeln als Vertretungsberechtigter im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB nicht (mehr) darauf an, ob dieses im Interesse des Geschäftsherrn liegt, sind andere taugliche Abgrenzungskriterien in Betracht zu ziehen. Entscheidend ist, dass der Handelnde gerade in seiner Eigenschaft als vertretungsberechtigtes Organ, also im Geschäftskreis des Vertretenen, und nicht bloß „bei Gelegenheit“ tätig wird. Dabei kann zwischen rechtsgeschäftlichem und sonstigem Handeln zu differenzieren sein. Bei rechtsgeschäftlichem Handeln kann ein Handeln „als Organ“ bereits dadurch deutlich werden, dass der Vertreter die Gesellschaft rechtswirksam zu binden vermag. Bei faktischem Handeln ist die Zurechnung problematischer. Sie kommt jedenfalls bei einer Zustimmung des Vertretenen in Betracht. (Bearbeiter)

5. Der Senat hält an der bisherigen Rechtsprechung zu § 266 StGB fest, wonach die GmbH-Gesellschafter in ihrer Befugnis zur (tatbestandsausschließenden) Disposition über das Gesellschaftsvermögen eingeschränkt sind. Ein Einverständnis ist danach unwirksam, wenn unter Verstoß gegen Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet wird, etwa durch Beeinträchtigung des Stammkapitals entgegen § 30 GmbHG, durch Herbeiführung oder Vertiefung einer Überschuldung oder durch Gefährdung der Liquidität (zuletzt BGH HRRS 2011 Nr. 1094). Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Kapitalschutz nach § 30 GmbHG nicht ausschließlich den Gläubigern eine Befriedigungsreserve, sondern überdies der GmbH nach Möglichkeit ein ihren Bestand schützendes Mindestbetriebsvermögen sichern soll. (Bearbeiter)

6. Es stellt in Fällen einer mit (unwirksamer) Zustimmung der Gesellschafter erfolgten Entnahme von Gesellschaftsvermögen keinen Wertungswiderspruch dar, dieses Verhalten sowohl als Bankrott als auch als Untreue zu beurteilen. (Bearbeiter)

711. BGH 4 StR 144/12 – Beschluss vom 6. Juni 2012 (LG Detmold)

BGHR; Versuch des Einschleusens von Ausländern (unmittelbares Ansetzen).

§ 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG; § 22 StGB; § 24 StGB; § 30 StGB

1. Die Strafbarkeit wegen Versuchs des Einschleusens von Ausländern gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3; § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG bestimmt sich nach den §§ 22 ff. StGB. (BGHR)

2. Für die Prüfung des unmittelbaren Ansetzens kann die Rechtsprechung zur versuchten Anstiftung nach § 30 Abs. 1 StGB herangezogen werden. (BGHR)

3. Darauf, ob auch zur unerlaubten Einreise selbst unmittelbar angesetzt worden ist, kommt es nicht an. (BGHR)

4. Durch § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG in der Tatbestandsalternative des Hilfeleistens werden sonst nur nach den allgemeinen Regeln (§ 27 StGB) strafbare Beihilfehandlungen zu Taten nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 AufenthG zu selbstständigen, in Täterschaft (§ 25 StGB) begangenen Straftaten heraufgestuft, wenn der Gehilfe zugleich eines der in § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG unter den Buchstaben a) oder b) genannten Schleusermerkmale erfüllt. Als ein (täterschaftliches) Hilfeleisten im Sinne dieser Vorschrift kommen deshalb grundsätzlich alle Handlungen in Betracht, die nach § 27 StGB und den zu dieser Vorschrift entwickelten Grundsätzen als Beihilfe zu der jeweiligen Bezugstat erfasst werden. Geht es – wie hier – um die Unterstützung der unerlaubten Einreise eines oder mehrerer Ausländer gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, fällt damit jede Handlung unter den Tatbestand des § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, die den unerlaubten Grenzübertritt eines Ausländers in irgendeiner Weise objektiv fördert. Dabei muss die Hilfeleistung nicht unmittelbar zum Grenzübertritt geleistet werden. Schon eine Unterstützung im Vorfeld der Einreise (z. B. Beschaffung und Weiterleitung von Informationen zum Grenzübertritt, Organisation von Reisemöglichkeiten, Beschaffung von gefälschten Reisedokumenten, Anwerbung von Transithelfern) ist ausreichend, wenn sie den Grenzübertritt ermöglicht oder erleichtert. Nach den Grundsätzen zur sog. Kettenbeihilfe, die an dieser Stelle ebenfalls Anwendung finden, kann ein täterschaftliches Hilfeleisten im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG auch dann gegeben sein, wenn sich die Unterstützungshandlung auf die Förderung der Hilfeleistung eines anderen Schleusers (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) oder Gehilfen (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, § 27 StGB) beschränkt. (Bearbeiter)

752. BGH 5 StR 1/12 – Beschluss vom 5. Juli 2012 (LG Lübeck)

Betrug (Vermögensschaden: Schadensberechnung bei gewinnbringender Weiterveräußerung von für den Klinikbereich vorgesehenen Medikamenten; Rabattbetrug; Preisbindung bei Medikamenten).

§ 263 StGB; § 78 AMG; Arzneimittelpreisverordnung

1. Bei nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gilt grundsätzlich keine Preisregulierung. Werden solche Medikamente von Pharmaherstellern für die Versorgung von Krankenhäusern bezogen, aber außerhalb des Klinikbereichs an andere Pharma-Großhändler oder Apotheken gewinnbringend weiterverkauft, ist hinsichtlich des Vermögensschadens des Betrugers unter Berücksichtigung eines dem Risiko fehlender Treffgenauigkeit angemessenen Sicherheitsabschlags zu ermitteln, welche Bedingungen für die Medikamentenabgabe einerseits für Kliniken und andererseits für den freien Verkauf in Apotheken gegolten haben und welche Preise zu erzielen waren. Dabei ist zu beachten, dass der höhere Preis gegenüber den Abnehmern, die keine Krankenhäuser sind, sich mit Wahrscheinlichkeit durchsetzen lassen muss.

2. Eine bloße unterlassene Vermögensmehrung ist kein Schaden im Sinne des Betrugstatbestandes.

667. BGH 1 StR 289/12 – Beschluss vom 26. Juni 2012 (LG Bochum)

Gewerbsmäßiger Schmuggel (Verkürzung von Einfuhrumsatzsteuer durch inhaltlich unrichtige Zollanmeldungen; Vorsteuerabzug; systembedingte Nachholwirkung; Schadenswiedergutmachung; Tatvorsatz; subjektive Ausrichtung der Gewerbsmäßigkeit).

§ 370 Abs. 1, Abs. 4 Satz 3 AO; § 373 Abs. 1 AO; § 1 Abs. 1 Nr. 4 UStG; § 11 Abs. 1 UStG; § 21 Abs. 2 UStG; Art. 28 ZK; Art. 29 ZK; Art. 59 Abs. 1 ZK; Art. 79 ZK; Art. 217 ZK

1. Der Vorsteuerabzug hinsichtlich der entrichteten Einfuhrumsatzsteuer beim Weiterverkauf einer Ware lässt die im Rahmen der Zollanmeldung bei Einfuhr der Waren begangene Hinterziehung der Einfuhrumsatzsteuer unberührt und führt bei Abführung der geschuldeten Umsatzsteuern an die Finanzbehörden nach der Weiterveräußerung allenfalls zu einer Schadenswiedergutmachung. Im Rahmen der Zollanmeldungen bei Einfuhr der Waren, die allein Gegenstand der Verurteilung sind, findet kein Vorsteuerabzug gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 UStG statt.

2. Nur für die Berechnung der Steuer nach Weiterveräußerung der Waren im Rahmen der dann gemäß § 18 Abs. 1 UStG abzugebenden Umsatzsteuervoranmeldungen bilden die nach § 16 Abs. 1 UStG berechnete Umsatzsteuer und die Summe der Vorsteuerabzugsansprüche im Sinne des § 16 Abs. 2 UStG unselbständige Besteuerungsgrundlagen, deren Saldo die für den Besteuerungszeitraum zu berechnende Steuer gemäß § 18 Abs. 1 UStG darstellt.

3. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehört zum Vorsatz der Steuerhinterziehung, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will (vgl. nur BGH, Beschluss vom 8. September 2011 – 1 StR 38/11 mwN). Für eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung bedarf es dabei keiner Absicht oder eines direkten Hinterziehungsvorsatzes; es genügt, dass der Täter die Verwirklichung der Merkmale des gesetzlichen Tatbestands für möglich hält und billigend in Kauf nimmt (Eventualvorsatz; vgl. BGH aaO). Es steht dem Tatvorsatz nicht entgegen, wenn der Angeklagte – wie von vornherein beabsichtigt – jeweils nach der Weiterveräußerung der Waren die dabei anfallende Umsatzsteuer anmeldete (und auch an die Finanzbehörden abführte) und hierbei gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 UStG hinsichtlich der entrichteten Einfuhrumsatzsteuer zum Vorsteuerabzug berechtigt war. Lediglich im Rahmen der Strafzumessung ist dem Täter zugute zu halten, wenn er bereits bei der Tatbegehung eine spätere Schadenswiedergutmachung vorhatte.

4. Gewerbsmäßigkeit liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Begehung von Straftaten der fraglichen Art eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen; dabei genügen auch mittelbare Vorteile. Maßgeblich ist insoweit allein die Sicht des Angeklagten. Der Umstand, dass sich objektiv der wirtschaftliche Vorteil des Angeklagten in Form „ersparter“ Einfuhrumsatzsteuer auf die beim

Weiterverkauf anfallende Umsatzsteuer (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 UStG) letztlich auf einen Liquiditätsvorteil beschränkte, steht gewerbsmäßigem Handeln nicht entgegen. Der Annahme gewerbsmäßigen Handelns steht ebenso wenig entgegen, dass die Taten nicht nur strafbar, sondern im Hinblick auf die Stundungsmöglichkeit des § 21 Abs. 3 UStG wirtschaftlich sogar unnötig waren.

691. BGH 2 StR 446/11 – Beschluss vom 3. Mai 2012 (LG Darmstadt)

Untreue (keine Vermögensbetreuungspflicht bei Bankmitarbeitern ohne Entscheidungsspielraum: Kreditsachbearbeiter und Verkäufer); Täterschaft und Teilnahme bei der Urkundenfälschung; Gefährdungsschaden beim Betrug (Kreditvergabe: Bedeutung der Bonität und des Rückzahlungswillens).

§ 266 StGB; § 263 StGB; § 267 StGB; § 27 StGB

1. Die Strafbarkeit wegen Untreue setzt auch in der Variante des Missbrauchstatbestandes voraus, dass den Täter eine sog. Vermögensbetreuungspflicht trifft, die aber weder bei einem bloßen Bezug zu fremden Vermögensinteressen noch bei einer allgemeinen vertraglichen Nebenpflicht, auf die Vermögensinteressen des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen, gegeben ist. Vielmehr wird verlangt, dass den Täter eine inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen trifft (vgl. BGHSt 1, 186, 188 f.). Die Rechtsprechung entscheidet im Wege einer Gesamtbeurteilung, ob es sich bei den einer Person übertragenen Aufgaben um Angelegenheiten handelt, denen die Bedeutung der Wahrnehmung von Vermögensinteressen zukommt. Von maßgeblicher Bedeutung ist dabei in erster Linie, ob die fremdnützige Vermögensfürsorge den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung bildet und ob dem Verpflichteten bei deren Wahrnehmung ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit, mit anderen Worten die Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums verbleibt (st. Rspr.).

2. Hieran kann es auch bei Kreditsachbearbeitern und Verkäufern anderer Bankprodukte fehlen, wenn diese die Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums fehlt.

3. Die Annahme eines (Gefährdungs-)Schadens und damit eines vollendeten Betruges auch im Zusammenhang mit einer Kreditvergabe verlangt nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, NJW 2012, 907, 916) die konkrete Feststellung eines Vermögensschadens, bezogen auf den Zeitpunkt der Darlehensauskehrung, wobei dieser Schaden in aller Regel der Höhe nach konkret zu beziffern ist und sich aus der Differenz zwischen der ausgekehrten Darlehenssumme und dem – nach bilanzrechtlichen Maßstäben zu bewertenden – tatsächlichen Wert des Rückzahlungsanspruches des Darlehensgebers zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also zum Zeitpunkt der Darlehensauszahlung, bestimmt. Dabei ist davon auszugehen, dass die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruches des Darlehensgebers durch die Bonität des Schuldners, gegebenenfalls aber auch durch die Güte einer eventuellen Sicherheit bestimmt ist.

4. Ist der Darlehensnehmer von vornherein zahlungsunwillig oder zahlungsunfähig, ist der Wert des mit Abschluss des Darlehensvertrages entstandenen Rückzahlungsanspruches des Darlehensgebers mit Null zu bewerten, ein Schaden also in Höhe des versprochenen und ausgezahlten Darlehens entstanden. Besteht dagegen auch nur die Bereitschaft zu teilweiser Tilgung des Darlehensanspruches, kann nicht von einer völligen Wertlosigkeit des Rückzahlungsanspruches ausgegangen werden (vgl. BGH, NStZ 2010, 329, 330).

5. Stellt ein Täter eine unechte Urkunde her und macht sich damit wegen Urkundenfälschung strafbar, kommt eine strafbare Teilnahme des Fälschers an dem von einem anderen vorgenommenen Gebrauchmachen derselben Urkunde nicht in Betracht; insoweit liegt eine deliktische Einheit vor, in der die Beihilfehandlung aufgeht.

706. BGH 4 StR 67/12 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Magdeburg)

Gewerbsmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (erforderliche Feststellungen; Bewertungseinheit); Strafzumessung (Wirkstoffgehalt).

§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG; § 46 StGB

Die Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG, die sich auch auf die Erzielung bloßer Nebeneinnahmen beziehen kann, bedarf dann einer eingehenden Begründung, wenn in Anbetracht der Abgabemengen und der Tatfrequenz nur von einem geringen Gewinn auszugehen ist. Die die Annahme von Gewerbsmäßigkeit rechtfertigende Nachhaltigkeit der Absicht, sich eine dauerhafte Einnahmequelle von einigem Gewicht zu verschaffen, ist dagegen bei einer Vielzahl von Taten in enger zeitlicher Abfolge ausreichend belegt.

679. BGH 2 StR 54/12 – Beschluss vom 15. Mai 2012 (LG Marburg)

Strafzumessung bei der Jugendstrafe (Heranwachsende; formelhafte Erwähnung des Erziehungsgedankens); Tenorierung bei Qualifikationen.

§ 105 JGG; § 17 JGG; § 46 StGB; § 250 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

1. Die Höhe der Jugendstrafe bemisst sich, auch wenn sie wegen der Schwere der Schuld verhängt wird, gemäß § 18 Abs. 2 JGG vorrangig nach erzieherischen Gesichtspunkten. Die Urteilsgründe müssen deshalb erkennen lassen, dass dem Erziehungsgedanken die ihm zukommende Beachtung geschenkt und bei Bemessung der Jugendstrafe das Gewicht des Tatunrechts gegen die Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Heranwachsenden abgewogen worden ist

2. Dem ist allein durch formelhafte Ausführungen am Ende der Strafzumessungserwägungen nicht genügt.

682. BGH 2 ARs 65/12 (2 AR 35/12) – Beschluss vom 27. März 2012 (AG Wuppertal; AG Halle)

Bestimmung der Zuständigkeit durch das gemeinsame obere Gericht (vorrangige Zuständigkeit des Jugendrichters im gerichtlichen Bußgeldverfahren).

§ 46 Abs. 1 OWiG; § 14 StPO; 42 Abs. 1 Nr. 1 JGG

Der Jugendrichter, dem die familiengerichtlichen Erziehungsaufgaben für die Jugendliche obliegen, hat im gerichtlichen Bußgeldverfahren Vorrang vor dem allgemeinen Gerichtsstand.

Aufsätze und Anmerkungen

Gunter Widmaier

28.9.1938 – 11.9.2012

Es sei Gottes Grimm, lässt uns Luther im 90. Psalm lesen, „dass wir so plötzlich dahin müssen“. Dieser Grimm offenbart sich stets zur Unzeit.

Noch im August teilten Gunter Widmaier und sein junger Partner Ali B. Norouzi den Freunden ihrer Sozietät mit, man habe sich entschieden, den Standort der Kanzlei nach Berlin zu verlegen. Kurze Zeit zuvor hatte Widmaier sich an die Ko-Autoren des von ihm herausgegebenen Münchener Anwaltshandbuchs Strafverteidigung gewandt und differenzierte Vorschläge zu der von ihm für das kommende Jahr geplanten Neuauflage gemacht. In diesem September sollte er den Vorsitz in der strafrechtlichen Abteilung des 69. Deutschen Juristentages, welche sich dem Thema „Strafrecht und Straftaten im Internet“

widmet, führen. Lebensfluten und Tatensturm waren für Gunter Widmaier keine Frage des Alters.

Nie zuvor hat ein Anwalt die höchstrichterliche Rechtsprechung seiner Zeit in einem solchen Maße beeinflusst, ja regelrecht geprägt, wie es Gunter Widmaier vergönnt war. Seit Mitte der siebziger Jahre erreichten den Bundesgerichtshof seine Revisionen. Die Schriftsätze trugen immer eine Unterschrift, die keinen Buchstaben im Namen des Verfassers verschluckte und fast wie ein Emblem wirkte. Die Begründungen waren fokussiert und widmeten sich stets nur wenigen Beanstandungen, manchmal sogar nur einer einzigen Rüge. Hierzu gehörte Mut und Urteilskraft. Widmaier hatte beides. Mit klarem Blick sezierte er die Urteilsgründe und das sie umgeben-

de Verfahrensgeschehen. Es galt, den archimedischen Punkt zu finden, an welchem er den Hebel ansetzen konnte, um das angegriffene Urteil aus den Angeln zu ziehen.

Beispielhaft hierfür steht der Fall, welcher der Entscheidung des 5. Strafsenats in BGHSt 42, 15 zugrunde lag. Die rechtliche Fragestellung knüpfte an die ebenfalls von Widmaier erstrittene Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats in BGHSt 38, 372 zur Unverwertbarkeit der Angaben eines Beschuldigten im Falle einer ihm verwehrten Verteidigerkonsultation an. In diesem Falle aus dem Hamburger Kiezmilieu hatte der nur Italienisch sprechende Beschuldigte einen Verteidiger verlangt. Der vernehmende Kriminalbeamte verweigerte ihm dies zwar nicht ausdrücklich, beschränkte sich aber darauf, ihm ein Branchenverzeichnis des Telefonbuchs auszuhändigen. Nachdem die Kontaktaufnahme scheiterte, wurde die Vernehmung fortgesetzt und führt zu selbstbelastenden Angaben, die später dem Urteil zugrunde gelegt wurden. Über den in Hamburg damals schon bestehenden anwaltlichen Notdienst war der Beschuldigte nicht unterrichtet worden.

In der Sache gab der Bundesgerichtshof dem Anliegen Widmaiers und der Verteidiger der beiden Mitangeklagten recht und bejahte ein Verwertungsverbot, ließ das Verwertungsverbot allerdings im Ergebnis dann doch nicht greifen, weil die Instanzverteidiger der Verwertung in der Hauptverhandlung nicht widersprochen hatten.

Widmaiers Revisionsbegründung, die fast zum Erfolg geführt hätte, war in ihrer eingängigen Präsentation ein Kunstwerk, getragen von Logik und einem unerbittlichen Überzeugungswillen: Auf den ersten drei Seiten wird dem verblüfften Leser zunächst Punkt für Punkt dargelegt, weshalb die Verdachtsmomente gegen die (zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten) Angeklagten sich „zu einem geschlossenen Bild zusammenfügen“. Er resümiert die vermeintliche Beweiskraft fast etwas salopp: „Volltreffer‘ müsste man wohl sagen. So liest sich das angefochtene

Urteil.“ Doch schon auf der nächsten Seite erfährt der Leser, dass er im falschen Film war: „Indessen gehen (fast) alle ... Feststellungen auf bloßes und gänzlich ungesichertes Hörensagen zurück“, was er dann kurz erläutert, um die Einleitung seiner insgesamt 64 Seiten umfassenden Revisionsbegründung mit den Spannung versprechenden Sätzen abzuschließen: „Damit erweist sich das angefochtene Urteil gerade an seiner Schlüsselstelle als brüchig und rechtlich nicht haltbar. Insoweit treffen sachlich-rechtliche und verfahrensrechtliche Einwendungen zusammen.“ Auf den weiteren 60 Seiten folgt dann die Ausführung des „quod erat demonstrandum“.

Jeder, der das Glück hatte, mit Gunter Widmaier in dem einen oder anderen Fall gelegentlich zusammenzuarbeiten, weiß von ähnlichen Leistungen Widmaiers zu berichten. Die Güte seiner Argumente stand stets im Gleichklang mit der Macht ihrer Darstellung.

Ein weiteres zeichnete Gunter Widmaier aus: Er hielt nie inne und kämpfte für die Sache seiner Mandanten bis zum Schluss, an dem stets das *eine* oder das *andere* stand: entweder Verheißung eines Neuanfangs oder bitteres Ende. Und seine menschliche Größe zeigte er gerade in der Niederlage. Die Briefe an die Mandanten (sowie an die Instanzverteidiger), in denen er das Geschehene geduldig erläuterte, beschränkten sich nicht auf Trost, sondern waren immer darum bemüht, eine Perspektive zu weisen, die – wenn auch manchmal nur auf lange Sicht – Hoffnung ließ.

Unzählige Entscheidungen in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichtshofs gehen auf Widmaiers Revisionen zurück, ebenso auch zahlreiche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf seine Verfassungsbeschwerde. Der gedankliche Glanz vieler dieser Entscheidungen ist letztlich ein Widerschein der intellektuellen Leuchtkraft ihres Initiators: Gunter Widmaier.

Gerhard Strate,
Hamburg, am 15. September 2012

Ein neuer Vorsatzbegriff?

Besprechung zu BGH, Urteil v. 08. September 2011 (1 StR 38/11) = BGH HRRS 2011 Nr. 1139

Von Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen

I. Die „subjektive Tatseite“: Strafrechtsdogmatische Grundlagen

Die dem geltenden Strafgesetzbuch inhärente Differenzierung innerhalb der subjektiven Tatseite zwischen einem auf die Tatumstände (vgl. § 16 Abs. 1 StGB) sowie einem auf die Unrechtsbewertung (vgl. § 17 StGB) bezogenen Anteil ist nicht willkürlich, sondern hat einen tieferen Grund: Dem Rechtsunterworfenen ist bei Unkenntnis der zum jeweiligen gesetzlichen Tatbestand „gehörenden“ Umstände von vornherein kein Vermeidemotiv für das von ihm geforderte Vermeidverhalten an die Hand gegeben, was generaliter ausschließt, ihn mit dem vorsatzspezifischen Vorwurf einer „bewussten Entscheidung für die mögliche Rechtsgutsverletzung“¹ (notabene: in der jeweils tatbestandlich geschützten Ausprägung) zu konfrontieren, wohingegen ihm die zutreffende Kognition der schadensträchtigen Tatumstände in aller Regel hinreichenden Anlass gibt, sich auf die (Unrechtsbe-)Wertung der Rechtsordnung zu besinnen und diese zu beachten. Da von ihm in letzterem Fall die Aneignung dessen, was der Gesetzgeber vor Tatbegehung explizit für strafbar erklärt hat (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB), schlichtweg erwartet wird, kann ihn erst die „unvermeidbare“ Unkenntnis aus seiner Verantwortung für die rechtsgutsverletzende Tat befreien;² demgegenüber verfehlt der Appell des Strafgesetzgebers im Falle des Tatsachenirrtums sein Ziel nicht aus Gründen des Rechtsungehorsams oder der Rechtsblindheit, was eine strafende Einwirkung auf den Täter gerade nahelegt, sondern aufgrund einer Missdeutung der lebensweltlich-situativen Gegebenheiten. Diese verstandesmäßige Fehl-orientierung kann dem Beschuldigten zwar u.U. den Vorwurf mangelnder Aufmerksamkeit oder Sorgfalt eintragen, nicht aber den eines Kriminellen, der sich die Tat in ihrer Gesamtheit selbst als „sein Werk“ zuschreibt. Mag es dem Tatsachenblinden auch noch so sehr am vermeidemächtigen „guten Willen“ gemangelt haben, so hatte er doch keinen „bösen Entschluss“, mit dem er die

Rechtsordnung bewusst negiert.³ Die schuld begründende Aneignung der Unrechtsbewertung folgt nach geltendem Recht daher dem „Verantwortungsprinzip“, d.h. schon das Vorhandensein der *Einsichtsfähigkeit* belastet den Täter, die Aneignung der unrechtsrelevanten Tatsituation folgt hingegen dem „Kenntnisprinzip“.⁴

Diese fundamentale, in der (Straf-)Rechtsgeschichte seit langem tief verankerte⁵ Divergenz zwischen dem Wissen um das rechtlich Gesollte auf der einen sowie um seine tatsächlichen Anwendungsbedingungen auf der anderen Seite⁶ ist mit Blick auf die verbrechenssystematische Lozierung des Unrechtsbewusstseins bekanntermaßen schon immer kontrovers diskutiert worden; diese Auseinandersetzung hatte jedoch bisher allein die Frage zum Gegenstand, ob nicht – dem Schuldprinzip zuwider – „§ 17 StGB Fahrlässigkeit als Vorsatz bestraft“⁷, mithin die Verhängung der (i.d.R.) schwereren Vorsatzstrafe von einer bewussten „Auflehnung gegen die Rechtsordnung“ (im Sinne der „Vorsatztheorie“)⁸ abhängig gemacht werden müsse. Vergleichsweise neu ist hingegen der umgekehrte Gedanke, wonach die Ungleichbehandlung im Verhältnis von Tatsachen- und Rechtsirrtum im Sinne einer übergreifenden Geltung des „Verantwortungsprinzips“ zu beseitigen sei; dass sich der Beschuldigte zwar nicht mit seiner (angeblichen) Rechtsunkenntnis, wohl aber mit seiner tatbezogenen Ignoranz selbst bei gröbster Leichtfertigkeit immer herausreden könne, sei nicht einzusehen. Ganz in diesem Sinne hat *Jakobs* einen „dolus malus“ in neuem Gewande skizziert:⁹ Man dürfe

³ Siehe *Klein*, Archiv des Criminalrechts, Bd. I, 1796, S. 61.

⁴ So die Gegensatzbildung von *Welzel* (Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 162) in Bezug auf den Streit zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie; hierzu kritisch *Jakobs*, in: *Schreiber-FS* 2003, S. 949 ff.

⁵ Dazu *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht (1983), S. 65 ff., 80 ff.

⁶ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III (1840), S. 327.

⁷ *T. Walter*, Der Kern des Strafrechts (2006), S. 410.

⁸ Klassisch: *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II/2, 2. Aufl. (1916), §§ 125 ff.; zuletzt *Fakhouri Gómez GA* 2010, 270 ff.; *Koriath Jura* 1996, 124 ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. (2004), § 7 Rn 61 ff.; siehe auch die Grundsatzkritik von *Naucke*, in: *Roxin-FS* 2001, S. 503 ff.

⁹ Zum Folgenden *Jakobs*, in: *Schreiber-FS* 2003, S. 949 ff., insbes. 956 f.; ders., in: *Rudolphi-FS* 2004, S. 107 ff.

¹ *Hassemer*, in: *Armin Kaufmann-GS* 1989, S. 289, 295.

² Zum Streit über die dabei zugrunde gelegten Anforderungen – parallel zur „Tatfahrlässigkeit“ oder strenger? – siehe im Überblick *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2. Aufl. (2011), § 17 Rn 16 ff. (m.w.N.).

„nicht dem Psychologismus Feuerbachs und dem Naturalismus der alten Vorsatztheorie verfallen und den dolus rein aus psychischen Fakten zusammensetzen wollen“; am Anfang stehe vielmehr eine „normative Vorgabe“. Vorsatz im Sinne des „normativen Vorsatzbegriffs“ ist hiernach nichts weiter als ein beim Individuum in Erscheinung tretendes „Indiz“ für das „objektive Defizit“ der „mangelnden Rechtstreue“, was sich selbstredend an den Erwartungen der Rechtsgemeinschaft orientiert. Wer diese Erwartungen nicht erfüllt, ohne dass sich nachweisen lässt, dass er hierzu gänzlich außerstande war, wird wegen vorsätzlicher Tatbegehung verurteilt. Diese „normative Relativierung“ und letztendliche Verflüchtigung des Vorsatzerfordernisses hat zuletzt Gaede (unter der treffenden Überschrift: „Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz?“)¹⁰ eingehend kritisch beleuchtet; das hier besprochene Urteil des 1. Strafsenats verdeutlicht nachdrücklich, wie wenig es sich dabei um ein bloß „akademisches Glasperlenspiel“ handelt.

II. Das Urteil des 1. Strafsenats und seine Folgen

1. Im verfahrensgegenständlichen Fall vertrieb der Angeklagte als Alleingeschäftsführer im Namen mehrerer Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union Pflanzenschutzmittel an deutsche Landwirte. Da er den Transport der Waren durch Beauftragung von Expeditionen selbst organisierte, sah die tatgerichtliche Instanz hierin steuerrechtlich ein sog. „Versandgeschäft“, was gem. § 3c UStG eine Steuerpflichtigkeit in Deutschland zur Folge hat. Während das Tatgericht jedoch für den Zeitraum bis zu einer durch die luxemburgische Steuerbehörde durchgeführten Befragung¹¹ annahm, dass der Angeklagte bis dahin unwiderlegbar von der Steuerfreiheit seiner Geschäfte ausgegangen sein könnte und sich deshalb eine *vorsätzliche* Steuerhinterziehung (§ 370 AO) nicht nachweisen lasse (mit seinem Teilfreispruch allerdings den Leichtfertigkeitstatbestand des § 378 AO übersah), bekundet der 1. Senat per obiter dictum seine Zweifel, ob wirklich ein Tatumsstands-¹² oder nicht vielleicht nur – sofern überhaupt – ein (vermeidbarer) Verbotsirrtum vorgelegen hat.

Der Argumentationsgang, der in diese Richtung weisen soll, besteht aus einem simplen Dreischritt: Erstens müsse ein Vorsatzausschluss nach § 16 Abs. 1 StGB nicht schon deshalb anerkannt werden, weil der Angeklagte sich auf einen Irrtum dieser Art berufe: „Denn es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zugunsten eines Angeklagten Umstände ... zu unterstellen, für deren Vorliegen – außer der bloßen Behauptung des Angeklagten – keine Anhaltspunkte bestehen“. Zweitens lasse das Vorsatzdelikt des § 370 AO mangels abweichender Vorgaben auch eine Tatbegehung im Modus des dolus eventualis genügen, verlange also kein

absichtliches Vorgehen bzw. einen (sonstigen) dolus directus: „Der Hinterziehungsvorsatz setzt deshalb weder dem Grunde noch der Höhe nach eine sichere Kenntnis des Steueranspruchs voraus“. Ein Tatumsstandsirrtum scheidet vielmehr schon dann aus, wenn der Täter „die Existenz eines Steueranspruchs für möglich [hält] und die Finanzbehörden über die Besteuerungsgrundlagen gleichwohl in Unkenntnis [lässt], ... sich also mit der Möglichkeit der Steuerverkürzung abfindet“. Drittens schließlich spreche für die Inkaufnahme einer Steuerverkürzung, wenn der Täter „von der üblichen Geschäftsabwicklung abweichende Vertragskonstruktionen oder Geschäftsabläufe wähl[e]“, ohne sein „laienhaftes Rechtsverständnis“ zuvor durch Einholung eines „zuverlässigen Rechtsrats“ überprüfen zu lassen, denn: „Informiert sich ein Kaufmann über die in seinem Gewerbe bestehenden steuerrechtlichen Pflichten nicht, kann dies auf seine Gleichgültigkeit hinsichtlich der Erfüllung dieser Pflichten hindeuten“.

2. Diese Argumentationsweise ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert: So verschiebt sich schon im Ausgangspunkt die Perspektive, wenn mit derartigem Nachdruck betont wird, dass die bloße Behauptung einer steuerrechtlich relevanten Fehlannahme keine Relevanz habe. Immerhin geht es doch um eine von außen nicht unmittelbar wahrnehmbare „innere Tatsache“ und ist es doch nicht der Angeklagte, der die Unvorsätzlichkeit seines Handelns zu beweisen hat; dass eine dahingehende Behauptung keine (hinreichende) Faktenbasis erkennen lässt, erlaubt noch lange nicht den Schluss auf ihr Gegenteil. Die falsche Dichotomie übersieht daher (absichtsvoll?) die dritte Denkmöglichkeit neben dem eindeutig nachgewiesenen bzw. widerlegten Vorsatz, nämlich jene, in der sich weder das eine noch das andere hinlänglich feststellen lässt; und für diese Konstellation gibt der Zweifelssatz eine klare Entscheidungsregel zugunsten des Angeklagten vor. M.a.W. berührt die Perspektivenverschiebung sehr wohl die Unschuldsumutung; argumentationstheoretisch wird die gezogene Schlussfolgerung de facto „erschlichen“.

Davon abgesehen muss nachgerade aufhorchen lassen, dass der BGH mit seiner dezidierten Zurückweisung des Gedankens, die täterseitige Kenntnis des Steueranspruchs als zwingendes Erfordernis des Hinterziehungsvorsatzes zu betrachten, von seiner früheren Rechtsprechung abweicht. Die Grundsatzentscheidung im „Kakao-butter“-Fall aus dem Jahr 1953 enthielt noch die ganz gegenteilige Aussage, wonach zum Vorsatzinhalt gehöre, „dass der Täter den bestehenden bestimmten (!) Steueranspruch kennt und (!) ihn trotz dieser Kenntnis gegenüber der Steuerbehörde verkürzen will“¹³. Diese Wendung findet sich auch noch in den vom 1. Senat zitierten jüngeren Entscheidungen,¹⁴ ausgenommen freilich das Urteil vom 16. Dezember 2009: Hier begegnet – soweit ersichtlich – jetzt zum ersten Mal der Hinweis, dass der Tatvorsatz eine „sichere Kenntnis“ nicht voraussetze und im jeweiligen Verdachtsfall somit bereits die Feststellung

¹⁰ ZStW 121 (2009), 239 ff.

¹¹ In welcher diese erhebliche Bedenken hinsichtlich der steuerrechtlichen Behandlung der Lieferungen nach Deutschland formulierte.

¹² Zur Vorzugswürdigkeit dieser terminologischen Kennzeichnung gegenüber der etablierten Sprechweise („Tatumsstandsirrtum“) siehe HK-GS/Duttge (o. Fn 2), § 16 Rn 1.

¹³ BGHSt 5, 90, 92 unter Verweis auf *Welzel* NJW 1953, 486.

¹⁴ Bspw. BGHR AO § 370 Vorsatz 5: „Für die Annahme des Vorsatzes, Steuern zu hinterziehen, genügt es, dass der Täter die tatsächliche, von ihm bewirkte Steuerverkürzung als solche erkennt und dass er sie will.“

genüge, dass der Angeklagte die steuerrechtlich erhebliche Tatsache „für möglich hielt und (!) dies auch billigte“¹⁵. Gemessen an den allgemeinen Grundsätzen zum Vorsatzbegriff ist damit eigentlich gar nichts Neues gesagt, obgleich § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ausdrücklich vom „Kennen“ spricht und auch § 22 StGB für den versuchsbegründenden Tatentschluss das Vorhandensein einer bestimmten (tatbestandsäquivalenten) „Vorstellung von der Tat“ verlangt. Noch nicht entschieden ist damit zwar, wie „perfekt“ diese Vorstellung zu sein hat; dass es aber – nachweislich – ein psychisches Substrat überhaupt geben muss, lässt sich jedenfalls auf der Basis des geltenden Strafgesetzbuchs nicht bestreiten, und wenn man wegen der beim Eventualvorsatz reduzierten Anforderungen an das kognitive Element gleichsam als Kompensation ergänzend auch noch eine Manifestation des „Willens“ verlangt (ganz gleich, ob dies durch ein „billigendes Inkaufnehmen“, eine „Ernstnahme“ o.ä. zum Ausdruck kommen soll)¹⁶, dann muss sich der Tatnachweis auch hierauf erstrecken.

Diese geradezu trivialen Vorgegebenheiten verfehlt die Argumentation des 1. Strafsenats jedoch in beiderlei Hinsicht: Das voluntative Element findet sich im Begründungsgang geradezu „eleminiert“, indem es kurzerhand auf die – zwar hinreichende, aber nicht notwendige – „Absicht“ verkürzt¹⁷ und im Übrigen unvermittelt aus der – behaupteten – Möglichkeitsvorstellung des Täters („also“) geschlossen wird.¹⁸ Dass dies mit der höchst-richterlichen Rechtsprechung in anderen Deliktsbereichen und insbesondere mit jener zu den Kapitaldelikten unvereinbar ist (wonach selbst eine lebensgefährliche Begehungsweise für sich noch nicht auf die „billigende Hinnahme“ des Taterfolges zu schließen erlaube)¹⁹, drängt sich geradezu auf. Und in Bezug auf das kognitive Element beschränkt sich der Senat augenfällig auf spekulative Zuschreibungen, indem die – äußerlich allein festgestellten – „abweichenden Vertragskonstruktionen bzw. Geschäftsabläufe“ zum Beleg nicht etwa für ein Streben nach legaler Steuerersparnis (infolge „laienhaften Rechtsverständnisses“), sondern für eine tatbestandsmäßige Steuerverkürzung genommen werden; dies soll dann um so mehr gelten, wenn kein „zuverlässiger Rechtsrat“ eingeholt wurde (was vorliegend aber gar nicht erwiesen war).²⁰ Letzteres mag bei einem Gewerbetreibenden auf

eine besondere Gleichgültigkeit „hindeuten“ oder auch nicht; das „Gedeutete“ ist aber noch lange nicht gegeben, und das Kriterium der „Gleichgültigkeit“ bedürfte, sofern man es – entgegen der h.M. – überhaupt als vorsatzrelevantes Kriterium akzeptieren will,²¹ nicht minder einer empirischen (täterindividuellen) Grundlage, soll es nicht rein normativierend den Vorsatz bloß fingieren.²² Im Übrigen bildet die Vernachlässigung von Erkundigungsobliegenheiten mitnichten ein – noch dazu hinreichendes – Begründungselement des Tatvorsatzes, sondern vielmehr der (Rechts-)Fahrlässigkeit.²³ Eben darin liegt die Essenz dessen, was das OLG München zum Hinterziehungsvorsatz schlagend festgehalten hat: Er ist keineswegs schon erwiesen, „wenn der Täter die Höhe eines Anspruchs [bzw. den Steueranspruch als solchen] lediglich erkennen konnte, aber nicht erkannt hat“²⁴. Wenn der 1. Senat hierin jetzt aber „zu strenge Anforderungen“ an den Tatvorsatz zu erkennen glaubt,²⁵ so spricht dies für sich!

