

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 aM); Prof. Dr. Christoph Sowada
(Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich
Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.
Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

RA Dr. *Hellen Schilling*, Frankfurt am Main, Dr. *Carsten Rudolph* und *Nicolai Kuntze*,
Fraunhofer SIT, Darmstadt – **Sicherstellung elektronischer Daten und „selektive
Datenlöschung“** S. 207

PD Dr. *Michael Kubiciel*, Regensburg/Köln – **Der EU-Anti-Corruption Report: Ein
neuer Weg zu einer kohärenten Präventionspolitik** S. 213

Prof. Dr. jur. *Hendrik Schneider*, Leipzig; RA *Thorsten Ebermann*, München – **Das Straf-
recht im Dienste gesundheits-ökonomischer Steuerungsinteressen** S. 219

Wiss. Mit. Dr. *Peter Kasiske*, LMU München – **Tatbegriff und Zwangsmittelverbot
bei wiederholter Steuerhinterziehung** Anm. zu BGH HRRS 2012 Nr. 1011 S. 225

Andrea Groß-Bölting, RA und FAStR, Wuppertal – **Was darf das Revisionsgericht?
Eine Erwiderung auf Basdorf in NStZ 2013, 186 ff** S. 228

Entscheidungen

- EGMR **Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip infolge eines unkontrollierten Anklageermessens der Staatsanwaltschaft (Camilleri v. Malta)**
- BVerfG **Vertrauensschutz in Altfällen der Sicherungsverwahrung**
- BGHSt **Bestimmtheit von Weisungen in der Führungsaufsicht**
- BGHSt **Beweiswürdigung und Darlegungspflichten bei DNA-Beweisen**
- BGHSt **Maßstäbe der Pflichtwidrigkeit bei der Steuerhinterziehung**
- BGHSt **Urteilsabsetzungsfrist im Bußgeldverfahren bei Abwesenheit der STA**
- BGH **Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Sexualstraftaten**
- BGH **Keine Körperverletzung mit Todesfolge bei hypothetischer Einwilligung**
- BGH **Grenzen der Vermögensbetreuungspflicht des Rechtsanwalts**
- BGH **Rechtsbeugung durch Zusammenziehung von Verfahren zum rechtswidrigen Erlass eines Haftbefehls**

Die Ausgabe umfasst 71 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, Juni 2013, Ausgabe

6

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

560. EGMR Nr. 42931/10 (4. Kammer) – Urteil vom 22. Januar 2013 (Camilleri v. Malta)

Gesetzlichkeitsprinzip (Vorhersehbarkeit der Strafdrohung und Ermessen des Staatsanwalts bei der Wahl des urteilenden Gerichts: unkontrollierter Einfluss auf die zulässigen Rechtsfolgen und die eröffneten Rechtsmittel; Bestimmtheitsgrundsatz: Präziserungsgebot); Recht auf ein faires Strafverfahren (auf Gesetz beruhendes Gericht; gesetzlicher Richter: Unparteilichkeit und bewegliche Zuständigkeit; Waffengleichheit); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

Art. 7 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG

1. Eine nationale Strafnorm genügt nicht den Anforderungen, die gemäß Art. 7 EMRK an die Vorhersehbarkeit der drohenden Strafe zu stellen sind, wenn der Staatsanwaltschaft bei ihrer Entscheidung über die Anklageerhebung ein nicht voll kontrollierbares Ermessen zusteht, durch die verbindliche Anklage vor einem bestimmten Gericht einen höheren Strafrahmen zur Anwendung zu bringen (hier: vier Jahre Freiheitsstrafe bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe im Vergleich zu einem halben Jahr bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe). Dies gilt jedenfalls dann,

wenn (wie hier) unterschiedliche Mindeststrafen gelten und keine gesetzlichen oder von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien vorliegen, welche die Entscheidung des Staatsanwaltes vorhersehbar sein lassen.

2. Diese Verletzung des Art. 7 EMRK ist auch dann gegeben, wenn die Straftat selbst nach den Maßstäben des Art. 7 EMRK unzweifelhaft gesetzlich bestimmt war. Eine lediglich mögliche Willkürkontrolle nach rein verfassungsrechtlichen Maßstäben stellt keinen hinreichenden Schutz gegen eine willkürliche Bestrafung und Strafverfolgung dar.

3. Art. 7 Abs. 1 EMRK gewährleistet das Prinzip, dass nur das Gesetz eine Straftat definieren und eine Strafe vorsehen darf (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Die Straftat und die korrelierenden Strafen müssen durch das Gesetz klar bestimmt werden. Dem ist entsprochen, wenn der Einzelne aus der Formulierung der relevanten Vorschriften und, soweit dies erforderlich ist, mit Hilfe ihrer Interpretation durch die Gerichte erkennen kann, welche Handlungen oder Unterlassungen ihn strafrechtlich verantwortlich sein lassen und welche Strafen ihm wegen dieses Verhaltens drohen.

4. Art. 7 EMRK ist so auszulegen und anzuwenden, dass in ihm ein effektiver Schutz gegen willkürliche Strafverfolgung, Verurteilung und Bestrafung liegt. Der Bedarf, auch Strafnormen durch Auslegung zu konkretisieren, ist jedoch unvermeidlich. Es ist dabei die Aufgabe der Rechtsprechung, verbleibende Auslegungszweifel zu minimieren. Insofern ist anerkannt, dass die Gerichte durch ihre Rechtsprechung notwendig zur schrittweisen Fortentwicklung des Strafrechts beitragen. Voraussetzung dieser Fortentwicklung ist jedoch, dass sie mit dem Wesen der gesetzlichen Tat vereinbar ist und vernünftigerweise vorhergesehen werden konnte.

491. BVerfG 2 BvR 553/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. März 2013 (OLG Köln / LG Aachen)

Sicherungsverwahrung (Vertrauensschutz in „Altfällen“); Verhältnismäßigkeit (strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen; milderes Mittel; Führungsaufsicht); Wahrheitserforschung (bestmögliche Sachaufklärung; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 68a StGB; § 68b StGB

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (BVerfGE 128, 326, 331 f. = HRRS 2011 Nr. 488) beeinträchtigte die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus gemäß § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB in der bis zum 31. Mai 2013 geltenden Fassung ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen, wenn dieser die Anlasstaten vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I S. 160) begangen hat (sog. Altfälle). Die Fortdauer der Unterbringung ist in diesen Fällen nur verhältnismäßig, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und

wenn bei ihm eine psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG) besteht.

2. Die Annahme der Voraussetzungen für die Fortdauer der Sicherungsverwahrung muss auf einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage beruhen und dem Gebot bestmöglicher Sachaufklärung Rechnung tragen. Aufgrund des zunehmenden Gewichts des Freiheitsanspruchs aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG erhöhen sich bei langandauernden Unterbringungen die Anforderungen an die Wahrheitserforschung sowie die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

3. Angesichts der erheblichen Differenzierungen des Gesetzgebers bei § 176, § 176a und § 176b StGB ist die Annahme nicht haltbar, bei drohenden Taten im Bereich des Kindesmissbrauchs handele es sich unterschiedslos immer um schwerste Straftaten im Sinne des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011.

4. Kommt ein eingeholtes Sachverständigengutachten unter Würdigung aller entscheidungserheblicher Umstände zu dem Schluss, dass eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person des Betroffenen nicht abzuleiten seien, so muss sich ein Gericht mit dieser Prognose auseinandersetzen, wenn es gleichwohl die Fortdauer der Sicherungsverwahrung anordnen will. Dies gilt auch dann, wenn der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung die entsprechenden Aussagen seines schriftlichen Gutachtens relativiert hat.

5. Eine Fortdauerentscheidung genügt auch dann nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wenn sie sich nicht damit auseinandersetzt, ob weniger einschneidende Maßnahmen – etwa im Rahmen der Führungsaufsicht – ausreichen, um den Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit Rechnung zu tragen. So darf das Gericht die Verhältnismäßigkeit der Fortdauerentscheidung nicht lediglich damit begründen, eine geeignete Aufnahmeeinrichtung sei nicht gefunden worden, wenn das Sachverständigengutachten für den Fall geeigneter Betreuungs- und Kontrollmaßnahmen eine positive Prognose stellt.

492. BVerfG 2 BvR 1238/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. Mai 2013 (OLG Nürnberg)

Sicherungsverwahrung (Vertrauensschutz in „Altfällen“); Verhältnismäßigkeit (strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen; Rückfallrisiko; Deliktsschwere; Wechselwirkung; milderes Mittel; Führungsaufsicht); Wahrheitserforschung (bestmögliche Sachaufklärung; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte; Sachverständigengutachten); psychische Störung (dissoziale Persönlichkeitsstörung; Beeinträchtigung der Lebensführung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (BVerfGE 128, 326, 331 f. = HRRS 2011 Nr. 488) beeinträchtigte die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus gemäß § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB in der bis zum 31. Mai 2013 geltenden Fassung ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen, wenn dieser die Anlasstaten vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I S. 160) begangen hat (sog. Altfälle). Die Fortdauer der Unterbringung ist in diesen Fällen nur verhältnismäßig, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und

rungsverwahrung über zehn Jahre hinaus gemäß § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB in der bis zum 31. Mai 2013 geltenden Fassung ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen, wenn dieser die Anlasstaten vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I S. 160) begangen hat (sog. Altfälle). Die Fortdauer der Unterbringung ist in diesen Fällen nur verhältnismäßig, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und wenn bei ihm eine psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG) besteht.

2. Die Merkmale des unbestimmten Rechtsbegriffs der psychischen Störung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG, der mit den überkommenen Kategorisierungen der Psychiatrie nicht deckungsgleich ist, hat das Gericht eigenständig zu prüfen. Im Fall einer „dissozialen Persönlichkeitsstörung“ kommt es entscheidend auf den Grad der objektiven Beeinträchtigung der Lebensführung in sozialer und ethischer Hinsicht an, der anhand des gesamten – auch des strafrechtlich relevanten – Verhaltens des Betroffenen zu bestimmen ist.

3. Die Annahme der Voraussetzungen für die Fortdauer der Sicherungsverwahrung muss auf einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage beruhen und dem Gebot bestmöglicher Sachaufklärung Rechnung tragen. Aufgrund des zunehmenden Gewichts des Freiheitsanspruchs aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG erhöhen sich bei langandauernden Unterbringungen die Anforderungen an die Wahrheitserforschung sowie die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

4. Drohen von dem Untergebrachten künftig lediglich Delikte am unteren Rand des Bereichs schwerster Straftaten, so kann dies durch eine besonders hohe Rückfallwahrscheinlichkeit kompensiert werden. Eine Fortdauerentscheidung entspricht daher nicht den Anforderungen an eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung, wenn das Gericht zwar abstrakt die Wechselwirkung zwischen Rückfallrisiko und Deliktsschwere erkennt, zugleich jedoch bei drohenden Straftaten mit einer nur mittelschweren Strafandrohung eine Rückfallwahrscheinlichkeit von lediglich mindestens 50 % ausreichen lässt.

5. Einer Fortdauerentscheidung fehlt es an einer ausreichenden Tatsachengrundlage, wenn das Gericht von einer hochgradigen Gefahr sexueller Nötigungen im Sinne des § 177 Abs. 4 StGB allein auf der Basis eines Sachverständigengutachtens ausgeht, aus welchem sich eine Rückfallwahrscheinlichkeit von zumindest 50 % für mittelschwere Delikte, für gravierendere Delikte jedoch lediglich eine deutlich geringere Rückfallwahrscheinlichkeit ergibt.

6. Die Annahme einer psychischen Störung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, wenn das Gericht von einer dissozialen Persönlichkeitsstörung ausgeht, obwohl sich aus den eingeholten Gutachten eine Beeinträchtigung der Lebensführung des Betroffenen nicht ergibt und das Anlassgutachten dem Untergebrachten zwar ein hohes

Maß an Bedenkenlosigkeit bescheinigt, einen zwanghaften Trieb jedoch verneint.

7. Eine Fortdauerentscheidung genügt den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes schließlich auch dann nicht, wenn sie keine Ausführungen dazu enthält, ob weniger einschneidende Maßnahmen – etwa im Rahmen der Führungsaufsicht – ausreichen, um den Sicherungsinteressen der Allgemeinheit Rechnung zu tragen.

493. BVerfG 2 BvR 2671/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Mai 2013 (OLG Hamm / LG Bielefeld)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Abwägung im Einzelfall; Freiheitsgrundrecht; Freiheitsanspruch; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; milderes Mittel; Auflagen; Führungsaufsicht); Gefahr (künftige rechtswidrige Taten; Konkretisierung); Fortdauerentscheidung (Begründungsanforderungen; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67a StGB

1. Bei der Entscheidung über die Fortdauer einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch Rechnung zu tragen, dass die Sicherungsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Betroffenen im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden, wobei insbesondere auch die Dauer des bereits erlittenen Freiheitsentzuges zu berücksichtigen ist.

2. Bei der Abwägung darf nur auf die Gefahr solcher Taten abgestellt werden, die „erheblich“ i. S. d. § 63 StGB und daher geeignet sind, die Maßregel zu tragen. Die Gefahr ist im Hinblick auf Art und Gewicht der zu erwartenden Taten sowie Grad der Wahrscheinlichkeit, Häufigkeit und Frequenz ihrer künftigen Begehung einzelfallbezogen zu konkretisieren. Die bloße Möglichkeit künftiger Taten genügt nicht.

3. Je länger der Freiheitsentzug andauert, desto strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzuges sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung. Zugleich wächst mit dem stärker werdenden Freiheitseingriff die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

4. Die Gefahr zukünftiger rechtswidriger Taten ist nicht hinreichend konkretisiert, wenn das Gericht lediglich abstrakt Bezug auf die Anlasstaten nimmt und feststellt, es sei nicht auszuschließen, dass von dem Betroffenen künftig auch erhebliche Taten drohten. Dies gilt insbesondere dann, wenn der vor allem aus Anlass von Raubtaten untergebrachte Betroffene bei seinen Taten mitgeführte Werkzeuge lediglich zum Zwecke der Drohung eingesetzt und auch im Maßregelvollzug nie körperliche Gewalt ausgeübt hat.

5. Eine Fortdauerentscheidung genügt den aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden Begründungsan-

forderungen auch dann nicht, wenn in der Abwägung nicht berücksichtigt wird, dass der Betroffene die Anlass-taten als Jugendlicher begangen hat und die Dauer der Unterbringung selbst die im Erwachsenenstrafrecht mög-liche Höchststrafe bei Weitem überschreitet.

6. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet es auch, im Rahmen der Abwägung auszuführen, inwieweit

etwaigen Gefahren durch mildere Mittel als der Vollstreckung der Maßregel, etwa durch geeignete Auflagen im Rahmen der Führungsaufsicht, begegnet werden kann. Der bloße Hinweis auf das Fehlen einer Erprobung im Wege einer Langzeitbeurlaubung reicht nicht aus.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

500. BGH 1 StR 320/12 – Urteil vom 20. Februar 2013 (LG Kempten)

Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (Ausschluss durch hypothetische Einwilligung; Einwilligung; Aufklärungspflicht; mutmaßliche Einwilligung; Patientenautonomie; Erlaubnistatbestandsirrtum); fahrlässige Tötung; Betrug (Täuschung; Behauptung der Abrechenbarkeit einer Leistung, Tatsache; Dreiecksbetrug; Vorsatz: Tatbestandsirrtum); Darstellungsanforderungen an einen Freispruch; Inbegriffsrüge (Inbegriff der Hauptverhandlung; Zulässigkeit der Verfahrensrüge; Rekonstruktionsverbot).

§ 223 StGB; § 227 StGB; § 224 StGB; § 222 StGB; § 263 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 17 StGB; Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 GG, Art. 1 Abs. 1 GG; § 267 Abs. 5 StPO; § 261 StPO

1. Führt ein Heileingriff zum Tod des Patienten, kann die Verantwortlichkeit wegen eines eintretenden Todesfalls sowohl nach § 227 StGB als auch nach § 222 StGB infolge einer vorliegenden hypothetischen Einwilligung ausscheiden. Eine erteilte hypothetische Einwilligung des Geschädigten schließt den erforderlichen Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen den Aufklärungsverstößen und dem Tod des Geschädigten aus.

2. Dies setzt voraus, dass der Geschädigte möglicherweise auch bei einer vollständigen Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte. Hierfür sind konkrete Feststellungen zu treffen, die jene Möglichkeit untermauern. Diese sind auch bei einer noch wenig erprobten Operation (hier: Leberzelltransplantation) möglich, wenn etwa ein weitergehender Eingriff vom Geschädigten (hier: Lebertransplantation) nicht mehr gewollt war, der Geschädigte weitere lebensbedrohliche Krankheitsschübe erwarten

musste, die einen Heileingriffe nahe legten, und er in der neuartigen Behandlungsmethode einen „letzten Rettungsanker“ sah.

3. Eine andere Bewertung hätte sich ergeben können, wenn die Verantwortlichen des Heileingriffs den Geschädigten gezielt über die mangelnden validen Erfolgsaussichten der Behandlung getäuscht hätten. Eine vorsätzliche Täuschung des Geschädigten (über die Erfolgsaussichten der Behandlung) durch die Verantwortlichen würde eine hypothetische Einwilligung ausschließen.

551. BGH 2 StR 586/12 – Beschluss vom 13. März 2013 (LG Gera)

Beihilfe zum Bandendiebstahl (Beendigung; Zusage von Tatbeiträgen; Handlungseinheit; Konkurrenzen).

