

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; RiLG Dr. Holger
Mann; RA Dr. iur. Stephan
Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,
Univ. Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela
Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Wiss.
Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius
Law School); Dr. Antje du Bois-
Pedain, M.Jur. (Oxon), (Univ. Cam-
bridge); Prof. Dr. Diethelm Kleczew-
ski (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 Rüben-
stahl, mag. iur. (Flick Gocke Schaum-
burg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank
Saliger (Bucerius Law School Ham-
burg); RA Dr. Hellen Schilling, (Frank-
furt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada
(Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich
Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.
Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Volker Erb*, Univ. Mainz – **Zur Notwehr: Lebensnahe Betrachtung, keine feindstrafrechtlichen Attitüden, sachgerechte Berücksichtigung von Provokationen – und dazu eine außergewöhnliche Variante des Erlaubnistatbestandsirrtums** Anm. zu BGH HRRS 2012 Nr. 1099 S. 113

RiOLG aD Prof. Dr. *Gerhard Fezer*, Hamburg – **Der Vom (noch) verfassungsgemäßen Gesetz über den defizitären Vollzug zum verfassungswidrigen Zustand** Anm. zu BVerfG HRRS 2013 Nr. 222 S. 117

Prof. Dr. *Florian Jeßberger*, Univ. Hamburg – **Bundesstrafergerichtsbarkeit und Völkerstrafgesetzbuch** S. 119

Kilian Wegner, Bucerius Law School, Hamburg – **Die „Fransson“-Entscheidung des EuGH – Eine Erschütterung im System der europäischen Grundrechte?** Anm. zu EuGH HRRS 2013 Nr. 335 S. 126

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

- BVerfG **Verhältnismäßigkeit bei „Neufällen“ der Sicherungsverwahrung**
- EuGH **Anwendung der EU-GR-Charta im Steuerstrafverfahren (Fransson)**
- BGHSt **Eskalationsgefahr und Verstoß gegen die guten Sitten („3. Halbzeit“)**
- BGHSt **Versuchter Computerbetrug im Abbuchungslastschriftverfahren**
- BGHSt **Verwertbarkeit mittels Rechtshilfe erlangter Beweise**
- BGHSt **Keine Unterbrechung der Strafverfolgungsverjährung bei Fortführung der Ermittlungen gegen unbekannt**
- BGHSt **Fortfall des Verstoßes gegen Spezialitätsgrundsatz**
- BGHSt **Berücksichtigung von Verständigungsgesprächen bei der Würdigung der belastenden Aussage von Mitangeklagten**
- BGHSt **Unbezifferter Steuervorteil bei Feststellungsbescheiden**
- BGHSt **Anbau von Cannabispflanzen**

Die Ausgabe umfasst 70 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); 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

14. Jahrgang, April 2013, Ausgabe

4

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

335. EuGH C-617/10 – Urteil der Großen Kammer des EuGH vom 26. Februar 2013 (Fransson)

Anwendungsbereich der Charta der Grundrechte der Europäischen Union im Strafverfahren (*ne bis in idem*: Steuerstraftaten und Verwaltungsanktionen; Durchführung des Unionsrechts: Bekämpfung von Gefährdungen der Eigenmittel der Union; Vorrang des Unionsrechts); Steuerhinterziehung; Stellung der EMRK im Unionsrecht; Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens.

Art. 50 GRC; Art. 50 GRC; Art. 103 Abs. 3 GG; § 370 AO; § 18 UStG; Art. 1 EMRK; Art. 4 des 7. ZP zur EMRK; Art. 22 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der

Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem

1. Der in Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union aufgestellte Grundsatz *ne bis in idem* hindert einen Mitgliedstaat nicht daran, zur Ahndung derselben Tat der Nichtbeachtung von Erklärungspflichten im Bereich der Mehrwertsteuer eine steuerliche Sanktion und danach eine strafrechtliche Sanktion zu verhängen, sofern die erste Sanktion keinen strafrechtlichen Charakter hat, was vom nationalen Gericht zu prüfen ist. (EuGH)

2. Das Unionsrecht regelt nicht das Verhältnis zwischen der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Euro-

päischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und bestimmt auch nicht, welche Konsequenzen ein nationales Gericht aus einem Widerspruch zwischen den durch diese Konvention gewährleisteten Rechten und einer nationalen Rechtsvorschrift zu ziehen hat. (EuGH)

3. Das Unionsrecht steht einer Gerichtspraxis entgegen, die die Verpflichtung des nationalen Gerichts, Vorschriften, die gegen ein durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantiertes Grundrecht verstoßen, unangewendet zu lassen, davon abhängig macht, dass sich dieser Verstoß klar aus den betreffenden Rechtsvorschriften oder der entsprechenden Rechtsprechung ergibt, da sie dem nationalen Gericht die Befugnis abspricht – gegebenenfalls in Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof der Europäischen Union – die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit der Charta umfassend zu beurteilen. (EuGH)

4. Art. 51 I GRC bestätigt die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu der Frage, inwieweit das Handeln der Mitgliedstaaten den Anforderungen genügen muss, die sich aus den in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechten ergeben. Aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich im Wesentlichen, dass die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben Anwendung finden. Sobald eine Vorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, hat der im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens angerufene Gerichtshof dem vorlegenden Gericht alle Auslegungshinweise zu geben, die es benötigt, um die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Grundrechten beurteilen zu können, deren Wahrung er sichert. (Bearbeiter)

5. Steuerliche Sanktionen und ein Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung wegen unrichtiger Angaben zur Mehrwertsteuer sind als Durchführung des Unionsrechts im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta anzusehen. In Bezug auf die Mehrwertsteuer ist jeder Mitgliedstaat durch Unionsrecht verpflichtet, alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die geeignet sind, die Erhebung der gesamten in seinem Hoheitsgebiet geschuldeten Mehrwertsteuer zu gewährleisten und den Betrug zu bekämpfen. Da die Eigenmittel der Union u. a. die Einnahmen umfassen, die sich aus der Anwendung eines einheitlichen Satzes auf die nach den Unionsvorschriften bestimmte einheitliche Mehrwertsteuer-Eigenmittelbemessungsgrundlage ergeben, besteht ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Erhebung der Mehrwertsteuereinnahmen unter Beachtung des einschlägigen Unionsrechts und der Zurverfügungstellung entsprechender Mehrwertsteuermittel für den Haushalt der Union, da jedes Versäumnis bei der Erhebung Ersterer potenziell zu einer Verringerung Letzterer führt. (Bearbeiter)

6. Hat das Gericht eines Mitgliedstaats zu prüfen, ob eine nationale Vorschrift oder Maßnahme mit den Grundrechten vereinbar ist, die in einer Situation, in der das Handeln eines Mitgliedstaats nicht vollständig durch das Unionsrecht bestimmt wird, das Unionsrecht im Sinne

von Art. 51 Abs. 1 der Charta durchführt, steht es den nationalen Behörden und Gerichten weiterhin frei, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden, sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden. (Bearbeiter)

7. Für die Beurteilung der strafrechtlichen Natur von Steuerzuschlägen sind drei Kriterien maßgeblich: erstens die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen Recht, zweitens die Art der Zuwiderhandlung und drittens die Art und der Schweregrad der angeordneten Sanktion. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, im Licht dieser Kriterien zu beurteilen, ob die nach nationalem Recht vorgesehene Kumulierung von steuerlichen und strafrechtlichen Sanktionen zulässig ist. Dies kann das Gericht unter Umständen zu dem Ergebnis führen kann, dass diese Kumulierung gegen diese Standards verstößt, sofern die verbleibenden Sanktionen wirksam, angemessen und abschreckend sind. (Bearbeiter)

8. Die durch die EMRK anerkannten Grundrechte sind, wie Art. 6 Abs. 3 EUV bestätigt, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. Nach Art. 52 III GRC entsprechen die in dieser enthaltenen Rechte den durch die EMRK garantierten Rechten, die eine gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen werden. Die EMRK ist aber, solange die Union ihr nicht beigetreten ist, kein Rechtsinstrument, das formell in die Unionsrechtsordnung übernommen wurde. (Bearbeiter)

9. Die dem Gerichtshof im Rahmen des Art. 267 AEUV übertragene Aufgabe besteht darin, zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten beizutragen, nicht aber darin, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben. (Bearbeiter)

311. BVerfG 2 BvR 2000/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 11. März 2013 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung; Vertrauensschutz (Verhältnismäßigkeit; strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen; EMRK; „Neufälle“).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66b Abs. 1 StGB a.F.; Art. 5 EMRK; § 1 Abs. 1 ThUG

1. § 66b Abs. 1 StGB a. F. verstößt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (BVerfGE 128, 326 <330> = HRRS 2011 Nr. 488), 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 Vorschrift darf 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. Soweit eine Vorschrift darüber hinaus ein nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 20 Abs. 3 GG schutzwürdiges Vertrau-

en des Betroffenen beeinträchtigt, ist dessen (weitere) Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 nur noch dann verhältnismäßig, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in seiner Person oder seinem Verhalten abzuleiten ist und wenn bei ihm eine psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Therapieunterbringungsgesetzes besteht.

3. Auch in Konstellationen, in denen über die in dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 genannten Fälle hinaus die Anwendung einer Norm in ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen eingreift, sind die Gerichte bis zu einer Neuregelung des Rechts der Sicherungsverwahrung gehalten, die Sicherungsverwahrung nur noch dann anzuordnen oder aufrechtzuerhalten, wenn die genannten erhöhten Verhältnismäßig-

keitsanforderungen erfüllt sind (Bezugnahme auf BVerfGE 129, 37 <47> = HRRS 2011 Nr. 740). Bei der Gewichtung der betroffenen Vertrauensschutzbelange ist auch Art. 5 EMRK zu berücksichtigen.

4. § 66b Abs. 1 StGB a. F. greift in das verfassungsrechtlich geschützte Vertrauen des Verurteilten ein, weil die Norm bereits tatbestandlich eine nachträgliche Anordnung und Aufrechterhaltung der Sicherungsverwahrung auf der Grundlage lediglich der ursprünglichen tatgerichtlichen Schuldfeststellung ermöglicht, obwohl die Sicherungsverwahrung im Ausgangsurteil weder verhängt noch vorbehalten worden ist. Vertrauensschutzgesichtspunkte sind daher auch in sog. „Neufällen“ berührt, wenn die Anlasstaten, auf denen das Ausgangsurteil beruht, nach Inkrafttreten der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung begangen worden sind.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

342. BGH 1 StR 585/12 - Beschluss vom 20. Februar 2013 (LG Stuttgart)

BGHSt; gefährliche Körperverletzung (lebensgefährliche Behandlung); Einwilligung (Verstoß gegen die guten Sitten: Gefährlichkeitsmaßstab, ex-ante-Prognose, Gesamtbetrachtung der Umstände, Bestimmtheitsgrundsatz; keine Sittenwidrigkeit bei die Gefährlichkeit ausschließenden Regeln; besondere Gefährlichkeit bei mehreren Beteiligten; Eskalationsgefahr); Schlägerei; Dritte Halbzeit.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 228 StGB; § 231 StGB

1. Bei Körperverletzungen im Rahmen von tätlichen Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen ist bei der für die Anwendung von § 228 StGB vorzunehmenden Bewertung der Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlungen die mit derartigen Tätlichkeiten typischerweise verbundene Eskalationsgefahr zu berücksichtigen. (BGH)

2. Fehlen bei solchen Auseinandersetzungen das Gefährlichkeitspotential begrenzende Absprachen und effektive Sicherungen für deren Einhaltung, verstoßen die in deren Verlauf begangenen Körperverletzungen trotz Einwilligung selbst dann gegen die guten Sitten (§ 228 StGB), wenn mit den einzelnen Körperverletzungen keine konkrete Todesgefahr verbunden war. (BGH)

3. Die Anwendung von § 228 StGB wird an dem mit der Körperverletzung einhergehenden Grad der Gefährdung der Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit

gemessen. Im Grundsatz ist lediglich bei (drohenden) gravierenden Verletzungen der staatliche Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Rechtsgutsinhabers legitim (vgl. BGHSt 49, 166, 171). (Bearbeiter)

4. Maßgeblich dafür ist in zeitlicher Hinsicht eine ex ante-Perspektive der Bewertung des Gefährlichkeitsgrades der Körperverletzungshandlung. Bei durch diese verursachter konkreter Todes- bzw. Lebensgefahr kann regelmäßig ein die Grenze der Sittenwidrigkeit im Sinne von § 228 StGB überschreitendes Ausmaß der Gefährlichkeit für die Rechtsgüter Leib und Leben angenommen werden. (Bearbeiter)

5. Dieser Maßstab bestimmt jedoch die von § 228 StGB erfassten Konstellationen einer trotz erteilter Einwilligung sittenwidrigen Körperverletzung nicht abschließend. So kann trotz einer im Zeitpunkt der Vornahme der Körperverletzungshandlung auf der Grundlage der vorausschauenden Betrachtung aller maßgeblichen Umstände zu prognostizierenden konkreten Todesgefahr ein Sittenverstoß fehlen und der erteilten Einwilligung zum Beispiel bei lebensgefährlichen ärztlichen Heileingriffen rechtfertigende Wirkung zukommen (vgl. BGHSt 49, 166, 171). (Bearbeiter)

6. Mit dem abstrakten Gefährdungsdelikt des § 231 StGB will der Gesetzgeber bereits im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen Leben und Gesundheit vor dem Gefährdungspotential von körperlichen Auseinandersetzungen zwischen mehreren Personen schützen. Ein Aspekt dieser spezifischen Gefährlichkeit der Schlägerei liegt dabei

gerade in der Unkontrollierbarkeit gruppenspezifischer Prozesse. (Bearbeiter)

7. Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit und damit der Rechtswidrigkeit der Tat sind die konkreten Umstände der Ausführung von an sich konsentierten Körperverletzungshandlungen zu berücksichtigen. Findet die Tat unter Bedingungen statt, die den Grad der aus ihr hervorgehenden Gefährlichkeit für die körperliche Unversehrtheit oder gar das Leben des Verletzten begrenzen, führt dies regelmäßig dazu, die Körperverletzung als durch die erklärte Einwilligung gerechtfertigt anzunehmen. Fehlt es dagegen an derartigen Regularien, ist eine Körperverletzung trotz der erteilten Einwilligung grundsätzlich sittenwidrig (vgl. BGHSt 4, 88, 92). (Bearbeiter)

8. Gleiches gilt selbst bei zwischen Täter und Opfer vereinbarten Regeln über die Körperverletzungshandlungen, wenn das Vereinbarte nicht in ausreichend sicherer Weise für die Verhütung gravierender, sogar mit der Gefahr des Todes einhergehender Körperverletzungen Sorge tragen kann (vgl. BayObLG NJW 1999, 372, 373). (Bearbeiter)

9. Einer solchen rechtsgutsbezogenen Auslegung des Merkmals der guten Sitten steht der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG nicht entgegen. (vgl. BGHSt 49, 166, 169). (Bearbeiter)

10. Tritte gegen den Kopf sind als solche für das Leben des Getretenen generell gefährlich. Sie verwirklichen das Merkmal der das Leben gefährdenden Behandlung im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB jedenfalls dann, wenn sie nach der Art der Ausführung der Verletzungshandlung im Einzelfall zu lebensgefährlichen Verletzungen führen können (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 340 f.). Entsprechendes gilt auch für gegen den Kopf des Opfers geführte Faustschläge. (Bearbeiter)

351. BGH 4 StR 357/12 - Urteil vom 28. Februar 2013 (LG Arnsberg)

Totschlag (Tötungsvorsatz; Gesamtwürdigung, offen zu Tage liegende Gefährlichkeit der Handlung als Indiz, Abgrenzung von zwingendem Beweisgrund, Hemmschwelle); verminderte Schuldfähigkeit wegen tiefgreifender Bewusstseinsstörung (affektive Erregung bei Tötungsdelikten; Gesamtwürdigung); Ablehnung von Beweisanträgen (Unterstellung einer Tatsache als wahr).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 244 Abs. 2 Satz 3 StPO

1. Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, ferner, dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung zumindest abfindet. Da die Schuldformen des bedingten Vorsatzes und der bewussten Fahrlässigkeit im Grenzbereich eng beieinander liegen, müssen bei der Annahme bedingten Vorsatzes beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissens- als auch das Willenselement, umfassend geprüft und gegebenenfalls durch tatsächliche Feststellungen belegt werden (st. Rspr.).

2. Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt es nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne durch diese zu Tode kommen und – weil er gleichwohl sein gefährliches Handeln fortsetzt – auch einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt. Deshalb ist in derartigen Fällen ein Schluss von der objektiven Gefährlichkeit der Handlungen des Täters auf bedingten Tötungsvorsatz grundsätzlich möglich. Hierzu bedarf es einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalls, in welche vor allem die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage mit einzubeziehen sind (vgl. BGH NStZ 2012, 443, 444).

3. Selbst die offen zu Tage tretende Lebensgefährlichkeit zugefügter Verletzungen bedeutet zwar ein gewichtiges Indiz für einen (bedingten) Tötungsvorsatz, stellt aber keinen zwingenden Beweisgrund dar. Setzt sich das Tatgericht nicht nur formelhaft, sondern ausführlich mit diesem Beweisanzeichen auseinander, ist nicht zu besorgen, es habe diesem Umstand ein zu geringes Gewicht beigemessen.

4. Insbesondere bei einer spontanen, unüberlegten, in affektiver Erregung ausgeführten Handlung kann aus dem Wissen um einen möglichen Erfolgseintritt nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das – selbständig neben dem Wissenselement stehende – voluntative Vorsatzelement gegeben ist (vgl. BGH NStZ 2010, 571, 572).

5. Die affektive Erregung stellt bei vorsätzlichen Tötungsdelikten, bei denen gefühlsmäßige Regungen eine Rolle spielen, eher den Normalfall dar. Ob die affektive Erregung einen solchen Grad erreicht hat, dass sie zu einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung und damit zu einem Eingangsmerkmal im Sinne von § 20 StGB geführt hat, ist anhand von tat- und täterbezogenen Merkmalen zu beurteilen, die als Indizien für und gegen die Annahme eines schuldrelevanten Affekts sprechen können. Diese Indizien sind dabei im Rahmen einer umfassenden Gesamtwürdigung zu beurteilen (st. Rspr.).

374. BGH 5 StR 526/12 - Urteil vom 6. März 2013 (LG Cottbus)

Rechtsfehlerhaft bejahter Rücktritt vom Tötungsversuch (Tötungseventualvorsatz; Korrektur des Rücktrittshorizonts bei vom Täter bemerkten körperlichen Reaktionen des Opfers nach der letzten Tathandlung).

§ 24 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine „Korrektur des Rücktrittshorizonts“ besonderer Erörterung bedarf, wenn das Opfer nach der letzten Ausführungshandlung – vom Täter wahrgenommen – noch zu körperlichen Reaktionen fähig ist, die geeignet sind, Zweifel daran aufkommen zu lassen, das Opfer sei möglicherweise bereits tödlich verletzt (vgl. zuletzt etwa BGH HRRS 2012 Nr. 607). Indessen haben auch tödliche Stiche nach der Lebenserfahrung nicht stets die sofortige Bewegungsunfähigkeit des Opfers zur Folge, weswegen ein bloßes „Ansetzen“ zur Bewegung insoweit jedenfalls nicht ohne weiteres genügend aussagekräftig ist.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

340. BGH 1 StR 416/12 – Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Heidelberg)

BGHSt; versuchter Computerbetrug im Lastschriftverfahren (unbefugte Verwendung von Daten; Verwendung unrichtiger Daten; Eintritt eines Gefährdungsschadens bei angeblich Zahlungspflichtigen und erster Inkassostelle; Kausalität; Dreiecksbetrug; Näheverhältnis zwischen Bank und Kunde; Tatentschluss).
§ 263a StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

1. Zum Computerbetrug bei Abbuchungsauftragslastschrift. (BGHSt)
2. Die bloße Feststellung einer Tathandlung im Sinne des § 263a Abs. 1 StGB und einer Vermögensschädigung bei verschiedenen Beteiligten genügt nicht. Tatbestandserfüllend sind vielmehr (nur) diejenigen Vermögensschädigungen, die für sich genommen unmittelbare Folge eines vermögensrelevanten Datenverarbeitungsvorgangs sind, und dieser Datenverarbeitungsvorgang muss seinerseits unmittelbar durch die Tathandlung beeinflusst sein. Dies erfordert eine getrennte Betrachtung der einzelnen Datenverarbeitungsvorgänge bei den beteiligten Banken. (Bearbeiter)
3. Reicht der Täter vertragswidrig bei der Ersten Inkassostelle, also seiner Bank, im Wege des Online-Bankings mittels ihm überlassener PINs und TANs Lastschriften ein, so handelt er - bei betrugsnaher Auslegung - insoweit nicht unbefugt im Sinne des § 263a Abs. 1, 3. Alt. StGB. Ein Bankangestellter der Bank des Täters, der sich mit den Fragen befasste, die anstatt dessen der Computer prüft, würde lediglich anhand der PINs und TANs dessen Zugangsberechtigung, nicht aber die allgemeine Vertragswidrigkeit seines Verhaltens überprüfen. (Bearbeiter)
4. Indem der Täter fingierte Forderungen als Lastschriften im Wege des Abbuchungsauftragsverfahrens einreicht, obwohl demgemäß keine Abbuchungsaufträge erteilt wurden, verwendet er aber unrichtige Daten im Sinne des § 263a Abs. 1, 2. Alt. StGB. Dies ergibt sich daraus, dass er den Lastschriftauftrag als solchen im Abbuchungsverfahren kennzeichnet, denn damit bringt er jedenfalls zumindest schlüssig zum Ausdruck, der (angeblich) Zahlungspflichtige habe seiner Bank einen entsprechenden Abbuchungsauftrag erteilt. (Bearbeiter)
5. Zwar ist in Fällen, in denen ein Abbuchungsauftrag nicht vorliegt, die Abbuchung im Verhältnis zwischen der Zahlstelle und ihrem Kunden unwirksam und der Kunde kann von der Bank nach näherer Maßgabe die Rückbuchung des Vorganges verlangen. Unbeschadet dieser Möglichkeit entsteht dem Kunden aber ein mit der Einlösung der Lastschriften korrespondierender wirtschaftlicher Schaden im Sinne eines Gefährdungsschadens: Es tritt jedenfalls eine zumindest faktische Vermögensminderung ein. Der Bankkunde trägt nunmehr nämlich das Risiko, die Abbuchung überhaupt zu bemerken, um eine Rückbuchung verlangen zu können. Bis dahin weist sein Konto einen um den Lastschriftbetrag verminderten Kontostand auf und er ist jedenfalls faktisch gehindert, über diesen Betrag zu disponieren. (Bearbeiter)
6. Die Zahlstelle ist auch - analog zu den zum Dreiecksbetrug entwickelten Grundsätzen - dem Lager ihrer Kunden zuzurechnen. Das hierfür erforderliche Näheverhältnis ist gegeben: Die Zahlstelle hat bereits aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen zu ihren Kunden die Möglichkeit, Abbuchungen von deren Konten zu veranlassen. (Bearbeiter)
7. Die Erteilung einer Vorbehaltsgutschrift durch die Erste Inkassostelle kann zu einer schadensgleichen Vermögensgefährdung bei dieser führen, soweit der Kontoinhaber tatsächlich die Möglichkeit hat, auf den vorläufig gutgeschriebenen Betrag zuzugreifen (vgl. BGH NSTz-RR 2007, 236, 237) und die Erste Inkassostelle nach den konkreten Umständen des Einzelfalles durch das ihr zukommende Rückbelastungsrecht nicht hinreichend gegen eine Vermögenseinbuße gesichert ist. (Bearbeiter)
8. Es kann offen bleiben, ob und inwieweit die Tatbestandsalternative des Verwendens unrichtiger oder unvollständiger Daten dann ausscheidet, soweit diese Daten programmgemäß irrelevant sind. (Bearbeiter)

357. BGH 4 StR 580/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2012 (LG Bochum)

Betrug durch manipulierte Fußballwetten (konkludente Täuschung; Bestimmtheitsgebot; Vermögensschaden bei Sportwetten; Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, schadensgleiche Vermögensgefährdung, Bezifferung des Quotenschadens, Bedeutung bilanzrechtlicher Methoden; Kausalität; bandenmäßige Begehung; Mittäterschaft); Computerbetrug (Sportwettenbetrug; unbefugtes Verwenden von Daten; betrugsspezifische Auslegung); Divergenzvorlage.
Art. 103 Abs. 2 GG; § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 263a Abs. 1 StGB; § 132 Abs. 2 StGB

1. Zur Schadensfeststellung beim Sportwettenbetrug durch Wetten im Internet und an Wettautomaten. (BGH)
2. Die Erfassung konkludenter Täuschungen ist vom Wortlaut der Vorschrift des § 263 Abs. 1 StGB gedeckt und führt nicht zu einer Entgrenzung des Tatbestandes,

sodass im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG keine Bedenken bestehen (vgl. BVerfG, NStZ 2012, 496 Rn. 168). (Bearbeiter)

3. Ob in einer bestimmten Kommunikationssituation neben einer ausdrücklichen auch eine konkludente Erklärung abgegeben worden ist und welchen Inhalt sie hat, bestimmt sich nach dem objektiven Empfängerhorizont, der unter Berücksichtigung der Gesamtumstände und der Verkehrsanschauung festzulegen ist (vgl. BGH NStZ 2001, 430). Wenn der Tatrichter dabei seine Bewertung maßgeblich auf die sich aus dem Wesen des abgeschlossenen Vertrages ergebende Risiko- und Pflichtenverteilung stützt, ist dies revisionsrechtlich bedenkenfrei (vgl. BGHSt 54, 69 Tz. 150). (Bearbeiter)

4. Die Tatsache, dass die Wettanbieter schon mit der auf derselben Täuschung beruhenden Eingehung der Wettverträge einen Vermögensnachteil erlitten haben, steht einer Schadensbestimmung nach Maßgabe der in der Erfüllungsphase geleisteten Zahlungen nicht entgegen. Die Erfüllung einer täuschungsbedingt eingegangenen, vermögensnachteiligen Verpflichtung vertieft den bereits eingetretenen Schaden. Beide Verfügungen und die durch sie ausgelösten Nachteile bilden zusammen eine Betrugsstat (vgl. BGHSt 54, 69 Tz. 162 f.). Dabei ist für die Schadensfeststellung jedenfalls dann allein auf die Erfüllungsphase abzustellen, wenn die Getäuschten ihre Verpflichtungen aus dem jeweiligen Vertrag restlos erfüllt haben und der mit dem Vertragsschluss ausgelöste Nachteil deshalb vollständig in dem durch die Vertragserfüllung herbeigeführten Schaden enthalten ist (vgl. BGH NStZ 2011, 638 Tz. 12 a.E.). (Bearbeiter)

5. Auf die Frage, ob die Manipulationen tatsächlich den Ausgang der betroffenen Spiele beeinflusst haben, kommt es nicht an. Entscheidend ist vielmehr, dass die Wettanbieter Wetten auf manipulierte Spiele nicht angenommen hätten. Dass es den Angeklagten in den Fällen, in denen das gewettete Spielergebnis unabhängig von einer Einflussnahme auf den Spielverlauf eintrat, möglich gewesen wäre, den Wettgewinn auch ohne Manipulation und damit auch ohne eine hierauf bezogene Täuschung zu erzielen, ist schon deshalb ohne Belang, weil für die innere Verknüpfung von Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung allein der tatsächliche Verlauf der Willensbildung maßgebend ist (vgl. BGHSt 13, 13, 14 f.). (Bearbeiter)

6. Bei Wettverträgen auf Sportereignisse mit verbindlichen Quoten gestehen sich der Wettende und der Wetthalter gegenseitig je einen Anspruch auf einen bestimmten Geldbetrag zu und übernehmen das entsprechende Haftungsrisiko. Wird durch eine nicht offen gelegte Manipulation des Wettenden die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass es zu dem von ihm gewetteten Spielausgang kommt, erhöht sich damit auch der Geldwert seines Anspruchs gegen den getäuschten Wettanbieter und das korrespondierende Haftungsrisiko. Zugleich vermindert sich der Geldwert des alternativen Anspruchs des Wettanbieters auf ein Behaltendürfen des Einsatzes. Die getäuschten Wettanbieter haben mithin einen Vermögensschaden erlitten, wenn bei objektiver Betrachtung die von ihnen gegenüber den Angeklagten eingegangene – infolge der Manipulationen mit einem erhöhten Realisierungsrisiko

behaftete – Verpflichtung zur Auszahlung des vereinbarten Wettgewinns nicht mehr durch den Anspruch auf den Wetteinsatz aufgewogen wird. (Bearbeiter)

7. Die dem Wettanbieter verbleibenden Wetteinsätze der Wettverlierer stellen im Verhältnis zu den manipulativ agierenden Wettgewinnern keinen unter dem Gesichtspunkt der Schadenskompensation zu berücksichtigenden Ausgleich dar. Kommt es im Zusammenhang mit einer nachteiligen Vermögensverfügung an anderer Stelle zu einem Vermögenszuwachs, scheidet die Annahme eines Vermögensschadens nur dann aus, wenn dieser Vorteil von der Verfügung selbst zeitgleich mit dem Nachteil hervorgebracht worden ist und nicht auf rechtlich selbstständigen Handlungen beruht (vgl. BGHSt 47, 295, 301 f.). (Bearbeiter)

8. Soweit für eine Schadensbestimmung eine Anknüpfung an die Grundsätze zu Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten und drohende Verluste aus schwebenden Geschäften in Betracht kommt, ist besonders zu beachten, dass es hier um die Ermittlung eines Mindestschadens geht. Betriebswirtschaftliche sowie handels- und gesellschaftsrechtliche Bewertungsverfahren sind in erheblichem Maß von Grundsätzen geprägt (Vorsichtsprinzip), die im Zweifel zur Annahme niedriger Werte und zu einer Überbewertung von Verlustrisiken führen, was ihrer Anwendung auf einen strafrechtlichen Sachverhalt Grenzen setzt. (Bearbeiter)

9. Das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ in § 263a Abs. 1 StGB erfordert eine betrugspezifische Auslegung. Unbefugt ist die Verwendung der Daten dann, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person Täuschungscharakter hätte (vgl. BGHSt 38, 120, 124). Diese Voraussetzung ist insbesondere dann gegeben, wenn – entsprechend den Grundsätzen der konkludenten Täuschung beim Betrug – die Befugnis des Täters typischerweise zur Grundlage des betreffenden (Rechts-)Geschäfts gehört und nach der Verkehrsanschauung als selbstverständlich vorhanden vorausgesetzt wird. (Bearbeiter)

10. Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz benannten Deliktstyps zu begehen. Ein „gefestigter Bandenwille“ oder ein „Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse“ ist nicht erforderlich. Es steht der Annahme einer Bande deshalb nicht entgegen, wenn deren Mitglieder bei der Tatbegehung ihre eigenen Interessen an einer risikolosen und effektiven Tatausführung sowie Beute- und Gewinnerzielung verfolgen (vgl. BGHSt 46, 321). (Bearbeiter)

320. BGH 2 StR 422/12 - Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Feststellung des Vermögensschadens beim Betrug (Gefährdungsschaden; Saldierungszeitpunkt; Kreditbetrug; kick-back-Zahlungen; Bedeutung werthaltiger Sicherungen).