3. Es passt gut in dieses Bild, dass der 1. Senat in einem „obiter dictum innerhalb des obiter dictums“ die Frage aufwirft (und auf beredete Weise unbeantwortet lässt), ob selbst bei fehlender Möglichkeitskenntnis hinsichtlich der konkret in Rede stehenden Steuerpflicht nicht vielleicht nur ein Verbotsirrtum vorliegen könnte, „wenn der Irrtum über das Bestehen eines Steueranspruchs allein auf einer Fehlvorstellung über die Reichweite steuerlicher Normen – hier etwa des § 3c UStG über den Ort der Lieferung in besonderen Fällen – beruht“²⁶. Gewiss muss der Normadressat nicht die konkreten Rechtsregeln kennen und schon gar die strafrechtliche Relevanz seines Verhaltens (da § 17 StGB lediglich auf die Unkenntnis der Trennlinie zwischen „erlaubt“ und „verboten“ und nicht auf die spezifischen Folgen eines Rechtsverstoßes abhebt)²⁷; doch wenn die Frage, ob überhaupt eine Steuerpflicht besteht, von der Anwendbarkeit einer Spezialvorschrift abhängt, dann muss der Täter diese Rechtslage wenigstens ihrer sozialrelevanten Essenz nach und damit die rechtsgutsrelevante Verletzungsbedeutung des Geschehens tatsächlich („laienhaft“) nachvollzogen haben (und nicht nur nachvollziehen können), um von einer vorsätzlichen Tatbegehung ausgehen zu dürfen. Denn ohne Vorstellung vom (möglichen) Bestehen einer Steuerpflicht ist, wie Roxin treffend formuliert hat, „ein Verständnis der sozialen Bedeutung des eigenen Verhal-

¹⁵ BGH HRRS 2010, Nr. 137 (Rz. 41).

¹⁶ Zum Streitstand statt vieler etwa MK/Joeks, 2. Aufl. (2011), § 16 Rn 42 ff. (m.w.N.).

¹⁷ Siehe die – ohnehin sachgedanklich merkwürdige – Passage in Rz. 26: „Ob der Täter will, dass ein Steueranspruch besteht (?), ist für den Hinterziehungsvorsatz bedeutungslos“.

¹⁸ Dass sich im Übrigen aus der voluntativen Seite keine „weitergehenden Einschränkungen“ im Hinblick auf die kognitiven Anforderungen des Vorsatzbegriffs ergeben (so Rz. 26), versteht sich von selbst. Schließlich handelt es sich ja auch – so die h.L. und bisherige st. Rspr. des BGH – um ein eigenständiges, zweites Element des Tatvorsatzes!

¹⁹ Siehe statt vieler nur BGH StV 1988, 328; NStZ 2008, 451 = HRRS 2008 Nr. 475: „Mit dem Wissen oder Wissenmüssen von der generellen Gefährlichkeit seines Verhaltens ist noch nicht gesagt, dass der Täter den konkreten Erfolgseintritt auch akzeptiert, dass er sich innerlich mit ihm abgefunden hat“.

²⁰ Siehe Rz. 10: „Ob er hierbei Rechtsrat eingeholt hatte, hat das Landgericht nicht festgestellt“. – Eigentümlich hiermit

kontrastierend aber Rz. 27: „Auch in Fällen, in denen ein nicht steuerlich sachkundiger Steuerpflichtiger eine von ihm für möglich gehaltene Steuerpflicht ... [dieser Aspekt soll doch gerade erst erwiesen werden!] vermeiden will, ... kann es für die Inkaufnahme einer Steuerverkürzung sprechen, wenn er keinen zuverlässigen Rechtsrat einholt...“.

²¹ Abl. Puppe ZStW 103 (1991), 1, 5; SK/Rudolphi/Stein, 125. Lfg. 2010, § 16 Rn 27; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn 40.

²² Treffend Kindhäuser, in: Eser-FS 2005, S. 345, 357: „Fiktion zu Lasten des Täters“.

²³ Siehe MK/Duttge (Fn. 16), § 15 Rn 131 ff. („Übernahmefahrlässigkeit“); HK-GS/Duttge (Fn. 2), § 17 Rn 16 ff.

²⁴ OLG München NStZ-RR 2011, 247, 248.

²⁵ Rz. 21.

²⁶ Rz. 23, unter Verweis auf Allgayer, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), § 369 AO Rn 28.

²⁷ Dazu statt vieler nur HK-GS/Duttge (Fn. 2), § 17 Rn 5 m.w.N.

tens schlechterdings nicht zu erlangen²⁸. Und *Puppe* formuliert, mit Blick auf die umgekehrte Konstellation des untauglichen Versuches: „Hält der Täter irrtümlich eine Tatsache für erheblich zur Begründung eines bestimmten von ihm angenommenen Steueranspruchs, so hat er den Vorsatz, Steuern zu verkürzen, wenn er zu diesem Zweck über diese Tatsachen täuscht, auch wenn der Steueranspruch nicht besteht oder die Tatsache für ihn nicht erheblich ist“²⁹. Für die hier erörterte Fragestellung folgt daraus, dass der Vorsatz denkbare entfällt, sofern der Beschuldigte einem für die Besteuerung erheblichen Umstand (hier: Versandgeschäft i.S.d. § 3c UStG) irrtümlich keine sozialschädliche Relevanz zugemessen und infolgedessen das Bestehen einer Steuerpflicht nicht erfasst hat.

Es liegt auf der Hand, dass dahingehendes Vorbringen im Prozess nicht immer als Schutzbehauptung entlarvt werden kann. Das gilt um so mehr, wenn Bezugsgegenstand des behaupteten Irrtums nicht leicht erfassbare Tatsituationen, sondern komplexe Sachverhalte mit dominanter rechtlicher Prägung sind. Gerade hier aber dem Beschuldigten die Exkulpationsmöglichkeit generaliter abzuschneiden, obgleich die sozialschädliche Relevanz sich erst aus der – für Laien u.U. nur schwer nachvollziehbaren – (vorstrafrechtlichen) Rechtslage ergibt, ist nicht nur unfair, sondern mit dem Grundgedanken einer auch „subjektiven Zurechnung“³⁰ des (erst hierdurch „personalisierten“³¹) strafatbestandlichen Unrechts unvereinbar. Dementsprechend sind auch die dazu verwendeten Methoden inakzeptabel, von denen das hier besprochene Urteil gleich zwei aufzeigt: Die eine – indirekte – knüpft gleichsam an die gesteigerte rechtliche Imprägnierung der sog. „normativen Tatbestandsmerkmale“³² an, um vor dem Hintergrund der bekannten Abgrenzungsprobleme die Nähe zum (bloßen) Verbotsirrtum zu suchen; die andere – direkte – „normativiert“ unmittelbar den Vorsatzbegriff, der in seinem voluntativen Element – siehe nur die berühmte Formel vom „Billigen im Rechtssinne“³³ – ohnehin unvermeidlich das Ergebnis einer bewertenden Zuschreibung ist. Dass jetzt aber auch die täterindividuelle Kognition nur noch Resultat von „Deutungen“ sein soll und nicht mehr Gegenstand strafgerichtlicher Tatsachenfeststellung, dass nicht mehr die aktuelle, sondern nur noch die potentielle Kenntnis interessieren soll, ist – vergleichsweise³⁴ – neu. Die Gefahren liegen

auf der Hand: Wegen der hochgradigen Deutungsoffenheit solcher „Normativierung“³⁵ fällt die Zuschreibung des Tatvorsatzes weitreichend in das Belieben des Zuschreibenden, der sein (Vor-)Urteil über das vom Beschuldigten mutmaßlich Gewusste nicht mehr länger wegen des (zu) „milden“ Kenntnisprinzips zurückhalten muss. Auf diese Weise wird die fundamental bedeutsame Abstufung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nivelliert³⁶ und verschwindet am Ende im kriminalpolitisch motivierten, funktionalistisch-instrumentellen Zugriff die empirische Gestalt der real handelnden Täterperson. Bestraft wird nicht mehr wegen der konkreten Tat eines individuellen Täters, sondern weil dieser die Erwartungen der Rechtsgemeinschaft enttäuscht hat. Diese „Umwertung“ widerspricht nicht nur den zentralen Wertentscheidungen des geltenden Strafgesetzbuchs, sondern dürfte sich im Lichte des grundgesetzlichen „Menschenbildes“ auch de lege ferenda als illegitim erweisen.³⁷

III. „Nur Steuerstrafrecht“?

Schon in anderem rechtsnormativen Zusammenhang ist dem 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs aufgrund mehrerer, dezidiert punitiver Judikate – in kritischer Absicht – der Titel einer „Speerspitze im Kampf gegen Steuersünder“³⁸ zuerkannt worden. Das hier besprochene Urteil verstärkt diesen Eindruck. Die Rolle der Judikative im gewaltenteiligen Staat richtig verstanden ist dies jedoch kein Ehrentitel, denn die Kriminalpolitik ist dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber anvertraut. Mancher wird hiergegen einwenden, dass es doch „nur“ um einen Aspekt des Wirtschaftsstrafrechts gehe und hier eben aus Gründen der praktischen Relevanz die Wirksamkeit des Strafrechts in besonderem Maße Bedeutung erlangen müsse. Von der prinzipiellen Fragwürdigkeit einer solchen Betrachtungsweise einmal abgesehen³⁹ darf jedenfalls nicht übersehen werden, dass § 369 Abs. 2 AO das Steuerstrafrecht mit den allgemeinen Grundregeln verknüpft. Ebenso wie diese aber auf Steuerdelikte Anwendung finden, hat die richterrechtliche Interpretation hierzu notwendig Rückwirkungen auf das Strafrechtsverständnis im Ganzen. Das bei oberflächlicher Lektüre so wenig spektakulär erscheinende Urteil des 1. Senats vom 08. September 2011 ist somit alles andere als harmlos!

dere auf das Urteil des 1. Senats v. 7.12.1999 – 1 StR 538/99 (ZStW 121 [2009], 239, 253 ff.

²⁸ Roxin, in: Tiedemann-FS 2008, S. 375, 378.

²⁹ *Puppe*, in: Herzberg-FS 2008, S. 275, 294; ebenso *Weidemann*, Herzberg-FS 2008, S. 299, 306 f.

³⁰ Zum Begriff eingehend *Feiler*, Subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht (2011), S. 53 ff.

³¹ Zum „personalen Unrecht“ zuletzt *Duttge*, in: Benakis-FS 2008, S. 155 ff. m.w.N.

³² Bekanntlich ist umstritten, ob und vor allem wie sich diese Kategorie von den sog. deskriptiven bzw. deskriptiv-normativen Tatbestandsmerkmalen abgrenzen lässt, dazu im Überblick *Roxin* (o. Fn 21), § 10 Rn 57 ff.; zuletzt abl. *B. Heinrich*, in: Roxin-FS 2011, S. 449, 456 ff.

³³ BGHSt 7, 363, 369.

³⁴ *Gaede* benennt jedoch „Anschlusspotential“ in der bereits ergangenen Rechtsprechung und verweist dabei insbeson-

³⁵ Instruktive Analyse der „Modevokabel normativ“ bei *Hilgendorf*, in: Rottleuthner-FS 2011, S. 45 ff., 60 f.: „Mit ihrer Hilfe kann man sich unbequemer Rationalitäts- und insbesondere Begründungsanforderungen entledigen, ohne unseriös zu wirken“!

³⁶ So im Ergebnis auch *Gaede*, ZStW 121 (2009), 239, 265 ff., 276, 279 f.

³⁷ Zur „Kritik des funktionalen Strafrechts“ siehe zuletzt eingehend *Murmann*, in: Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung (Festgabe zu Ehren von Prof. Dr. Fritz Loos), 2010, S. 189 ff.

³⁸ *J. Jahn*, GWR 2011, 327 ff.

³⁹ Auch dazu statt vieler nur *Murmann* (Fn. 37).

Juristischer und wirtschaftlicher Schaden

Von Prof. Dr. Frank Saliger, Bucerius Law School, Hamburg

I. Bedeutung und Aktualität des Themas

Das Thema „Juristischer und wirtschaftlicher Schaden“ versteht sich in der gegenwärtigen Debatte um Vermögens- und Schadensbegriffe in der Strafrechtswissenschaft nicht von selbst. Denn zum einen ist die Feststellung verbreitet, dass die juristische Vermögens- und Schadenstheorie heute nicht mehr vertreten wird.¹ Zum anderen findet sich ebenso häufig die Feststellung, dass der ursprünglich von der Rechtsprechung vertretene rein wirtschaftliche Vermögens- und Schadensbegriff zunehmend eingeschränkt worden ist.² Beide Feststellungen werden zu der Beobachtung zusammengefasst, dass die Entwicklung des Vermögens- und Schadensbegriffs in Rechtsprechung und Wissenschaft geprägt sei „durch eine Abkehr von extremen Auffassungen und einer Hinwendung zu vermittelnden Lehrmeinungen“.³ Welchen Sinn kann also eine Gegenüberstellung von juristischer und wirtschaftlicher Schadenslehre jenseits historischer Interessen heute noch haben?

Eine Antwort darauf lautet, dass die Gegenüberstellung einen didaktischen Nutzen hat. Denn die juristische und die wirtschaftliche Schadenslehre bezeichnen die möglichen Extrempositionen auf einer Skala von denkbaren Schadenslehren, so dass sie von „erheblichem systematischen“ Interesse sind.⁴ Das erklärt, warum sowohl die rein juristische als auch die rein wirtschaftliche Vermögens- und Schadenslehre bei der Darstellung der verschiedenen Vermögenslehren regelmäßig nicht fehlen.

Zwei weitere Antworten erscheinen interessanter. So ist einerseits wissenschaftlich bemerkenswert, dass in jüngerer Zeit einzelne Strafrechtler wieder an den juristischen Vermögens- und Schadensbegriff anknüpfen.⁵

¹ Z.B. bei Fischer StGB, 59. Auflage (2012), § 263 Rn. 89; Wessels/Hillenkamp BT/2, 34. Aufl. (2011), Rn. 531.

² So etwa bei Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 89; SSW/Satzger StGB (2009), § 263 Rn. 93 f.

³ Wessels/Hillenkamp BT/2 (Fn. 1), Rn. 530; vgl. auch Maurach/Schroeder/Maiwald BT Tb. 1, 10. Aufl. (2009), § 41 Rn. 97: Gegensatz „teilweise verwischt“.

⁴ So Samson JA 1978, 568.

⁵ Vgl. Pawlik Das unerlaubte Verhalten beim Betrug (1999), S. 259 ff., der den juristischen Vermögensbegriff neu dahin formuliert, dass zum Vermögen alle einer Person rechtlich zugeordneten, ihr Selbstdarstellungsrecht unmittelbar ausprägenden Vermögensgegenstände gehören, sofern deren Weggabe nicht den Verzicht auf ein konstitutives Merkmal von Personalität bedeuten würde. Der juristischen Vermö-

genslehre nahe steht der (weitere) funktionale Vermögensbegriff von NK/Kindhäuser StGB, 3. Aufl. (2010), § 263 Rn. 35 ff.: Vermögen ist die Verfügungsmacht einer Person über die Gesamtheit der ihr rechtlich zugeordneten übertragbaren (abstrakt geldwerten) Güter.

Anlass für den nachfolgenden Beitrag ist jedoch eine andere Beobachtung: Strafsenate des BGH haben in neuerer Zeit im Zuge einer Normativierung des Schadensbegriffs der Sache nach wiederholt eine juristische Schadenslehre angewandt.⁶ Dieser Befund ist erstaunlich, wenn man bedenkt, dass das BVerfG in seinem Untreue-Beschluss vom Juni 2010 mit Wirkung für das gesamte Vermögensstrafrecht eine dezidiert wirtschaftliche Bestimmung des Vermögens- und Schadensbegriffs ange-mahnt hat: „Normative Gesichtspunkte können bei der Feststellung eines Nachteils durchaus eine Rolle spielen. Sie dürfen aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen.“⁷

Im Folgenden soll der Nachweis geführt werden, dass der BGH in letzter Zeit mehrfach der Sache nach eine juristische Schadenslehre angewandt hat, obwohl diese den Worten nach doch überwunden ist, und dass diese Rechtsprechung wegen Verstoßes gegen die Grundsätze des BVerfG aus dem Untreue-Beschluss verfassungswidrig ist. Zu diesem Zweck skizziere ich zunächst die Kennzeichen einer rein juristischen und einer rein wirtschaftlichen Schadenslehre (unten II.). Anschließend erfolgt eine Problematisierung der rein juristischen Schadenslehre in verfassungsrechtlicher Hinsicht (unten III.). Schließlich zeige ich anhand von vier Entscheidungen des BGH aus den letzten Jahren das Fortleben einer juristischen Schadenslehre der Sache nach auf und erweise ihre Unhaltbarkeit (unten IV.). Der Beitrag ergänzt damit die strafrechtsdogmatische und rechtstheoretische Kritik, die der Verfasser bereits an anderer Stelle unter dem Leitmotiv der Fiktionalisierung an der Normativierung des Schadensbegriffs formuliert hat.⁸

⁶ Das ist auch im Schrifttum bereits vereinzelt bemerkt worden, vgl. etwa Schünemann StraFo 2010, 1 ff. (9) für die Rechtsprechung zu „schwarzen“ Kassen; Saliger FS Samson, 2010, 464, 468, 481 und ders. ZIS 2011, 59 ff. (70 f., 72, 75).

⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 115) = HRRS 2010 Nr. 656 m.Anm. bzw. Bspr. u.a. von Becker HRRS 2010, 383; Saliger NJW 2010, 3195; Böse Jura 2011, 617 und Kuhlen JR 2011, 246.

⁸ Saliger (Fn. 6), 455 ff. (481 f.); ders., ZIS 2011, 69 ff.; ders., JZ 2012, 723 ff.

II. Kennzeichen einer rein juristischen und einer rein wirtschaftlichen Schadenslehre

Da Vermögens- und Schadensbegriff in einer engen Verbindung zueinander stehen, müssen bei der Analyse der Kennzeichen einer rein juristischen und einer rein wirtschaftlichen Schadenslehre die dazugehörigen Vermögensbegriffe mitbehandelt werden.

Den juristischen Vermögens- und Schadensbegriff hat *Binding* wie kein anderer in Reinform vertreten.⁹ Nach *Binding* ist Vermögen die Summe aller Vermögensrechte und -pflichten eines Rechtssubjekts.¹⁰ Der Betrug ist insoweit ein Rechtsraub – oder wie *Binding* formuliert: „Wo kein Recht, da kein Betrug“.¹¹ Aus dieser Vermögenstheorie folgen für den strafrechtlichen Vermögensbegriff die bekannten Konsequenzen, dass nämlich alle jene wirtschaftlich wertvollen Positionen aus dem geschützten Vermögen herausfallen, die kein subjektives Recht vermitteln wie z.B. Exspektanzen¹², und dass umgekehrt auch wertlose Forderungen (etwa mangels Durchsetzbarkeit) geschützt werden.¹³

Weniger bekannt sind die Konsequenzen der juristischen Vermögenstheorie für die Schadenslehre.¹⁴ Der juristische Vermögensbegriff *Bindings* bezieht sich als Summe von Vermögensrechten nicht auf das Vermögen als Ganzes, sondern auf seine einzelnen Bestandteile. Deshalb begründet bereits jede absprachewidrige Verletzung eines Vermögensrechts einen Vermögensschaden, ohne dass es notwendig auf eine wirtschaftliche Schädigung mit Gesamtsaldierung ankommt.¹⁵ Insoweit stellt schon jeder täuschungsbedingte Verlust eines Vermögensrechts und jede täuschungsbedingte Belastung des Vermögens mit einer Verbindlichkeit einen Schaden dar, nicht aber die Vermögensgefahr.¹⁶ Der Schaden ist nach der Konzeption *Bindings* ein juristischer als Minus im Rechtssinne. Er tritt stets ein, wenn jemand eine Vermögensposition hergibt, ohne das vereinbarte Äquivalent zu erhalten.¹⁷ Es genügt die Frustration des juristischen Anspruchs und damit die Verletzung der Vermögensintegrität. Eine Schadenskompensation durch Vermögensvorteile ist unerheblich.¹⁸

Das systematische Gegenkonzept zur juristischen Vermögenslehre bezeichnet der wirtschaftliche Vermögensbegriff. Er bestimmt das strafrechtlich geschützte Vermögen grundsätzlich rein wirtschaftlich-faktisch und bezieht es auf alles, was in Geldwert messbar ist. Vermögen ist danach die Summe aller geldwerten Güter einer Person nach Abzug der Verbindlichkeiten.¹⁹ Die Unterschiede zum juristischen Vermögensbegriff liegen auf der Hand. Der Bereich des strafrechtlich geschützten Vermögens ist insofern weiter, als grundsätzlich alle in Geldwert messbaren Vermögenswerte²⁰, seien dies subjektive Rechte oder andere faktische Positionen wie Exspektanzen, umfasst sind. Andererseits erfasst der wirtschaftliche Vermögensbegriff anders als der juristische nur wirtschaftlich wertvolle Positionen, so dass Forderungen nicht geschützt sind, wenn sie aufgrund ihrer gänzlichen Uneinbringlichkeit wertlos sind.²¹

Noch deutlicher sind die Unterschiede bei der Schadenslehre. Eine wirtschaftliche Bestimmung des Schadensbegriffs verlangt eine Orientierung nicht an den einzelnen Vermögensrechten des Betroffenen, sondern eine Ausrichtung an seinem geldwertmäßigen Gesamtvermögen. Ein wirtschaftlicher Schaden setzt daher eine Saldierung des Gesamtvermögens vor und nach der Verfügung unter Einschluss des aus ihr gleichzeitig resultierenden Vermögenszuwachses voraus (Kompensation).²² Saldierung des Gesamtvermögens und Berücksichtigung von werthaltigen Kompensationen sind daher die Essentialia einer wirtschaftlichen Schadensbestimmung im Strafrecht. Geschädigt ist nur, wer im Ergebnis tatsächlich ärmer wird.

III. Verfassungswidrigkeit einer rein juristischen Schadenslehre

Bereits aus der Gegenüberstellung von juristischer und wirtschaftlicher Schadenslehre erhellt, dass eine rein juristische Schadenslehre nicht verfassungsgemäß sein kann.

Dazu muss man sehen, dass die juristische Schadenslehre in der konsequenten Gestalt *Bindings* streng genommen den Vermögensschaden als selbständiges Tatbestandsmerkmal des Betruges gar nicht begründen kann und insoweit mit Verfassungsrelevanz zu kontraintuitiven Ergebnissen führt.²³ Um ein Beispiel von *Binding*

⁹ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich daher ausschließlich auf seine Lehre.

¹⁰ *Binding* BT/1 2. Aufl. (1902), § 63 S. 237 ff. (238). Dazu auch *Cramer*, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht (1968), S. 39.

¹¹ *Binding* (Fn. 10), § 85 S. 341.

¹² *Binding* (Fn. 10), § 63 S. 240, § 85 S. 343 f.; vgl. auch *Pawlik* (Fn. 5), S. 260.

¹³ *Binding* (Fn. 10), § 85 S. 239 und 344.

¹⁴ Eine insoweit vollständige Darstellung findet sich aber bei *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 3), § 41 Rn. 88 f.

¹⁵ *Binding* (Fn. 10), § 63 S. 238, § 85 S. 356.

¹⁶ *Binding* (Fn. 10), § 85 S. 360 f.

¹⁷ *Binding* (Fn. 10), § 63 S. 238 ff. (240), § 85 S. 355 ff. (356, 357 m.Fn.1); vgl. auch *NK/Kindhäuser* § 263 Rn. 39.

¹⁸ Vgl. *Binding* (Fn. 10), § 63 S. 238, § 85 S. 356.

¹⁹ BVerfG NJW 2009, 2370 (2371) = HRRS 2009 Nr. 558 zu §§ 266 und 263; BVerfG NJW 2010, 3209 (3212, Rn. 86) = HRRS 2010 Nr. 656 zu § 266; RGSt 44, 230 (233); BGHSt 16, 220 (221); BGH NJW 1975, 1234 (1235) zu § 266; *Krey/Hellmann/Heinrich* BT/2 16. Aufl. (2012), Rn. 607 ff.

²⁰ BGHSt 2, 364 (367).

²¹ BGH NStZ 2007, 95 (96) = HRRS 2006 Nr. 843.

²² BGHSt 50, 10 (15) = HRRS 2005 Nr. 135; 53, 199 (201) = HRRS 2009 Nr. 318; BGH NJW 2011, 2675 Rn. 12 = HRRS 2011 Nr. 917; auch 3, 99 (102); 47, 295 (302) zu § 266; *Fischer* § 263 Rn. 111, 113; *Lackner/Kühl* StGB 27. Aufl. (2011), § 263 Rn. 36; *Sch/Sch/Cramer/Perron* StGB 28. Aufl. (2010), § 263 Rn. 99; *Cramer* (Fn. 10), S. 100 ff. (114).

²³ Vgl. zum Folgenden bereits *MR/Saliger* StGB (2012), § 263 Rn. 187 (im Erscheinen).

selbst zu nehmen: Nach *Binding* ist bereits derjenige geschädigt, der statt des gekauften englischen Messers täuschungsbedingt ein gleich wertvolles Solinger Messer erhält, unabhängig davon, ob er das Solinger Messer auf dem Markt problemlos gegen ein englisches Messer tauschen oder zu gleichem Geldwert und ohne zusätzliche Veräußerungskosten weiterverkaufen kann.²⁴ Soweit *Binding* den Schaden des Messerkäufers allein daraus herleitet, dass dieser eine Vermögensposition (Geld) weggibt, ohne das vereinbarte Äquivalent zu erhalten, ist eine Saldierung des Gesamtvermögens des Messerkäufers, die den Marktwert der erhaltenen Solinger Messer berücksichtigen müsste, für die Schadensbestimmung irrelevant. Damit erschöpft sich im Messer-Fall der juristische Schaden in Täuschung und Vermögensverfügung des Messerkäufers.²⁵ Denn über die täuschungsbedingte Vermögensverfügung hinaus besitzt der juristische Schaden mangels Erforderlichkeit einer Saldierung keinen eigenständigen strafrechtlichen Gehalt. Insoweit kann die juristische Schadenslehre die Notwendigkeit des vom Gesetz vorgesehenen Tatbestandsmerkmals nicht begründen.

Dieses Begründungsdefizit hat Verfassungsrelevanz. Das Tatbestandsmerkmal „Vermögensschaden“ ist für den Betrug – wie der Vermögensnachteil für die Untreue – von zentraler struktureller Bedeutung. So hat das BVerfG unlängst gegen die Gefahr einer verfassungswidrigen Überdehnung des Betrugs erklärt, dass das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens die Betrugsstrafbarkeit begrenzt und § 263 StGB als Vermögens- und Erfolgsdelikt kennzeichnet.²⁶ Die Wahrung dieser Struktur folgt dabei aus dem Bestimmtheitsgrundsatz gemäß Art. 103 II GG. Denn das BVerfG begründet in seinem Untreue-Beschluss vom Juni 2010 u.a. ein Verbot der Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen. Danach dürfen einzelne Tatbestandsmerkmale auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, „dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig von diesen mitverwirklicht werden.“²⁷ Soweit die juristische Schadenslehre die Eigenständigkeit des Vermögensschadens bei Betrug und Untreue nicht begründen kann, verstößt sie gegen dieses verfassungsrechtliche Verbot der Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen.

Die Saldierungslücke der juristischen Schadenslehre *Bindings* führt zu mindestens zwei weiteren misslichen Konsequenzen. Zum einen muss sie ein Minus im Rechtssinne auch für den Fall annehmen, dass das Solinger Messer einen höheren Marktwert als das englische Messer hat, der Getäuschte im Ergebnis also wirtschaftlich reicher wird. *Binding* hat dieses Ergebnis in der Tat begrüßt und als Konsequenz seiner streng zivilrechtsakzessorischen Bestimmung des strafrechtlichen Vermö-

gensschadens gefeiert.²⁸ Indes folgt aus dem Umstand, dass der getäuschte Käufer zivilrechtliche Ansprüche auf Nacherfüllung oder Schadensersatz hat, noch nicht, dass er auch strafrechtlich an seinem Vermögen geschädigt ist. Zudem stößt sich die Rede von einem juristischen Schaden des durch die Tat reicher gewordenen Opfers am natürlichen Wortsinn von Schaden. Nach dem umgangssprachlichen Wortsinn bedeutet Schaden eine Einbuße, eine Wertminderung²⁹, bzw. Vermögensschaden eine Einbuße an materiellen Gütern.³⁰ Von einer solchen Einbuße kann keine Rede sein, wenn das vermeintliche Opfer durch die Tat tatsächlich reicher geworden ist. Zum anderen hat die juristische Schadenslehre die missliche Konsequenz, dass sie den Betrug durch die alleinige Relevanz von Täuschung und Vermögensverfügung als bloßes Delikt gegen den Willen des Vermögensinhabers konzipiert und damit systemwidrig den Eigentumsdelikten gleichschaltet.³¹

Diese Probleme vermeidet die wirtschaftliche Schadenslehre. Mit dem Erfordernis einer wirtschaftlichen Gesamtsaldierung unter Berücksichtigung der Kompensation begründet sie die Eigenständigkeit des Vermögensschadens als Tatbestandsmerkmal und verwirklicht damit das Bestimmtheitsgebot. Darüber hinaus gewährleistet sie rechtstheoretisch den deskriptiven Gehalt des auch umgangssprachlichen Schadensbegriffs und stellt sicher, dass der Betrug nur vor dem Ärmer-werden schützt.³²

IV. Beispiele für eine juristische Schadenslehre in der Rechtsprechung des BGH

Soweit die juristische Schadenslehre, wie gezeigt, nicht Grundlage einer verfassungskonformen Auslegung sein kann, gilt das zugleich für alle Auslegungen, die der Sache nach auf eine juristische Schadenslehre hinauslaufen. Das sei anhand von vier Entscheidungen aus der neueren Rechtsprechung zu Betrug und Untreue, zusammengefasst in zwei Fallgruppen, nachgewiesen.

1. Kappung bzw. Verbot einer Saldierung

Bei der ersten Fallgruppe offenbart sich die Anwendung einer juristischen Schadenslehre der Sache nach durch die Kappung bzw. das Verbot einer Saldierung.

a) Das lässt sich an der Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH zur Untreue im Fall Schäch aus dem Jahr 2011 ablesen. In dem Fall³³ hatte der Erste Bürgermeister einer Gemeinde unstreitig pflichtwidrig Kassenkredite in Höhe

²⁴ *Binding* (Fn. 10), § 85 S. 360. Dieses Beispiel wird aufgegriffen von *Samson* JA 1978, 626.

²⁵ Vgl. *Samson* JA 1978, 626; auch *SK/Hoyer*, 60. Lieferung, 7. Auflage (Februar 2004), § 263 Rn. 184 ff.

²⁶ BVerfG NJW 2012, 907 (916 Rn. 176) = HRRS 2012 Nr. 27.

²⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 79) = HRRS 2010 Nr. 656.

²⁸ Siehe *Binding* (Fn. 10), § 85 S. 355 ff. (360). Vgl. zu *Binding* auch *Hirschberg*, Der Vermögensbegriff im Strafrecht (1934), S. 6.

²⁹ *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl. 2011; vgl. auch *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung, Bd. 1, 25. Aufl. 2009, beide zum Stichwort „Schaden“.

³⁰ *Duden*, (Fn. 29), Stichwort: Vermögensschaden.

³¹ Vgl. RGSt 16, 1 (3); *Samson* JA 1978, 626.

³² Zu diesem Argument näher *Saliger* JZ 2012, 723 (726).

³³ BGH NStZ 2011, 520 f. = HRRS 2011 Nr. 681.

von jeweils 2 Mio. Euro für die Gemeinde aufgenommen. Dabei entstanden Zinsverpflichtungen in Höhe von ca. 170.000 Euro. Ziel seines Handelns war es, dem Gemeinderat einen „ordentlichen Haushalt“ zu präsentieren. Sämtliche Mittel aus den Krediten wurden für Aufgaben der Gemeinde (u.a. Hoch- und Tiefbaumaßnahmen) verwendet.

Der 1. Strafsenat verwirft die Revision des Bürgermeisters gegen seine Verurteilung wegen Untreue als unbegründet. Den Vermögensschaden der Gemeinde erblickt der 1. Strafsenat in den Kreditzinsen in Höhe von 170.000 Euro. Dazu führt das Gericht aus, dass der Angekl. für die genehmigten Zwecke – Tief- und Hochbaumaßnahmen – die falschen Mittel (Darlehen) eingesetzt habe. Durch die Verpflichtung zur Zahlung von Kreditzinsen habe er dem Haushalt ohne Gegenwert für die Gemeinde Mittel in Höhe dieser Zinsen endgültig und dauerhaft entzogen. Die Darlehensaufnahme stelle angesichts der Rückzahlungsverpflichtung keinen wirtschaftlichen Vorteil für die Gemeinde dar, ein anderer wirtschaftlicher Vorteil sei nicht ersichtlich. Vage oder nur mittelbare Vorteile aus der – wenn auch von Anfang an beabsichtigten – Verwendung der Kreditmittel für kommunale Baumaßnahmen stellten „keinen den Nachteil ausgleichenden vermögenswerten Vorteil dar.“³⁴ Im Übrigen sei die Kreditaufnahme nicht dringlich gewesen. Denn weder war eine Ermessensreduzierung auf Null feststellbar, noch hätte der Gemeinderat auch bei Kenntnis der wahren Vermögensverhältnisse die Investitionen mit Sicherheit beschlossen.³⁵

Die Begründung des 1. Strafsenats ist nicht haltbar, weil sie auf eine verfassungswidrige juristische Schadenslehre hinausläuft.³⁶ Bereits aus dem Erfordernis der wirtschaftlichen Saldierung des Gesamtvermögens ergibt sich, dass Kreditaufnahme und Zinsverpflichtung wirtschaftlich eine Einheit bilden, die nicht auseinander gerissen werden kann. Denn bei Marktconformität des Kreditzinses kompensiert die Verfügungsmöglichkeit des Treugebers über die Kreditmittel als unmittelbarer Vermögensvorteil in der Regel die Kreditaufnahme nebst Kreditzins. Ein isolierter Schaden in Bezug auf die Kreditzinsen kann hier erst dann entstehen, wenn der Treuenehmer sehenden Auges überhöhte Zinsverpflichtungen für den Treugeber eingegangen ist. Solches war für die Gemeinde aber nicht festgestellt.

Unverständlich bleibt insoweit die These des 1. Strafsenats, dass die Darlehensaufnahme „angesichts der Rückzahlungsverpflichtung keinen wirtschaftlichen Vorteil für die Gemeinde“ darstellte und ein anderer Vorteil nicht ersichtlich sei. Weshalb die Verfügbarkeit über Geld als Grundlage des gesamten Kreditgeschäfts keinen kompensationsauglichen Vermögensvorteil für die Kreditzinsen begründen soll, erschließt sich nicht.

Hier zeigt sich eine verfassungswidrige juristische Schadenslehre in Gestalt der Kappung der Verfügungsmög-

lichkeit über Geld als Kompensationsfaktor. Denn auch für die juristische Schadenslehre ist die Saldierung unerheblich. Soweit der 1. Strafsenat einen Schaden der Gemeinde auf die durch die Kreditaufnahme begründeten Zinsverpflichtungen stützt, verschleift er in verfassungswidriger Weise Tathandlung (Pflichtwidrigkeit) und Tat Erfolg (Vermögensnachteil). Denn was auch immer der 1. Strafsenat im Einzelnen für einen Schaden vorträgt: Stets erfolgt der Schluss von einem bloß formellen Haushaltsrechtsverstoß (dass nämlich der Kredit in dieser Form und zu dieser Zeit nicht hätte aufgenommen werden dürfen) auf den Vermögensnachteil. Das verfehlt den wirtschaftlichen Sinn von Kreditgeschäften und das Prinzip der Gesamtsaldierung, das eine Berücksichtigung auch der Kreditaufnahme verlangt.

b) Ein weiterer Fall, in dem sich die juristische Schadenslehre in Gestalt der Kappung der Saldierung zeigt, bildet der ärztliche Abrechnungsbetrug. Bekanntlich bejaht die Rechtsprechung einen (vollendeten) ärztlichen Abrechnungsbetrug bereits dann, wenn eine ärztliche Leistung in Teilbereichen nicht den vorgeschriebenen Abrechnungsvoraussetzungen (z.B. aus EBM oder GOÄ) genügt. Dabei spielt es keine Rolle, ob die ärztliche Leistung indiziert und lege artis erbracht worden ist.³⁷ Das soll nach dem OLG Koblenz auch in den Fällen einer Scheingemeinschaftspraxis (Arzt im verdeckten Angestelltenverhältnis) gelten.³⁸ Hier rechnet ein zugelassener Arzt die Leistungen von anderen Ärzten, die er tatsächlich im Angestelltenverhältnis beschäftigt, als solche seiner Gemeinschaftspraxis aus Freiberuflern ab.