§ 27 StGB; § 242 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 52 StGB

1. Ist der Gewahrsam an entwendeten Sachen bereits gesichert, ist der Diebstahl beendet. Eine Teilnahme an dieser Tat ist danach nicht mehr möglich.

2. In der Zusage späterer Hilfe bei der Verwertung von Diebesgut (hier: Verpacken und Versenden der Beute) kann zwar eine psychische Beihilfe liegen. Hierfür sind aber Feststellungen dazu erforderlich, inwieweit eine solche Zusage, die allein der Bandenabrede zu entnehmen sein könnte, die übrigen Beteiligten in ihrem Tatenschluss bestärkt oder in sonstiger Weise eine die Taten fördernde Funktion entfaltet und der Angeklagte dies – im Sinne eines doppelten Gehilfenvorsatzes – gewollt haben könnte. Dies versteht sich angesichts der Zusage einer für sich genommen sichtlich unbedeutenden Hilfeleistung nicht von selbst.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

506. BGH 3 StR 486/12 – Urteil vom 7. Februar 2013 (LG Neubrandenburg)

BGHSt; Verstoß gegen eine Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht (verfassungsrechtlich gebotene Bestimmtheit der Weisung).

§ 145a Satz 1 StGB; § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

1. Die Strafbarkeit wegen Verstoßes gegen Weisungen während der Führungsaufsicht setzt voraus, dass die Weisung eindeutig und so fest umrissen ist, wie dies vom Tatbestand einer Strafnorm zu verlangen ist. (BGHSt)
2. Diesen Anforderungen genügen die Weisung, keinen Kontakt zu Kindern und Jugendlichen unter 16 Jahren aufzunehmen, sowie das Verbot, sich an Orten wie Kinderspielflächen, Kindergärten, Schulen u.a. aufzuhalten, an denen sich üblicherweise Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren befinden. (BGHSt)
3. Die Weisung, keinen Kontakt zu Kindern und Jugendlichen unter 16 Jahren aufzunehmen, untersagt es dem Verurteilten, aus eigenem Antrieb und aktiv einen unmittelbaren Kontakt zu einem Mitglied der genannten Personengruppe herzustellen. (BGHSt)

511. BGH 5 StR 261/12 (alt: 5 StR 555/09) – Urteil vom 11. April 2013 (LG Potsdam)

Rechtsbeugung durch Zusammenziehung von Verfahren zur rechtswidrigen Begründung von Zuständigkeiten zum Erlass von Haftbefehlen (Anforderungen an die Feststellung sachfremder Motive); Rechtsbeugung durch Stellung eines Haftbefehlsantrags seitens einer intern unzuständigen Staatsanwaltes (i.d.R. keine Rechtsbeugung bei materiell-rechtlich vertretbarer Antragsstellung); Beweiswürdigung beim Vorwurf der Rechtsbeugung.

§ 339 StGB; § 2 StPO; § 4 StPO; § 112 StPO; § 125 StPO; § 261 StPO

1. Die bei einem Verstoß gegen Verfahrensrecht für den Rechtsbeugungstatbestand notwendige konkrete Gefahr einer „falschen“ Entscheidung zum Vor- oder Nachteil einer Partei ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Richter aus sachfremden Erwägungen die Zuständigkeit an sich zieht, um zu Gunsten oder zu Lasten einer Prozesspartei eine von ihm gewünschte Entscheidung (hier: Erlass eines Haftbefehls) herbeizuführen, die bei Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften voraussichtlich nicht zu erreichen gewesen wäre. Diese Voraussetzungen sind bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn eine in mit sachwidriger Motivation angemessener Zuständigkeit getroffene Entscheidung vom zuständigen Richter aufgrund abweichender Sachverhaltseinschätzung, anderer Bewertung eines Beurteilungsspielraums oder abweichender

Ermessensausübung anders hätte getroffen werden können, wie der unzuständige Richter weiß.

2. Ist die Stellung eines Haftbefehlsantrags materiell-rechtlich vertretbar, kann sie im Hinblick auf ihren Inhalt nicht als Beugung des Rechts gewertet werden. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Begründung in jeder Hinsicht tragfähig ist. Weder eine unzulängliche noch eine in Teilen fernliegende Antragsbegründung vermögen für sich genommen einen elementaren Rechtsverstoß im Sinne des § 339 StGB zu begründen, wenn die beantragten gerichtlichen Maßnahmen – wie hier – im Ergebnis vertretbar waren und auch die Antragstellung als solche nicht gegen Verfahrensvorschriften verstieß; denn die Antragsbegründung selbst entfaltet keinerlei Außenwirkung und vermag somit allein keinen mit dem Recht unvereinbaren Zustand zu schaffen.

3. Ein in der Stellung eines Haftbefehlsantrags durch einen unzuständigen Staatsanwalt liegender Verstoß gegen die interne staatsanwaltschaftliche Zuständigkeitsverteilung kann ohne das Hinzutreten weiterer sich hieraus ergebender Rechtsverstöße keine Beugung des Rechts darstellen. Ein der an sich zuständigen Staatsanwaltschaft angehörender Oberstaatsanwalt ist nach außen hin befugt, die Haftbefehlsanträge zu stellen. Die Zuwiderhandlung gegen die innerhalb seiner Behörde geltenden Zuständigkeitsabgrenzungen bewirkt – unabhängig von der Frage nach dem Vorliegen einer beamtenrechtlich relevanten Dienstpflichtverletzung – keine Verletzung materiellen oder prozessualen Rechts.

518. BGH 2 StR 115/12 – Urteil vom 27. März 2013 (LG Aachen)

Schwerer Raub (Vollendung der Wegnahme bei leicht transportablen Gegenständen; Mittäterschaft).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Eine vollendete Wegnahme setzt voraus, dass fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet ist. Letzteres beurteilt sich danach, ob der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber ausüben kann. Für die Frage der Sachherrschaft kommt es entscheidend auf die Anschauungen des täglichen Lebens an.

2. Dabei macht es sowohl für die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers wie für die des Täters einen entscheidenden Unterschied, ob es sich bei dem Diebesgut um umfangreiche, namentlich schwere Sachen handelt, deren Abtransport mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, oder ob es nur um kleine, leicht transportable Gegenstände geht. Bei unauffälligen, leicht be-

weglichen Sachen, wie etwa bei Geldscheinen sowie Geld- und Schmuckstücken, lässt die Verkehrsauffassung für die vollendete Wegnahme schon ein Ergreifen und Festhalten der Sache genügen (vgl. BGHSt 23, 254, 255).

530. BGH 4 StR 42/13 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Dessau-Roßlau)

Gefährliche Körperverletzung (das Leben gefährdende Behandlung: Grad der Gefährlichkeit); Schuldunfähigkeit wegen Drogenabhängigkeit (nur ausnahmsweise erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit; Ermittlung im zweistufigen Verfahren; Anforderungen an die Begründung; selbstständige Entscheidung der Rechtsfrage durch den Richter).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 20 StGB; § 261 StPO

1. Die Tathandlung im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB muss nicht dazu führen, dass das Opfer der Körperverletzung tatsächlich in Lebensgefahr gerät; die jeweilige Einwirkung muss lediglich abstrakt geeignet sein, eine solche Gefährdung herbeizuführen. Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit Dauer und Stärke der Einwirkung, zu denen sich die Urteilsfeststellungen je nach Lage des Falles verhalten müssen (st. Rspr.).

2. Als stoffgebundene Suchterkrankung kann die Abhängigkeit von Drogen wegen der Vielzahl möglicher Ursachen, Ausprägungen sowie körperlicher und psychischer Folgen sowohl die Voraussetzungen des Eingangsmerkmals der schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne des § 20 StGB als auch – vor allem bei körperlicher Abhängigkeit – jene einer krankhaften seelischen Störung erfüllen. Unabhängig von dieser Einordnung begründet die Abhängigkeit von Betäubungsmitteln nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für sich allein noch nicht eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit. Diese Folge ist bei einem Rauschgiftabhängigen nur ausnahmsweise gegeben, etwa dann, wenn langjähriger Betäubungsmittelkonsum zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt hat, der Täter unter starken Entzugerscheinungen leidet und durch sie dazu getrieben wird, sich mittels einer Straftat Drogen zu verschaffen, ferner unter Umständen dann, wenn er die Tat im Zustand eines akuten Rausches verübt (vgl. BHG NJW 2002, 150, 152 mwN).

3. Die richterliche Entscheidung, ob die Fähigkeit des Täters, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, erheblich vermindert war, in einem aus mehreren Schritten bestehenden Verfahren. Zuerst ist die Feststellung erforderlich, dass beim Angeklagten eine psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen. Durch die festgestellten psychopathologischen Verhaltensmuster muss die psychische Funktionsfähigkeit des Täters bei der Tatbegehung beeinträchtigt worden sein. Haben bei der Tat mehrere Faktoren zusammengewirkt und kommen daher mehrere Eingangsmerkmale gleichzeitig in Betracht, so dürfen diese nicht isoliert abgehandelt werden; erforder-

lich ist in solchen Fällen vielmehr eine umfassende Gesamtbetrachtung (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 360).

4. Der Tatrichter hat bei der Entscheidung über die Bejahung eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB und bei der Annahme eingeschränkter Schuldfähigkeit nicht nur die Darlegungen des medizinischen Sachverständigen eigenständig zu überprüfen; er ist auch verpflichtet, seine Entscheidung in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise zu begründen (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 74). Das abschließende Urteil über die Erheblichkeit der Verminderung von Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ist als Rechtsfrage ausschließlich Sache des Richters.

550. BGH 2 StR 583/12 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Aachen)

Schwerer und besonders schwerer Raub (Fesselung; Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs; Mittäterschaft; Teiltrücktritt).

§ 249 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b; Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Ein Beisichführen und eine Verwendungsabsicht zu irgendeinem Zeitpunkt vom Ansetzen zur Tat bis zu deren Beendigung, mithin auch im Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung des Raubes, genügt auch bei der Fesselung eines Opfers für die Annahme des Qualifikationsmerkmals des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB aus (st. Rspr.). Ebenso genügt es, dass der Täter das Mittel erst am Tatort ergreift (st. Rspr.). Für die mittäterschaftliche Zurechnung muss jedoch eine entsprechende Tatabrede oder die weitere Tatmitwirkung in Kenntnis der Fesselung festgestellt werden.

2. Bereits das kurzzeitige Ergreifen eines Messers kann das Qualifikationsmerkmal des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB erfüllen.

552. BGH 2 StR 592/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Koblenz)

Absicht der rechtswidrigen Bereicherung bei der Erpressung (Wille zu einem Vertragsschluss; Abgrenzung zur Nötigung).

§ 253 StGB; § 240 StGB

Droht der Täter, um den Abschluss eines verlangten Pachtvertrages zu erreichen, liegt nicht automatisch eine Absicht rechtswidriger Bereicherung vor, wenn der Täter seine Verpflichtungen aus dem verlangten Pachtvertrag erfüllen will.

537. BGH 1 StR 112/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Ravensburg)

Gefährliche Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (Kompression des Brustkorbs).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Für die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung kommt es darauf an, dass die Körperverletzungshandlung unter den konkreten Umständen generell geeignet ist, den Tod des Opfers herbeizuführen (BGHR StGB § 223a Abs. 1 Lebensgefährdung 8). Be-

steht die Tathandlung im Würgen des Tatopfers oder in anderen Formen der Einwirkung auf dessen Fähigkeit zu atmen, kommt es für das Vorliegen des Qualifikationsmerkmals auf die Dauer und Stärke der Einwirkung an

(etwa BGH StV 2002, 649, 650). Einzelfall der Anwendung auf ein Zuhalten von Mund und Nase, zu dem insbesondere eine Kompression des Brustkorbes hinzutrat.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

515. BGH 1 StR 465/12 – Urteil vom 19. Februar 2013 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Gefahrenprognose: Gesamtwürdigung, zu erwartende schwere Sexualstraftaten: sexueller Missbrauch von Kindern, schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, konventionskonforme und richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Strafrechts).

§ 66 Abs. 1 StGB; § 176 Abs. 1 StGB; §176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; RL 2011/93/EU

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (BVerfGE 128, 326) ist § 66 StGB verfassungswidrig. Die Vorschrift gilt vorläufig bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber, längstens bis zum 31. Mai 2013 weiter. Während der Dauer der Weitergeltung des daher noch verfassungswidrigen § 66 StGB muss der Tatsache Rechnung getragen werden, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung in ihrer noch bestehenden Ausgestaltung um einen verfassungswidrigen Eingriff in das Freiheitsrecht handelt. Der hohe Wert dieses Grundrechts beschränkt das übergangsweise zulässige Eingriffsspektrum. Danach dürfen Eingriffe nur soweit reichen, wie sie unerlässlich sind, um die Ordnung des betroffenen Lebensbereichs aufrechtzuerhalten. In der Regel wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei einer Anordnung der Sicherungsverwahrung nur gewahrt sein, wenn eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder in dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist. Insoweit gilt in der Übergangszeit ein strengerer Verhältnismäßigkeitsmaßstab als bisher.

2. Bei Verbrechen nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB handelt es sich um schwere Sexualstraftaten im Sinne der Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 272). An dieser Einordnung ändert sich nichts, wenn dabei aggressives bzw. gewaltsames Verhalten nicht zu erwarten steht (BGH NStZ-RR 2010, 239, da es häufig für Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung von kindlichen Opfern aufgrund deren unzureichender Verstandes- und Widerstandskräfte des Einsatzes von Gewalt nicht bedarf).

3. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein sexueller Missbrauch von Kindern i.S.d. § 176 Abs. 1 StGB als schwere Sexualstraftat bewertet werden kann, sind auch europarechtliche Vorgaben mit in den Blick zu nehmen.

Für die Bewertung der Schwere des sexuellen Missbrauchs von Kindern kommt deshalb auch der Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates vom 13. Dezember 2011 Bedeutung zu. In deren Erwägungsgründen wird der sexuelle Missbrauch von Kindern als „schwerer“ Verstoß gegen die Grundrechte beurteilt.

516. BGH 1 StR 654/12 – Beschluss vom 6. März 2013 (LG Traunstein)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zustand der Schuldunfähigkeit: Zusammenhang zwischen psychischer Störung und Anlasstaten; Gefährlichkeitsprognose: Relevanz der Anlasstaten).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB darf lediglich angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass die unterzubringende Person bei der Begehung der Anlasstaten aufgrund einer nicht nur vorübergehenden psychischen Störung schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Begehung der Anlasstat bzw. der Anlasstaten auf diesem Zustand beruht (vgl. BGH NJW 2013, 246). Es muss seitens des Tatgerichts im Einzelnen dargelegt werden, wie sich die festgestellte, einem Merkmal von §§ 20, 21 StGB unterfallende Erkrankung in der jeweiligen konkreten Tatsituation auf die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat und warum die Anlasstaten auf den entsprechenden psychischen Zustand zurückzuführen sind (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 306, 307).

2. Um dem Revisionsgericht eine Überprüfung des Vorliegens der Anordnungsvoraussetzungen des § 63 StGB zu ermöglichen, ist das Tatgericht gehalten, zu klären und in nachvollziehbarer Weise darzulegen, ob dem Täter bei Begehung der Anlasstaten bereits die Fähigkeit fehlte, das Unrecht seiner Tat einzusehen, oder ob er lediglich sich nicht entsprechend der noch vorhandenen Einsichtsfähigkeit zu steuern vermochte (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 167, 168). Dazu muss der spezifische Zusammenhang zwischen der Erkrankung und den einzelnen Anlasstaten im Hinblick auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit aufgezeigt werden (vgl. NStZ-RR 2012, 306, 307).

3. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darf wegen der Schwere des mit ihr verbundenen Eingriffs lediglich angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades besteht, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustandes in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen. Dafür ist zwar nicht erforderlich, dass die Anlasstaten selbst erheblich sind. Die zu erwartenden Taten müssen aber schwere Störungen des Rechtsfriedens besorgen lassen und daher grundsätzlich zumindest dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sein (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 202).

4. Erreichen die Anlasstaten ihrem Gewicht nach nicht einmal diesen Bereich, ist eine Anordnung der Maßregel gemäß § 63 StGB nicht völlig ausgeschlossen; das Tatgericht muss in solchen Fällen allerdings die erforderliche Gefährlichkeitsprognose besonders sorgfältig darlegen (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 240, 241). Dazu ist regelmäßig eine besonders eingehende Würdigung der Person des bzw. der Beschuldigten, vor allem der Krankheitsgeschichte sowie der Anlasstaten, notwendig.

517. BGH 2 StR 1/13 – Urteil vom 10. April 2013 (LG Trier)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Verbindung mit Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Gefährlichkeitsprognose: Gefahr schwerer Sexual- oder Gewaltstraftaten).

§ 66 StGB; § 64 StGB; § 72 StGB

1. Nach § 72 Abs. 1 StGB wird nur die den Täter am wenigsten beschwerende Maßregel angeordnet, wenn bei Vorliegen der Voraussetzungen mehrerer Maßregeln der erstrebte Zweck bereits durch sie erreicht werden kann. Sind in diesem Sinne die Voraussetzungen sowohl von § 64 StGB als auch von § 66 StGB in Betracht zu ziehen, so liegt, wenn die Symptomtaten letztlich der Befriedigung des Alkoholbedarfs des Täters dienen, die Annahme nahe, dass der von ihm ausgehende Gefahr schon durch die Anordnung nach § 64 StGB begegnet werden kann (vgl. BGH StV 2008, 517); in diesem Fall ist für die Anordnung der Sicherungsverwahrung kein Raum (vgl. BGH StV 2007, 633).