§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Ein Vermögensschaden tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten unmittelbar zu einer nicht

durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung. Ob die Hingabe eines Darlehens einen Vermögensschaden bewirkt, ist daher durch einen für den Zeitpunkt der Darlehenshingabe anzustellenden Wertvergleich mit dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgläubigers zu ermitteln. Die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs wird dabei durch die Bonität des Schuldners und den Wert der bestellten Sicherheiten bestimmt. Ein Schaden entsteht daher nur, wenn die vorgespiegelte Rückzahlungsmöglichkeit nicht besteht (BGH StV 2010, 78) und auch gegebene Sicherheiten wertlos oder minderwertig sind (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 374; NStZ-RR 2009, 206).

2. Auch bei einer eingeschränkten oder fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners entsteht demnach kein Schaden, wenn und soweit der getäuschte Gläubiger über werthaltige Sicherheiten verfügt, die sein Ausfallrisiko abdecken und – ohne dass der Schuldner dies vereiteln kann – mit unerheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand realisierbar sind (BGH NStZ 2009, 150). Ein Minderwert des Rückzahlungsanspruchs, etwa infolge einer Täuschung über die Bonität, kann mithin durch den Wert hinreichend werthaltiger und liquider Sicherheiten kompensiert werden (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 374; NStZ-RR 2009, 206).

3. Dieser Minderwert des im Synallagma Erlangten ist dabei unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu bestimmen (vgl. BGH wistra 2013, 20; NStZ 2012, 698, 699; 2011, 638, 639; BGHSt 53, 198, 202 f.). Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 126, 170, 229; 130, 1, 47) ist er konkret festzustellen und ggf. unter Beauftragung eines Sachverständigen zur wirtschaftlichen Schadensfeststellung zu beziffern. Die banküblichen Bewertungsansätze für Wertberichtigungen können hierbei Anwendung finden; denn ist aufgrund fehlender Bonität des Schuldners und nicht ausreichender Sicherheiten mit einem teilweisen Forderungsausfall zu rechnen, so müssen entsprechende bilanzielle Korrekturen vorgenommen werden (BGH NStZ 2012, 698, 699). Sofern genaue Feststellungen zur Einschätzung dieses Ausfallrisikos nicht möglich sind, sind Mindestfeststellungen zu treffen, um den dadurch bedingten Minderwert und den insofern eingetretenen wirtschaftlichen Schaden unter Beachtung des Zweifelsatzes zu schätzen.

4. Die Schadensfeststellung kann nicht vorgenommen werden, indem allein auf den Vermögensverlust abgestellt wird, der Banken nach Abzug der geleisteten Zahlungen und Verwertung vorhandener Grundschulden verblieben ist.

354. BGH 4 StR 527/12 - Beschluss vom 30. Januar 2013 (LG Halle)

Vorsätzliches Fahren ohne Fahrerlaubnis; vorsätzliche Trunkenheit im Verkehr (Begriff des Straßenverkehrs: private Flächen als öffentlicher Verkehrsraum).

§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG; § 2 Abs. 1 StVG; § 316 Abs. 1 StGB

1. Der Begriff des Straßenverkehrs im Sinne der §§ 315 b ff. StGB entspricht dem des StVG und bezieht sich auf Vorgänge im öffentlichen Verkehrsraum. Ein Verkehrsraum ist darüber hinaus auch dann öffentlich, wenn er ohne Rücksicht auf eine Widmung und ungeachtet der Eigentumsverhältnisse entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten für jedermann oder aber zumindest für eine allgemein bestimmte größere Personengruppe zur Benutzung zugelassen ist und auch tatsächlich so genutzt wird (vgl. BGHSt 49, 128, 129).

2. Für die Frage, ob eine Duldung des Verfügungsberechtigten vorliegt, ist nicht auf dessen inneren Willen, sondern auf die für etwaige Besucher erkennbaren äußeren Umstände (Zufahrtssperren, Schranken, Ketten, Verbotsschilder etc.) abzustellen. Eine Verkehrsfläche kann zeitweilig „öffentlich“ und zu anderen Zeiten „nichtöffentlich“ sein. Die Zugehörigkeit einer Fläche zum öffentlichen Verkehrsraum endet mit einer eindeutigen, äußerlich manifestierten Handlung des Verfügungsberechtigten, die unmissverständlich erkennbar macht, dass ein öffentlicher Verkehr nicht (mehr) geduldet wird (vgl. BGHSt 49, 128, 129).

348. BGH 2 StR 520/12 - Beschluss vom 16. Januar 2013 (LG Gera)

Gefährliche Körperverletzung (lebensgefährdende Behandlung: Faustschläge ins Gesicht).

§ 223 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

1. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB setzt voraus, dass die Körperverletzung „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“ begangen wird. Erforderlich, aber auch genügend ist hierfür, dass die Art der Behandlung durch den Täter nach den Umständen des Einzelfalls (generell) geeignet ist, das Leben zu gefährden (st. Rspr). Dabei ist vor allem die individuelle Schädlichkeit der Einwirkung gegen den Körper des Verletzten zu berücksichtigen

2. Zwar können grundsätzlich auch Schläge mit der bloßen Hand in das Gesicht oder gegen den Kopf des Opfers eine das Leben gefährdende Behandlung in diesem Sinne sein. Dies setzt jedoch Umstände in der Tatausführung oder individuelle Besonderheiten beim Tatopfer voraus, welche das Gefahrenpotential der Handlung im Vergleich zu einer „einfachen“ Körperverletzung deutlich erhöhen.

333. BGH 4 StR 510/12 - Beschluss vom 30. Januar 2013 (LG Bochum)

Urkundenfälschung (Herstellen einer unechten Urkunde: kein eigenhändiges Delikt; Mittäterschaft; zur Täuschung im Rechtsverkehr; Konkurrenz zwischen Gebrauch und Herstellen).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 1 1. Alt. StGB

1. Zur Täuschung im Rechtsverkehr handelt auch, wer gefälschte Kontoauszüge Notaren körperlich zugänglich macht, um sie durch die Vorspiegelung ihrer Echtheit zur Anfertigung einer beglaubigten Abschrift zu veranlassen.

2. Das anschließende Gebrauchmachen von einer unechten Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 3. Alt. StGB ist nicht als neue Straftat zu werten, wenn es dem schon bei

der Herstellung der unechten Urkunde (hier: Kontoauszüge) von dem Angeklagten und seinen Mittätern verfolgten Tatplan entsprach (BGHSt 5, 291, 293). Gleiches gilt für eine weitere Vorlage der angefertigten Abschriften.

322. BGH 2 StR 524/12 - Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Gefährliche Körperverletzung (hinterlistiger Überfall; strafschärfende Bedeutung mehrfach verwirklichter Tatalternativen).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 5 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

1. Ein Überfall ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht schon dann hinterlistig, wenn der Täter für den Angriff auf das Opfer das Moment der Überraschung ausnutzt, etwa indem er plötzlich von hinten angreift. Hinterlist setzt vielmehr voraus, dass der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um dadurch dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf seine Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen.

2. Wird eine Variante der gefährlichen Körperverletzung zu Unrecht neben weiteren, zutreffend festgestellten

Varianten der gefährlichen Körperverletzung fehlerhaft angenommen, berührt dies den Schuldspruch nicht. Gleiches gilt allerdings im Einzelfall nicht für den Strafausspruch, wenn eine Strafkammer bei ihrer Strafzumessung zu Lasten des Angeklagten ausdrücklich berücksichtigt, dass er drei Tatbestandsvarianten des § 224 Abs. 1 StGB verwirklicht habe.

370. BGH 5 StR 462/12 - Beschluss vom 20. Februar 2013 (LG Potsdam)

Tat im prozessualen Sinne als Gegenstand der Urteilsfindung (Voraussetzungen der Tatidentität; Betrug; keine Tatidentität zwischen versuchtem Betrug gegenüber Darlehensgebern und anschließendem Betrug gegenüber dem mitangeklagten Darlehensnehmer); Strafklageverbrauch trotz Überschreitung der Aburteilungsbefugnis.

§ 264 StPO

Begeht der Angeklagte einen (versuchten) Betrug gegenüber Dritten, um diese zur Gewährung von Darlehen an einen Mitangeklagten zu bewegen, so handelt es sich i.d.R. nicht um eine identische Tat im prozessualen Sinne, wenn er im weiteren Verlauf einen Betrug gegenüber diesem Mitangeklagten begeht, um die von diesem vereinnahmten Beträge zu erlangen.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

337. BGH 1 StR 275/12 - Urteil vom 19. Februar 2013 (LG Regensburg)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose: schwere Sexualstraftaten im Sinne der Maßgabe des BVerfG; gerichtliches Ermessen); schwerer sexueller Missbrauch von Kindern.

§ 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB; § 176a Abs. 2 StGB

1. Bei zu erwartenden Taten des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern nach § 176a Abs. 2 StGB handelt es sich um schwere Sexualstraftaten im Sinne der Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG NJW 2011, 1931). Dies gilt auch für nur versuchte Deliktformen, denn auch damit ist typischerweise die Gefahr schwerwiegender psychischer Schäden verbunden (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 239).

2. Dass der Täter keine Gewalt gegen seine Opfer angewandt hat und dies auch zukünftig nicht hinreichend konkret zu erwarten steht, ist für die Einordnung der Delikte als schwere Sexualstraftaten unerheblich (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 239). Denn schon ohne Gewaltanwendung ist die durch die Vorschrift geschützte sexuelle Entwicklung verletzt (vgl. BGHSt 53, 283, 285). Hinzu

tritt, dass es häufig für Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung von kindlichen Opfern aufgrund deren unzureichender Verstandes- und Widerstandskräfte des Einsatzes von Gewalt nicht bedarf.

3. Die Regelungen des § 66 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 StGB aF haben Ausnahmecharakter, weil sie eine frühere Verurteilung und Strafverbüßung nicht voraussetzen. Deshalb soll das Tatgericht die Möglichkeit haben, sich ungeachtet der festgestellten Gefährlichkeit des Täters zum Zeitpunkt der Urteilsfällung auf die Verhängung einer Freiheitsstrafe zu beschränken, sofern erwartet werden kann, dass sich dieser die Strafe hinreichend zur Warnung dienen lässt. Hierfür sind die Wirkungen eines langjährigen Strafvollzuges sowie die mit dem Fortschreiten des Lebensalters erfahrungsgemäß eintretenden Haltungsänderungen wichtige Kriterien, die deshalb im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen sind (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 172).

334. BGH 4 StR 553/12 - Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Essen)

Aufklärungshilfe (Kronzeugenregelung; Hinweise vom Hörensagen); Adhäsionsentscheidung unter Vorbehalt (Legalzession).

§ 46b StGB; § 100a Abs. 2 StPO; § 116 SGB X; § 86 VVG; § 403 StPO

Die Voraussetzungen des § 46b Abs. 1 Nr. 1 StGB können zwar auch bei Offenbarung von Wissen vorliegen, das lediglich auf Hinweisen vom Hörensagen beruht, sofern hierdurch ein wesentlicher Beitrag zur Aufklärung einer Tat nach § 100a Abs. 2 StPO geleistet wird. Auch verlangt § 46b StGB weder ein umfassendes Geständnis noch eine Offenlegung des gesamten Wissens des Täters. Jedoch trägt der Aufklärungshelfer das Risiko, dass ein Aufklärungserfolg nicht eintritt.

355. BGH 4 StR 532/12 - Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Bielefeld)

Zulässiges Verteidigungsverhalten (Berufen auf Notwehr); Doppelverwertungsverbot
§ 46 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 32 StGB

Grundsätzlich ist es einem Angeklagten nicht verwehrt, sich gegen den Vorwurf der Körperverletzung mit der Behauptung zu verteidigen, er habe in Notwehr gehandelt. Soweit damit Anschuldigungen gegen Dritte verbunden sind, werden die Grenzen eines zulässigen Verteidigungsverhaltens dadurch nicht überschritten (vgl. BGH NStZ 2010, 692). Eine wahrheitswidrige Notwehrbehauptung kann erst dann straferschwerend gewertet werden, wenn Umstände hinzukommen, nach denen sich dieses Verteidigungsverhalten als Ausdruck einer zu missbilligenden Einstellung darstellt (vgl. BGH NStZ 2007, 463).

353. BGH 4 StR 430/12 - Urteil vom 28. Februar 2013 (LG Essen)

Gefährliche Körperverletzung (lebensgefährliche Behandlung); Strafzumessung (Verhältnis von minder schwerem Fall und gesetzlich vertypten Strafmilderungsgrund; Täter-Opfer-Ausgleich).
§ 224 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 1, 2 HS StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46a StGB

Sieht das Gesetz einen minder schweren Fall vor und ist auch ein gesetzlich vertypter Milderungsgrund gegeben, muss bei der Strafrahmewahl zunächst vorrangig ge-

prüft werden, ob ein minder schwerer Fall vorliegt. Dabei ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zuerst auf die allgemeinen Milderungsgründe abzustellen. Vermögen sie die Annahme eines minder schweren Falls allein zu tragen, stehen die den gesetzlich vertypten Milderungsgrund verwirklichenden Umstände noch für eine (weitere) Strafrahmewildigung nach § 49 StGB zur Verfügung. Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falls abzulehnen, sind auch die den gesetzlich vertypten Strafmilderungsgrund verwirklichenden Umstände in die Bewertung einzubeziehen. Erst wenn der Tatrichter danach weiterhin keinen minder schweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertypten Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 7, 8).

377. BGH 5 StR 620/12 - Beschluss vom 19. Februar 2013 (LG Neuruppin)

Rechtsfehlerhafte Anordnung des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung (Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung; Weitergeltungsanordnung; Erfordernis eines Hangs zu erheblichen Straftaten; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung).
§ 66a StGB

1. Ein Hang des Täters zu erheblichen Straftaten ist Voraussetzung auch des Ausspruchs eines Vorbehalts der Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB aF. Dessen Voraussetzungen sind vom Tatgericht angesichts der strengen Bedingungen, die an die Anwendung der Vorschrift derzeit zu stellen sind, grundsätzlich ausdrücklich zu prüfen. Insoweit möglicherweise relevante Ausführungen im Rahmen der Schuldfähigkeitsprüfung schaffen keinen Ersatz. (Bearbeiter)

2. Für den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung bedarf es einer erheblichen, naheliegenden Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer schwerer Straftaten (hier: Sexualstraftaten), die aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Angeklagten ableitbar sein muss. Die bloße Feststellung, dass der Täter für die Allgemeinheit gefährlich sei, genügt dem regelmäßig nicht. (Bearbeiter)

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

314. BGH 1 StR 310/12 - Beschluss vom 21. November 2012 (LG Hamburg)

BGHSt; Verwertbarkeit mittels Rechtshilfe eines ausländischen Staates erlangter Beweise (inländisches Recht; Nichteinhaltung der maßgeblichen rechtshilferrechtlichen Bestimmungen und unzureichende Begründung ausländischer Anordnungsbeschlüsse bei der Telekommunikationsüberwachung; hypothetischer Ersatzeingriff; Recht auf ein faires Verfahren; Überprüfung

der Rechtmäßigkeit nach dem Recht des ersuchten Staates innerhalb der EU und Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung; Schutz der Souveränität und erforderliches Vertrauen).

Art. 82 Abs. 2 Satz 2 a) AEUV; Art. 3 EMRK; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 73 IRG; Art. 22 EU-RhÜbk; Art. 17 Abs. 2 und 5 EurRhÜbk CZ-ErgVtr; § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 261 StPO; § 168c StPO

1. Die Verwertbarkeit mittels Rechtshilfe eines ausländischen Staates erlangter Beweise bestimmt sich nach dem inländischen Recht. (BGHSt)

2. Auf diesem Weg gewonnene Beweise unterliegen trotz Nichteinhaltung der maßgeblichen rechtshilferechtlichen Bestimmungen keinem Beweisverwertungsverbot, wenn die Beweise auch bei Beachtung des Rechtshilferechts durch den ersuchten und den ersuchenden Staat hätten erlangt werden können. (BGHSt)

3. Ist die Rechtshilfe durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union geleistet worden, darf bei der Beurteilung der Beweisverwertung im Inland nur in eingeschränktem Umfang geprüft werden, ob die Beweise nach dem innerstaatlichen Recht des ersuchten Mitgliedstaates rechtmäßig gewonnen wurden. Das gilt jedenfalls dann, wenn die dortige Beweiserhebung nicht auf einem inländischen Rechtshilfeersuchen beruht. (BGHSt)

4. Welche Gründe zu einer Unverwertbarkeit derart gewonnener Beweise im inländischen Strafverfahren führen können, ist nicht in allen Einzelheiten geklärt. Es besteht jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass sich Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit Beweisrechtshilfe entweder aus der inländischen Rechtsordnung des ersuchenden Staates oder aus völkerrechtlichen Grundsätzen ergeben können. Der Bundesgerichtshof hat im Kontext der Beweisrechtshilfe ein aus der Verletzung des Völkerrechts abgeleitetes inländisches Verwertungsverbot bislang bei unzulässigen Eingriffen in das Souveränitätsrecht eines anderen Staates angenommen (BGHSt 34, 334, 343 f.). (Bearbeiter)

5. Eine Unverwertbarkeit von im Rahmen der Rechtshilfe gewonnenen Beweisen kann sich im Grundsatz zudem aus der Verletzung rechtshilferechtlicher Bestimmungen selbst ergeben. So hat der Bundesgerichtshof die Verletzung von multilateralen rechtshilferechtlichen Bestimmungen durch den ersuchten ausländischen Staat als Grund für die Unverwertbarkeit eines Beweises herangezogen (BGH NStZ 2007, 417 bzgl. Art. 4 Abs. 1 EURhÜbk). EURhÜbk. Ist der ersuchte ausländische Staat rechtshilferechtlich zur Vornahme der erbetenen Beweiserhebung nach dem Recht des ersuchenden Staates verpflichtet, wird sich ein inländisches Beweisverwertungsverbot grundsätzlich aus der Verletzung der maßgeblichen inländischen Beweiserhebungsregeln ergeben. (Bearbeiter)

6. Der Senat neigt der Auffassung zu, dass ein aus der Nichteinhaltung rechtshilferechtlicher Bestimmungen abgeleitetes Verwertungsverbot lediglich dann in Betracht zu ziehen ist, wenn den entsprechenden Regelungen (auch) ein individualschützender Charakter - wenigstens im Sinne eines Schutzreflexes (so bereits BGHSt 34, 334, 343 f.) - zukommt. (Bearbeiter)

7. Es entspricht dem mittlerweile ganz überwiegenden völkerrechtlichen Verständnis, den Einzelnen als Subjekt des Völkerrechts anzuerkennen und seine Interessen im Rahmen des Rechtshilferechts zu berücksichtigen. (Bearbeiter)

8. Der Senat teilt nicht die in der Strafrechtswissenschaft vertretene Auffassung, hinsichtlich der Überwachung von Telekommunikation bei Verwertung im Ausland gewonnener Informationen dürfe das inländische Strafgericht nicht ungeprüft von der Rechtmäßigkeit der Anordnungsentscheidung ausgehen, sondern müssen die Einhaltung der ausländischen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen „zusätzlich kontrollieren“. Auch wenn die Beurteilung der Verwertbarkeit eines im Ausland erhobenen Beweises sich nach der inländischen Rechtsordnung bestimmt, würde eine mit der Rechtswidrigkeit der ausländischen Beweiserhebung begründete Unverwertbarkeit des erhobenen Beweises unter den hier vorliegenden tatsächlichen Gegebenheiten mit einem Eingriff in die Souveränität des ausländischen Staates einhergehen. (Bearbeiter)

9. Es wäre es mit dem hinter dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (Art. 82 Abs. 1 AEUV) stehenden Gedanken des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten nicht zu vereinbaren, eine in einem Mitgliedstaat ergangene, dort nicht aufgehobene gerichtliche Entscheidung in einem anderen Mitgliedstaat mit der Begründung als rechtswidrig zu bewerten, die Gerichte des Entscheidungsstaates hätten ihre eigene nationale Rechtsordnung nicht eingehalten. (Bearbeiter)

10. Die Unverwertbarkeit im Ausland erhobener Beweise kann sich ergeben, wenn die Beweiserhebung unter Verletzung völkerrechtlich verbindlicher und dem Individualrechtsgüterschutz dienender Garantien, wie etwa Art. 3 EMRK, oder unter Verstoß gegen die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze im Sinne des *ordre public* (vgl. § 73 IRG) erfolgt ist. (Bearbeiter)

347. BGH 2 StR 510/12 - Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Trier)

BGHSt; Unterbrechung der Verfolgungsverjährung (Beauftragung eines Sachverständigen im Verfahren gegen Unbekannt; vorheriges eingestelltes Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten).

§ 78c Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB; § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Stellt die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren gegen den zum Tatvorwurf vernommenen Beschuldigten gemäß § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO ein und führt es sodann gegen Unbekannt weiter, so wird die Verfolgungsverjährung gegen den (früheren) Beschuldigten nicht nach § 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB unterbrochen, wenn die Staatsanwaltschaft oder ein Richter nunmehr einen Sachverständigen beauftragt. (BGHSt)

2. Die Unterbrechung der Verfolgungsverjährung wirkt gemäß § 78c Abs. 4 StGB nur gegenüber demjenigen, auf den sich die Unterbrechungshandlung bezieht. Daraus folgt, dass nur eine gegen eine bestimmte Person gerichtete, nicht aber eine die Ermittlung des noch unbekanntes Täters bezweckende Untersuchungshandlung geeignet ist, die Verjährung zu unterbrechen (vgl. BGHSt 42, 283, 287). Der Täter muss im Zeitpunkt der Unterbrechungshandlung „der Person nach“ bekannt sein, d. h. er muss - wenn auch nicht unter zutreffenden Namen - als Tatverdächtiger in den Akten genannt sein (vgl. BGHSt 24, 321, 323). (Bearbeiter)

3. Bei wertender Betrachtung macht es keinen Unterschied, ob das Ermittlungsverfahren von vornherein gegen Unbekannt geführt oder ob der Beschuldigte vor der Unterbrechungshandlung durch eine Verfahrenseinstellung gemäß § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO aus dem Kreis der Tatverdächtigen ausgeschieden worden ist. Wegen der Bedeutung der Verjährung und der Rechtssicherheit im Hinblick auf ihren Ablauf (vgl. BGH NStZ 2008, 158, 159) ist allein darauf abzustellen, ob der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Unterbrechungshandlung - hier der Beauftragung der Sachverständigen gemäß § 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB - aus den Akten als Tatverdächtiger hervorgeht. (Bearbeiter)

336. BGH 1 StR 165/12 - Beschluss vom 19. Dezember 2012 (LG Berlin)

BGHSt; Auslieferung nach dem EuAIÜbk (Spezialitätsgrundsatz als Verfahrenshindernis: Wegfall bei Ausreise und Rückkehr ins Bundesgebiet, Hinweispflicht); gewerbs- und bandenmäßiger Betrug (Täuschung über Bestehen eines Umsatzsteuervorabzugsanspruchs: Rechnung als materielle Anspruchsvoraussetzung; Irrtum).

Art. 14 Abs. 1 Buchst. b EuAIÜbk; § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG; § 370 AO

1. Ein wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Spezialität bestehendes Verfahrenshindernis entfällt gemäß Art. 14 Abs. 1 Buchst. b des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957 (EuAIÜbk) jedenfalls dann, wenn der Ausgelieferte nach Verlassen der Bundesrepublik Deutschland dorthin zurückkehrt, obwohl er auf die sich aus einer Wiedereinreise ergebenden Rechtsfolgen dieser Vorschrift hingewiesen worden war (Bestätigung und Fortführung von BGH, Beschluss vom 9. Februar 2012 - 1 StR 148/11, BGHSt 57, 138). (BGHSt)

2. Dem Hinweis auf die Vorschrift des Art. 14 Abs. 1 Buchst. b EuAIÜbk kommt auch dann rechtliche Bedeutung zu, wenn er nicht unmittelbar bei der Freilassung ergangen ist. Der Zeitpunkt des Hinweises hat lediglich für den Lauf der 45-tägigen Schonfrist bei einer Nichtausreise nach endgültiger Freilassung, nicht aber im Falle einer Wiedereinreise Bedeutung. (Bearbeiter)

3. Materiell-rechtliche Voraussetzung für den Vorsteuerabzug nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG ist eine Rechnung, die die jeweilige Lieferung oder sonstige Leistung belegt (vgl. EuGH DStRE 2012, 1336). Rechnung in diesem Sinn ist nur ein solches Abrechnungspapier, das hinreichende Angaben tatsächlicher Art enthält, welche die Identifizierung der abgerechneten Leistung ermöglichen; der Aufwand zur Identifizierung der Leistung muss dahingehend begrenzt sein, dass die Rechnungsangaben eine eindeutige und leicht nachprüfbare Feststellung der Leistung ermöglichen, über die abgerechnet worden ist. Die ausgeführte Leistung oder der beim Leistungsempfänger eintretende Erfolg der Leistungshandlung muss mit der in der Rechnung bezeichneten identisch sein. (Bearbeiter)

368. BGH 5 StR 423/12 - Beschluss vom 6. März 2013 (LG Berlin)

BGHSt; Glaubhaftigkeit belastender Aussagen eines Mitangeklagten bei zuvor gescheiterter Verständigung (Pflicht zur Erörterung der Verständigungsversuche in den Urteilsgründen); Inbegriffsrüge; Aufklärungsrüge; Beruhen (kein Beruhen, wenn Falschbelastungsmotiv in anderem Zusammenhang hinreichend erörtert).
§ 257c StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

1. Verfahrensrechtliche Beanstandung mangelnder Berücksichtigung einem Mitangeklagten im Rahmen von Verständigungsgesprächen erteilter Rechtsfolgenprognosen bei der Würdigung von dessen belastenden Angaben (im Anschluss an BGHSt 48, 161; 52, 78). (BGHSt)

2. § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO ist auf nicht zustande gekommene oder informelle Absprachen nicht entsprechend anwendbar. (Bearbeiter)

3. Sofern Inhalt und Begleitumstände einer Verständigung - wie etwa bei einer Verständigung mit einem Mitangeklagten - für die Beweiswürdigung relevant sein können, ergibt sich die Notwendigkeit einer Berücksichtigung in der Hauptverhandlung stattgefundener Verständigungsgespräche aus § 261 StPO. Fehlt es an einer entsprechenden Erörterung in den Urteilsgründen, ist demgemäß die Inbegriffsrüge eröffnet. Finden Verständigungsbemühungen außerhalb der Hauptverhandlung statt und werden diese trotz sich aufdrängender Relevanz für die Beweisführung nicht in die Beweisaufnahme eingeführt, kann dies mit der Aufklärungsrüge gemäß § 244 Abs. 2 StPO geltend gemacht werden. (Bearbeiter)

4. Besteht nach einer gescheiterten Verständigung in erheblichem Maße Anlass, der Frage besonders nachzugehen, ob seitens eines geständigen Mitangeklagten ein Falschbelastungsmotiv besteht, beruht das Urteil i.d.R. dann nicht auf der fehlenden Erörterung der Verständigungsversuche in den Entscheidungsgründen, wenn Falschbelastungsmotive gleichwohl in einem anderen Zusammenhang ausreichend erörtert und überzeugend verneint werden. (Bearbeiter)

341. BGH 1 StR 553/12 - Beschluss vom 5. Februar 2013 (LG Freiburg)

Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit (Beziehung der Beweistatsache zum Verfahrensgegenstand; Anforderung an die Begründung).
§ 244 Abs. 3, Abs. 6 StPO

1. Allgemeinabstrakte Grundsätze darüber, in welcher Beziehung die Beweistatsache zu dem Verfahrensgegenstand stehen muss, wenn sie für seine Beurteilung Bedeutung haben soll, lassen sich kaum aufstellen. Auch Vorfälle, die dem angeklagten Vorwurf zeitlich nachfolgen, und an denen der Angeklagte nicht beteiligt war, können im Einzelfall auf die Beurteilung des konkreten Falles wichtige Schlüsse zulassen und dadurch Bedeutung erhalten.

2. In einem Beschluss, durch den ein Beweisantrag als aus tatsächlichen Gründen bedeutungslos abgelehnt wird (§ 244 Abs. 6 StPO), sind die hierfür maßgeblichen Erwägungen aber zumindest in ihrem Kern konkret darzulegen, um dem Antragsteller zu ermöglichen, sein weite-

res Prozessverhalten entsprechend einzurichten (st. Rspr.).

338. BGH 1 StR 408/12 (alt: 1 StR 272/09) – Beschluss vom 7. Februar 2013 (LG Traunstein)

Erinnerung gegen die Kostenentscheidung; Kostensätze mehrerer eingelegter Rechtsmittel; Kostensatz bei Aufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht.

§ 66 Abs. 1 GKG; § 473 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Mehrere nebeneinander eingelegte Rechtsmittel sind kostenrechtlich voneinander zu trennen (vgl. BGHSt 19, 226, 228); die Kosten eines erfolglosen Rechtsmittels treffen den, der es eingelegt hat (§ 473 Abs. 1 Satz 1 StPO). Bleiben deshalb mehrere Rechtsmittel ohne Erfolg, trägt jeder Rechtsmittelführer die Kosten seines Rechtsmittels.

2. Ein kostenrechtlicher Erfolg wird im Fall der Aufhebung und Zurückverweisung noch nicht durch die aufhebende Entscheidung des Revisionsgerichts, sondern erst durch die weiteren Entscheidungen bewirkt (BGH StraFo 2008, 529). Nach kostenrechtlichen Maßstäben steht das nach einer Zurückverweisung ergangene, freisprechende Erinstanzurteil deshalb einem freisprechenden Urteil des Revisionsgerichts gleich.