Auch diese Rechtsprechung ist als Anwendungsfall der juristischen Schadenslehre verfassungswidrig. Die juristische Schadenslehre ist einschlägig, weil die Rechtsprechung ein Kompensationsverbot für indizierte und lege artis erbrachte ärztliche Leistungen ausspricht. Allerdings muss dieses Kompensationsverbot wirtschaftlich seine Grenze an der Kriminalisierung der Verfehlung von Abrechnungsvoraussetzungen finden, die keinen Vermögensschutz bezwecken.³⁹ Das ist z.B. der Fall bei der Scheingemeinschaftspraxis. Das Verbot verdeckter Angestelltenverhältnisse verfolgt allein das ordnungspolitische Ziel, die ambulante ärztliche Versorgung grundsätzlich „in freier Praxis“ zu gewährleisten.⁴⁰ Dieses Verbot konkretisiert damit nicht die wirtschaftliche Werthaltigkeit der ärztlichen Leistung nach Art, Inhalt und Qualität. Sie betrifft lediglich eine Statusfrage. Die strafrechtliche Absicherung von Statusfragen liegt aber außerhalb einer wirtschaftlichen Schadensbestimmung.

³⁷ BGH NSStZ 1995, 85 (86) unter Bezug u.a. auf BSGE 39, 288 (290) für Leistungen ärztlichen Hilfspersonals; verfassungsrechtlich nicht beanstandet von BVerfG NJW 1998, 810 und bestätigt zuletzt von BGH NJW 2012, 1377 (1383 f.) = HRRS 2012 Nr. 313 mit Übertragung auf die Privatliquidation.

³⁸ OLG Koblenz MedR 2001, 144 m.abl.Bespr. Stein MedR 2001, 124.

³⁹ Näher Saliger FS I. Roxin 2012, 307 (321 ff.).

⁴⁰ Stein MedR 2001, 127; vgl. auch Idler JuS 2004, 1041.

³⁴ BGH NSStZ 2011, 520 (521) = HRRS 2011 Nr. 681.

³⁵ BGH NSStZ 2011, 520 (521) = HRRS 2011 Nr. 681.

³⁶ Vgl. zu der Kritik bereits Saliger ZIS 2011, 70 f.

2. Abstrakte Wertdifferenzen als Vermögensschäden

Die zweite Fallgruppe von Entscheidungen, die der Sache nach eine juristische Schadenslehre erkennen lassen, kennzeichnet die Qualifizierung von abstrakten Wertdifferenzen als Vermögensschäden.

a) Das sei am Grundsatzurteil des 5. Strafsenats des BGH zum Sportwettenbetrug im Fall Hoyzer aus dem Jahr 2006 dargelegt. In diesem Fall hatte der Angeklagte bei Oddset gespielt und zur Verbesserung seiner Gewinnchancen Fußballspieler und Schiedsrichter bestochen. Teilweise gelangen die Manipulationen nicht, teilweise hatten die Kombinationswetten keinen Erfolg. In vier Fällen gewann der Angeklagte Geldbeträge zwischen 300.000 und 870.000 €, in den übrigen Fällen verlor er seine Einsätze.⁴¹

Der 5. Strafsenat bejaht in allen Fällen einen vollendeten Betrug bereits mit Abschluss des Wettvertrages. Wegen der Manipulationen hätten die beim Vertragsschluss vom Wettanbieter vorgegebenen Quoten nicht mehr dem Risiko entsprochen, das jeder Wettanbieter seiner eigenen kaufmännischen Kalkulation zugrunde gelegt habe. Deshalb sei die manipulationsbedingt erhöhte Gewinnchance des Wetters wesentlich mehr wert gewesen, als er für den Erhalt des Wettscheins gezahlt hat. Diese ‚Quotendifferenz‘ stelle bereits bei jedem Wettvertragsabschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden dar (Quotenschaden).⁴²

Auch bei diesem Quotenschaden handelt es sich der Sache nach um einen juristischen Schaden.⁴³ Das zeigt die Schwierigkeit des 5. Strafsenats, ihn in gängige wirtschaftliche Schadenskategorien einzuordnen. Einerseits soll der Quotenschaden keine konkrete schadensgleiche Vermögensgefahr darstellen können, weil es über den Quotenschaden hinaus „erst zu einer abstrakten Gefährdung der Vermögen der Wettanbieter“ kommt.⁴⁴ Andererseits kann der Quotenschaden auch kein klassischer Erfüllungsbetrug sein, weil er in den Fällen der Auszahlung von Wettgewinnen „das notwendige Durchgangsstadium und damit einen erheblichen Teil des beabsichtigten endgültigen Schadens“ beim Wettanbieter bilde.⁴⁵ Das gelte unabhängig davon, ob die Manipulationen sich kausal im Spielergebnis oder Spielverlauf niedergeschlagen haben.⁴⁶ Ein endgültiger Schaden nach einem Erfüllungsschaden bei Vertragsschluss ist der bisherigen Schadensdogmatik freilich unbekannt.⁴⁷

Die Schwierigkeiten der Einordnung erhellen das bloß Juristische des Quotenschadens: Indem der Quotenschaden

⁴¹ BGHSt 51, 165 (167) = HRRS 2007 Nr. 1 m.Anm. u.a. von Engländer JR 2007, 477; Gaede HRRS 2007, 16; Krack ZIS 2007, 103; Saliger/Rönnau/Kirchheim NStZ 2007, 361.

⁴² BGHSt 51, 165 (175) = HRRS 2007 Nr. 1.

⁴³ Dazu bereits Saliger (Fn. 6), 455 (458 ff.).

⁴⁴ Vgl. BGHSt 51, 165 (174, 177 f.) = HRRS 2007 Nr. 1.

⁴⁵ BGHSt 51, 165 (176) = HRRS 2007 Nr. 1.

⁴⁶ BGHSt 51, 165 (176 f.) = HRRS 2007 Nr. 1.

⁴⁷ A.A. offenbar Wessels/Hillenkamp BT/2 (Fn. 1), Rn. 543.

den sowohl bei Vertragsschluss (abstrakte Vermögensgefahr) als auch in den Fällen der Auszahlung (dafür keine Kausalität der Manipulation erforderlich) von dem durch die Wettquote bestimmten Auszahlungsbetrag isoliert wird, wird deutlich, dass er nur eine abstrakte Wertdifferenz begründet: nämlich eine bloße Risikoverschiebung hinsichtlich der beiderseitigen Ansprüche ohne jedes konkretes wirtschaftliches Schadenssubstrat.⁴⁸ Diese Deutung unterstreicht der Hinweis des BGH, dass der Quotenschaden nicht beziffert werden muss. Stattdessen soll es genügen, wenn die relevanten Risikofaktoren gesehen und bewertet werden.⁴⁹ Doch fordert das BVerfG in seinem Untreue-Beschluss von 2010 grundsätzlich eine konkrete Bezifferung des Vermögensschadens.⁵⁰ Richtigerweise begeht der manipulierende Sportwetter auf Basis einer wirtschaftlichen Schadensbestimmung erst dann einen vollendeten Betrug gegenüber dem Wettanbieter, wenn der Gewinn ausgezahlt wird und die Manipulation Einfluss auf den Ausgang des Wettereignisses genommen hat.⁵¹ Demgegenüber ist der Quotenschaden als rein juristische Schadenskategorie verfassungswidrig und abzulehnen.

b) Dass hier für eine Verfassungsbeschwerde durchaus Erfolgsaussichten bestehen, belegt die Entscheidung des BVerfG zum vergleichbaren Al-Qaida-Fall aus 2011. Dort hatte der Angekl. bei verschiedenen Unternehmen Risikolebensversicherungen beantragt, um durch Vortäuschung eines Todesfalls die Versicherungssummen ausgezahlt zu bekommen. Geplant war, einige Monate nach Vertragsbeginn einen Todesfall in Ägypten vorzutäuschen. Der 3. Strafsenat des BGH bejahte trotz der zeitlichen Differenz zwischen den Vertragsschlüssen und der geplanten Meldung des Todesfalls sowie der permanenten Überwachung des Angekl. durch die Polizei einen vollendeten Eingehungsbetrug. Denn unter den gegebenen Umständen sei die Leistungswahrscheinlichkeit für die Versicherer gegenüber dem vertraglich vereinbarten Einstandsrisiko signifikant erhöht gewesen.⁵²

Auch diese Schadensbestimmung bezeichnet eine bloß abstrakte Wertdifferenz von Ansprüchen. Denn der BGH legt für den Vermögensschaden nicht eine konkrete Vermögensgefahr zugrunde. Vielmehr hat er in tatbestandsentgrenzender und damit verfassungswidriger Weise jenes abstrakte Risiko genügen lassen, das jedem Ver-

⁴⁸ Vgl. Rönnau/Soyka NStZ 2009, 14; auch Petropoulos/Morozonis wistra 2009, 259.

⁴⁹ BGHSt 51, 165 (175) = HRRS 2007 Nr. 1.

⁵⁰ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 113 f.) = HRRS 2010 Nr. 656.

⁵¹ Wie hier: LG Bochum – 12 Kls – 35 Js 141/10 Teil 4, S. 23 f. (nicht rechtskräftig); Saliger/Rönnau/Kirchheim NStZ 2007, 368; Kutzner JZ 2006, 718; Fischer, § 263 Rn. 132.

⁵² BGHSt 54, 69 (123 f.) = HRRS 2009 Nr. 890 m.Anm. u.a. von Thielmann/Groß-Börling/Strauß HRRS 2010, 38; Joecks wistra 2010, 179; Thielmann StraFo 2010, 412.

tragsschluss mit einem unredlichen Vertragspartner innewohnt.⁵³ Das BVerfG hat das Urteil des BGH daher zu Recht aufgehoben.

*

⁵³ BVerfG NJW 2012, 907 (917 Rn. 179) = HRRS 2012 Nr. 27.

Die Ausführungen zeigen, dass die juristische Schadenslehre in der Rechtsprechung des BGH der Sache nach keinesfalls überwunden ist, sondern fortlebt. Insoweit ist den (noch) anhängigen Verfassungsbeschwerden in den erörterten Fällen der Erfolg zu wünschen. Unabhängig davon bedürfen die Erscheinungsformen einer juristischen Schadenslehre in Wissenschaft und Praxis der ständigen kritischen Beobachtung.

Aufsätze und Anmerkungen

Betrug durch Abschluss von Versicherungen?

Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7.12.2011 (2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10) = HRRS 2012 Nr. 27

Von Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Universität zu Köln

Der Beschluss des 2. Senates des BVerfG v. 7.12.2011¹ markiert einen *Meilenstein*, da er die ausgeuferte Rechtsprechung zum Betrug durch Abschluss von Versicherungen, die im Urteil des 3. Strafsenates des BGH v. 14.8.2009² – dem sog. *Al Qaida-Fall* – kulminierte, durch Feststellung eines Verfassungsverstößes in die Schranken gewiesen hat.³ Zunächst seien kurz der Sachverhalt und dessen Bewertung seitens der Gerichte skizziert:

I. Der Sachverhalt und die Urteile des OLG Düsseldorf und des BGH

YA und sein Bruder IA – Medizinstudenten libyscher Abstammung – sowie K wurden der Mitgliedschaft in der Terrororganisation Al Qaida verdächtigt. Die präventivpolizeiliche Wohnraumüberwachung bestätigte nicht nur diesen Verdacht, sondern offenbarte auch den Plan von YA, mittels des Abschlusses von Lebensversicherungen, bei denen IA als Begünstigter eingesetzt werden sollte, Geldmittel vor allem für Al Qaida, seine Familie und sich selbst zu beschaffen. K sollte die Zahlung der ersten monatlichen Prämien sicherstellen. Anschließend sollte YA nach Ägypten reisen und von dort aus inhaltlich falsche Urkunden übersenden, die er mittels Bestechung beschaffen wollte, um einen tödlichen Verkehrsunfall vortäuschen zu können. IA hätte dann mit Unterstützung von K die Versicherungsleistungen geltend gemacht. Am 21.9.2004 wurde IA eingeweiht. Zwischen dem

10.8.2004 und dem 15.1.2005 stellte YA bei Versicherern insgesamt 28 Anträge auf Abschluss von Lebensversicherungen, vorrangig von Risikolebensversicherungen (Gesamtwert; 4.325.985 €). Hierbei wurden bei 25 Anträgen Fragen nach Vorerkrankungen und bei 21 Anträgen Fragen nach anderen Lebensversicherungsverträgen wahrheitswidrig verneint. In 9 Fällen kam es zum Abschluss (garantierte Todesfallsumme: 1.264.092 €). In den übrigen Fällen wurden die Anträge – zum Teil auf Grund der Warnhinweise der Polizei, zuletzt auch wegen der Festnahme von K und YA am 23. 1. 2005 – abgelehnt bzw. nicht mehr bearbeitet.

Der *Staatsschutzsenat des OLG Düsseldorf* verurteilte am 5.12.2007⁴ nach 131 Verhandlungstagen, der Vernehmung von über 200 Zeugen und Sachverständigen nicht nur K und YA wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung, sondern K, YA und IA wegen *versuchten bandenmäßigen Betrugs* in 28 tateinheitlich begangenen Fällen, da in Mittäterschaft jeweils ein versuchter Erfüllungsbetrug⁵ begangen worden sei. Zudem wurde IA verurteilt, weil er mit der Betrugstat die ausländische terroristische Vereinigung unterstützt hatte.

Der 3. *Strafsenat des BGH*, der sich mit den Revisionen zu befassen hatte, legte zwar in seinem Urteil v. 14.8.2009 YA nur die Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung zur Last und rechnete IA erst die nach

¹ BVerfG HRRS 2012 Nr. 27 = NJW 2012, 907.

² BGHSt 54, 69 = BGH HRRS 2009 Nr. 890 = NJW 2009, 3448.

³ Außerdem ging es um die Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener Informationen; hierzu *Löffelmann* JZ 2012, 217 f.; zur Berichterstattung der Medien *Thielmann* HRRS 2012, 149 ff.

⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 5. 12.2007 – III-VI 10/05; schriftliche Fassung des Vorwortes der mündlichen Urteilsbegründung abrufbar unter http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse2007/2007-12-05_pm_al_quaida_vorw.pdf.

⁵ So BGHSt 54, 69, Rn. 170; nach *Thielmann/Groß-Bölting/Strauß* HRRS 1/2010, 38, 40 ist dies aber „schlicht falsch“, da auch der Staatsschutzsenat von einem Eingehungsbetrug ausging.

dem 21.9.2004 begangenen Taten zu.⁶ Allerdings modifizierte er die betrugsrechtliche Bewertung;⁷ Soweit es nicht zum Abschluss kam, liege nur ein *versuchter Eingehungsbetrug* vor, soweit der Abschluss erfolgreich war, handele sich jedoch um einen *vollendeten Eingehungsbetrug*; mit Vertragsschluss sei den Versicherern ein Schaden entstanden, da YA entschlossen war, den Versicherungsfall zu fingieren, und in Form der Verabredungen bereits mit konkreten Vorbereitungen begonnen hatte; daher habe die Versicherungsprämie keinen Ausgleich für die eingegangenen Verpflichtungen dargestellt; rein wirtschaftlich gesehen sei die Inanspruchnahme der Versicherer „sicher zu erwarten“ gewesen. Diese Sichtweise lag zwar auf der Linie älterer Entscheidungen, die bereits den Abschluss einer Versicherung als Betrug bewertet⁸ bzw. dies nicht von vornherein ausgeschlossen hatten,⁹ und war auch in den Haftentscheidungen¹⁰ zum Ausdruck gelangt, stieß aber im Schrifttum¹¹ ganz überwiegend auf Ablehnung.

II. Der Beschluss des 2. Senates des BVerfG

Der 2. Senat des BVerfG hat nunmehr in seinem Beschluss v. 7.12.2011 die Annahme, dass sich YA, IA und K mit Beantragung bzw. Abschluss der Versicherungen wegen Betrugs strafbar gemacht haben sollen, als *Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot* des Art. 103 Abs. 2 GG bewertet.

Der 2. Senat führt zunächst an, der *rechtliche Ausgangspunkt*, bereits mit Abschluss eines Vertrags könne ein Betrug vollendet sein, sei nicht zu beanstanden.¹² Hierbei nimmt er auf seinen Grundsatzbeschluss zur Untreue v. 23.6.2010¹³ Bezug und erkennt die „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ bzw. den „Gefährdungsschaden“ auch für den Eingehungsbetrug an. Diese einheitliche Behandlung bestätigt die h.M.,¹⁴ die annimmt, dass der Begriff des „Nachteils“ dem des „Schadens“ entspricht. Im konkreten Fall stellt der 2. Senat aber eine *verfassungswidrige Überdehnung* des Tatbestands fest, da es „an der ausreichenden Beschreibung und der Bezifferung der Vermögensschäden“ fehle.¹⁵ Der Senat überträgt hierbei die strikten Vorgaben seines Beschlusses zur Untreue, was erwartet¹⁶ worden war: Der Schaden begrenze die Strafbarkeit; abgesehen von einfach gelagerten und ein-

deutigen Fällen müsse der Schaden „der Höhe nach beziffert und dies in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise dargelegt werden“; bestünden Unsicherheiten, könne ein Mindestschaden im Wege einer tragfähigen Schätzung ermittelt werden.¹⁷ Damit setzt der Senat seine Rechtsprechung konsequent fort. Mit *drei Erwägungen* zeigt er dann auf, dass die Ausführungen des BGH diesen Vorgaben nicht genügen, sondern den Tatbestand „in entgrenzender und damit verfassungswidriger Weise“ überdehnen:¹⁸

- Es wurde nicht einmal ein *Mindestschaden* dargelegt.
- Die Ausführungen seien „teils vage, teils in sich widersprüchlich“. Die Einschätzung, die Inanspruchnahme der Versicherer sei „sicher zu erwarten“ gewesen, stehe im Widerspruch zu nachfolgenden Ausführungen; danach sei die Leistungswahrscheinlichkeit gegenüber dem vereinbarten Einstandsrisiko „signifikant erhöht“ gewesen; zum Strafausspruch werde ausgeführt, dass „die (potenziellen) Vermögensschäden der Versicherer durch die (versuchten) Eingehungsbetrugstaten ... wesentlich hinter den Beträgen zurückbleiben, die nach gelungener Vortäuschung des Versicherungsfalls“ erlangt werden sollten.
- Der Umstand der *intensiven Überwachung* habe „keine erkennbare Berücksichtigung“ gefunden.

III. Bewertung und Folgeüberlegungen

Dem Beschluss des 2. Senates ist, soweit er die unzureichende Darlegung eines Vermögensschadens rügt, *uneingeschränkt zuzustimmen*. Der klassische „Superrevisionsinstanz“-Vorwurf¹⁹ verfängt nicht, weil das BVerfG nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG die Aufgabe hat, über Verfassungsbeschwerden zu entscheiden, die mit der Behauptung erhoben werden, durch die öffentliche Gewalt in einem der u.a. in Art. 103 GG enthaltenen Rechte verletzt zu sein. Dies schließt bei Art. 103 Abs. 2 GG („wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war“) die Prüfung der Auslegung von Strafnormen ein.²⁰ Darüber hinaus gibt der Beschluss Anlass zu *Folgeüberlegungen*:

1. Die Annahme des 3. Strafsenates des BGH, dass ein *vollendeter Betrug* vorgelegen hat, liegt angesichts der *Überwachung* der Verdächtigen fern.²¹ Bei Vertragsschluss war vielmehr anzunehmen, dass die Versicherer gewarnt worden wären. Dies entsprach auch der Sicht des OLG Düsseldorf.²² Das Vermögen der Versicherer konnte daher – objektiv betrachtet – nicht geschädigt sein.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass selbst *ohne Überwachung* keine Versicherungsleistungen ausgezahlt worden wären. Denn so einfach, wie YA, IA und K offenbar glaubten, ist es nicht, Versicherer zu „betrügen“. Die

⁶ BGHSt 54, 69, Rn. 125 ff.

⁷ BGHSt 54, 69, Rn. 143 ff.

⁸ Vgl. RGSt 48, 186 ff.: Feuerversicherung.

⁹ Vgl. BGH NJW 1985, 1563 f.: Unfallversicherungen.

¹⁰ Vgl. BGHR StGB § 263 Abs 1 Eingehungsbetrug 2; BGH wistra 2006, 351.

¹¹ Vgl. Fischer, StGB, 59. Aufl. (2012), § 263 Rn. 176c; Gaede, in: AnwaltKommentar StGB (2011), § 263 Rn. 117; Joecks wistra 2010, 179, 181; Saliger, in: Festschrift für Samson (2010), S. 455, 479 f.; ders. ZIS 2011, 902, 917; Thielmann StraFo 2010, 412, 419 f.; Thielmann/Groß-Bölting/Strauß HRRS 1/2010, 38 ff.

¹² Vgl. BVerfG NJW 2012, 907, Rn. 171 ff.

¹³ BVerfGE 126, 170 = BVerfG HRRS 2010 Nr. 656 = NJW 2010, 3209.

¹⁴ Vgl. hierzu nur Waßmer, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), § 266 StGB Rn. 161 mwN.

¹⁵ BVerfG NJW 2012, 907, Rn. 177 ff.

¹⁶ Vgl. nur Jahn JuS 2012, 266, 267.

¹⁷ BVerfG NJW 2012, 907, Rn. 176.

¹⁸ BVerfG NJW 2012, 907, Rn. 178 f.

¹⁹ Hierzu Jahn JuS 2012, 266, 268.

²⁰ Zur Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG durch eine (unvertretbare) Auslegung Fischer StV 2010, 95, 95 f.

²¹ Vgl. Saliger, in: Festschrift für Samson (2010), S. 455, 477 f.; Thielmann/Groß-Bölting/Strauß HRRS 1/2010, 38, 39.

²² So Thielmann/Groß-Bölting/Strauß HRRS 1/2010, 38, 39.

Annahme des BGH, dass sich die Versicherer entsprechenden Forderungen „nur durch den Beleg der Unredlichkeit“ hätten entziehen können,²³ greift zu kurz. Hier hatten die Versicherer *derart viele Anhaltspunkte* für die Unredlichkeit, dass sie die Auszahlung verweigert hätten. Den Versicherern, die bei der Erkennung von Betrugsfällen zusammenarbeiten und um ein effektives Schadens- und Betrugsmanagement bemüht sind, was im Einsatz von Spezialisten, der Bildung von Dezernaten und dem Einsatz von Datenbanken²⁴ seinen Ausdruck findet,²⁵ wäre schnell aufgefallen, dass viele Lebensversicherungen abgeschlossen und hierbei falsche Angaben gemacht worden waren. Auch die weiteren Umstände hätten die Skepsis geschürt: Abschluss in kurzer Zeit ohne erkennbaren Grund für die hohe Absicherung; hohe Versicherungsprämien bei geringen Einkünften; Unfalltod in Ägypten; Leiche nicht auffindbar. Spätestens den eingesetzten Versicherungsdetectiven wären die Verbindungen zu Al Qaida kaum verborgen geblieben.

2. Da YA, IA und K glaubten, dass ihr Vorhaben Erfolg haben könnte, konnte allenfalls ein *versuchter Betrug* vorliegen. Dies hat der 2. Senat des BVerfG verneint, weil die Ausführungen des BGH zum Schaden unzureichend und widersprüchlich waren. Es drängt sich damit allerdings die Frage auf, ob der Abschluss von Versicherungen in der „bösen Absicht“, einen Versicherungsfall zu fingieren – bei entsprechender Bezifferung –, *überhaupt als Betrug bewertet werden kann*. Hierzu hat der 2. Senat nicht klar Stellung bezogen; vielmehr billigt er den rechtlichen Ausgangspunkt, bereits der Abschluss eines Vertrags könne ein vollendeter Betrug sein. Wie gezeigt werden soll, handelt es sich nicht (nur) um eine Problematik des Schadens, sondern (vor allem) des *Versuchs*.

a. Zunächst ist festzuhalten, dass die Annahme des BGH, beim *Abschluss einer Versicherung* in der Absicht, den Versicherungsfall zu fingieren, spiegele die Prämie das vom Versicherer eingegangene Risiko nicht wider, zutrifft. Denn in diesen Fällen ist offensichtlich „die Leistungswahrscheinlichkeit gegenüber dem vertraglich vereinbarten Einstandsrisiko signifikant erhöht“.²⁶ Wenn der BGH auf Mindestfeststellungen verzichtet hat, weil es „für die Bewertung der Verpflichtung aus einem täuschungsbedingt abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag keine anerkannten Richtgrößen gibt“,²⁷ so erscheint dies nicht abwegig. Denn wenn der Versicherungsnehmer fest entschlossen ist – und das war YA –, den Versicherungsfall zu fingieren, dann könnte der Schaden des Versicherers in der *Versicherungsleistung* bestehen. Dürfte man also anführen – und vielleicht sollte man die Ausführungen des BGH sogar so verstehen („sicher zu erwarten“) –,

²³ BGHSt 54, 69, Rn. 159.

²⁴ Am 1.4.2011 löste das Hinweis- und Informationssystem der Versicherungswirtschaft (HIS) die gemeinsame Warn- und Hinweisdatenbank (Uniwarn) ab; zur Zulässigkeit der Datenübermittlungen *Schleifenbaum*, Datenschutz oder Tatenschutz in der Versicherungswirtschaft, 2009.

²⁵ Vgl. http://www.assekuranz-messekongress.de/sma/images/Veranstaltungsbericht_Messekongress_Schaden_und_Leistungsmanagement.pdf.

²⁶ BGHSt 54, 69, Rn. 159; daher einen Schaden folgend *Rengier* AL 2010, 165, 167; *ders.*, Strafrecht BT I, 14. Aufl. (2012), § 13 Rn. 223.

²⁷ BGHSt 54, 69, Rn. 163.

dass die Verlustwahrscheinlichkeit (fast) 100% betrug? Folge wäre aber, dass den Versicherern bereits durch den Abschluss ein Schaden von rund 1,2 Mio. € entstanden wäre – ein absurdes Ergebnis! Oder könnte man zumindest anführen, dass die Durchführung der Tat „überwiegend wahrscheinlich“ war, also der Mindestschaden 0,6 Mio. € betrug? Oder dürfte man jedenfalls einen (kleinen) Teil der Versicherungsleistung als Schaden ansehen, wie dies die Ausführungen des BGH zum Strafanspruch („wesentlich hinter den Beträgen zurückbleiben...“) andeuten?

b. Indes müssen derartige Betrachtungen gar nicht angestellt werden, weil *der Schaden des Versicherers in dieser Weise schlicht nicht bestimmt werden darf*, selbst wenn eine Bezifferung oder Abschätzung des Verlustrisikos mathematisch möglich sein sollte, da ein relevanter Vermögensschaden noch gar nicht eingetreten sein kann! Denn der bloße Abschluss einer Versicherung genügt nicht, um die Versicherungsleistung zu erlangen. Es fehlt hier in Wahrheit nicht an der grundsätzlichen Möglichkeit, einen „Gefährdungsschaden“ zu beziffern oder abzuschätzen, sondern es *fehlt bereits am unmittelbaren Ansetzen!*

aa. Nach § 22 StGB *versucht eine Straftat*, wer „nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt“. Wie der BGH darlegt,²⁸ wird nicht vorausgesetzt, dass der Täter „bereits eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestands entsprechende Handlung vornimmt“, so dass auch eine „vorgelagerte Handlung“ ausreichend sein kann, „wenn sie [...] bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht“. Wendet man diese Kriterien an, so zeigt sich, dass nach Abschluss einer Versicherung noch *wesentliche Zwischenakte erforderlich* sind, damit das Vermögen des Versicherers „schadensgleich“ gefährdet sein kann. Dies verdeutlicht gerade der konkrete Fall: Zunächst musste YA nach Ägypten reisen, dann Urkunden beschaffen und übersenden; später musste IA den Versicherungsfall anzeigen und die Versicherungsleistung geltend machen.

bb. Selbstverständlich hatte auch der BGH erkannt, dass im konkreten Fall „zunächst noch wesentliche Zwischenschritte erfolgreich hätten zurückgelegt werden müssen, bevor es möglich gewesen wäre, die Versicherungen zur Leistung auf den Todesfall in Anspruch zu nehmen“,²⁹ glaubte aber, dass dies nur für den *Erfüllungsbetrug*, nicht aber für den *Eingehungsbetrug* von Bedeutung ist. Das trifft aber nicht zu, da der Schaden bereits bei Eingehung des Vertrags vorliegen muss und sich mit der Erfüllung lediglich „vertieft“³⁰. Der „Gefährdungsschaden“ den man auch als „Durchgangsschaden“³¹ bezeichnen kann, unterscheidet sich von der endgültigen Vermögenseinbuße

²⁸ BGHSt 54, 69, Rn. 171.

²⁹ BGHSt 54, 69, Rn. 172.

³⁰ Diesem Konzept folgt auch BGHSt 54, 69, Rn. 177: „Vertiefung des Schadens durch Inanspruchnahme der Lebensversicherungen“.

³¹ *Beukelmann*, in: BeckOK StGB, 19. Ed. (2012), § 263 Rn. 65; *Fischer* StV 2010, 95, 101; *Gaede* HRRS 2007, 16, 18.

nicht „qualitativ“, sondern nur „quantitativ“.³² Weil dies so ist, kann auch am Begriff „Gefährdungsschaden“ festgehalten werden, selbst wenn er „irreführend“³³ erscheint, da es bei einem Verletzungsdelikt nur um einen „echten“ Schaden gehen kann.³⁴ Dagegen sollte der Begriff „schadensgleiche“ bzw. „konkrete Vermögensgefährdung“ aufgegeben werden,³⁵ da eine „Schadensgefahr“ gerade nicht ausreicht. Welcher Terminologie man auch folgt, jedenfalls sollte man sich darüber im Klaren sein, dass es *nicht um zwei Schäden, sondern um einen Schaden* geht! Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es an einer endgültigen Vermögenseinbuße fehlt, wenn der Betrug noch vor der Erfüllung aufgedeckt wird; denn dann hat bei Eingehung des Vertrags dennoch ein „Gefährdungsschaden“ vorgelegen; dass es später nicht zur Erfüllung kommt, führt nicht dazu, dass dieser Schaden rückwirkend entfällt. Dies bedeutet aber: Wenn es einem versuchten Erfüllungsbetrug entgegensteht, dass – weil noch wesentliche Zwischenschritte ausstehen – das Vermögen noch nicht geschädigt sein kann, dann muss dies erst recht für den vorgelagerten versuchten Eingehungsbetrug gelten!

cc. Dass es beim bloßen Abschluss einer Versicherung an einem unmittelbaren Ansetzen fehlt zeigt auch der Vergleich mit anderen Verletzungsdelikten. So nimmt niemand an, dass das Besorgen des Fluchtfahrzeugs oder der Tatwaffe für einen Banküberfall – also typische Vorbereitungshandlungen – bereits den Versuch einer räuberischen Erpressung markieren. Auch hier ließen sich – wenn die Durchführung der Tat „sicher“ erscheint – Verlustwahrscheinlichkeiten dafür abschätzen, dass ein Schaden eintritt und i.d.S. eine „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ bestimmen. Dies verbietet sich aber, weil *wesentliche Zwischenakte ausstehen*, so dass nur eine „abstrakte“ Gefahr für das geschützte Rechtsgut besteht.

3. Nimmt man die Regelung des § 22 StGB ernst, heißt dies, dass ein *versuchter Versicherungsbetrug* erst in Betracht kommt, wenn der Tatbestandsverwirklichung keine wesentlichen Zwischenschritte mehr entgegenstehen. Dies hat zur Folge, dass ein Versuch erst dann vorliegt, wenn die *Versicherungsleistung geltend gemacht* wird:

a. Nach § 30 Abs. 1 S. 1 VVG, der für alle Versicherungszweige gilt,³⁶ hat der Versicherungsnehmer dem Versicherer den Eintritt des Versicherungsfalles nach Kenntniserlangung *unverzüglich anzuzeigen*. Gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 VVG gilt dies auch für jeden Dritten, der ein Recht auf die Versicherungsleistung hat, wozu insbesondere der

Bezugsberechtigte in der Lebensversicherung zählt.³⁷ Es handelt sich nach Vorstellung des Gesetzgebers um eine Obliegenheit (für den Versicherungsnehmer) bzw. eine Rechtspflicht (für den Dritten),³⁸ deren Missachtung, sofern vereinbart, sanktionsbewehrt sein kann (§ 28 Abs. 2 VVG). Dementsprechend sehen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen regelmäßig vor, dass der Versicherer im Falle der vorsätzlichen Verletzung der Anzeigepflicht leistungsfrei ist.³⁹ *Ohne die Anzeige* hat der Versicherer grds. keine Kenntnis vom Versicherungsfall. Erst die Anzeige versetzt ihn in die Lage, den Sachverhalt zu prüfen, Beweise zu sichern und weiteren Schaden abzuwenden.⁴⁰ Anders ist dies nur, wenn der Versicherer *auf andere Weise* vom Versicherungsfall Kenntnis erlangt hat; dann kann er sich auf eine Vereinbarung, nach der bei Verletzung der Anzeigepflicht keine Leistungspflicht besteht, nicht berufen (§ 30 Abs. 2 VVG).

b. Die Anzeige des Versicherungsfalles genügt allerdings noch nicht für den Beginn des Versuchs. Weitere Voraussetzung ist, dass auch die *Versicherungsleistung geltend gemacht* wird.⁴¹ Denn mit der Anzeige, die eine bloße Wissenserklärung über den Eintritt des Versicherungsfalles ist, wird noch kein Anspruch geltend gemacht.⁴² Erst mit dem Einfordern der Versicherungsleistung, das konkludent in der Anzeige zum Ausdruck gelangen, darüber hinaus auch ausdrücklich erfolgen kann,⁴³ erfolgt die *Leistungsprüfung des Versicherers*. Hierbei werden die formellen und materiellen Voraussetzungen des Versicherungsschutzes geprüft, der Versicherungsfall wird festgestellt und eine Entscheidung über die Höhe der Versicherungsleistung getroffen. Im Rahmen der Prüfung kann der Versicherer nach § 31 VVG zur Feststellung des Versicherungsfalles und des Umfangs der Leistungspflicht Auskünfte und Belege vom Versicherungsnehmer bzw. Dritten verlangen; wird dem nicht entsprochen, führt dies nach den Allgemeinen Versicherungsbedingungen meistens zur Leistungsfreiheit.⁴⁴ Erst nach Abschluss der Leistungsprüfung, wird die Versicherungsleistung ausbezahlt.

c. Die Darlegungen des BGH, dass ein Versicherer „mit dem Vertragsschluss [...] mit der Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme im Todesfall belastet“ war,⁴⁵ greifen daher zu kurz. Zwar verpflichtet sich der Versicherer gemäß § 1 Abs. 1 VVG „mit dem Versicherungsvertrag, ein bestimmtes Risiko des Versicherungsnehmers oder eines Dritten durch eine Leistung abzu-

³² Vgl. BGH wistra 1991, 307; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. (2011), § 263 Rn. 40; Rengier (Fn. 26), § 13 Rn. 185; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2011), § 14 Rn. 113.

³³ Vgl. nur Fischer StraFo 2008, 269, 271; vgl. auch BGH NJW 2008, 2451, 2452: „Scheinproblematik“.

³⁴ Auch der 2. Strafsenat hält in BGHSt 52, 323, Rn. 42 = BGH HRRS 2008 Nr. 1100 am Begriff „Gefährdungsschaden“ grds. fest.

³⁵ Nach Meinung des 1. Strafsenats in BGHSt 53, 199, Leitsatz 1, Rn. 12, 15 = BGH HRRS 2009 Nr. 318 ist der Begriff „verschleiern“, „unzureichend“ und „entbehrlich“; für Aufgabe des Begriffs auch Gaede, in: AnwaltKommentar (Fn. 11), § 263 Rn. 104; für „Entsorgung“ auf der „Müllhalde der Strafrechtsdogmatik“ Hauck ZIS 2011, 919, 929.

³⁶ Wandt, in: MüKo VVG (2010), § 30 Rn. 5.

³⁷ Prölss, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. (2010), § 30 Rn. 4; Rixecker, in: Römer/Langheid, VVG, 3. Aufl. (2012), § 30 Rn. 5.

³⁸ Vgl. Wandt, in: MüKo (Fn. 36), § 30 Rn. 7 ff. mwN.

³⁹ Rixecker, in: Römer/Langheid (Fn. 37), § 30 Rn. 11.

⁴⁰ Looschelders, in: Looschelders/Pohlmann, VVG, 2. Aufl. (2011), § 30 Rn. 1; Muschner, in: Rüffer/Halbach/Schimiowski, VVG, 2. Aufl. (2011), § 30 Rn. 1; Wandt, in: MüKo (Fn. 36), § 30 Rn. 2;

⁴¹ Auf die Schadensmeldung abstellend Fischer (Fn. 11), § 263 Rn. 176c; Thielmann/Groß-Bölting/Strauß HRRS 1/2010, 38, 40, 44.

⁴² Vgl. Wandt, in: MüKo (Fn. 36), § 30 Rn. 2 mwN.

⁴³ Krets, Strafrechtliche Erfassung des Versicherungsmissbrauchs und des Versicherungsbetrugs nach dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz (2001), S. 97.

⁴⁴ Prölss, in: Prölss/Martin (Fn. 37), § 31 Rn. 23.