2. Wenn sich dagegen nicht sicher feststellen lässt, dass der Maßregelzweck bereits durch die Anordnung einer der beiden Maßregeln erreicht werden kann, so sind sie nach § 72 Abs. 2 StGB grundsätzlich nebeneinander anzuordnen. Insofern erfordert das Absehen von der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im Hinblick auf die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ein hohes Maß an prognostischer Sicherheit, dass hierdurch die vom Täter ausgehende Gefahr beseitigt werden kann (vgl. BGH NStZ 2012, 106).

3. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 dürfen die an sich verfassungswidrigen gesetzlichen Regelungen der Sicherungsverwahrung während einer bis zum 31. Mai 2013 befristeten Übergangszeit nur nach Maßgabe einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung angewendet werden (vgl. BVerfGE 128, 326 ff.). Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird in der Regel nur unter der Voraussetzung gewahrt sein, dass eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus

konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist. Dabei kommt es prinzipiell nicht auf die Bezeichnung des Straftatbestandes an, dessen Verletzung für die Zukunft droht, auch nicht letztentscheidend auf den durch gesetzliche Strafrahmen im Voraus gewichteten Schuldumfang, sondern – neben dem Grad der Wahrscheinlichkeit der künftigen Rechtsverletzung – vor allem auf die mögliche Verletzungsintensität (vgl. BGH StV 2012, 213).

532. BGH 4 StR 296/12 – Urteil vom 25. April 2013 (LG Kaiserslautern)

Berufsverbot (Voraussetzungen: insbesondere bei erstmaliger Straffälligkeit); Beschränkung der Revision (Auslegung des Revisionsziels).

§ 70 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 344 StPO

1. Ein Berufsverbot ist ein schwerwiegender Eingriff, mit dem die Allgemeinheit, sei es auch nur ein bestimmter Personenkreis, vor weiterer Gefährdung geschützt werden soll (vgl. BGHNJW 1975, 1712). Deshalb darf der Strafrichter es nur verhängen, wenn die Gefahr besteht, dass der Täter auch in Zukunft den Beruf, dessen Ausübung ihm verboten werden soll, zur Verübung erheblicher Straftaten missbrauchen wird (vgl. BGHSt 22, 144, 145 f.). Voraussetzung ist, dass eine – auf den Zeitpunkt der Urteilsverkündung abgestellte – Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten den Richter zu der Überzeugung führt, dass die Gefahr, das heißt die Wahrscheinlichkeit künftiger ähnlicher erheblicher Rechtsverletzungen durch den Täter besteht (vgl. BGHSt 28, 84, 85 f.).

2. Wird ein Täter erstmalig wegen einer Anlasstat straffällig, sind an die Annahme seiner weiteren Gefährlichkeit im Sinne des § 70 Abs. 1 Satz 1 StGB ganz besonders strenge Anforderungen zu stellen. Insbesondere ist zu prüfen, ob bereits die Verurteilung zur Strafe den Täter von weiteren Taten abhalten wird (vgl. BGH NStZ 1995, 124).

536. BGH 4 StR 90/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Bielefeld)

Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Strafmilderung wegen Hilfe bei Tataufklärung (Anforderung an die Aufklärungshilfe; Begriff der Tat).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, § 26 StGB; § 31 Nr. 1 BtMG

Die Vorschrift des § 31 Nr. 1 BtMG dient dem Ziel, die Möglichkeiten der Verfolgung begangener Straftaten zu verbessern. Nach ihrem Wortlaut sowie ihrem Sinn und Zweck genügt es deshalb, dass der Täter durch Offenbarung seines Wissens zur Aufdeckung der Tat insgesamt wesentlich beiträgt. Daher kommt es nicht darauf an, ob der Angeklagte seinen Tatbeitrag und sämtliche anderen Tatbeteiligten vollständig offenbart hat; auch seine eigenen Vorstellungen und Gefühle können in diesem Zusammenhang nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Ausschlaggebend ist vielmehr allein, ob er überprüfbare Tatsachen preisgegeben hat, die zur Aufklärung des gesamten Tatgeschehens und zur Überprüfung der (an diesem) Beteiligten wesentlich beigetragen haben.

548. BGH 2 StR 506/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Bonn)

Einbeziehung anwaltsgerichtlicher Sanktionen in die Strafzumessung.

§ 46 StGB; § 114 Abs. 1 BRAO

Die beruflichen Nebenwirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung auf das Leben des Täters sind jedenfalls dann (als bestimmender Strafzumessungsgrund) in der Strafzumessung ausdrücklich anzuführen, wenn dieser durch sie seine berufliche oder wirtschaftliche Basis verliert (vgl. nur BGH StV 2010, 479 f.; NStZ 1996, 539, jeweils mwN). Zur Anwendung auf (möglicherweise) drohende anwaltsgerichtliche Sanktionen gemäß § 114 Abs. 1 BRAO.

543. BGH 1 StR 667/12 – Beschluss vom 21. März 2013 (LG München I)

Doppelverwertungsverbot bei der gefährlichen Körperverletzung (das Leben gefährdende Behandlung).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Es verstößt gegen das Doppelverwertungsverbot, wenn das Gericht bei einer gefährlichen Körperverletzung strafschärfend wertet, dass der Tathandlung „eine hohe Gefährlichkeit“ innewohnt und diese Formulierung nicht als Geltendmachung einer – vom Tatbestand nicht geforderten – konkreten Lebensgefahr zu interpretieren ist.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

504. BGH 3 StR 247/12 – Urteil vom 21. März 2013 (LG Duisburg)

BGHSt; Beweiswürdigung (Beweiswert eines mit der Tatspur übereinstimmenden DNA-Identifizierungsmusters); Anforderungen an die Wiedergabe des Inhalts von Sachverständigengutachten in den Urteilsgründen.

§ 261 StPO; § 267 StPO

1. Ob sich das Tatgericht allein aufgrund der Übereinstimmung von DNA-Identifizierungsmustern von der Täterschaft eines Angeklagten zu überzeugen vermag, ist vorrangig – wie die Beweiswürdigung ansonsten auch – ihm selbst überlassen. Im Einzelfall kann es revisionsrechtlich sowohl hinzunehmen sein, dass sich das Tatgericht eine entsprechende Überzeugung bildet, als auch, dass es sich dazu aufgrund vernünftiger Zweifel nicht in der Lage sieht. (BGHSt)

2. Zum notwendigen Darlegungsumfang von DNA-Vergleichsuntersuchungen im Urteil. (BGHSt)

507. BGH 3 StR 529/12 – Beschluss vom 4. April 2013 (LG Wuppertal)

Anordnung des Verfalls bei rechtsirriger Annahme einer nicht angeklagten Tat (Vorrang des einfachen Verfalls gegenüber dem erweiterten Verfall; Wirksamkeit der Anklage trotz Zählfehler; fortdauernde Anhängigkeit bei rechtsirriger Annahme hinsichtlich der Reichweite der Anklage).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 264 StPO

1. Hält das Tatgericht rechtsirrig eine Tat für nicht angeklagt (hier: aufgrund eines Zählfehlers) und sieht es deshalb von einer Entscheidung über diese Tat ab, so ist das Verfahren in diesem Umfang weiterhin bei ihm anhängig.

2. Für die Anordnung des Verfalls nach § 73 StGB ist nur Raum, soweit die Tat, für die oder aus der etwas erlangt

worden ist, Gegenstand der Verurteilung ist. § 73d StGB regelt dagegen den Fall, dass der Täter über Vermögensgegenstände verfügt, die er für oder aus anderen rechtswidrigen Taten erlangt hat.

3. Sofern die Voraussetzungen für die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz gegeben sind, kommt die Anordnung eines erweiterten Verfalls nach § 73d StGB nicht in Betracht. Das Gericht muss daher unter Ausschöpfung aller prozessual zulässigen Mittel zunächst prüfen, ob die Voraussetzungen der §§ 73, 73a StGB gegeben sind.

549. BGH 2 StR 525/11 – Beschluss vom 11. April 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge; unzulässiges Ablehnungsgesuch gegen Richter des BGH.

§ 356a StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO

Entscheidet das Gericht über die Revision außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege, so kann ein Ablehnungsgesuch in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO nur solange statthaft vorgebracht werden, bis die Entscheidung ergangen ist. Etwas anderes gilt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann nicht, wenn die Ablehnung mit einer Anhörungsrüge nach § 356a StPO verbunden wird. Die Regelung des § 356a StPO soll dem Revisionsgericht die Möglichkeit geben, einem Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör durch erneute Sachprüfung selbst abzuwehren; der Rechtsbehelf dient indes nicht dazu, einem unzulässigen Ablehnungsgesuch durch die unzutreffende Behauptung der Verletzung rechtlichen Gehörs doch noch Geltung zu verschaffen (BGHR StPO § 25 Abs. 2 Nach dem letzten Wort 1).

558. BGH 4 StR 104/13 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Frankenthal)

Infolge der mangelnden Verantwortungsübernahme durch den Verteidiger unzulässige Revision.

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 345 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

Die bloße Bezugnahme auf den in keiner Weise rechtlich eingeordneten Standpunkt des Angeklagten lässt erkennen, dass der Verteidiger nicht – wie nach ständiger Rechtsprechung erforderlich (BGH NJW 2012, 1748) –

die volle Verantwortung für den Inhalt der Revisionsbegründungsschrift übernommen hat. Zudem muss er formgültig die fehlerhafte Anwendung des materiellen Rechts auf den festgestellten Sachverhalt, die nach § 344 Abs. 2 Satz 1, § 345 Abs. 2 StPO für die zulässige Sachrüge behaupten (BGHSt 25, 272, 275). Sind diese Voraussetzungen nicht beachtet, ist die Revision unzulässig.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

542. BGH 1 StR 586/12 – Urteil vom 9. April 2013 (LG Mannheim)

BGHSt; Pflichtwidrigkeit und Täterschaft bei der Steuerhinterziehung durch Unterlassen (eigene Erklärungspflicht des Verfügungsberechtigten: steuernder Hintermann und weisungsabhängige Strohleute; Mittäterschaft: Abgrenzung von Allgemeindelikt und Sonderdelikt, Ingerenz, Garantenstellung; bandenmäßige Begehung); Strafzumessung bei der Beihilfe (atypische Tatherrschaft).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 AO; § 35 AO; § 25 Abs. 2 StGB; § 13 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 18 UStG; § 2 UStG; § 14c Abs. 2 UStG; § 27 StGB

1. Täter einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) kann nur derjenige sein, der selbst zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen besonders verpflichtet ist. (BGHSt)

2. Das Merkmal „pflichtwidrig“ in § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO bezieht sich allein auf das Verhalten des Täters, nicht auf dasjenige eines anderen Tatbeteiligten. Damit kommt eine Zurechnung fremder Pflichtverletzungen auch dann nicht in Betracht, wenn sonst nach allgemeinen Grundsätzen Mittäterschaft vorliegen würde. (BGHSt)

3. Eine eigene Rechtspflicht zur Aufklärung über steuerlich erhebliche Tatsachen trifft gemäß § 35 AO auch den Verfügungsberechtigten. Verfügungsberechtigter im Sinne dieser Vorschrift kann auch ein steuernder Hintermann sein, der ihm gegenüber weisungsabhängige „Strohleute“ im Rechtsverkehr nach außen im eigenen Namen auftreten lässt. (BGHSt)

4. Täter einer Steuerhinterziehung im Sinne von § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO kann nicht nur der Steuerpflichtige sein. Vielmehr kommt als Täter einer Steuerhinterziehung durch aktives Tun grundsätzlich jedermann in Betracht („wer“), sofern er den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht. Mittäter kann daher auch eine Person sein, der das Gesetz keine steuerlichen Pflichten zuweist, sofern nur die Voraussetzungen einer gemeinschaftlichen Begehungsweise im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB gegeben sind (st. Rspr.). Der Annahme von Mittäterschaft steht es insofern nicht entgegen, wenn der Angeklagte seine

jeweiligen Tatbeiträge lediglich im Vorfeld der unrichtigen Steueranmeldungen erbrachte. (Bearbeiter)

5. Offenbarungspflichten im Sinne des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO können sich sowohl aus den gesetzlich besonders festgelegten steuerlichen Erklärungspflichten als auch aus allgemeinen Garantenpflichten ergeben, die allerdings eine untergeordnete Rolle spielen. Es handelt sich bei dem Unterlassungstatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO um ein Delikt, das nicht nur vom Steuerpflichtigen und Personen, denen sonst in den Steuergesetzen steuerliche Erklärungspflichten auferlegt sind (vgl. §§ 34, 35 AO), verwirklicht werden kann, sondern grundsätzlich von „Jedermann“. (Bearbeiter)

6. Den Umstand, dass nur der als Gehilfe strafbare Person Tatherrschaft hatte, kann das Tatgericht im Rahmen des nach erfolgter Strafrahmenverschiebung gemäß § 27 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB eröffneten Strafrahmens erheblich strafscharfend werten. (Bearbeiter)

533. BGH 4 StR 336/12 – Beschluss vom 8. Mai 2013 (OLG Oldenburg)

BGHSt; Vorlageverfahren (entsprechende Anwendung des § 121 Abs. 2 GVG für die Rechtsbeschwerde im Sinne des OWiG); Protokollurteil (Ordnungswidrigkeitsverfahren: Entbehrlichkeit der schriftlichen Begründung im Sitzungsprotokoll); keine nachträgliche Ergänzung von Gründen nach Verlassen des inneren Dienstbereichs (Verfahrensabschluss durch Übersendung der Akten: Entscheidung des erkennenden Richters).

§ 121 Abs. 2 GVG; § 46 Abs. 1 OWiG; § 71 Abs. 1 OWiG; § 275 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 StPO; § 77b Abs. 1 OWiG; § 36 Abs. 1 StPO; § 41 StPO

1. Im Bußgeldverfahren dürfen die Urteilsgründe auch dann innerhalb der Frist des § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO zu den Akten gebracht werden, wenn der Staatsanwaltschaft, die an der Hauptverhandlung nicht teilgenommen hat, auf Veranlassung des Richters zunächst ein von diesem unterzeichnetes Hauptverhandlungsprotokoll, das bereits alle nach § 275 Abs. 3 StPO erforderlichen Angaben enthält und dem ein ebenfalls durch den Richter unterzeichnetes Urteilsformular mit vollständigem Tenor und der Liste der angewandten Vorschriften als Anlage

beigefügt ist, mit der Bitte um Kenntnisnahme vom Protokoll der Hauptverhandlung sowie der Anfrage zugeleitet worden ist, ob auf Rechtsmittel verzichtet werde, und der Betroffene, dessen Verzichtserklärung nicht entbehrlich war, nachfolgend Rechtsbeschwerde eingelegt hat. (BGHSt)

2. Wie im Strafverfahren steht es auch im Bußgeldverfahren im nicht anfechtbaren Ermessen des Vorsitzenden zu entscheiden, ob das Urteil mit den Gründen als besondere Niederschrift (also mit Urteilskopf, Urteilsformel und Gründen) zu den Akten zu bringen ist oder die Gründe vollständig in das Protokoll mit aufzunehmen sind. Hinsichtlich Form und Inhalt unterliegt das in das Protokoll aufgenommene Urteil den gleichen Anforderungen wie die in einer getrennten Urkunde erstellten Urteile (vgl. RGSt 19, 233). Wenn sich die nach § 275 Abs. 3 StPO erforderlichen Angaben bereits aus dem Protokoll ergeben, ist ein besonderer Urteilskopf jedoch entbehrlich. Die Urteilsformel und die Gründe müssen im Protokoll von sämtlichen mitwirkenden Richtern unterschrieben werden. (Bearbeiter)

3. Im Bußgeldverfahren steht wegen der nach § 77b Abs. 1 OWiG gegebenen Möglichkeit, von einer schriftlichen Begründung des Urteils gänzlich abzusehen, der Umstand, dass in dem Hauptverhandlungsprotokoll keine Urteilsgründe niedergelegt sind, der Annahme eines im Sinne von § 46 Abs. 1, § 71 Abs. 1 OWiG, § 275 Abs. 1 Satz 1 StPO vollständig in das Sitzungsprotokoll aufgenommenen Urteils nicht entgegen. Es genügt, dass das Hauptverhandlungsprotokoll alle für den Urteilskopf nach § 275 Abs. 3 StPO erforderlichen Angaben sowie den vollständigen Tenor einschließlich der angewendeten Vorschriften enthält und von dem erkennenden Richter unterzeichnet ist. (Bearbeiter)

4. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung und einer verbreiteten Meinung in der Literatur, dass die nachträgliche Ergänzung eines Urteils grundsätzlich nicht zulässig ist – und zwar auch nicht innerhalb der Urteilsabsetzungsfrist des § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO –, wenn es bereits aus dem inneren Dienstbereich des Gerichts herausgegeben worden ist (vgl. BGHSt 43, 22, 26 mwN). Für das Bußgeldverfahren folgt daraus, dass ein vollständig in das Sitzungsprotokoll aufgenommenes, nicht mit Gründen versehenes Urteil, das den inneren Dienstbereich des Gerichts bereits verlassen hat, nicht mehr verändert werden darf, es sei denn, die nachträgliche Urteilsbegründung ist gemäß § 77b Abs. 2 OWiG zulässig. (Bearbeiter)

5. Die Entscheidung, ob ein Urteil als verfahrensabschließend gewollt ist und deshalb aus dem inneren Dienstbetrieb herausgegeben werden soll, trifft der erkennende Richter (vgl. BGHSt 49, 230, 234). Voraussetzung für die Annahme der Hinausgabe eines nicht begründeten „Protokollurteils“ ist der erkennbar zum Ausdruck gebrachte Wille des Gerichts, dass es von den Möglichkeiten des § 77b Abs. 1 OWiG sowie des § 275 Abs. 1 Satz 1 StPO in Verbindung mit § 71 Abs. 1 OWiG Gebrauch macht, also von einer schriftlichen Begründung des Urteils gänzlich absieht und das Urteil allein durch Aufnahme in das Hauptverhandlungsprotokoll fertigt. Der

Richter muss sich bewusst für eine derart abgekürzte Fassung des Urteils entschieden haben. (Bearbeiter)

6. Solange ein Urteil bewusst unvollständig ist, also noch keine endgültig gebilligte Urteilsfassung vorliegt, ist es nicht Bestandteil der Akten, und zwar selbst dann nicht, wenn der Entwurf diesen einlegen sollte. Erst mit der gerichtlichen Anordnung (§ 36 Abs. 1 Satz 1 StPO) der Übersendung der Akten einschließlich eines ohne Gründe ins Hauptverhandlungsprotokoll aufgenommenen bzw. als Anlage zum Hauptverhandlungsprotokoll genommenen Urteils an die Staatsanwaltschaft „zur Zustellung gemäß § 41 StPO“ hat sich der Tatrichter für die Hinausgabe einer nicht mit Gründen versehenen Urteilsfassung endgültig entschieden. (Bearbeiter)

505. BGH 3 StR 438/12 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Stralsund)

Untreue (keine Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtsanwalts bei fehlender Selbständigkeit und Entscheidungsfreiheit bei der Wahrnehmung der Interessen des Mandanten, hier: Erhebung einer von vornherein erfolglosen Widerklage).