346. BGH 2 StR 468/12 - Urteil vom 30. Januar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Beweisantrag (Ablehnung wegen völliger Ungeeignetheit)

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

Ein Beweisantrag kann wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden, wenn dessen Inanspruchnahme von vornherein gänzlich aussichtslos wäre, so dass sich die Erhebung des Beweises in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müsste (st. Rspr.). Dies ist dann der Fall, wenn mit dem vom Antragsteller benannten Beweismittel die behauptete Beweistatsache nach sicherer Lebenserfahrung nicht bestätigt werden kann.

352. BGH 4 StR 380/12 - Beschluss vom 30. Januar 2013 (LG Stuttgart)

Alter des Angeklagten als beweisrelevante Tatsache (Strengbeweisverfahren); unzulässige Beweismittel (völlige Ungeeignetheit bei Sachverständigengutachten).

§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs betrifft das Alter eines Angeklagten eine doppelrelevante

Tatsache, sofern die Beweisaufnahme darüber zu dem Ergebnis führen kann, dass statt der für allgemeine Strafsachen zuständigen Strafkammer das Jugendgericht zuständig ist bzw. dass Erwachsenenstrafrecht statt Jugendstrafrecht angewendet werden kann. In einem derartigen Fall darf sich das Gericht für die Feststellung des Alters nicht mit dem Freibeweisverfahren begnügen; diese hat vielmehr im Strengbeweisverfahren zu erfolgen. Stellt der Angeklagte einen dahingehenden Beweisantrag, darf dieser nur aus einem der in § 244 Abs. 3, 4 StPO genannten Gründe abgelehnt werden (vgl. BGH StV 1982, 101).

2. Völlig ungeeignet i.S.d. § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Beweismittel, wenn das Gericht ohne jede Rücksicht auf das bisherige Beweisergebnis sagen kann, das sich mit dem Beweismittel das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen lässt. Ob das vorhandene Material dem Sachverständigen genügend Anknüpfungstatsachen wenigstens für ein Möglichkeits- oder Wahrscheinlichkeitsurteil bietet, kann das Gericht nötigenfalls im Wege des Freibeweises klären (vgl. BGH NStZ 1995, 97).

350. BGH 4 StR 246/12 - Beschluss vom 13. Februar 2013 (LG Essen)

Keine Urteilszustellung vor Fertigstellung des Protokolls (Begriff der Fertigstellung)

§ 273 Abs. 4 StPO; § 271 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Nach § 273 Abs. 4 StPO darf das Urteil nicht zugestellt werden, bevor das Protokoll fertiggestellt ist. Durch diese Regelung soll sichergestellt werden, dass mit dem Protokoll schon zu Beginn der regelmäßig mit der Urteilszustellung in Lauf gesetzten Revisionsbegründungsfrist eine abgeschlossene Grundlage für die Entscheidung über die Anbringung von Verfahrensrügen vorliegt, die dem Anfechtungsberechtigten während der gesamten Revisionsbegründungsfrist zur Einsichtnahme offensteht (vgl. BGHSt 37, 287, 288). § 273 Abs. 4 StPO ist eine zwingende Verfahrensvorschrift, deren Verletzung zur Unwirksamkeit der Zustellung führt (vgl. BGHSt 27, 80 f).

2. Die Fertigstellung des Protokolls erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dem Zeitpunkt, zu dem die letzte der für die Beurkundung des gesamten Protokollinhalts nach § 271 Abs. 1 Satz 1 erforderlichen Unterschriften geleistet wurde (vgl. BGHSt 51, 298, 317). Weder für die Fertigstellung des Protokolls gemäß § 271 Abs. 1 StPO noch für die Wirksamkeit der Zustellung des Urteils nach § 273 Abs. 4 StPO ist es erforderlich, dass die von den Urkundspersonen unterschriebene Niederschrift in tatsächlicher Hinsicht zur Akte genommen wird.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

317. BGH 1 StR 537/12 - Beschluss vom 22. November 2012 (LG Hof)

BGHSt; Steuerverkürzung und Steuervorteil der Steuerhinterziehung (Bezifferung ungerechtfertigt erlangter Steuervorteile; unrichtiger Feststellungsbescheid); Bestimmtheitsgrundsatz (Verschleifungsverbot; Entgrenzungsverbot: erforderliche Bezifferung).

§ 370 Abs. 1, Abs. 4 AO; § 182 Abs. 1 Satz 1 AO; Art. 103 Abs. 2 GG; § 263 StGB; § 370 AO

1. Zur Bezifferung aufgrund unrichtiger Feststellungsbescheide nach § 182 Abs. 1 Satz 1 AO erlangter nicht gerechtfertigter Steuervorteile im Sinne von § 370 Abs. 1 AO. (BGHSt)

2. Ein mittels tatbestandsmäßiger Verhaltensweisen gemäß § 370 Abs. 1 AO erwirkter unrichtiger Feststellungsbescheid stellt im Hinblick auf dessen aus § 182 Abs. 1 Satz 1 AO resultierender Bindungswirkung einen „nicht gerechtfertigten Steuervorteil“ und damit eine vollendete Tat dar (BGHSt 53, 99, 104 ff). Die Bindungswirkung erfasst sowohl die zu niedrige Feststellung von Gewinnen als auch unberechtigte Verlustvorträge und unberechtigt nicht verbrauchte Verlustvorträge. (Bearbeiter)

3. Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die strafrechtliche Untreue (§ 266 StGB) und den Betrug (§ 263 StGB), insbesondere hinsichtlich der Merkmale „Vermögensnachteil“ bzw. „Vermögensschaden“ (BVerfGE 126, 170, 194 ff.; BVerfG NJW 2012, 907, 915 f.; BVerfG StraFo 2012, 496, 497 f.), gibt keinen Anlass, von dem bisherigen Verständnis des „nicht gerechtfertigten Steuervorteils“ nach § 370 Abs. 1 AO sowie den zu dessen Vorliegen erforderlichen Feststellungen abzugehen. (Bearbeiter)

4. Art. 103 Abs. 2 GG erfordert auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Auslegung von § 370 Abs. 1 AO in der Variante des in einem „nicht gerechtfertigten Steuervorteil“ liegenden tatbestandsmäßigen Erfolgs nicht, die Vollendung der Tat davon abhängig zu machen, auf der Grundlage des bezifferten Steuervorteils die (zukünftigen) Auswirkungen auf den Steueranspruch des Staates zu berechnen. Die auf die Rechtsgutsverletzungsdelikte § 263 StGB und § 266 StGB bezogenen Vorgaben sind auf den „nicht gerechtfertigten Steuervorteil“ als tatbestandsmäßiger Erfolg nach § 370 Abs. 1 AO nicht übertragbar. Der Straftatbestand der Steuerhinterziehung ist weder in seinen tatbestandlichen Strukturen noch in dem von ihm geschützten Rechtsgut und seinem Deliktscharakter dem Betrugs- und dem Untreuestrafatbestand so ähnlich,

dass eine Änderung der Voraussetzungen der Vollendung in der genannten Tatbestandsvariante veranlasst oder gar geboten wäre. (Bearbeiter)

5. Das Gesetz geht von einer inhaltlichen Unterscheidung zwischen der Steuerverkürzung und dem ungerechtfertigt erlangten Steuervorteil aus, auch wenn die Differenzierung zwischen den Taterfolgen nicht in allen Einzelheiten geklärt ist. Die Steuerverkürzung einerseits und der „nicht gerechtfertigte Steuervorteil“ andererseits beschreiben nicht lediglich einen identischen Taterfolg des § 370 Abs. 1 AO, die Gefährdung des staatlichen Steueranspruchs, aus zwei unterschiedlichen Blickwinkeln. (Bearbeiter)

6. § 370 AO stellt sich nicht notwendig als Rechtsgutsverletzungsdelikt dar. Dementsprechend ist es für den Eintritt der Vollendung des Delikts auch nicht von Bedeutung, ob der Steuerschuldner über ausreichende finanzielle Mittel zur Begleichung der Steuerschuld verfügt. (Bearbeiter)

7. Auch das Verfassungsgebot schuldangemessenen Strafs und § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO gebieten die Bezifferung nicht. (Bearbeiter)

8. Ab welcher Wertgrenze ein „großes Ausmaß“ gemäß § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO bei erlangten Steuervorteilen anzunehmen ist, hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bisher nicht zu entscheiden gehabt. Dies bedarf auch vorliegend keiner Entscheidung. Da die erlangten Steuervorteile aber ohnehin für die Beurteilung des Vollungenseintritts nach Art und Höhe festzustellen sind, kommt eine Anwendung des Regelbeispiels anhand von Wertgrenzen, wie sie der Senat bislang nach Fallkonstellationen differenzierend angenommen hat (siehe BGHSt 53, 71, 85 Rn. 38 f.), grundsätzlich in Betracht. (Bearbeiter)

361. BGH 3 StR 407/12 - Urteil vom 20. Dezember 2012 (LG Hannover)

BGHSt; prozessuale Tatidentität im Betäubungsmittelstrafrecht; Bandenmitgliedschaft trotz lediglich als Beihilfe zu bewertender Beiträge; Begriff des „Handeltreibens“; nicht geringe Menge bereits bei Beginn der Aufzucht; konkurrenzrechtlich einheitliche Tat trotz mehrerer Anbauvorgänge; keine automatische Garantstellung des Wohnungsinhabers; Besetzungsrüge; Anforderungen an die Begründung der Verfahrensrüge. § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 264 StPO; § 76 GVG

1. Bei einem auf spätere Veräußerung zielenden Anbau von Cannabispflanzen ist für die Abgrenzung des Han-

deltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG) vom Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) die Menge maßgeblich, die mit der bereits begonnenen Aufzucht der Pflanzen letztlich erzielt und gewinnbringend veräußert werden soll. (BGHSt)

2. Für ein Handeltreiben i.S.d. Betäubungsmittelstrafrechts kommt es generell nicht auf ein tatsächlich erfolgreiches Umsatzgeschäft an, sondern auf ein Verhalten, das auf ein solches gerichtet ist. (Bearbeiter)

3. Durch die begonnene Aufzucht besteht bereits eine spezifische Gefährdungslage für das durch die §§ 29 ff. BtMG geschützte Rechtsgut. Hinge in entsprechenden Fällen die Strafbarkeit wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge davon ab, dass der Wirkstoffgehalt in den Pflanzen tatsächlich den Grenzwert bereits übersteigt, würde die besondere Gefährdung, die sich schon durch den auf die Weiterveräußerung nicht geringer Mengen gerichteten Anbau ergibt, nicht in ihrem ganzen Umfang erfasst. (Bearbeiter)

4. Allein aus der Stellung als Wohnungsinhaber oder Vermieter folgt eine Pflicht zum Einschreiten gegen die Nutzung einer Wohnung zum Anbau von Cannabis-Pflanzen im Allgemeinen nicht (st. Rspr.). (Bearbeiter)

5. Die Besetzungsrüge ist i.d.R. unbegründet, wenn die Entscheidung weder auf sachfremden Erwägungen beruht noch dabei der eingeräumte Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten wird. Dass gegebenenfalls auch eine andere Beurteilung möglich gewesen wäre oder sogar näher gelegen haben könnte, lässt es nicht zu, die ursprüngliche Besetzungsentscheidung als objektiv willkürlich zu bewerten. (Bearbeiter)

6. Nach gefestigter Rechtsprechung muss der Revisionsführer, der eine Verletzung des Verfahrensrechts geltend machen will (hier: Anordnung der Durchsuchung durch einen Staatsanwalt), die den Mangel enthaltenden Tatsachen so vollständig und so genau angeben, dass das Revisionsgericht allein auf Grund der Rechtfertigungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorläge, wenn die behaupteten Tatsachen erwiesen wären. (Bearbeiter)

367. BGH 5 StR 306/12 - Urteil vom 20. Februar 2013 (LG Potsdam)

BGHSt; Verfall (Nichtanordnung aufgrund entgegenstehender Ansprüche bei Delikten zum Schutz von Allgemeininteressen); Rückgewinnungshilfe (Nichtbezeichnung des Erlangten im Urteil; Ermessen; Anforderungen an die Verfahrensrüge).

§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 111i Abs. 2 StPO

1. Für die Anwendung des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB ist der historische Sachverhalt entscheidend, aus dem sich der Ersatzanspruch ergibt, und nicht das Schutzgut des verletzten Strafgesetzes, aus dem der Angeklagte verurteilt wurde. (BGHSt)

2. Zum Ermessen nach § 111i Abs. 2 StPO und zur Erforderlichkeit einer Verfahrensrüge für die Beanstandung der Nichtanwendung dieser Vorschrift. (BGHSt)

3. Selbst wenn es bei der Verletzung von Allgemeinrechtsgütern häufig der Fall sein mag, dass ein im materiellen Sinne Geschädigter fehlt, ist dies nicht zwingend. Es können auch durch Straftaten, die sich in erster Linie gegen Allgemeinrechtsgüter richten, Ersatzansprüche von Dritten entstehen. Im Umweltstrafrecht sind solche Fallgestaltungen sogar verbreitet, weil es regelmäßig neben dem Täter als Verursacher auch Zustandsstörer geben kann, die ebenfalls – wenn auch nur nachrangig – möglicherweise zur Beseitigung des umweltrechtswidrigen Zustands verpflichtet sind und dann gegenüber dem Handlungsschädiger Ersatzansprüche haben. (Bearbeiter)

4. Der Ausschluss zugunsten des Verletzten nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB gilt nur für Vermögensvorteile des Täters, die „aus der Tat“, nicht aber für solche, die „für die Tat“ erlangt sind (vgl. etwa BGH HRRS 2011 Nr. 106). Letzteres trifft auf Vermögenswerte zu, die dem Täter als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln gewährt werden, aber nicht auf der Tatbestandserfüllung selbst beruhen. Allerdings sind die Vorteile dann aus der Tat erlangt, wenn Vermögensnachteile und Vermögenszuwachs spiegelbildlich miteinander korrespondieren (BGH HRRS 2011 Nr. 138).

5. In einem Fall unterbliebener Anwendung des § 111i Abs. 2 StPO ist eine spezifiziertere Verfahrensrüge jedenfalls erforderlich, wenn eine lediglich partiell unterbliebene Anwendung der Norm zum Revisionsgegenstand gemacht werden soll. Dies gilt namentlich für einen Übergangsfall, in dem Beschlagnahme und dinglicher Arrest ohne Rücksicht auf den Tatzeitpunkt angeordnet worden waren. (Bearbeiter)

6. Auf Anordnungen nach § 111i Abs. 2 StPO mag nur in Ausnahmefällen verzichtet werden können (BGH HRRS 2009 Nr. 768). Dies kann aber nur für Fälle gelten, in denen die Anwendung des § 111i Abs. 2 StPO wegen zu erwartender Nichtinanspruchnahme des Täters auf Schadensersatzleistung und eines danach zu befürchtenden Verbleibens von Tatgewinnen bei ihm vordringlich erscheint. (Bearbeiter)

7. Der Senat neigt im Zusammenhang mit der Frage ausreichender Sicherung der Ersatzanspruchsberechtigten dazu, dass im Falle des Absehens von einer Verlängerung nach § 111i Abs. 3 StPO der gemäß § 111b Abs. 5, § 111d StPO zum Zweck der Rückgewinnungshilfe erlassene dingliche Arrest gleichwohl nach den Regelungen der §§ 916 ff. ZPO fortwirkt. Eine dem Rechtsinstitut des Arrestes fremde automatische Beendigung mit Rechtskraft des weder eine Verfallsanordnung noch einen Anspruch nach § 111i Abs. 2 StPO enthaltenden Urteils, wie sie in Rechtsprechung und Literatur teilweise vertreten wird, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. (Bearbeiter)

8. Eine Pflicht des Gerichts zur Aufhebung des Arrestes allein wegen des Unterbleibens einer entsprechenden Anordnung im Urteil ist ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt und erscheint auch systematisch nicht zwingend. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arrest – wie hier – nach § 111b Abs. 5 StPO (auch) zugunsten der Verletzten erlassen wurde. (Bearbeiter)

359. BGH 3 StR 199/12 - Beschluss vom 15. November 2012 (LG Rostock)

BGHR; Berücksichtigung berufsrechtlicher Folgen bei der Strafzumessung (hier: Verlust des Beamtenstatus); Konkurrenzen bei einer Deliktserie unter Beteiligung mehrerer; Bankrottstrafbarkeit („Firmenbestattung“; Zurechnung der Handlungen des „Firmenbestatters“ gegenüber den ursprünglichen Geschäftsführern; faktische Geschäftsführer; Handeln „als“ Organ nach Aufgabe der „Interessentheorie“).

§ 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB; § 14 StGB

1. Zur Strafbarkeit wegen Bankrotts in Fällen der sog. Firmenbestattung. (BGHR)
2. Die Veräußerung von Anteilen an einem Unternehmen an einen sog. „Firmenbestatter“ mit dem Ziel, das Unternehmen unter Entzug der vorhandenen Vermögenswerte nach der Veräußerung verdeckt liquidieren zu lassen, erfüllt für sich genommen nicht den Tatbestand des Bankrotts gem. § 283 Abs. 1 Nr. 8 Var. 2 StGB. (Bearbeiter)
3. Jedoch können die nach der Veräußerung von den „Stroh Männern“ vorgenommenen Verschleierungshandlungen den Veräußerern regelmäßig zugerechnet werden, da bzw. soweit diese Mittäter i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB sind. Die Täterqualität des als Sonderdelikt ausgestalteten Bankrottatbestandes liegt insoweit jedenfalls dann vor, wenn die Betroffenen vor der Veräußerung faktische Geschäftsführer waren und dies im Anschluss daran weiterhin bleiben. (Bearbeiter)
4. Es kann offen bleiben, ob sowohl die Anteilsübertragung als auch sämtliche Gesellschafterbeschlüsse, mit denen der frühere Geschäftsführer abberufen und der neue bestellt, die Firma geändert oder ihr Sitz verlegt wird, wegen der damit verbundenen und intendierten Gläubigerbenachteiligung sittenwidrig im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB und deshalb - mit Blick auf die Gesellschafterbeschlüsse in entsprechender Anwendung von § 241 Nr. 4 AktG - nichtig sind. (Bearbeiter)

339. BGH 1 StR 459/12 - Beschluss vom 23. Januar 2013 (LG Augsburg)

Faktischer Geschäftsführer (weiterer formeller Geschäftsführer: beherrschende Stellung); Betrug (Verknüpfung von Täuschung und Schaden; Aufhebung des Strafausspruchs bei fehlerhaft festgestelltem Schaden); Verständigung (Drucksituation durch erneute Involzugsetzung eines Haftbefehls; Überprüfung des Geständnisses; rechtliche Beurteilung als Inhalt eines Geständnisses).

§ 14 Abs. 3 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 257c StPO

1. Geschäftsführer ist auch, wer ohne förmliche Bestellung die Stellung eines Geschäftsführers tatsächlich einnimmt. Der Umstand, dass es daneben einen formell bestellten Geschäftsführer gibt, muss dem nicht entgegenstehen. Dann muss allerdings der faktische Ge-

schaftsführer Geschäftsführerfunktionen in maßgeblichem Umfang übernommen haben.

2. Die Annahme faktischer Geschäftsführung ist Ergebnis einer rechtlichen Bewertung von Tatsachen durch das Gericht. Nur diese Tatsachen können einem Geständnis zugänglich sein, nicht das Ergebnis der richterlichen Wertung.

3. Der tatsächliche Grund einer Entscheidung des Getäuschten behält seine rechtliche Bedeutung auch dann, wenn ein anderer, tatsächlich für die Entscheidung nicht maßgeblicher Grund denkbar sein sollte, der zu dem gleichen Ergebnis geführt hätte. Die Verknüpfung von Täuschung und Vermögensverfügung wird nicht durch Gedanken aufgehoben, die der Getäuschte nicht gehabt hat, selbst wenn er sie hätte haben können.

4. Ist der Schadenseintritt beim Betrug rechtsfehlerfrei festgestellt, nicht aber der Schadensumfang, so führt dies zur Bestätigung des Schuldspruchs, aber zur Aufhebung des Strafausspruchs.

369. BGH 5 StR 427/12 - Beschluss vom 19. Februar 2013 (LG Neuruppin)

Untreue zum Nachteil einer GmbH (Vermögensschaden bei einverständlichen Entnahmen; Anforderungen an die Ermittlung der Vermögenssituation der Gesellschaft); Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit beim Bankrott (regelmäßige Erforderlichkeit der Aufstellung eines Liquiditätsstatus).

§ 266 StGB; § 283 StGB

1. Einverständliche Entnahmen aus dem Vermögen einer GmbH führen nicht ohne weiteres zur Strafbarkeit wegen Untreue. Das gilt auch dann, wenn sie durch falsche Buchungen verschleiert werden. Pflichtwidriges Handeln und ein rechtswidriger Nachteil sind anzunehmen, wenn das Stammkapital beeinträchtigt oder die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft in anderer Weise gefährdet wird, etwa weil der Gesellschaft ihre Produktionsgrundlagen entzogen würden oder ihre Liquidität gefährdet wäre (st. Rspr.).

2. Um diese Voraussetzungen nachvollziehbar zu begründen, bedarf es regelmäßig näherer (Mindest-)Feststellungen zur Vermögenssituation der Gesellschaft im Zeitpunkt der möglichen Tathandlungen. Der Hinweis auf ein zeitnah eröffnetes Insolvenzverfahren genügt hierfür nicht. Hieraus können sich jedoch Anhaltspunkte für entsprechende (Mindest-)Feststellungen ergeben.

3. Für die Beurteilung der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 283 StGB) ist die – zwar generell mögliche – Heranziehung wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen ohne jegliche (Mindest-)Feststellungen zu einem Liquiditätsstatus, d. h. zu kurzfristig fällig werdenden Verbindlichkeiten des Schuldners und den zu ihrer Tilgung vorhandenen oder herbeizuschaffenden Mitteln regelmäßig unzureichend.

Zur Notwehr: Lebensnahe Betrachtung, keine feindstrafrechtlichen Attitüden, sachgerechte Berücksichtigung von Provokationen – und dazu eine außergewöhnliche Variante des Erlaubnistatbestandsirrtums

Anmerkung zu BGH HRRS 2012 Nr. 1099

Von Prof. Dr. Volker Erb, Universität Mainz

I.

Der BGH wurde – wieder einmal – mit einem Fall konfrontiert, in dem die Vorinstanz die Erforderlichkeit der Verteidigung i.S. von § 32 StGB mit einer lebensfremden Unterstellung milderer Abwehrmöglichkeiten verneint hatte. Die Unhaltbarkeit eines solchen Vorgehens hat der 4. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung anhand der Grundsätze, die nach ständiger Rechtsprechung des BGH für die Beurteilung der notwehrrechtlichen Erforderlichkeit eines tödlichen (Stich-)Waffeneinsatzes maßgeblich sind, zutreffend aufgezeigt.

1. Zwei der vom Landgericht angeführten Alternativen konnte er dabei unabhängig von der Frage, ob sie aus der maßgeblichen ex-ante-Perspektive bei realistischer Betrachtung erfolgversprechend waren, schon deshalb verwerfen, weil sie im Vorfeld der Notwehrtat verortet waren, für die Erforderlichkeit der Verteidigung aber ausschließlich maßgeblich ist, ob zur Zeit der Vornahme der Notwehrhandlung mildere Mittel zur Verfügung stehen.¹ Ob der Ausspruch einer Warnung vor dem Messer schon zu einem Zeitpunkt, als der Angreifer den Angeklagten noch nicht erreicht hatte, oder (als gegensätzlicher Ansatz – zu einer Beschwichtigung dürfte die Drohung mit einem Messer in einer solchen Situation schwerlich geeignet sein) ein deeskalierendes Einreden auf den Angreifer diesen von einem gewalttätigen Vorgehen gegen den Angeklagten voraussichtlich abhalten konnte, spielte also im Ergebnis keine Rolle.

2. Kern der landgerichtlichen Argumentation war die Annahme, der Angeklagte hätte den Angriff mit hinreichenden Erfolgsaussichten und ohne nennenswerte Eigengefährdung auch mit bloßen Fäusten abwehren, das

Messer „als Schlagwerkzeug einsetzen“ oder den Angriff „durch einen weniger wuchtigen Stich in eine nicht so sensible Körperregion“ abwehren können. Dafür fehlte es indessen, wie der Senat zutreffend bemerkt, „an einer tragfähigen Grundlage“: Die Wirksamkeit eines minder gefährlichen Messereinsatzes hatte die Kammer einfach nur behauptet, eine Erläuterung, wie sie sich den effektiven Einsatz des Messers als „Schlagwerkzeug“ vorstellt, war sie schuldig geblieben, und für die Möglichkeit einer sicheren Verteidigung mit den Fäusten hatte sie nichts weiter aufzubieten als den Hinweis auf die größere Körperlänge des Angeklagten und das Fehlen einer „situationsbedingten körperlichen Schwächung“. Der voraussichtliche Ausgang einer Schlägerei hängt aber in erster Linie nicht von den Größen- und Gewichtsverhältnissen der Beteiligten ab, sondern von deren individuellen Fertigkeiten und Erfahrungen in der Führung solcher Auseinandersetzungen, zu denen das Landgericht keine Feststellungen getroffen hatte.

a) Dass das Landgericht seiner einseitig an den Körpermaßen der Beteiligten orientierten Argumentation insoweit einen unzutreffenden Erfahrungssatz zugrunde legte und eine Auseinandersetzung mit naheliegenden Geschehensalternativen vermissen ließ (was den Senat zur Aufhebung des Urteils berechtigte und verpflichtete, d.h. es liegt keinesfalls ein unzulässiger Eingriff in die freie Beweiswürdigung des Tatgerichts vor²), leuchtet nach dem gesunden Menschenverstand unmittelbar ein. Dabei werden die tatrichterlichen Spekulationen im vorliegenden Fall im Übrigen schon durch den weiteren Verlauf des Geschehens ad absurdum geführt: Wenn es dem Angreifer trotz seiner tödlichen Stichverletzung noch gelang, den Angeklagten niederzuschlagen und mindestens einmal gegen den Oberkörper zu treten, wie hätte er

¹ Dazu etwa LK/Rönau/Hohn, 12. Aufl., Bd. 2 (2006), § 32 Rn. 189 m.w.N.

² Näher dazu bei einem ähnlich gelagerten Fall Erb GA 2012, 72, 76 f.

dem Angeklagten dann zusetzen können, wenn sich dieser in einer bloßen Faustabwehr versucht, mit dem Messer nur gedroht, den Versuch seines Einsatzes als „Schlagwerkzeug“ unternommen oder „nicht mit einer derartigen Wucht auf eine so sensible Körperregion“ eingestochen hätte?

b) An dieser Stelle sei freilich noch einmal daran erinnert, wie unzulänglich das Erfahrungswissen um die Effektivität bzw. Ineffektivität zurückhaltender Verteidigungsstrategien gegen mutmaßlich kampferprobte Schläger in den Köpfen mancher Tatrichter verankert ist, wie nicht nur der vorliegende Fall zeigt,³ und auch der 1. Strafsenat des BGH hat in einem Parallellfall die (im dortigen Sachverhalt noch offenkundiger zutage tretende) Unhaltbarkeit des unmittelbaren Schlusses von den Körpermaßen auf eine sichere Kampfüberlegenheit übersehen.⁴ Die Sachkunde, deren es zur realistischen Bewertung der Chancen und Risiken bedarf, die für das Opfer eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs mit der Wahl eines milderen Verteidigungsmittels verbunden sind, ist also offenbar nicht bei allen Gerichten vorhanden. Wo im Verlauf einer Hauptverhandlung ihr Fehlen erkennbar wird, sollte sich die Verteidigung deshalb bemühen, durch einen Beweisantrag auf Vernehmung eines einschlägig ausgewiesenen Sachverständigen (Kampfsportlehrer, Polizeieinsatztrainer) für Abhilfe zu sorgen. Ein solches Sachverständigen Gutachten wird die Richtigkeit der Annahme bestätigen, wonach den individuellen Fertigkeiten und Erfahrungen in körperlichen Auseinandersetzungen für deren mutmaßlichen Ausgang eine weitaus größere Bedeutung zukommt als der Statur der Beteiligten, und wonach der Versuch eines Normalbürgers, mit bloßen Fäusten, der Androhung oder auch der zurückhaltenden Ausführung eines Messereinsatzes den Angriff eines versierten Schlägers abzuwehren, mit völlig unkalkulierbaren Risiken verbunden ist.⁵

II.

Der vorliegende Fall repräsentiert nun freilich nicht die Konstellation, in der jemand ebenso unverschuldet wie unvermittelt von einem Gewalttäter attackiert wird, und in der einem Staat, der sich nicht zum Komplizen des Unrechts machen will, gar nichts anderes übrig bleibt, als eine massive Gegenwehr, die zur Minimierung des Risi-

kos eigener Verletzungen des Angriffsopfers (oder ggf. eines Nothelfers) erforderlich ist, auch dann zu erlauben, wenn sie auf einem überraschenden lebensgefährlichen Waffeneinsatz basiert.⁶ Sowohl die – anscheinend sogar mehreren – Vorstrafen des Angeklagten wegen Körperverletzung „zum Nachteil deutlich jüngerer Kinder“ (!) als auch sein provozierendes Verhalten im Rahmen der vorangegangenen verbalen Auseinandersetzung, das auch definitiv rechtswidrige Komponenten (jedenfalls in Bezug auf die beleidigende Äußerung „Wichser“) enthielt, lassen vielmehr auf eine vorhandene Bereitschaft zu rechtswidriger Gewalt und auf eine vorverfahrene Mitverursachung der Auseinandersetzung schließen. Dass es vor einem solchen Hintergrund schwer erträglich erscheint, dem Angegriffenen zu erlauben, bei der Verteidigung auch dann „auf Nummer sicher“ zu gehen, wenn dies auf die überraschende Tötung des Kontrahenten hinausläuft, liegt auf der Hand. Die Lösung dieses Problems kann freilich nicht in einer Verzerrung des Sachverhalts durch realitätsferne Spekulationen über angeblich zur Verfügung stehende mildere Verteidigungsmöglichkeiten liegen, bei denen sich die Frage aufdrängt, ob der zuständige Dezernent bei der Staatsanwaltschaft und die Mitglieder des erkennenden Gerichts denn selbst ernsthaft an deren sichere (!) Effektivität geglaubt haben.⁷ Der richtige Ansatz liegt vielmehr ausschließlich in der Betrachtung des *Vorgeschehens*.