⁴⁵ BGHSt 54, 69, Rn. 158.

sichern, die er bei Eintritt des vereinbarten Versicherungsfalles zu erbringen hat.“ Eine Zahlungspflicht kann aber nur dann entstehen, wenn der Eintritt des Versicherungsfalles angezeigt wird bzw. der Versicherer sonst hiervon Kenntnis erlangt und die Versicherungsleistung geltend gemacht wird. Daher ist es auch verfehlt, wenn der BGH anführt, dass YA „mit Einreichung des Antrags [...] diejenige Täuschungshandlung vor[nahm], die nach seiner Vorstellung dazu ausreichte, denjenigen Irrtum hervorzurufen, der den Getäuschten zu der schädigenden Vermögensverfügung bestimmen und damit den Schaden herbeiführen sollte“. ⁴⁶ Vielmehr ist es so, dass die für den Betrug relevante Täuschung erst darin bestehen konnte, dass IA – im Wissen, dass YA lebt – den Versicherungsfall anzeigt und die *Versicherungsleistung geltend macht*.

4. Dass es beim Versicherungsbetrug auf die *betrügerische Geltendmachung der Versicherungsleistung* ankommen muss und nur hierin das Betrugsunrecht bestehen kann, legen nicht nur das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Nr. 5 StGB und der Straftatbestand des § 265 StGB, sondern auch andere Entscheidungen zum Betrug nahe.

a. So knüpft das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Nr. 5 StGB daran an, dass der Täter „einen Versicherungsfall vor-täuscht, nachdem er oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört hat oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat.“ Das Regelbeispiel besteht demnach aus *zwei Teilakten*, nämlich der *Einwirkung* auf die Sache bzw. das Schiff und der *Geltendmachung* der Versicherungsleistung. ⁴⁷ Wenn dies so ist, kann aber nicht bereits im Abschluss der Versicherung, der dem ersten Teilakt sogar noch vorgelagert ist, ein unmittelbares Ansetzen zum Betrug erblickt werden. ⁴⁸

b. Zudem findet die Strafvorschrift des § 265 StGB, die denjenigen bestraft, der eine „versicherte Sache beschädigt, zerstört, in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigt, beiseite schafft oder einem anderen überlässt, um sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen“, nur dann Anwendung, „wenn die Tat nicht in § 263 StGB mit Strafe bedroht ist“. Für diese Subsidiaritätsklausel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der Begriff „Tat“ nicht die Herbeiführung des Versicherungsfalles – und somit erst recht nicht bereits den Vertragsschluss – meint, sondern im prozessualen Sinn zu verstehen ist und den *nachfolgenden Betrug* betrifft. ⁴⁹ Der Versicherungsmissbrauch ist somit ein abstraktes Gefährdungsdelikt im Vorfeld des Sachversicherungsbetruges. ⁵⁰

c. Dass beim Versicherungsbetrug die Grenze zum Versuch erst mit Geltendmachung der Versicherungsleistung überschritten wird, spiegelt sich auch in anderen Entscheidungen des BGH wider. So hatte er in einem Urteil

von 1951⁵¹, bei dem es um einen vorgetäuschten Viehdiebstahl ging, und in einem Urteil von 1994⁵², das einen vorgetäuschten Raubüberfall betraf, jeweils einen Versuch verneint, da es noch an einer *Schadensmeldung fehlte*.

d. Schließlich ist es für *mehrfache Täuschungen* anerkannt, dass erst diejenige Handlung den Versuch des Betrugs begründet, die den Getäuschten unmittelbar zur irrumsbedingten Vermögensverfügung bestimmen und damit den Schaden herbeiführen soll. ⁵³ Diese Handlung kann beim Versicherungsbetrug nur in der *Geltendmachung* der Versicherungsleistung bestehen, da der Versicherer erst dann über die Auszahlung entscheidet.

5. Wollte man bereits den „betrügerischen“ Abschluss einer Versicherung unter Strafe stellen, müsste man ein *abstraktes Gefährdungsdelikt im Vorfeld des Betrugs* schaffen. Das ist zwar möglich, wie die §§ 264, 264a, 265b StGB belegen, die Vorbereitungshandlungen erfassen und als abstrakte Gefährdungsdelikte⁵⁴ auf das Erfordernis eines Schadens verzichten – und, wenn man bereits im Vertragsschluss einen Schaden erblicken könnte, gar nicht benötigt würden! ⁵⁵ –, jedoch müsste für die Ausdehnung der Strafbarkeit ein *kriminalpolitisches Bedürfnis* bestehen. Hieran fehlt es aber, da Versicherer „außerordentlich wehrhafte Schuldner“ sind, weshalb bereits der im Vorfeld angesiedelte Versicherungsmissbrauch (§ 265 StGB) in Teilen des Schrifttums⁵⁶ als entbehrlich angesehen wird.

a. Erstens haben die Versicherer *ausreichende Selbstschutzmöglichkeiten*. Im Falle der Geltendmachung der Versicherungsleistung erfolgt die Auszahlung nicht „automatisch“, sondern jeder Fall wird im Rahmen des Schadens- und Betrugsmanagements geprüft.

b. Zweitens haben die Versicherer *zivilrechtliche Sanktionsmöglichkeiten*. Dies zeigt z.B. ein Urteil des RG von 1914⁵⁷. Hier hatten die Inhaber einer Orgelbauanstalt im Februar/März 1912 eine Feuerversicherung abgeschlossen, „in der Absicht, die versicherten Sachen möglichst bald in Brand zu setzen und dadurch in den Besitz der Versicherungssumme auch der Sachen zu kommen, die sie gar nicht angeschafft hatten und auch nicht anschaffen wollten.“ Nach einem Brand im April 1912, den die Versicherungsnehmer nicht verursacht hatten, waren sie von dem Versicherer, der von der Überversicherung keine Kenntnis hatte, entschädigt worden. Das RG erblickte bereits im Vertragsschluss einen *vollendeten Betrug*. Nach der hier vertretenen Auffassung war die Bewertung als Betrug – im Ergebnis – zutreffend, da bei der *Geltendma-*

⁴⁶ BGHSt 54, 69, Rn. 169.

⁴⁷ Vgl. nur Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 14), § 263 StGB Rn. 146.

⁴⁸ Vgl. auch Kudlich JA 2012, 230, 232.

⁴⁹ Vgl. BGHSt 45, 211, 214 f.; vgl. auch Bock/Sackreuther, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 14), § 265 StGB Rn. 32 mwN.

⁵⁰ Vgl. nur Bock/Sackreuther, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 14), § 265 StGB Rn. 1, 5 mwN.

⁵¹ BGH NJW 1952, 430 f. – ausdrücklich entgegen RGSt 72, 66 f., das einen versuchten Betrug am Versicherer bereits darin erblickt hatte, dass die zum Diebstahl gedungenen Täter vorab einen Teil ihres „Lohnes“ ausgehändigt bekommen.

⁵² BGHSt 40, 299, 302.

⁵³ Vgl. nur BGHSt 37, 294, 296 f.; BGH NStZ 2002, 433, 435; Tiedemann, in: LK StGB, 11. Aufl. (1999), § 263 Rn. 276.

⁵⁴ H.M., vgl. nur Wohlers, in: MüKo StGB, Bd. 4 (2006), § 264 Rn. 12, § 264a Rn. 9 und § 265b Rn. 3 mwN.

⁵⁵ Joeks wistra 2010, 179, 181.

⁵⁶ Vgl. Zopfs VersR 1999, 265, 270 ff.; auch Krets (Fn. 43), S. 112.

⁵⁷ RGSt 48, 186 ff.

chung der Versicherungsleistung die Überversicherung verschwiegen wurde. Für die strafrechtliche Sanktionierung des bloßen Vertragsschlusses bestand (und besteht) aber deshalb kein Bedürfnis, weil das VVG eine zivilrechtliche Sanktion für die „betrügerische Überversicherung“ vorsieht: Nach dem VVG (damals § 51 Abs. 2; heute § 74 Abs. 2) ist ein Versicherungsvertrag, den der Versicherungsnehmer in der Absicht schließt, sich aus der Überversicherung einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, zwar ex tunc nichtig, die Prämienzahlungspflicht bleibt aber bestehen.⁵⁸ Nach früherem Recht bestand die Zahlungspflicht sogar bis zum Abschluss der Versicherungsperiode,⁵⁹ heute besteht sie dagegen nur noch bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Versicherer von den Umständen, die die Nichtigkeit herbeiführen, Kenntnis erlangt (§ 74 Abs. 2 Hs. 2 VVG). Dem Gesetzgeber⁶⁰ erschien es nämlich bei der Reform des Versicherungsvertragsrechts im Jahr 2006 „aus Gründen der Prävention“ gerechtfertigt, eine Sanktion in eingeschränktem Umfang aufrechtzuerhalten; „anderenfalls bliebe der [arglistige] Versuch des Versicherungsnehmers, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, folgenlos, da er die bezahlte Prämie zurückerhalten würde“. Daraus lässt sich im Umkehrschluss entnehmen, dass der Gesetzgeber nicht annahm, bei einer betrügerischen Überversicherung sei bereits der Vertragsschluss als Betrug zu bewerten.⁶¹

c. Drittens weist auch ein Urteil des BGH von 1985⁶² darauf hin, dass die *Reaktions- und Selbstschutzmöglichkeiten* der Versicherer ausreichend sind. Hier hatte der Angeklagte bei verschiedenen Versicherern insgesamt acht *Unfallversicherungen* abgeschlossen. Eine „Überversicherung“ kam nicht in Betracht, da für die Unfallversicherung – als Personenversicherung – das versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot nicht gilt, so dass die Kumulierung von Versicherungssummen zulässig ist.⁶³ Allerdings wurden bei der Antragstellung „trotz ausdrücklicher Fragen gleichartige Vorversicherungen, Anträge auf gleichartigen Versicherungsschutz oder Antragsablehnungen [verschwiegen]“. Diese Umstände waren aber – wie der BGH ausführte – für den Entschluss des Versicherers, den Vertrag zu schließen, „erheblich“; denn die Gefahr der unberechtigten Inanspruchnahme sei erfahrungsgemäß erheblich größer, wenn gleichartige Versicherungen auch bei anderen Versicherungen abgeschlossen werden; es bestünde insoweit eine stark erhöhte Vertragsgefahr (subjektives Risiko).⁶⁴ Die Feststellungen des Tatrichters zum Schaden betrachtete der BGH allerdings nicht als ausreichend und forderte „ergänzende Feststellungen zur Höhe und Bewertung des jeweiligen subjektiven Risikos anhand der Erfahrungen der Unfallversicherer“. ⁶⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung kam es darauf aber nicht an, da der Versuch erst mit der *Geltendmachung der Versicherungsleistung* beginnen konnte. In dem vom BGH entschiedenen Fall war es nun so, dass

der Versicherungsnehmer zwar die Entschädigungen geltend machte, jedoch „in den Schadensanzeigen die Fragen nach anderweitigen Unfallversicherungen jeweils vollständig und wahrheitsgemäß beantwortet und damit ‚den Versicherungen praktisch die Anfechtungstatsachen mitgeliefert‘ hat[te]“.⁶⁶ *Mangels einer relevanten Täuschung* musste folglich eine Strafbarkeit wegen Betrugs ausscheiden. Im Übrigen war es als vollkommen ausreichend anzusehen, dass die Versicherer im Rahmen ihrer Prüfung die Verträge wegen arglistiger Täuschung anfechten und die Leistung verweigern konnten.⁶⁷

6. Es ist daher folgendermaßen zu differenzieren:

Der *Abschluss* einer Versicherung in der Absicht, einen Versicherungsfall zu fingieren, ist eine *Vorbereitungshandlung*. Dem unmittelbaren Ansetzen zum Betrug steht entgegen, dass es an wesentlichen Zwischenschritten fehlt, zum einen am Fingieren des Versicherungsfalles, zum anderen an dessen Anzeige und der Geltendmachung der Versicherungsleistung. Der Abschluss einer Versicherung begründet lediglich eine *abstrakte Vermögensgefährdung*.

Ein *versuchter Versicherungsbetrug* kommt erst dann in Betracht, wenn die *Versicherungsleistung geltend gemacht* wird. In diesem Stadium kann noch *kein vollendeter Betrug* vorliegen. Zwar erscheint es denkbar, einen „Gefährdungsschaden“ anzugeben, wenn dieser sich der Höhe nach beziffern oder schätzen ließe. Allerdings fehlt es, solange der Versicherer noch nicht die Versicherungsleistung festgesetzt hat, an einer Vermögensverfügung, also einem rechtlichen oder tatsächlichen Handeln, Dulden oder Unterlassen,⁶⁸ das unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinn führt.

Ein *vollendeter Versicherungsbetrug* liegt vor, wenn der Versicherer eine Versicherungsleistung irrtumsbedingt festgesetzt hat. Der *Vermögensschaden* ist verhältnismäßig einfach zu bestimmen, da er in der zu Unrecht festgesetzten Versicherungsleistung besteht.

Schließlich ist der *Versicherungsbetrug beendet*, wenn der Versicherungsnehmer bzw. ein Dritter die erstrebte Versicherungsleistung tatsächlich erlangt hat.

IV. Fazit

Beim Versicherungsbetrug ist die Differenzierung zwischen *Eingehungs- und Erfüllungsbetrug* nicht durchführbar. Der *Abschluss* einer Versicherung in der „bösen Absicht“, einen Versicherungsfall zu fingieren, betrifft nur das Vorbereitungsstadium. Der *Versuch* des Betrugs beginnt erst, wenn die Versicherungsleistung geltend gemacht und hierbei getäuscht wird. Der Betrug ist *vollendet*, wenn der Versicherer die Versicherungsleistung irrtumsbedingt festsetzt, und *beendet*, wenn der Versicherungsnehmer bzw. ein Dritter diese erlangt hat.

⁵⁸ Vgl. nur *Armbrüster*, in: Prölss/Martin (Fn. 37), § 74 Rn. 18.

⁵⁹ Vgl. RGSt 48, 186, 189.

⁶⁰ BT-Drs. 16/3945 S. 78.

⁶¹ Vgl. auch *Brambach*, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski (Fn. 40), § 74 Rn. 29: „Betrugspräventionsgründe“.

⁶² BGH NJW 1985, 1563 f.

⁶³ Vgl. BGH NJW 1985, 1563, 1564 mwN.

⁶⁴ BGH NJW 1985, 1563 f.

⁶⁵ BGH NJW 1985, 1563, 1564.

⁶⁶ BGH NJW 1985, 1563, 1564.

⁶⁷ Nach BGH NJW 1985, 1563 kam es „nur – aus ‚betriebsinternem Versehen‘ – in einem Falle“ zu einer Leistung.

⁶⁸ Vgl. nur *Beukelmann*, in: BeckOK (Fn. 31), § 263 Rn. 31.

Nichtöffentlich geführte Selbstgespräche und der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Besprechung zu BGH 2 StR 509/10 – Urteil vom 22. Dezember 2011
(LG Köln) = HRRS 2012 Nr. 268

Von Wiss. Ass. Dr. Christian Ernst und Wiss. Mit. Jan Sturm, Bucerius Law School (Hamburg)

I. Das Urteil des BGH vom 22.12.2011

Der Angeklagte tötete nach Erkenntnis des Landgerichts gemeinsam mit seiner Schwester und seinem Schwager seine Ehefrau, weil er als Folge des Streits mit ihr den Kontakt zu dem gemeinsamen Sohn zu verlieren drohte. Im Rahmen einer verdeckten akustischen Überwachungsmaßnahme wurden mehrere Selbstgespräche des Angeklagten aufgezeichnet, die er führte, als er sich alleine in seinem Auto befand. Die in diesem Zusammenhang gemachten Äußerungen des Angeklagten wertete das Landgericht als geständnisgleiches Indiz für die Tötung. Dabei ging es davon aus, dass der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung durch die Verwertung nicht berührt werde. Auf die Revision des Angeklagten hin löste der BGH den Konflikt zwischen Strafverfolgungsinteressen und höchstpersönlichem Bereich dahingehend, dass er für das nichtöffentlich geführte Selbstgespräch ein selbständiges Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen annahm. Dieses Beweisverwertungsverbot erstreckte er auch auf die Mitangeklagten, obwohl sie nicht unmittelbar von der akustischen Überwachungsmaßnahme betroffen waren.

Die folgende Besprechung beschränkt sich auf eine Auseinandersetzung mit der Annahme des BGH, der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung sei betroffen, und konzentriert sich dabei auf eine verfassungsrechtliche Bewertung. Dazu wird die Rechtsprechung des BVerfG zum Kernbereich privater Lebensgestaltung (II.) sowie die Begründung des BGH für die Annahme des Kernbereichs (III.) dargestellt. Schließlich gilt es zu hinterfragen, ob sich diese Begründung mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbaren lässt (IV.).

II. Rechtsprechung des BVerfG zum Kernbereich privater Lebensgestaltung

Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet, dass der Einzelne selbst bestimmen kann, „wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachver-

halte offenbart werden“.¹ Eine staatliche Informationserhebung, die in diesen Bereich des persönlichen Lebens eindringt, stellt sich als Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar, sofern nicht ein spezielleres Freiheitsrecht wie etwa Art. 10 GG oder Art. 13 GG vorrangig einschlägig ist. Auch das Abhören, Aufzeichnen und Verwerten eines Selbstgesprächs zählt zu den Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.² Zugunsten des Bürgers besteht das Erfordernis einer verhältnismäßigen und insgesamt verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage.³ Schon seit jeher geht das BVerfG aber darüber hinaus davon aus, dass im Bereich der Grundrechtsausübung „ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist“.⁴ Auf diesen Kernbereich der privaten Lebensgestaltung kann auch durch überwiegende Allgemeininteressen nicht zugegriffen werden.⁵ Das BVerfG verortet ihn typischerweise im allgemeinen Persönlichkeitsrecht, möglich erscheint aber auch die Gewährung eines Kernbereichs durch spezielle Freiheitsrechte.⁶ Zur Begründung der Unantastbarkeit des Kernbereichs wird sowohl auf die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG als auch auf die in Art. 1 Abs. 1 GG verbrieften und nach Art. 79

¹ BVerfGE 65, 1 (41 f.) m.w.N.; 80, 367 (373). Vgl. umfassend für die Entwicklung des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung (2011), S. 23 ff. m.w.N.

² BGH NJW 2012, 945 Tz. 14 = HRRS 2012 Nr. 268; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. (2010), Art. 2 Rn. 174, 179 f.; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 11. Aufl. (2011), Art. 2 Rn. 53; zur Differenzierung zwischen staatlicher Kenntnisnahme und Verwertung *Lorenz* GA 1992, 254 (260).

³ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 64. EL 2012, Art. 2 Rn. 181.

⁴ BVerfGE 6, 32 (41).

⁵ BVerfGE 6, 32 (41); 34, 238 (246); 35, 202 (220); 80, 367 (373); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Fn. 2), Art. 2 Rn. 62; vgl. *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2. Aufl. (2004), Art. 2 Abs. 1 Rn. 87; vgl. außerdem die Nachweise unten Fn. 66.

⁶ Vgl. BVerfGE 109, 279 (318) = HRRS 2004 Nr. 170; BVerfG NJW 2007, 1865 Tz. 18 = HRRS 2007 Nr. 128; *Dammann* (Fn. 1), S. 26 f.

Abs. 3 GG unabänderliche Menschenwürdegarantie verwiesen.⁷

Obwohl der Kernbereich dem Grundrechtsträger einen absoluten Schutz, frei von einer Abwägung mit widerstreitenden Rechten, gewähren soll, lässt sich der Rechtsprechung bislang kaum eine allgemein-generelle Zuordnung konkreter Verhaltensweisen zum Kernbereich entnehmen. Die weitergehende Bestimmung des Kernbereichs – und damit die konkrete Frage, ob Selbstgespräche einem absoluten Schutz unterfallen – bleibt einer Rechtsprechung überlassen, die sich anhand von Einzelfällen schrittweise vorantastet.⁸

Im Mikrozensus-Beschluss stellte das BVerfG heraus, dass dem Einzelnen ein „Innenraum“ verbleiben muss, in dem er „sich selbst besitzt“ und zu dem „die Umwelt keinen Zutritt hat“.⁹ Die streitbefangene Repräsentativbefragung zu Urlaubs- und Erholungsreisen sollte unter anderem deshalb nicht diesem geschützten innersten (Intim-) Bereich unterfallen, weil es sich um Informationen handle, die auch ohne eine Befragung zu ermitteln gewesen wären und so der Außenwelt ohnehin zugänglich gewesen seien.¹⁰ Dieses Verständnis des Kernbereichs privater Lebensgestaltung als *forum internum* setzte das BVerfG bei seiner Auseinandersetzung mit dem Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter fort. Diejenigen Informationen, die ein Klient im Rahmen eines Beratungsgesprächs einem Sozialarbeiter anvertraue, seien schon deshalb nicht dem Kernbereich zuzuweisen, weil der innerste Bereich durch eine freiwillige Informationsmitteilung an einen anderen verlassen werde.¹¹ Diese Rechtsprechung stellte dem absolut geschützten Kernbereich das Kriterium des Sozialbezugs gegenüber, das bis dahin nicht beim Schutz vor Informationseingriffen, sondern lediglich im Rahmen des Verbots von bestimmten Handlungen und Verhaltensweisen herangezogen worden war.¹² Der Sozialbezug einer Handlung, der deren rechtliche Erfassung erlaubt, war danach schon dann anzunehmen, wenn die Handlung in den Bereich eines anderen Menschen einwirkt und dessen Persönlichkeitssphäre berührt.¹³ Diese schematische Sichtweise erleichterte zwar die Bestimmung des Kernbereichs, beschränkte diesen aber gleichzeitig auch auf ein *forum internum* und berücksichtigte nicht ausreichend, dass der private Rückzugsbereich regelmäßig auch ein soziales und kommunikatives Element enthält.¹⁴

Dies erkannte das BVerfG in seinem Tonbandaufnahme-Beschluss¹⁵ an. Auch ein Sachverhalt mit kommunikativen

Elementen und ausdrücklichem sozialen Bezug könne dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen.¹⁶ Allein der Sozialbezug einer Information führt danach nicht schon dazu, dass diese dem Kernbereich vorenthalten sein muss.¹⁷ Durch die Aufhebung der Beschränkung des Kernbereichs auf ein *forum internum* und damit zusammenhängend die Abkehr von der Betrachtung der äußeren Informationsumstände bedurfte es jedoch eines anderen Abgrenzungsmerkmals. Dieses fand das BVerfG im Inhalt der Information. Darauf aufbauend wies es die geschäftliche Unterredung, die Gegenstand des Tonbandaufnahme-Beschlusses war, mangels höchstpersönlicher Inhalte nicht dem Kernbereich zu.¹⁸

Diese Zuwendung zum Kriterium des Inhalts der Information bekräftigte das BVerfG im Tagebuch-Beschluss¹⁹. Erneut betonte es, dass der Mensch notwendigerweise in sozialen Bezügen bestehe und deshalb auch daraus resultierende Informationen prinzipiell zum Kernbereich gehören könnten.²⁰ Zugleich konkretisierte es das maßgebliche Kriterium des Informationsinhalts. Auch wenn sich die Entscheidungsfindung letztendlich aufgrund einer Stimmgleichheit i.S.d. § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG ergab, so war sich der Senat einig, dass Informationen, die in einem unmittelbaren Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen stehen, dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung nicht angehören.²¹ Absoluten Schutz gegenüber staatlichen Eingriffen erlangten damit nur solche Sachverhalte, die für den Staat ohnehin kaum von Interesse waren.²²

Jenseits des gemeinsamen Ausgangspunkts bestand ein Dissens im Senat. Die vier entscheidungstragenden Richter erkannten die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen eines wegen Mordes an einer Frau Angeklagten an, die mehrere Monate vor den Taten entstanden waren, obwohl diese lediglich allgemeine Aussagen zu dessen gestörtem Verhältnis zu Frauen enthielten. Zum einen spreche schon gegen die Einschlägigkeit des Kernbereichs, dass der Angeklagte durch das schriftliche Niederlegen in einem Tagebuch seine Gedanken aus dem beherrschten Innenbereich entlassen und Zugriffsmöglichkeiten für Dritte geschaffen habe. Dessen ungeachtet wiesen die niedergelegten Ausführungen jedenfalls einen unmittelbaren Straftatenbezug auf.²³ Im Gegensatz zu dieser Auffassung, die faktisch einen mittelbaren Bezug zur konkret strafbaren Handlung ausreichen ließ,²⁴ verneinten die vier unterlegenen Richter schon aufgrund der zeitlichen Abfolge die Unmittelbarkeit des Straftatenbezugs und ließen sich außerdem dahingehend ein, dass die Frage des Mediums für die Höchstpersönlichkeit der Information keine Rolle spiele.²⁵

⁷ BVerfGE 6, 32 (41); 27, 1 (6); 27, 344 (350 f.); 32, 373 (378); 34, 238 (245); 80, 367 (373 f.).

⁸ So ausdrücklich BVerfGE 34, 238 (248). Ausführlich zur Darstellung der folgenden Entwicklung Dammann (Fn. 1), S. 36 ff.

⁹ BVerfGE 27, 1 (6) unter Verweis auf Wintrich, Die Problematik der Grundrechte (1957), S. 15 f.

¹⁰ BVerfGE 27, 1 (8).

¹¹ BVerfGE 33, 367 (377).

¹² Dammann (Fn. 1), S. 37.

¹³ BVerfGE 6, 389 (433).

¹⁴ Steltzer, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991), S. 52; Dammann (Fn. 1), S. 37; Schulz, Änderungsfeste Grundrechte (2008), S. 107.

¹⁵ BVerfGE 34, 238.

¹⁶ BVerfGE 34, 238 (245 ff.).

¹⁷ Vgl. Lammer, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess (1992), S. 75.

¹⁸ BVerfGE 34, 238 (248).

¹⁹ BVerfGE 80, 367.

²⁰ BVerfGE 80, 367 (374).

²¹ BVerfGE 80, 367 (375).

²² So auch Enders, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), GG, Stand: 37. EL 2012, Art. 1 Rn. 88; Gusy, in: FS Folz (2003), S. 103 (105 f.).

²³ BVerfGE 80, 367 (376).

²⁴ So auch Dammann (Fn. 1), S. 42.

²⁵ BVerfGE 80, 367 (381).

In der Entscheidung zum Großen Lauschangriff²⁶ bestätigte das BVerfG die Relevanz des Informationsinhalts. Das Gericht baute nunmehr darauf auf, dass ein absolut geschützter Kernbereich privater Lebensgestaltung auch in sozialen Bezügen existieren kann, es präzisierte aber sein Verständnis zum unmittelbaren Straftatenbezug, der einer Zuordnung von Informationen zum Kernbereich entgegensteht. Erheblich näher an der im Tagebuch-Beschluss noch unterlegenen Auffassung liegend, spricht das BVerfG nun deutlich aus, dass nicht jedwede Verknüpfung zwischen der Information und dem Verdacht einer Straftat genügt.²⁷ Wenn die Informationen lediglich mögliche Ursachen oder Beweggründe für Straftaten enthalten, reicht dies nicht aus. Der geforderte unmittelbare Straftatenbezug erhält mit diesem Verständnis eine restriktivere Deutung.

Das BVerfG sah sich durch die inhaltsbezogene Vorgehensweise aber mit dem Problem konfrontiert, dass schon die Ermittlung des Inhalts einer Information die Grundrechte und gegebenenfalls den Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt, dieser Schritt aber zur Bewertung des Sozial- und Straftatenbezugs erst notwendig ist.²⁸ Schon im Vorfeld erfordert dies eine Prognose, ob die Informationsermittlung einen Eingriff in den Kernbereich darstellt. Hierzu entwickelte das BVerfG in seiner Entscheidung zum Großen Lauschangriff Indikatoren, im Einzelnen die Art der überwachten Räumlichkeiten und die Anwesenheit von Personen des höchstpersönlichen Vertrauens als tatsächliche Anhaltspunkte.²⁹ Diese Indikatoren stellen aber keine eigenständigen Kriterien zur Bestimmung des Kernbereichs, sondern lediglich Hinweise auf den maßgeblichen Inhalt dar.

III. Kernbereichszuordnung in der Rechtsprechung des BGH

An der entscheidenden Bedeutung des Inhalts und insbesondere des unmittelbaren Straftatenbezugs hält das BVerfG bis heute fest.³⁰ Der BGH hatte sich in seiner Entscheidung zum Raumgespräch zwar noch toleranter gezeigt und eine Unterhaltung zwischen Eheleuten in der ehelichen Wohnung dem absolut geschützten Kernbereich zugerechnet, ohne einen unmittelbaren Straftatenbezug besonders zu berücksichtigen.³¹ Diese Entscheidung erging jedoch vor dem Tagebuch-Beschluss des BVerfG. Im Anschluss daran setzte der BGH die verfassungsrechtlichen Vorgaben weitgehend um und verneinte den Kernbereich wegen eines unmittelbaren Straftaten-

bezugs in verschiedenen Fällen.³² Auch der Gesetzgeber hat den Straftatenbezug mittlerweile in § 100c Abs. 4 S. 3 StPO als einen Grund aufgegriffen, der eine Zuordnung zum Kernbereich privater Lebensgestaltung in der Regel ausschließt.

Für Selbstgespräche hat der BGH allerdings in nunmehr zwei Entscheidungen abweichende Maßstäbe etabliert. Bei nichtöffentlich geführten Selbstgesprächen soll nämlich der Inhalt nicht maßgeblich sein, ein unmittelbarer Straftatenbezug soll der Kernbereichszuordnung nicht entgegenstehen. Den Anfang machte der BGH in seiner Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung.³³ Hier wurden Selbstgespräche des Angeklagten aufgezeichnet, die er in einem Krankenzimmer führte. Der Inhalt der Selbstgespräche wurde von der Tatsacheninstanz als Belastungsindiz gewertet. Der BGH hat die aufgezeichneten Selbstgespräche als Bestandteil des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung gewertet und deshalb ihre Verwertung zu Beweis Zwecken abgelehnt.³⁴ Auch wenn die Selbstgespräche inhaltlich einen Straftatenbezug aufwiesen, stellte der BGH maßgeblich auf äußere Umstände ab.³⁵ Da der Angeklagte seine innersten Gedanken nicht wie in einem Tagebuch schriftlich festgehalten habe, bestehe auch nicht die Gefahr einer unkontrollierten Preisgabe, vielmehr trete der Wille zur Geheimhaltung deutlich zu Tage. Aufgrund der fehlenden Verdinglichung sei das Selbstgespräch dem unantastbaren Kernbereich zuzuordnen. Für den notwendigen Sozialbezug sei vor allem auf die Kommunikation mit einer anderen Person abzustellen, dies fehle jedoch gerade in einem Selbstgespräch.

Diese Rechtsprechung setzt der BGH mit dem Urteil vom 22.12.2011 fort. Erneut ist bemerkenswert, dass der BGH ausdrücklich darauf hinweist, dass es bei einem Selbstgespräch nicht entscheidend auf den inhaltlichen Sozialbezug und damit einen Straftatenbezug ankommt, sondern auf äußere Umstände der Informationspreisgabe.³⁶ Eine Zuordnung zum Kernbereich nahm der BGH dementsprechend anhand der Kriterien Eindimensionalität der Selbstkommunikation, Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation, mögliche Unbewusstheit der Äußerungen im Selbstgespräch, Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken und der Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes vor.³⁷ Kriterien, die sich auf den Inhalt des Gesprächs beziehen, fehlen vollständig. Sowohl reinen Gedanken als auch Gedankenäußerungen im nichtöffentlichen Selbstgespräch fehle ein Sozialbezug. Letztendlich entscheide deshalb in diesem Bereich der Grundrechtsträger über den Kernbereichsschutz, indem er bestimmte Informationen der Öffentlichkeit zugänglich mache.³⁸ Es sind damit Situationen denkbar, in denen der BGH trotz vorhandenen Straftatenbezugs den äußeren Informationsumständen den Vorzug gibt und eine Verwertbarkeit der gewonnenen Informationen im Strafprozess verneint.

²⁶ BVerfGE 109, 279.

²⁷ BVerfGE 109, 279 (319); vgl. *Dammann* (Fn. 1), S. 43.

²⁸ Kritik an der Rspr. daher im Sondervotum der Richterinnen *Jäger* und *Hohmann-Dennhardt*, BVerfGE 109, 382 (383) sowie bei *Lammer* (Fn. 17), S. 79; *Lepsius* Jura 2005, 433 (439); *P. Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, 2. Aufl. (2010), S. 395; *Dammann* (Fn. 1), S. 49 f., der von fehlender „Eingriffsresistenz“ spricht.

²⁹ BVerfGE 109, 279 (320 ff.).

³⁰ BVerfGE 113, 348 (391) = HRRS 2005 Nr. 718; BVerfG NJW 2009, 2431 Tz. 90 = HRRS 2009 Nr. 800.

³¹ BGHSt 31, 296 (300).

³² BGH NStZ 1995, 79 (80 f.); NStZ 1998, 635; NStZ 2000, 383; NJW 2009, 2463 Tz. 29 f. = HRRS 2009 Nr. 745; vgl. BGH NJW 1998, 3284 (3286).

³³ BGHSt 50, 206 = HRRS 2005 Nr. 722.

³⁴ BGHSt 50, 206 (210).

³⁵ BGHSt 50, 206 (212 ff.).

³⁶ BGH NJW 2012, 945 Tz. 16.

³⁷ BGH NJW 2012, 945 Tz. 14.

³⁸ BGH NJW 2012, 945 Tz. 15, 19.

Dies führt zur Frage, ob diesem Vorgehen die dargestellte Rechtsprechung des BVerfG entgegensteht.

IV. Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des BVerfG

1. Ausdrückliche Vorgaben des BVerfG zur Behandlung von Selbstgesprächen?

Ob die Verwertung eines nichtöffentlich geführten Selbstgesprächs eine Grundrechtsverletzung wegen Eingriffs in den Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt, hatte das BVerfG noch nicht zu entscheiden. Gleichwohl nehmen einige Autoren an, dass BVerfG habe in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der akustischen Wohnraumüberwachung (Großer Lauschangriff) auch die Kernbereichszuordnung eines Selbstgesprächs dem Vorbehalt unmittelbaren Straftatenbezugs unterstellt.³⁹ In der Entscheidung heißt es:⁴⁰ „Aufzeichnungen oder Äußerungen im Zwiegespräch, die zum Beispiel ausschließlich innere Eindrücke und Gefühle wiedergeben und keine Hinweise auf konkrete Straftaten enthalten, gewinnen nicht schon dadurch einen Gemeinschaftsbezug, dass sie Ursachen oder Beweggründe eines strafbaren Verhaltens freizulegen vermögen. Ein hinreichender Sozialbezug besteht demgegenüber bei Äußerungen, die sich unmittelbar auf eine konkrete Straftat beziehen. Ein Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Wohnungen hat zur Vermeidung von Eingriffen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu unterbleiben, wenn sich jemand allein oder ausschließlich mit Personen in der Wohnung aufhält, zu denen er in einem besonderen, den Kernbereich betreffenden Vertrauensverhältnis steht – etwa mit Familienangehörigen oder sonstigen engsten Vertrauten – und es keine konkreten Anhaltspunkte gibt, dass die zu erwartenden Gespräche nach ihrem Inhalt einen unmittelbaren Bezug zu Straftaten aufweisen.“

Mit einigem exegetischen Witz argumentieren diese Autoren, die zitierte Passage beziehe das Selbstgespräch ein. Da das Gericht im letzten Satz auch Situationen des Alleinseins in der Wohnung thematisiere und die zweite Satzhälfte von „zu erwartenden Gespräche[n]“ handle, müsse das Selbstgespräch mitumfasst sein. Jedoch lässt sich dieser Satzteil zwanglos auch so verstehen, dass er sich lediglich auf die Variante des Zusammenseins mit Vertrauenspersonen bezieht.⁴¹ Der BGH hat in der Kran-

kenzimmerentscheidung mit Recht festgestellt, dass das Verfassungsgericht bei der Frage eines Sozialbezugs aufgrund strafatbezogenen Inhalts primär auf die Kommunikation mit anderen Personen abgestellt habe.⁴²

Eine ausdrückliche entgegenstehende Direktive des Verfassungsgerichts zur Kernbereichszuordnung von Selbstgesprächen liegt also nicht vor.⁴³ Besteht jedoch eine konzeptionelle Unvereinbarkeit von inhaltsbezogenem Ansatz des BVerfG und der vom BGH etablierten Ausnahme für Selbstgespräche?

2. Der Grund der Kernbereichsausnahme bei unmittelbarem Straftatenbezug

Die folgenden Überlegungen gehen der Frage nach, ob es überzeugende Gründe gibt, bei einem nichtöffentlichen Selbstgespräch den Vorbehalt eines unmittelbaren Straftatenbezugs nicht anzuwenden. Um einen Maßstab für die Antwort zu gewinnen, muss nach dem Grund für den Kernbereichsausschluss strafatbezogener Äußerungsinhalte gesucht werden. Dabei kommen zwei Begründungsansätze in Frage: Zum einen kann eine Deutung als immanente Grenze des Höchstpersönlichen versucht werden, zum anderen kann der Vorbehalt als externe Begrenzung, nämlich als Aktualisierung von Strafverfolgungsinteressen verstanden werden.

a) Immanente Grenze des Höchstpersönlichen

Folgt schon aus dem positiven Grundgedanken der Kernbereichsfigur jener Vorbehalt als immanente Begrenzung? Dasjenige, was höchststrangig, der Einschränkung enthobene Bedeutung genießt, ist nach dem verfassungsgerichtlichen Grundansatz die höchstpersönliche Entfaltung des einzelnen Menschen.⁴⁴ Was höchstpersönlich ist, beschreibt das BVerfG nicht abschließend, sondern nur beispielhaft. Es nennt Gefühlsäußerungen, Äußerungen des höchstpersönlichen Erlebens, Ausdrucksformen der Sexualität,⁴⁵ das seelsorgliche Gespräch mit einem Geistlichen.⁴⁶ Wie schon deutlich wurde⁴⁷, ist Höchstpersönlichkeit keine Qualität, die nur Sachverhalte aufweisen, bei denen ein Individuum mit sich allein ist⁴⁸ – Höchstpersönlichkeit kann auch eine Qualität von einverständlicher Interaktion sein.⁴⁹ Ein

näher, „Äußerungen“ als zusammenfassende Bezeichnung für „Aufzeichnungen und Äußerungen im Zwiegespräch“ zu verstehen.