§ 266 StGB

1. Den Rechtsanwalt kann prinzipiell eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Treubruchstatbestands der Untreue (§ 266 Abs. 1 Var. 2 StGB) treffen. Ob dies der Fall ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles, namentlich von Inhalt und Umfang des Mandatsverhältnisses ab. Fehlt es an einer hinreichenden Entscheidungsfreiheit des Anwalts über das Ob und das Wie der Wahrnehmung der Mandanteninteressen sowie an einer Einbindung in die entsprechenden Entscheidungsprozesse – hier: Erhebung einer von vornherein aussichtslosen Widerklage –, scheidet die Annahme einer untreuebewehrten Pflichtenstellung regelmäßig aus.

2. Wegen der Weite des Tatbestandes sind die durch § 266 Abs. 1 StGB strafrechtlich geschützten Treueverhältnisse auf die Fälle zu beschränken, in denen für den Betreuenden eine besonders qualifizierte Pflichtenstellung in Bezug auf das fremde Vermögen begründet wird. Diese muss über allgemeine vertragliche Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten ebenso hinausgehen wie über eine rein tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit. Erforderlich ist, dass sich die Vermögensfürsorge als Hauptpflicht, also als zumindest mitbestimmende und nicht nur beiläufige Verpflichtung darstellt. Es muss hinzukommen, dass dem Täter die ihm übertragene Tätigkeit nicht durch ins Einzelne gehende Weisungen vorgezeichnet ist, sondern ihm Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und eine gewisse Selbständigkeit belassen wird. Hierbei ist nicht nur auf die Weite des dem Täter eingeräumten Spielraums abzustellen, sondern auch auf das Fehlen von Kontrolle, also auf seine tatsächlichen Möglichkeiten, ohne eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung durch den Treugeber auf dessen Vermögen zuzugreifen (BVerfGE 126, 170, 208 ff.; BGH wistra 2008, 427, 428 mwN). Der nähere Inhalt des so umschriebenen Treueverhältnisses ergibt sich, wenn er – wie hier allein in Betracht kommend – auf einem Rechtsgeschäft beruht, regelmäßig aus dem allgemeinen Zivil- oder Gesellschaftsrecht (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 47).

523. BGH 2 StR 275/12 – Beschluss vom 13. März 2013 (LG Darmstadt)

Betrug (Schadensberechnung bei betrügerisch erlangtem Darlehen); Untreue; Beihilfe (Anforderungen an den Vorsatz bezüglich der rechtswidrigen Haupttat); Anordnung des Verfalls (keine Ansprüche Dritter aus der Tat bei für die Tat Erlangtem).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 266 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 73 Abs. 1 StGB

1. Ob die Hingabe eines Darlehens einen Vermögensschaden bewirkt, ist 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.

2. Für den Beihilfevorsatz genügt es, dass der Gehilfe die wesentlichen Merkmale der Haupttat, insbesondere deren Unrechts- und Angriffsrichtung, zumindest für möglich hält und billigt, ohne Einzelheiten der Haupttat zu kennen (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 177). Eine ausschließlich andere rechtliche Einordnung der Haupttat durch das Gericht ist jedoch nur unschädlich, sofern es sich nicht um eine grundsätzlich andere Tat handelt (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 177, 178).

538. BGH 1 StR 14/13 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Cottbus)

Steuerhinterziehung; Betrug (doppelte Beantragung der Eigenheimzulage; Konkurrenzen).

§ 370 AO; § 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 11 Abs. 1 und 2 EigZulG

Täuscht die Angeklagte sowohl ursprünglich durch aktives Tun als auch durch Unterlassen über das fortbestehende Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Eigenheimzulage, führt dies nicht zur Annahme von Tatmehrheit i.S.v. § 53 StGB, wenn die Auszahlung der Eigenheimzulage letztlich in allen Jahren auf den ursprünglichen Bescheiden beruht, mit denen die Eigenheimzulage irrtumsbedingt zu Unrecht überhöht festgesetzt bzw. neu festgesetzt wurden.

519. BGH 2 StR 16/13 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Aachen)

Bandenmäßiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Eigennützigkeit: Gesamtvorteil einer Bande, Abgrenzung Mittäterschaft und Beihilfe).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

1. Eine Verurteilung wegen täterschaftlichen unerlaubten Handeltreibens von Betäubungsmitteln kommt – auch bei einer Einbindung in eine bandenmäßige Struktur – nur in Betracht, wenn der Handelnde selbst eigennützige Bemühungen entfaltet, die darauf gerichtet sind, den Umsatz mit Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern. Nicht ausreichend ist es hingegen, wenn ein Täter nur den Eigennutz eines anderen mit seinem Tatbeitrag unterstützen will (vgl. BGHSt 34, 124, 125 f).

2. Der Umstand, dass die „Bande“ bei ihren Geschäften Gewinn gemacht hat, besagt für sich genommen noch nichts darüber, ob und in welcher Weise ein am Betäubungsmittelgeschäft Beteiligter eigennützig gehandelt hat. Insoweit kann der Hinweis auf das Gewinnstreben der Bande Ausführungen zur Eigennützigkeit des einzelnen Täters nicht ohne Weiteres ersetzen.

3. Es ist nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass Betäubungsmittelgeschäfte einer gewissen Größenordnung regelmäßig nicht uneigennützig gemacht zu werden pflegen (vgl. BGH StV 1992, 469).

501. BGH 3 StR 61/13 – Beschluss vom 3. April 2013 (LG Duisburg)

Verhältnis von Handeltreiben und Bestimmen einer minderjährigen Person zum Handeltreiben/zur Einfuhr im Betäubungsmittelstrafrecht.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB

1. Die Weitergabe eines Teils einer zum Handeltreiben vorgesehenen Gesamtmenge von Betäubungsmitteln im Rahmen eines Kommissionsgeschäfts ist lediglich ein unselbständiger Teilakt des Handeltreibens mit der Gesamtmenge, da alle Einzelhandlungen des Täters, die auf jeweils teilweisen Umsatz einer zur Veräußerung bestimmten einheitlichen Erntemenge gerichtet sind, miteinander in einer Bewertungseinheit verbunden sind. Bestimmt der Täter indes bei seinem auf den Umsatz von Betäubungsmitteln (in nicht geringer Menge) gerichteten Handeln zugleich eine Person unter 18 Jahren dazu, mit diesen Betäubungsmitteln selbst Handel zu treiben oder das Handeltreiben des Täters zu fördern, stehen § 29a Abs. 1 Nr. 2 und § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG wegen ihres verschiedenartigen Unrechtsgehalts in Tateinheit.

2. Das Bestimmen zur Einfuhr gem. § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG tritt indes nicht hinter dasjenige zur Förderung des Handeltreibens zurück, da im Bestimmen zur Förderung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln lediglich die – wenn auch zur Täterschaft erhobene – Veranlassung einer Beihilfehandlung liegt. Ein Schuldspruch nur deswegen würde dem Unrechtsgehalt der Tat somit insgesamt nicht gerecht.

527. BGH 2 StR 604/12 – Urteil vom 10. April 2013 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft).

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

Bei einer Bewertung von Transporttätigkeit eines Beteiligten an Rauschgiftgeschäften kommt es für die Frage, ob täterschaftliches Handeltreiben angenommen werden muss, nicht entscheidend darauf an, welches Maß an Selbstständigkeit und Tatherrschaft der Beteiligte hinsichtlich dieses isolierten Teilakts des Umsatzgeschäfts innehat. Abzustellen ist vielmehr darauf, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäfts zukommt. Mittäterschaftliches Handeltreiben wird daher vor allem dann in Betracht

kommen, wenn der Beteiligte erhebliche, über den reinen Transport hinausgehende Tätigkeiten entfaltet, etwa am An- und Verkauf des Rauschgifts unmittelbar beteiligt ist oder sonst ein eigenes Interesse am weiteren Schicksal des Gesamtgeschäfts hat, weil er eine Beteiligung am Umsatz oder dem zu erzielenden Gewinn erhalten soll (vgl. BGHSt 51, 219, 222 ff.).

534. BGH 4 StR 418/12 – Urteil vom 25. April 2013 (LG Hagen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Handeltreibens, Tateinheit).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

1. Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG ist jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit (vgl. BGHSt 50, 252, 256), wobei verschiedene Betätigungen, die auf die Förderung ein und desselben Güterumsatzes abzielen, eine tatbestandliche Bewertungseinheit bilden.

2. Eine solche auf den gewinnorientierten Umsatz von Betäubungsmitteln ausgerichtete Tätigkeit liegt auch darin, dass sich der Zwischenhändler zu der Örtlichkeit begibt, an welcher er von seinem Lieferanten eine zuvor abgesprochene, zur gewinnbringenden Weiterveräußerung bestimmte Betäubungsmittellieferung vereinbarungsgemäß übernehmen soll (vgl. BGH StV 1997, 638).

Das Aufsuchen des Lieferanten zur Abholung einer bereits zuvor verabredeten Lieferung zur Weiterveräußerung vorgesehener Betäubungsmittel verwirklicht daher den Tatbestand des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln.

3. Dem – weit auszulegenden (vgl. BGHSt 50, 252, 262) – Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln unterfallen aber nicht nur Handlungen, die unmittelbar der Beschaffung und der Übertragung von Betäubungsmitteln an Abnehmer dienen. Tatbestandlich erfasst werden nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr auch dem eigentlichen Betäubungsmittelumsatz nachfolgende Zahlungsvorgänge, ohne dass danach differenziert wird, ob der Handelnde auf Seiten des Abnehmers oder des Lieferanten tätig geworden ist (vgl. BGH NSTZ 2008, 465).

4. Die Annahme von Tateinheit kommt nur in Betracht, wenn mehrere Tatbestandsverwirklichungen dergestalt objektiv zusammentreffen, dass die Ausführungshandlungen in einem für sämtliche Tatbestandsverwirklichungen notwendigen Teil zumindest teilweise identisch sind. Dagegen reichen ein einheitliches Motiv, die Gleichzeitigkeit von Geschehensabläufen, die Verfolgung eines Endzwecks, eine Mittel-Zweck-Verknüpfung oder eine Grund-Folge-Beziehung nicht aus, Tateinheit zu begründen (vgl. BGHSt 43, 317, 319).

Aufsätze und Anmerkungen

Sicherstellung elektronischer Daten und „selektive Datenlöschung“

Von Dr. Hellen Schilling, Rechtsanwältin, Frankfurt am Main, Dr. Carsten Rudolph und Nicolai Kuntze, Fraunhofer SIT, Darmstadt

Anlass und Ausgangspunkt dieses Beitrags ist eine alltägliche Situation: Im Rahmen einer Durchsuchung werden (unter anderem) elektronische Daten sichergestellt, Festplatten und andere Speichermedien werden „gespiegelt“, indem – regelmäßig von dem gesamten Datenbestand – sogenannte Images erstellt werden. Der Betroffene ist – bei aller Betroffenheit – erleichtert, sein Datenverarbeitungssystem weiter nutzen zu können. Das so gewonnene Material wird bei den Ermittlungsbehörden unter den Prämissen der Beweiserheblichkeit und der Beschlagnahmefreiheit ausgewertet, das „Datenimage“ verbleibt bei den Ermittlungsbehörden.

Offenbar gleichermaßen üblich: Ein Antrag, die nicht beweisrelevanten und/oder beschlagnahmefreien Daten herauszugeben bzw. zu löschen, wird mit der Begründung abgelehnt, dies sei technisch nicht möglich.

Sowohl die damit verbundene Folge – die Ermittlungsbehörden verfügen über eine (Un-)Menge von Daten, die regelmäßig nur zu einem (Bruch-)Teil beweiserheblich und beschlagnahmefähig sind – als auch der Verweis auf fehlende technische Möglichkeiten einer „selektiven Datenlöschung“ begegnen, wie die folgenden Ausführungen zeigen, erheblichen rechtlichen und technischen Bedenken.

I. Problemaufriss

Nachdem „die Nutzung der Informationstechnik für die Persönlichkeit und die Entfaltung des Einzelnen eine früher nicht absehbare Bedeutung erlangt hat“¹, die elektronische Datenverarbeitung und Kommunikation zum (auch geschäftlichen) Standard geworden ist, das Handelsgesetzbuch in §§ 238 ff. die papierlose Buchführung anerkennt und sich aus dem „EDV“-System weit mehr ablesen lässt, als die auf „oberster Ebene“ gespeicherte, „sichtbaren“ Dateien², dürften sich Durchsuchungsmaßnahmen nur in Ausnahmefällen auf Unterlagen beschränken, die in Papierform vorliegen.³ Bei weitem nicht nur im Bereich der „Computerkriminalität“⁴, sondern insbesondere auch in so genannten Wirtschaftsstrafsachen sind die Verfahrensbeteiligten daher zunehmend mit komplexen und teilweise unüberschaubar großen Datenmengen konfrontiert.

Ungleich überschaubarer ist hingegen der technische und logistische Aufwand der Beweisgewinnung angesichts der Tatsache, dass sich etwa bequem auf USB-Sticks speichern und transportieren lässt, was ausgedruckt Umzugskisten und -wagen füllen würde.

Die verbreitete⁵ Praxis, Speichermedien zu „spiegeln“ ist daher nicht nur – jedenfalls auf den ersten Blick – unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten geboten, da sie dem Betroffenen die weitere Nutzung seiner „EDV“ ermöglicht, sondern auch unter wirtschaftlichen und logistischen Aspekten sinnvoll. Dies gilt umso mehr, als die „Durchsicht“ i.S.v. § 110 StPO den Ermittlungsbehörden erlaubt, die als Beweisgegenstände in Betracht kommenden „Papiere“ insgesamt mitzunehmen und außerhalb des Durchsuchungsortes zu sichten, wobei der Bundesgerichtshof den Ermittlungsbehörden hinsichtlich der Frage, in welchem Umfang die sofortige Durchsicht am Durchsuchungsort erfolgt und wie sie im einzelnen auszugestalten ist, einen nur eingeschränkt überprüfbar eigenverantwortlichen Ermessenspielraum zugeht.⁶

Dass Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden von der Möglichkeit, dabei den kompletten Datenbestand zu kopieren, großzügig Gebrauch machen, lässt sich in der

Praxis ebenso feststellen⁷ wie Unterschiede im Umgang mit körperlichen Papieren und Daten: Die Beobachtung, dass Ermittlungspersonen bei Durchsuchungen Papierordner in die Hand nehmen und durchblättern, um (bereits) über die Mitnahme zu entscheiden, während Speichermedien selbst dann insgesamt gespiegelt werden, wenn einzelne Dateordner vor Ort exemplarisch durchgesehen werden,⁸ ist zwar nicht statistisch belegt, dürfte jedoch durchaus repräsentativ sein.