1. Kein rechtsstaatlich gangbarer Weg liegt dabei in einer (vom Senat zu Recht nicht erwogenen) an der kriminellen Vorgeschichte des Angeklagten als solcher anknüpfenden Beschränkung des Notwehrrechts.

a) Ein derartiger Ansatz, wie er in Stellungnahmen zu einem freisprechenden Urteils des 2. Strafsenats des BGH⁸ im Falle eines Rockers der „Hells Angels“, der in der Annahme eines Mordanschlags durch Mitglieder einer rivalisierenden Vereinigung durch seine Haustür hindurch einen Polizeibeamten erschossen hatte, z.T. vertreten wurde, liefe auf die Etablierung eines Zwei-Klassen-Notwehrrechts hinaus.⁹ Dies gilt unabhängig davon, ob die Zugehörigkeit zu bestimmten Personenkreisen schon per se eine Einschränkung des Notwehrrechts auslösen soll,¹⁰ oder ob man dies nur für den Fall annimmt, dass ein entsprechend schlecht beleumundeter Notwehrtäter einen vorhersehbaren Angriff aus dem kriminellen Kontext, in den er verstrickt ist, nicht durch Inanspruchnahme polizeilicher Hilfe vermeidet.¹¹ Wenn das letztge-

³ Vgl. etwa die Entscheidungen der jeweiligen Vorinstanz in BGH NStZ 1996, 29 (LG Schwerin); BGH NStZ 1998, 508 (LG Dortmund); BGH StV 1999, 143 (LG Düsseldorf); BGH StV 1999, 145 (LG Köln); BGH NStZ 2000, 365 (LG Düsseldorf); BGH NStZ 2001, 591 (592) (LG Ellwangen); BGH v. 24. 7. 2001 – 4 StR 256/01, Juris-Datenbank Nr. KORE515072002, red. Leitsatz mit Anm. *Vahle* Kriminalistik 2001, 422 (LG Neubrandenburg); BGH NStZ 2002, 140 f. (LG Mannheim); BGH NStZ-RR 2007, 199 (LG Essen) = HRRS 2007 Nr. 446.

⁴ BGH NStZ 2010, 82 = StV 2010, 303 = HRRS 2009 Nr. 816 (allerdings eine Entscheidung nach § 349 Abs. 2 StPO, aus deren Begründung sich die Problematik des Falles nicht erschließt) im Anschluss an LG München I v. 9.1.2009 – 1 Ks 121 Js 10459/08, Darstellung und Kritik des Urteils bei *Erb* NStZ 2011, 186 ff.; zur Kritik am Vorgehen des 1. Strafsenats *Erb* GA 2012, 72 ff.

⁵ Darstellung einer Stellungnahme von Einsatztrainern einer Polizeiakademie bei *Erb* NStZ 2011, 186, 188 f.

⁶ Näher dazu *Erb* NStZ 2011, 186, 193.

⁷ Was in Fällen, in denen Staatsanwaltschaften und Gerichte ein derartiges Vorgehen auch dann an den Tag legen, wenn die Tat der Verteidigung gegen einen unprovokierten Übergriff diene, die weitere Frage einer Subsumtion unter die §§ 339, 344 StGB aufwirft, dazu in Bezug auf das in Fn. 4 genannte Urteil des LG München I *Erb* NStZ 2011, 186 (191 f.).

⁸ BGH NStZ 2012, 272 ff. m. Anm. *Engländer* = JR 2012, 204 ff. m. Anm. *Erb* = HRRS 2012 Nr. 153.

⁹ Gegen ein solches im vorliegenden Zusammenhang zu Recht *Engländer* NStZ 2012, 272, 276; *Rotsch* ZJS 2012, 109, 110; *van Rienen* ZIS 2012, 376, 384.

¹⁰ *G. Merkel*, FAZ v. 19.4.2012, <http://faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/bgh-urteil-wider-das-faustrecht-11722637.html>, abgerufen am 1.2.2013.

¹¹ So insbesondere *Burchard* HRRS 2012, 421, 449 ff.; ähnlich bereits *Jäger* JA 2012, 227, 230. Dabei stellt sich freilich die

nannte Erfordernis speziell und ausschließlich für „Straftäter“ gelten soll, hängt die Entscheidung, ob ein in gleichartigen Situationen praktiziertes identisches Verhalten (nämlich die Wahl eines sicheren Verteidigungsmittels zur Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs) als rechtmäßig eingestuft oder mit langjähriger Freiheitsstrafe geahndet wird, im Ergebnis nämlich auch in dieser Variante des Ansatzes vom Status ab, den man der betreffenden Person aufgrund ihrer Lebensführung zuschreibt.¹²

b) Konzepte der vorgenannten Art führen also zwangsläufig dazu, dass Menschen bei der Beurteilung der Strafbarkeit einer bestimmten Verhaltensweise aufgrund der diffusen Zuordnung *ihrer Person* zu einem „kriminellen Kontext“ diskriminiert werden. Solches verbietet sich in einem Rechtsstaat unabhängig davon, ob man in diesem Zusammenhang – was freilich nahe liegt – von „Feindstrafrecht“ sprechen möchte,¹³ und zwar schon deshalb, weil eine willkürfreie Zuschreibung der maßgeblichen Eigenschaft schlechthin unmöglich erscheint: Was sollte denn darüber entscheiden, ob eine derartige Statusminderung des Notwehrtäters vorliegt? Sind es bestimmte Vorstrafen? Wenn ja: Welche Delikte kommen in Betracht, wie hoch müssen die Strafen gewesen sein und wie lange darf die letzte Verurteilung zurückliegen? Während man angesichts der Vorstrafen des Angeklagten im vorliegenden Fall mit einem entsprechend zugeschnittenen Kriterium vielleicht noch weiterkäme, hätte es in dem Fall, der den Anlass für besagte Thesen zu einer neuen Einschränkung des Notwehrrechts gab, deshalb versagt, weil der in jenem Verfahren angeklagte Rocker gerade nicht vorbestraft war. Also auch Taten einbeziehen, die noch nicht abgeurteilt sind? Wenn es sich dabei aber lediglich um Nötigungen handelt, wie sie im Zusammenhang mit der Entstehung der Notwehrlage in

Frage, wie jemand in der Situation des Angeklagten im Ausgangsfall, der diesen Überlegungen zugrunde lag, denn überhaupt in der Lage sein sollte, letzteres zu tun: Ein „Hells Angel“ würde doch wohl kaum vorbeugenden Polizeischutz erhalten, weil er einen Racheakt von „Bandidos“ befürchtet, und wenn die Angreifer schon in Begriff stehen, die Haustür aufzubrechen (in concreto in einem kleinen Dorf im Westerwald), käme die dann herbeigerufene Polizei mit Sicherheit zu spät!

¹² Wie Burchard HRRS 2012, 421, 450 meint, bei seinem Konzept die Arbeit mit dem „Vorwurf krimineller Lebensführung“ gegenüber den Betroffenen vermeiden zu können, ist insofern nicht nachvollziehbar.

¹³ Wenn Burchard HRRS 2012, 421, 449 möglichen Vorwürfen dieser Art mit der Erwägung entgegentritt, es gehe nicht um „Feindstrafrecht im eigentlichen Sinn, weil der Straftäter weiterhin als Bürger akzeptiert wird und ihm Notwehrrechte nicht *per se* versagt werden“ [Hervorhebung im Original], ein bisschen Diskriminierung (aber wieviel genau?) also für akzeptabel hält, solange keine totale Entrechtung stattfindet, ist er bereits einer „feindstrafrechtlichen“ Logik erlegen. Demgegenüber geht seine Andeutung, der Vorwurf des „Feindstrafrechts“ könne evtl. umgekehrt „monistisch-individualistische Deutungen des Notwehrrechts“ treffen, die mit der fehlenden Schutzbedürftigkeit des Angreifers in der Notwehrsituation argumentieren (a.a.O., Fn. 189), schon deshalb fehl, weil diese nicht an einem der Person des Angreifers anhaftenden Feindstatus anknüpfen, sondern ausschließlich an einem aktuellen rechtswidrigen Verhalten, das der Angreifer als solches unterlassen könnte.

keiner Weise relevant waren (so wiederum im Rocker-Fall)? Das Notwehrrecht beschränken, weil sich der Angeklagte einer Vereinigung angeschlossen hat, die kriminell ist und einen organisierten „Bandenkrieg“ betreibt? Wer soll dann aber entscheiden (abgesehen von den seltenen Fällen, in denen im laufenden Verfahren zugleich die Voraussetzungen von § 129 StGB nachgewiesen werden können oder ein bestandskräftiges Verbot der Vereinigung existiert), ob diese Umstände vorliegen? Etwa die Polizei, die einschlägige Rockerclubs zwar entsprechend einschätzt, dafür aber leider nur selten gerichtsfeste Beweise anführen kann, weshalb die meisten „Chapter“ bzw. „Charter“ der einschlägigen Gruppierungen bislang denn auch gerade nicht verboten sind?

c) Das alles zeigt: Ein gleichermaßen sachgerechtes und griffiges, rechtsstaatlichen Anforderungen auch nur annähernd genügendes Kriterium, nach dem man eine *von der konkreten Tatsituation losgelöste* notwehrrechtliche Unterscheidung zwischen „Guten“, die sich einem Angriff stellen und ihn mit allen erforderlichen Mitteln ohne Eigengefährdung abwehren dürfen, und „Bösen“, bei denen das nicht ohne weiteres der Fall ist, treffen könnte, gibt es nicht.¹⁴ Dementsprechend ist es auch unmöglich, die von Burchard dargestellte notwehrrechtliche Diskriminierung „Krimineller“ in den USA¹⁵ von dem „feindstrafrechtlichen“ Populismus“ zu befreien, den er in Bezug auf die dortige Handhabung selbst konstatiert.¹⁶ Es ist deshalb nachdrücklich zu begrüßen, dass der BGH solchen Konzepten bislang keine Beachtung geschenkt hat.

2. Wenn das *Vorleben* des Angeklagten bei der notwehrrechtlichen Behandlung dieses und anderer Fälle nach alledem noch eine Rolle spielen könnte, dann allenfalls in mittelbarer Form bei der tatsächlichen Bewertung des Sachverhalts. Eine frühere Auffälligkeit als Schläger ermöglicht nämlich u.U. Rückschlüsse auf die Fertigkeiten des Verteidigers, sich in entsprechenden Auseinandersetzungen zu behaupten, und kann insofern ein gewichtiges Indiz für die Annahme bilden, er hätte sich gegenüber einem bestimmten Angriff im Gegensatz zu einem nicht „kampferfahrenen“ Angriffsoffer auch ohne (oder jedenfalls ohne überraschenden) lebensgefährlichen Waffeneinsatz mit hinreichender Erfolgsaussicht zur Wehr setzen können. Dafür bedarf es freilich eingehender Feststellungen, welcher Art die früheren Auseinandersetzungen waren und welche kämpferischen Fähigkeiten der spätere Notwehrtäter darin an den Tag gelegt oder erworben hat. Dass Vorstrafen wegen Körperverletzungsdelikten, bei denen er sich anscheinend an Schwächeren vergriffen hatte, hierfür jedenfalls nicht per se genügen, liegt auf der Hand; zur „Rettung“ des Urteils auf diesen Aspekt zu rekurrieren, war dem Senat im Übrigen schon deshalb verwehrt, weil ihn der Tatrichter bei seinen Überlegungen zur Kampfüberlegenheit des Angeklagten überhaupt nicht berücksichtigt hatte.

¹⁴ Zum Verstoß entsprechender Ansätze gegen das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot bereits *van Rienen* ZIS 2012, 376, 384.

¹⁵ Burchard HRRS 2012, 421, 440 ff.

¹⁶ Burchard HRRS 2012, 421, 446.

3. Der zentrale Aspekt, der im vorliegenden Fall zu einer den konkreten Umständen angemessenen Ergebniskorrektur führen könnte, ist die *Notwehrprovokation*.

a) Ungeachtet der Bedenken, denen diese und andere „sozialethische Einschränkungen“ des Notwehrrechts im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG nach wie vor unterliegen,¹⁷ dürfte an der sachlichen Berechtigung einer Bindung der Notwehrbefugnisse an Verhältnismäßigkeitserwägungen speziell dort, wo der Verteidiger durch eigenes rechtswidriges Verhalten zur Eskalation des Geschehens beigetragen hat, in der Sache kein Zweifel bestehen: Welche Zustände der Staat befördern würde, wenn er in den für gewisse Milieus charakteristischen gewalttätigen Auseinandersetzungen, zu denen alle Beteiligten ihren Teil beigetragen haben, dem (in dubio pro reo *vielleicht*) in die Defensive geratenen Part erlaubte, die Angelegenheit durch einen überraschenden lebensgefährlichen Waffeneinsatz zu seinen Gunsten zu bereinigen, obwohl er sich nicht in höchster Gefahr befand, bedarf wohl keiner näheren Ausführung.

b) Bei seiner Stellungnahme zu den Voraussetzungen und Auswirkungen eines notwehrrechtlich relevanten Vorverhaltens differenziert der Senat im Einklang mit der st. Rspr. des BGH zwischen dem – durchaus fragwürdigen¹⁸ – vollständigen *Ausschluss* des Notwehrrechts bei der (vorliegend wohl nicht gegebenen oder jedenfalls nicht nachweisbaren) „Absichtsprovokation“ und dessen mehr oder weniger weitreichenden Einschränkungen nach Provokationen, die nicht gerade darauf abzielten, den Angriff heraufzubeschwören. Was letztere betrifft, so sind drei Dinge bemerkenswert: Erstens nimmt der Senat hier ausdrücklich auf ein „rechtswidriges“ Vorverhalten Bezug. Dies ist zwar keine ausdrückliche Distanzierung von der (für den konkreten Fall nicht relevanten) hochproblematischen Position, wonach bereits ein lediglich sozialethisch missbilligtes Vorverhalten entsprechende Konsequenzen auslösen kann,¹⁹ könnte aber immerhin für eine Tendenz des *Senats* zu der vorzugswürdigen, im Schrifttum vorherrschenden Ansicht sprechen, die einen klar definierbaren Rechtsverstoß verlangt.²⁰ Zweitens setzt der *Senat* voraus, dass der Angriff „mindestens leichtfertig“ provoziert wurde, möchte bei einem Angriff, der als Reaktion auf das rechtswidrige Vorverhalten nicht in besonderem Maße vorhersehbar war, also offenbar ein

ungeschmäleretes Notwehrrecht gewähren.²¹ Drittens soll die Notwehrprovokation zunächst einmal nur eine Obliegenheit erzeugen, dem Angriff nach Möglichkeit auszuweichen, während der *Senat* dem Notwehrtäter Abstriche von der Sicherheit des Verteidigungserfolgs nur dann zumuten will, wenn die Provokation „besonders stark“ war; zugleich stellt er klar, dass der Einsatz von lebensgefährlichen Verteidigungsmitteln durchaus zulässig bleibt, wenn er als *ultima ratio* unumgänglich erscheint.

c) Auch bei dieser – im Interesse der Vermeidung einer zu weitgehenden Aushöhlung des Notwehrrechts begrüßenswerten – zurückhaltenden Formulierung provokationsbedingter Notwehrbeschränkungen liegt es bei dem vom Landgericht zugrunde gelegten Sachverhalt nahe, dass die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt waren. Warum das Landgericht meinte, dies sei „noch nicht“ der Fall, erschließt sich nicht; da insofern offenbar keine näheren Feststellungen erfolgt waren, führte an einer Zurückverweisung an die Vorinstanz kein Weg vorbei.

III.

Der Umstand, dass sich der Angreifer in Begleitung einer weiteren Person befand, von der der Angeklagte möglicherweise annahm, sie werde den gegen ihn gerichteten Angriff alsbald unterstützen und verstärken, gab dem *Senat* Anlass, dem Tatrichter ggf. auch die Prüfung eines *Erlaubnistatbestandsirrtums* nahezulegen. Ein solcher käme dann in Betracht, wenn sich der Messerstich einerseits mit Blick auf den getöteten Angreifer allein als nicht durch § 32 StGB gedeckt erweisen sollte, im Falle einer vom Angeklagten befürchteten Verstärkung des Angriffs durch dessen Begleiter aber gerechtfertigt wäre. Zu diesem Ergebnis könnte man gelangen, wenn neue Feststellungen hinsichtlich der Schlägereierführung des Angeklagten die Annahme einer hinreichenden Überlegenheit bei der unbewaffneten Abwehr *eines*, nicht aber *zweier* zeitgleich handelnder Angreifer tragen sollten, oder wenn das Gericht feststellt, dass der Angeklagte nach den Grundsätzen der Notwehrprovokation zwar verpflichtet war, eine deutlich erhöhte Eigengefährdung in Kauf zu nehmen, nicht jedoch eine *so drastische* Verminderung der Erfolgsaussichten seiner Verteidigung, wie er sie *im gleichzeitigen Kampf gegen zwei Angreifer* ohne den überraschenden Einsatz des Messers evtl. befürchtete. In der vorliegenden Konstellation ist dabei für die Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums auch dann Raum, wenn man die Erforderlichkeit der Verteidigung im Gegensatz zum Vorliegen eines rechtswidrigen Angriffs richtigerweise aus der *ex-ante*-Perspektive bestimmt.²² Auch bei Zugrundelegung dieser Position ist ein (in diesem Falle vermeidbarer bzw. fahrlässiger, mit den entsprechenden Konsequenzen nach § 16 Abs. 1 Satz 2 StGB bei Zugrundelegung der herrschenden, auch von der Rspr. vertretenen „eingeschränkten Schuldtheorie“) Erlaubnistatbestandsirrtum gegeben, wenn die Befürch-

¹⁷ Näher MüKoStGB/Erb 2. Aufl., Bd. 1 (2011), § 32 Rn. 204 ff. m.w.N.

¹⁸ Zur Kritik etwa *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe (2008), S. 325 f.

¹⁹ BGHSt 42, 97, 101 = NSTz 1996, 380 = JR 1996, 466 m. krit. Anm. *Krack* = StV 1997, 296 m. zust. Anm. *Kühl*; vgl. auch BGH NSTz 2006, 332, 333 = StV 2006, 235, 236 f. m. Anm. *Roxin* = HRRS 2005 Nr. 873; BGH NSTz 2011, 82, 83 = HRRS 2009 Nr. 954; BGH NSTz-RR 2011, 74 f. = HRRS 2011 Nr. 91; im Schrifttum entsprechend *Wesels/Beulke* AT, 42. Aufl. (2012), Rn. 348.

²⁰ Vgl. etwa *Grünwald* ZStW 122 (2010), 51, 79 ff.; *Engländer* (Fn. 18), S. 329 f.; *Roxin* AT I, 4. Aufl. (2006), § 15 Rn. 73; *HK-GS/Duttge*, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 30; *LK/Rönau/Hohn* (Fn. 1), § 32 Rn. 255; *MüKoStGB/Erb* (Fn. 17), § 32 Rn. 234; *Schönke/Schröder/Perron*, 28. Aufl. (2010), § 32 Rn. 59; *SSW-StGB/Rosenau* (2009), § 32 Rn. 39; *Otto* AT, 7. Aufl. (2004), § 8 Rn. 87; *Rengier* AT, 4. Aufl. (2012), § 18 Rn. 78.

²¹ So im Schrifttum bereits *Jakobs* AT, 2. Aufl. 1993, 12. Abschnitt Rn. 54; *Kühl* AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 251; ähnlich (keine Einschränkung des Notwehrrechts bei unbewusster Fahrlässigkeit *LK/Rönau/Hohn* (Fn. 1), § 32 Rn. 254.

²² Dazu m.w.N. *MüKoStGB/Erb* (Fn. 17), § 32 Rn 130 ff.; a.A. etwa *Schönke/Schröder/Perron* (Fn. 20), § 32 Rn 34.

tung einer Massivität des Angriffs, die zu der gewählten Verteidigung berechtigt, auf einer rein subjektiven Fehleinschätzung beruht, von einem objektiven Beobachter in der konkreten Situation also nicht geteilt würde. Stimmen objektive Beobachter- und individuelle Täterperspektive stattdessen überein, so hängt die Frage, ob eine echte Rechtfertigung nach § 32 StGB eingreift oder lediglich ein Erlaubnistatbestandsirrtum vorliegt, von folgendem Gesichtspunkt ab: Ist es der Angreifer selbst, der für einen objektiven Beobachter den Anschein eines durch die akute Eingriffsbereitschaft von Komplizen erhöhten Gefährlichkeit seines Vorgehens erweckt (so insbesondere bei einem bewussten Handeln aus einer bedrohlich wirkenden Gruppe heraus), begründet dies die „Erforderlichkeit“ und mithin die Rechtfertigung einer Verteidigung, die in ihrer Massivität die zu befürchtende Verstärkung des Angriffs antizipiert. Lässt das Auftreten des Angreifers für sich genommen hingegen

nur einen Einzelangriff erwarten und folgt die Befürchtung des Hinzutretens eines weiteren Angreifers erst aus dem Verhalten von letzterem, das der Verteidiger als Komplizenschaft missversteht, so ist die irrige Erwartung einer gemeinschaftlichen Ausführung des Angriffs dem (tatsächlich einzigen) Angreifer nicht zurechenbar. Sein Angriff strahlt deshalb *als solcher* nicht die erhöhte Bedrohlichkeit aus, die eine in der Konfrontation mit zwei Gegnern erforderliche Massivität rechtfertigen würde; hier begründet die irrige Wahrnehmung einer entsprechenden Situation deshalb nur einen Erlaubnistatbestandsirrtum. Weil dieser im Falle seiner Unvermeidbarkeit bzw. Nichtfahrlässigkeit ebenfalls zur Straflosigkeit führt, bestand für den Senat freilich kein Anlass, dem neuen Tatrichter derart subtile Erwägungen zur Abgrenzung von Notwehr und Putativnotwehr mit auf den Weg zu geben.

Aufsätze und Anmerkungen

Vom (noch) verfassungsgemäßen Gesetz über den defizitären Vollzug zum verfassungswidrigen Zustand

Anmerkung zu BVerfG HRRS 2013 Nr. 222

Von RiOLG aD Prof. Dr. Gerhard Fezer, Hamburg

I.

Nun zieht also auch noch das BVerfG ins Feld, um die renitente strafgerichtliche Praxis zu disziplinieren. Bislang konnten weder der 4. Strafsenat noch der Große Senat des BGH noch das Verständigungsgesetz verhindern, dass Absprachen vielfach die normativen Grenzen überschreiten.

Die drei Verfassungsbeschwerden, die vorliegend der 2. Senat gemeinsam verhandelt und entschieden hat, geben etwas Einblick in die „großzügige“ strafgerichtliche Absprachen-Praxis. Das BVerfG hat denn auch zu Recht die Verurteilungen aller drei Beschwerdeführer aufgehoben. Das war eine einfache Angelegenheit, verglichen mit den immensen Schwierigkeiten, die der Zweite Senat mit den beiden Verfassungsbeschwerden hatte, soweit sie sich auch gegen die Normen des Verständigungsgesetzes richteten.

Der Senat hat sich hier über das erwartete und selbstverständliche Maß hinaus engagiert. Sein besonderes Anliegen war es offensichtlich, in die Grundlagen der Verständigung verfassungsrechtliche Klärung zu bringen (darauf soll sich auch diese Anmerkung beschränken). Als zweiten Schwerpunkt enthält die Entscheidung sehr gründli-

che Ausführungen zu den sogenannten Schutz- und Kontrollvorschriften, die das ganze Verständigungsgesetz durchziehen. Der 2. Senat kommt immer wieder auf sie zu sprechen, wobei er allerdings auf Eines nicht ausdrücklich hinweist: diese Normen können dort nicht helfen, wo in einem konkreten Fall die Wahrheitsfindung dadurch gefährdet ist, dass Verständigungselemente es erlauben, ein Geständnis „großzügig“ zu würdigen.

Insgesamt sind die Urteilsgründe nicht – wie man es sonst beim BVerfG doch häufiger erlebt – „aus einem Guss“. Gelegentlich bereitet das Argumentieren offensichtlich Mühe, wie überhaupt ein leichtes „Fremdeln“ in der Welt des Strafverfahrens zu spüren ist.

II.

Mit einer methodischen Besonderheit beginnt der Abschnitt B: Im Unterabschn. I (Rz. 53-63) bietet der Senat in durchgängig abstrakter Form – also ohne jegliche zwischenzeitliche Subsumtion – eine Zusammenstellung der wesentlichen strafrechtlichen und strafprozessualen Grundsätze. Der etwas gravitatisch wirkende Ernst soll ersichtlich Eindruck machen und die Bedeutung und die Wichtigkeit des Grundsatzes der Wahrheitsfindung stärken. So heißt es kurz und bündig in Rz. 56: „Zentrales

Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhaltes, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt...“.

Damit sind die Weichen für die im Abschnitt B II folgende verfassungsrechtliche Prüfung des Verständigungsgesetzes gestellt. Die Pflicht, die materielle Wahrheit zu erforschen, wird auch in diesem Abschnitt in wechselnden Formulierungen immer wieder hervor gehoben (Rz. 64, 65, 67 u. ö.). Vor allem weist der Senat darauf hin, dass die Geltung des § 244 II StPO in § 257c StPO ausdrücklich geregelt sei. Für die Behandlung eines Geständnisses bedeutet dies: „Vor dem Hintergrund des Regelungsziels, die Grundsätze der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts und der richterlichen Überzeugungsbildung unangetastet zu lassen, kann § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO zudem nur so verstanden werden, dass das verständigungsbasierte Geständnis zwingend auf seine Richtigkeit zu überprüfen ist“ (Rz. 71).

Diese und ähnliche Formulierungen schließen an sich aus, dass es überhaupt irgendwelche Erleichterungen bei der Kontrolle eines Geständnisses geben darf. Ein Gesetz, das eben solche Erleichterungen vorsieht oder ermöglicht, müsste dann aber folgerichtig – wegen seines Widerspruchs zum Aufklärungsgrundsatz – als verfassungswidrig eingestuft werden. Vor dieser Konsequenz schreckt das BVerfG jedoch einstweilen noch zurück. Die Argumentation, mit der der 2. Senat den Amtsaufklärungsgrundsatz und vereinfachte Kontrolluntersuchungen verfassungsrechtlich in Einklang bringen will, führt ihn allerdings in dieselben Fallstricke, in denen sich auch bereits der Gesetzgeber und vor diesem der Große Senat des BGH verhakt haben.

An dieser Stelle ist das BVerfG – so hart das Wort auch klingen mag – auf Grund gelaufen: Die Lösung der Problematik darf nicht innerhalb des Amtsaufklärungsgrundsatzes erfolgen. Entweder bleibt das Verständigungselement als besonderes Element ein Fremdkörper im Strafverfahren oder es muss sich dem Gehalt des § 244 II StPO unterwerfen, also seinen Charakter eines eigenständigen konsensualen Elements verlieren. Auch dem Senat gelingt die Zusammenführung von Wahrheitsfindung und Verständigung allenfalls auf sprachlicher Ebene: So ist die Rede von einer „Integration“ (die nicht weiter erläutert wird), oder auch von einem „Raum“ für ein Verständigungselement, der je nach Auffassung enger oder weiter sein kann (der 2. Senat sieht diesen Raum jetzt „spürbar eingengt“).

Nach alledem führt der Versuch, die Verständigung mit dem Wahrheitsprinzip in Einklang zu bringen, entgegen der Auffassung des 2. Senats in eine „unauflösbare innere Widersprüchlichkeit der Norm selbst“ (Rz. 72). Für ihn geht es dagegen nur um folgende Auswirkungen: Die Einfügung von Verständigungsmöglichkeiten in das System des geltenden Strafprozessrechts habe zur Konsequenz, dass der Anwendungsbereich der bis dahin ohne gesetzliche Grundlage praktizierten Verständigung beschränkt wurde. Damit würde es auch zu weniger Verfahrensabkürzungen kommen. Dass und wie sehr die Strafgerichtsbarkeit dadurch zusätzlich belastet würde, interessiert den 2. Senat aber in keiner Weise.

Verfassungsrechtliche Relevanz könnten dagegen die Auswirkungen des Beschleunigungsgrundsatzes erhalten. Der Große Senat des BGH hatte jedenfalls überlegt, ob nicht das Beschleunigungsgebot und der Grundsatz der Verfahrensökonomie herangezogen werden könnten, wenn es darum geht, die Belastung der Strafjustiz deutlich zu verringern (BGHSt 50, 40, 54 = HRRS 2005 Nr. 310). Dass dies letztlich kein guter Einfall war, liegt auf der Hand – aber darum geht es in diesem Zusammenhang nicht. Wichtig ist vielmehr Folgendes: Diese Überlegungen zeigen, dass der BGH die Überlastungen der Strafjustiz sehr wohl registriert hat und als Abhilfe sogar den Untersuchungsgrundsatz einschränken wollte. Eine ganz andere Auffassung von der Funktion des Beschleunigungsgrundsatzes vertritt nun aber das BVerfG (Rz. 59 a.E.):

„... denn unnötige Verfahrensverzögerungen stellen nicht nur die Effektivität des Rechtsschutzes und die Zwecke der Kriminalstrafe in Frage, sondern beeinträchtigen, da die Beweisgrundlage durch Zeitablauf verfälscht werden kann, auch die Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit ...“.

Das heißt: der Beschleunigungsgrundsatz steht im Dienste der Wahrheitsfindung und nicht umgekehrt (die Beschleunigung des Verfahrens darf also nicht auch zu Lasten der optimalen Aufklärung des Sachverhalts gehen).

Weil das Urteil des 2. Senats ausschließlich normativ ausgerichtet ist, wirkt es insgesamt etwas weltfremd, gleichsam zwischen Erde und Himmel schwebend. So fällt auch auf, dass in keiner Weise nach den tatsächlichen Ursachen der Mißachtung der gesetzlichen Regelung gefragt wird.

III.