⁴² BGHSt 50, 206 (212).

⁴³ In der Kammerentscheidung BVerfG NJW 2007, 2753 Tz. 47 = HRRS 2007 Nr. 646 wird das Urteil BGHSt 50, 206 sogar als Beispiel fachgerichtlicher Konkretisierung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung erwähnt. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Entscheidung des BGH findet sich a.a.O. freilich nicht.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 109, 279 (313).

⁴⁵ BVerfGE 109, 279 (313).

⁴⁶ BVerfGE 109, 279 (322).

⁴⁷ S. o. II.

⁴⁸ BVerfGE 109, 279 (319).

⁴⁹ Siehe insbesondere Podlech, in: Alternativ-Kommentar GG, 3. Aufl., Stand: GW 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 53, 38 (dort das folgende Zitat): „Privatheit ist keine Sache des isoliert gedachten Individuums, die durch Kommunikation mit anderen, die durch einen Sozialbezug verloren geht. Privatheit

³⁹ Ein solches Verständnis der Ausführungen des BVerfG findet sich bei Dammann (Fn. 1), S. 106 f.; Kolz NJW 2005, 3248 (3249). Vgl. auch Rogall, in: FS G. Fezer (2008), S. 61 (68 ff., insbes. 70 bei Fn. 51), der seine Überlegungen zu § 100c Abs. 4 S. 3 StPO anstellt, dabei aber auf BVerfGE 109, 279 (319) Bezug nimmt und annimmt, die Anwendung des Vorbehalts eines unmittelbaren Straftatenbezugs auch auf Selbstgespräche entspreche den Vorstellungen des BVerfG.

⁴⁰ BVerfGE 109, 279 (319 f.), Gliederungspunkte ausgespart.

⁴¹ Des Weiteren könnte man versuchen, aus der Verwendung von „Äußerungen im Zwiegespräch“ einerseits und „Äußerungen“ andererseits zu schlussfolgern, dass das BVerfG auch Selbstgespräche einbeziehe, wenn es nur von „Äußerungen“ spreche. Angesichts des Kontextes liegt es aber

Übergriff in die Rechtssphäre anderer kann dagegen keinen höchstpersönlichen Charakter haben. Das BVerfG drückt diesen Zusammenhang wie folgt aus: Die Kernbereichszuordnung hänge davon ab, ob der Sachverhalt nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters sei, also auch davon, in welcher Art und Intensität er *aus sich heraus* die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berühre.⁵⁰ Geboten ist damit eine Unterscheidung zwischen der Beeinträchtigung der Sphäre Dritter durch einen Sachverhalt „aus sich heraus“ (immanente Grenze) und dem von außen an einen höchstpersönlichen Sachverhalt herangetragenen öffentlichen Interesse an Kenntnisnahme und Verwertung (woraus keine Begrenzungsmöglichkeit des Höchstpersönlichen resultiert).⁵¹ Höchstpersönlichkeit lässt sich damit nicht reklamieren für ein Verhalten, das andere – insbesondere durch Straftaten – verletzt.

Doch was folgt daraus für eine *Äußerung*, die eine vergangene Straftat thematisiert? Dass diese nicht dem Kernbereich unterfallen kann, wird in den Entscheidungen des BVerfG zwar postuliert, aber nicht begründet.⁵² In einem handfesten Sinne beeinträchtigt ein Tagebucheintrag, ein Selbst- oder Zwiegespräch über eine begangene Tat⁵³ aus sich heraus keinen anderen⁵⁴ – und zwar unabhängig davon, ob die begangene Tat berichtet, bereut oder bejubelt wird. Hinzu kommt, dass – anders als im Rahmen eines Zwiegesprächs – die in einem Selbstgespräch getätigte Äußerung mit dem sich Äußernden keinen eigentlichen Empfänger hat. Der Inhalt der Äußerung kann eine zukünftige Entscheidung nicht beeinflussen, was typisches Merkmal einer Information wäre,⁵⁵ weil der sich Äußernde selbst gleichzeitig Informationsträger ist und ihm der Inhalt schon bekannt ist. Mangels eines Empfängers fehlt es einem Selbstgespräch auch insofern an einem sozialen Bezug. Dies spricht der BGH für das

Selbstgespräch auch deutlich aus:⁵⁶ „Den Gedanken fehlt aus sich heraus die Gemeinschaftsbezogenheit, die jenseits des Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung liegt. Gleiches gilt für die Gedankenäußerung im nicht öffentlich geführten Selbstgespräch“.

Ist der Vorbehalt eines unmittelbaren Straftatenbezugs dann überhaupt als immanente Grenze erklärlich? *Dammann* will die immanente Grenze des Kernbereichsschutzes für den Sachverhalt, der Gegenstand einer Äußerung ist, auf die Äußerung selbst übertragen. Zur Begründung zieht er den „informationsrechtlichen Grundsatz“ heran, „dass Informationen nur soweit schutzwürdig sind wie das Verhalten, auf das sie sich beziehen.“⁵⁷ Diese Prämisse wird von *Dammann* allerdings nicht weiter begründet.⁵⁸ Selbst wenn man unterstellt, sie wäre richtig, wird sich aus ihr allein nicht ableiten lassen, eine Äußerung über Straftaten falle stets aus dem Kernbereich. Nicht jede Äußerung lässt sich schlicht auf die Informationen reduzieren, die sie über das Tatgeschehen vermittelt. Vielmehr kann auch ein Tagebucheintrag, ein Zwie- oder Selbstgespräch mit unmittelbarem Straftatenbezug Teil einer moralischen Reflexion sein, in einem Zwiegespräch mag die Mitteilung auch ein Vertrauensbeweis oder Selbstinszenierung sein.⁵⁹

Weiter führt möglicherweise der Ansatz, das jeweils gesteigert schutzbedürftige Moment herauszuarbeiten, welches das Führen eines Tagebuchs, das Selbstgespräch oder das Zwiegespräch mit Vertrauenspersonen aufweist.⁶⁰ Hinsichtlich des Verfassens eines Tagebuchs sieht *Lorenz* die „gewissenhafte Selbststabilisierung“ als dessen „zentralen materialen Wert“ an.⁶¹ Legt man dies zugrunde, kann auch ein Eintrag mit unmittelbarem Straftatenbezug Ausdruck dessen sein, was am Verfassen eines Tagebuchs absolut schutzbedürftig erscheint, insofern der Eintrag nämlich der Auseinandersetzung mit eigener

ist eine mögliche Eigenschaft des Umgangs mit anderen.“
Siehe auch BVerfGE 109, 279 (314, 319); 80, 367 (374).

⁵⁰ BVerfGE 109, 279 (314); vgl. BVerfGE 80, 367 (374); vgl. auch *Baldus* JZ 2008, 218 (223).

⁵¹ Diese Differenzierung unterlässt *Rogall*, in: FS G. Fezer (Fn. 39), S. 61 (75). Nach ihm verliert das Höchstprivate seinen Charakter „auch durch das öffentliche Interesse, das an seiner Kenntnisnahme besteht“. Gegen eine derartige Argumentation *Lammer* (Fn. 17), S. 98.

⁵² *Baldus* JZ 2008, 218 (224); *Schulz* (Fn. 14), S. 107.

⁵³ Für die Planung einer Tat wird man anderer Meinung sein können, da es sich insoweit um die Vorbereitung einer Rechtsverletzung handelt, vgl. *Schulz* (Fn. 14), S. 108; *Guttenberg* NJW 1993, 567 (572). – Jedenfalls eine Verwendung zu Gefahrenabwehrzwecken wird im Ergebnis weithin nicht als Kernbereichsverletzung angesehen: *Lammer* (Fn. 17), S. 138; *Lindemann* JR 2006, 191 (198); vorsichtig („allenfalls zum Zwecke der Gefahrenabwehr“) *Kolz* NJW 2005, 3248 (3249); umfangr. Nw. bei *Dammann* (Fn. 1), S. 125-133; auch eine präventive Nutzung ablehnend *Ellbogen* NStZ 2006, 180.

⁵⁴ Zum Tagebuch *Amelung* NJW 1990, 1756; allgemein zu Manifestationen des *forum internum*, die nicht zur Kenntnisnahme bestimmt sind, *Lammer* (Fn. 17), S. 97 f.; zu Gesprächen und Aufzeichnungen *Lindemann* JR 2006, 191 (197 f.).

⁵⁵ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (2000), S. 9 (12); *Schock*, in: VVDStRL 57 (1998), 158 (166 f.); *Vesting*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2 (2008), § 20 Rn. 18.

⁵⁶ BGH NJW 2012, 945 Tz. 15; ebenso schon BGHSt 50, 206 (213); zustimmend *Jahn/Geck* JZ 2012, 561 (564).

⁵⁷ *Dammann* (Fn. 1), S. 190 (Hervorhebungen ausgelassen); ähnlich, wenngleich nicht so explizit *Warg* NStZ 2012, 237 (239).

⁵⁸ Es findet sich nur der Hinweis auf *Podlech*, in: *Alternativ-Kommentar GG* (Fn. 49), Art. 2 Abs. 1 Rn. 37, der dort im Jahr 2001 in Kritik der Sphärentheorie der Rechtsprechung schreibt (Nw. ausgelassen): „Daß diese Konzeption [scil. Sphärentheorie] nicht unmodifiziert einer Interpretation des Grundrechts zugrunde gelegt werden kann, zeigt [...] der Umstand, daß das BVerfG die Formel vom ‚unantastbaren Bereich‘ zwar ritual-ähnlich wiederholt [...], aber bis auf einen Fall, in dem die Berufung auf den unantastbaren Kernbereich auch nicht entscheidend wurde, auch nur beispielhaft angegeben hat, welches menschliche Verhalten hierunter fallen könnte. Dies ist nicht verwunderlich. Die langjährige Datenschutzdiskussion um die Kategorisierung personenbezogener Informationen als sensibel oder nichtsensibel hat zu dem Ergebnis geführt, daß es kein Verhalten und somit auch keine Information über ein solches Verhalten gibt, für das nicht im Einzelfall Situationen angebar sind, die einen hoheitlichen Eingriff legitim erscheinen lassen und für welchen Eingriff auch bereits jetzt schon Rechtsgrundlagen bestehen.“ Vgl. auch *Schulz* (Fn. 14), S. 107.

⁵⁹ Vgl. auch *Schulz* (Fn. 14), S. 108.

⁶⁰ Vgl. *Lorenz* GA 1992, 254 (259).

⁶¹ *Lorenz* GA 1992, 254 (271). In diese Richtung auch *Schulz* (Fn. 14), S. 107 f.

Schuld dient (ein Teil davon kann auch die Schilderung eines Tathergangs sein).⁶² Eine Herausnahme unmittelbar straftatenbezogener Tagebuchinhalte aus dem Kernbereichsschutz lässt sich auf diese Weise nicht erklären, sondern allenfalls kritisieren. Fragt man mit diesem Ansatz nach dem gesteigert schutzbedürftigen Moment des Selbstgesprächs, so wird man in der neuen BGH-Entscheidung fündig. Der BGH hebt die untrennbare Verbindung von Denken und Sprache hervor, charakterisiert das nichtöffentlich geführte Selbstgespräch als „lautes Denken“ und betont, dass Denken eine menschliche Existenzbedingung ist.⁶³ Auch beim Selbstgespräch ist der Vorbehalt unmittelbaren Straftatenbezuges dann nicht als immanente Grenze erklärlich.⁶⁴ Vieles spricht daher dafür, dass der Straftatenbezug als Aktualisierung eines gegenläufigen Interesses und damit als externe Begrenzung verstanden werden muss.

b) Aktualisierung von Strafverfolgungsinteressen

Mehrere Autoren deuten den Vorbehalt als Zugeständnis an Strafverfolgungsinteressen.⁶⁵ Häufig wird damit eine Methodenkritik mit einem Zug ins Grundsätzliche verknüpft: Es handle sich bei diesem Vorbehalt um eine Grenzziehung durch kollidierende Interessen, der eine verkappte Abwägung vorausliege.⁶⁶ Die Abwägung werde nicht offen durchgeführt, vielmehr werde ihr Ergebnis als Grenze des Kernbereichs ausgegeben, um verbal dessen „absolutes Schutz“ hochhalten zu können.⁶⁷ Das absolut Geschützte dürfe aber nicht durch Abwägung bestimmt werden.⁶⁸ Es kann hier nicht erörtert werden, inwiefern

⁶² Vgl. *Baldus* JZ 2008, 218 (224).

⁶³ BGH NJW 2012, 945 Tz. 15 unter Verweis auf *Tönnies*, Selbstkommunikation (1994), S. 16.

⁶⁴ Das Selbstgespräch wird vom BGH – über die Nichtanwendbarkeit des Vorbehalts eines unmittelbaren Straftatenbezugs hinaus – völlig inhaltsunabhängig als kernbereichszugehörig charakterisiert, was in der Konsequenz der weitgehenden Parallelisierung mit dem bloßen Denken liegt. Inwiefern – wie in der Krankenzimmerentscheidung – auch emotional aufgeladene Überlegungen zu alternativen Tötungsmethoden im Nachgang der Tat als höchstpersönliche, absoluten Schutzes bedürftige Äußerungen anzusehen sind, darüber lässt sich trefflich streiten. Höchstpersönlichkeit verneinend *Rogall*, in: FS G. Fezer (Fn. 39), S. 61 (67); bejahend BGHSt 50, 206 (212 f.), zustimmend *Ellbogen* NStZ 2006, 180: „Der BGH hat das Selbstgespräch zutreffend diesem Bereich zugeordnet, da E mit diesem versucht hat, seine Probleme zu verarbeiten und innere Spannungen abzubauen.“

⁶⁵ *Dammann* (Fn. 1), S. 51 m.w.N.; *Braun* jurisPR-ITR 8/2012 Anm. 5; vgl. *Lorenz* GA 1992, 254 (264); *Baldus* JZ 2008, 218 (224).

⁶⁶ *Lorenz* GA 1992, 254 (264); *Braun* jurisPR-ITR 8/2012 Anm. 5; *Dammann* (Fn. 1), S. 51, s. auch S. 196; vgl. auch *Baldus*, JZ 2008, 218 (224); die Debatte wird auch im größeren Kontext hinsichtlich der Menschenwürde geführt, siehe aus neuester Zeit nur *Baldus* AöR, Bd. 136 (2011), 529 ff.

⁶⁷ Vgl. *Dammann* (Fn. 1), S. 244, vgl. ferner S. 196.

⁶⁸ Methodische Kritik bei *Braun* jurisPR-ITR 8/2012 Anm. 5, der aber den „abwägungsgleiche[n] Zuschnitt“ durch das BVerfG im Ergebnis für weitgehend nicht zu beanstanden hält. *Baldus* tritt für Methodenehrlichkeit ein, ist aber in der Sache durchaus für eine abwägende Behandlung in Ausnahmefällen (JZ 2008, 218 [227]); *Dammann* (Fn. 1), zusammenfassend S. 248-250, hält die Annahme eines recht-

diese Kritik berechtigt ist. Vielmehr soll Folgendes untersucht werden: Lässt sich die abweichende Behandlung von Selbstgesprächen rechtfertigen, wenn sich der Vorbehalt unmittelbaren Straftatenbezugs als Aktualisierung von Strafverfolgungsinteressen darstellt? *Prima facie* scheint dies problematisch zu sein, da auch an der Verwertbarkeit von Selbstgesprächen ein Strafverfolgungsinteresse besteht.

3. Rechtfertigung einer abweichenden Beurteilung von Selbstgesprächen

Es stellt sich damit die Frage, ob es unter Beachtung des herausgearbeiteten Zwecks des Vorbehalts eines unmittelbaren Straftatenbezugs gerechtfertigt ist, die Aufzeichnung von Selbstgesprächen anders zu beurteilen als sonstige Formen der Informationsermittlung durch den Staat.

a) Geringe Missbrauchsgefahr

Für die abweichende Behandlung von Selbstgesprächen spricht die geringere Möglichkeit des Missbrauchs. Ein Argument gegen den umfassenden, inhaltsunabhängigen Kernbereichsschutz von höchstpersönlichen Äußerungen oder Schriftstücken ist nämlich die damit einhergehende Missbrauchsgefahr.⁶⁹ Wollte man den Kernbereichsschutz unabhängig vom Inhalt mit formellen Kriterien verknüpfen, bestünde das Problem, dass sich keine Kommunikations- oder Informationsfixierungsform ausmachen ließe, die ausschließlich höchstpersönlichen Sachverhalten vorbehalten ist⁷⁰ – ebenso wenig, wie es möglich erscheint, eine generelle Definition des Höchstpersönlichen zu finden, die für jeden Menschen Geltung beanspruchen kann.⁷¹ Sollte dann aber allein die Bezeichnung als „Tagebuch“ oder „persönliches Zwiegespräch mit einer Vertrauensperson“ ausreichen, um die darin bewahrten Informationen dem staatlichen Zugriff in absoluter Weise zu entziehen, wäre dies eine allzu leichte Möglichkeit, jegliche schriftliche Aufzeichnungen oder Gespräche den Zwecken der Strafverfolgung zu entziehen.

Auf Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG und des Vorbehalts eines unmittelbaren Straftatenbezugs erscheint es insofern auch nicht inkonsequent, die Verhinderung einer Missbrauchsgefahr als konfligierendes Interesse bei der Bestimmung des absoluten Kernbereichsschutzes heranzuziehen. Immerhin würde gerade ein Kernbereichsschutz, der inhaltsunabhängig von der Bezeichnung des Informationsträgers abhängt, die Strafverfolgungsinteressen erheblich beeinträchtigen. Während beim Tagebuch aber die Gefahr einer missbräuchlichen Bezeichnung als „Tagebuch“ und damit eines Verschlusses der Information greifbar ist, sieht die Situation für das Selbstgespräch anders aus:

lich relevanten Kernbereichs privater Lebensgestaltung (d.h. als Kategorie menschlichen Verhaltens, das absolut vor Abwägung und Eingriff geschützt ist) gar für verfassungswidrig.

⁶⁹ Vgl. *Dammann* (Fn. 1), S. 109.

⁷⁰ BVerfGE 80, 367 (374 f.).

⁷¹ Nachdrücklich *Podlech*, in: Alternativ-Kommentar GG (Fn. 49), Art. 2 Abs. 1 Rn. 39 f.; vgl. *Lammer* (Fn. 17), S. 79.

Im Hinblick auf die Strafverfolgung besteht grundsätzlich kein Risiko, dass ein Selbstgespräch missbraucht wird. In der Kombination von flüchtigem Wort und fehlendem kommunikativem Bezug zu anderen kann das Selbstgespräch kaum einen weitergehenden Nutzen und anderen Sinn und Zweck haben als die höchstpersönliche Aufarbeitung und Verarbeitung bestimmter Erlebnisse. Da sich die Motivation des Informationsträgers aufgrund der Umstände seiner Äußerung nicht darauf beziehen kann, eine Information zu übermitteln oder zu konservieren, besteht auch nicht die Gefahr, einen solchen Vorgang unter dem Vorwand des Höchstpersönlichen vor Strafverfolgungsinteressen zu verbergen. Zwar erscheint es möglich, dass Straftäter Selbstgespräche gerade im Vorfeld von Straftaten zu Übungszwecken nutzen. Sachverhalte, denen es aber dabei an einer höchstpersönlichen Verarbeitungsleistung mangelt, dürften die große Ausnahme sein.

b) Mangelnde Verständlichkeit

Der BGH führt an, dass das Selbstgespräch, anders als das Zwiegespräch, nicht auf Verständlichkeit angelegt sei, was eine abweichende Beurteilung rechtfertigt.⁷² Einerseits kann aber auch Formen der Kommunikation mit anderen oder fixierten Informationen die Verständlichkeit fehlen, andererseits hängt die Verständlichkeit von der konkreten Äußerung ab. So kann ein Selbstgespräch auch einen kohärenten Vortrag enthalten, wenn etwa eine Aussage vorbereitet wird. Das typische Selbstgespräch wird aber kein vergleichbares Niveau an Verständlichkeit aufweisen wie ein Zwiegespräch. Exemplarisch zeigt dies auch die Entscheidung des BGH.

Dass der BGH mit der fehlenden Verständlichkeit einen erweiterten Kernbereichsschutz von Selbstgesprächen begründet, könnte Ausdruck eines geschwälerten Beweiswertes von Selbstgesprächen sein: Weil das Selbstgespräch nicht auf Verständlichkeit angelegt ist, treten mitunter nur Fragmente von Gedanken nach außen. Zwar verfolgt der Kernbereichsschutz nicht die Intention, untaugliche Beweismittel auszuschneiden. Doch wird eine Subsumtion unter den Vorbehalt unmittelbaren Straftatenbezugs häufig nicht möglich sein, sofern sich nämlich den nach außen tretenden Splittern nicht entnehmen lässt, ob eine Äußerung über eine konkrete Straftat vorliegt oder ob der Betroffene Wünsche, Ängste, Imaginationen äußert. Eine solche Unsicherheit besteht bei Formen der Kommunikation mit anderen sowie fixierten Informationen nicht in gleichem Maße.

c) Möglichkeit unwillkürlich auftretender Bewusstseinsinhalte

Die Unverständlichkeit einer Gedankenäußerung kann außerdem Ausdruck eines unwillkürlich auftretenden Bewusstseinsinhalts sein.⁷³ Auch insoweit handelt es sich aber um eine generalisierende Umschreibung: In manchen Selbstgesprächen werden unwillkürlich auftretende

Bewusstseinsinhalte artikuliert, in anderen nicht.⁷⁴ Ein kategorischer Unterschied lässt sich freilich aufzeigen: Wer einen Gedanken einem anderen mitteilen will, hat Anlass zu überdenken, wie seine Äußerung wirkt; gegebenenfalls wird er den Gedanken für sich behalten. Einer solchen Prüfung unterwirft sich nicht, wer sich allein glaubt. Eher als bei Formen der Kommunikation mit anderen und fixierten Informationen ist ein Selbstgespräch auch für den sich Äußernden nicht steuerbar und ermöglicht Dritten einen Einblick in das *forum internum*, das nach der Rechtsprechung dem absoluten Kernbereich zuzuordnen ist. Der BGH bezeichnet dies als die Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken beim Selbstgespräch und führt diesen Gesichtspunkt als eines seiner fünf Argumente der Kernbereichszuordnung an.⁷⁵

d) Vertrauen des sich Äußernden

Ein weiterer Unterschied zwischen Tagebuch und Zwiegespräch einerseits sowie nichtöffentlichem Selbstgespräch andererseits besteht darin, dass derjenige, der ein Selbstgespräch führt, in weitergehender Weise darauf vertrauen kann, dass niemand von seiner Äußerung Notiz nehmen wird. Der BGH weist darauf hin, dass für denjenigen, der ein nichtöffentliches Selbstgespräch führt, das Risiko einer Außenwirkung der spontanen Äußerung nahezu ausgeschlossen ist, unabhängig davon, ob diese in seiner Wohnung, seinem Auto oder an einem vergleichbaren Ort getätigt wird.⁷⁶ Dies liegt an zwei Eigenheiten nichtöffentlich geführter Selbstgespräche: Zum einen nehmen andere Personen als die sich selbst Äußernden den Inhalt des Selbstgesprächs grundsätzlich nicht wahr.⁷⁷ Zum anderen fehlt es dem Selbstgespräch, anders als der Aufzeichnung in einem Tagebuch, an einer Fixierung. Das gesprochene Wort ist flüchtig und kann im Nachhinein nicht wieder unmittelbar eingesehen werden, allenfalls von demjenigen wiedergegeben werden, der es gehört hat. Die Fixierung einer Information, sei es durch eine Verschriftlichung oder auf andere Weise, erhöht die Möglichkeit der Kenntnisnahme Dritter erheblich. Ebenso liegt es bei einem Zwiegespräch, weil der Gesprächspartner den Inhalt des Gesprächs ohne Zutun des sich Äußernden weitergeben kann. Diese Risiken kann der ursprüngliche Informationsträger erkennen. Der BGH knüpft in seiner jetzigen Entscheidung an diese weitestgehend berechnete faktische Erwartung an („niemand kann mich hören“) und sichert diese rechtlich in einer absoluten Weise ab. Das Selbstgespräch findet mit einer Person des höchsten Vertrauens statt, nämlich mit sich selbst.

V. Ergebnis

Die oben entwickelten Kriterien vermögen die inhaltsabhängige und damit abweichende Beurteilung der Kernbereichszugehörigkeit von nichtöffentlich geführten Selbstgesprächen generell zu tragen. Zwar mag es im Einzelfall auch Selbstgespräche geben, bei denen die

⁷² BGH NJW 2012, 945 Tz. 18.

⁷³ Vgl. BGHSt 50, 206 (213); BGH NJW 2012, 945 Tz. 18.

⁷⁴ Der BGH stellt dies mit dem „jedenfalls auch“ (BGH NJW 2012, 945 Tz. 18) wohl selbst in Rechnung.

⁷⁵ BGH NJW 2012, 945 Tz. 14.

⁷⁶ Siehe BGH NJW 2012, 945 Tz. 15.

⁷⁷ Siehe oben IV. 2. a).

oben genannten Kriterien ganz oder teilweise nicht erfüllt sind. Immerhin spricht aber die Rechtssicherheit dafür, das nichtöffentlich geführte Selbstgespräch generell dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen. Dieser Gewinn an Rechtssicherheit hat zwei Facet-

ten: Für den Rechtsanwender ergibt sich eine handhabbare Leitlinie und für den Grundrechtsträger ist nur ein Kernbereichsschutz effektiv, auf dessen Bestand er auch uneingeschränkt vertrauen kann.

Aufsätze und Anmerkungen

Aus aktuellem Anlass: Zum strafbaren Handeltreiben mit Organen gem. §§ 17, 18 TPG

Von Wiss. Mit. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu*

I. Hinführung

Anfang des Jahres hatte die Koalition eine neue Gesetzesinitiative für mehr Aufklärung im Bereich der Organspende und Transplantationsmedizin auf den Weg gebracht, um damit auch die Bereitschaft zur Spende in der Bevölkerung zu verstärken.¹ Das neue Gesetz zur Änderung des Transplantations- und Gewebegesetzes ist am 01.08.2012 in Kraft getreten und dient v.a. der Umsetzung der europäischen Transplantationsrichtlinie (2010/53/EU), welche einheitliche Standards für die Qualität und Sicherheit der Organtransplantation in Europa herstellen soll.² Darüber hinaus hatte man sich darauf geeinigt, dass in Zukunft jeder Erwachsene in Deutschland regelmäßig nach seiner Bereitschaft zur Organspende gefragt werden soll; die einschlägigen Schreiben sollen bis Mitte 2013 verschickt werden. Diese sog. „Entscheidungslösung“³ gilt ab dem 1.11.2012 (Gesetz zur Regelung der Entscheidungslösung im Transplantationsgesetz⁴). Insofern hätte sich Gesundheitsminister *Bahr* keinen schlechteren Zeitpunkt für den „wohl größten Organspende-Skandal in der Geschichte der Bundesrepublik“⁵ vorstellen können.⁶ Leitende Oberärzte

vom Göttinger Universitätsklinikum sollen (nach derzeitigem Ermittlungsstand in 25 Fällen) Krankenakten derart verändert haben,⁷ dass bestimmte Patienten unberechtigt früher ein Spenderorgan erhielten, wobei vermutet wird, dass die Manipulationen aus eigennützigen Motiven erfolgten. Hierbei ist der „Korruptionsverdacht“ der Staatsanwaltschaft zwar nachvollziehbar,⁸ soweit sich die Ärzte nicht nur die Leistungspakete ihrer Verträge zu Nutzen machen wollten,⁹ sondern auch ein Entgelt für ihre pflichtwidrigen Manipulationshandlungen von den Empfängerpatienten erhalten haben sollen. Aber in den Wirren von Sozialadäquanz und Unrechtsvereinbarung geht der eigentliche Vorwurf unter, den man den Ärzten machen müsste.

Was ist aber der eigentliche Vorwurf? Da inzwischen bekannt wurde, dass Menschen, die eigentlich auf den Wartelisten weiter oben standen, bereits verstorben sind, ermittelt die Staatsanwaltschaft nicht nur wegen Bestechlichkeit in mehreren Fällen, sondern auch wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB. Wohl auch durch die mediale Aufmerksamkeit forciert, wird nunmehr ein bedingter Tötungsvorsatz „nicht ausgeschlossen“.¹⁰ Der häufig anzutreffende O-Ton lautet insofern: „Du hast gegen Entgelt einen Menschen getötet.“¹¹ Dabei gerät

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie am Lehrstuhl von Prof. Kudlich, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen/Nürnberg.

¹ <http://www.welt.de/politik/article13898423/Organspende-in-Deutschland-grundlegend-neu-geregelt.html> – 15.05.2012, 16:22.

² <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/073/1707376.pdf>.

³ <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/bundesrat-laesst-neuregelung-der-organspende-passieren-a-839045.html>.

⁴ <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/090/1709030.pdf>.

⁵ <http://www.sueddeutsche.de/thema/Organspende-Skandal>.

⁶ Ob die Initiative nach den Vorkommnissen am Göttinger Universitätsklinikum nunmehr erst recht in Angriff genommen werden sollte oder die Informationsbroschüren erst einmal wieder zurückgestellt und überarbeitet werden

müssten, bis der Fall vollständig aufgeklärt ist, braucht an dieser Stelle nicht erörtert zu werden.

⁷ Nun erstrecken sich die Ermittlungen auch auf das Universitätsklinikum Regensburg, vgl. <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/organspende-skandal-in-regensburg-enge-kontakte-mit-dem-chefarzt-1.1432777>.

⁸ Vgl. die Berichte bei Fn. 1 und 3.

⁹ Als „harsche Konsequenz“ will man von nun an die Höhe der Ärzte-Gehälter nicht mehr an die Zahl der Transplantationen koppeln, vgl. <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/nach-organspende-skandal-in-goettingen-keine-leistungspraemien-mehr-a-846192.html>.

¹⁰ Zum *dolus eventualis* bei ärztlichen Entscheidungen zuletzt *Kudlich* NJW 2011, 2856.

¹¹ Dann müsste man aber auch an einen versuchten Mord gem. §§ 211 I, II 3. Var., 22 (Habgier) denken?

allzu leicht aus dem Blickfeld, dass der Arzt mit seinem Verhalten zugleich die Rettung eines anderen Menschen bewirkt hat, sodass eine Rechtfertigung des Verhaltens nach § 34 StGB in Betracht kommt.¹² Dass man eine Rettungshandlung nur gegen Entgelt vornimmt, ist bestimmt nicht nobel, doch schließt dies eine Rechtfertigung nicht per se aus.¹³ Umgekehrt muss man aber auch sehen, dass speziell diese Art der „Lebensrettung“ bereits gesetzlich geregelt ist, sodass sich die Frage stellt, ob bei einer Umgehung bzw. Nichtbeachtung der aufgestellten Verfahrensvorschriften ein „Rückgriff“ auf § 34 StGB überhaupt noch möglich ist. Ob man diese Frage bei der Angemessenheitsklausel des § 34 I 2 StGB verortet oder bereits im Rahmen der Interessensabwägung berücksichtigen will, sei an dieser Stelle dahingestellt.¹⁴ Einig dürfte man sich darüber sein, dass es sich bei dem Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften um eine relevante im Hinblick auf die Verwirklichung der §§ 222, 212 StGB relevante „Vorfrage“ handelt: Denn ein außerstrafrechtlich vorgesehene und erlaubtes Verhalten, kann nicht deliktstatbestandsmäßig, jedenfalls nicht rechtswidrig i.S.d. allgemeinen Verbrechenslehre sein.¹⁵

Eigenständige Bedeutung könnte diese „Vorfrage“ dennoch entfalten, nicht nur, weil der Verstoß durch seine Ausgestaltung als Deliktstatbestand (vgl. noch im Fol-

genden, §§ 17, 18 TPG) als strafrechtlich „autarkes“ Unrecht qualifiziert wird, sondern auch, weil bzgl. der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte bereits fraglich ist, ob es überhaupt auf eine Rechtfertigung nach § 34 StGB ankommt. Denn speziell in dieser Konstellation könnte es fraglich sein, ob das geschilderte Verhalten der Ärzte überhaupt als objektiv zurechenbare Tötungshandlung qualifiziert werden kann.¹⁶ Diese Problematik blendet der folgende Beitrag aus, weswegen er auch nicht als allumfassende „Begutachtung“ des Göttinger Organspende-Skandals verstanden werden darf. Stattdessen liegt der Fokus auf den bis dato etwas in den Hintergrund gerückten Strafvorschriften, welche die sachgerechte Durchführung des Verfahrens absichern und verhindern sollen, dass mit der Transplantation von Organen ein „Geschäft“ gemacht wird.

Zugegebenermaßen geht es im vorliegenden Fall nicht um die ominöse Übergabe einer Niere in der Kühlbox („Absender Unbekannt aus Mosambik“); dennoch ließe sich die erschlichene „Vermittlung“ der Organe gegen Entgelt als „Handel“ im weiteren Sinne bezeichnen, sodass es nicht überrascht, dass die Medien auch schon häufiger mit dem Begriff des „Organhandels“ operierten.¹⁷ Aber gerade aus diesem Grund erstaunt es wiederum, dass die ermittelnden Behörden¹⁸ und Politik bei der bisherigen Aufarbeitung der Problematik¹⁹ jedenfalls bis dato nicht auf das eigentlich einschlägige Regelwerk Bezug nahmen.²⁰ Schließlich war schon häufiger zu lesen, der Göttinger Organspende-Skandal hätte die „Schwä-

¹² Da nicht eine unmittelbare Tötung durch die Manipulation der Listen bewirkt, sondern „nur“ eine „schleichende“ Verschlechterung des gesundheitlichen Zustands in Kauf genommen wird, kann von einer Abwägung „Leben gegen Leben“ nicht die Rede sein.

¹³ Die Frage, ob sich jemand gem. §§ 248b, 303 StGB strafbar macht, wenn er seinem Schlaganfall erleidenden Nachbarn anbietet, den Wagen eines Dritten aufzubrechen, um ihn so schnell wie möglich zum Krankenhaus zu fahren, hängt nicht davon ab, ob er es (nur) gegen Entgelt tut (freilich könnte man aber an Erpressung denken, wenn er dem Nachbarn droht, es nicht zu tun, wenn er ihn nicht dafür bezahlt; zur Drohung mit einem Unterlassen vgl. *Eser/Bosch* in *Schönke/Schröder*, 28. Aufl. (2010) § 253 Rn. 5.

¹⁴ Ebenso ließe sich schließlich darüber diskutieren, ob ein strafbewehrter Verstoß gegen die konkretisierten Verfahrenspflichten nicht einen grundsätzlichen Vorrang gegenüber den allgemeiner gehaltenen Tötungsdelikten genießt, mithin die §§ 212, 222, 229 StGB sperrt. Im Hinblick darauf, dass solch ein verhaltensregulierendes Strafrecht meist kein Erfolgsonrecht voraussetzt und darüber hinaus (auch) überindividuelle Interessen bedient, würde die h.M. solch eine verdrängende Wirkung – wohl zu Recht – verneinen.

¹⁵ Umgekehrt indiziert der Verstoß nicht nur regelmäßig eine Sorgfaltspflichtwidrigkeit, sondern steht auch einer Rechtfertigung im Normalfall entgegen: Die h.M. geht davon aus, dass eine eigenmächtige Beseitigung der Gefahr nicht gerechtfertigt ist, wenn die Lösung des Konflikts einem besonderen Verfahren bzw. einer Institution vorbehalten ist, selbst wenn sie in der konkreten Situation das einzige Mittel sein sollte, vgl. *Sch/Sch/Lenckner/Perron* (Fn. 13) § 34 Rn. 41. Ebenso besteht allerdings Konsens darüber, dass kein Verfahrensgesetz jeden erdenklichen (auch atypischen) Konflikt abschließend regelt, sodass § 34 StGB auch niemals abschließend „verdrängt“ werden kann. Zu diesen Ausnahmen vgl. nur *Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006) § 14 Rn 49 f.; speziell zu den anerkannten Ausnahmen im Organspendeverfahren *Joeks* in *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd.1, 2. Aufl. (2011), § 34 Rn. 197 f.; *Kühl* AT, 6. Aufl. (2008) § 8 Rn. 72.; monographisch hierzu *Dietrich*, Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand (2003).

¹⁶ Insbesondere im Hinblick darauf, dass die Listenmanipulation als solches ohnehin nicht als unmittelbare Tötungshandlung angesehen werden kann, sondern nur ein „Rettenprozess“ verhindert wird. Doch bedenkt man hierbei, dass nicht die „klassische“ Situation eines Abbruchs von Rettungshandlungen im Raume steht, sprich der Arzt durch sein „proaktives“ Verhalten diese nicht einmal vollends verhindert, sondern nur nach hinten verlagert hat, erscheint eine Zurechnung zumindest nicht selbstverständlich.

¹⁷ <http://www.abendblatt.de/ratgeber/article2362561/Transplantationsskandal-Ermittler-suchen-nach-Beweisen-fuer-Organhandel.html>.