Zweifel an der Verhältnismäßigkeit einer „Komplettsicherung“⁹ ergeben sich spätestens dann, wenn die Durchsicht und damit die Durchsuchung abgeschlossen ist und sodann die „Herausgabe“ bzw. Löschung der nichtbeweisrelevanten und/oder beschlagnahmefreien Daten von den Ermittlungsbehörden mit Verweis darauf abgelehnt wird, die „selektive Löschung von Imagedaten“ sei technisch nicht möglich. So vertritt etwa das Landeskriminalamt Baden-Württemberg, die – offenbar repräsentative¹⁰ – Auffassung, es bestehe technisch keine Möglichkeit, aus Images von kompletten Festplatten einzelne Dateien oder Ordner zu löschen. Darüber hinaus komme auch der Ausschluss einzelner Dateien/Ordner von der Sicherung nicht in Betracht; vielmehr sei die „separate Speicherung von beweisrelevanten Daten nicht praktikabel, da die Beweiskraft der Daten bei dem Exportvorgang beeinträchtigt“ werde. Die – wohl üblicherweise verwendete – forensische Auswertungssoftware „Forensic Toolkit“ lasse Änderungen oder Löschen von Daten gerade nicht zu und gewährleiste so, „dass die Daten und ihre Beweiskraft erhalten bleiben“; dies sei nicht mehr der Fall, „wenn man hier Daten beliebig hinzufügen oder löschen könnte“.

Eine vergleichbare Situation dürfte sich – auch insoweit fehlt es weitgehend an Rechtsprechung und Literatur – im Hinblick auf Maßnahmen der Telekommunikations- und Wohnraumüberwachung ergeben, wobei in diesen Bereichen in §§ 100c Abs. 5 S. 2, 100d Abs. 5 Ziff. 2 StPO Löschungspflichten sogar gesetzlich angeordnet werden. Das Bundesverfassungsgericht spricht in seinem Beschluss vom 3. März 2004 zur Verfassungsmäßigkeit der Wohnraumüberwachung die Pflicht zur unverzüglichen Löschung kernbereichsrelevanter Daten zwar an,¹¹ geht aber in diesem Zusammenhang nicht auf etwaige technische Schwierigkeiten einer nur teilweisen Löschung ein. Das Landgericht Frankfurt hat in einem Beschluss zur Wohnraumüberwachung vom 20. Juli 2004 ausgeführt, ein selektives Löschen kernbereichsrelevanter Daten sei technisch nicht möglich und ergänzt, dass zum Zeitpunkt der Maßnahme „noch nicht die entsprechenden

¹ BVerfGE 120, 274, 303 (= HRRS 2008 Nr. 160).

² Vgl. nur BVerfGE 113, 29, 51 (= HRRS 2005 Nr. 549).

³ Vgl. Wabnitz/Janovsky/Bär, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl., (2007), Kap. 12, Rn. 1.

⁴ Vom BKA verstanden als „Straftaten, die unter Ausnutzung der Informations- und Kommunikationstechnik (IuK) oder gegen diese begangen werden.“ (vgl. BKA, Cybercrime Bundeslagebild 2011, S. 5, abrufbar unter http://www.bka.de/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Cybercrime/cybercrime__node.htm).

⁵ Vgl. Saller (Referent in der Sonderkommission der Kartellbekämpfung des BKartA), CCZ 2012, 189, 189: Mitnahme von Hardware nur in Ausnahmefällen; aus staatsanwaltlicher Sicht Ciolek-Krepold, Durchsuchung und Beschlagnahme in Wirtschaftsstrafsachen (2000), Rn. 358; aus Sicht der Finanzverwaltung Graulich wistra 2009, 299.

⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.8.2003 – 2 BJs 11/03-5-StB 7/03 – NStZ 2003, 670, 671.

⁷ Vgl. etwa Bäcker/Freiling/Schmitt DuD 2010, 80, 81; Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (DLU), Tätigkeitsbericht 2013, S. 49; wohl auch Ciolek-Krepold (Fn. 5), Rn. 357, mit der Formulierung es sei „der Datenbestand zu spiegeln“.

⁸ Vgl. Szesny Wij 2012, 228, 229 (abrufbar unter www.wij.de).

⁹ Vgl. Bäcker/Freiling/Schmitt DuD 2010, 80, 81.

¹⁰ Anfragen bei dem Bundesdatenschutzbeauftragten, diversen Landesdatenschutz- und Ermittlungsbehörden sowie einem Landesjustizministerium haben ergeben, dass die Problematik dort bekannt ist und teilweise Lösungsansätze gesucht und diskutiert werden.

¹¹ BVerfGE 109, 279, 332 ff. (= HRRS 2004 Nr. 170).

technischen Mittel eingesetzt wurden, die eine selektive Löschung von Datensätzen ermöglichen.¹²

II. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die Strafprozessordnung hat die immensen informationstechnologischen Entwicklungen im Bereich der „Digitalisierung“ seit dem Jahr 1877 bislang nur vereinzelt nachvollzogen.¹³ Die ursprünglich auf körperliche Gegenstände zugeschnittenen Rechtsgrundlagen der Sicherstellung/Beschlagnahme bzw. der Durchsicht beziehen sich ihrem Wortlaut nach auf „Gegenstände“ bzw. „Papiere“ und können (auch) die im Zusammenhang mit der Beschlagnahme im EDV-Bereich auftretenden Rechtsfragen nur bedingt beantworten.¹⁴

1. Grundrechtseingriff und Ermächtigungsgrundlage

Die Sicherstellung sowohl von Datenträgern als auch der darauf gespeicherten Daten bedeutet einen Grundrechtseingriff und bedarf daher einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem grundlegenden Beschluss zur Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und hierauf gespeicherten Daten vom 12. April 2005 die Eingriffsintensität solcher Maßnahmen betont. Es hat festgestellt, dass der „Datenzugriff“ ein Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist und in diesem Zusammenhang an die „mit den technischen Möglichkeiten einhergehende gesteigerte Gefährdungslage“ erinnert.¹⁵ Nach den im Beschluss vom 27. Februar 2008 zur „Online-Durchsuchung“ entwickelten Maßstäben dürfe mit der Datensicherung zudem bzw. zugleich ein Eingriff in das „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“¹⁶ vorliegen.

Die Sicherstellung elektronischer Datenträger bzw. der darauf gespeicherten Daten bedarf daher nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG, einer Ermächtigungsgrundlage, „aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben“.¹⁷

Zwar enthält die Strafprozessordnung keine mit Art. 19 Abs. 3 der Cybercrime-Konvention von 2001 vergleichbare Regelung, wonach die Sicherstellung gespeicherter

Computerdaten explizit die Befugnis umfasst, a) ein Computersystem oder einen Teil davon oder einen Computerdatenträger zu beschlagnahmen oder in ähnlicher Weise sicherzustellen, b) eine Kopie dieser Computerdaten anzufertigen und zurückzubehalten, c) die Unversehrtheit der einschlägigen gespeicherten Computerdaten zu erhalten und d) diese Computerdaten in dem Computersystem, auf das Zugriff genommen wurde, unzugänglich zu machen oder sie daraus zu entfernen.¹⁸

Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch ausdrücklich festgestellt, dass die Bestimmungen für die Durchsuchung und Beschlagnahme sowohl für körperliche Datenträger, als auch für die auf ihnen gespeicherten Daten gelten¹⁹ und dafür nicht nur den Wortsinn, sondern auch die „aktuellere Gesetzgebung“ bzw. die in §§ 97 Abs. 5 S. 1 StPO, §§ 98a ff. StPO bzw. der Neufassung von § 110 Abs. 1 StPO zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertungen angeführt.²⁰ Die in § 94 Abs. 1 StPO enthaltene Anforderung, dass es sich um Gegenstände handeln muss, „die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können“ sei angesichts der Vielgestaltigkeit möglicher Sachverhalte ausreichend, die „verfahrensbezogene Konkretisierung“ habe „von Verfassungen wegen der Richter nach Möglichkeit im jeweiligen Durchsuchungs- oder Beschlagnahmebeschluss zu leisten“²¹.

Danach ist zunächst festzuhalten, dass das Bundesverfassungsgericht nicht nur das körperliche Speichermedium, sondern auch die darauf befindlichen Daten als Gegenstand der Sicherstellung anerkennt.

Das Merkmal der potentiellen Beweisbedeutung – „Beweismittel kann für die Untersuchung von Bedeutung sein“, § 94 Abs. 1 StPO – welches demnach körperliche Gegenstände und Daten grundsätzlich gleichermaßen für sich in Anspruch nehmen können, und das insofern den Anwendungsbereich der §§ 94 ff. StPO erweitert, hat jedoch – wie das Bundesverfassungsgericht im unmittelbaren Anschluss betont – vor allem eine limitierende Funktion. Denn es stellt sämtliche Beweismittel unter den Vorbehalt der „Begrenzung auf den Ermittlungszweck“²². Danach sind strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen nur dann zulässig, „soweit dies zur Vorbereitung der anstehenden Entscheidungen im Hinblick auf die in Frage stehende Straftat nötig ist“²³. Aus dem – auch in §§ 155 Abs. 1, 161 Abs. 1 und 163 Abs. 2 StPO ausdrücklich normierten – Postulat der Zweckbindung ergebe sich zugleich und zwingend, dass „Ermittlungen außerhalb

¹² LG Frankfurt, Beschl. v. 20.7.2004 – 5/30 ARTW 3/03, 5-30 ARTW 3/03, StV 2005, 79, 80, im Original ohne Hervorhebung.

¹³ Insbesondere durch Einfügung bzw. Änderung der §§ 98a ff., 97 Abs. 5.

¹⁴ Daher fordert etwa Sieber, Gutachten 69. DJT, C67, eine „umfassende Reformdiskussion“, inwieweit entsprechende Eingriffsermächtigungen den Besonderheiten des Zugriffs auf computergespeicherte Daten angepasst werden müssen.

¹⁵ BVerfGE 113, 29, 45 (= HRRS 2005 Nr. 549) unter Bezugnahme auf BVerfGE 65, 1, 42 (Volkszählung).

¹⁶ BVerfGE 120, 274, 303 (= HRRS 2008 Nr. 160).

¹⁷ BVerfGE 113, 29, 50 (= HRRS 2005 Nr. 549).

¹⁸ Übereinkommen über Computerkriminalität (Convention on Cybercrime vom 21.11.2001, ETS Nr. 185), zit. nach der bereinigten Übersetzung der zwischen Deutschland, Österreich und der Schweiz abgestimmten Fassung, abrufbar unter <http://conventions.coe.int/treaty/ger/treaties/html/185.htm>.

¹⁹ So auch die ganz überwiegende Ansicht der Literatur, vgl. Meyer-Goßner StPO, 55. Aufl. (2012), § 94, Rn. 2 m. zahlr. Nachw.; eingehend Böckenförde, Die Ermittlung im Netz (2003), S. 274 ff.; a.A. Kemper NSTZ 2002, 238, 240.

²⁰ Vgl. BVerfGE 113, 29, 50/51 m.w.N. (= HRRS 2005 Nr. 549).

²¹ BVerfGE 113, 29, 51 m.w.N. (= HRRS 2005 Nr. 549)

²² BVerfGE 113, 29, 52 (= HRRS 2005 Nr. 549).

²³ BVerfGE 113, 29, 52 (= HRRS 2005 Nr. 549).

dieses Zwecks keine gesetzliche Grundlage haben“²⁴. Daher dürften „gelegentlich einer strafrechtlichen Ermittlung keine Sachverhalte und persönlichen Verhältnisse ausgeforscht werden, die für die Beurteilung der Täterschaft und für die Bemessung der Rechtsfolgen der Tat nicht von Bedeutung sind“²⁵.

Gerade an diesen Voraussetzungen fehlt es jedoch solchen Daten, die sich – ggf. mit einer Vielzahl anderer Daten – „gespiegelt“ auf einem Speichermedium befinden und gerade nicht beweisenerheblich sind. Insofern gibt es keine gesetzliche Grundlage für die Sicherstellung, für das „Behaltendürfen“.

Dass dies gleichermaßen für beschlagnahmefreie Daten i.S.v. § 97 StPO gilt, bedarf kaum einer Begründung: Wenn schon die Anordnung und Durchführung ihrer Beschlagnahme unzulässig ist, kann es (erst recht) keine gesetzliche Legitimation für das „Behaltendürfen“ geben. Dementsprechend sind beschlagnahmefreie Gegenstände sofort – und zwar ungelesen – herauszugeben, wenn die Voraussetzungen von § 97 StPO vorliegen, sonst nach Durchsicht gemäß § 110 StPO.²⁶

Als Zwischenergebnis lässt sich daher feststellen, dass es für die Sicherstellung nicht beweisenerheblicher bzw. beschlagnahmefreier Daten selbst dann an einer erforderlichen Ermächtigunggrundlage fehlt, wenn die §§ 94 ff. StPO unter den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Prämissen grundsätzlich als gesetzliche Grundlagen für Datenzugriffe anerkannt werden.

2. Bedeutung der „Durchsicht“ gemäß § 110 Abs. 1 StPO

Sofern und solange unklar ist, ob die für eine Sicherstellung bzw. Beschlagnahme erforderlichen Voraussetzungen der Beweiseignung und der Beschlagnahmefähigkeit vorliegen, sieht § 110 Abs. 1 StPO mit der Durchsicht ein „Mittel“ vor, die als Beweisgegenstände in Betracht kommenden „Papiere“ inhaltlich darauf zu prüfen, ob die richterliche Beschlagnahme zu beantragen oder die Rückgabe notwendig ist.²⁷ Der Sache nach handelt es sich gleichsam um eine „vorläufige Sicherstellung“.²⁸

Dabei ist der Begriff des „Papiers“ in einem weiten Wortsinne zu verstehen; erfasst sind – wiederum – sowohl Speichergeräte wie EDV-Daten selbst.²⁹ Die Durchsicht darf daher nicht mit dem Argument unterbleiben, der Datenträger mit dem Gesamtdatenbestand sei ein Be-

weismittel im Ganzen, das unteilbar der Beschlagnahme unterliege.³⁰

Erst nach Abschluss dieses Verfahrens, das noch Bestandteil der Durchsicht ist,³¹ „kann und muss die Ermittlungsbehörde bewerten, welche Objekte sie für beweisenerheblich hält und deshalb – wenn der Betroffene sie herausbegehrt – richterlich beschlagnahmen lassen will“³². Diese Entscheidung markiert zugleich den Abschluss der Durchsicht.³³ So soll sichergestellt werden, dass „lediglich diejenigen Informationen einem dauerhaften und damit vertiefenden Eingriff [zugeführt werden], die verfahrensrelevant und verwertbar sind“³⁴

Zugleich hat der Gesetzgeber mit dem Institut der Durchsicht praktischen Bedürfnissen Rechnung getragen und anerkannt, dass eine sorgfältige Sichtung und Trennung der Daten nach ihrer Verfahrensrelevanz am Durchsichtsort nicht immer möglich ist.³⁵ Dabei wird verlangt, dass die Durchsicht in „angemessener Dauer“ durchgeführt und abgeschlossen wird;³⁶ feststehende zeitliche Grenzen hat die Rechtsprechung nicht entwickelt.³⁷

Die Sicherstellung bzw. Beschlagnahme darf also – wie vorstehend im Zusammenhang mit dem Gesetzesvorbehalt dargestellt – nur und – wie § 110 Abs. 1 StPO in zeitlicher Hinsicht konkretisiert – erst dann erfolgen, wenn bereits festgestellt wurde, dass die aufgefundenen Gegenstände beweisenerheblich und beschlagnahmefähig sind.

Dieses gesetzgeberische Ziel würde unterlaufen und § 110 Abs. 1 StPO wäre entbehrlich, wenn die Rückgabe mit Verweis auf vermeintliche technische Schwierigkeiten abgelehnt werden könnte. Denn dann wäre nicht mehr der Inhalt der aufgefundenen Gegenstände der entscheidende Prüfungsmaßstab. Die Durchsicht wäre obsolet, sofern die damit bezweckte Aussonderung beweisenerheblicher- oder beschlagnahmefreier Gegenstände von vornherein ausgeschlossen wäre oder mit dem Hinweis abgelehnt werden könnte, der auf einem behördlichen Datenträger kopierte Datenbestand sei im Ganzen Beweismittel.³⁸

²⁴ BVerfGE 113, 29, 52 (= HRRS 2005 Nr. 549).

²⁵ BVerfGE 113, 29, 52 (= HRRS 2005 Nr. 549).

²⁶ Vgl. Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. (2012), § 110, Rn. 2 m.w.N.; Einzelheiten zur „Durchsicht“ nachfolgend unter II.2.

²⁷ BGH, Beschluss vom 5.8.2003 – StB 7/08 – NStZ 2003, 670, 671; ähnlich BVerfGE 113, 29, 56 m.w.N. (= HRRS 2005, 549); vgl. auch Meyer-Goßner (Fn. 19), § 110, Rn. 2 m.w.N.

²⁸ Vgl. Szesny, WJ 2012, 228, 230 (abrufbar unter www.wi-j.de).

²⁹ Vgl. KK-Nack, StPO, 6. Aufl. (2008), § 110, Rn. 2; Schlegel, HRRS 2008, 23, 25 m.w.N.

³⁰ Vgl. Szesny WJ 2012, 228, 230 (abrufbar unter www.wi-j.de).

³¹ Dass die Durchsicht erst der Abschluss der Durchsicht beendet ist, ist (auch) unter Rechtsschutzgesichtspunkten relevant, Einzelheiten etwa bei Marberth-Kubicki ITRB 2006, 59, 60 m.w.N.

³² LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 4.9.1996 – 5/29 Qs 16/96 – NStZ 1997, 564 m.w.N.

³³ Vgl. Meyer-Goßner (Fn. 19), § 110, Rn. 10, § 105, Rn. 15 m.w.N.

³⁴ BVerfGE 113, 29, 56 (= HRRS 2005, 549).

³⁵ BVerfGE 113, 29, 56 (= HRRS 2005, 549).