Das wirkliche Problem der Entscheidung liegt woanders: Der 2. Senat stellt auf Grund von rechtstatsächlichen Erhebungen in aller Nüchternheit fest (Rz. 116): Der Vollzug des Verständigungsgesetzes sei in erheblichem Maße defizitär.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung des Verständigungsgesetzes selbst wirke sich das aber nicht weiter aus, weil das Vollzugsdefizit seine Ursache nicht in einer „Schutzlücke“ des Gesetzes habe. Dies sei allerdings nur „derzeit“ so, weil die bisherige Geltungsdauer des Verständigungsgesetzes sehr kurz sei. (Dabei wird aber übersehen, dass dieses Gesetz sich inhaltlich ganz entschieden anlehnt an die langjährige Praktizierung von Verständigungen). Der Senat empfiehlt dem Gesetzgeber die weitere Entwicklung sorgfältig im Auge zu behalten. Zwingend ist diese Verschiebung der endgültigen Beurteilung auf die Zukunft nicht. Der 2. Senat hätte mit guten Gründen bereits jetzt eine endgültige Entscheidung treffen können und zwar – je nach dogmatischer Bedeutung des „Vollzugsdefizits“ – sowohl mit dem Ergebnis „verfassungsgemäß“ als auch mit dem Ergebnis der Verfassungswidrigkeit. Diese beiden Möglichkeiten

gibt es, da die Auswirkungen des Vollzugsdefizits auf das Verständigungsgesetz selbst unterschiedlich beurteilt werden können.

Die Frage ist, warum der 2. Senat unbedingt noch einige Jahre warten will, denn das veranlasste ihn zu verfassungsrechtlichen und strafprozessualen Konstruktionen, die sich auch bei mehrfacher Lektüre letztlich nicht erschließen. Die Probleme beginnen damit, dass der Senat dem Gesetzgeber aufgibt, die weitere Entwicklung „sorgfältig im Auge zu behalten“. Was darunter konkret zu verstehen ist, bleibt völlig unklar. Das Ergebnis von solchen „Beobachtungen“ soll immerhin maßgebend sein für eine eventuelle Tätigkeit des Gesetzgebers: Wenn sich die Praxis weiterhin über die gesetzlichen Regelungen hinwegsetze, dann müsse, wenn anders das festgestellte Vollzugsdefizit nicht beseitigt werden könne, der Gesetzgeber handeln: Er müsse der Fehlentwicklung dann durch geeignete Maßnahmen entgegenwirken (Rz. 129).

Dazu ist zu sagen: Maßnahmen des Gesetzgebers können nur Gesetze sein (er könnte sie erlassen, ändern, aufheben). Der Senat selber hält jedoch das Verständigungsgesetz für sich genommen für verfassungsrechtlich einwandfrei, so dass sich überhaupt nicht erschließt, welche Maßnahmen „entgegen wirken“ sollen. Der Senat meint: „Unterbliebe dies, träte ein verfassungswidriger Zustand ein“. Damit ist die Möglichkeit der Verfassungswidrigkeit auf völlig neuartige Weise verankert: Sie liegt in einem Unterlassen des Gesetzgebers. An dieser Stelle fragt man sich besonders, warum eine Fehlentwicklung so lange nur *beobachtet* werden soll, damit irgendwann das fehlende „Entgegenwirken“ beanstandet werden kann. Dann

wäre es doch einfacher, das BVerfG würde das derzeit bereits festgestellte Vollzugsdefizit zum Anlass nehmen, selbst zu entscheiden.

So sollte eine Entscheidung des BVerfG nicht begründet werden. Man ist fast versucht zu vermuten, dass das BVerfG ein Ziel verfolgt, das sich anders gar nicht erreichen lässt. Dieses Ziel könnte sein, dass das BVerfG selbst mit seiner ganzen Autorität versucht zu „beobachten“ und anhand von „passenden“ Verfahren seine Auslegung des Verständigungsgesetzes weiter absichern wollte. Dies wäre nicht möglich, wenn vorliegend das BVerfG in der einen oder anderen Richtung abschließend entschieden hätte.

IV.

Der Blick in die Zukunft wird dadurch erschwert, daß das BVerfG die Strafjustiz unter Beobachtung gestellt hat. Im Grunde genommen hängt das Schicksal des Verständigungsgesetzes vom Verhalten der Strafgerichte ab. Bleibt alles beim alten, und dafür spricht die jahrelange Erfahrung, setzt sich also die Strafjustiz über die gesetzlichen Regelungen weiterhin hinweg, tritt zunächst einmal ein „verfassungswidriger Zustand“ ein. Welches Organ der Strafrechtspflege dann die Initiative ergreift, und auf welche Weise besagter Zustand beseitigt wird, ist völlig unklar. In der Sache selbst wird wieder deutlich, daß die vom BVerfG mit Verfassungsrang versehene Koppelung zwischen Wahrheitsprinzip und Schuldgrundsatz einem auf Verständigung basierenden Verfahrensmodell permanent entgegensteht.

Aufsätze und Anmerkungen

Bundesstrafgerichtsbarkeit und Völkerstrafgesetzbuch

Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Universität Hamburg*

I. Einleitung

Im April 2010 hat der Generalbundesanwalt das Ermittlungsverfahren gegen zwei Angehörige der Bundeswehr wegen des Verdachts, im Zusammenhang mit der Bombardierung zweier Tanklastzüge in Kunduz, Afghanistan

* Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte. Der Beitrag basiert auf einem Gutachten, das ich im Auftrag des Bevollmächtigten von Opfern des Luftangriffs von Kunduz verfasst habe. Für wichtige Hinweise danke ich *Dr. Julia Ge-neuss*, LL.M.

Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch und andere Delikte begangen zu haben, gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.¹ Ein Klageerzwingungsantrag wurde vom OLG Düsseldorf im Februar 2011 als unzulässig verwor-

¹ Vgl. die „offene Version“ des Vermerks vom 16. April 2010 (3 B Js 6/10-4); auszugsweise abgedruckt in NSZ 2010, 501; die vollständige „offene Version“ ist abrufbar unter: http://www.intcrim.uni-hamburg.de/wp-content/uploads/2011/12/06_Kundus_GBA_Einstellungsvermerk.pdf (zuletzt besucht am 20. Januar 2013). Die in diesem Beitrag verzeichneten Fundstellen beziehen sich auf diese zuletzt genannte Version des Einstellungsvermerks.

fen.² In der wissenschaftlichen Diskussion³ der Entscheidung bislang kaum beachtet wurde eine Frage, die der Generalbundesanwalt in seinem Einstellungsvermerk ausführlich erörtert: die Frage nach der Reichweite seiner Verfolgungszuständigkeit und damit korrespondierend seiner Einstellungsbefugnis gemäß §§ 120 Abs. 1 Nr. 8, 142a Abs. 1 GVG.

Nach §§ 120 Abs. 1 Nr. 8, 142a Abs. 1 GVG ist der Generalbundesanwalt zuständig zur Verfolgung „bei Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“. Im Einstellungsvermerk vom 16. April 2010 vertritt der Generalbundesanwalt die Auffassung, diese Verfolgungszuständigkeit setze lediglich voraus, dass „der Anwendungsbereich des VStGB eröffnet ist“; nicht erforderlich sei, dass „eine Strafbarkeit nach dem VStGB gegeben ist“.⁴ Der „Anwendungsbereich des VStGB eröffnet“ sei in dem „hier interessierenden Zusammenhang“ – es geht um die Frage der Begehung von Kriegsverbrechen –, wenn „das gemeinsame Tatbestandsmerkmal der Delikte des Abschnitts 2 des VStGB – ‘Kriegsverbrechen’ – gegeben“ sei, wenn also „der Zusammenhang der Tat mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt“ festgestellt werden könne. Nach Ansicht des Generalbundesanwalts ist diese „weite Auslegung“ die „rechtlich gebotene“; für sie streite das Ergebnis von historischer, systematischer, teleologischer und verfassungsbezogener Betrachtung.

Diese Rechtsauffassung hat weitreichende Konsequenzen. Zuständig ist der Generalbundesanwalt danach für die Verfolgung aller Straftaten, die im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen werden, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Kriegsverbrechen im Sinne der §§ 8 bis 12 VStGB handelt oder nicht. Erfasst sind etwa auch Taten gemäß §§ 222, 230, 185, 240 StGB, soweit sie im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen werden. In diesem Fall ist nach Ansicht des Generalbundesanwalts die Abgabe des Verfahrens an die zuständige Landesstaatsanwaltschaft selbst dann nicht geboten, wenn er nach Prüfung des Sachverhalts zu dem Ergebnis kommt, dass hinreichende Anhaltspunkte für die Begehung einer Straftat nach §§ 8 bis 12 VStGB nicht gegeben sind. Vielmehr hält er sich in diesem Fall für befugt, den Sachverhalt insgesamt und abschließend durchzuprüfen und das Verfahren gegebenenfalls, wie im „Kunduz-Verfahren“ geschehen, auch hinsichtlich einer Strafbarkeit nach Tatbeständen des Strafgesetzbuches einzustellen. Kurz: Der Bundesgerichtsbarkeit unterliegen nach Auffassung des Generalbundesanwaltes nicht nur die im Völkerstrafgesetzbuch mit Strafe bedrohten Taten, sondern auch Straftaten des allgemei-

nen Strafrechts, soweit sie „im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt“ begangen werden.

Der Beitrag stellt die Auffassung des Generalbundesanwalts auf den Prüfstand.⁵ Anlass hierzu besteht: Erstens bewirkt die vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsauffassung eine gegenüber der „engen Auslegung“ nicht unwesentliche Kompetenzerweiterung, die auch von Bedeutung für die Reichweite der bundesgerichtlichen Verfolgungs- und Aburteilungszuständigkeit bei anderen Völkerrechtsverbrechen sein kann. Zweitens steht eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in dieser Frage noch aus; eine Verfassungsbeschwerde ist in Karlsruhe anhängig. Und drittens hat die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von Generalbundesanwalt einerseits und Landesstaatsanwaltschaften andererseits im Zusammenhang mit einem aktuellen Gesetzgebungsvorhaben erneut Bedeutung erlangt: Am 25. Oktober 2012 hat der Bundestag beschlossen, einen neuen besonderen Gerichtsstand für Auslandstaten von Bundeswehrsoldaten zu schaffen; hierzu soll ein § 11a in die Strafprozessordnung eingefügt werden.⁶ Danach wird die

⁵ Im Schrifttum hat die Position des Generalbundesanwalts – ganz überwiegend freilich ohne vertiefte Auseinandersetzung mit der Argumentation des Generalbundesanwaltes – Zustimmung aber auch Widerspruch gefunden. Dem Generalbundesanwalt zustimmend: *Ambos* NJW 2010, 1725, 1727; *Safferling*, Internationales Strafrecht (2011), § 8 Rdn. 27 a.E.; *Safferling/Kirsch* JA 2012, 481, 485; vgl. auch („vorzugswürdig“) *Werle* JZ 2012, 373, 377. Gegen die Auffassung des Generalbundesanwalts haben sich geäußert: *Kaleck/Schüller/Steiger* KJ 2010, 270, 282; *Stam*, Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zur Öffentlichen Anhörung am 26. September 2012, S. 4 ff. (siehe: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/17/a06/anhoerungen/archiv/25_Gerichtsstand_Auslandsverwendung_Bundeswehr/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Stam.pdf, zuletzt besucht am 20. Januar 2013); kritisch ferner („kann so nicht ohne weiteres überzeugen“) *Basak* HRRS 2010, 513, 518 f. und („problematisch“) *Keller*, in *Jeßberger/Geneuss* (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch (Fn. 3), S. 141 ff. Offenbar war die Position des Generalbundesanwalts zunächst auch innerhalb des eigenen Hauses umstritten. So wird im Sondervotum der Fraktion der SPD zum Abschlussbericht des Kunduz-Untersuchungsausschusses auf einen Vermerk vom 29. September 2009 verwiesen, in dem die Ansicht vertreten werde, dass für den Fall, dass die Voraussetzungen einer Straftat nach dem VStGB verneint werden sollten, die Abgabe des Vorgangs an die zuständige Generalstaatsanwaltschaft „geboten“ sei. Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Verteidigungsausschusses als 1. Untersuchungsausschuss gemäß Artikel 45a Absatz 2 des Grundgesetzes, Sondervotum der Fraktion der SPD, BT-Drs. 17/7400, S. 253 f.

⁶ § 11a StPO lautet: „Wird eine Straftat außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes von Soldatinnen oder Soldaten der Bundeswehr in besonderer Auslandsverwendung (§ 62 Absatz 1 des Soldatengesetzes) begangen, so ist der Gerichtsstand bei dem für die Stadt Kempten zuständigen Gericht begründet.“ Vgl. BT-Drs. 17/9694; 17/11182 (Rechtsausschuss); vgl. auch BR-Drs. 638/12. Näher zu der hier interessierenden Problematik *Stam* ZiS 2010, 628 sowie insbesondere auch die Stellungnahme von Bundesanwalt *Thomas Beck* vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages (http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/17/a06/anhoerungen/archiv/25_Gerichtsstand_Auslandsverwendung_Bundeswehr/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Beck.pdf, zuletzt besucht am 20. Januar 2013, S. 2 f.). In meiner, die geplante Einführung des § 11a StPO betreffenden

² Beschluss vom 16. Februar 2011 (III-5 StS 6/10); vgl. http://www.intcrim.uni-hamburg.de/wp-content/uploads/2011/12/07_Kunduz_-OLG-Düsseldorf-Beschluss-Rev.pdf (zuletzt besucht am 20. Januar 2013).

³ Vgl. *Ambos* NJW 2010, 1725, 1727; *Basak* HRRS 2010, 513; *Hertel* HRRS 2010, 339; *Richter* HRRS 2012, 28; *Safferling/Kirsch* JA 2010, 81; *Steiger/Bäumler* AVR 48 (2010), 189. Siehe auch die Beiträge von *Beck* und *Keller* sowie den Diskussionsbericht von *Geneuss* in *Jeßberger/Geneuss* (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch – Bilanz und Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts“, 2013, S. 141 ff., 197 ff.

⁴ Siehe dazu und zum Folgenden: Einstellungsvermerk vom 16. April 2010 (Fn. 1), S. 26 ff.

Zuständigkeit zur Verfolgung der Auslandstaten von Soldaten der Bundeswehr, so jedenfalls die Intention des Gesetzgebers, grundsätzlich bei der Staatsanwaltschaft Kempten konzentriert. Die bestehende Zuständigkeit des Generalbundesanwalts für „Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“ bleibt unberührt, auch soweit es sich um im Ausland begangene Kriegsverbrechen von Bundeswehrsoldaten handelt. Legt man nun die eingangs skizzierte Rechtsauffassung des Generalbundesanwalts zu Grunde, wird die – auch aus anderen Gründen problematische⁷ – Neuregelung praktisch leer laufen. Dies ergibt sich aus Folgendem: Da, erstens, das in Afghanistan stationierte Kontingent (zumindest gegenwärtig) das zahlenmäßig mit weitem Abstand größte aller Auslandskontingente der Bundeswehr ist, werden die allermeisten der zukünftig von deutschen Staatsanwälten im Zusammenhang mit Auslandstaten von Bundeswehrsoldaten zu bearbeitenden Fälle aus diesem Kontext herrühren. Zweitens geht der Generalbundesanwalt (völlig zu Recht) davon aus, dass in Afghanistan ein „bewaffneter Konflikt“ im Sinne des humanitären Völkerrechts stattfindet. Das bedeutet nach der eingangs skizzierten Rechtsauffassung drittens, dass alle „im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt“ in Afghanistan begangenen Straftaten von Bundeswehrsoldaten – ganz egal, ob es sich um solche nach Völkerstrafgesetzbuch, Wehrstrafgesetz oder Strafgesetzbuch handelt – von Karlsruhe aus verfolgt werden. Für die Staatsanwälte in Kempten bleiben die Straftaten „ohne Einsatzbezug“, etwa sog. Kameraden-diebstähle, Sexualdelikte und Betäubungsmitteldelikte – allesamt Delikte, die auch ohne die „besonderen Spezialkenntnisse“, mit deren Notwendigkeit die Bündelung der Verfolgungskompetenzen in Kempten ja gerade gerechtfertigt wurde – verfolgt werden können.

II. Vorfragen

Bevor die Voraussetzungen der Zuständigkeitsnormen des Gerichtsverfassungsgesetzes näher in den Blick genommen werden, sind zunächst drei Vorfragen zu klären. Diese betreffen die materiellrechtlichen Ausgangspositionen (1. und 3.) und allgemeine Fragen der Reichweite der Bundesstrafgerichtsbarkeit (2.).

1. Völkerstrafgesetzbuch und Strafgesetzbuch

Zutreffend geht der Generalbundesanwalt davon aus, dass das Völkerstrafgesetzbuch keine abschließenden

Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss habe ich die Rechtsauffassung des Generalbundesanwalts zu Grunde gelegt, aber zugleich darauf hingewiesen, dass ich sie nicht für zutreffend halte, vgl. http://www.bundestag.de/bundes tag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/25_Gerichtsstand_Auslandsverwendung_Bundeswehr/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Jessberger.pdf (zuletzt besucht am 20. Januar 2013).

⁷ Pointiert etwa die Stellungnahme von *Susanne Müller* vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, vgl. http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/25_Gerichtsstand_Auslandsverwendung_Bundeswehr/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_M_ller.pdf (zuletzt besucht am 20. Januar 2013). Vgl. ferner *meine* Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss (Fn. 6).

Regelungen trifft; die Tatbestände des Strafgesetzbuches können subsidiär zur Anwendung kommen.⁸ Greift ein Straftatbestand des Völkerstrafgesetzbuches ein, so treten gleichfalls verwirklichte Tatbestände des Strafgesetzbuches im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück. Greifen die Tatbestände des Völkerstrafgesetzbuches nicht ein, so ist zu prüfen, ob sich eine Strafbarkeit nach dem Strafgesetzbuch begründen lässt. Eine Sperrwirkung der Bestimmungen des Völkerstrafgesetzbuches dergestalt, dass die Anwendung der Straftatbestände des Strafgesetzbuches blockiert wäre, besteht nicht.

2. Bundesgerichtsbarkeit und Annexkompetenz

Die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte und des Generalbundesanwalts gemäß §§ 120 Abs. 1, 142a Abs. 1 GVG erstreckt sich grundsätzlich nur auf die aufgeführten Katalogtaten. Nicht-Katalogtaten unterliegen – nach allgemeiner Auffassung – der Zuständigkeit von Oberlandesgericht und Generalbundesanwalt nur dann, wenn sie mit einer Katalogtat eine Tat im Sinne des § 264 StPO bilden.⁹ Dies gilt auch für die Katalogtaten des § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG, also „bei Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“. In diesem Fall knüpft die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts und dieser folgend die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts an die Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch an und erstreckt sich auf die Verfolgung, Anklage und gegebenenfalls Aburteilung der Taten des allgemeinen Strafrechts, soweit diese mit der Katalogtat in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Der Sache nach handelt es sich dabei um eine Annexkompetenz. Insofern kann die Sonderzuständigkeit der Oberlandesgerichte und des Generalbundesanwalts gemäß §§ 120 Abs. 1 Nr. 8, 142a Abs. 1 GVG auch Straftaten nach dem Strafgesetzbuch erfassen.

Die im Einstellungsvermerk des Generalbundesanwalts – und in diesem Beitrag – behandelte Frage ist aber eine andere. Hier geht es darum, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Generalbundesanwalt eine Tat nach dem Strafgesetzbuch auch dann (noch) verfolgen – also je nach den Umständen des konkreten Falles Anklage erheben oder das Verfahren einstellen – kann, wenn er festgestellt hat, dass der Verdacht einer Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch *nicht* besteht. Anders als in der vorgenannten Konstellation fehlt es hier gerade an einem Anknüpfungsgesichtspunkt, welcher die Sonderzuständigkeit nach §§ 120 Abs. 1 Nr. 8, 142a Abs. 1 GVG begründen kann.¹⁰ Insofern kann hier auch von einer „Annexkompetenz“ keine Rede sein.¹¹

⁸ Vgl. den Einstellungsvermerk des Generalbundesanwalts vom 16. April 2010 (Fn. 1), S. 24; so auch *Basak* HRRS 2010, 513 und *Werle/Jeßberger* JZ 2002, 725. Anders („Sperrwirkung“), aber nicht überzeugend *Hertel* HRRS 2010, 339; *Richter* HRRS 2012, 28, 35.

⁹ Vgl. hierzu BGHSt 53, 128 ff. = HRRS 2009 Nr. 550; BGH NStZ 2007, 117; *Franke*, in *Löwe/Rosenberg*, StPO, 26. Aufl. 2012, § 120 GVG, Rdn. 4; *Meyer-Göfner*, StPO, 55. Aufl. 2012, § 120 GVG, Rdn. 2.

¹⁰ Zu der ähnlich gelagerten Problematik im Strafanwendungsrecht: In BGHSt 45, 64 (Rdnr. 11 ff.) hat der Bundesgerichtshof angenommen, § 6 Nr. 1 StGB a.F. erfasse – angesichts der besonderen „inneren Verzahnung“ ausnahmswei-

In diesem Fall – in dem sich der Anfangsverdacht einer die Sonderzuständigkeit begründenden Straftat im Verlauf des Ermittlungsverfahrens nicht erhärten lässt – ist an eine andere, allgemein anerkannte Regel zu erinnern: Danach ist ein Verfahren vom Generalbundesanwalt dann an die zuständige (Landes-)Staatsanwaltschaft abzugeben, wenn ein die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts begründender Tatverdacht entfällt und verbleibende Verdachtsmomente sich auf Straftaten beziehen, für die eine Verfolgungszuständigkeit des Generalbundesanwalts nicht besteht.¹² Dem entspricht es, dass das Oberlandesgericht dann, wenn es im Eröffnungsverfahren den hinreichenden Tatverdacht der seine Zuständigkeit begründenden Straftat verneint, die Anklage mit der Maßgabe zur Hauptverhandlung zuzulassen hat, dass die Tat nur nach denjenigen Strafvorschriften strafbar ist, welche die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts *nicht* begründen, und das Hauptverfahren vor dem dann zuständigen Gericht niedrigerer Ordnung zu eröffnen ist.¹³

Für unsere Frage bedeutet dies: Liegen die Voraussetzungen einer Katalogtat *nicht* vor, lässt sich auch eine „Annexkompetenz“ des Generalbundesanwalts zur Verfolgung sonstiger Straftaten nicht begründen; es fehlt an einem Anknüpfungsgesichtspunkt. Nur dann, wenn sich aus der gerichtsverfassungsrechtlichen Kompetenznorm selbst ergäbe, dass die Sonderzuständigkeit *als Katalogtaten* auch Taten *jenseits* der §§ 6 bis 14 VStGB erfasst, nur dann könnte der Generalbundesanwalt das Verfahren weiter betreiben und etwa, wie er es im „Kunduz-Verfahren“ getan hat, auch insoweit einstellen.

3. Gesamttat und Einzeltat

Ausgehend von der Struktur der Völkerstrafat und der diese kennzeichnenden Unterscheidung¹⁴ von Gesamttat und Einzeltat lässt sich unsere Frage weiter präzisieren. Ein Völkerrechtsverbrechen setzt voraus, dass *sowohl* die Voraussetzungen der Gesamttat *als auch* die Voraussetzungen einer (Katalog-)Einzeltat vorliegen *und ferner* Einzeltat und Gesamttat in dem im Tatbestand bestimmten, besonderen Verhältnis zueinander stehen. So ist die vorsätzliche Tötung eines Menschen (Einzeltat) ein Kriegsverbrechen (nur dann), wenn sie sich in den funktionalen Zusammenhang eines bewaffneten Konflikts

se – auch Tateinheitlich mit Völkermord gemäß § 220a Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. begangene Verbrechen gemäß §§ 211, 212 StGB („Annexkompetenz“). Ob eine Verurteilung auch dann auf § 6 Nr. 1 StGB a.F. gestützt werden kann, wenn die Völkermordabsicht letztlich nicht nachzuweisen ist, hat der Senat ausdrücklich offen gelassen (Rdn. 12).

¹¹ Nicht überzeugend deshalb *Ambos* NJW 2010, 1725, 1727. Eine „Annexkompetenz“ behauptet auch der Generalbundesanwalt im „Kunduz-Verfahren“ zu Recht nicht; er nimmt vielmehr an, dass sich seine Verfolgungskompetenz unmittelbar aus den Normen des Gerichtsverfassungsgesetzes ergibt.

¹² Vgl. nur *Franke*, in Löwe/Rosenberg (Fn. 9), § 120 GVG, Rdn. 11 m.w.N.

¹³ Hierzu *Franke*, in Löwe/Rosenberg (Fn. 9), § 120 GVG, Rdn. 4; vgl. auch BGHSt 29, 341, 343.

¹⁴ Statt aller: *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. (2012), Rdn. 399, 403. In der Rechtsprechung werden die beiden Elemente mitunter auch als *general requirement / specific act* oder *context element / specific act* bezeichnet.

(Gesamttat) einfügt.¹⁵ Nichts Anderes gilt umgekehrt: Eine Handlung, die sich in den funktionalen Zusammenhang eines bewaffneten Konfliktes (Gesamttat) einfügt, ist (nur dann) ein Kriegsverbrechen, wenn sie zugleich die Voraussetzungen einer der in den Katalogen der § 8 IStGH-Statut bzw. §§ 8 bis 12 VStGB aufgeführten Einzeltaten erfüllt. Es ist erst die Kumulation von Einzeltat und Gesamttat, die das spezifische Unrecht der Völkerrechtsverbrechen konstituiert. Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass – im Bereich der Kriegsverbrechen – schon das Vorliegen der Gesamttat („bewaffneter Konflikt“) für sich genommen ein besonderes Rechtsregime, nämlich das humanitäre Völkerrecht, zur Anwendung bringt. Für die dogmatische Struktur des Kriegsverbrechens bleibt dieser Umstand folgenlos. Die Überformung eines Sachverhaltes durch das humanitäre Völkerrecht mag sich – etwa unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung – auf seine strafrechtliche Bewertung auswirken; sie bewirkt aber nicht, dass allgemein strafrechtswidriges Handeln zum „Kriegsverbrechen“ würde.

Aus dieser Perspektive lautet die Frage also: Ist der Generalbundesanwalt auch dann zur Verfolgung zuständig, wenn zwar die Voraussetzungen der Gesamttat (z.B. „bewaffneter Konflikt“) gegeben erscheinen, aber nicht die Voraussetzungen einer Einzeltat vorliegen? Genau so verhielt es sich nach den Feststellungen des Generalbundesanwalts im Fall Kunduz: Die Voraussetzungen der Gesamttat („bewaffneter Konflikt“) lagen zweifellos vor. Allerdings konnte der Generalbundesanwalt nicht feststellen, dass eine der in den §§ 8 ff. VStGB aufgeführten Einzeltaten verwirklicht worden war: Bezüglich § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB fehlte es an dem erforderlichen Tatbestandsvorsatz; die §§ 8 Abs. 1 Nr. 1 und 11 Abs. 1 Nr. 1 VStGB erfassten Sachverhalte wie den vorliegenden per se nicht.¹⁶ Hätte der Generalbundesanwalt das Verfahren also abgeben müssen?

III. Auslegung von § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG: Was sind „Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“?

Zur Beantwortung der Frage, ob es sich bei Straftaten, welche zwar im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen werden, im Übrigen aber die Voraussetzungen der §§ 8 bis 12 VStGB nicht erfüllen, um „Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“ handelt, ist § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG auszulegen. Leitgesichtspunkt der Auslegung ist, dass Bundesgerichtsbarkeit, wie § 120 Abs. 1 GVG sie begründet, eine Ausnahme von der grundgesetzlich regelhaft vorgesehenen Kompetenzverteilung zwischen Landes- und Bundesgerichtsbarkeit darstellt: Strafverfolgung ist prinzipiell Sache der Länder. Die den grundgesetzlichen Kompetenzrahmen – hierzu näher unter III.4. – ausfüllende Zuständigkeitsnorm des Gerichtsverfassungsgesetzes ist damit restriktiv auszulegen.

¹⁵ Es darf deshalb vermutet werden, dass der Generalbundesanwalt das Verfahren ohne Weiteres an die zuständige Landesstaatsanwaltschaft abgeben wird, wenn er feststellt, dass das Merkmal „bewaffneter Konflikt“, also die Gesamttat, nicht gegeben ist.

¹⁶ Vgl. Einstellungsvermerk vom 16. April 2010 (Fn. 1), S. 24.

1. Gesetzeswortlaut

Ihrem Wortlaut nach erfasst die Zuständigkeitsregelung der §§ 120 Abs. 1 Nr. 8, 142a Abs. 1 GVG „Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“, das heißt solche Straftaten, die im Völkerstrafgesetzbuch geregelt sind. Das Völkerstrafgesetzbuch bestimmt in seinem Teil 2 (§§ 6 bis 14) „Straftaten gegen das Völkerrecht“; dabei handelt es sich um „Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ (Abschnitt 1, §§ 6 und 7), „Kriegsverbrechen“ (Abschnitt 2, §§ 8 bis 12) und „Sonstige Straftaten“ (Abschnitt 3, §§ 13 und 14). Der Begriff „Straftat“ ist also ein im Völkerstrafgesetzbuch selbst inhaltlich ausgestalteter Begriff. Durch die Wendung „Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“ stellt die Norm des Gerichtsverfassungsgesetzes einen unmittelbaren Bezug zu den im Völkerstrafgesetzbuch selbst so bezeichneten Straftaten her. Danach sind „Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“ die in den §§ 6 bis 14 des Gesetzes in ihren Voraussetzungen festgelegten Straftaten.