¹⁸ Die Normen des TPG sind schon deswegen nicht zu unterschätzen, weil die Strafbarkeit des Verhaltens – was den Korruptionsverdacht angeht – von Parametern abhängt, welche nichts an der Strafwürdigkeit des Verhaltens ändern, insb. die Stellung als Amtsträger. Soweit die Staatsanwaltschaft wegen Bestechlichkeit gem. §§ 331 ff. StGB ermittelt, müsste die Vorschrift verneint werden, wenn es sich nicht um Universitätsärzte handelte und es damit an der Amtsträgereigenschaft fehlt, während § 299 StGB an der Angestellten- bzw. Beauftragteneigenschaft scheitert.

¹⁹ Jedenfalls nicht mehr als ein „Stichwort“ ohne strafrechtlichen Bezug.

²⁰ Es kann nur vermutet werden, ob dies damit zusammenhängt, dass der Organhandel in Deutschland nicht im Kernstrafrecht geregelt ist (im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen, siehe nur Art. 91 des türkischen Strafgesetzbuchs). Jedenfalls sehen auch die Körperverletzungsdelikte keine Strafschärfung für vorsätzliche Organentnahmen vor; nur mittelbar können die damit verbundenen Folgen als „schwere“ Folge (Siechtum, Lähmung) zu einer vorsätzlichen, schweren Körperverletzung führen, § 226 II StGB. Dagegen sind nach h.M. „innere Organe“, insb. die Niere nicht vom Begriff des „besonders wichtigen Glieds“ erfasst, vgl. hierzu BGHSt 28, 100.

chen des Systems“ zu Tage gebracht;²¹ ein wesentlicher Teil eben dieses Systems ist schließlich seine gesetzliche Grundlage. Das TPG aus dem Jahre 1997 regelt nicht nur die Zulässigkeit von Organspenden, sondern enthält in den §§ 18, 19 TPG auch Strafvorschriften, insb. den Verstoß gegen das Organhandelsverbot in § 17 I TPG als Handelstreiben mit Organen. Insofern stellt sich die Frage, ob das vollständige Ausblenden der Vorschriften des TPG auf einer gelungenen Subsumtion basiert (also mangels Tatbestandsverwirklichung gem. § 170 II StPO keine weiteren Ermittlungen notwendig sind) oder den Strafnormen des TPG als Nebenstrafrecht²² eben nur „nebensächliche“ Bedeutung zuteilwird bzw. deren Verwirklichung eben nur als „Vorfrage“ für die §§ 212, 222 StGB angesehen wird. Jedenfalls dürfte die Zurückstellung nicht auf einer zu niedrigen Strafandrohung – in Relation zu § 222 StGB – basieren, wenn man bedenkt, dass der gewerbsmäßige Organhandel (der in 25 Fällen naheliegt) gem. § 18 II TPG mit einer Strafrahmenuntergrenze von einem Jahr aufwartet.

Der folgende Beitrag geht daher der Frage nach, ob bzw. inwiefern die Manipulation der Listen als „Organhandel“, sprich als Handelstreiben mit Organen gem. § 18 TPG bewertet werden kann. Freilich braucht es hierfür einer knappen Zusammenfassung des status quo, vgl. im Folgenden II.; über die im Anschluss dargestellte – rein dogmatische – Subsumtion des Ärzteverhaltens unter die Vorschriften des TPG, genauer unter das Handelstreiben mit Organen, vermag der folgende Beitrag allerdings nicht hinauszugehen. Bei dem Komplex „Transplantationsmedizin“ handelt es sich um eine rechtspolitisch überfrachtete Problematik. Den damit verbundenen rechtsethischen,²³ rechtsphilosophischen und verfassungsrechtlichen²⁴ Fragestellungen ließe sich hier nicht einmal im Ansatz nachgehen.²⁵ Das beginnt bereits beim (bis vor kurzem noch wesentlich stärker ausgeprägten)

fragmentarischen Charakter des Transplantationsrechts,²⁶ dem die Notwendigkeit einer international bzw. europaweit einheitlichen Regelungsmaterie gegenübersteht.²⁷ Das geht weiter bei der positiv-rechtlichen Kriminalisierung des Organhandels in Deutschland überhaupt, die nicht nur den Händler, sondern auch den Empfänger erfasst und dessen Notstandssituation²⁸ – siehe oben – mit einer „rigiden Strafbewehr“²⁹ überdeckt. Die Strafbarkeit des freiwilligen Handels bzw. ein Kommerzialisierungsverbot scheint auch im Übrigen nicht derart selbstverständlich,³⁰ jedenfalls nicht in Zeiten, in denen man sich das Studium u.A. mit Blutspenden³¹ und Prostitution³² finanziert.³³ Diese bewusst provokante Formulierung soll hier nur nochmals die verfassungsrechtlichen Fragestellungen auf der Metaebene in Erinnerung rufen, welche die Legitimität etwaiger Beschränkungen des Individuums einerseits und die gegenüberliegenden Befugnisse der Hoheitsträger andererseits bereits grundlegend in Zweifel stellen („Paternalismus“,³⁴ Dispositionsfreiheit und Recht auf persönliche Selbstbestimmung seien als Stichwörter genannt).

²⁶ Vgl. MK-StGB/Tag (Fn. 15) Vor §§ 1 ff. TPG Rn. 3 ff.

²⁷ Dieser Harmonisierungsprozess wird wiederum von den unterschiedlichen Wertvorstellungen innerhalb einer Rechtsgemeinschaft konterkariert was Inhalt und Reichweite der Vorschriften angeht. Dieser Aspekt wird häufig als Grund für die bisherige legislatorische Zurückhaltung im Bereich des Transplantationswesens genannt, vgl. MK-StGB/Tag (Fn. 15) Vor §§ 1 ff. TPG Rn. 3 ff.

²⁸ Ob sein Verhalten tatsächlich über § 34 StGB gerechtfertigt werden kann, steht auf einem anderen Blatt geschrieben, vgl. hierzu bereits Fn. 15.

²⁹ König in Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz (2005), § 18 TPG Rn. 60.

³⁰ Dies schon deswegen nicht, weil allein schon aufgrund der Existenz privater Krankenversicherung jedem bewusst sein dürfte, dass es keinen „Verpflegungskommunismus“ gibt und eine bessere Behandlung (und somit längere Lebenszeit?) nicht selten eine Frage des Geldes ist.

³¹ Vgl. auch § 10 TFG: (1) Die Spendeentnahme soll unentgeltlich erfolgen. Der spendenden Person kann eine Aufwandsentschädigung gewährt werden, die sich an dem unmittelbaren Aufwand je nach Spendeart orientieren soll; <http://www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/leben/detail/-/specific/Studentin-finanziert-sich-mit-Blutspenden-und-Kinderbetreuung-1403610703>.

³² <http://www.sueddeutsche.de/karriere/studie-zu-sexarbeit-unter-studierenden-studentenjob-prostituierte-1.1098538>.

³³ Bei Berichten über 17-jährige Jugendliche in China, die ihre Niere für den Neuerwerb eines iPods verkaufen (<http://www.spiegel.de/panorama/justiz/illegaler-organ-handel-in-china-137-festnahmen-nach-razzien-a-848336.html>), gewinnt das „slippery-slope- bzw. Dammbucharargument“ an Überzeugungskraft, vgl. MK-StGB/Tag (Fn. 15) § 18 TPG Rn. 4; Niemandem dürfte die Vision von einer möglichen „Zwangsvollstreckung in die Niere“ gefallen, wie sie in dem Zukunftsthiller Repo Men aufgearbeitet wird, vgl. hierzu http://de.wikipedia.org/wiki/Repo_Men.

³⁴ Zum Paternalismus im TPG am Beispiel der Lebendniere spende Schroth in, Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht (2010), S. 205 ff.; ders. bereits FS-Schreiber (2003), S. 843.

²¹ <http://www.tagesspiegel.de/politik/transplantationsskandal-der-goettinger-organspende-skandal-offenbart-die-schwachen-des-systems/6931468.html>.

²² Das Organhandelsverbot durchlief auch Entwürfe, die eine Verortung der dazugehörigen Strafvorschrift im StGB vorsahen (§ 302 StGB-E sowie § 298 StGB-E), vgl. König, Strafbare Organhandel, 1999, S. 99 ff.; zur Entwicklung des TPG vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. (2008), S. 555 ff.

²³ Vgl. hierzu Jung JZ 2004, 559.

²⁴ Man denke an das zugrundegelegte Modell, das im deutschen Recht mit der (ursprünglich erweiterten Zustimmungslösung) „Entscheidungslösung“ wesentlich liberaler ausgefallen ist, als bspw. in Spanien, das sich für eine Widerspruchslösung entschied (die aktuelle Diskussion rund um den § 44 des Meldegesetzes dürfte demonstriert haben, welche Breitenwirkung solch eine „Umwandlung“ in der medialen Diskussion haben kann, vgl. <http://www.sueddeutsche.de/digital/umstrittenes-meldegesezt-staedte-duerfen-daten-ihrer-buerger-verkaufen-1.1404929>).

²⁵ Viele dieser Streitfragen werden in dem Sammelband von Lilie/Rosenau/Hakeri aufgegriffen, der i.R.d. 6. Deutsch-Türkischen Symposium zum Medizin- und Biorecht, 2011, entstand. Zum Hirntod als Kriterium des Todes Heun JZ 1996, 213; Höfling MedR 1996, 6; monographisch Kloth, Rechtsprobleme der Todesbestimmung und der Organentnahme von Verstorbenen, 1994; zur Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin Höfling JZ 2007, 481.

II. Das Transplantationsgesetz 1997 – Grundlagen

Das TPG ist relativ klar strukturiert. Der erste Abschnitt enthält den sachlichen Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen (§§ 1, 1a TPG). Im Anschluss werden in § 2 TPG nicht nur die wichtigsten Institutionen im Organspendewesen (Bundesbehörden, Krankenkassen, Spenderausweis) aufgezählt, sondern darüber hinaus auch das Spenderverhalten als Grundvoraussetzung einer jeden Organspende festgesetzt. Dabei wird die bisher geltende sog. erweiterte Zustimmungslösung³⁵ – wie bereits dargelegt – durch die Entscheidungslösung³⁶ abgelöst, wobei diese rechtspolitische Weichenstellung nicht nur zu einer vollständigen Modifikation des § 2 TPG führen wird; die veränderte Zielsetzung soll nunmehr auch im § 1 Abs. 1 TPG n.F. betont werden.³⁷ Im Kern differenziert das Gesetz selbstverständlich zwischen der Organentnahme bei toten Spendern (§ 3 – 7 TPG) und der Lebendspende (§ 8 TPG). Für beide Arten gelten die übergeordneten Verfahrens- und Organisationsvorschriften der §§ 9 – 16 TPG, welche durch das erste (bereits geltende³⁸) Änderungsgesetz hauptsächlich betroffen sind.

U.a. werden im neuen § 9a TPG der Begriff und die Pflichten sog. „Entnahmekrankenhäuser“ erläutert. Darüber hinaus werden die Verantwortlichen verpflichtet, mindestens einen Transplantationsbeauftragten gemäß der neuen Rechtsvorschrift § 9b TPG zu bestellen, der u.a. für die Organisation des Gesamtprozesses, die Identifizierung potenzieller Organspender und die Aufklärung und Betreuung der Angehörigen von Organspendern zuständig ist. Das Änderungsgesetz bezweckt auch eine Verbesserung der Position der Deutschen Stiftung Organtransplantation (DSO) als Koordinierungsstelle. Außerdem enthält es nunmehr eine Verordnungsermächtigung, wonach das Bundesministerium für Gesundheit mit Zustimmung des Bundesrates und nach Anhörung der Bundesärztekammer sowie weiterer Sachverständiger Regelungen zur Organ- und Spendercharakterisierung, zum Transport und zur Kennzeichnung der Transportbehältnisse erlassen kann, vgl. § 10a TPG n.F.³⁹ Weitere Präventionsmaßnahmen, wie sie der Gesetzgeber nach dem Göttinger Universitätsskandal nunmehr in Erwägung zieht (insb. das „Sechs-Augen-Modell“) hätten an dieser Stelle ihren Platz. Die weitere Entwicklung diesbezüglich bleibt abzuwarten.

Etwas verloren am Ende steht das „Organhandelsverbot“ in § 17 TPG als Grundnorm für die darauffolgenden Strafvorschriften und Ordnungswidrigkeiten (§ 18 – 20 TPG), welcher von den aktuellen Gesetzesänderungen vollkommen unberührt blieb. Der knappe Verweis in § 1

³⁵ Walther in Spickhoff, Medizinrecht, 2011, § 3 TPG Rn. 1.

³⁶ Niemand kann allerdings dazu verpflichtet werden, sich tatsächlich zu entscheiden, § 2 Abs. 2a TPG n.F., vgl. BT Drs. 17/9030, S.8.

³⁷ Insofern wird der Zweck des Gesetzes erstmals ausformuliert und vor den sachlichen Anwendungsbereich und den Begriffsdefinitionen positioniert (vgl. BT-Drs. 17/9030, S. 7).

³⁸ Siehe Fn. 2.

³⁹ Zusammengefasst bei *Di Bella* RDG 2012, 36.

12 TPG, wonach das TPG auch für das Verbot des Handels mit Organen oder Geweben gelte, vermag nicht wirklich eine „Einheit“ herzustellen. Verboten ist nicht nur das Handelstreiben mit Organen (vgl. hierzu ausführlicher im Folgenden), sondern auch die Entnahme und Übertragung von Organen, die Gegenstand verbotenen Handeltreibens sind. Erfasst wird somit insb. auch der Arzt, der um den „Verkauf“ des Organs weiß, selbst aber nicht eigennützig agiert. Auffällig – weil auf den ersten Blick überraschend – ist, dass selbst der Empfänger der Organe (als „Käufer“) erfasst ist, sprich das Kommerzialisierungsverbot selbst für den Begünstigten als Teilnehmer am „sündigen Geschäft“ gilt.⁴⁰ Der Gesetzgeber war sich der Zweifelhafte dieser Ausgestaltung wohl bewusst, weswegen er die Reichweite der Vorschrift durch einen besonderen Strafausschließungs- und Milderungsgrund im § 18 IV TPG kompensiert wissen will.⁴¹ Neben dem verbotenen Organhandel erfasst § 19 TPG besonders schwere Verstöße gegen die im TPG aufgestellten Grundsätze und Verfahrensvorschriften.

III. Das vollkommen missglückte Organhandelsverbot

Die typische Ausgestaltung im Nebenstrafrecht, ein Verbotsgesetz am Ende einer Rechtsmaterie zu platzieren, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Organhandelsverbot wie ein „Fremdkörper“ innerhalb des TPG daherkommt. Eine isolierte Verortung innerhalb des Kernstrafrechts wäre daher eher vorstellbar (wenn nicht sogar zu wünschen⁴²), als etwa bei anderen nebenstrafrechtlichen Vorschriften, bei denen aufgrund der Akzesorietät der Rechtsmaterie und der (sinnvollen) Verwendung der Blanketttechnik, bspw. § 96 AMG solch ein „Umzug“ schwieriger umzusetzen ist.⁴³

1. Der erste Fehler: Der Rückgriff auf die Wendung „Handel treiben“

Dass das Organhandelsverbot insgesamt nicht besonders ausgeklügelt ist, ergibt sich schon aus der Entscheidung des Gesetzgebers, diesen tatbestandlich an der unzulänglichen Wendung „Handel treiben“ festzumachen, mit dem das Verbot des „Organhandels“ also (wohl immer) steht und (fast nie) fällt. Der Begriff weckt als allererstes die keinesfalls richtige Assoziation „Betäubungsmittel“. Die extensive, durch den Großen Senat abgesegnete Auslegung⁴⁴ des Handeltreibens als „jede auf Umsatz gerichtete Tätigkeit aus eigennützigen⁴⁵ Motiven“⁴⁶ setzt

⁴⁰ Freilich treibt der Empfänger allerdings mangels Umsatzwillens keinen Handel, vgl. noch im Folgenden, sondern er – um die Parallele zum Betäubungsmittelstrafrecht zu ziehen – erwirbt sozusagen „Organe zum Eigenverbrauch“ in strafbarer Weise, §§ 17 II, 18 TPG.

⁴¹ Hierzu krit. *Schroth* JZ 1997, 1149 (1151).

⁴² Vgl. bereits Fn. 20.

⁴³ Zu derartigen Überlegungen bereits *Oğlakcioğlu* ZIS 2011, 743 (744).

⁴⁴ BGHSt 50, 252 = HRRS 2005 Nr. 871.

⁴⁵ Zum Begriff des Eigennutzes monographisch *Beisheim*, Eigennutz als Deliktmerkmal im Strafrecht, 1994.

⁴⁶ Aus der ständigen Rechtsprechung RG DJZ 1932 Sp. 808; BGHSt 6, 246; BGHSt 25, 290; 34, 124; BVerfG 2007, 1193;

die Vorschriften des Allgemeinen Teils „außer Kraft“. ⁴⁷ Das schlichte Tätigkeitsdelikt ohne abschließende Beschreibung ⁴⁸ ist damit schon grundsätzlich problematisch, passt darüber hinaus aber schon rein technisch nicht in ein Regelwerk, das im Gegensatz zu zahlreichen Verwaltungsgesetzen kein „Umgangsverbot“ bzgl. gefährlicher oder schädlicher Gegenstände statuiert, sondern die Voraussetzungen eines ganz konkreten, lebensretten – somit erwünschten – Vorgangs beschreibt und festsetzt. ⁴⁹

Gesetzestechisch spiegelt sich dies darin wider, dass dem Handeltreiben im TPG eine Erlaubnisnorm als „Pendant“ fehlt. ⁵⁰ Stattdessen wird das Verbot ohne nähere Erläuterung im § 17 festgelegt. ⁵¹ Der Grund hierfür ist logisch: Strafbarkeitsbegründend ist schließlich gerade nicht die Operation als solche bzw. der „Umgang“ mit Organen, sondern ausschließlich die Kommerzialisierung dieses Vorgangs, während im Betäubungsmittelstrafrecht der Umsatzbezug die Strafbarkeit nicht begründet, sondern (wenn auch erheblich) schärft bzw. erweitert. Umgekehrt kann selbst ein entgeltlicher Umgang mit Betäubungsmitteln, wie sich aus § 3 BtMG ergibt, vom Bundesinstitut für Arzneimittel genehmigt werden (Arzneimittel und die zur Herstellung dieser verwendeten Grundstoffe kosten schließlich etwas). ⁵²

2. Der zweite Fehler: Die Übertragung der Rechtsprechung bzgl. des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln

Schon aus diesem Grund überrascht der lapidare Verweis in der Gesetzesbegründung, wonach zur „Auslegung des Begriffs“ auf die umfangreiche Rechtsprechung des RG und des BGH zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln

aus dem betäubungsmittelrechtlichen Schrifttum Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 7. Aufl. (2012), § 29 BtMG Teil 4 Rn. 24; Weber, BtMG, 3. Aufl. (2009), § 29 BtMG Rn. 153 f.

⁴⁷ Vgl. Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, 2000, S. 15; zum Ganzen vgl. die aktuelle Dissertation von Skoupil, Das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (2012), der in seiner Abhandlung zum Ergebnis kommt, dass auch nach der Entscheidung des Großen Senats (vgl. Fn. 44) zum Ergebnis kommt, dass die ergangene Rechtsprechung „insgesamt heterogen“ und immer noch „widersprüchlich“ ist, vgl. S. 297.

⁴⁸ Die der Verfasser in seiner Dissertation zur Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Teils auf die Delikte des Betäubungsmittelstrafrechts daher als „multiples Tätigkeitsdelikt“ bezeichnet, vgl. 3. Teil, B. II. 1. a. dd.

⁴⁹ Zum Ganzen Paul MedR 1999, 214.

⁵⁰ Etwa wie § 3 BtMG, der erlaubnisfähige Verhaltensweisen aufzählt.

⁵¹ Insofern macht die vom Gesetzgeber verwendete Blanketttechnik jedenfalls an dieser Stelle keinen Sinn; § 17 hat damit nur die Funktion, die Ausnahmen vom Organhandelsverbot zu nennen.

⁵² Weswegen es auch verfehlt anmutet, überhaupt von einer fehlenden Verkehrsfähigkeit von Drogen zu sprechen, die womöglich einer Fremdheit i.S.d. §§ 242, 303 StGB entgegenstehen soll (abgesehen davon, dass selbst solche fehlende Verkehrsfähigkeit nichts an der Eigentumsfähigkeit von Drogen änderte, vgl. hierzu Kudlich in Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB (2009) § 242 StGB Rn. 16.

zurückgegriffen werden könne. ⁵³ Diese Anweisung affirmiert die fälschliche Assoziation, obwohl sie genauso viel Gehalt hat, wie bspw. der Ratschlag des Gesetzgebers, für die Auslegung des § 244 I Nr.2 StGB den Begriff des gefährlichen Werkzeugs bei § 224 I Nr.2 StGB heranzuziehen. ⁵⁴ Dabei kann man schon trefflich darüber diskutieren, ob das „Rechtsprechungspotpourri“ zum Handeltreiben es überhaupt verdient, auf andere Rechtsgebiete transferiert zu werden. Weniger problematisch erscheint m.E. hierbei die beispiellose Strafbarkeitsvorverlagerung, die mit der enormen Subjektivierung der Tathandlung einhergeht; sie ist im Hinblick auf die geschützten Individualrechtsgüter ⁵⁵ beim Organhandel eher legitimierbar, als im Betäubungsmittelstrafrecht. ⁵⁶ Doch dies ändert nichts an der Undurchsichtigkeit des von der h.M. „konzipierten“ Fallgruppenkatalogs, der überdies auf betäubungsmitteldeliktsspezifische Konstellationen zugeschnitten ist. ⁵⁷

Damit ist man bei den phänomenologischen Aspekten angekommen, welche gegen eine unbesehene Übertragung der Begriffsdefinition auf das Transplantationsgesetz sprechen: ⁵⁸ Das „Handelsobjekt“ rettet ausschließlich Leben und kann für sich gesehen niemals schädlich wirken, ⁵⁹ echte „Organkartelle“ existieren kaum, erst recht keine „Organplantagen“. Während Betäubungsmittel synthetisch hergestellt oder natürlich angebaut werden können, stammt das Organ aus der erschöpflichen Ressource „Mensch“. Bei der geringen Halbwertszeit des „Produkts“ Organ kann es auch nicht um möglichst „profitables“ und marktorientiertes Absetzen gehen, zumal kein vergleichbar großes Potential an Abnehmern existiert. Den Organhandel können die Personen auch nicht unter sich ausmachen bzw. abwickeln, es sei denn der „Dealer“ selbst ist ein Arzt und Spezialist im Bereich der Transplantationsmedizin (aber selbst in solch einer Konstellation wäre das Einschalten von Hilfspersonen stets notwendig). Bereits diese Überlegungen legen es nahe, den Begriff eigenständig auszulegen. ⁶⁰

3. Konsequenzen eines extensiven Begriffs: Tatbestandsmäßige Berufsausübung?

Bei seinem Ratschlag schien der Gesetzgeber wohl ausschließlich das Phänomen des „aggressiven“ Organhan-

⁵³ Vgl. Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 29) §§ 17, 18 TPG Rn. 16; Krit. BSG JZ 2004, 464.

⁵⁴ Nämlich gar keinen, vgl. SSW/Kudlich (Fn. 52) § 244 Rn. 11.

⁵⁵ Zusammengefasst bei MK-StGB/Tag (Fn. 15) § 18 TPG Rn. 3 ff.

⁵⁶ Dies gilt natürlich nur insofern, als man den mit der grundsätzlichen Kriminalisierung des Organhandels einhergehenden Paternalismus akzeptiert.

⁵⁷ Zumindest sind inzwischen auch „echte Versuchskonstellationen“ beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln anerkannt, vgl. Körner/Patzak (Fn. 46) § 29 BtMG Teil 4 Rn. 65, sodass der Anordnung der Versuchsstrafbarkeit im TPG ebenfalls ein (praktisch freilich unbedeutender) Anwendungsbereich verbliebe.

⁵⁸ Ausführlich herausgearbeitet bei König (Fn. 22), S. 150 ff.

⁵⁹ Selbst die Transplantation der Leber eines Alkoholkranken ist immer noch besser, als gar keine Leber!

⁶⁰ Krit. auch Weber, Der Begriff des Handeltreibens (2008), S. 438.

dels vor Augen zu haben, bei dem es um die Zerschlagung eines illegalen Marktes geht, der aber nur in Drittstaaten existiert.⁶¹ Es wird das Bild des skrupellosen Organhändlers nachgezeichnet, der nicht mehr approbierte Ärzte dafür bezahlt, den lebendigen Personen in seinem Kerker die Niere herauszuoperieren. § 17 will aber die Kommerzialisierung überhaupt unterbinden und beschränkt sich somit weder auf einen bestimmten Täterkreis (Organspender selbst, Arzt, Organdealet, Kurier) noch auf eine konkrete Tathandlung (Verkauf oder Vermittlung von Organen). Überträgt man aber die Definition vom Handelstreiben auf das „grundsätzlich legale“ – bzw. auch gewollte – Verfahren, wird das Gesetz von der Reichweite des Begriffs überfordert.⁶² Fast alle Handlungen der berufsmäßig am Organspendeverfahren Beteiligten erfolgen gegen eine Vergütung. Insofern enthält natürlich auch eine legale und kontrollierte Spende „kommerzialiserte“ Elemente.⁶³ Überlegungen zur „professionellen Adäquanz“ bzw. zur „berufsbedingten Tatbestandsverwirklichung“⁶⁴ helfen kaum weiter, da das TPG als Spezialgesetz gerade die Grenzen des „berufsmäßig Erlaubten“ abstecken müsste.

Auch der Gesetzgeber hat dieses Problem gesehen und wollte es mit der Entgeltklausel des § 17 I 2 Nr.1 beheben,⁶⁵ wonach das Organhandelsverbot für „die Gewährung oder Annahme eines angemessenen Entgelts für die Erreichung des Ziels der Heilbehandlung gebotenen Maßnahmen, insbesondere für die Entnahme, die Konservierung, die weitere Aufbereitung einschließlich der Maßnahmen zum Infektionsschutz, die Aufbewahrung und die Beförderung der Organe oder Gewebe“ nicht gilt. Ohne hier die von König herausgearbeiteten Widersprüchlichkeiten der Vorschrift péu a péu darlegen zu können.⁶⁶ Bei dieser Vorschrift kristallisiert sich deutlich heraus, dass der Gesetzgeber das Organhandelsverbot nicht ganz zu Ende gedacht hat, da er die „mittelbare Kommerzialisierung“⁶⁷ erst general-klauselartig „im Nachhinein“ und dann aufgrund der „Angemessenheitsklausel“ wohl auch nur partiell ausklammern will, obwohl er diese Ausnahmen über das Gesetz selbst streuen bzw. einpflegen müsste. Idealtypisch wäre in den Verfahrensvorschriften (ggf. mittels Verweisungstechnik) selbst festgelegt, welche Bezahlungen, Vorteile etc. vom Kommerzialisierungsverbot ausge-

nommen sind. Mit dem Begriff des „angemessenen“ Entgelts wird zudem der Eindruck erweckt, es ginge um die „Höhe“ des Preises, obwohl schlicht und einfach im Vordergrund stehen muss, ob das Geld als „Gegenleistung“ für eine sachwidrige Beeinflussung fungiert (der Angemessenheit kann hierbei nur eine indizielle Funktion zukommen).

4. In concreto: Handelstreiben durch die Manipulation der Listen?

Für den konkreten Fall macht § 17 I 2 Nr. 2 zumindest den Unterschied zu den „dubiosen Kühlbeutel-fällen“ deutlich: Nämlich, dass die „Spende“ innerhalb eines offiziellen Verfahrens erschlichen wird, sprich kein (erpresserisches oder sonstiges) Einwirken auf den Spender durch den Entnehmenden festgestellt ist. Die Organe stammen von freiwillig agierenden Personen und wurden auch tatsächlich *gespendet*. Bei strenger Betrachtung könnte man den Umsatzwillen folglich anzweifeln, da kein Organ „verkauft“ wird, sondern der Arzt Entgelt für eine manipulative Tätigkeit fordert bzw. erlangt. Die Leistung des Arztes besteht somit nicht in einer Veräußerung bzw. in einer Vermittlung von Organen, sondern beinhaltet die Fälschung der Krankenakten als Gegenleistung für das Entgelt. Insofern lässt der Begriff des Handeltreibens alleinstehend offen, ob auch Tätigkeiten innerhalb eines nach außen bzw. aus Perspektive des Spenders an sich „rechtmäßigen“ Prozesses erfasst sind.⁶⁸

Man beachte: Der Arzt bewirkt jedenfalls mittelbar eine nach § 9 II 3 i.V.m. 12 III⁶⁹ unrechtmäßige Transplantation, die er kraft Organisations- und Wissensherrschaft auch zu verantworten hätte. Dass dieser Verstoß (sowohl in vorsätzlicher als auch fahrlässiger Form) gem. § 20 I Nr. 4 – nur – als Ordnungswidrigkeit geahndet wird, hat wenig Aussagekraft, da man einerseits davon ausgehen könnte, dass diese spezielle Regelung dem Handelstreiben vorgeht, andererseits die Ordnungswidrigkeit nicht voraussetzt, dass der Täter beim Verstoß gegen die Sorgfalts-, Dokumentations- und Auswahlpflichten eigennützig agiert und insofern doch nicht das gesamte Unrecht der Tat erfasst. Doch für das Ergebnis hilft § 17 I 2 Nr.2 dennoch nicht weiter: aus dieser Vorschrift ergibt sich eben nur, dass das Organhandelsverbot nicht auf Kaufgeschäfte beschränkt sein soll, sondern auch die Tätigkeiten erfasst, die soz. der „Abwicklung“ (Entnahme, Kon-

⁶¹ Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 29) Vor § 17, 18 TPG Rn. 3; vgl. auch Weber (Fn. 60), S. 559.

⁶² Umgekehrt würde eine „strikte“ Übertragung der Rechtsprechung dazu führen, dass Angebote ohne Bindungswillen aus dem Raster fallen würden, obwohl diese nach dem Willen des Gesetzgebers im TPG eigentlich erfasst sein müssten (etwa Werbung für Organe zum Verkauf).

⁶³ Zum Nachteilsausgleich (Fahrkosten etc.) und zur Abwendung wirtschaftlicher Vorteile Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 29) Vor § 17, 18 TPG Rn. 27 f.

⁶⁴ Vgl. hierzu umfassend Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 25 ff., 31 f., 65.

⁶⁵ § 17 I 2 Nr.2 TPG nimmt dagegen Arzneimittel aus dem Tatbestand, die aus oder unter Verwendung von Organen hergestellt sind.

⁶⁶ Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 29) §§ 17, 18 TPG Rn. 35, 40, 43, 44.

⁶⁷ Mittelbar deswegen, weil nicht nur der „Verkauf“ der Organe erfasst ist, sondern auch Handlungen, die für die Abwicklung des „Verkaufs“ vorgenommen werden müssen.

⁶⁸ Dafür spricht, dass der BGH beim Handelstreiben selbst Tätigkeiten ausreichen lässt, die rein gar nichts mehr mit einem Handel i.w.S. zu tun haben. So soll bspw. der Diebstahl von Drogen mit Umsatzwillen (zumindest nach strittiger Ansicht unter den Senaten) als vollendetes Handelstreiben zu bewerten sein, vgl. BGHSt 30, 359.

⁶⁹ § 12 III TPG: „Die vermittlungspflichtigen Organe sind von der Vermittlungsstelle nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten zu vermitteln.“² Die Wartelisten der Transplantationszentren sind dabei als eine einheitliche Warteliste zu behandeln.³ Die Vermittlungsentscheidung ist für jedes Organ unter Angabe der Gründe zu dokumentieren und unter Verwendung der Kenn-Nummer dem Transplantationszentrum und der Koordinierungsstelle zu übermitteln, um eine lückenlose Rückverfolgung der Organe zu ermöglichen“.

servierung) des Geschäfts dienen (schließlich könnte der Arzt sonst das Organhandelsverbot umgehen, indem er einfach nur ein erhöhtes Entgelt für die OP verlangt). Daraus muss man wohl den Schluss ziehen, dass dann erst Recht alle sonstigen Abreden betroffen sind, die ohnehin keine an sich „rechtmäßigen“ Handlungen darstellen.

5. Plädoyer für eine eigenständige Begriffsdefinition

Die vorstehenden Überlegungen legen es nahe, von einer Übertragung der „Definition“ des Handeltreibens aus dem BtMG auf das TPG abzusehen und eine eigenständige Begriffsdefinition zu erarbeiten, die einen Rückgriff auf die undurchsichtigen Ausnahmeklauseln des § 17 I 2⁷⁰ obsolet macht. Hierbei muss man sich von der Vorstellung lösen, dass das Organhandelsverbot ausschließlich darauf abzielt, einen illegalen Markt zu zerschlagen, sondern der gesetzgeberische Wille vielmehr dahin geht, dass die Organspende „Spende“ bleibt, mithin keiner der Beteiligten eine Leistung für das „Ob“ der Transplantation erlangt und das gesetzgeberisch vorgesehene Verfahren nicht durch Eigeninteressen der Beteiligten untergraben wird.

Unter das Handeltreiben i.S.d. TPG fällt somit jede Abrede i.S.e. „do ut des“, die einen Verstoß gegen die gesetzlich statuierten Pflichten i.R.e. Organspendeverfahrens bedeutet, um einen von diesem Verfahren nicht vorgesehenen materiellen oder immateriellen Vorteil zu erlangen.⁷¹

Dies wäre eine nicht minder radikale, aber wesentlich „ehrlichere“ und deutlicher konturierte Definition, die von dem unpassenden Begriff des „Umsatzwillens“ Abstand nimmt. Sie stellt in den Vordergrund, dass jedes Bestreben, aus eigennützigen Motiven das staatlich vorgesehene Verfahren einer Organtransplantation zu unterlaufen, strafbewehrt sein soll. Begrenzt wird der Tatbestand durch das Erfordernis einer synallagmatischen Abrede i.S.e. „do ut des“, sodass nicht schlichtweg jede

entgeltliche Tätigkeit erfasst wird.⁷² Auf dem „aggressiven“ Organmarkt werden derartige Abreden feststellbar sein, die sich ohnehin „außerhalb der gesetzlich statuierten Regelungen“ bewegen und somit stets als Handeltreiben bewertet werden müssen. Alle sonstigen Hilfs- und Organisationstätigkeiten können dann auch (durch die Auflösung einer mit dem extensiven Begriff einhergehenden „faktischen“ Einheitstäterschaft) als Beihilfe zum Organhandel erfasst werden. Die Abrede muss nicht stets den „Verkauf“ von Organen i.S.e. (nach § 134 BGB unwirksamen) Vertrags zum Gegenstand haben. Insofern erfasst die hier vorgeschlagene Definition auch die sachwidrige und durch Manipulationen der Krankenlisten bewirkte Besserstellung einer Person auf der Warteliste gegen Entgelt, weil alle denkbaren Leistungen erfasst sind, die den Vorgang der Transplantation betreffen. Der Arzt macht sich somit jedenfalls nach hier vertretener Ansicht (aber wohl auch im Modell der h.M.) wegen Handeltreibens mit Organen strafbar, wenn er den Patienten eine frühere Erlangung des Organs durch eine sachwidrige Manipulation der Listen verspricht, wenn diese ihm dafür Geld oder sonstige Vorteile materieller oder immaterieller Art gewährt.

IV. Fazit

Selbst bei einer konkretisierenden Auslegung wie sie hier vorgeschlagen wurde, müsste das Verhalten der Ärzte, gegen Entgelt die Listen zu manipulieren, als Handeltreiben mit Organen bewertet werden, wobei in 25 Fällen eine subjektive Absicht der gewerbsmäßigen Begehung nicht fern liegt, § 18 II TPG. Wenn man bedenkt, dass bzgl. der §§ 212, 222 StGB der Zurechnungszusammenhang Schwierigkeiten bereiten könnte, ist diese Subsumtion nicht zu unterschätzen. Zum Schluss sei angemerkt: Die hier gemachten Überlegungen sind als Denkanstöße innerhalb einer Diskussion zu verstehen, aus der sich die Rechtswissenschaft als zweiter „Ansprechpartner“ nach der Medizin zumindest bis dato in auffälliger Art und Weise zurückhielt oder vielleicht auch schlicht zurückgehalten wurde (bspw. in Relation zur aktuellen Beschneidungsdiskussion).⁷³ Unabhängig davon, wie man zum Kommerzialisierungsverbot steht: Die dogmatischen Friktionen muss der Gesetzgeber schnellstens beseitigen, wozu in erster Linie eine Konturierung des Organhandelsverbots überhaupt (also nicht nur des Handeltreibens als „Tathandlung“) zählt, wenn man einen seriösen Normbefehl erreichen will. Ihm sei hierbei selbst überlassen, ob er an einer extensiven Ausgestaltung i.S.e. früh einsetzenden Strafbarkeitsrisikos einerseits und der Reichweite des Kommerzialisierungsverbots andererseits festhalten will. Er kann jedoch nicht auf eine „Konkretisierung“ durch die Rechtsprechung vertrauen, da es sich beim Organhandel nicht um ein ubiquitäres Kriminalitätsphänomen handelt, mit dem sich Tatgerichte (anders als mit

⁷⁰ Die im Übrigen auch nichts an der Reichweite des Handeltreibens ändert und damit das Problem der „faktischen Einheitstäterschaft“ nicht beseitigen kann, vgl. auch Weber (Fn. 60), S. 562.