³⁶ LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 4.9.1996 – 5/29 Qs 16/96 – NStZ 1997, 564 m.w.N.

³⁷ Krit. Hoffmann/Wißmann NStZ 1998, 443, 444, mit dem Vorschlag, die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts zum „Haltbarkeitsdatum“ von Durchsuchungsbeschlüssen (NStZ 1997, 447) auch insoweit zu berücksichtigen.

³⁸ Vgl. LG Bonn, Beschl. v. 17.6.2003 – 37 Qs 20/03, wistra 2005, 76, 77 m. Verweis darauf, dass der BGH § 110 Abs. 1 StPO ausdrücklich auf Daten anwendet. A.A. LG Köln, Beschl. v. 11.8.1994 – 112 Qs 2/94, NStZ 1995, 54.

Diesem Befund lässt sich auch nicht etwa entgegen halten, dass es innerhalb des gespiegelten Datenbestandes Daten geben könnte, die sich erst in einem späteren Verfahrensstadium – etwa aufgrund von mittlerweile vorliegenden Zeugenaussagen oder in der Gesamtschau mit anderen Beweismitteln – als beweisheblich herausstellen. Denn dieses „Risiko“ besteht immer und schon deshalb, weil das Strafverfahren ein dynamischer Prozess ist. Es entbindet die Staatsanwaltschaft nicht von der Pflicht „in angemessener Zeit zu dem Ergebnis zu gelangen, was als potentiell beweisheblich dem Gericht zur Beschlagnahme angetragen und was an den Betroffenen herausgegeben werden soll“³⁹.

Dass § 110 StPO die Durchsuchung zeitlich über den Vollzug der Maßnahme am Durchsuchungsobjekt hinaus ausdehnt, bedeutet bereits ein die praktischen Bedürfnisse an Zeit und (personellen) Ressourcen berücksichtigendes „Entgegenkommen“ des Gesetzgebers. Eine Befugnis, nach Belieben in einem einmal gesicherten „Pool“ potentieller Beweismittel suchen zu können, enthält die Vorschrift hingegen nicht. Eine solche Regelung würde auch weder dem Vorbehalt des Gesetzes gerecht noch der Systematik der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 94 ff. StPO, die dieses Prinzip absichern und zur Geltung bringen.

Nach Abschluss der Durchsicht und damit der Durchsuchung ist daher für jeden weiteren Zugriff auf „Gegenstände“ bzw. „Papiere“ des betroffenen eine neue Ermächtigungsgrundlage – d.h. ein den Voraussetzungen der §§ 94 ff. StPO und den insofern erfolgten Konkretisierungen durch die Rechtsprechungen entsprechender Durchsuchungsbeschluss – erforderlich.

3. Verhältnismäßigkeit

Der bei jedem staatlichen Handeln zu wahrende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird im Hinblick auf den „Datenzugriff“ vom Bundesverfassungsgericht mit der Feststellung, „dass die strafprozessuale Maßnahme wegen der Vielzahl verfahrensunerheblicher Daten eine Streubreite aufweist“ besonders hervorgehoben.⁴⁰

Konkret gebiete dieses Prinzip, dass die Sicherstellung der Daten(-träger) – erstens – zur Verfolgung des gesetzlichen Strafverfolgungszwecks Erfolg versprechend ist und sie – zweitens – zur Ermittlung und Verfolgung der Straftat erforderlich ist, dass also keine anderen, weniger einschneidenden Mittel zur Verfügung stehen. Drittens muss der jeweilige Eingriff in angemessenem Verhältnis zur Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen.⁴¹

Aus diesen (allgemeingültigen) Prämissen leitet das Bundesverfassungsgericht konkrete Maßgaben für den Umgang mit nicht verfahrenserheblichen Daten ab: Sofern sich solche Daten auf dem Datenträger befinden, sei die Sicherstellung zur Erreichung des Ermittlungszwecks

bereits ungeeignet.⁴² Der Zugriff auf den gesamten auf den gesamten Datenbestand eines Speichermediums – auf dem „neben den potentiell beweisheblichen Informationen regelmäßig auch in erheblichem Umfang verfahrensirrelevante Beweismittel enthalten sind“ sei nicht erforderlich, „wenn die Sicherung der beweisheblichen Daten auf andere, weniger belastende Weise erreicht werden kann“.⁴³

Auch dabei belässt es das Bundesverfassungsgericht nicht. Vielmehr werden, nachdem noch einmal betont wird, dass die „Möglichkeit einer Trennung der potentiell erheblichen von den restlichen Daten von Verfassungen wegen zu prüfen“ ist, die „weniger belastenden“ Alternativen eines „Gesamtzugriffs“ beim Namen genannt: „Erstellung einer (Teil-)Kopie hinsichtlich der verfahrenserheblichen Daten“ bzw. „Löschen oder die Herausgabe der für das Verfahren irrelevanten Daten.“ Ohne auf etwaige technische Schwierigkeiten oder Hinderungsgründe dieser Verfahren einzugehen, heißt es sodann, die „Datentrennung“ sei „regelmäßig nicht mit einer Minderung des Beweiswerts verbunden, da die jeweilige Datei beim Kopiervorgang lediglich dupliziert wird.“⁴⁴

4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass die „Herausgabe“ bzw. die Löschung nicht beweisheblicher und beschlagnahmefreier Daten (verfassungs-)rechtlich geboten ist. Für ihre Sicherstellung gibt es keine gesetzliche Grundlage. Bereits der Zugriff darauf, erst recht aber ihre Beschlagnahme, bedeutet zudem eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Denn bei einer endgültigen Beschlagnahme des Datenträgers und aller darauf vorhandenen Daten würde – wie das Bundesverfassungsgericht betont – der staatliche Zugriff „zeitlich perpetuiert und damit erheblich intensiviert“⁴⁵.

III. Technische Aspekte

1. „Spiegelung“

Technisch gesehen ist das Spiegeln eines Datenträgers eine logische Kopie des Datenträgers. Für alle Datenträger gilt, dass Informationen, wie z.B. Dateien, in Form von Blöcken organisiert auf den Datenträger abgelegt sind. Somit ist ein Datenträger vereinfacht gesagt eine Folge von Blöcken und jeweils eine Menge von Blöcken bildet eine Datei. Auch die Informationen, die nicht direkt Dateien zugeordnet werden können, wie z.B. Reste gelöschter Dateien lassen sich so in Blöcke unterteilen. Bei der Spiegelung wird der Datenträger ausgelesen und geeignet auf einem zweiten Datenträger in Blöcke aufgeteilt abgespeichert. Hierdurch sind alle Dateien und auch aktuell nicht verwendete oder nicht mehr genutzte Blöcke des Datenträgers erfasst und stehen der Untersu-

⁴² Zur „Zweckbindung“ vgl. bereits die vorstehenden Ausführungen unter II.1. m.w.N.

⁴³ Vgl. BVerfGE 113, 29, 55 (= HRRS 2005 Nr. 549).

⁴⁴ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt BVerfGE 113, 29, 55 (= HRRS 2005 Nr. 549).

⁴⁵ BVerfGE 113, 29, 56 (= HRRS 2005 Nr. 549).

³⁹ LG Frankfurt a.M., NStZ 1997, 564, 565.

⁴⁰ BVerfGE 113, 29, 53 (= HRRS 2005 Nr. 549).

⁴¹ BVerfGE 113, 29, 53 (= HRRS 2005 Nr. 549).

chung zur Verfügung. Bei der Auswertung der Daten ist es dementsprechend immer möglich, identifizierte Daten – etwa bestimmte Dateien – den entsprechenden Blöcken zuzuordnen.

Aus forensischer Sicht muss ein Image zunächst immer komplett erstellt werden, um so das Sichten des Datenträgers unter Berücksichtigung von vielleicht auch durch den Benutzer gelöschten Informationen zu ermöglichen. Die Informationen von gelöschten Dateien können sich in den Blöcken befinden, die nicht bzw. nicht mehr zu einer Datei assoziiert sind. Erst nach dieser Sichtung kann ein Löschen der nicht benötigten Blöcke erfolgen. Dementsprechend ist es nicht möglich, schon beim Erstellen des Images eine Auswahl über die Inhalte zu treffen.⁴⁶

2. „Selektive Datenlöschung“

Um das Löschen bestimmter Informationen – im konkreten Fall Dateien – zu ermöglichen, die nicht beweiserheblich und/oder nicht beschlagnahmefähig sind, müssen zunächst diejenigen Blöcke identifiziert werden, welche die gewünschten Informationen enthalten, die also zu den Dateien gehören, die verwendet werden sollen. Die Informationen in den restlichen Blöcken können gelöscht werden, wobei verschiedene Verfahren verwendet werden können. Dabei wird sich ein einfaches Überschreiben der Blöcke im Abbild mit einem festen Wert – also beispielsweise das Überschreiben der Blöcke mit Nullen – wohl als am einfachsten und als vollkommen ausreichend darstellen. Dabei wird die Information gelöscht, ohne die logische Struktur des Images zu ändern.

Durch das Löschen der Informationen wird das Image des gespiegelten Datenträgers auf eine klar definierte Weise verändert. Um die gerichtliche Verwertbarkeit zu erhalten, muss daher jede Löschung von Informationen dokumentiert und die Auswertbarkeit der zurückbehaltenen Blöcke erhalten werden. Es muss nachweisbar sein, dass die fraglichen Blöcke immer noch die Information unverändert zum Originalimage tragen.

Erforderlich ist mithin ein Integritätsschutz, der ermöglicht und garantiert, die Unterschiede zu dokumentieren und als legitim zu vermerken. Hierfür werden typischerweise kryptografische Hash-Wert-Verfahren verwendet. Ein Hashwert ist ein Wert fester Länge (z.B. 128 Bit, 160 Bit), typischerweise codiert als hexadezimale Zeichenkette, der über eine Hashfunktion aus den Originaldaten gewonnen wird und als digitaler Fingerabdruck der Originaldaten dient.⁴⁷ Im Prinzip ist eine Hashfunktion eine mathematische Funktion, die einen großen Eingabewert (z.B. ein Festplattenimage) einem kurzen Hashwert mit fester Länge zuordnet. Moderne Hashfunktionen haben die Eigenschaft, dass die Wahrscheinlichkeit sehr gering ist, zwei Eingabewerte – also zwei unterschiedliche Festplattenimages – mit demselben Hashwert zu finden.

⁴⁶ Vgl. NIST SP 800-86, Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response, 2006 (abrufbar unter <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-86/SP800-86.pdf>).

⁴⁷ Vgl. BSI-Leitfaden IT-Forensik, Version 1.0.1, 03/2011, S. 61.

Daher bedeuten Änderungen immer eine Änderung des Hashwertes. Außerdem ist es nicht möglich, aus dem Hashwert allein die Originaldaten zu berechnen.

Zusätzlich kann ein solcher „digitaler Fingerabdruck“ unter Verwendung kryptographischer Schlüssel digital signiert werden, wodurch ein bestimmter Zustand der Originaldaten belegt wird und gewollte oder versehentliche Änderungen erkannt werden können, wenn der Hash-Wert der Originaldaten nicht mit dem Hash-Wert der Duplikate übereinstimmt (digitale Signatur). Eine bewusste Veränderung kann dann nur noch unter Verwendung des geheimen Schlüssels der digitalen Signatur stattfinden.⁴⁸

Außerdem muss die Erstellung der Hashwerte dokumentiert werden, also wer, wann und mit welchem System die Hashwerte erzeugt hat, weshalb eine überprüfbare Verknüpfung dieser Prozessinformationen mit dem Image stattfinden muss. Ansonsten kann einem Hash-Wert nicht entnommen werden, ob er zum Zeitpunkt der Festplattenspiegelung hergestellt wurde oder später, nachdem Daten auf dem Image verändert wurden.⁴⁹

Um nun nach der teilweisen Löschung noch die Integrität spezieller Blöcke bestimmen zu können, muss für jeden Datenblock einzeln ein Hashwert erzeugt werden. Über diese einzelnen Hashwerte wird dann wiederum ein Hashwert erzeugt (Hash-Baum). Hash-Bäume werden bereits bei der vertrauenswürdigen Langzeitarchivierung eingesetzt.⁵⁰ Dieser neue Hashwert, der nun die Fingerabdrücke aller einzelnen Blöcke kombiniert, muss dann wiederum signiert werden. In der Prüfung des Images müssen für gelöschte Blöcke jeweils direkt die Hashwerte des Original-Blocks verwendet werden, um die Übereinstimmung der Blöcke mit denen des Originalimages nachzuweisen. Diese Vorgehensweise erlaubt es, gezielt zu ermitteln, welcher einzelne Datenblock aus den nicht gelöschten Blöcken eventuell verändert wurde.

3. Zwischenergebnis

In technischer Hinsicht lässt sich feststellen, dass eine „selektive Datenlöschung“ weder per se ausgeschlossen ist noch notwendig mit der Gefahr verbunden ist, dass die „Beweiskraft der Daten bei dem Exportvorgang beeinträchtigt“ wird, wobei sich die „Beweiskraft“ in diesem Sinne auf den Nachweis bezieht, dass die duplizierte Datei inhaltlich mit der Originaldatei übereinstimmt. Vielmehr bietet das beschriebene Verfahren die – rechtlich gebotene – Garantie, dass es sich bei den verbleiben-

⁴⁸ Buchmann, Einführung in die Kryptographie, 5. Aufl. (2010), S. 193 ff.

⁴⁹ Rossnagel, Die digitale Signatur in der öffentlichen Verwaltung in: Kuicek/Braczyk/Klumpp/Müller/Neu/Raubold/Rossnagel (Hrsg.) Multimedia @Verwaltung (1999), S. 158.

⁵⁰ ArchiSig-Prinzip, siehe die noch im Entwurf befindliche „Technische Richtlinie 03138 – Rechtssicheres ersetzendes Scannen“ (TR RESISCAN) sowie P. Rehäußer/Zimmer/Korte/Hühnlein/Fischer-Dieskau/Gnada, Technische Richtlinie zur vertrauenswürdigen Langzeitarchivierung in: Horster/Schartner (Hrsg.) D*A*CH Security (2009), S. 470.

den Daten tatsächlich um eine – insoweit unveränderte – Kopie der Originalinformation handelt.

IV. Schluss

Die verbreitete Praxis der Datenspiegelung zur Beweisgewinnung hat für den Betroffenen den Vorteil, dass die EDV-Anlage weiter genutzt werden kann und erscheint daher auf den ersten Blick unter Verhältnismäßigkeitserwägungen gegenüber der Mitnahme entsprechender Geräte als milderes Mittel. Dieses Bild verschiebt sich jedoch angesichts der Tatsache, dass die Ermittlungsbehörden bei einer „Komplettsicherung“ in der Regel Zugriff auf eine Vielzahl von Daten erhalten, die – im maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses der Durchsuchung – nicht beweisheblich und/oder beschlagnahmefrei sind. Erhebliche rechtsstaatliche Bedenken ergeben sich jedoch, wenn die „Herausgabe“ dieser Daten mit Verweis auf vermeintliche technische Gegebenheiten verweigert wird.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass eine selektive Löschung nicht beweisheblicher und/oder beschlagnah-

mefreier Daten (verfassungs-)rechtlich zwingend und technisch möglich ist. Sofern bestimmte von Ermittlungsbehörden verwendete Softwareprodukte diesen Anforderungen nicht gerecht werden (können), sind sie für die Verwendung im Strafverfahren ungeeignet. Wenn und solange solche Verfahren angewandt werden, müssen beweishebliche Daten bzw. entsprechende Dateien ausgedruckt zur Akte genommen und muss das Datenimage insgesamt gelöscht werden.

Die Herausgabe bzw. Löschung nicht verfahrensrelevanter/beschlagnahmefreier Daten kann nicht mit Verweis auf technische Schwierigkeiten abgelehnt werden. Denn die im Strafverfahren eingesetzte Technik muss den (verfassungs-)rechtlichen Anforderungen entsprechen, nicht umgekehrt.

Der gezeigte technische Lösungsweg lässt sich nahtlos in die bestehenden forensischen Prozesse und Softwarelandschaft integrieren. Entsprechende Produkte sind in einem prototypischen Stadium bereits verfügbar und können relativ kurzfristig marktfähig gemacht werden.

Aufsätze und Anmerkungen

Der EU-Anti-Corruption Report: Ein neuer Weg zu einer kohärenten Präventionspolitik

Von PD Dr. Michael Kubiciel, Regensburg/Köln*

I. Der EU Anti-Corruption Report 2013

Vor zwanzig Jahren ist auf internationaler und europäischer Ebene eine regelrechte Lawine von Antikorruptionsinitiativen ausgelöst worden.¹ Diese mündete in

* Der Autor lehrt als Privatdozent Deutsches und Europäisches Strafrecht, Rechtsphilosophie und Strafrechtsvergleichung an der Universität Regensburg und vertritt gegenwärtig einen Lehrstuhl an der Universität zu Köln. Er ist als National Research Correspondent der EU-Kommission in die Erarbeitung des Antikorruptionsberichts eingebunden, gibt hier aber ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

¹ Zur internationalen Entwicklung und ihren Hintergründen Kubiciel ZStW 120 (2008), 429, 430 ff.; Weigend, in: Festschrift für Jakobs (2007), S. 747, 749 ff.; Wolf KJ 2008, 366 ff. Krit. zu dieser Entwicklung Schönemann GA 2003, 299, 309. Krit. gegenüber Entgrenzungstendenzen bei der Auslegung nationaler Korruptionsvorschriften Saliger/Gaede HRRS 2008, 57, 60 ff.

zahlreichen internationalen Übereinkommen,² aber auch in Gesetzesänderungen auf der nationalen Ebene.³ Im Jahr 2013 ist es an der Zeit, eine Zwischenbilanz zu ziehen. Den Anlass bietet der für den Sommer 2013 angekündigte Anti-Corruption Report der EU-Kommission.⁴

² Dazu Esser, in: Söller/Wünsch (Hrsg.), Korruption im Wettstreit der Disziplinen (2011), S. 13 ff.; Kubiciel, in: Linnan (Hrsg.), Legitimacy, Legal Development and Change (2012), S. 419, 422 f. Umfassende Kompilation United Nations Office on Drugs and Crime (Hrsg.), Corruption – Compendium of International Legal Instruments, 2. Aufl. 2005.