Der Generalbundesanwalt meint nun, seinem Wortlaut nach könne § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG nicht nur in diesem, von ihm sog. „engen“ Sinne, sondern auch in einem „weiten“ Sinne verstanden werden, wonach die Zuständigkeit bereits dann gegeben sei, „wenn der Anwendungsbereich des VStGB eröffnet ist“.¹⁷ Hierzu ist unter dem Gesichtspunkt der Auslegung des Wortlauts von § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG Folgendes zu bemerken: Seinen „Anwendungsbereich“ bestimmt das Völkerstrafgesetzbuch in § 1. Danach gilt das Gesetz für alle in ihm bezeichneten Straftaten gegen das Völkerrecht. Diese Straftaten sind in den §§ 8 bis 14 in ihren Voraussetzungen festgelegt. Im Übrigen ist das Merkmal „im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt“, welches nach Ansicht der Bundesanwaltschaft den „Anwendungsbereich“ des Gesetzes bestimmen soll, ein gemeinsames Tatbestandsmerkmal der §§ 8 bis 12 VStGB. Das Merkmal konstituiert – zusammen mit weiteren im Gesetz genannten Merkmalen – den objektiven Tatbestand dieser Straftaten. Damit ist es wie jedes andere Tatbestandsmerkmal auch für den sachlichen „Anwendungsbereich“ der betreffenden Strafnorm(en) mitbestimmend. Denn der „Anwendungsbereich“ eines Gesetzes ergibt sich aus der Summe der in ihm als Voraussetzung der Strafbarkeit bestimmten Merkmale. Umgekehrt ist es aber fernliegend, den Anwendungsbereich eines Gesetzes als eine vom Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen in ihrer Gesamtheit unabhängige Kategorie anhand einzelner Tatbestandsmerkmale bestimmen zu wollen.¹⁸

2. Entstehungsgeschichte

Das Ergebnis der Wortlautinterpretation wird durch die Entstehungsgeschichte des § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG gestützt. Die Ergänzung des § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG durch das Gesetz zur Änderung des Gerichtsverfassungsgeset-

zes erfolgte vor dem Hintergrund der Einführung des Völkerstrafgesetzbuches.¹⁹ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte die ursprünglich nur bei Völkermord (§ 220a StGB a.F.) bestehende Zuständigkeit „auch auf sonstige Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch erstreckt werden“.²⁰ Anhaltspunkte dafür, dass diese Zuständigkeit sich auch auf Straftaten jenseits der im Völkerstrafgesetzbuch geregelten Taten beziehen sollte, fehlen. Im Gegenteil: Betont wird der Bezug der Regelung zu den völkerstrafrechtlichen Verbrechenstatbeständen, welche den Schutz der Interessen der internationalen Gemeinschaft bezwecken. An dem Bezug zu den Interessen der Völkergemeinschaft fehlt es aber gerade bei Handlungen, welche – obwohl im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt vorgenommen – nicht die Voraussetzungen eines Kriegsverbrechens und damit einer Tat nach §§ 8 bis 12 VStGB erfüllen. Aus entstehungsgeschichtlicher Perspektive wird deutlich: Die Einführung des Völkerstrafgesetzbuches bildete nicht nur den Anlass für die Änderung des § 120 GVG; das Völkerstrafgesetzbuch bestimmt und begrenzt auch den Gegenstand und die Reichweite der gerichtsverfassungsrechtlichen Regelung.

3. Sinn und Zweck

Die Konzentration der Zuständigkeit bei den Oberlandesgerichten bzw. beim Generalbundesanwalt trägt den Besonderheiten der Völkerrechtsverbrechen Rechnung. Es handelt sich nämlich, so heißt es in der Begründung des Gesetzentwurfes, um „Straftaten von erheblichem Gewicht, deren Verfolgung besondere Sach- und Fachkenntnisse und angesichts des Auslandsbezuges einen hohen Ermittlungsaufwand“ erfordere. Ihrer Zweckbestimmung nach knüpft die Regelung also an drei Merkmale der erfassten Straftaten an: ihre besondere Schwere („erhebliches Gewicht“), das Erfordernis besonderer Sach- und Fachkenntnisse sowie den besonders hohen Ermittlungsaufwand, der unmittelbar aus dem typischerweise bestehenden Auslandsbezug resultiert. Angesichts dieser Merkmale, die den Völkerrechtsverbrechen eigen sind, werden die Verfolgungs- und Aburteilungskompetenzen zentralisiert und einheitlich der Bundesgerichtsbarkeit zugeordnet. Diesem Zweck dient § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG. Unter dem Gesichtspunkt teleologischer Interpretation zu fragen ist also, ob auch allgemeine Straftaten, die im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen werden, vergleichbare Kennzeichen aufweisen oder ob es sich hierbei eben um eine spezifische Eigenart der §§ 6 bis 14 VStGB handelt.

Hierzu läßt sich Folgendes feststellen: Sicher wird es sich bei jenen allgemeinen Straftaten „im Anwendungsbereich des Völkerstrafgesetzbuches“ typischerweise um Auslandstaten handeln, der Ermittlungsaufwand wird schon deswegen ein erhöhter sein. Sicher erfordert auch die Verfolgung und Aburteilung solcher Taten besondere Sach- und Fachkenntnisse, schon deswegen, weil das spezifische Rechtsregime des humanitären Völkerrechts zu berücksichtigen ist. Allerdings fehlt es diesen im Zu-

¹⁷ Vgl. Einstellungsvermerk vom 16. April 2010 (Fn. 1), S. 26.

¹⁸ Insoweit kann für das Völkerstrafgesetzbuch nichts anderes gelten als für den Versuch, den „Anwendungsbereich“ des Strafgesetzbuches anhand der Merkmale „fremde Sache“ (für die Eigentumsdelikte) oder „Amtsträger“ (für die Straftaten im Amt) bestimmen zu wollen.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 14/8978, S. 1; vgl. auch BT-Drs. 14/8524, S. 13.

²⁰ BT-Drs. 14/8978, S. 1, 6.

sammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangenen allgemeinen Straftaten gerade an der dritten, an der eigentlichen Eigenart der „Völkerrechtsverbrechen“: Nur diese sind nämlich „schwerste Verbrechen, die die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren“.²¹ Es ist dieser spezifische Unrechtsgehalt, der den Völkerrechtsverbrechen ihr besonderes „Gewicht“ verleiht, und der sie unterscheidet von allgemeinen Straftaten, auch solchen, die im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen werden. Hier verläuft eine Trennlinie, die *sub specie* teleologischer Interpretation auf die Reichweite der Zuständigkeitsnorm durchschlägt.

Der Verweis auf die rechtliche und tatsächliche Komplexität („Sach- und Fachkenntnis“) sowie den hohen Ermittlungsaufwand („Auslandsbezug“) alleine – es ist ein Leichtes, eine ganze Reihe von Deliktgruppen zu nennen, auf die beide Merkmale zutreffen, ohne dass sie deswegen der Bundesgerichtsbarkeit zugewiesen wären – vermag eine teleologische Extension der Kompetenznorm nicht zu tragen. Auch der Hinweis auf die Notwendigkeit einer einheitlichen Rechtsanwendung verliert an Überzeugungskraft, seit mit § 11a StPO *de lege* die Möglichkeit besteht, den praktisch erheblichsten Teil der in Deutschland geführten einschlägigen Verfahren, nämlich die durch Bundeswehrsoldaten begangenen Auslandstaten, gebündelt in Kempten zu verarbeiten.

4. Systematik

Auch der systematische Zusammenhang, namentlich der durch die Formulierung „Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“ eröffnete binnensystematische Zusammenhang mit den anderen Völkerstrafstaten, legt es nahe, § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG in einem engen Sinne auszulegen. Dies ergibt sich, wenn man die Erwägungen der Bundesanwaltschaft zum „Anwendungsbereich“ des Völkerstrafgesetzbuches von den Kriegsverbrechen auf die übrigen im Völkerstrafgesetzbuch geregelten Verbrechenstatbestände zu übertragen versucht. Danach wäre der „Anwendungsbereich“ des Völkerstrafgesetzbuches immer dann eröffnet und die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts und der Oberlandesgerichte schon dann gegeben, wenn ein „großangelegter oder systematischer Angriff gegen die Zivilbevölkerung“ (§ 7) festgestellt werden könnte, ohne dass die Merkmale einer Einzeltat nach § 7 Abs. 1 Nrn. 1 bis 10 VStGB verwirklicht sind. Die Bundesgerichtsbarkeit erstreckte sich dann auch auf fahrlässige Körperverletzungen, Nötigungen und Beleidigungen, welche sich in den funktionalen Zusammenhang einer solchen Gesamttat einfügen. Wie der „Anwendungsbereich“ mit Blick auf Völkermordtaten zu bestimmen sein soll, erschließt sich nicht ohne weiteres. Insoweit fehlt es nämlich gerade an einer objektiven Gesamttat; diese ist – als Zerstörungsabsicht – „versubjektiviert“.²² Es läge wohl in der Konsequenz der Auslegung der Bundesanwaltschaft, eine Verfolgungszuständigkeit auch dann anzunehmen, wenn die Völkermordabsicht festgestellt werden könnte, der Nachweis der Vor-

nahme einer Handlung nach § 6 Nrn. 1 bis 5 VStGB aber misslingt. Zuständig wäre der Generalbundesanwalt damit etwa auch für Taten gemäß § 130 und 185 StGB, welche vom Täter mit Völkermordabsicht begangen werden. Dass dieses Ergebnis fernliegend ist und den engen, verfassungsrechtlichen Kompetenzrahmen weit überschreitet, bedarf keiner näheren Begründung.²³

5. Verfassungsbezogene Interpretation

Schließlich führt auch eine verfassungsbezogene Interpretation von § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG zu keinem anderen Ergebnis. § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG füllt die verfassungsrechtliche Kompetenzzuweisung aus Art. 96 Abs. 5 GG auf einfachgesetzlicher Ebene aus. Nach Art. 96 Abs. 5 Nrn. 1 bis 4 GG kann ein Bundesgesetz für Strafverfahren auf den „Gebieten“ des Völkermordes, der „völkerstrafrechtlichen Verbrechen gegen die Menschlichkeit“, der Kriegsverbrechen sowie anderer Handlungen im Sinne des Art. 26 Abs. 1 GG vorsehen, dass Gerichte der Länder Bundesgerichtsbarkeit ausüben.

Auch nach Ansicht der Bundesanwaltschaft soll maßgeblich für die Auslegung des § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG die grundgesetzliche Kompetenzzuweisung sein.²⁴ Dies ist insofern richtig, als die Auslegung des § 120 GVG die Grenzen eben jener Kompetenzzuweisung nicht überschreiten darf. Gegebenenfalls kann eine verfassungskonforme Reduktion angezeigt sein. Umgekehrt ergibt sich aus dem Zusammenhang mit der grundgesetzlichen Kompetenzzuweisung aber nicht ohne weiteres, dass der Bundesgesetzgeber den ihm vom Verfassungsgeber eingeräumten Regelungsspielraum auch vollumfänglich ausgeschöpft hat.

Art. 96 Abs. 5 GG bedarf seinerseits der Auslegung. Ihrem Wortlaut nach bezieht die Bestimmung sich auf die *völkerstrafrechtlichen* Begriffe des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie der Kriegsverbrechen. Dies ist im Zusammenhang mit den Verbrechen gegen die Menschlichkeit ausdrücklich hervorgehoben, ergibt sich aber auch für Völkermord und Kriegsverbrechen. Hierzu heißt es in der Begründung des verfassungsändernden Gesetzes, dass die Aufnahme des Merkmals „völkerstrafrechtlich“ im Zusammenhang mit den Verbrechen gegen die Menschlichkeit klarstellen solle, dass „der Begriff der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Rahmen des Art. 96 Abs. 5 GG *nicht* (Herv. FJ) über diesen Bezug hinaus auf andere Bereiche erweiternd ausgelegt“ werden könne.²⁵ Bei den Kriegsverbrechen sei wegen der Offenkundigkeit des völkerstrafrecht-

²³ Der Logik der Argumentation des Generalbundesanwaltes entspräche es wohl auch, eine Verfolgungszuständigkeit nach § 120 Abs. 1 Nr. 2, 142a Abs. 1 GVG für Taten nach § 240 StGB zu bejahen, wenn der Täter es unternimmt, die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes oder eines Landes zu ändern, ohne dabei „mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt“ zu handeln, sondern etwa mit einem sonstigen Übel droht.

²⁴ Vgl. Einstellungsvermerk vom 16. April 2010 (Fn. 1), S. 26. Vgl. auch BGH NStZ 1988, 188.

²⁵ BT-Drs. 14/8994, S. 6.

²¹ Vgl. auch BT-Drs. 14/8978, S. 6. Siehe zur Unterscheidung von Völkerrechtsverbrechen und sonstigen internationalen Verbrechen Werle, Völkerstrafrecht (Fn. 14), Rdn. 122 ff.

²² Vgl. Werle, Völkerstrafrecht, (Fn. 14), Rdn. 99 f., 403.

lichen Bezugs eine entsprechende Klarstellung nicht erforderlich gewesen.²⁶

Auch eine Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Art. 96 Abs. 5 GG ergibt nichts anderes. Hierbei ist der enge zeitliche und sachliche Zusammenhang der Einfügung der Nrn. 2 und 3 in Art. 96 Abs. 5 GG mit der Einführung des Völkerstrafgesetzbuches zu berücksichtigen. Der Sache nach handelte es sich um eine durch die „Umsetzung“ der materiellrechtlichen Bestimmungen des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes in das deutsche Recht veranlasste „Paket-Lösung“, welche in einem Bündel einzelner gesetzgeberischer Maßnahmen ihren Niederschlag fand. So stellte die Bundesregierung im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsvorhaben klar, dass die Änderung des Art. 96 Abs. 5 GG „zusammen mit dem parallel betriebenen Gesetzgebungsvorhaben zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes das Völkerstrafgesetzbuch [ergänzt] und dazu dient, dessen praktische Umsetzung zu optimieren“²⁷. Von der in Art. 96 Abs. 5 GG a.F. vorgesehenen Verweisung auf Art. 26 Abs. 1 GG würden nicht alle Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch erfasst. Daher sei die Norm entsprechend zu ergänzen. Durch die Neufassung werde der Anwendungsbereich der Vorschrift „auf weitere Straftaten des Völkerstrafrechts“ erstreckt.²⁸ Nun würden „entsprechend den weiteren Regelungsgegenständen des Völkerstrafgesetzbuches und der völkerstrafrechtlichen Einteilung“ auch die Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Kriegsverbrechen aufgeführt. Unmissverständlich heißt es in der Gesetzesbegründung weiter: „Die von der Ergänzung betroffenen ‘Verbrechen gegen die Menschlichkeit’ und ‘Kriegsverbrechen’ beziehen sich auf die entsprechende Einteilung, wie sie insbesondere im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes niedergelegt ist und auch im Völkerstrafgesetzbuch nachvollzogen wird.“²⁹

Die Auslegung des Art. 96 Abs. 5 ergibt einen eindeutigen Befund: Grundlage der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisung ist der völkerstrafrechtliche Begriff der Völkerrechtsverbrechen, wie er als Verkörperung geltenden Völkergewohnheitsrechts im Römischen Statut niedergelegt und im Völkerstrafgesetzbuch nachvollzogen ist. Der Begriff der Kriegsverbrechen hat nach Völkerstrafgesetzbuch, nach Völkerstrafrecht (insbesondere also nach Art. 8 IStGH-Statut) und nach dem Grundgesetz denselben Inhalt.³⁰ Keine Kriegsverbrechen i.S.d. Grundgesetzes sind danach Taten, die, obwohl im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen, nicht die weiteren Voraussetzungen von Art. 8 IStGH-Statut bzw. §§ 8 bis 12 VStGB erfüllen. Entsprechend ist etwa die fahrlässige Tötung eines Zivilisten im bewaffne-

ten Konflikt nicht erfasst. Auch eine verfassungsbezogene Interpretation von § 120 Abs. 1 Nr. 8 verweist also auf die Tatbestände des Völkerstrafgesetzbuches.

Die Auffassung der Bundesanwaltschaft, wonach die grundgesetzliche Kompetenzzuweisung „weiter gehen“ solle als das Völkerstrafgesetzbuch, ist nicht überzeugend. Anders als der Generalbundesanwalt meint, fehlt es an Anhaltspunkten für einen speziellen Begriff der „Kriegsverbrechen im Sinne des Grundgesetzes“, wobei „Kriegsverbrechen“ in diesem Sinne (auch) die „durch spezielle Sachverhalte und die Anwendbarkeit des Konfliktvölkerstrafrechts gekennzeichneten Anwendungsfälle des allgemeinen Strafrechts“ sein sollen.³¹ Dass vor Inkrafttreten des Völkerstrafgesetzbuches Handlungen, welche die Voraussetzungen von völkerrechtlichen Verbrechen, etwa von Kriegsverbrechen, erfüllen, von den Tatbeständen des Strafgesetzbuches erfasst wurden (und auch heute noch erfasst werden), ist richtig, ändert – entgegen der Ansicht des Generalbundesanwaltes – aber nichts daran, dass es sich bei diesen Taten nicht um „Kriegsverbrechen“ im Sinne des Grundgesetzes handelt.³²

IV. Schluss

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten: Der Begriff der „Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch“ im Sinne des § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG bezieht sich auf Handlungen, die gemäß §§ 6 bis 14 VStGB mit Strafe bedroht sind. Und nur auf diese. Nur diese Straftaten fallen in die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte gemäß § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG und des Generalbundesanwaltes gemäß § 142a Abs. 1 GVG. Nur diese Straftaten unterliegen der Gerichtsbarkeit des Bundes. Sobald der Generalbundesanwalt feststellt, dass eine Strafbarkeit gem. §§ 6 bis 14 VStGB nicht gegeben ist, weil ein Merkmal der in Betracht kommenden Tatbestände nicht vorliegt, endet auch seine Sonderzuständigkeit. Ob dieses Merkmal die Ge-

³¹ Ähnlich verkürzt ist die folgende Überlegung im Einstellungsvermerk (Fn. 1) S. 27): „Bei der Prüfung, ob es sich bei nach allgemeinem Strafrecht zu beurteilenden Delikten um ein Kriegsverbrechen im Sinne des Grundgesetzes handelt, sind die Maßstäbe des gewohnheitsrechtlich geltenden humanitären Völkerrechts heranzuziehen. Nach diesen ist Voraussetzung eines Kriegsverbrechens, dass ein spezifischer Zusammenhang zwischen der Tat und dem bewaffneten Konflikt besteht, nicht erfasst sind Taten, die lediglich bei Gelegenheit des Konflikts begangen werden.“ Das ist nicht falsch, unterschlägt aber, dass nach „völkergewohnheitsrechtlich geltendem humanitären Völkerrecht“ ein Kriegsverbrechen sich nicht im spezifischen Zusammenhang irgendeiner Handlung mit einem bewaffneten Konflikt erschöpft.

³² Entgegen der Ansicht des GBA (Einstellungsvermerk (Fn. 1) S. 27) ergibt sich ein Anhaltspunkt für die weite Auslegung des Begriffs der Kriegsverbrechen auch nicht aus dem Vergleich mit Art. 96 Abs. 2 GG, wonach der Bund Wehrstrafgerichte errichten kann. Zwar ist es richtig, dass eine solche, bislang bekanntlich nicht geschaffene Wehrstrafgerichtsbarkeit als Bundesgerichtsbarkeit auch für Straftaten des allgemeinen Strafrechts zuständig sein könnte; denn Art. 96 Abs. 2 GG knüpft an spezifische tatsächliche Situationen („Verteidigungsfall“) und nicht an bestimmte Deliktsbereiche (z.B. „militärische Straftaten“) an. Hierin unterscheidet sich Art. 96 Abs. 2 jedoch gerade von Abs. 5.

²⁶ BT-Drs. 14/8994, S. 6.

²⁷ BT-Drs. 14/8994, S. 8.

²⁸ BT-Drs. 14/8994, S. 6.

²⁹ BT-Drs. 14/8994, S. 6.

³⁰ Auf die nicht unerheblichen, allerdings die Grundstruktur des Verhältnisses von Einzel- und Gesamttat nicht betreffenden Abweichungen von Statuts-Strafrecht (insbes. Verbrechendefinitionen der Art. 6 bis 8 IStGH-Statut) und universellem Völkergewohnheitsrecht, die auch im VStGB ihren Niederschlag gefunden haben (hierzu *Werle/Jeßberger JZ* 2002, 725 ff.), kommt es in unserem Zusammenhang nicht an.

samtat (z.B. kein bewaffneter Konflikt) oder die Einzeltat (z.B. keine vorsätzliche Tötung) betrifft, spielt keine Rolle. Das Verfahren ist in diesem Fall an die zuständige Landesstaatsanwaltschaft abzugeben. Dieser bleibt es vorbehalten, eine mögliche Strafbarkeit nach dem Strafgesetzbuch zu prüfen.

Die Frage der Zuständigkeiten ist im föderalen Rechtsstaat keine *Petitesse*. Beansprucht der Generalbundesanwalt oder ein (im Wege der Organleihe Bundesgerichtsbarkeit ausübendes) Oberlandesgericht die Zuständigkeit zu Unrecht, wird damit in die grundgesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundes- und Landesjustiz eingegriffen und es fehlt dem Verfahren insoweit an *verfassungsrechtlicher* Legitimation. Ein solcher Eingriff begründet ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis.³³ Das Argument größerer Prozessökonomie durch Bündelung von Kompetenzen ist eines, welches sich im föderalen Rechtsstaat, dessen Kern die Grundentscheidung für die dezentrale Organisation der Strafrechtspflege bildet, nicht von selbst versteht.

³³ Vgl. BGHSt 46, 238 Rdn. 18.

Vor dem Hintergrund der oben skizzierten grundgesetzlichen Ausgangslage erscheint es zweifelhaft, ob eine „gesetzliche Klärung“³⁴ dieser Frage durch den (einfachen) Gesetzgeber ein gangbarer Weg ist. Wer *de lege ferenda* eine Erweiterung der Verfolgungskompetenzen des Generalbundesanwalts für sachgerecht hält, der müsste wohl eine (freilich mehr als) „klarstellende“ Änderung des Art. 96 Abs. 5 GG in Angriff nehmen.

³⁴ „Aus Gründen der Rechtssicherheit“ wird eine „Klarstellung“ verlangt im „Gemeinsame[n] Positionspapier der SPD-Bundestagsfraktion und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 23. September 2011“, BT-Drs. 17/7400, S. 434 sowie im Sondervotum der Fraktion der SPD, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Verteidigungsausschusses als 1. Untersuchungsausschuss gemäß Artikel 45a Absatz 2 des Grundgesetzes, Sondervotum der Fraktion der SPD, BT-Drs. 17/7400, S. 254. Auch der Leiter des zuständigen Referats beim Generalbundesanwalt hält „ein klarstellendes Wort des Gesetzgebers“ für „hilfreich, um der Sache abträgliche Zuständigkeitsdiskussionen zu vermeiden“, vgl. Beck, in Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch (Fn. 3). Gegen eine entsprechende „Novellierung des § 120 Abs. 1 GVG“ aber Werle JZ 2012, 373, 377 („nicht notwendig“).

Aufsätze und Anmerkungen

Die „Fransson“-Entscheidung des EuGH – Eine Erschütterung im System der europäischen Grundrechte?

Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 26. Februar 2013 (EuGH C-617/10 – Fransson) = HRRS 2013 Nr. 335

Von Kilian Wegner, Bucerius Law School, Hamburg

I. Einleitung

Im Vergleich zu den EU-Grundfreiheiten und der EMRK fand die Europäische Grundrechtecharta sowohl in der Rechtsprechung des EuGH als auch in der Judikatur der nationalen Gerichte bisher relativ wenig Beachtung. Nach der jüngst ergangenen EuGH-Entscheidung zur Rechtsache „Fransson“¹, in der das Gericht sich deutlich zum Anwendungsbereich der GRCh positioniert und auch einige Hinweise bezüglich ihres Verhältnisses zu den nationalen Grundrechtssystemen gibt, könnte sich dieser Umstand in Zukunft aber ändern. Schenkt man ersten Stellungnahmen in der Tagespresse Glauben, so ist in dem Urteil sogar eine historische Weichenstellung für die

weitere Entwicklung des europäischen Rechtsraums angelegt.² Vor diesem Hintergrund soll die Entscheidung im Folgenden dargestellt und in ihren rechtlichen Kontext eingebettet werden, bevor schließlich ein Blick darauf gewagt wird, welche Auswirkungen sie auf das europäische Grundrechtsgefüge haben könnte.

² Hipp, DER SPIEGEL 10/2013, S. 39 geht davon aus, die Entscheidung „erschütter[e] das Grundrechtssystem in Europa“. Ähnlich Cremer, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 6. März 2013, Nr. 55, S. 19, der aufgrund des Urteils eine „Neujustierung“ des Verhältnisses zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten für notwendig hält.

¹ EuGH v. 26. Februar 2013 C-617/10 – Fransson = HRRS 2013, Nr. 335.

II. Sachverhalt

Im Ausgangsfall war ein schwedischer Fischer wegen Umsatzsteuerhinterziehung vor einem schwedischen Strafgericht angeklagt worden. Für dieselben Erhebungszeiträume, die dieses Strafverfahren zum Gegenstand hatte, waren dem Angeklagten zuvor im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens schon Steuerzuschläge auferlegt worden, die bei Beginn des Strafverfahrens bereits in Bestandskraft erwachsen waren.³ Das schwedische Strafgericht legte den Sachverhalt dem EuGH zur Vorabentscheidung vor, um klären zu lassen, ob eine Bestrafung wegen Steuerhinterziehung angesichts der verwaltungsrechtlichen Sanktion mit dem *ne-bis-in-idem*-Grundsatz aus Art. 50 GRCh vereinbar sei.

III. Anwendungsbereich der GRCh

Das schwedische Gericht war sich dabei insbesondere unsicher, ob die GRCh auf den Fall überhaupt Anwendung findet.⁴ Gem. Art. 51 Abs. 1 GRCh bindet die GRCh nationale Hoheitsträger „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. In der Auslegung dieser Formulierung liegt die wesentliche Brisanz der „Fransson“-Entscheidung.

1. Bisheriges Verständnis von Art. 51 Abs. 1 GRCh

Das bisherige Verständnis von Art. 51 Abs. 1 GRCh beruht auf den Diskussionen im Grundrechtekonvent, bei dessen Sitzungen die Debatte über die Reichweite des Art. 51 Abs. 1 GRCh viel Raum einnahm.⁵ Hintergrund war dabei die damalige Rechtsprechung des EuGH, der davon ausging, die Mitgliedstaaten seien immer dann an europäische Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze der EG gebunden, wenn sie „im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ handelten.⁶ Von dieser „offenen Suchformel“⁷ ausgehend hatte das Gericht zwei Fallgruppen der grundrechtlichen Bindung der Mitgliedstaaten herausgearbeitet: Nach der sog. „Wachauf“-Rechtsprechung sollten europäische Grundrechte auf nationale Hoheitsakte anwendbar sein, wenn diese in administrativer oder judikativer Weise Gemeinschaftsrecht gleichsam als „verlängerter Arm“⁸ der Gemeinschaft durchführten.⁹ Für Aufsehen sorgte indes die zweite vom EuGH entwickelte Fallgruppe: Die Mitgliedstaaten sollten mittelbar auch dann an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden sein, wenn innerstaatliche Maßnahmen zu einer Einschränkung von Grundfreiheiten führten.¹⁰ Im Rahmen dieser sog. „ERT“-Rechtsprechung weitete der EuGH den Anwendungsbe-

reich der Gemeinschaftsgrundrechte in Bezug auf innerstaatliche Maßnahmen so weit aus, dass dies nach Ansicht vieler einer weitreichenden direkten gemeinschaftsgrundrechtlichen Bindung der Mitgliedstaaten nahekam.¹¹

Nach einer Ansicht wurde Art. 51 Abs. 1 GRCh vom Verfassungskonvent vor diesem Hintergrund ganz bewusst geschaffen, um die Kompetenz des EuGH zur Grundrechtskontrolle zu begrenzen und den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte enger zu fassen.¹² Dafür spricht u.a. die Tatsache, dass der Grundrechtekonvent es abgelehnt hatte, den Art. 51 Abs. 1 GRCh in Anlehnung an die „ERT“-Entscheidung so zu formulieren, dass die GRCh „im Anwendungsbereich des Unionsrechts“ anwendbar sei. Er hat sich stattdessen für den als restriktiver empfundenen Begriff der „Durchführung des Rechts der Union“ entschieden.¹³ Die überwiegende Auffassung nimmt hingegen mit beachtlichen Argumenten an, dass sich aus der Entstehungsgeschichte der GRCh keine Absicht des Gesetzgebers entnehmen lasse, die extensive „ERT“-Rechtsprechung des EuGH zu korrigieren.¹⁴ Als weitgehend konsentiert dürfte sich davon unabhängig das Folgende festhalten lassen: Die GRCh ist anwendbar, soweit die Mitgliedstaaten Unionsrecht im Einzelfall exekutiv oder im Rahmen der Judikative anwenden und zwar auch dann, wenn es sich um nationales Recht handelt, das eine Richtlinie oder einen Rahmenbeschluss umsetzt.¹⁵ Nicht anwendbar ist sie hingegen bei nur entfernten Bezügen des Regelungsgegenstands zum Recht der Union,¹⁶ insbesondere lässt sich die Annahme

¹¹ Dazu *Folz* in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht* (2012), Art. 51 GRCh Rn. 5 m.w.N. Zu den Einzelheiten der Entwicklung der EuGH-Judikatur nach dem „ERT“-Fall *Scheuing* EuR 2005, 162, 164 ff.

¹² Deutlich *Borowsky* a.a.O. (Fn. 5), Art. 51 Rn. 24 f., 29 f.; differenzierend *Ladenburger* in: Tettinger/Stern (Hrsg.), *EU-GRCh* (2006), Art. 51 Rn. 9, 25 ff., der aber davon ausgeht, dass die GRCh jedenfalls nicht schon „aufgrund einer wie immer gearteten Nähe zu Recht, Kompetenzen oder Politiken der Union“ Anwendung finden könne; *Lindner* EuR 2008, 786, 791; *Streinz/Michl* in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. (2012), Art. 51 GRCh Rn. 9.

¹³ Vgl. *Ladenburger* a.a.O. (Fn. 12), Art. 51 Rn. 22.

¹⁴ *Ehlers* in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3. Aufl. (2009), § 14 V 3 Rn. 53; *Grabwarter* EuGRZ 2004, 563, 564 f.; *Hatje* in: Schwarze et. al. (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. (2012), Art. 51 GRCh Rn. 18; wohl auch *Jarass*, *Charta EU-Grundrechte*, 2010, Art. 51 Rn. 10; *Nowak/Heselhaus* in: Heselsch/Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte* (2006), § 6 Rn. 48; *Scheuing* EuR 2005, 162, 182 ff.

¹⁵ So vor der Einführung der GRCh auch schon EuGH Slg. 1996, I-6609, Rn. 25 - Strafverfahren gegen X; *Borowsky* a.a.O. (Fn. 5), Art. 51 Rn. 27; *Ehlers* a.a.O. (Fn. 14), § 14 V 2 Rn. 51; *Folz* a.a.O. (Fn. 11), Art. 51 Rn. 5; *Jarass* a.a.O. (Fn. 14), Art. 51 Rn. 12; *Ladenburger* a.a.O. (Fn. 12), Art. 51 Rn. 35. Ob die GRCh auch dann schon anwendbar ist, wenn eine nationale Eingriffsnorm zwar in Umsetzung einer Richtlinie gesetzt wird, sich dabei aber noch in einem nationalen Umsetzungsspielraum bewegt, ist umstritten, eine Übersicht dazu bei *Kingreen* in: Callies/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. (2011), Art. 51 GRCh Rn. 10 ff. m.w.N.