⁷¹ In eine andere Richtung tendiert BSG JZ 2004, 464, der die Restriktion über das Merkmal der „Gefahr der Ausbeutung im weitesten Sinne“ erreichen will. Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 29) §§ 17, 18 TPG Rn. 17 wendet hiergegen zu Recht ein, dass der Gesetzgeber nicht ausschließlich die Ausbeutung erfasst haben will, sondern ein generelles Kommerzialisierungsverbot schaffen wollte; krit. auch Weber (Fn. 60), S. 560, der eine rechtsgrundsatzbezogene (und damit kasuistische) Einschränkung orientiert an der Gefahr einer Selbstkorrumpierung befürwortet, vgl. S. 562.; im Übrigen fällt es auf, dass das Organhandelsverbot bzw. der Begriff des Handeltreibens bis auf die wenigen Ausnahmen (Schroth, König) eher kritisch gesehen, aber in der einschlägigen Literatur eher „stiefmütterlich“ behandelt wird, vgl. Deutsch/Spickhoff (Fn. 22), S. 576 f.; Ulsenheimer in Handbuch des Arztrechts (Hrsg. Laufs/Kern), 4. Aufl. (2010), § 142 Rn. 39; Roth in Prütting (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht (2010), § 17 TPG Rn. 1 ff.

⁷² Dies erscheint mir konsequenter, als den Rat des Gesetzgebers, den Begriff des Handeltreibens auf das TPG zu übertragen für zwingend zu erachten und stattdessen dann mit ebenso undurchsichtigen Begrifflichkeiten wie der Sozialadäquanz eine Einschränkung erreichen zu wollen.

⁷³ Man mag wahrscheinlich den ersten Hinweis, den jeder Rechtswissenschaftler in diesem Zusammenhang als erstes machen würde (nämlich – wie hier –, dass das TPG erst so eben umfassend reformiert wurde), gar nicht hören wollen.

BtM-Sachen) tagtäglich beschäftigen müssten.⁷⁴ Denkbar wäre aber auch eine Differenzierung zwischen aggressivem Organhandel und vorsätzlichen Verstößen gegen berufliche Sorgfaltspflichten als Beteiligter am offiziellen Verfahren (wobei man sich für oder gegen eine partielle Aufstufung der in § 20 genannten Ordnungswidrigkeiten zu Straftaten aussprechen kann). Bevor man aber über

⁷⁴ Vgl. LG München I NJW 2002, 2265, wonach bereits durch das Versenden von Telefax-Anfragen an Krankenhäuser, in denen der Verkauf von Organen angeboten wird, zur Verwirklichung des Tatbestands des Organhandels unmittelbar angesetzt wird.

schärfere Präventionsmaßnahmen (Stichwort „Sechs-12-24-Augen-Modell“) einerseits, über erhöhte Strafrahmen andererseits nachdenkt, sollte man sich lieber nochmals darüber Gedanken machen, was man mit dem TPG eigentlich reguliert bzw. regulieren will und ob eine Strafbewehr noch zeit- und verfassungsgemäß ist, obwohl sie wohl mehr auf der Integrität des Transplantationswesens als „Sache des Staates“ („Organspendemonopol?“) fußt, als auf Individualinteressen wie der Menschenwürde oder der körperlichen Integrität des Einzelnen.

Aufsätze und Anmerkungen

„ACAB“ – Strafbare Beleidigung von Polizisten?

Von RA und FA für IT-Recht Benedikt Klas, LL.M. und Stud. iur. Caroline Blatt, Karlsruhe/Konstanz*

A. Aktuelle Verfahren und Entscheidungen

Ein kontrovers diskutiertes Thema¹ gewinnt aufgrund diverser neuer Gerichtsentscheidungen verstärkt an Bedeutung: Macht sich einer Beleidigung gem. § 185 StGB² strafbar, wer die Buchstabenkombination „ACAB“ verwendet? Die Abkürzung steht für die Aussage „All Cops Are Bastards“, zu Deutsch „Alle Polizisten sind Bastarde“. Gerade bei rechten oder linken Demonstrationen oder Fußballspielen ist dies kein selten gewähltes Mittel, um in Form von verbalen Äußerungen, Ansteckern, Transparenten, Schriftzügen auf der Kleidung oder sogar als Tätowierung seiner Verärgerung über bestimmte polizeiliche Verhaltensweisen oder „das System an sich“ Ausdruck zu verleihen. Insbesondere die bayrische Justiz hat hierzu in den letzten Jahren eine klare Linie vertreten. Mehrfach wurden dort Angeklagte in einschlägigen Verfahren zunächst durch Amtsgerichte freigesprochen und in teils folgenden Berufungs- oder Revisionsverfahren wegen Beleidigung gem. § 185 verurteilt.³ Auch das

Landgericht Karlsruhe hatte jüngst über eine Berufung der Staatsanwaltschaft gegen ein freisprechendes Urteil des Amtsgerichts zu entscheiden.⁴ Dem Angeklagten wurde vorgeworfen, während eines Fußballspiels des Karlsruher SC gemeinsam mit anderen Personen gut sichtbar ein großflächiges Banner mit der Aufschrift „ACAB“ hochgehalten und dadurch die anwesenden Polizeibeamten beleidigt zu haben. Das Landgericht hat diese Berufung jedoch verworfen.⁵ Aufgrund der gegen dieses Urteil eingelegten Revision der Staatsanwaltschaft wird sich nun das OLG Karlsruhe mit der Frage zu beschäftigen haben, ob das geschilderte Verhalten lediglich eine straflose Kollektivbeleidigung darstellt oder ob in diesen Fällen tatsächlich eine Beleidigung der örtlich anwesenden und dadurch in ihrer Ehre verletzten Polizisten gegeben ist. Der vorliegende Beitrag setzt sich vorab mit dieser Fragestellung auseinander.

B. Entwicklung der Rechtsprechung zur Kollektivbeleidigung

Sowohl der BGH als auch das BVerfG hatten sich bereits mit ähnlichen Problemstellungen im Zusammenhang mit Kollektivbeleidigungen zu befassen. Dabei ging der BGH ursprünglich davon aus, dass es für eine Individualbeleidigung im Deckmantel einer Kollektivbeleidigung und damit für eine Strafbarkeit genügt, wenn es sich bei dem Adressatenkreis der Aussage um eine klar abgrenzbare

* Der Autor *Klas* ist Partner der Karlsruher Anwaltskanzlei *Küster, Klas & Kollegen*. Die Autorin *Blatt* ist Studentin an der Universität Konstanz.

¹ Vgl. z.B. die Beiträge <http://www.nordbayern.de/nuernberger-nachrichten/nuernberg/schuler-wegen-sweat-shirt-festgenommen-1.602866>; <http://www.ka-news.de/region/karlsruhe/All-cops-are-bastards-Massive-Beleidigungen-bei-Demo-gegen-Polizeigewalt;art6066,368912> (Stand: August 2012).

² Alle Paragrafenangaben ohne Bezeichnung sind solche des StGB.

³ So z.B. LG München I, 14.11.2011 – 17 Ns 113 Js 152840/11; LG München I, 12.01.2010 – 17 Ns 466 Js 306985/09; OLG München, 19.10.2010 – 5 St RR (II) 315/10.

⁴ Der Autor *Klas* war an diesem Verfahren (Az. 11 Ns 410 Js 5815/11) als Verteidiger beteiligt.

⁵ Vgl. hierzu auch den Beitrag des Autors *Klas* auf <http://community.beck.de/node/47907> (Stand: August 2012).

Personengruppe handelt.⁶ Dieses alleinige Kriterium geriet jedoch schnell an seine Grenzen, weswegen vornehmlich in der Literatur gefordert wurde, dass die beleidigende Äußerung zusätzlich an eine Eigenschaft anknüpfen muss, die allen Personen des angegriffenen Personenkreises gemein ist.⁷ Diese Forderung der Literatur griff das BVerfG auf und entschied unter Berücksichtigung der beiden vorgenannten Voraussetzungen in seiner zweiten „Soldaten-sind-Mörder“-Entscheidung, dass eine strafgerichtliche Verurteilung wegen herabsetzender Äußerung über Kollektive in den Schutzbereich des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung eingreift und deswegen keinen Bestand haben kann.⁸ Der Entscheidung lag die Verurteilung der Beschwerdeführer wegen Beleidigung aufgrund der Aussage „Alle Soldaten sind Mörder“ zugrunde. In dem Grundsatzbeschluss wird ausgeführt, dass sich die herabsetzende Äußerung, die sich auf alle Soldaten der Welt bezieht, in einer unüberschaubaren Menge verliert und somit nicht geeignet ist, auf die persönliche Ehre des Individuums durchzuschlagen. Angesichts dieser Entscheidung erscheint es somit höchst fraglich, ob die verurteilenden „ACAB“-Entscheidungen mit der geltenden Rechtslage vereinbar sind oder ob die – vorwiegend bayrischen – Gerichte nicht vielmehr von ihrer Verurteilungspraxis abkommen müssen.

C. Strafbarkeit gem. § 185

I. Einordnung der Beleidigungsdelikte

Der 14. Abschnitt des StGB erfasst den Schutz der persönlichen Ehre.⁹ Dessen Ausgangspunkt ist der Beleidigungstatbestand des § 185, der als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist, die eine Untergruppe der Erfolgsdelikte darstellen.¹⁰ Die Norm steht im Spannungsfeld zwischen dem geschützten Rechtsgut der persönlichen Ehre und dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG. Dieses Grundrecht wird im strafrechtlichen Kontext von § 193 gesichert, der die Wahrung berechtigter Interessen im Rahmen der freien Meinungsäußerung gewährleistet.¹¹ Deswegen resultieren die wohl häufigsten Probleme bei der Auslegung der Beleidigungsdelikte aus der Abwägung zwischen Ehrschutz und Meinungsfreiheit.¹² Schranken für dieses Grundrecht finden sich gem. Art. 5 Abs. 2 GG in den allgemeinen Gesetzen, zu welchen auch § 185 gehört. Nach der vom BVerfG entwickelten Wechselwirkungs-

theorie¹³ darf ein solches das Grundrecht einschränkende Gesetz jedoch nicht einseitig wirken, auch wenn der Gesetzesvorbehalt des Grundrechts ausschließlich verfassungsimmanente Grenzen enthält.¹⁴ Es muss vielmehr die Bedeutung des einzuschränkenden Grundrechts berücksichtigt und dessen Wesensgehalt bewahrt werden. Deshalb ist im Rahmen von § 193 eine einzelfallbezogene Interessenabwägung vorzunehmen.¹⁵

II. Beleidigung einer Personengemeinschaft oder Kollektivbeleidigung?

Unter dem Stichwort der Beleidigung einer Personengemeinschaft werden zwei unterschiedliche Fallgruppen diskutiert. Zum einen die *Beleidigung an einer Personengemeinschaft*, etwa durch ehrverletzende Äußerungen in Bezug auf politische Parteien oder Gewerkschaften.¹⁶ Hierbei wird die Kollektivlehre eines passiv beleidigungsfähigen Personenverbandes verletzt. Dies setzt folglich voraus, dass die Personengemeinschaft Individualitätscharakter in Form einer einheitlichen Willensbildung besitzt, andernfalls käme ihr keine Persönlichkeitsqualität zu.¹⁷ Nach einhelliger Ansicht erfüllt die Polizei als solche diese Anforderungen gerade nicht,¹⁸ weswegen die Äußerung „ACAB“ generell nur von der zweiten Fallgruppe der sogenannten *Sammel- oder Kollektivbeleidigungen*¹⁹ erfasst werden kann. Diese umschreibt Fälle der Beleidigung von Einzelpersonen unter einer Kollektivbezeichnung. Da nur die letztgenannte Fallgruppe für vorliegende Fallkonstellationen relevant ist, soll sich die weitere Untersuchung der Strafbarkeit hierauf beschränken.

III. Sammelbeleidigung durch „ACAB“

1. Tauglicher Beleidigungsadressat

a) Erscheinungsformen der Sammelbeleidigung

Sammelbeleidigungen können in drei verschiedenen Ausprägungsvarianten vorliegen.²⁰ Zunächst ist es denkbar, dass nur eine oder mehrere ganz bestimmte Personen einer Gruppe beleidigt werden sollen, dazu aber eine Kollektivbezeichnung gewählt wird. Laut BGH muss der Personenkreis in solchen Fällen eines unbenannten Einzelnen verhältnismäßig klein sein, damit die passive Beleidigungsfähigkeit des Kollektivs bejaht werden

⁶ BGHSt 2, 38 (39); BGHSt 11, 207 (208); BGHSt 36, 83 (85).

⁷ Arzt JZ 1989, 647; Maiwald JR 1989, 485; Wagner JuS 1979, 674 (677).

⁸ BVerfGE 93, 266 – Soldaten sind Mörder = StV 1996, 17.

⁹ Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl. (2011), Vor § 185 Rn. 1; Sch/Sch/Lenckner/Eisele StGB, 28. Aufl. (2010), Vorbem. §§ 185 ff Rn. 1, Fischer StGB, 59. Aufl. (2012), Vor § 185 Rn. 1.

¹⁰ Fischer StGB, 59. Aufl. (2012), § 185 Rn. 1; Amelung FS Rudolphi (2004), 373 (376).

¹¹ BVerfGE 42, 143 (152); Fischer StGB, 59. Aufl. (2012), § 193 Rn. 17.

¹² So auch Sch/Sch/Lenckner/Eisele StGB, 28. Aufl. (2010), § 193 Rn. 8.

¹³ Siehe hierzu die Leitentscheidung des BVerfG in seinem Lüth-Urteil BVerfGE 7, 198 (208).

¹⁴ Hierzu zählen u.a. der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Übermaßverbot.

¹⁵ Fischer StGB, 59. Aufl. (2012), § 193 Rn. 5; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl. (2011), § 193 Rn. 1.

¹⁶ So etwa OLG Düsseldorf MDR 1979, 692; OLG München NJW 1996, 2515.

¹⁷ Sch/Sch/Lenckner/Eisele StGB, 28. Aufl. (2010), Vorbem. §§ 185 ff. Rn. 3; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl. (2011), Vor § 185 Rn. 5.

¹⁸ BayObLG JZ 1990, 348; OLG Düsseldorf MDR 1981, 868; Wagner JuS 1978, 674 (677).

¹⁹ Geppert Jura 2005, 244 (245).

²⁰ Vgl. zu der Unterscheidung ausführlich Geppert Jura 2005, 244 (246) und Küper Strafrecht BT, 7. Aufl. (2008), § 185 S. 76 (81).

kann.²¹ Dies wurde z.B. für einen Zeitungsartikel bejaht, in dem zwei nicht namentlich genannte Mitglieder einer aus 17 Abgeordneten bestehenden Landtagsfraktion einer Partei eine verfassungsfeindliche Betätigung unterstellt wurde.²² Desweiteren ist es möglich, dass der Täter zwar eine Kollektivbezeichnung wählt, es sich aber aus dem Gesamtzusammenhang ergibt, dass nur eine einzige bestimmte Person gemeint sein kann.²³ Als Beispiel wird hier angeführt, dass der Kläger eines Zivilprozesses nach der Verkündung eines klageabweisenden Urteils zu seinem Begleiter sagt: „Wusste ich doch: Alle Rechtsanwälte sind Dummköpfe!“²⁴ Die dritte Gruppe von Sammelbeleidigungen bezeichnet man auch als sogenannte summarische Ehrverletzung.²⁵ Hierbei findet ein Angriff auf die Ehre aller Mitglieder einer bestimmten Gemeinschaft statt, ohne dass ein Bezug zu einzelnen Personen hergestellt wird. Aufgrund dieser Weite des Angriffs stellt sich diese Form der Beleidigung in der Praxis auch als die mit Abstand problematischste dar.²⁶ Zu genau dieser Fallgruppe zählt auch die Verwendung des Kürzels „ACAB“, da hierdurch generell alle Polizeibeamten gleichermaßen angesprochen werden. Um den strafrechtlichen Anforderungen an die Beweisführung und Verurteilung dennoch gerecht zu werden, müssen nach nahezu einhelliger Auffassung an diese Fallgruppe zusätzliche Anforderungen gestellt werden.²⁷

b) Anforderungen an die summarische Ehrverletzung

aa) Hinreichende Individualisierbarkeit

Eine summarische Ehrverletzung kann zunächst nur vorliegen, wenn es sich bei dem Adressatenkreis um eine deutlich von der Allgemeinheit abgrenzbare Personenmehrheit handelt, wobei die individuell beleidigte Person diesem Personenkreis auch angehören muss.²⁸ Dieses Kriterium ist für sich genommen sehr weit und vermag somit alleine nicht die Probleme zu bewältigen, die sich durch die Äußerung von generalisierenden Werturteilen stellen. Gerade am Beispiel von Großkollektiven wie „die Ärzte“, „die Juristen“ und somit auch bei „alle Polizisten“ wird deutlich, dass dieses Merkmal isoliert keine ausreichende Abgrenzung garantiert.

Somit ist sich der Forderung anzuschließen, dass es sich bei der Personengruppe, auf die Bezug genommen wird, zusätzlich um einen zahlenmäßig überschaubaren Kreis

handeln muss.²⁹ Dieses Kriterium erscheint somit als eine parallel zum Individualitätscharakter einer beleidigungsfähigen Personengemeinschaft geforderte Voraussetzung, die die Individualisierbarkeit des Kollektivs sicherstellt und somit die innertatbestandliche Systematik aufrechterhält.

Als ausreichend individualisiert kann eine Sammelbezeichnung dann angesehen werden, wenn eine vorfallbezogene Äußerung getätigt wird und sich diese Äußerung zweifelsfrei auf einen bestimmten klar abgrenzbaren Personenkreis bezieht.³⁰ Für einen solchen Fall bejahte das Reichsgericht in einer Entscheidung die Strafbarkeit, in welchem sich die Schilderung eines Zeitungsartikels explizit auf alle bei einer bestimmten Demonstration aufsichtshabenden Polizeibeamten bezog.³¹

Gerade bei gegen militärische oder polizeiliche Einrichtungen gerichteten Äußerungen ist auch an eine Bezugnahme auf charakteristische Einsatzkleidung denkbar.³² Insbesondere wenn an die Berufskleidung von Spezialeinheiten angeknüpft wird, lässt sich diskutieren, ob insoweit eine hinreichende Individualisierung des adressierten Personenverbandes gegeben ist, da sich die Äußerung dann nur auf einen abtrennbaren Teil der im Ganzen nicht ausreichend individualisierten Vereinigung bezieht.³³ In solchen Fällen wird es bei der Bewertung jedoch stark auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls ankommen.

bb) Individualisierung durch „ACAB“

Fraglich ist nun, ob durch die Kundgabe „All Cops Are Bastards“ ebenfalls an irgendeinen individualisierenden Umstand angeknüpft wird. Am Wortlaut der Äußerung „alle Polizisten“ orientiert, lässt sich keine Konkretisierung feststellen. Gemessen am allgemein anerkannten Beurteilungsmaßstab des objektiv zu ermittelnden Sinngehalts³⁴ kann noch nicht einmal eine Beschränkung auf ausschließlich deutsche Polizeibeamte festgestellt werden. Stattdessen werden ebenfalls ausländische Polizisten erfasst. Auch eine Differenzierung zwischen sich noch im aktiven Dienst befindlichen Beamten und solchen im Ruhestand lässt sich der Formulierung nicht entnehmen. Somit erweitert sich der Adressatenkreis sogar auf alle ehemaligen Polizisten. Obwohl sich die Mehrzahl der „ACAB-Vorfälle“ wie erwähnt im Rahmen von Demonstrationen und Fußballspielen ereignet, lässt sich auch eine Beschränkung auf uniformierte Beamte nicht herleiten. „Alle Polizisten“ meint auch tatsächlich alle dieser Berufsgruppe angehörigen Polizeibeamten, die sowohl im Außen- wie auch im Innendienst tätig sein können. Da-

²¹ BGHSt 19, 235 (238); Sch/Sch/Lenckner/Eisele StGB, 28. Aufl. (2010), Vorbem. §§ 185 ff. Rn. 6.
²² BGHSt 14, 48.
²³ Fischer StGB, 59. Aufl. (2012), Vor § 185 Rn. 9; ausführlich hierzu auch Sch/Sch/Lenckner/Eisele StGB, 28. Aufl. (2010), Vorbem. §§ 185 ff. Rn. 6.
²⁴ Geppert Jura 2005, 244 (246).
²⁵ Küper Strafrecht BT, 7. Aufl. (2008), § 185 S. 76 (81).
²⁶ Vgl. dazu nur die jahrelangen „Soldaten-sind-Mörder“-Debatten, sowohl bei Gerichten als auch in der Öffentlichkeit.
²⁷ Sch/Sch/Lenckner/Eisele StGB, 28. Aufl. (2010), Vorbem. §§ 185 ff. Rn. 7 ff.; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl. (2011), Vor. § 185 Rn. 3.
²⁸ Androulakis Die Sammelbeleidigung (1970) S. 45; Wessels/Hillenkamp Strafrecht BT 1, 34. Aufl. (2010), § 10 Rn. 473.

²⁹ Arzt JZ 1989, 644 (647); Maiwald JR 1989, 485.
³⁰ Wessels/Hillenkamp Strafrecht BT 1, 34. Aufl. (2010), § 10 Rn. 473; Rengier Strafrecht BT II, 12. Aufl. (2011), § 28 Rn. 14.
³¹ RGSt 35, 138 (138 f.).
³² Ein so gelagerter Fall wurde auch zugunsten einer Strafbarkeit durch das KG JR 1990, 124 entschieden.
³³ So z.B. die Abbildung von sichtlich schwer bewaffneten sowie mit Helm und sperriger Schutzkleidung ausgestatteten Personen, was auf deren Zugehörigkeit zu SEK- oder GSG 9-Einheiten schließen lässt.
³⁴ BVerfGE 93, 298; Sch/Sch/Lenckner/Eisele StGB, 28. Aufl. (2010), § 185 Rn. 8.

mit erweitert sich der Kreis der angesprochenen Personen noch einmal enorm. Eine hinreichende Individualisierung des adressierten Personenkreises findet durch die Äußerung „ACAB“ somit nicht statt.

Dieses Ergebnis fand bereits in ähnlich gelagerten Fällen gerichtliche Bestätigung. So erwähnte der BGH in einem Urteil zur Kollektivbeleidigung an der Bundeswehr, dass eine Aussage wie „Alle deutschen Ärzte sind Kurpfuscher“ nicht für eine hinreichende Konkretisierung ausreiche.³⁵ Ebenso entschied dies das BayObLG für einen Aufkleber mit der Aufschrift „Wenn Schweine fliegen könnten, bräuchten Bullen keine Hubschrauber.“³⁶ Auch hier sah das Gericht keinen Bezug zu einem individualisierbaren Personenkreis.

Gegen diese Argumentation und somit für eine Strafbarkeit wird vielfach das Argument angeführt, dass sich die Äußerung „ACAB“ nur auf die vor Ort befindlichen Polizeibeamten beziehe.³⁷ In Fußballfällen sollen sich besagte Spruchbänder oder Anstecker somit nur an die sich im Umfeld des Stadions aufhaltenden Beamten richten, da nur diese sie wahrnehmen und sich deshalb in ihrer Ehre verletzt fühlen könnten. Von diesen Kritikern wird jedoch erkannt, dass es auch dafür rein objektiv am Wortlaut orientiert keinerlei Anhaltspunkte gibt. Vielmehr legt die bewusst gewählte englische Formulierung sogar gerade die Vermutung nahe, dass tatsächlich alle Polizisten der Welt gemeint sein sollen, was wiederum ein Indiz dafür darstellt, dass eine Beschränkung auf deutsche Polizisten in der Aussage nicht enthalten ist. Das bezeichnete Kollektiv wird somit zunehmend unüberschaubar, was wiederum zur Konsequenz hat, dass die persönliche Betroffenheit des einzelnen Polizisten mit wachsendem Kollektiv stärker in den Hintergrund tritt.³⁸ Zudem hat der BGH, ebenfalls am Beispiel „Alle Ärzte sind Kurpfuscher“, festgestellt, dass in der Fallgruppe der summarischen Ehrverletzungen Werturteile allgemein keinen konkreten Personenbezug aufweisen, da sie so verallgemeinert ohnehin keinen Geltungsanspruch besitzen. Dies bedeutet, dass bei Werturteilen, die sich auf ein ganzes Kollektiv beziehen, nie ein einzelnes diesem Kollektiv angehöriges Individuum betroffen sein kann.³⁹ Dass es sich bei der Behauptung, alle Polizisten seien Bastarde, um ein solches Werturteil handelt, das in dieser Generalisierung nur schwerlich ernst gemeint sein kann, dürfte unstrittig der Fall sein.

cc) Besondere Problematik: „ACAB“ im Fußball

Gerade im Rahmen von Fußballspielen stellen sich für die Äußerung „ACAB“ besondere Hindernisse in Bezug auf eine Strafbarkeit wegen Beleidigung. Ein Grund hierfür ist die mediale Präsenz. Diese reicht sogar bis in die unteren Ligen, wobei nicht nur Erstligaspiele mittlerweile live im Fernsehen verfolgt werden können. Zumindest Mitschnitte und Berichterstattungen können jedoch auf

öffentlich-rechtlichen Sendern und somit für jedermann zugänglich verfolgt werden. Mithin erweitert sich der potenzielle Adressatenkreis zumindest auf alle Zuschauer von Sport- und Nachrichtensendungen, da das Bildmaterial hier genauso entsprechende „ACAB“-Schriftzüge übermitteln kann und sich somit auch andere als die sich im Stadion befindlichen Polizisten beleidigt fühlen könnten. Als Extrembeispiel sei an dieser Stelle ein türkischer Polizeibeamter genannt, der in Antalya tätig ist und dort deutsches Fernsehen empfängt. Auch er könnte somit, sofern er der englischen Sprache mächtig ist, zu dem beleidigten Personenkreis zählen. Dies verdeutlicht noch einmal, wie willkürlich und ausufernd eine Begrenzung des „ACAB-Adressatenkreises“ in der Praxis verlaufen würde. Zudem wird von Fußballfans im Zusammenhang mit „ACAB-Transparenten“ häufig allgemeine, gerade nicht speziell die im Stadion anwesenden Polizisten betreffende Kritik an der (jedenfalls nach Ansicht der Fans) zunehmenden Polizeigewalt geäußert, mit der sie gerade bei Auswärtsspielen häufig negative Erfahrungen machen. So wurden beispielsweise im eingangs geschilderten Karlsruher Fall unmittelbar vor dem „ACAB-Transparent“ weitere Transparente mit den Aufschriften „Stuttgart 21 zeigt – Polizeigewalt kann jeden treffen“ und „BFE (Beweissicherungs- und Festnahmeeinheiten) abschaffen“ emporgehoben. Auch aus diesem Blickwinkel spricht demnach alles gegen eine hinreichende Individualisierung und somit gegen eine Strafbarkeit.

2. Kundgabeerfolg

Eine Bejahung der Strafbarkeit in obigen „ACAB“-Urteilen missachtete zudem allgemeinstrafrechtliche Grundsätze. Als Erfolgsdelikt in der Untergruppe der konkreten Gefährdungsdelikte verlangt der Beleidigungstatbestand, dass es zu einer unmittelbaren Gefährdung des geschützten Rechtsguts kommen muss, hier also der persönlichen Ehre der einzelnen Polizisten.⁴⁰ Die bloß abstrakte Eignung einer Handlung reicht für die Begründung der Strafbarkeit deshalb gerade nicht aus.⁴¹ In den aufgeführten bayrischen Gerichtsentscheidungen findet sich hingegen auch die Verurteilung wegen Beleidigung an Polizeibeamten, die erst nach der „Primärbeleidigung“ an anderen Beamten zur Personenfeststellung hinzu gerufen wurden.⁴² Dies mag vielleicht auf den ersten Blick keinen Unterschied machen, betrachtet man die Situation allerdings genauer, wird deutlich, dass der sich durch die Äußerung „ACAB“ in seiner Ehre verletzt fühlende Polizist durch das Hinzurufen von weiteren Beamten den Kundgabeerfolg willkürlich und zahlenmäßig ins Unermessliche steigern könnte. Dieses Ergebnis kann letztlich nicht mit dem Sinn und Zweck sowie dem ultima ratio-Gedanken des Strafrechts vereinbart werden.

⁴⁰ Roxin Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2006), § 10 Rn. 124; Wessels/Beulke Strafrecht AT, 40. Aufl. (2010), § 1 Rn. 28.

⁴¹ In Abgrenzung hierzu stehen die abstrakten Gefährdungsdelikte, vgl. Roxin Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2006), § 10 Rn. 124; Wessels/Beulke Strafrecht AT, 40. Aufl. (2010), § 1 Rn. 29.

⁴² So z.B. im Fall des LG München I, Urt. v. 14.11.2011 – 17 Ns 113 Js 152840/11.

³⁵ BGHSt 36, 83 (88).

³⁶ BayObLG NJW 1990, 1742.

³⁷ So auch die Staatsanwaltschaft Karlsruhe im Fall des LG Karlsruhe, Urt. v. 08.12.2011 – 11 Ns 410 Js 5815/11.

³⁸ Anschaulich aufgearbeitet durch BVerfGE 93, 266 (301).

³⁹ BGHSt 36, 83 (88); Androulakis Die Sammelbeleidigung (1970), S. 49.

3. Äußerung mit ehrverletzendem Charakter

Eine weitere Voraussetzung der Sammelbeleidigung ist die Kundgabe eigener Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung.⁴³ Diese kann in zwei unterschiedlichen Varianten vorliegen, entweder durch eine ehrenrührige Tatsachenbehauptung oder durch ein ehrverletzendes Werturteil.⁴⁴ Durch die Äußerung „ACAB“ wurde von den eine Strafbarkeit bejahenden Gerichten einhellig die Variante eines ehrverletzenden Werturteils als Formalbeleidigung durch Schmähkritik angenommen.⁴⁵ Wiederum verkannt wurde jedoch, dass dieser Umstand in obigen Fällen gar keine Rolle mehr hätte spielen dürfen, da es bereits an einem tauglichen Beleidigungsadressaten fehlte, der die Äußerung strafbegründend zur Kenntnis nehmen konnte. Mithin ergibt sich für die teils umständlichen Wertungs- und Deutungsversuche von „ACAB“-Bannern, Stickern oder sogar Tätowierungen,⁴⁶ dass diese im Hinblick auf die sachgerechte und objektivneutrale Auslegungstechnik zwar durchaus interessant, für vorliegende Fälle jedoch gänzlich unbrauchbar sind. Nicht nur überflüssig, sondern auch widersprüchlich gestaltete sich die Argumentation im Falle des OLG München.⁴⁷ Zunächst stellt das Gericht richtigerweise fest, dass für eine Einstufung als Beleidigung der objektive Sinngehalt der Äußerung durch Auslegung ermittelt werden muss.⁴⁸ Auch sei hierzu die Gesamtheit der äußeren und inneren Umstände der Äußerung zu berücksichtigen, soweit sie nach außen erkennbar geworden sind.⁴⁹ An dieser Stelle wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die Ortsüblichkeit bestimmter Ausdrücke, aber vor allem auch die Gewöhnung an bestimmte Redewendungen die Beleidigungsqualität der Aussage relativieren können.⁵⁰ Bei der daraufhin vorgenommenen Abwägung fehlt die Einbeziehung dieser Gesichtspunkte jedoch gänzlich. Korrekterweise hätte es aber einer näheren Untersuchung bedurft, ob sich nicht zumindest im Rahmen von Fußballspielen ein gewisser „Gewöhnungseffekt“ in Be-

zug auf die Äußerung „ACAB“ entwickelt. Dies hätte von Seiten des Gericht jedenfalls in Betracht gezogen werden müssen, nicht zuletzt, da auch in der Begründung des objektiven Aussagegehalts ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass „die Abkürzung in dieser Bedeutung in Fußballstadien von Besuchern der Fußballspiele häufig zur Provokation der dort bekanntermaßen auftretenden Polizeikräfte verwendet wird“. Infolge der mangelnden Abwägung könnte man dem OLG unterstellen, es ginge davon aus, dass die Äußerung „ACAB“ bereits ihrer Natur nach eine Beleidigung darstellt. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass es keine Handlungen oder Äußerungen mit schlechthin beleidigendem Charakter gibt.⁵¹ Diesbezüglich weist auch das LG Regensburg in einer Entscheidung richtigerweise darauf hin, dass gerade Tatbestandsmerkmale wie die Beleidigung dem Wandel der Zeit unterliegen und somit durch die Wirklichkeit des sozialen Lebens begrenzt werden. Es sind mithin, so das Gericht, nicht alle anstößigen oder geschmacklosen Äußerungen auch sanktionsbedürftig.⁵²

D. Sackgasse „Lex Bundeswehr“

Eine Bestrafung wegen Beleidigung von Polizisten in den eingangs beschriebenen Fällen lässt sich somit nicht auf § 185 stützen. Dass dieses Ergebnis sachlich korrekt ist, zeigt auch die bereits in den 1990er Jahren aufgekommene Diskussion um einen – letztlich gescheiterten – Gesetzesentwurf zu einer „Lex Bundeswehr“. Nach der zweiten „Soldaten-sind-Mörder“-Entscheidung des BVerfG im Jahr 1995 kamen aus dem Lager der CDU/CSU- und FDP-Bundestagsfraktion vermehrt Forderungen hinsichtlich eines zusätzlichen Ehrschutzparagraphen speziell für Soldaten und Polizisten auf.⁵³ Diese Forderung mündete schließlich in einem Gesetzesentwurf für einen neuen § 109 b StGB-E.⁵⁴ Das Streben nach einer solchen gesetzlichen Neuregelung zeigt, dass bereits zu diesem Zeitpunkt klar war, dass die geltende Gesetzeslage eine Sonderstellung von Soldaten oder Polizeibeamten im Rahmen der Beleidigungsdelikte nicht hergibt. Andernfalls hätte eine eventuelle Gesetzesänderung gar nicht erst diskutiert werden müssen. An dieser Rechtslage hat sich seitdem nichts geändert, da das Vorhaben der Schaffung eines neuen § 109 b StGB-E zwischenzeitlich wieder aufgegeben wurde. Gegen den Gesetzesvorschlag gab es nämlich vor allem aus den Reihen der damaligen Opposition viel gut begründete Kritik. So wurde insbesondere bemängelt, dass es für den Täter nicht ersichtlich ist, dass er sich einem Bundeswehrsoldaten gegenüber ehrverletzend äußert, wenn dieser sich in privaten Kreisen bewegt und seine Armeezugehörigkeit nicht preisgibt.⁵⁵ Gleiches gilt auch bei Polizisten. Es müsste somit für eine Strafbarkeit auch auf das Tragen der Uniform ankommen, was letztlich ein widersinniges Kriterium dar-

⁴³ Rengier Strafrecht BT II, 12. Aufl. (2011), § 29 Rn. 20; Küper Strafrecht BT, 7. Aufl. (2008), § 185 S. 76.

⁴⁴ So auch Rengier Strafrecht BT II, 12. Aufl. (2011), § 29 Rn. 23. Weiter differenzierend zwischen der Äußerung eines Werturteils ggü. dem Betroffenen und über den Betroffenen ggü. Dritten Küper Strafrecht BT, 7. Aufl. (2008), § 185 S. 71.

⁴⁵ Vgl. OLG München, Urt. v. 19.10.2010 – 5 St RR (II) 315/10; LG München I, Urt. v. 14.11.2011 – 17 Ns 113 Js 152840/11; LG München I, Urt. v. 12.01.2010 – 17 Ns 466 Js 306985/09.

⁴⁶ In letztgenanntem Beispiel musste sich das Tatgericht auch mit der interessanten Frage beschäftigen, ob es eine Rolle spielen kann, dass der Angeklagte mit seiner Tätowierung lediglich seine musikalische Zuneigung zu einer malaysischen Punk-Rock-Band mit dem Namen „ACAB“ kundtun wollte. Letztlich wurde hier entschieden, dass im mitteleuropäischen Kulturkreis aufgrund der Allgegenwärtigkeit dieser Abkürzung in Bezug auf einschlägige Verhaltensweisen eine Interpretation als „Polizistenbeleidigung“ zwingend sei.

⁴⁷ OLG München, Urt. v. 19.10.2010 – 5 St RR (II) 315/10.

⁴⁸ So auch BVerfGE 93, 298; BGHSt 19, 237; LG Karlsruhe NJW 2003, 2029 (2030).

⁴⁹ Fischer StGB, 59. Aufl. (2012), § 185 Rn. 8; LG Karlsruhe NStZ 2005, 158; LG Regensburg NJW 2006, 629.

⁵⁰ Sch/Sch/Lenckner/Eisele StGB, 28. Aufl. (2010), § 185 Rn. 8; OLG Düsseldorf JR 1990, 345.

⁵¹ Sch/Sch/Lenckner/Eisele StGB, 28. Aufl. (2010), § 185 Rn. 8; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl. (2011), § 185 Rn. 4; LK/Hilgendorf StGB Band 6, 12. Aufl. (2010), § 185 Rn. 18; OLG Düsseldorf NJW 1960, 1072.

⁵² LG Regensburg NJW 2006, 629.

⁵³ Ausführlich hierzu auch Perger Ehrenschutz von Soldaten in Deutschland und anderen Staaten (2003) S. 164 ff.

⁵⁴ BT-Drucksache 13/3971 vom 05.03.1996.

⁵⁵ Hepp/Otto „Soldaten sind Mörder“ – Dokumentation einer Debatte 1931-1996 (1996) S. 299.

stellen und zu Bestimmtheitsproblemen führen würde. Unabhängig von der Diskussion, ob es tatsächlich der Einführung eines solchen Auffangtatbestandes für die Fälle gebraucht hätte, ist interessant zu sehen, dass sich der Gesetzentwurf bei seiner Vorlage nur noch als eine Spezialregelung für die Bundeswehr darstellte und Polizeibeamte mit keinem Wort mehr erwähnt wurden. Das Bestreben eines zusätzlichen Polizeischutzes wurde im Rahmen dieses Vorhabens also bereits frühzeitig wieder aufgegeben.⁵⁶ Dieses „Zurückrudern“ zeigt, dass auch die Kritiker des BVerfG offensichtlich eine grundlegende Differenzierung zwischen Soldaten der Bundeswehr und Polizeibeamten vornahmen. Es wurde mithin zwar zeitweise über eine Sonderstellung der Bundeswehrsoldaten im Rahmen des Ehrschutzes diskutiert, von einer Einbeziehung der Polizeibeamten wurde jedoch abgesehen. Es ist somit als erstaunlich zu bezeichnen, dass heutige Gerichtsentscheidungen offenbar trotzdem von einer solchen Sonderstellung ausgehen, indem vorschnell und ungeachtet der voranstehenden Bedenken eine Strafbarkeit gem. § 185 bejaht wird. Rein juristisch betrachtet besteht hierfür keinerlei Anlass, da sich weder historisch noch aufgrund der Gesetzssystematik oder der teleologischen Betrachtungsweise der §§ 185 ff. eine solche Annahme begründen lässt.