³ Zur Änderung des deutschen Strafrechts Möhrenschräger, in: Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention (2007), S. 377, 389. S. bereits Dölling, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C zum 61. Deutschen Juristentag Karlsruhe 1996.

⁴ Europäische Kommission, Establishing an EU Anti-corruption reporting mechanism for periodic assessment ("EU Anti-corruption Report"), Entscheidung v. 6.6.2011, C(2011) 3673 final.

Dieser Bericht wird sich nicht nur mit europaweiten Trends (Kapitel 1) und ausgewählten Themenfeldern von besonderer Bedeutung (Kapitel 2) beschäftigen; das Dokument wird zudem in einem dritten Kapitel 27 Landesberichte enthalten, die den inzwischen erreichten Stand der Präventionsbemühungen in dem jeweiligen Mitgliedsstaat verzeichnen, diesen bewerten und gegebenenfalls Empfehlungen für Verbesserungen unterbreiten sollen. Ein abschließendes viertes Kapitel wird sich der Antikorruptionspolitik der EU-Institutionen widmen. In zwei Jahren wird ein Follow-up-Report analysieren, ob und inwieweit die Mitgliedsstaaten bei der Bekämpfung der Korruption vorangekommen sind und ob sie die Empfehlungen des Ausgangsberichts umgesetzt haben.

Mit diesem Mechanismus, den das Europäische Parlament bereits im Jahr 2003 implementiert sehen wollte, greift die EU auf einen Review-Mechanismus zurück, der – in unterschiedlicher Ausprägung – auch von anderen internationalen Organisationen zur Analyse der Antikorruptionsbemühungen einzelner Staaten verwendet wird. Auf der Ebene der Vereinten Nationen untersucht eine Review Group, ob und inwieweit die Vertragsstaaten die UN-Konvention gegen Korruption umsetzen;⁵ zudem beschäftigt sich eine regelmäßig tagende intergouvernementale Arbeitsgruppe mit Einzelfragen der Korruptionsprävention. In Europa ist es neben der OECD Working Group on Bribery, die sich der Bekämpfung der Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr widmet, die beim Europarat in Straßburg angesiedelte Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO). Seit rund zehn Jahren untersucht GRECO abschnittsweise, d.h. in mehreren Evaluationsphasen mittels eines Peer-Review-Mechanismus sämtliche für die Korruptionsprävention wesentlichen Institutionen und Regelwerke, unterbreitet Verbesserungsempfehlungen und überwacht in Compliance-Reports die Umsetzung dieser Empfehlungen.⁶

II. Der Mehrwert des EU-Mechanismus

Die Existenz von GRECO und vergleichbaren Gremien wirft die Frage nach dem Mehrwert des EU Anti-Corruption Reports auf: Weshalb legt die EU ein eigenes Evaluierungsprogramm auf? In den Erwägungsgründen findet sich zunächst das Argument, die bestehenden Systeme prüfen lediglich isoliert die Umsetzung desjenigen Übereinkommens, das dem jeweiligen Untersuchungsmechanismus zugrunde liegt.⁷ Diese Erwägung ist freilich reichlich formal angesichts des weiten Untersuchungsfeldes von GRECO und der Tatsache, dass die bestehenden Programme *in ihrer Gesamtheit* durchaus eine breitflächige und tiefgehende Analyse nationaler Korruptionsvorkehrungen gewährleisten. Zudem verweist die Kommission auf die Möglichkeit, dass die Mitgliedsstaaten durch die in dem Bericht enthaltenen *best practices* von einander lernen könnten.⁸ Doch auch dies ist keine Besonderheit des angekündigten EU-Dokuments, sorgen

die Berichte und die Mitgliedsstaatenversammlung von GRECO doch schon heute für einen umfassenden Rechts- und Erfahrungsaustausch.⁹

Stichhaltiger ist hingegen ein dritter Punkt, den die Kommission ganz am Ende ihrer Ausführungen anspricht: Die EU habe „a general right to act in the field of anti-corruption policies within the limits established by the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).“ Insbesondere, heißt es weiter, verfüge die EU über die Kompetenz, durch Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten (Art. 67 Abs. 2 AEUV); zudem erlaube Art. 83 Abs. 1 AEUV die Festlegung von Mindestvorschriften über Straftaten und Strafen im Bereich der Korruption.¹⁰ Dies ist der entscheidende Punkt: Was die EU von den UN, der OECD, dem Europarat und allen anderen internationalen Organisationen unterscheidet, ist die Möglichkeit, dass sie ihre Mitgliedsstaaten per Richtlinie zur Harmonisierung ihrer Rechtsvorschriften verpflichten und die Umsetzung dieser Verpflichtung vom EuGH notfalls zwangsweise durchsetzen lassen kann. Daher mag es sich die Bundesrepublik Deutschland leisten können, als einer von wenigen Staaten die UN Konvention gegen Korruption und die (zivil- und strafrechtlichen) Übereinkommen des Europarates über die Bekämpfung der Korruption nicht zu ratifizieren.¹¹ Auch hat die Bundesrepublik für sich in Anspruch genommen, acht GRECO-Empfehlungen zur Schließung von Lücken im Strafrecht zu ignorieren.¹² Sie wird es sich aber nicht dauerhaft erlauben können, die Verbesserungsvorschläge der EU Kommission zu übergehen. Sollte nämlich der für 2015 geplante Follow-Report feststellen, dass Deutschland mit anderen Mitgliedsstaaten die als notwendig erachteten Maßnahmen zur (strafrechtlichen) Korruptionsprävention nicht umgesetzt hat, während die Korruption in Europa nicht signifikant zurückgegangen ist, wäre der Nachweis dafür erbracht, dass es den Mitgliedsstaaten am politischen Willen für eine wirksame Bekämpfung der Korruption fehlt. Berücksichtigt man zudem, dass nicht nur die Korruption im internationalen Wirtschaftsverkehr die Grenzen der Mitgliedsstaaten überschreiten kann, sondern dass auch die Folgen *inländischer* Korruption und schlechter Regierungsführung über den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) die Steuerzahler anderer (Euro-)Staaten treffen, ist der Weg für legislative Maßnahmen der supranationalen Ebene frei: Die Notwendigkeit eines Tätigwerdens der EU auf dem Gebiet der geteilten Zuständigkeit „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Artt. 4 Abs. 2 lit. j, 67 AEUV) wäre nicht bloß formelhaft dargetan;¹³ sie

⁹ Eser/Kubiciel a.a.O. (Fn. 6), S. 15.

¹⁰ EU-Kommission a.a.O. (Fn. 4), Erwägungsgrund 8.

¹¹ Abgedruckt in UNODC a.a.O. (Fn. 2), S. 21 ff., 131 ff., 139 ff.

¹² GRECO, RC-III (2011) 9E, Third Evaluation Round Compliance Report on Germany, Rn. 24; GRECO, III (2012) 15E, Third Evaluation Round, Interim Compliance Report on Germany, Rn. 9: „GRECO notes that the situation remains largely the same as it was at the time of the adoption of the Compliance Report.“

¹³ Dagegen zur Recht *Landau* NStZ 2013, 194, 197. – S. zur diesbezüglichen Tendenz der europäischen Kriminalpolitik *Folz* ZIS 2009, 427, 428; *Hauck*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem

⁵ Zur UN-Konvention gegen Korruption *van Aaken* ZaöRV 65 (2005), 407 ff.; *Kubiciel* ICLR 9 (2009), 137 ff.

⁶ Zum Auftrag und zur Arbeitsweise von GRECO *Eser/Kubiciel*, Institutions against corruption (2005), S. 13 ff.

⁷ EU-Kommission (Fn. 4), Erwägungsgrund 7.

⁸ *Ibid.*, Erwägungsgrund 11.

wäre in einer Weise schlüssig begründet, die auch den vom BVerfG im Lissabon-Urteil aufgestellten Kriterien entspräche. Danach muss nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch eine (europaweit angeglichene) Strafandrohung beseitigt werden kann.¹⁴

Wenn die Kommissarin für Inneres, *Cecilia Malmström*, beteuert, die Kommission erachte neue Gesetzgebungsmaßnahmen der EU auf dem Gebiet der Korruption nicht „as the way forward at this stage“,¹⁵ schließt dies also bei Lichte besehen die Option ein, in einem zweiten oder dritten Schritt legislative Maßnahmen zu ergreifen. Insofern kann der EU Mechanismus den Boden für „future EU policy initiatives in the area of anti-corruption“ bereiten.¹⁶ Ob die EU diesen Boden betreten wird, hängt letztlich davon ab, ob der Anti-Korruptionsbericht in den Mitgliedsstaaten der EU genügend politischen Willen für die Umsetzung der in ihm enthaltenen Verbesserungsempfehlungen zu generieren vermag.

Gleichviel: Dem EU Anti-Corruption Report kommt für Deutschland wie auch für alle anderen Mitgliedsstaaten eine Bedeutung zu, welche die Bedeutung der Berichte der OECD oder des Europarates (respektive von GRECO) bei weitem übertrifft. Dies lässt auch die – nun aufzuwerfende – Frage nach der Bewertung der Antikorruptionsbemühungen in Deutschland in einem anderen Licht erscheinen.

III. Entwicklung der Korruptionsprävention in Deutschland

Welchen Stand haben die Bemühungen zur Korruptionsprävention in Deutschland inzwischen erreicht? Einerseits bezeichnet Transparency International die Leistungsfähigkeiten der nationalen Integritätssysteme als insgesamt „gut bis sehr gut“. ¹⁷ Dass Deutschland in dem alljährlich von Transparency International erstellten „Corruption Perspective Index 2012“ lediglich im Mittelfeld der EU-Staaten rangiert,¹⁸ zeigt andererseits das nach wie vor bestehende Verbesserungspotenzial. Wo, ist

und Lösung (2011), S. 255 ff.; *Kubiciel* ZIS 2010, 742, 744; *Mansdörfer* HRRS 2010, 11, 13 f.; *Rosenau* ZIS 2008, 9, 17; *Satzger* KritV 2008, 17, 34 f.

¹⁴ BVerfGE 126, 267, 406 ff., 410 f. Zustimmend *Kubiciel* GA 2010, 99 ff.; *Weigend*, Festschrift für Zoll (2012), S. 205 ff., 222 ff. Skeptisch *Vogel*, in: *Ambos* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht post Lissabon* (2011), S. 41 ff. Zur Entscheidung ferner *Ambos/Rackow* ZIS 2009, 397 ff.; *Braum* ZIS 2009, 418 ff.; *Böse* ZIS 2010, 76 ff.; *Heger* ZIS 2009, 406 ff.; *Meyer* NSTz 2009, 657 ff.; *Schünemann* ZIS 2009, 393 ff.; *Sturges* HRRS 2012, 273 ff.

¹⁵ Ansprache vom 5.3.2013 vor dem 2. Regionalen Workshop der Nationalen Research Correspondents, Redemanuskript: „Fighting corruption: From intentions to results“, Reference: Speech 13/187, unter: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-187_en.htm.

¹⁶ EU-Kommission a.a.O. (Fn. 4), Erwägungsgrund 11.

¹⁷ Transparency International Deutschland, Nationaler Integritätsbericht Deutschland, S. 5; unter: <http://www.transparency.de/Nationaler-Integritaetsbericht.2002.0.html>.

¹⁸ S. dazu <http://transparency.de/Tabellarisches-Ranking.2197.0.html>.

daher zu fragen, könnten diese Potenziale liegen? Wie wir sehen werden, sind auf den Gebieten der öffentlichen Verwaltung (1.) und in der Privatwirtschaft (2.) große Fortschritte erzielt worden, während der politische Bereich auf dem Weg zu einer kohärenten Antikorruptionspolitik deutlich zurückgeblieben ist (3. und 4.). Daraus folgt: Soll Deutschland in der Korruptionsprävention vorankommen, muss das Thema in der Politik jenen Stellenwert erhalten, den es in der Privatwirtschaft längst einnimmt.

1. Korruptionsprävention in der öffentlichen Verwaltung

Im Bereich der öffentlichen Verwaltung hat die Korruptionsprävention in den letzten Jahren erhebliche Fortschritte verzeichnet. Umfragen zufolge arbeiten inzwischen 99% aller Behörden nach dem „Mehraugen“-Prinzip, 80% verfügen über interne Anti-Korruptionsrichtlinien, 74% führen Stichprobenkontrollen in korruptionsgefährdeten Bereichen durch, 62% haben Bereiche von hoher Korruptionsgefahr identifiziert und 57% einen Anti-Korruptionsbeauftragten ernannt.¹⁹ Zudem ist die Bereitschaft, bei einem Korruptionsverdacht Anzeige zu erstatten, im öffentlichen Sektor vergleichsweise hoch.²⁰ Dennoch scheint Korruption in einem nicht zu vernachlässigenden Umfang in der öffentlichen Verwaltung weiter zu existieren: 44% der befragten Behörden berichteten von konkreten Verdachtsfällen.²¹ Aus diesem Grund scheint es ratsam, eine nationale Korruptionsagenda zu entwickeln, die für alle Ebenen der staatlichen Verwaltung konkrete Verbesserungsfelder und -ziele benennt. Dabei scheinen insbesondere auf der regionalen und kommunalen Ebene Defizite, etwa hinsichtlich des Zugangs zu Whistle-blowing-Systemen, zu bestehen; gleiches gilt für den behörden- und kompetenzübergreifenden Austausch von Informationen bei Korruptionsverdacht.²²

2. Korruptionsprävention in der Privatwirtschaft

Die Privatwirtschaft ist in den letzten Jahren ein zentrales Feld von Antikorruptionsaktivitäten und Verbesserungen gewesen. Nach Korruptionsskandalen in DAX-Konzernen, die national und international große Aufmerksamkeit erregt haben, ist der Bereich Anti-Korruption und Compliance in vielen Unternehmen zu einer echten Führungsaufgabe avanciert, der sich auch Vorstände und Aufsichtsräte verpflichtet fühlen (und angesichts drohender zivil-rechtlicher Konsequenzen auch fühlen müssen). So kommt es, dass im Jahr 2011 bereits 59% aller in einer Erhebung befragten Unternehmen Compliance-Programme implementiert hatten,²³

¹⁹ *Salvenmoser/Weise/Heck/Bussmann*, *Kriminalität im öffentlichen Sektor* (2010), S. 41 ff.

²⁰ *Salvenmoser/Weise/Heck/Bussmann* a.a.O. (Fn. 19), S. 32.

²¹ *Salvenmoser/Weise/Heck/Bussmann* a.a.O. (Fn. 19), S. 7.

²² *Salvenmoser/Weise/Heck/Bussmann* a.a.O. (Fn. 19), S. 32, 43.

²³ *Bussmann/Cl. Nestler/Salvenmoser*, *Wirtschafts-kriminalität* (2011), S. 34. – Allgemein zur Bedeutung von Compliance für die Korruptionsbekämpfung *Dieters*, in: *Dölling* (Hrsg.), *Handbuch der Korruptionsprävention* (2007), 4. Kap. Rn.

von denen einige internationale Standards setzen.²⁴ Nicht wenige Unternehmen haben sich sogar aus korruptionsgefährdeten Märkten oder einschlägig belasteten Vergabeverfahren zurückgezogen. Auch wenn im zurückliegenden Jahr weitere Korruptionsverdachtsfälle bekannt geworden sind, muss konstatiert werden, dass die deutsche Wirtschaft, vor allem die Industrie, in der jüngeren Vergangenheit erheblich in die Korruptionsbekämpfung investiert und auf kurzfristige Geschäftserfolge verzichtet hat.