¹⁶ *Jarass* a.a.O. (Fn. 14), Art. 51 Rn. 16.; *Kingreen* a.a.O. (Fn. 15), Art. 51 GRCh Rn. 12 jeweils mit Beispielen für nicht ausreichend enge Bezüge nationaler Normen zum Unionsrecht. S. auch o. *Ladenburger* in Fn. 12.

³ EuGH C-617/10, Rn. 12 f. – Fransson.

⁴ EuGH C-617/10, Rn. 15 – Fransson.

⁵ Ausführlich zur Entstehungsgeschichte *Borowsky* in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. (2010), Art. 51 Rn. 2 ff.

⁶ EuGH Slg. 1991, I-2925, 2964 Rn. 42 – ERT.

⁷ *Scheuing* EuR 2005, 163.

⁸ Vgl. *Borowsky* a.a.O. (Fn.5), Art. 51 Rn. 25.

⁹ Grundlegend EuGH Slg. 1989, 2609, 2639 Rn. 19 - Wachauf.

¹⁰ Grundlegend EuGH Slg. 1991, I-2925, 2964 Rn. 42 ff. - ERT.

des Kriteriums der „Durchführung“ von Unionsrecht i.S.v. Art. 51 Abs. 1 GRCh nicht allein darauf stützen, dass die Union die Rechtsetzungskompetenz in einem Sachgebiet hat.¹⁷

2. Herangehensweise des EuGH in der „Fransson“-Entscheidung

In der „Fransson“-Entscheidung sieht der EuGH sich von Art. 51 Abs. 1 GRCh ausdrücklich nicht daran gehindert, an seine bisherige Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte anzuknüpfen. Unter Berufung auf die Leerformel, wonach der Anwendungsbereich der GRCh mit dem „Anwendungsbereich des Unionsrecht“ identisch sei,¹⁸ hält das Gericht den Anwendungsbereich der GRCh – und damit seine eigene Prüfungskompetenz – in dem Fall deswegen für eröffnet, weil die Sanktionierung von Umsatzsteuervergehen nach schwedischem Strafrecht eine Durchführung der Unionsnormen Art. 2, 250 Abs. 1, 273 MwStSystRL¹⁹ sowie Art. 325 AEUV darstelle.²⁰

Diese Begründung ist hinsichtlich der Vorschriften der MwStSystRL insofern bedenkenswert, als die genannten Normen lediglich regeln, welche Umsätze von den Mitgliedstaaten für steuerbar erklärt werden müssen (Art. 2), dass eine Pflicht zur Steuererklärung überhaupt geschaffen werden muss (Art. 250 Abs. 1) und dass Steuerbetrug grundsätzlich zu bekämpfen ist (Art. 273). Bestimmtere inhaltliche Aussagen über die im „Fransson“-Verfahren einschlägigen Steuer- und Strafvorschriften treffen die Richtliniennormen nicht. Ähnlich weit entfernt erscheint der Bezug von Art. 325 AEUV zu den nationalen Normen, die das schwedische Gericht anwenden wollte. Es genüge dem EuGH insofern, dass das Umsatzsteueraufkommen der Mitgliedstaaten gem. Art. 2 Abs. 1 EGEigenmittelBeschl²¹ Grundlage für die Berechnung der Eigenmittel der Union ist, deren finanzielle Interessen die Mitgliedstaaten nach Art. 325 AEUV zu schützen verpflichtet sind. Die Anwendung von nationalen Normen zur Sanktionierung von Umsatzsteuerhinterziehung sei folglich eine Durchführung von Art. 325 AEUV.²² Auf einen subjektiven Umsetzungswillen des schwedischen Gesetzgebers komme es dabei nicht an.²³

3. Bewertung

Wie schon in der Darstellung der Entscheidungsbegründung angeklungen sein mag, erzeugen die Ausführungen

des EuGH jedenfalls *prima facie* Unmut: Allzu holzschnittartig scheint das Gericht den Anwendungsbereich der GRCh zu begründen, die Verknüpfung der verfahrensgegenständlichen nationalen Normen mit dem Recht der Union ist denkbar schwach.²⁴

Dass Schweden mit seinem Umsatzsteuerstrafrecht seine Umsetzungsverpflichtung aus Art. 2, 250 Abs. 1, 273 MwStSystRL und aus Art. 325 AEUV erfüllt, erscheint dahingegen einleuchtend, schließlich würde es sich in einem fiktiven Vertragsverletzungsverfahren wohl kaum vorwerfen lassen, es habe diesbezüglich seine Umsetzungsverpflichtungen verletzt, sondern zum Beweis seiner Pflichterfüllung gerade auf jene steuerstrafrechtlichen Normen verweisen, die im „Fransson“-Verfahren angewendet wurden.

Die wohl h.M. geht davon aus, dass die Mitgliedstaaten bei der Anwendung von nationalem Recht auch dann an die GRCh gebunden sind, wenn die Schaffung des nationalen Rechts durch eine unionsrechtliche Umsetzungsverpflichtung zwar veranlasst wurde, sich der Mitgliedstaat dabei jedoch innerhalb seines Umsetzungsspielraums bewegt.²⁵ Von dieser Position aus liegt der Schritt nahe, ebenfalls dann von einer „Durchführung“ von Unionsrechts zu sprechen, wenn die entsprechende Unionsnorm den Mitgliedstaaten überhaupt keine inhaltlichen Vorgaben macht, sondern ihnen lediglich die Pflicht auferlegt, das betreffende Sachgebiet überhaupt zu regeln. Dafür spricht im strafrechtlichen Kontext auch, dass es klassisch-rechtsstaatlichen Vorstellungen zuwiderlaufen würde, es der Union zwar einerseits zu ermöglichen, den Mitgliedstaaten Mindestvorgaben hinsichtlich des „Ob“ der Strafbarkeit (wie z.B. in Art. 325 AEUV) zu machen, dies aber andererseits nicht durch grundrechtliche Schranken zu flankieren. Ein entsprechender Gleichlauf von Strafvorgabekompetenz und grundrechtlicher Flankierung ist sicher wünschenswert. Fraglich ist aber, ob sich eine solche Ausweitung des Grundrechtsschutzes auch durch eine legislative Grundlage legitimieren lässt. Bedenkt man, dass Art. 51 GRCh ungeachtet des Streits um seine Entstehungsgeschichte jedenfalls die weitere Ausdehnung des Anwendungsbereichs der GRCh begrenzen wollte, so ist das aber jedenfalls nicht offensichtlich. Der EuGH hätte zumindest gut daran getan, sich mit den im Verfahren geäußerten Bedenken²⁶ argumentativ auseinanderzusetzen.²⁷

Lässt man es für eine Anwendbarkeit der GRCh nicht genügen, dass die Union ohne weitere inhaltliche Details

¹⁷ Jarass a.a.O. (Fn. 14), Art. 51 Rn. 22; Ladenburger a.a.O. (Fn. 12), Art. 51 Rn. 28.

¹⁸ EuGH C-617/10, Rn. 19 ff. – Fransson, wörtlich in Rn. 21. Weiß EuZW 2013, 287, 288 sieht darin eine Überschreitung des Wortlauts von Art. 51 GRCh.

¹⁹ Richtlinie 2006/12/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (ABl.-EG Nr. L 347, S. 1).

²⁰ EuGH C-617/10, Rn. 25 f. – Fransson.

²¹ Beschluss 2007/436/EG, Euratom des Rates vom 7. Juni 2007 über das System der Eigenmittel der Europäischen Gemeinschaften (ABl.-EG Nr. L 163, S. 17).

²² Ausdrücklich EuGH C-617/10, Rn. 26 – Fransson.

²³ EuGH C-617/10, Rn. 28 – Fransson.

²⁴ Ablehnend auch GA Villalón in seinen Schlussanträgen vom 12. Juni 2012, Rn. 57 ff.: Der Zusammenhang zwischen den verfahrensgegenständlichen Normen und dem Unionsrecht sei „äußerst schwach und reich[e] keineswegs aus, um ein eindeutig feststellbares Interesse der Union an der Gewährleistung dieses konkreten Grundrechts [Art. 50 GRCh] zu begründen.“ Kritisch haben sich auch die schwedische, die tschechische, die dänische, die irische und die niederländische Regierung sowie die Europäische Kommission (!) geäußert, vgl. EuGH C-617/10, Rn. 16 – Fransson.

²⁵ Vgl. für eine Übersicht über den Streitstand nochmals Kingreen a.a.O. (Fn. 15), Art. 51 GRCh Rn. 10 ff.

²⁶ S.o. Fn. 24.

²⁷ Zu diesem Gesichtspunkt ebenfalls kritisch Weiß EuZW 2013, 287, 288.

lediglich das „Ob“ einer Strafbarkeit regelt und stellt stattdessen darauf ab, ob die zugrunde liegende Unionsnorm die Schwelle eines gewissen materiellen Regelungsgehalts²⁸ überschreitet, so würden sich daraus ohne Zweifel schwierige Abgrenzungsfragen ergeben. Insofern könnte man die Entscheidung des EuGH, diesen Aspekt nicht weiter zu thematisieren, also durchaus als Beitrag zur Rechtssicherheit begrüßen.²⁹

Zudem entfernt sich der EuGH im „Fransson“-Fall keineswegs so weit von der weitgehend anerkannten Auslegung des Art. 51 Abs. 1 GRCh,³⁰ dass von einem offensichtlichen Verstoß gegen das Kompetenzgefüge innerhalb der Union und damit von einem *ultra-vires*-Handeln im Sinne der entsprechenden Definition des BVerfG gesprochen werden könnte.³¹ Vielmehr scheint das Gericht - in recht forschem Ton - seine bisherige Rechtsprechung fortgeführt zu haben, wogegen selbst unter Zugrundelegung der Entstehungsgeschichte von Art. 51 Abs. 1 GRCh jedenfalls keine zwingenden Einwände erhoben werden können.³²

IV. Folgen für die Gerichtshierarchien

Fraglich ist, ob der EuGH seine grundrechtliche Prüfungskompetenz auch in anderen Sachgebieten derartig weit in die Sphäre mitgliedstaatlicher Eigenverantwortung verschieben wird, wie er es in der „Fransson“-Entscheidung getan hat. Daran könnte man zweifeln, wenn man bedenkt, dass das Gericht letztlich einen konkreten Einzelfall zu entscheiden hatte, in dem mit dem Umsatzsteuerrecht - wenn auch entfernt - eine Kernmaterie des europäischen Binnenmarkts berührt war. Auf anderen Themenfeldern hätte das Gericht sich wohlmöglich zurückhaltender gegeben.

Der Ton des Urteils sowie die abstrakt-dogmatische Begründung, die er der Entscheidung zugrunde gelegt hat, lassen jedoch eher darauf schließen, dass der EuGH bei der Anwendung des GRCh zukünftig ein (noch) größeres Selbstvertrauen an den Tag legen könnte, als dies bisher der Fall war. Bemerkenswert ist dabei, dass der EuGH den nationalen Gerichten gleichzeitig einen sehr weiten Beurteilungsspielraum einzuräumen scheint, was die Subsumtion unter das jeweilige Grundrecht angeht. So sei die Frage, ob der verwaltungsrechtliche Steuerzuschlag sich im Kontext des schwedischen Rechtssystems bereits als Strafe darstellt und eine erneute Verurteilung deshalb gegen den europäischen *ne-bis-in-idem*-Grundsatz verstoßen würde, vom nationalen schwedischen Gericht zu prüfen.³³ Selbst wenn in der „Fransson“-Entscheidung

also eine an sich begrüßenswerte Tendenz zu sehen ist, den europäischen Grundrechtsschutz mittelfristig um eine Ebene zu erweitern, so wird dieser Effekt durch das Urteil auch gleichzeitig wieder relativiert.

Trotzdem könnte die Entscheidung in Ländern, in denen den Gerichten von Verfassungen wegen keine Normverwerfungskompetenz zukommt (z.B. in Schweden oder in Großbritannien), eine Stärkung der Judikative bedeuten: Diese Gerichte bekommen durch eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der GRCh ein Instrument an die Hand, mit dem sie nationales Recht in Fällen für unanwendbar erklären können, in denen ihnen ein solches Vorgehen mit den herkömmlichen nationalen Mitteln der Gesetzesauslegung nicht möglich wäre.³⁴ Darüber hinaus könnten in allen Ländern die Fachgerichte profitieren, die im unteren Teil der nationalen Gerichtshierarchie angesiedelt sind, weil sie unabhängig von der Position der nationalen Obergerichte Vorlageverfahren vor dem EuGH einleiten und dabei durch die Formulierung der Vorlagefragen im Einzelfall erheblichen Einfluss auf den weiteren Verfahrensgang nehmen können. Die Ausübung des Anwendungsspielraums, den der EuGH den Mitgliedstaaten bei der Subsumtion unter die Vorschriften der Charta einräumt, wird allerdings regelmäßig durch die höchsten Gerichte in den Mitgliedstaaten erfolgen.

Unklar bleibt schließlich, in welchem Verhältnis die Grundrechtskontrolle des EuGH in Zukunft zur entsprechenden Kompetenz der nationalen Verfassungsgerichte stehen wird. Droht eine Marginalisierung des BVerfG?³⁵ Zu dieser Frage formuliert der EuGH in der „Fransson“-Entscheidung sowie in der am gleichen Tag ergangenen Entscheidung in Sachen „Melloni“ beinahe wortgleich, dass Art. 53 GRCh es den Mitgliedstaaten erlaube, im Einzelfall nationale Schutzstandards für Grundrechte anzuwenden, wenn dadurch „das Schutzniveau der Charta“ nicht „beeinträchtigt“ werde und es den nationalen Verfassungsgerichten im Einzelfall nicht ohnehin schon wegen des Vorrangs des Unionsrechts (z.B. durch eine einschlägige Richtlinienvorschrift) an einer Prüfungskompetenz mangle.³⁶ Bei mehrpoligen Grundrechtskollisionen beeinträchtigt eine höhere Gewichtung einer Grundrechtsposition automatisch den Schutz der entgegenstehenden Grundrechtsposition, so dass die nationalen Verfassungsgerichte in solchen Fällen wohl eine überlegene Prüfungskompetenz des EuGH anerkennen müssten.³⁷ Im Strafrecht liegt nach klassischer Lesart jedoch nur ein zweipoliges Verhältnis zwischen Bürger

²⁸ GA Villalón spricht in diesem Zusammenhang von einer „Präsenz des Rechts der Union“, die „nachhaltig genug [sein müsse], die Prüfung [...] [der] Vereinbarkeit [der nationalen Vorschriften] mit dem Recht der Union [d.h. der GRCh] und mithin durch den Gerichtshof rechtfertigen zu können“, Schlussanträge C-617/10, Rn. 27 – Fransson.

²⁹ So Rathke in: <http://www.juwiss.de/mangold-reloaded/>, zuletzt abgerufen am 20. April 2013.

³⁰ S.o. III. 1.

³¹ Vgl. BVerfGE 126, 286. Mit der gleichen Einschätzung Weiß EuZW 2013, 287, 289.

³² S.o. III. 1. in Fn. 12 - 14.

³³ Ausdrücklich EuGH C-617/10, Rn. 37 - Fransson.

³⁴ Thym in: Verfassungsblog v. 28. Februar 2013, <http://goo.gl/MNvrl>, zuletzt abgerufen am 20. April 2013. Ähnlich Jakob in: Verfassungsblog v. 27. März 2013, <http://goo.gl/WBtCA>, zuletzt abgerufen am 20. April 2013.

³⁵ Zu den diesbezüglichen Befürchtungen, die in der Wissenschaft und in der Politik bereits im Zuge der „ERT“-Rechtsprechung teilweise geäußert wurden, Borowsky a.a.O. (Fn. 5), Art. 51 Rn 24a m.w.N.

³⁶ EuGH C-617/10, Rn. 29 - Fransson; EuGH v. 26. Februar 2013 C399/11, Rz. 60 - Melloni = HRRS 2013 Nr. 223.

³⁷ Vgl. Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta (2005), S. 417 f. Umstritten ist allerdings, ob die GRCh überhaupt auf mehrpolige Grundrechtskonflikte anwendbar ist, einfürend Ladenburger a.a.O. (Fn. 12), Art. 51 Rn. 11 ff.

und Staat vor, so dass ein ggü. der GRCh überschießender nationaler Grundrechtsschutz hier denkbar ist.³⁸

V. Auswirkungen auf das Verhältnis der Mitgliedstaaten zur EMRK

Ein rechtlicher Nebenschauplatz der „Fransson“-Entscheidung findet sich schließlich in der Antwort des EuGH auf die erste Vorlagefrage des schwedischen Tatgerichts, die eine Klarstellung zum Verhältnis der nationalen Grundrechtsordnungen zur EMRK enthält. Um dies zu erkennen, ist folgende Vorüberlegung nötig: Art. 52 Abs. 3 GRCh³⁹ wird von vielen Stimmen in der Literatur so verstanden, dass er – sofern sich beide Normkataloge in ihrer Anwendung überschneiden – die GRCh mit den Wertungen der EMRK auflädt, wie sie durch die Rechtsprechung des EGMR geprägt sind.⁴⁰ Bedenkt man nun, dass die GRCh in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar ist,⁴¹ könnte man auf die Idee kommen, dass auch die EMRK über das Scharnier des Art. 52 Abs. 3 GRCh unmittelbare Anwendung in den Mitgliedstaaten findet und vermöge der dadurch erlangten „Durchschlagskraft“ entgegenstehendes nationales Recht neutralisieren kann. Genau diese Vorstellung schwingt in der Formulierung des schwedischen Gericht mit, in der es ausführt, „[n]ach schwedischem Recht m[ü]ss[e] eine klare Stütze in der EMRK oder in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vorhanden sein, damit ein nationales Gericht nationale Bestimmungen unangewendet lassen kann, [...] [die] gegen das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 4 des Protokolls Nr. 7 [EMRK] und damit auch [Hervorhebung d. Verf.] gegen Art. 50 der Charta verstoßen.“⁴² Kurz gesagt: Ein Verstoß gegen die EMRK führt zu einem Verstoß gegen die GRCh, ein Verstoß gegen die GRCh führt zur Neutralisierung kollidierender nationaler Normen.

Diesem Verständnis hatte sich der EuGH jedoch bereits in der knapp ein Jahr jüngeren Entscheidung in Sachen „Kamberaj“ verschlossen⁴³ und stellt im Anschluss daran auch in der „Fransson“-Entscheidung nochmals klar, dass das Unionsrecht das Verhältnis zwischen EMRK und den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht regelt und auch nicht bestimmt, „welche Konsequenzen ein nationales Gericht aus einem Widerspruch zwischen den durch

die EMRK gewährleisteten Rechten und einer nationalen Rechtsvorschrift zu ziehen hat“.⁴⁴ Diese Absage an eine Teilnahme der EMRK am Vorrang des Unionsrechts ist nicht verwunderlich, wenn man in Betracht zieht, dass der EuGH die EMRK dogmatisch lediglich als Rechtsquellenquelle betrachtet.⁴⁵ In materieller Hinsicht berücksichtigt das Gericht die Wertungen der EMRK bzw. des EGMR aber sehr wohl bei der Auslegung der GRCh,⁴⁶ und hat auch in der „Fransson“-Entscheidung die zu Art. 50 GRCh einschlägige Parallelvorschrift des Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK in seiner Entscheidungsbeurteilung zumindest zitiert.⁴⁷ Obwohl der EuGH eine formelle, unmittelbare Bindungswirkung der EMRK bzw. der EGMR-Entscheidungen im Innenverhältnis zwischen GRCh und nationalen Rechtsordnungen also verneint, geht von diesen Rechtsquellen jedenfalls eine starke materiell-rechtliche, mittelbare Orientierungswirkung für die Auslegung der GRCh aus.⁴⁸ Diesen Aspekt müssen die nationalen (Verfassungs-)Gerichte beachten, wenn sie die Verbindlichkeit der EMRK für die nationale Rechtsordnung z.B. mit der Begründung einschränken, diese weise lediglich völkerrechtlichen Charakter auf: Sobald in einem Strafverfahren EMRK-Rechte betroffen sind, die die GRCh parallel garantiert, sind derartige Souveränitätsvorbehalte fragwürdig, wenn man bedenkt, dass der EuGH der entsprechenden Norm der GRCh im Zweifel (mindestens) einen der EMRK entsprechenden Schutzzumfang zugestehen wird und diese Norm dann in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar ist.⁴⁹ Will ein nationales Gericht eine solche Wertung nicht antizipieren, muss es zumindest ein Vorlageverfahren an den EuGH gem. Art. 267 AEUV anstreben.

VI. Fazit

Es wäre wohl übertrieben davon zu sprechen, das Urteil in der Rechtssache „Fransson“ hätte das System des Grundrechtsschutzes in Europa in seinen Grundfesten erschüttert. Nicht von der Hand zu weisen ist indes, dass der EuGH sich in Fortentwicklung seiner bisherigen Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der EU-Grundrechte weit in den genuin mitgliedstaatlichen Kompetenzbereich der Strafgewalt vorgewagt hat. Für die Frage, ob die GRCh auf Hoheitsakte der Mitgliedstaaten anwendbar ist, kann vor diesem Hintergrund zukünftig nur eine verlässliche Regel gelten: Im Zweifel ist die Charta anwendbar.

Gleichzeitig hat der EuGH den nationalen Gerichten einen weiten Entscheidungsspielraum bei der Frage eingeräumt, wann eine unzulässige Doppelbestrafung i.S.d.

³⁸ Skeptisch, ob ein Vergleich der beiden Schutzstandards in der Praxis möglich ist, Bühler, (Fn. 37), S. 417 ff.

³⁹ „Soweit die Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz gewährt.“

⁴⁰ Callewaert EuGRZ 2003, 198, 200; eingeschränkt Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 48. Erg.-Lfg. (2012), Art. 6 EUV Rn. 48; Naumann EuR 2008, 424 (passim); Winkler EuGRZ 2001, 18, 23 ff. Borowsky a.a.O. (Fn. 5), Art. 52 Rn. 34 geht sogar von einem „materiellen Beitritt“ der EU zur EMRK aus.

⁴¹ Jaras a.a.O. (Fn. 14), Art. 51 Rn. 13.

⁴² EuGH C-617/10, Rn. 15 - Fransson.

⁴³ EuGH v. 24. April 2012 C-571/10, Rn. 62 - Kamberaj.

⁴⁴ EuGH C-617/10, Rn. 44 - Fransson.

⁴⁵ EuGH Slg. 1996, I-1759, 1789 Rn. 33 ff. - Gutachten 2/94; vgl. Kingreen a.a.O. (Fn. 15), Art. 52 GRCh Rn. 33.

⁴⁶ Zur Entwicklung dieser Rechtsprechung Kingreen a.a.O. (Fn. 15), Art. 52 GRCh Rn. 32.

⁴⁷ Vgl. EuGH C-617/10, Rn. 3. Die einschlägige EGMR-Rechtsprechung zu parallelen straf- und verwaltungsrechtlichen Sanktionierungen bleibt allerdings unerwähnt, vgl. Weiß EuZW, 287, 291.

⁴⁸ Gaede in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Band IX, Böse (Hrsg.) Europäisches Strafrecht (2013 im Erscheinen), § 9 Rn. 28.

⁴⁹ Vgl. Gaede a.a.O. (Fn. 48), § 9 Rn. 19.

Art. 50 GRCh vorliegt. Es steht zu vermuten, dass er zukünftig in Bezug auf andere Grundrechte einen ähnlichen Standpunkt einnehmen wird, denn sich unionsweit als grundrechtliche Superrevisionsinstanz zu gerieren, läge wohl schon aus Gründen der Kapazität nicht im Interesse des Gerichts. Mit Spannung bleibt jedoch abzuwarten, wie sich das Verhältnis zwischen dem EuGH

und den nationalen Verfassungsgerichten in Hinblick auf die GRCh entwickeln wird. Mit der „Fransson“-Entscheidung hat ersterer jedenfalls ein deutliches Signal gesetzt, die Entwicklung des Grundrechtsschutzes in seiner europäischen Dimension fortan forcieren zu wollen.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Ingo Flore/Michael Tsambikakis (Herausgeber): Steuerstrafrecht Kommentar, Carl Heymanns Verlag, 1406 Seiten, 144 €, Köln 2013.

Wenn auch, wie die Herausgeber im Vorwort festhalten, der Markt an Publikationen im Steuerrecht und im Strafrecht allgemein übersättigt ist, so gilt dies nicht für die steuerstrafrechtliche Ausbildungsliteratur. Hier existiert lediglich eine Handvoll seriöser Veröffentlichungen – korrespondierend damit, dass die Materie an den Universitäten (noch) als randseitig wahrgenommen wird und deutlich außerhalb des Pflichtprogramms der beiden Examina liegt: Ein Volljurist muss – nach den aktuellen Prüfungsordnungen – nicht wissen, wo der Straftatbestand der Steuerhinterziehung normiert ist.

Damit kontrastiert die heutige praktische Bedeutung des Steuerstrafrechts. Salditt stellt in seiner „Einführung“ zum neuerschienenen Kommentar programmatisch den (bei Joecks entlehnten) Begriff des Klimawandels voran: In einer von medial spektakulären Fällen begleiteten Entwicklung haben Gesetzgeber und Justiz bekanntlich den Umgang mit Steuerstraftätern deutlich verschärft, wobei zuletzt der strafprozessual fragwürdige Ankauf von Daten-CDs sowie die Neuregelung der Selbstanzeige im Fokus standen. Angesichts dieser Sachlage versteht sich, so die Herausgeber im Vorwort, „diese Neukommentierung des Steuerstrafrechts ... als Rettungsschirm“. Sie „richtet sich an die Praxis“, soll nämlich dem „Prakti-

ker im Alltag“ ein Arbeitsmittel sein, das in diesem Zugschnitt in der Tat bisher auf dem Markt noch kaum vertreten ist: „der einbändige Kommentar“ zum Steuerstrafrecht.

Zweierlei Schwierigkeiten muss ein solcher Kommentar meistern. Zum einen überlagern sich hier mit dem Steuer- und dem Strafrecht zwei Rechtsgebiete in komplexer Weise, die ihrerseits bereits überaus komplex sind (erwähnt seien nur der auch für einen Straftatbestand vergleichsweise sehr komplizierte § 370 AO sowie der im Steuerstraftprozess auf die Spitze getriebene Interessenkonflikt um die Selbstbelastungsfreiheit). Für die Kommentierung bedarf es also steuer- und straf(prozess)rechtlichen Spezialsachverständes, und zugleich muss ein praxisorientierter Kommentar so gefasst sein, dass er in den jeweiligen Passagen auch dem jeweils nicht spezialisierten Leser verständlich ist. Die Aufgabe ruft die von Staatsanwalt Paravant in Thomas Manns Zauberberg unternommene Quadratur des Kreises in Erinnerung, und es ist beeindruckend, wie weit sie in dieser Neukommentierung bewältigt wird.

Die zweite Schwierigkeit, die insbesondere ein Kommentar zum Steuerstrafrecht meistern muss, liegt darin, dass, wenn auch der Begriff Kommentar es vorgibt, die Materie entlang den Tatbestandsvoraussetzungen der gegenständlichen Normen zu entwickeln, die Darstellung doch auch systematisch klar und konsistent sein soll. Beschränkt man die Kommentierung (konsequent) auf die §§ 369 ff.

AO, so kommt man nicht umhin, die Probleme des strafrechtlichen Allgemeinen Teils im Wesentlichen in die Kommentierung zu § 369 und § 370 AO einzuflechten, was zwar logisch schlüssig, aber nicht unbedingt übersichtlich ist. Flore und Tsambikakis begegnen dieser Schwierigkeit, indem sie wichtige Vorschriften des StGB separat kommentieren lassen. Wie die Umsetzung dieser originellen und einleuchtenden Herangehensweise und allgemein die Überwindung der zweitgenannten Schwierigkeit gelingt, soll im Fokus dieser Besprechung stehen.

Das Werk umfasst in seiner Gesamtanlage drei Teile: „Materielles Steuerstrafrecht“, „Steuerstrafverfahrensrecht“ und „Steuerrecht als ausfüllende Normen“. Der erste Teil untergliedert sich in „1. Kapitel Abgabenordnung“ (unterteilt in die Abschnitte „Strafvorschriften“ und „Bußgeldvorschriften“) und „2. Kapitel Strafgesetzbuch“. Das überzeugt im Ganzen; systematisch angreifbar ist der erste Teil indes insofern, als die Vorschriften zu den Steuerstraftaten (im engeren Sinn) auseinandergerissen sind und dass kein – zu erwartendes – Kapitel zum OWiG enthalten ist. Ein systematischer Überblick zu Letzterem findet sich, eher versteckt, in der Anmerkung zu § 377 AO, hier Rn. 31 ff.

Wichtige Strukturierungsfragen stellen sich mit Blick auf die Kommentierung zu § 369 AO. Sachlich sind die dortigen Ausführungen unangreifbar, aber warum etwa die §§ 148 ff. StGB, anders als § 257 StGB, nur im Rahmen der Kommentierung zu § 369 Abs. 1 AO, nicht im „2. Kapitel Strafgesetzbuch“ kommentiert werden, bleibt offen. Ebenso, dass bezogen auf § 369 Abs. 2 AO etwa § 1 und die §§ 2 ff. StGB ausführlich erörtert werden und nicht im „2. Kapitel Strafgesetzbuch“, wie die §§ 13, 15-17, 22-24, 25-27, 46 ff. und 78 ff. StGB. Auch dass § 14 StGB nicht hier, sondern unter dem Stichwort „Unternehmensstrafrecht“ im Rahmen der kommentierenden Einführung in die Bußgeldvorschriften §§ 377 ff. AO erläutert wird, erschließt sich nicht ohne Weiteres.

Prüfstein für die neugewählte Systematik muss sodann die Kommentierung zu § 370 AO sein: Gelingt es, diese mit Blick auf die selbständige Kommentierung der Normen des Strafgesetzbuchs von der Darstellung der AT-Dogmatik zu entlasten? Aufs Ganze gesehen ist die Frage zu bejahen; irritierend wirken indes die Ausführungen in Rn. 32-80, die die strafrechtliche Beteiligungslehre ab ovo angehen („Das allgemeine Strafrecht unterscheidet verschiedene Täterformen...“, Rn. 34) und auch entlegene Fragen klären (etwa „Die Anstiftung zur Anstiftung...“, Rn. 61). Auch dass die Irrtumslehre hier (§ 370 AO Rn. 653-665) und als Kommentierung der §§ 15-17 StGB (im Kapitel Strafgesetzbuch) auf ähnliche Weise und in ähnlichem Umfang dargestellt wird, konterkariert den Zweck der getrennten Darstellung von AO und StGB.