E. Fazit

Die Äußerung „All Cops Are Bastards“ in Wort oder Schrift stellt kein strafbares Verhalten i.S.v. § 185 in Form einer Sammelbeleidigung dar.⁵⁷ Es fehlt der hierfür erforderliche Adressatenkreis, da eine ausreichende Konkretisierung der beleidigten Personengruppe, wie sie der BGH und das BVerfG fordern, nicht erfolgt. Durch die gewählte Formulierung „All Cops“ lässt sich situationsbedingt keine Begrenzung auf nur einen abtrennbaren

⁵⁶ Hepp/Otto „Soldaten sind Mörder“ – Dokumentation einer Debatte 1931-1996 (1996), S. 298.

⁵⁷ Ebenfalls zu diesem Ergebnis kommen AG Tiergarten, Beschl. v. 19.01.2000 – 238 Cs 877/99; LG Stuttgart NStZ 2008, 633; LG Karlsruhe, Urt. v. 08.12.2011 – 11 Ns 410 Js 5815/11.

Teil aller Polizisten herleiten, genauso wenig wie nur eine bestimmte Einheit oder Dienststelle angesprochen wird.⁵⁸ Dieses Ergebnis mag von einigen Stimmen kritisiert werden. Jedoch stellt es im Hinblick auf die vorstehend angeführten Argumente sowie den Sinn und Zweck des Strafrechts die einzige juristisch korrekte Lösung dar.

Es bleibt festzuhalten, dass der Regelungsgehalt der §§ 185 ff. die persönliche Ehre umfassend unter Schutz stellt und sich aus diesen Vorschriften gerade keine Strafbarkeit für die „ACAB-Fälle“ ergibt. Das Strafrecht ist zumindest de lege lata nicht dazu berufen, diese Fälle unter Strafe zu stellen. Sollte dieses Ergebnis als nicht tragbar angesehen werden, so ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, de lege ferenda für eine Einbeziehung solcher Fallkonstellationen zu sorgen. Hierbei muss allerdings berücksichtigt werden, dass aufgrund des fragmentarischen Charakters des Strafrechts ein gewisses Maß an Lückenhaftigkeit zu dessen Natur dazugehört.⁵⁹ Diese schützt die generalpräventive Natur des Strafrechts und dessen ultima ratio-Funktion.⁶⁰ Andernfalls würde eine Bestrafung ihre Stigmatisierungswirkung verlieren und somit die wirksame Durchsetzung des Rechts erschwert werden. Auch die letztlich gescheiterte Gesetzesinitiative für eine „Lex Bundeswehr“ zeigt, dass sich ein gesteigerter Ehrschutz für Polizisten nicht nur aus der aktuellen Gesetzeslage nicht herleiten lässt, sondern auch, dass eine solche zukünftige gesetzliche Regelung nicht vonnöten ist.

Es bleibt deshalb mit Interesse zu verfolgen, ob das OLG Karlsruhe dieser Ansicht folgt oder ob es sich der bisherigen – rechtlich unzutreffenden – Leitlinie der bayrischen Gerichte anschließt.

⁵⁸ Vgl. zur Beleidigung von bestimmten Dienststellen, wie z.B. nur der „Mannheimer Polizei“ LG Mannheim NStZ-RR 1996, 360; AG Weinheim NJW 1994, 1543.

⁵⁹ Peters ZStW 77, 470, 475; Hirsch FS Tröndle (1989), 19 (38).

⁶⁰ Vgl. zu Zweck und Bedeutung der Generalprävention im Strafrecht Albrecht Kriminologie, 4. Aufl. (2010), § 4 Rn. B III.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

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.

656. BVerfG 2 BvR 865/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Juni 2012 (OLG Hamm / LG Düsseldorf)

Maßregelvollzug; Resozialisierung; Vollzugslockerungen; Ausführung; Fluchtgefahr; Missbrauchsgefahr; effektiver Rechtsschutz.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 119 Abs. 3 StVollzG; § 18 MRVG NRW

657. BVerfG 2 BvR 1048/11 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 20. Juni 2012 (BGH / LG Deggendorf)

Vorbehaltene Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot; Freiheitsgrundrecht: Freiheit der Person und Menschenwürde; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); Bestimmtheitsgrundsatz; Rechtssicherheit; gesetzlicher Richter; Besetzungsreduktion; Beurteilungsspielraum.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 1 EMRK; § 66a StGB; § 76 Abs. 2 GVG; § 33b Abs. 2 JGG

658. BVerfG 2 BvR 1092/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juli 2012 (OLG München / LG Augsburg)

Freiheit der Person (Untersuchungshaft; Fluchtgefahr; Außervollzugssetzung eines Haftbefehls); Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Aufhebung eines Haftverschonungsbeschlusses; neu hervorgetretene Umstände; Auflagen; Straferwartung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO

659. BVerfG 2 BvR 1278/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Juli 2012 (Hanseatisches OLG / LG Hamburg)

Sicherungsverwahrung (Strafvollzug; Verlegung in eine Bewährungsstation; Abstandsgebot; Trennungsgebot; Besserstellungsgebot; Verzicht; Wahlrecht).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 93 Abs. 1 HmbStVollzG a.F.; § 99 Abs. 4 HmbStVollzG a.F.

660. BVerfG 2 BvR 2521/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Hamburg / AG Hamburg)

Freiheitsgrundrecht (Maßregel der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Fortdauer: Begründungsanforderungen; Sachaufklärung durch externen Sachverständigen; externe Begutachtung).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 Satz 1 StGB; § 463 Abs. 4 StPO

661. BVerfG 2 BvR 2739/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juni 2012 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Strafvollzug (Vollzugslockerungen; Reststrafaussetzung); effektiver Rechtsschutz im Strafvollzug (Rechtsschutzinteresse; Rechtsschutzbedürfnis; Strafvollstreckungskammer).

Art. 19 Abs. 4 GG

662. BGH 1 StR 121/12 – Beschluss vom 10. Juli 2012 (LG Augsburg)

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

663. BGH 1 StR 131/12 – Beschluss vom 27. Juni 2012 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge; kein Anspruch auf Berücksichtigung verspätet eingehender Ausführungen (Zweiwochenfrist).
§ 356a StPO; § 349 Abs. 3 Satz 2 StPO

664. BGH 1 StR 148/12 – Beschluss vom 10. Juli 2012 (LG Siegen)

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

665. BGH 1 StR 163/12 – Urteil vom 26. Juni 2012 (LG München II)

Anforderungen an die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei massenhaftem Besitz kinderpornographischer Schriften (Verhältnismäßigkeit; Gesamtwürdigung; Gefährlichkeit; erhebliche Straftaten; Pädophilie).

§ 63 StGB; § 62 StGB; § 184b Abs. 4 Satz 2 StGB; § 21 StGB; Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates der Europäischen Union vom 22. Dezember 2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie; Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornographie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates

666. BGH 1 StR 266/12 – Beschluss vom 25. Juli 2012 (LG Bayreuth)

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

667. BGH 1 StR 289/12 – Beschluss vom 26. Juni 2012 (LG Bochum)

Gewerbsmäßiger Schmuggel (Verkürzung von Einfuhrumsatzsteuer durch inhaltlich unrichtige Zollanmeldungen; Vorsteuerabzug; systembedingte Nachholwirkung; Schadenswiedergutmachung; Tatvorsatz; subjektive Ausrichtung der Gewerbsmäßigkeit).

§ 370 Abs. 1, Abs. 4 Satz 3 AO; § 373 Abs. 1 AO; § 1 Abs. 1 Nr. 4 UStG; § 11 Abs. 1 UStG; § 21 Abs. 2 UStG; Art. 28 ZK; Art. 29 ZK; Art. 59 Abs. 1 ZK; Art. 79 ZK; Art. 217 ZK

668. BGH 1 StR 292/12 – Beschluss vom 10. Juli 2012 (LG Stuttgart)

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

669. BGH 1 StR 59/12 – Beschluss vom 29. Mai 2012 (LG München II)

BGHSt; Bedeutung der Blutalkoholkonzentration für die Beurteilung der (verminderten) Schuldfähigkeit (aussagekräftige psychodiagnostische Beweisanzeichen); schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (minder schwerer Fall).

§ 21 StGB; § 20 StGB; § 176a Abs. 4 StGB

670. BGH 1 StR 332/12 – Beschluss vom 25. Juli 2012 (LG Stuttgart)

Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (tatsächlich Minderung der Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall).

§ 63 StGB

671. BGH 1 StR 481/11 – Beschluss vom 24. Juli 2012 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge (nicht vorhandener Schriftsatz).

§ 356a StPO

672. BGH 2 StR 49/12 – Beschluss vom 16. Mai 2012 (LG Gera)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

673. BGH 2 StR 50/12 – Beschluss vom 19. April 2012 (LG Bonn)

Berichtigung der Adhäsionsentscheidung (Vorbehalt des Übergangs von Ansprüchen auf den Sozialversicherungsträger oder andere Versicherer).

§ 403 StPO

674. BGH 2 StR 5/12 – Beschluss vom 19. April 2012 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei „Aussage gegen Aussage“ (mangelnde Nachvollziehbarkeit; Falschbeziehungsmotiv).

§ 261 StPO

675. BGH 2 StR 54/12 – Beschluss vom 15. Mai 2012 (LG Marburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

676. BGH 2 StR 6/12 – Urteil vom 18. April 2012 (LG Frankfurt am Main)

Anforderungen an die Feststellung bandenmäßigen Handelns bei Diebstahl und Betrug (Beweiswürdigung; Erörterungsmängel beim wiederholten Handeln von drei Personen).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

677. BGH 2 StR 6/12 – Beschluss vom 18. April 2012 (LG Frankfurt am Main)

Beendigung des Diebstahls und der Hehlerei; Voraussetzungen der Mittäterschaft beim Betrug (endgültiger Vermögensschaden).

§ 242 StGB; § 78a StGB; § 259 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

678. BGH 2 StR 54/12 – Beschluss vom 15. Mai 2012 (LG Marburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

679. BGH 2 StR 54/12 – Beschluss vom 15. Mai 2012 (LG Marburg)

Strafzumessung bei der Jugendstrafe (Heranwachsende; formelhafte Erwähnung des Erziehungsgedankens); Tenorierung bei Qualifikationen.

§ 105 JGG; § 17 JGG; § 46 StGB; § 250 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

680. BGH 2 StR 58/12 – Beschluss vom 29. Mai 2012 (LG Bonn)

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

681. BGH 2 StR 61/12 – Beschluss vom 28. Juni 2012 (LG Bonn)

Doppelverwertungsverbot und Strafschärfung beim Totschlag (direkter Vorsatz; Absicht; Wissentlichkeit; Mordmerkmal der Grausamkeit noch nicht erfüllende Tötungshandlung und besondere Handlungsintensität).
§ 212 StGB; § 211 StGB; § 46 StGB

682. BGH 2 ARs 65/12 (2 AR 35/12) – Beschluss vom 27. März 2012 (AG Wuppertal; AG Halle)

Bestimmung der Zuständigkeit durch das gemeinsame obere Gericht (vorrangige Zuständigkeit des Jugendrichters im gerichtlichen Bußgeldverfahren).
§ 46 Abs. 1 OWiG; § 14 StPO; 42 Abs. 1 Nr. 1 JGG

683. BGH 2 StR 75/12 – Beschluss vom 28. Juni 2012 (LG Bonn)

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

684. BGH 2 StR 79/12 – Urteil vom 27. Juni 2012 (LG Darmstadt)

Betrug (erforderliche Feststellungen für den Vermögensschaden: Saldierung, drohende Einziehung im objektiven Verfahren, erforderliche Zulassung im Straßenverkehr, individueller Schadenseinschlag; Erfüllungsbetrug; Eingehungsbetrug); strafbare Werbung; Verstoß gegen das Geschmacksmustergesetz.
§ 263 StGB; § 22 Abs. 2 Satz 4 StVZO; § 21 StVZO; § 51 Abs. 1 GeschmMG; § 16 Abs. 1 UWG; § 76a Abs. 3 StGB; § 143 MarkenG

685. BGH 2 StR 97/12 – Beschluss vom 4. April 2012 (LG Koblenz)

Schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes; rechtsfehlerhafte Prüfung des Ausschlusses der Schuldfähigkeit (Steuerungsfähigkeit).
§ 176a StGB; § 20 StGB

686. BGH 2 StR 122/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (BGH)

Unparteilichkeit des Richters am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Krehl (Anzeige von Umständen, die eine Ablehnung wegen Befangenheit rechtfertigen könnten; Besorgnis der Befangenheit).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO; § 30 StPO

Einzelfall einer Anzeige von ergänzenden Umständen gemäß § 30 StPO durch einen Bundesrichter, die nach Ansicht des Senats entgegen der Beurteilung dieses Bundesrichters im Zusammenhang mit dem Streit um die Neubesetzung des Vorsitzes des Senats die Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit nicht rechtfertigen.

687. BGH 2 StR 123/12 – Beschluss vom 2. Mai 2012 (LG Köln)

Gewerbsmäßige und bandenmäßige Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion; Mittäterschaft und Beihilfe beim Computerbetrug (mangelnde Tatherrschaft bei der Anbringung von Einlesegeräten an EC-Automaten).
§ 152b StGB; § 263a StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

688. BGH 2 StR 187/12 – Beschluss vom 26. Juni 2012 (LG Erfurt)

Erörterungsmangel zur Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

689. BGH 2 ARs 223/12 2 AR 139/12 – Beschluss vom 27. Juni 2012 (AG Bielefeld; AG Köln)

Zuständigkeitsbestimmung (Wohnsitzverlegung; Übernahme ohne erforderliche Voraussetzung, Bindungswirkung).
§ 42 JGG

690. BGH 2 StR 355/11 – Beschluss vom 15. März 2012 (LG Köln)

Anordnung der Sicherungsverwahrung nach vorherigem Vorbehalt (vorbehaltene Sicherungsverwahrung; wiederholter ungeschützter Sexualverkehr durch einen Aidskranken: Ansteckungsrisiken, eigenverantwortliche Selbstgefährdung).
§ 66a StGB; § 66 StGB; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

691. BGH 2 StR 446/11 – Beschluss vom 3. Mai 2012 (LG Darmstadt)

Untreue (keine Vermögensbetreuungspflicht bei Bankmitarbeitern ohne Entscheidungsspielraum: Kreditsachbearbeiter und Verkäufer); Täterschaft und Teilnahme bei der Urkundenfälschung; Gefährdungsschaden beim Betrug (Kreditvergabe: Bedeutung der Bonität und des Rückzahlungswillens).
§ 266 StGB; § 263 StGB; § 267 StGB; § 27 StGB

692. BGH 2 StR 509/10 – Beschluss vom 25. Juli 2012 (BGH)

Berichtigungsbeschluss.
§ 267 StPO

693. BGH 2 StR 98/12 – Beschluss vom 30. Mai 2012 (LG Gera)

Kein Adhäsionsverfahren gegenüber Jugendlichen; wirksamer Adhäsionsantrag (Zustellung); Erörterungsmängel bei der Strafzumessung (persönliche Verhältnisse des Angeklagten).
§ 403 StPO; § 81 JGG; § 404 Abs. 1 Satz 3 StPO; § 46 StGB

694. BGH 2 StR 572/11 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (BGH)

Unparteilichkeit der Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Krehl und Prof. Dr. Fischer (Anzeige von Umständen, die eine Ablehnung wegen Befangenheit rechtfertigen könnten; Besorgnis der Befangenheit).

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

695. BGH 2 StR 605/11 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (BGH)

Unparteilichkeit der Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Krehl und Prof. Dr. Fischer (Anzeige von Umständen, die eine Ablehnung wegen Befangenheit rechtfertigen könnten; Besorgnis der Befangenheit).

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

Einzelfall einer Anzeige von ergänzenden Umständen gemäß § 30 StPO durch einen Bundesrichter, die nach Ansicht des Senats entgegen der Beurteilung dieses Bundesrichters im Zusammenhang mit dem Streit um die Neubesetzung des Vorsitzes des Senats die Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit nicht rechtfertigen.

696. BGH 2 StR 610/11 – Urteil vom 31. Mai 2012 (LG Kassel)

Rechtsbeugung durch einen Richter auf Probe durch die Abpressung eines Geständnisses (Beweiswürdigung hinsichtlich des Vorsatzes; Nachteilszufügung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 339 StGB; § 136a StPO; § 15 StGB; § 63 StGB

697. BGH 2 StR 622/11 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (BGH)

Unparteilichkeit des Richters am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Krehl (Anzeige von Umständen, die eine Ablehnung wegen Befangenheit rechtfertigen könnten; Besorgnis der Befangenheit).

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

Einzelfall einer Anzeige von ergänzenden Umständen gemäß § 30 StPO durch einen Bundesrichter, die nach Ansicht des Senats entgegen der Beurteilung dieses Bundesrichters im Zusammenhang mit dem Streit um die Neubesetzung des Vorsitzes des Senats die Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit nicht rechtfertigen.

698. BGH 2 StR 622/11 – Beschluss vom 12. Juli 2012 (LG Bonn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

699. BGH 2 BGs 152/12 (2 BJs 149/11-8) – Beschluss vom 2. Juli 2012

Unbegründeter Antrag auf Anordnung von Untersuchungshaft (aufschiebend bedingte Anordnung); Verdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland in Tateinheit mit Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (Al-Qaida; Anwendbarkeit deutschen Strafrechts; Beteiligungshandlungen an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union; legitimierender Anknüpfungspunkt).

§ 3 StGB; § 5 StGB; § 6 StGB; § 7 StGB; § 129b Abs. 1 Satz 1 StGB; § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 89a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 52 StGB; § 112 StPO

700. BGH 4 StR 25/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Arnsberg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

701. BGH 4 StR 66/12 – Beschluss vom 3. Juli 2012 (LG Bielefeld)

Entscheidung, den ersten Hauptverhandlungstag nicht mehr als nachverlegten ordentlichen Sitzungstag, sondern als vorverlegten ordentlichen Sitzungstag (Willkürmaßstab; Abänderbarkeit; Eilbedürftigkeit im Jugendstrafrecht und bei Untersuchungshaft; Besetzungsrüge).

§ 121 StPO; § 122 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

702. BGH 4 StR 106/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Halle)

Erörterungsmangel zur Entscheidung über die Anrechnung von Leistungen des Angeklagten im Zusammenhang mit einer gewährten Strafaussetzung zur Bewährung (Arbeitsleistungen; Gesamtfreiheitsstrafe).

§ 58 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 56f Abs. 3 Satz 2 StGB

703. BGH 4 StR 123/12 – Beschluss vom 6. Juni 2012 (LG Dortmund)

Strafzumessung (rechtsfehlerhafte Berücksichtigung einer laufenden Bewährung; „Bewährungsversagen“).

§ 46 StGB; § 249 Abs. 1 StGB; § 56 StGB

704. BGH 4 StR 126/12 – Beschluss vom 3. Juli 2012 (LG Bielefeld)

Bedingter und direkter Tötungsvorsatz und sicheres Wissen um die schweren Folgen des § 226 StGB.

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 226 StGB

705. BGH 4 StR 140/12 – Beschluss vom 5. Juni 2012 (LG Essen)

Rechtsfehlerhafte Strafrahenwahl und Tenorierung beim schweren Raub (schwerer räuberischer Erpressung).

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

706. BGH 4 StR 67/12 – Beschluss vom 9. Mai 2012 (LG Magdeburg)

Gewerbsmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (erforderliche Feststellungen; Bewertungseinheit); Strafzumessung (Wirkstoffgehalt).

§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG; § 46 StGB

707. BGH 4 StR 77/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (BGH)

Unzulässige Beschwerde gegen die Ablehnung einer Entpflichtung des Pflichtverteidigers (gestörtes Vertrauensverhältnis; wirksame Verteidigung).

§ 304 StPO; § 350 Abs. 3 StPO; § 143 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK

708. BGH 4 StR 77/12 – Urteil vom 21. Juni 2012 (LG Halle)

Rechtsfehlerhafte Strafrahenwahl; Strafzumessung (minder schwerer Fall; Revisibilität); Verfall (Erörterungsmangel zur Härtefallregelung; Bruttoprinzip);

§ 30a Abs. 3 BtMG; § 46 StGB; § 73 StGB; § 73c StGB

709. BGH 4 StR 83/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Dortmund)

Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung im Revisionsverfahren (Vollstreckungslösung).
Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

710. BGH 4 StR 141/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Bielefeld)

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

711. BGH 4 StR 144/12 – Beschluss vom 6. Juni 2012 (LG Detmold)

BGHR; Versuch des Einschleusens von Ausländern (unmittelbares Ansetzen).
§ 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG; § 22 StGB; § 24 StGB; § 30 StGB

712. BGH 4 StR 144/12 – Beschluss vom 6. Juni 2012 (LG Detmold)

Hehlerei (tatbestandsloses Handeln des Mittäters der Vortat); Strafzumessung (Feststellung belastender Strafzumessungstatsachen: erforderliche Darstellung).
§ 259 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 267 StPO

713. BGH 4 StR 144/12 – Beschluss vom 6. Juni 2012 (LG Detmold)

Verhältnis zwischen Hehlerei und Versicherungsmissbrauch; erforderliche Feststellungen für den Versicherungsmissbrauch und den Versicherungsbetrug (Beihilfe).
§ 259 Abs. 1 StGB; § 265 StGB; § 263 StGB; § 27 StGB

714. BGH 4 StR 169/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Flensburg)

Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Schusswaffe außerhalb des eigenen befriedeten Besitztums (Führen; Konkurrenzen im Waffengesetz).
§ 52 WaffG; § 1 Abs. 4 i.V.m. Anlage 1 Abschnitt 2 Nr. 4 WaffG

715. BGH 4 StR 179/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Detmold)

Erneute Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt (Einfluss der ausstehenden Neuregelung des § 67 Abs. 4 StGB).
§ 63 StGB; § 67 Abs. 4 StGB

716. BGH 4 StR 181/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Hagen)

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

717. BGH 4 StR 224/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Paderborn)

Voraussetzungen der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährdungsprognose).
§ 63 StGB

718. BGH 4 StR 228/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Hamburg)

Aufrechterhaltung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (gebotene Entscheidung über die Änderung der Vollstreckungsreihenfolge); nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Sinn und Zweck).
§ 67 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 64 StGB; § 55 Abs. 2 Satz 1 StGB

719. BGH 4 StR 623/11 – Urteil vom 21. Juni 2012 (LG Essen)

BGHSt; Ausschluss der Öffentlichkeit während der Verlesung des Anklagesatzes; Bindung der Staatsanwaltschaft an ihre Zustimmungserklärung zum Verständigungsvorschlag des Gerichts (Unwiderruflichkeit); Entfallen der Bindungswirkung der Verständigung für das Gericht (Eintritt durch gerichtliche Entscheidung; Beurteilungsspielraum des Gerichts).
§ 257c Abs. 4 Satz 1 StPO; § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO; § 171b GVG; § 338 Nr. 6 StPO; § 171b Abs. 3 GVG; § 336 Satz 2 StPO

720. EGMR Nr. 497/09 (5. Kammer) – Urteil vom 19. Juli 2012 (Koch v. Deutschland)

Mangelnde Prüfung der Klage / des Rechtsmittels des Ehemanns einer sterbewilligen und leidenden Frau, welche die Abgabe einer Droge zur Begehung ihres Selbstmordes beantragt hat (Recht auf Achtung des Privatlebens und der Familie; aktive Sterbehilfe; Fortsetzungsfeststellungsklage: Feststellungsinteresse; Pentobarbital; Betäubungsmittel; Dignitas).
Art. 8 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 EMRK; § 5 BtMG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 6 EMRK

721. BGH 3 StR 33/12 – Beschluss vom 16. Mai 2012 (LG Potsdam)

Rechtsfehlerhafte Nichterörterung der Einsichtsfähigkeit des Angeklagten trotz Anlass (wahnhafte Störung); Verbreitung von volksverhetzenden Schriften/verfassungswidrigen Kennzeichen (Versendung an einzelne Adressaten); Konkurrenzen (Verhältnis mehrerer Verbreitungsvorgänge untereinander; Verhältnis zu tatbestandlich vertypen Vorbereitungshandlungen); tatrichterliche Auslegung vermeintlich volksverhetzender Äußerungen (Aufstachelung zum Hass; Störung des öffentlichen Friedens); Verunglimpfung des Staates (Eignung zur Gefährdung des Staatsbestandes); fehlerhafte Abfassung des Urteils (fehlende Übereinstimmung von Tenorierung und Urteilsgründen).
§ 20 StGB; § 86a StGB; § 130 StGB; § 52 StGB; § 90a StGB; § 267 StPO

722. BGH 3 StR 46/12 – Urteil vom 3. Mai 2012 (LG Düsseldorf)

Beweiswürdigung (Mitteilung des Inhalts eines Sachverständigengutachtens im Urteil: DNA-Untersuchung im PCR-Verfahren; Erforderlichkeit besonderer Erläuterungen zur auf die Datengewinnung folgenden Wahrscheinlichkeitsberechnung bei DNA-Vergleichsgutachten).
§ 261 StPO

723. BGH 3 StR 68/12 – Beschluss vom 10. Mai 2012 (LG Hannover)

Beteiligung an einer gemeinschaftlichen gefährlichen Körperverletzung durch nicht am Tatort anwesenden Beschuldigten; Verknüpfung von qualifizierter Nötigung und Wegnahmeabsicht beim Raub.
§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 249 StGB

724. BGH 3 StR 72/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Duisburg)

Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl (Bandenmitgliedschaft als besonderes persönliches Merkmal); Auswirkung einer Bewertungseinheit beim Haupttäter auf die Strafbarkeit des Teilnehmers.

§ 242 StGB; § 244 StGB; § 244a StGB; § 27 StGB; § 28 StGB

725. BGH 3 StR 95/12 – Beschluss vom 29. Mai 2012 (LG München)

Geographische Zuordnung einer kriminellen Vereinigung.

§ 129a StGB; § 129b StGB

726. BGH 3 StR 97/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Duisburg)

Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs beim besonders schweren Raub (Abgrenzung zum offenen Mitsichführen).

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

727. BGH 3 StR 98/12 – Beschluss vom 8. Mai 2012 (LG Duisburg)

Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs beim besonders schweren Raub (Abgrenzung zum offenen Mitsichführen); erforderlicher Grad des Feststehens der Voraussetzungen einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 64 StGB

728. BGH 3 StR 99/12 – Urteil vom 31. Mai 2012 (LG Wuppertal)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (paranoide Psychose); Gesamtwürdigung der Person des Täters; Aussetzung der Vollstreckung der Maßregel zur Bewährung.

§ 63 StGB; § 67b StGB

729. BGH 3 StR 104/12 – Urteil vom 31. Mai 2012 (LG Stade)

Anforderungen an den Urteilstenor.

§ 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

730. BGH 3 StR 118/11 – Beschluss vom 15. Mai 2012 (LG Oldenburg)

BGHSt; Aufgabe der Interessentheorie (Merkmalsüberwälzung; Ziel des § 14 StGB; Ein-Mann-GmbH; Gläubigerschutz); Untreue; Bankrott.

§ 14 StGB; § 266 StGB; § 283 StGB

731. BGH 3 StR 118/12 – Beschluss vom 12. Juni 2012 (LG Bückeburg)

Gewerbsmäßige Hehlerei; Teileinstellung.

§ 259 StGB; § 260 StGB, § 154 StPO

732. BGH 3 StR 124/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhafte Annahme zweier Raubtaten (mehrere Nötigungsadressaten; einheitlicher Tatplan).

§ 249 StGB; 52 StGB

733. BGH 3 StR 141/12 – Beschluss vom 12. Juni 2012 (LG Krefeld)

Unzulässigkeit der belastenden Verwertung tilgungsreifer Eintragungen im Erziehungsregister.

§ 51 BZRG; § 63 BZRG

734. BGH 3 StR 149/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Rostock)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

735. BGH 3 StR 156/12 – Beschluss vom 29. Mai 2012 (LG Düsseldorf)

Reichweite der Aufhebung von Feststellungen in der Revision.

§ 353 StPO

736. BGH 3 StR 163/12 – Beschluss vom 12. Juni 2012 (LG Hannover)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (floride paranoid-halluzinatorische Schizophrenie); Wirksamkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung (ausbleibende Lebensgefahr; unlauterer Zweck; körperliche Unterlegenheit).

§ 63 StGB; § 228 StGB; § 223 StGB

737. BGH 3 StR 166/12 – Beschluss vom 12. Juni 2012 (LG Neubrandenburg)

Mittäterschaft (Anforderungen an die wertende Gesamtbetrachtung bei Tatbeiträgen von untergeordneter Bedeutung).

§ 25 Abs. 2 StGB

738. BGH 3 StR 167/12 – Beschluss vom 29. Mai 2012 (LG Duisburg)

Bemessung der Dauer des Vorwegvollzugs.

§ 67 Abs. 2 S. 3 StGB

739. BGH 3 StR 178/12 – Beschluss vom 31. Mai 2012 (LG Wuppertal)

Voraussetzungen der Beihilfe bei Betäubungsmittelkriminalität (bloßes Billigen der Tat; Erforderlichkeit einer Bestärkung des Täters).

§ 27 StGB; § 29 BtMG

740. BGH 3 StR 186/12 – Beschluss vom 12. Juni 2012 (LG Mönchengladbach)

Besonders schwerer Raub; Doppelverwertungsverbot.

§ 250 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

741. BGH 3 StR 190/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012

Wirksamkeit der Ermächtigung des Verteidigers zur Rücknahme der Revision.

§ 302 Abs. 2 StPO

742. BGH 3 StR 194/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Landau)

Wiedereinsetzung nach zunächst erklärtem Rechtsmittelverzicht (Behauptung fehlerhafter Beratung durch den Verteidiger).

§ 44 Satz 1 StPO

743. BGH 3 StR 201/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Verden)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Entscheidung über die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vorrang der Unterbringung gegenüber freiwilliger Drogentherapie).

§ 64 StGB

744. BGH 3 StR 206/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Mönchengladbach)

Gefährliche Körperverletzung; minder schwerer Fall bei Tatprovokation.

§ 224 Abs. 1 StGB

745. BGH AK 19/12 – Beschluss vom 5. Juli 2012

Untersuchungshaft (Fluchtgefahr; Fortdauer über sechs Monate hinaus); ausländische terroristische Vereinigung (Abgrenzung zwischen Mitgliedschaft und Unterstützung; Al Qaida).

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

746. BGH 3 StR 210/12 – Beschluss vom 5. Juli 2012 (LG Kleve)

Umfang der erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen bei Verfallsanordnung.

§ 73 StGB

747. BGH 3 StR 211/12 – Beschluss vom 3. Juli 2012 (LG Düsseldorf)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

748. BGH 3 StR 217/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Stralsund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

749. BGH 3 StR 221/12 – Beschluss vom 3. Juli 2012 (LG Verden)

Revision des Nebenklägers (notwendiger Inhalt des Revisionsantrags).

§ 400 Abs. 1 StPO

750. BGH 3 StR 231/12 – Beschluss vom 21. Juni 2012 (LG Hildesheim)

Verwerfung des Antrags auf Wiedereinsetzung als unzulässig.

§ 45 StPO

751. BGH 3 StR 260/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Kleve)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

752. BGH 5 StR 1/12 – Beschluss vom 5. Juli 2012 (LG Lübeck)

Betrug (Vermögensschaden: Schadensberechnung bei gewinnbringender Weiterveräußerung von für den Klinikbereich vorgesehenen Medikamenten; Rabattbetrug; Preisbindung bei Medikamenten).

§ 263 StGB; § 78 AMG; Arzneimittelpreisverordnung

753. BGH 5 StR 134/12 – Beschluss vom 20. Juni 2012

Verwerfung der Anhörungsgrüge als unzulässig.

§ 356a StPO

754. BGH 5 StR 181/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Saarbrücken)

Sexueller Missbrauch eines Kindes; Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage-Konstellationen (unzureichend begründete Abweichung von einem aussagepsychologischen Gutachten).

§ 174 StGB; § 261 StPO

755. BGH 5 StR 199/12 – Beschluss vom 18. Juni 2012 (LG Frankfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

756. BGH 5 StR 212/12 – Beschluss vom 5. Juli 2012 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

757. BGH 5 StR 217/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

758. BGH 5 StR 33/12 – Beschluss vom 21. Juni 2012 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

759. BGH 5 StR 85/12 – Beschluss vom 3. Juli 2012 (LG Görlitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

760. BGH 5 StR 219/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Berlin)

Meineid (rechtsfehlerhaft festgesetztes Strafmaß; minder schwerer Fall; objektiv fehlerhafte Vereidigung; mangelnde Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht; Nichtvereidigung als Regelfall; Vereidigungsverbot); rechtsfehlerhaft festgestellte Schadenshöhe beim Diebstahl.

§ 154 StGB; § 59 StPO; § 55 StPO; § 242 StGB

761. BGH 5 StR 221/12 – Beschluss vom 20. Juni 2012 (LG Berlin)

Beweiswürdigung; Fortbestehen einer Bedrohungslage bei emotionaler Verbundenheit des Opfers zum Bedrohenden.

§ 261 StPO; § 255 StGB; § 250 StGB

762. BGH 5 StR 232/12 – Beschluss vom 21. Juni 2012 (LG Berlin)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Nichterforderlichkeit einer physischen Betäubungsmittelabhängigkeit).

§ 64 StGB

763. BGH 5 StR 242/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Görlitz)

Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

764. BGH 5 StR 252/12 – Beschluss vom 5. Juli 2012 (LG Bautzen)

Strafzumessung im Betäubungsmittelstrafrecht (Verhältnis von vertypem Milderungsgrund und minder schwerem Fall).

§ 30a Abs. 3 BtMG; § 31 BtMG

765. BGH 5 StR 253/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Bremen)

Gewährung des letzten Wortes.

§ 258 Abs. 2 StPO

766. BGH 5 StR 256/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Potsdam)

Beweiswürdigung (Anforderungen an die Widerlegung einer bestreitenden Einlassung des Angeklagten durch DNA-Spuren).

§ 261 StPO

767. BGH 5 StR 264/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Saarbrücken)

Strafzumessung (Anforderungen an die Urteilsgründe bei außergewöhnlich hohen Strafen).

§ 46 Abs. 2 Satz 1 StGB

768. BGH 5 StR 268/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Berlin)

Inbrandsetzen eines Gebäudes (Fußleisten i.d.R. keine für den bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentlichen Gebäudeteile).

§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB

769. BGH 5 StR 269/12 – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Saarbrücken)

Strafzumessung; Doppelverwertungsverbot; Anforderungen an die trichterliche Begründung der Strafzumessung.

§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO.

770. BGH 5 StR 274/12 – Beschluss vom 5. Juli 2012 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

771. BGH 5 StR 284/12 – Beschluss vom 3. Juli 2012 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 344 Abs. 2 StPO

772. BGH 5 StR 286/12 – Beschluss vom 21. Juni 2012 (LG Flensburg)

Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs (hier: verneint für als Einbruchswerkzeug mitgeführte Schraubendreher); Tateinheit zwischen räuberischem Diebstahl und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte bei während des Gewalteinsatzes gegen Polizeibeamte fortbestehender

Beutesicherungsabsicht; rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Aussicht auf erfolgreiche Behandlung als Anordnungsvoraussetzung).

§ 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB; § 252 StGB; § 113 StGB; § 52 StGB; § 64 StGB

773. BGH 5 StR 298/12 – Beschluss vom 4. Juli 2012 (LG Göttingen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

774. BGH 5 StR 307/10 (alt: 5 StR 263/08) – Beschluss vom 19. Juni 2012 (LG Hamburg)

Festsetzung der Rechtsanwaltsgebühren für die Tätigkeit im Revisionsverfahren.

§ 42 RVG

775. BGH 5 StR 313/12 – Beschluss vom 3. Juli 2012 (LG Zwickau)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt trotz Therapiewilligkeit des Angeklagten.

§ 64 StGB

776. BGH 5 StR 327/12 – Beschluss vom 18. Juli 2012 (LG Potsdam)

Besonders schwerer Raub (Schreckschusspistole als Waffe).

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

777. BGH 5 StR 335/12 – Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

778. BGH 5 StR 380/11 – Beschluss vom 5. Juli 2012 (LG Lübeck)

Urkundenfälschung durch Herstellung einer Farbkopie; Untreue zum Nachteil einer GmbH (Vereinnahmung täuschungsbedingt erlangter Kundengelder auf privatem Konto des Alleingesellschaftergeschäftsführers).

§ 267 StGB; § 266 StGB

779. BGH 5 StR 458/11 – Beschluss vom 3. Juli 2012 (LG Lübeck)

Zurückweisung der Erinnerung als unbegründet.

§ 66 GKG

780. BGH 5 StR 514/11 – Urteil vom 20. Juni 2012 (LG Dresden)

Beweiswürdigung hinsichtlich des Tötungsvorsatzes (Grenzen der Revisibilität; rechtsfehlerfreie Verneinung des Tötungsvorsatzes trotz objektiv äußerst gefährlichen Verhaltens: Übergießen des Opfers mit Brandbeschleuniger und anschließendes Anzünden; Normativierung); Körperverletzung mit Todesfolge.

§ 261 StPO; § 227 StGB; § 15 StGB