Im „2. Teil Steuerstrafverfahrensrecht“ bestehen, bei überzeugender Gesamtanlage, vergleichbare Angriffspunkte: Ist es konsequent, im „1. Kapitel Strafverfahren“ die klarstellende Verweisungsnorm § 385 Abs. 1 AO (also Parallelnorm zu § 369 Abs. 2 AO) als Aufhänger für eine Kurzeinführung in das Strafverfahren nach der StPO zu wählen, anstatt, strukturanalog zur Darstellung des materiellen Steuerstrafrechts, die zentralen Vorschriften

der StPO separat zu kommentieren? Das kurze „2. Kapitel Bußgeldverfahren“ ist schlüssig implementiert und strukturiert. Wie aber sind das „3. Kapitel Steuergeheimnis (§§ 30, 30a AO)“, das „4. Kapitel Steuerschuldrecht (§§ 40-42 AO)“ oder das „7. Kapitel Steuerfestsetzung (§ 162 AO)“ mit ihrer Stellung im „2. Teil Steuerstrafverfahrensrecht“ vereinbar, zumal es einen „3. Teil Steuerrecht als ausfüllende Normen“ gibt, wohin sie wohl besser passten?

Überhaupt einen solchen „3. Teil“ zu bilden, überzeugt wiederum als Strukturierungsidee. Welche Normen des Steuerrechts sind hier nun zu wählen, wie ist dieses überdimensionierte Rechtsgebiet zu repräsentieren? Für die wichtigsten Steuerarten zentrale Einzelvorschriften (§ 4 EStG, § 8 KStG) herauszugreifen, ist hier ebenso plausibel wie die anschließende Erläuterung zunächst exemplarisch der kommunalen Sanktionsvorschriften §§ 17, 20 KAG NW, sodann der §§ 26b, 26c UStG. Diese letzteren Normen sind nun aber gerade keine „steuerrechtlichen ausfüllenden Normen“, wie es die Überschrift des „3. Teils“ erwarten lässt, sondern normieren selbst Steuerstraftaten (und -ordnungswidrigkeiten) und sind ihrerseits ausfüllungsbedürftig.

Nach all diesen (detail-)kritischen Anmerkungen muss zweierlei in aller Klarheit hervorgehoben werden: Zum ersten ist ein unangreifbarer, das heißt ebenso systematisch schlüssiger wie sich dem Praktiker bei erster Nutzung erschließender und zugleich praktikabler Aufbau eines Kommentars zum Steuerstrafrecht bisher gar nicht bekannt. Weitergreifend existiert für das Steuerstrafrecht (vor dem erwähnten Hintergrund spärlicher Ausbildungsliteratur) noch keine etablierte systematisch schlüssige Darstellung der Materie, auf die rekurriert werden könnte. Mit der verdienstvollen und zugleich faszinierenden Absicht, den Komplex Steuerstrafrecht in all seinen Dimensionen in einem Buch einzufangen, bringen die Herausgeber also eine Diskussion erst ins Rollen, die in anderen Rechtsgebieten seit Jahrzehnten, ja teils seit Jahrhunderten andauert. Sie kann über die Frage der Darstellung hinaus die systematische Interaktivität von Strafrecht und Steuerrecht befruchten.

Zum zweiten muss, nochmals, hervorgehoben werden, dass die hiesige Stellungnahme das Problem der Systematik und Struktur des Gesamtkonzepts fokussiert, keineswegs aber den Anspruch erhebt, die vorgelegte Neukommentierung umfassend zu beschreiben oder zu bewerten. Insofern sei nur knapp angemerkt, dass die Texte auf den ersten Blick die Expertise der (fast durchgehend der Anwaltschaft angehörenden) ca. vierzig Kommentatorinnen und Kommentatoren erkennen lassen. Dass Diskussionen, die wissenschaftlich durchaus indiziert, aber für die Praxis in Anbetracht gefestigter Rechtsprechung eher zweitrangig sind, zumeist nur knapp dargestellt sind, entlastet den praxisorientierten Leser in sinnvoller Weise. Die besondere Gewichtung, die die internationalen Bezüge des Steuerstrafrechts erfahren, entspricht ihrer wachsenden praktischen Bedeutung. Wenn auch jenseits der Auslegung der Rechtsvorschriften relevante Fakten (exemplarisch herausgegriffen sei die „Tatsächliche Verständigung“ in ihrem Verhältnis zur strafprozessualen Absprache im 2. Teil, 11. Kapitel) erfahrungssicher und instruktiv dargelegt werden, so rundet

Schrifttum

dies das Bild: Dem Praktiker wird mit diesem ebenso kompakten wie umfassenden Leitfaden, wie die Herausgeber es beanspruchen, ein nützliches und selbstverständlich topaktuelles „Hauptwerkzeug“ an die Hand gegeben.

Prof. Dr. Georg Steinberg, EBS Wiesbaden

Detlef Burhoff: Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 6. Aufl. (2013), 2368 Seiten inkl. CD-ROM, 118 €, ZAP Verlag, Münster 2013.

Anfang des Jahres ist die aktualisierte 6. Auflage des zum Klassiker gewordenen Handbuchs für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren erschienen. Das Standardwerk für Strafverteidiger ist mittlerweile auf über 2100 Seiten angewachsen und wurde von Herrn *Burhoff* auf den neuesten Stand gebracht. Stand der eingearbeiteten Rechtsprechung ist der September 2012. Im Ermittlungsverfahren werden in vielen Fällen die Weichen für das Hauptverfahren gestellt. Dieses Buch gibt äußerst praxisnah viele Hinweise, um in diesem Verfahrensabschnitt die Rechte des Beschuldigten zu wahren. Wie gewohnt, stellt Herr *Burhoff* nicht allein die „herrschende Meinung“ dar, sondern verweist auf alternative Sichtweisen.

Auch die 6. Auflage folgt dem von Herrn *Burhoff* gewohnten alphabetischen Aufbau nach Stichwörtern. Diese Darstellungsform ermöglicht es dem Benutzer schnell an der gestellten Frage orientiert diese auch erschöpfend zu beantworten. Sehr hilfreich ist das wirklich umfassende Stichwortverzeichnis am Ende des Buches, welches den Nutzer zielsicher zu den richtigen Abschnitten führt. Im Gegensatz zur vorherigen 5. Auflage wurde das Stichwortverzeichnis um die Stichwörter „Kontakte des Verteidigers zu Geschädigten“, „Kontakte des Verteidigers zum Zeugen“, „reduzierte Besetzung der großen Straf-

kammer“, „Verkehr mit dem inhaftierten Beschuldigten“ und „Verzögerungsrüge/Verfahrensverzögerung“ erweitert. Damit wurden die gesetzlichen Neuregelungen im „Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren“ und im „Gesetz über die Besetzung der großen Straf- und Jugendkammern in der Hauptverhandlung und zur Änderung weiterer gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften sowie des Bundesdisziplinargesetzes“ eingearbeitet.

Am Ende des Buches ist ein umfassendes Entscheidungsregister angefügt, welches es leicht macht, die zitierte Entscheidung im Volltext zu finden. Sämtliche Entscheidungen, die ab dem Jahre 2006 veröffentlicht wurden finden sich auf der beigelegten CD-ROM im Volltext wieder. Auf dieser CD finden sich auch wie in den Vorauflagen sämtliche Muster und Formulierungshilfen. Es sind auf der CD-ROM die wesentlichen Gesetze verlinkt.

Neu und sehr anwenderfreundlich ist das Angebot, das Handbuch als so genanntes jBook kostenlos online auf www.jurion.de frei zu schalten. Der 6. Auflage gelingt damit die Verknüpfung der neuen Medien mit der klassischen Nutzung des Druckwerks. Der Anwender kann über seinen Laptop oder Tablet das gesamte Buch unterwegs oder am Arbeitsplatz online nutzen und dort sämtliche Rechtsnormen und Gesetze einsehen. Zudem existiert eine Suchmaschine, wie in einer Datenbank, welche das Suchen nach Stichwörtern zur Problemlösung noch einmal deutlich erleichtert.

FAZIT: Auch in der neuen 6. Auflage darf dieses Handbuch in keiner anwaltlichen Bibliothek fehlen. Selbst wenn man nur gelegentlich mit strafrechtlichen Mandaten befasst ist, ist dieses Buch ein unverzichtbarer Helfer.

RA, FA für Strafrecht und für Verkehrsrecht **Tobias Glienke**, Berlin

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.

311. BVerfG 2 BvR 2000/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 11. März 2013 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung; Vertrauensschutz (Verhältnismäßigkeit; strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen; EMRK; „Neufälle“).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66b Abs. 1 StGB a.F.; Art. 5 EMRK; § 1 Abs. 1 ThUG

312. BGH 1 StR 18/13 - Beschluss vom 5. März 2013 (LG Rottweil)

Unbegründeter Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 346 Abs. 1 StPO

313. BGH 1 StR 24/13 - Beschluss vom 19. Februar 2013 (LG Nürnberg-Fürth)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

314. BGH 1 StR 310/12 - Beschluss vom 21. November 2012 (LG Hamburg)

BGHSt; Verwertbarkeit mittels Rechtshilfe eines ausländischen Staates erlangter Beweise (inländisches Recht; Nichteinhaltung der maßgeblichen rechtshilferechtlichen Bestimmungen und unzureichende Begründung ausländischer Anordnungsbeschlüsse bei der Telekommunikationsüberwachung; hypothetischer Ersatzeingriff; Recht auf ein faires Verfahren; Überprüfung der Rechtmäßigkeit nach dem Recht des ersuchten Staates innerhalb der EU und Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung; Schutz der Souveränität und erforderliches Vertrauen).

Art. 82 Abs. 2 Satz 2 a) AEUV; Art. 3 EMRK; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 73 IRG; Art. 22 EU-RhÜbk; Art. 17 Abs. 2 und 5 EurRhÜbk CZ-ErgVtr; § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 261 StPO; § 168c StPO

315. BGH 1 StR 506/12 - Beschluss vom 6. Februar 2013 (LG München II)

Bedeutung der Konnexität für den Begriff des Beweisantrages (Abgrenzung zur Zulässigkeit).

§ 244 Abs. 3 StPO

316. BGH 1 StR 529/12 - Beschluss vom 6. Februar 2013 (LG Essen)

Divergenz zwischen der Urteilsformel in der Sitzungsniederschrift und dem Tenor in der Urteilsurkunde (authentische Wortlaut der Urteilsformel; Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls; kein Berichtigungsbeschluss bei mangelnder Offensichtlichkeit; Schreibversehen).

§ 274 StPO

317. BGH 1 StR 537/12 - Beschluss vom 22. November 2012 (LG Hof)

BGHSt; Steuerverkürzung und Steuervorteil der Steuerhinterziehung (Bezifferung ungerechtfertigt erlangter Steuervorteile: unrichtiger Feststellungsbescheid); Bestimmtheitsgrundsatz (Verschleifungsverbot; Entgrenzungsverbot: erforderliche Bezifferung).

§ 370 Abs. 1, Abs. 4 AO; § 182 Abs. 1 Satz 1 AO; Art. 103 Abs. 2 GG; § 263 StGB; § 370 AO

318. BGH 1 StR 606/12 - Beschluss vom 19. Februar 2013 (LG Hagen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StGB

319. BGH 1 StR 7/13 - Beschluss vom 21. Februar 2013 (LG Augsburg)

Unzulässige Revision.

§ 349 Abs. 1 StPO

320. BGH 2 StR 422/12 - Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Feststellung des Vermögensschadens beim Betrug (Gefährdungsschaden; Saldierungszeitpunkt; Kreditbetrug; kick-back-Zahlungen; Bedeutung werthaltiger Sicherungen).

§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

321. BGH 2 StR 516/12 - Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Koblenz)

Gewerbsmäßiger unerlaubter Handel mit Betäubungsmitteln.

§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG

322. BGH 2 StR 524/12 - Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Gefährliche Körperverletzung (hinterlistiger Überfall; strafscharfende Bedeutung mehrfach verwirklichter Tatalternativen).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 5 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

323. BGH 2 StR 536/12 - Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Köln)

Mangelnde Besorgnis der Befangenhait bei unsachgemäßer Aufforderung des Verteidigers zu einer Entschuldigung für sein Verhalten im Prozess.

Art. 6 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO

324. BGH 2 StR 542/12 - Beschluss vom 13. Februar 2013 (LG Bad Kreuznach)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung.

§ 54 StGB

325. BGH 2 StR 567/12 - Beschluss vom 26. Februar 2013 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

326. BGH 2 StR 570/12 - Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Gera)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Anfertigung pornographischer Abbildungen).

§ 176 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 StGB

327. BGH 2 StR 576/12 - Beschluss vom 13. Februar 2013 (LG Erfurt)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern (Glaubhaftigkeitsbeurteilung).

§ 176 StGB; § 261 StPO

328. BGH 2 StR 595/12 - Beschluss vom 17. Januar 2013 (LG Koblenz)

Wirksame Rücknahme der Revision.

§ 302 StPO

329. BGH 2 StR 596/12 - Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Aufhebung eines Strafausspruchs wegen moralisierender Erwägungen (vermeintliche Ausnutzung eines Vertrauensverhältnisses; mangelnde Feststellungen).

§ 46 StGB

330. BGH 2 StR 600/12 - Beschluss vom 12. März 2013 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

331. BGH 2 StR 600/11 - Beschluss vom 12. Februar 2013 (BGH)

Unbegründete Erinnerung.

§ 66 Abs. 1 GKG

332. BGH 2 ARs 337/12 (2 AR 251/12) - Beschluss vom 7. Februar 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

333. BGH 4 StR 510/12 - Beschluss vom 30. Januar 2013 (LG Bochum)

Urkundenfälschung (Herstellen einer unechten Urkunde: kein eigenhändiges Delikt; Mittäterschaft; zur Täuschung im Rechtsverkehr; Konkurrenz zwischen Gebrauchen und Herstellen).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 1 1. Alt. StGB

334. BGH 4 StR 553/12 - Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Essen)

Aufklärungshilfe (Kronzeugenregelung; Hinweise vom Hörensagen); Adhäsionsentscheidung unter Vorbehalt (Legalzession).

§ 46b StGB; § 100a Abs. 2 StPO; § 116 SGB X; § 86 VVG; § 403 StPO

335. EuGH C-617/10 - Urteil der Großen Kammer des EuGH vom 26. Februar 2013 (Fransson)

Anwendungsbereich der Charta der Grundrechte der Europäischen Union im Strafverfahren (ne bis in idem: Steuerstraftaten und Verwaltungssanktionen; Durchführung des Unionsrechts: Bekämpfung von Gefährdungen der Eigenmittel der Union; Vorrang des Unionsrechts); Steuerhinterziehung; Stellung der EMRK im Unionsrecht; Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens.

Art. 50 GRC; Art. 50 GRC; Art. 103 Abs. 3 GG; § 370 AO; § 18 UStG; Art. 1 EMRK; Art. 4 des 7. ZP zur EMRK; Art. 22 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem

336. BGH 1 StR 165/12 - Beschluss vom 19. Dezember 2012 (LG Berlin)

BGHSt; Auslieferung nach dem EuAIÜbk (Spezialitätsgrundsatz als Verfahrenshindernis: Wegfall bei Ausreise und Rückkehr ins Bundesgebiet, Hinweispflicht); gewerbs- und bandenmäßiger Betrug (Täuschung über Bestehen eines Umsatzsteuervorabzuganspruchs: Rechnung als materielle Anspruchsvoraussetzung; Irrtum).

Art. 14 Abs. 1 Buchst. b EuAIÜbk; § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG; § 370 AO

337. BGH 1 StR 275/12 - Urteil vom 19. Februar 2013 (LG Regensburg)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose: schwere Sexualstraftaten im Sinne der Maßgabe des BVerfG; gerichtliches Ermessen); schwerer sexueller Missbrauch von Kindern.

§ 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB; § 176a Abs. 2 StGB

338. BGH 1 StR 408/12 (alt: 1 StR 272/09) – Beschluss vom 7. Februar 2013 (LG Traunstein)

Erinnerung gegen die Kostenentscheidung; Kostensätze mehrerer eingelegter Rechtsmittel; Kostensatz bei Aufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht.

§ 66 Abs. 1 GKG; § 473 Abs. 1 Satz 1 StPO

339. BGH 1 StR 459/12 - Beschluss vom 23. Januar 2013 (LG Augsburg)

Faktischer Geschäftsführer (weiterer formeller Geschäftsführer: beherrschende Stellung); Betrug (Verknüpfung von Täuschung und Schaden; Aufhebung des Strafausspruchs bei fehlerhaft festgestelltem Schaden); Verstän-

digung (Drucksituation durch erneute Invollzugsetzung eines Haftbefehls; Überprüfung des Geständnisses; rechtliche Beurteilung als Inhalt eines Geständnisses).
§ 14 Abs. 3 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 257c StPO

340. BGH 1 StR 416/12 - Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Heidelberg)

BGHSt; versuchter Computerbetrug im Lastschriftverfahren (unbefugte Verwendung von Daten; Verwendung unrichtiger Daten; Eintritt eines Gefährdungsschadens bei angeblich Zahlungspflichtigen und erster Inkassostelle; Kausalität; Dreiecksbetrug: Näheverhältnis zwischen Bank und Kunde; Tatentschluss).
§ 263a StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

341. BGH 1 StR 553/12 - Beschluss vom 5. Februar 2013 (LG Freiburg)

Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit (Beziehung der Beweistatsache zum Verfahrensgegenstand; Anforderung an die Begründung).
§ 244 Abs. 3, Abs. 6 StPO

342. BGH 1 StR 585/12 - Beschluss vom 20. Februar 2013 (LG Stuttgart)

BGHSt; gefährliche Körperverletzung (lebensgefährdende Behandlung); Einwilligung (Verstoß gegen die guten Sitten; Gefährlichkeitsmaßstab, ex-ante-Prognose, Gesamtbetrachtung der Umstände, Bestimmtheitsgrundsatz; keine Sittenwidrigkeit bei der Gefährlichkeit ausschließenden Regeln; besondere Gefährlichkeit bei mehreren Beteiligten; Eskalationsgefahr); Schlägerei; Dritte Halbzeit.
Art. 103 Abs. 2 GG; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 228 StGB; § 231 StGB

343. BGH 1 StR 663/12 - Beschluss vom 5. Februar 2013 (LG Augsburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Strafmilderung wegen freiwilliger weiterer Tatabdeckung.
§ 29a Abs. 1 BtMG; § 31 Abs. 1 Nr. 1 BtMG i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB

344. BGH 2 StR 224/12 - Beschluss vom 30. Januar 2013 (LG Frankfurt)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Beihilfe als minderschwere Fall).
§ 30 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 BtMG; § 27 StGB

345. BGH 2 StR 453/12 - Urteil vom 30. Januar 2013 (LG Erfurt)

Beweiswürdigung (Anforderung an die Begründung eines Freispruchs).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

346. BGH 2 StR 468/12 - Urteil vom 30. Januar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Beweisantrag (Ablehnung wegen völliger Ungeeignetheit).
§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

347. BGH 2 StR 510/12 - Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Trier)

BGHSt; Unterbrechung der Verfolgungsverjährung (Bauftragung eines Sachverständigen im Verfahren gegen Unbekannt; vorheriges eingestelltes Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten).
§ 78c Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB; § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO

348. BGH 2 StR 520/12 - Beschluss vom 16. Januar 2013 (LG Gera)

Gefährliche Körperverletzung (lebensgefährdende Behandlung; Faustschläge ins Gesicht).
§ 223 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

349. BGH 2 StR 542/12 - Urteil vom 13. Februar 2013 (LG Bad Kreuznach)

Beweiswürdigung; Strafaussetzung zur Bewährung aus besonderen Umständen (Anforderungen an die Begründung).
§ 261 StPO; § 56 Abs. 2 StPO

350. BGH 4 StR 246/12 - Beschluss vom 13. Februar 2013 (LG Essen)

Keine Urteilszustellung vor Fertigstellung des Protokolls (Begriff der Fertigstellung).
§ 273 Abs. 4 StPO; § 271 Abs. 1 Satz 1 StPO

351. BGH 4 StR 357/12 - Urteil vom 28. Februar 2013 (LG Arnsberg)

Totschlag (Tötungsvorsatz; Gesamtwürdigung, offen zu Tage liegende Gefährlichkeit der Handlung als Indiz, Abgrenzung von zwingendem Beweisgrund, Hemmschwelle); verminderte Schuldfähigkeit wegen tiefgreifender Bewusstseinsstörung (affektive Erregung bei Tötungsdelikten; Gesamtwürdigung); Ablehnung von Beweisanträgen (Unterstellung einer Tatsache als wahr).
§ 212 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 244 Abs. 2 Satz 3 StPO

352. BGH 4 StR 380/12 - Beschluss vom 30. Januar 2013 (LG Stuttgart)

Alter des Angeklagten als beweisrelevante Tatsache (Strengbeweisverfahren); unzulässige Beweismittel (völlige Ungeeignetheit bei Sachverständigengutachten).
§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO

353. BGH 4 StR 430/12 - Urteil vom 28. Februar 2013 (LG Essen)

Gefährliche Körperverletzung (lebensgefährliche Behandlung); Strafzumessung (Verhältnis von minderschwere Fall und gesetzlich vertyperten Strafmilderungsgrund; Täter-Opfer-Ausgleich).
§ 224 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 1, 2 HS StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46a StGB

354. BGH 4 StR 527/12 - Beschluss vom 30. Januar 2013 (LG Halle)

Vorsätzliches Fahren ohne Fahrerlaubnis; vorsätzliche Trunkenheit im Verkehr (Begriff des Straßenverkehrs; private Flächen als öffentlicher Verkehrsraum).
§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG; § 2 Abs. 1 StVG; § 316 Abs. 1 StGB

355. BGH 4 StR 532/12 - Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Bielefeld)

Zulässiges Verteidigungsverhalten (Berufen auf Notwehr); Doppelverwertungsverbot
§ 46 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 32 StGB

356. BGH 4 StR 537/12 - Urteil vom 28. Februar 2013 (LG Magdeburg)

Bildung einer Gesamtstrafe (revisionsrechtliche Überprüfung); Verständigung (keine Bindungswirkung einer Strafrahmenszusage nach Zurückverweisung).
§ 54 StGB; § 354 Abs. 1b; § 257c StGB

357. BGH 4 StR 580/11 - Beschluss vom 20. Dezember 2012 (LG Bochum)

Betrug durch manipulierte Fußballwetten (konkludente Täuschung: Bestimmtheitsgebot; Vermögensschaden bei Sportwetten: Eingehungs- und Erfüllungsbetrag, schadensgleiche Vermögensgefährdung, Bezifferung des Quotenschadens, Bedeutung bilanzrechtlicher Methoden; Kausalität; bandenmäßige Begehung; Mittäterschaft); Computerbetrag (Sportwettenbetrag; unbefugtes Verwenden von Daten: betrugsspezifische Auslegung); Divergenzvorlage.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 263a Abs. 1 StGB; § 132 Abs. 2 GVG

358. BGH 3 StR 12/13 - Beschluss vom 5. Februar 2013 (LG Düsseldorf)

Unzulässigkeit der nicht fristgerecht eingelegten Revision.

§ 341 Abs. 1 StPO

359. BGH 3 StR 199/12 - Beschluss vom 15. November 2012 (LG Rostock)

BGHR; Berücksichtigung berufsrechtlicher Folgen bei der Strafzumessung (hier: Verlust des Beamtenstatus); Konkurrenzen bei einer Deliktserie unter Beteiligung mehrerer; Bankrottstrafbarkeit („Firmenbestattung“; Zurechnung der Handlungen des „Firmenbestatters“ gegenüber den ursprünglichen Geschäftsführern; faktische Geschäftsführer; Handeln „als“ Organ nach Aufgabe der „Interessentheorie“).

§ 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB; § 14 StGB

360. BGH 3 StR 395/12 - Beschluss vom 4. Februar 2013 (LG Hannover)

Auslieferung (Grundsatz der Spezialität; Gesamtstrafe; Verbot der Einbeziehung von mangels Zustimmung der ausländischen Behörden nicht vollstreckbaren Strafen).

§ 55 StGB; § 83h IRHG

361. BGH 3 StR 407/12 - Urteil vom 20. Dezember 2012 (LG Hannover)

BGHSt; prozessuale Tatidentität im Betäubungsmittelstrafrecht; Bandenmitgliedschaft trotz lediglich als Beihilfe zu bewertender Beiträge; Begriff des „Handeltreibens“; nicht geringe Menge bereits bei Beginn der Aufzucht; konkurrenzrechtlich einheitliche Tat trotz mehrerer Anbauvorgänge; keine automatische Garantenstellung des Wohnungsinhabers; Besetzungsrüge; Anforderungen an die Begründung der Verfahrensrüge.

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 264 StPO; § 76 GVG

362. BGH 3 StR 481/12 - Beschluss vom 4. Februar 2013 (LG Bückeburg)

Kammerbesetzung bei Nachholung des Eröffnungsbeschlusses.

§ 76 GVG; § 199 StPO

363. BGH 5 StR 11/13 - Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Flensburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

364. BGH 5 StR 13/13 - Beschluss vom 6. März 2013 (LG Berlin)

Schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (Strafzumessung; rechtsfehlerhafte strafschärfende Berücksichtigung eines nur vermeintlichen Vertrauensmissbrauchs gegenüber der Mutter des Opfers); Sicherungsverwahrung.

§ 176a StGB; § 66 StGB

365. BGH 5 StR 21/13 (alt: 5 StR 269/12) - Beschluss vom 19. Februar 2013 (LG Saarbrücken)

Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung nach Aufhebung.

§ 267 StPO; § 46 StGB

366. BGH 5 StR 25/13 - Beschluss vom 5. März 2013 (LG Saarbrücken)

Beeinträchtigung der Steuerfähigkeit trotz planvollem Vorgehen; Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf die Feststellung der Voraussetzungen der verminderten Schuldfähigkeit.

§ 21 StGB

367. BGH 5 StR 306/12 - Urteil vom 20. Februar 2013 (LG Potsdam)

BGHSt; Verfall (Nichtanordnung aufgrund entgegenstehender Ansprüche bei Delikten zum Schutz von Allgemeininteressen); Rückgewinnungshilfe (Nichtbezeichnung des Erlangten im Urteil; Ermessen; Anforderungen an die Verfahrensrüge).

§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 111i Abs. 2 StPO

368. BGH 5 StR 423/12 - Beschluss vom 6. März 2013 (LG Berlin)

BGHSt; Glaubhaftigkeit belastender Aussagen eines Mitangeklagten bei zuvor gescheiterter Verständigung (Pflicht zur Erörterung der Verständigungsversuche in den Urteilsgründen); Inbegriffsrüge; Aufklärungsrüge; Beruhen (kein Beruhen, wenn Falschbelastungsmotiv in anderem Zusammenhang hinreichend erörtert).

§ 257c StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

369. BGH 5 StR 427/12 - Beschluss vom 19. Februar 2013 (LG Neuruppin)

Untreue zum Nachteil einer GmbH (Vermögensschaden bei einverständlichen Entnahmen; Anforderungen an die Ermittlung der Vermögenssituation der Gesellschaft); Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit beim Bankrott (regelmäßige Erforderlichkeit der Aufstellung eines Liquiditätsstatus).

§ 266 StGB; § 283 StGB

370. BGH 5 StR 462/12 - Beschluss vom 20. Februar 2013 (LG Potsdam)

Tat im prozessualen Sinne als Gegenstand der Urteilsfindung (Voraussetzungen der Tatidentität; Betrug; keine Tatidentität zwischen versuchtem Betrug gegenüber Darlehensgebern und anschließendem Betrug gegenüber dem mitangeklagten Darlehensnehmer); Strafklageverbrauch trotz Überschreitung der Aburteilungsbefugnis. § 264 StPO

371. BGH 5 StR 462/12 - Beschluss vom 20. Februar 2013 (LG Potsdam)

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

372. BGH 5 StR 59/13 - Beschluss vom 5. März 2013 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Aufhebung der Verfallsanordnung. § 349 Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

373. BGH 5 StR 466/12 - Urteil vom 20. Februar 2013 (LG Frankfurt/Oder)

Beweiswürdigung durch das Tatgericht (eingeschränkte Revisibilität); Anforderungen an die Abfassung des freisprechenden Urteils. § 261 StPO; § 267 StPO

374. BGH 5 StR 526/12 - Urteil vom 6. März 2013 (LG Cottbus)

Rechtsfehlerhaft bejahter Rücktritt vom Tötungsversuch (Tötungseventualvorsatz; Korrektur des Rücktrittshorizonts bei vom Täter bemerkten körperlichen Reaktionen des Opfers nach der letzten Tathandlung). § 24 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine „Korrektur des Rücktrittshorizonts“ besonderer Erörterung bedarf, wenn das Opfer nach der letzten Ausführungshandlung – vom Täter wahrgenommen – noch zu körperlichen Reaktionen fähig ist, die geeignet sind, Zweifel daran aufkommen zu lassen, das Opfer sei möglicherweise bereits tödlich verletzt (vgl. zuletzt etwa BGH HRRS

2012 Nr. 607). Indessen haben auch tödliche Stiche nach der Lebenserfahrung nicht stets die sofortige Bewegungsunfähigkeit des Opfers zur Folge, weswegen ein bloßes „Ansetzen“ zur Bewegung insoweit jedenfalls nicht ohne weiteres genügend aussagekräftig ist.

375. BGH 5 StR 613/12 - Beschluss vom 19. Februar 2013 (LG Saarbrücken)

Beweiswürdigung beim Vorwurf der Vergewaltigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellation); sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person (keine Strafbarkeit bei vorgestelltem Einverständnis des Opfers). § 177 StGB; § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB; § 261 StPO

376. BGH 5 StR 616/12 - Beschluss vom 19. Februar 2013 (LG Frankfurt)

Gesamtstrafe (Einziehungsfähigkeit einer bezahlten Geldstrafe). § 55 StGB

377. BGH 5 StR 620/12 - Beschluss vom 19. Februar 2013 (LG Neuruppin)

Rechtsfehlerhafte Anordnung des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung (Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung; Weitergeltungsanordnung; Erfordernis eines Hangs zu erheblichen Straftaten; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung). § 66a StGB

378. BGH 5 StR 631/12 - Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Berlin)

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

379. BGH 5 StR 634/12 - Beschluss vom 7. März 2013 (LG Saarbrücken)

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

380. BGH 5 StR 67/13 - Beschluss vom 5. März 2013 (LG Berlin)

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