Gleichwohl lassen sich auch im Privatsektor Verbesserungsmöglichkeiten finden. Dies betrifft die sog. kleinen und mittleren Unternehmen (sog. small and medium-sized enterprises, SMEs), die trotz ihrer geringeren Größe häufig auf den Weltmärkten aktiv sind und daher mit Korruption in Berührung kommen können. In diesen SMEs scheint es an (ausreichenden) Compliance-Programmen häufig noch zu fehlen.²⁵ In letzter Zeit haben sich Compliance-Probleme vermehrt auch innerhalb von Banken offenbart, und zwar nicht nur im Vorfeld der Finanzmarktkrise,²⁶ sondern auch im Zusammenhang mit dem sog. London Interbank Offered Rate- bzw. LIBOR-Betrug und im Handel mit Emissionszertifikaten.²⁷ Schließlich verhindert der noch unzureichende Informantenschutz beim Whistle-Blowing eine effizientere betriebsinterne Kontrolle, so dass es mittelfristig einer gesetzlichen Regelung bedarf.²⁸

3. Rechtsdurchsetzung

Deutschland hat ausweislich des letzten „World Justice Rule of Law Index“ ein gut, wenn auch nicht sehr gut funktionierendes Rechts(durchsetzungs)system: In drei von acht Kategorien (darunter „Criminal Justice“) rangiert Deutschland unter den besten zehn (von 97) Staaten; in allen anderen Kategorie (etwa „Absences of Cor-

ruption“ und „Regulatory Enforcement“) unter den besten sechzehn Nationen.²⁹

Dennoch ist es ist bezeichnend, dass die Welle an Compliance- und Antikorruptionsprogrammen in der deutschen Wirtschaft zumindest zu einem Gutteil durch Untersuchungen von Behörden in den USA und durch die Furcht vor den immensen Strafen ausgelöst worden sind, die beispielsweise die Securities and Exchange Commission (SEC) nach amerikanischem Recht verhängen kann. Verglichen damit ist der Druck, den deutsche Strafverfolgungsbehörden und Gerichte ausüben können, schwächer.

Dies liegt zum einen an der (begrenzten) Bußgeldhöhe, die das OWiG ermöglicht. Abhilfe kann hier eine Erhöhung des Bußgeldrahmens schaffen, die einer strafrechtssystematisch problematischen und in ihrer Folgewirkung auf das „Personen-Strafrecht“ noch nicht abgeschätzten Einführung einer Unternehmensstrafe vorzuziehen ist.³⁰ Zum anderen – und vor allem – sind die für Korruptionsermittlungen zur Verfügungen stehenden personellen Ressourcen bei der Polizei, den Staatsanwaltschaften und Gerichten, trotz aller Anstrengungen der letzten Jahre³¹ und ungeachtet der gestiegenen Sachkompetenz der Ermittler³², immer noch knapp bemessen. Die Tatsache, dass gerade im Bereich der Wirtschaftskriminalität und der Korruption Verfahren häufig mit einer Einstellung unter Auflagen (§ 153a StPO) enden, ist jedenfalls *prima facie* ein Grund, der die auffällige Diskrepanz zwischen Ermittlungszahlen und Verurteilungen zu erklären vermag.³³ Auch die im Wirtschaftsstrafrecht häufig anzutreffende Verständigung nach § 257c StPO zeigt das Spannungsfeld gegenläufiger Handlungsvorgaben, in dem sich die Strafverfolgungsbehörden bewegen: Einerseits ist die (soziale und politische) Erwartung gestiegen, Wirtschaftsstraftaten aufzuklären und ggfs. zur Anklage zu bringen.³⁴ Andererseits statten Politiker (und also mittelbar: die Wähler) die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte nicht mit den notwendigen Ressourcen aus, derer

83 ff. Umfassend zur Thematik Compliance und Unternehmensstrafrecht Bock, Criminal Compliance (2011), passim; Rotsch, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. (2012), 1. Teil, 4. Kapitel; Sieber, Festschrift für Tiedemann (2008), S. 449 ff. Differenzierte und teils kritische Analyse bei Schünemann GA 2013, 193, 194 ff.

²⁴ Busmann/Cl. Nestler/Salvenmoser a.a.O. (Fn. 23), S. 60. Im Hinblick auf Siemens Jahn/Knop, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 15.12.2008, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/schmiergeldverfahren-beendet-siemens-zahlt-rund-eine-milliarde-euro-bussgeld-1739857.html>.

²⁵ Busmann/Cl. Nestler/Salvenmoser a.a.O. (Fn. 23), S. 34.

²⁶ Vgl. dazu Brüning/Samson ZIP 2009, 1089, 1090; Jahn JZ 2011, 340 ff.; ders., wistra 2013, 41 ff.; Kubiciel ZIS 2013, 53, 54 ff.; Otto, Festschrift für Krey (2010), S. 375 ff.; Schröder, Handbuch des Kapitalmarktstrafrechts, 2. Aufl. (2010), Rn. 1080 ff.; ders. NJW 2010, 1169 ff.; Strate HRRS 2012, 715 ff.

²⁷ Allgemein zur Bedeutung von Compliance für Banken Frisch, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. (2009), § 7.

²⁸ Ebenso Schünemann GA 2013, 193, 199; krit. hingegen Hefendehl, Festschrift für Amelung (2009), S. 619 ff.

²⁹ Agrast/Botero/Martinez/Ponce/Pratt, The World Justice Project Rule of Law Index 2012-2013, S. 92.

³⁰ Für die Einführung eines Unternehmensstrafrechts jüngst Kutschaty ZRP 2013, 74 ff.; die (verfassungsrechtliche) Zulässigkeit konstatierend Vogel, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht (2012), S. 205 ff.; ders., StV 2012, 427 ff. Krit. hingegen die g.h.M., s. nur Jakobs, Festschrift für Lüderssen (2002), S. 559 ff.; Kretschmer, Festschrift für Geppert (2011), S. 287, 308 f.; Lüderssen, in: Kempf/Lüderssen/Volk (a.a.O.), S. 79 ff.; Neumann, in: Kempf/Lüderssen/Volk (a.a.O.), S. 13 ff.; Schünemann GA 2013, 193, 199; Theile, in: Kempf/Lüderssen/Volk (a.a.O.), S. 175 ff.

³¹ Vgl. OECD, Germany: Phase 3, Report on the application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 2009 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, S. 4.

³² Transparency International Deutschland (Fn. 17), S. 80.

³³ Vgl. die Zahlen bei Transparency International Deutschland (Fn. 17), S. 19 f.

³⁴ Zur gestiegenen Bedeutung der Wirtschaftskriminalität Dannecker, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 23), 1. Teil, 1. Kapitel; Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, ihre Methoden, 2013, S. 43 f.; Kubink, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel (2001), S. 547 f.

es bedarf, um dieser Erwartung gerecht werden zu können. Das Ergebnis ist eine – zugespitzt formuliert – kompromisshafte Rechtsdurchsetzung mittels §§ 153a, 257c StPO.

Hinzuweisen ist noch auf ein anderes Spannungsfeld, in das die Korruptionsprävention und die Durchsetzung des Antikorruptionsstrafrechts eingebettet sind. Auf der einen Seite verlangt gerade die Aufklärung der „opferlosen“, anonymen und verdeckten Korruption den Einsatz von speziellen technischen Ermittlungsmethoden, beispielsweise die Überwachung der Telekommunikation oder der Gespräche in Wohn- und Geschäftsräumen.³⁵ Auf der anderen Seite begrenzt die Strafprozessordnung zum Schutz der Grundrechte der Beschuldigten den Einsatz dieser Mittel auf qualifizierte Formen der Korruption (vgl. §§ 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. t, 100c Abs. 2 Nr. 1 lit. m StPO). Angesichts der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Gefahren der Korruption darf bezweifelt werden, dass diese schematische Begrenzung sinnvoll ist. Ratsam scheint es, die Einsatzmöglichkeit dieser Ermittlungsmethoden grundsätzlich auf alle Bestechungsdelikte auszuweiten. Da deren Anordnung im Einzelfall von zusätzlichen Verhältnismäßigkeitserwägungen abhängt (vgl. §§ 100a Abs. 1, 100c Abs. 1 StPO), ist ein – angesichts der knappen Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden ohnehin unrealistischer – Einsatz solcher Überwachungsmethoden zur Aufklärung einer Bagatelbestechung auch rechtlich vermeidbar.³⁶

4. Korruption und Politik

Die wichtigste Schwachstelle der deutschen Integritätssysteme ist jedoch die Politik, genauer: der fehlende politische Wille zur Ergreifung wirksamer Antikorruptionsmaßnahmen. Die gegenwärtigen, bereits vom (Vor-)Wahlkampf geprägten rechtspolitischen Diskussionen spiegeln diesen Befund in eindrücklicher Weise. Hier seien nur zwei Aspekte herausgegriffen: Die Präventionsmaßnahmen gegen „politische“ Korruption (a) und das bestenfalls unentschlossene Vorgehen gegen die Korruption im Gesundheitswesen (b).

a) Abgeordnetenbestechung und Transparenzregeln

Die Oppositionsparteien haben in der jüngeren Vergangenheit eine Vielzahl von Vorschlägen zur Verschärfung des Strafrechts, etwa des Tatbestands der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB) präsentiert.³⁷ Auch haben sie eine „Transparenzoffensive“ gefordert, die eine Offenlegung der genauen Höhe von Nebeneinkünften von Parlamentariern sowie einen (in der Tat: wünschenswerten) besseren Zugang zu den bei Verwaltungsbehörden und Regierungen verfügbaren Informationen umfassen soll.³⁸

³⁵ Vgl. Eser/Kubiciel a.a.O. (Fn. 6), S. 61 ff., 100.

³⁶ Vgl. Meyer-Gößner, StPO, 56. Aufl. 2013, StPO, § 100a Rn. 11; BGHSt 44, 243, 250.

³⁷ BT-Drucksachen 17/8613 (SPD, 2012), 17/5933 (Bündnis90/Die Grünen, 2011), 17/1412 (Die Linke, 2010). Dazu B. Heinrich Stellungnahme Neuregelung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung; Jäckle ZRP 2012, 97 ff.; s. auch Hoven ZIS 2013, 33 ff.

³⁸ S. etwa Bündnis90/Die Grünen, Transparenzoffensive, 19.02.2013, unter <http://www.gruene-bundestag.de/file->

Die Glaubwürdigkeit dieser Forderungen leidet jedoch daran, dass dieselben Parteien während ihrer Regierungszeit die geforderten Maßnahmen wie die Verschärfung des § 108e StGB und die Ratifikation der Übereinkommen der UN und des Europarats nicht ergriffen haben oder nicht haben umsetzen können. Bezeichnend ist es auch, dass die Landesregierung von Baden-Württemberg kürzlich bekannt gegeben hat, erst im Laufe des Jahres 2013 den im Wahlkampf versprochenen Entwurf für die Einführung eines Informationsfreiheitsgesetzes vorzulegen³⁹ – mehr als zweieinhalb Jahre nach Bildung der Regierung. Indes hat auch die gegenwärtige Bundesregierung wenig Engagement gezeigt, vorhandene Strafbarkeitslücken zu schließen, die Konventionen der UN und des Europarates zu ratifizieren und die einschlägigen Empfehlungen GRECOs umzusetzen.⁴⁰

b) Korruption im Gesundheitswesen

Ein weiteres aktuelles und besonders eindrückliches Beispiel für den mangelnden politischen Willen bei der Korruptionsbekämpfung ist das Lavieren der Bundesregierung bei der Kriminalisierung der Korruption im Gesundheitswesen. Obwohl der BGH in deutlichen Worten darauf hingewiesen hat, dass die geltenden Straftatbestände strafwürdiges Unrecht nicht zu erfassen vermögen,⁴¹ und obgleich neuere Studien die Betrugs- und Korruptionsanfälligkeit des Gesundheits- und Pharmasektors belegen,⁴² hat sich das Bundesgesundheitsministerium lange sehr schwer getan, die Notwendigkeit gesetzgeberischer Schritte festzustellen und einen Gesetzentwurf anzukündigen. Inzwischen hat Bundesminister Bahr immerhin Eckpunkte eines Vorschlags unterbreitet. Dieser wird jedoch den Bedürfnissen einer entschiedenen Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen kaum gerecht.⁴³

Dem Vorschlag zufolge sollen Bestechungsvorschriften in das Sozialgesetzbuch (SGB V) und nicht in das StGB aufgenommen werden – dies vermutlich auch, um die erheblichen Privilegierungen und Widersprüche der geplanten Regelungen zu kaschieren. Denn zum ersten werden lediglich besonders schwere Verstöße gegen das Zuwendungsverbot als strafwürdiges korruptives Verhalten erachtet, wobei auf „die Bestechlichkeit/Bestechung in großem Ausmaß“ (wohl gemeint: § 335 Abs. 2 Nr. 1

[admin/media/gruenebundestag_de/fraktion/beschluesse/Beschluss_Transparenzoffensive.pdf](http://www.admin/media/gruenebundestag_de/fraktion/beschluesse/Beschluss_Transparenzoffensive.pdf).

³⁹ Stuttgarter Zeitung vom 26.2.2013, unter <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.gesetz-zur-informationsfreiheit-das-lange-warten-auf-mehr-transparenz.f9a2d55f-da50-4daa-8da6-1fe3d3e11e53.html>.

⁴⁰ GRECO (2009), Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on Incriminations (Theme I), Rn. 107 (“major lacuna”), Rn. 107 ff., 123.

⁴¹ BGH NJW 2012, 2530 ff = HRRS 2012 Nr. 612. Dazu Kölbl StV 2012, 592 ff.; Krüger StraFo 2012, 308 ff.; Litzka Wij 2013, 80 ff.

⁴² Mihm, Krankenkassen ermitteln 53.000 Betrugsfälle, FAZ vom 17.01.2013, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/schummelnde-aerzte-krankenkassen-ermitteln-53-000-betrugsfaelle-12028723.html>.

⁴³ S. Ärzteblatt, Bahr will Korruption im Gesundheitswesen unter Strafe stellen, 03.04.2013, unter <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/53919/Bahr-will-Korruption-im-Gesundheitswesen-unter-Strafe-stellen>.

StGB) verwiesen wird. Ganz abgesehen von der Schwierigkeit, ein „großes Ausmaß“ zu bestimmen,⁴⁴ bleibt offen, weshalb lediglich dieser qualifizierte Fall pönalisiert werden soll, während die Strafbarkeit der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) und die einschlägigen Bestechungsdelikte des 30. Abschnitts des StGB auch die „einfache“, d.h. im wirtschaftlichen Ausmaß geringe Korruption erfassen. Zum zweiten sollen die in das SGB V zu implementierenden Delikte grundsätzlich nur auf Antrag verfolgt werden. Auch dieser Aspekt des Gesetzesvorschlags ist kriminalpolitisch und systematisch nicht zu vermitteln. Denn von den Korruptionsdelikten des StGB ist lediglich § 299 StGB ein Antragsdelikt (§ 301 StGB), während die Bestechung im öffentlichen Sektor Officialcharakter hat. Soll aber die Bestechung im Gesundheitswesen parallel zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr von einem Antragserfordernis abhängig gemacht werden, müsste erklärt werden können, weshalb das zu großen Teilen öffentlich organisierte und finanzierte Gesundheitswesen der wettbewerblich organisierten Privatwirtschaft näher stehen soll als dem öffentlichen Sektor – eine schwer zu führende Begründung. Vollends versagen müssen die *rechtlichen* Argumente aber angesichts der Tatsache, dass trotz der qualifizierten Form der Bestechung („großes Ausmaß“) ein Strafantrag notwendig soll: Dies läuft nicht nur § 301 StGB zuwider; einem qualifizierten Delikt das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung grundsätzlich abzusprechen, ist auch mit der allgemeinen Systematik nicht zu vereinbaren. Angesichts dessen lässt sich das Vorgehen des Bundesgesundheitsministerium nur *politisch* erklären: als Versuch zur Privilegierung (potenzieller) Wählergruppen. Der Glaubwürdigkeit der Bundesregierung hinsichtlich ihres (ohnehin begrenzten) Antikorruptionsengagements ist das Vorhaben in jedem Fall abträglich.

5. Kohärente Antikorruptionspolitik und Interdependenz der Ordnungen

Die bestenfalls passive und ambivalente Haltung der Politik im Bereich der Korruptionsprävention unterminiert nicht nur die Glaubwürdigkeit der an die Wirtschaft gerichteten Forderungen nach unnachgiebigen Antikorruptionsmaßnahmen. Sie verhindert – wie die Beispiele der Abgeordnetenbestechung und Bestechung im Gesundheitswesen zeigen – auch ein kohärentes Vorgehen gegen korruptive Tendenzen in sämtlichen gesellschaftlichen Teilsystemen. Eine Antikorruptionspolitik kann aber nicht dauerhaft erfolgreich sein, wenn sie in einzelnen Bereichen der Gesellschaft (Politik, Gesundheitswesen) grundsätzlich geringere Anforderungen stellt als in anderen Subsystemen (öffentliche Verwaltung, Privatwirtschaft). Denn die von *Walter Eucken* so genannte Interdependenz der (gesellschaftlichen) Ordnungen⁴⁵ begründet die Gefahr, dass der Virus der Korruption von einem gesellschaftlichen Subsystem und auf andere überspringt, so dass etwa eine latent tolerierte Korruption im Gesundheitswesen benachbarte Wirtschaftszweige und die Verwaltung „infiziert“. Zum anderen verhalten sich die gesellschaftlichen Ordnungen auch insofern interde-

pendent, als die Tolerierung korruptiver Verhaltensweisen in einigen Bereichen die sozialpsychologisch-faktische Geltungskraft der Bestechungsverbote in anderen Bereichen unterminieren kann.⁴⁶

6. Fazit

Nimmt man all dies zusammen, dann dürfte vor allem die geringe Tatkraft der Politik der Grund dafür sein, dass Deutschland – trotz der beträchtlichen Bemühungen der Privatwirtschaft und der öffentlichen Verwaltung – im Transparency International Corruption Perception Index nur von Rang 14 (2011) auf Platz 13 (2012) vorgerückt ist.⁴⁷

IV. Ausblick: Politische Optionen für den Umgang mit dem EU Anti-Corruption Report

Die deutsche Politik wird nach Erscheinen des EU Anti-Corruption Reports vor einer grundlegenden Entscheidung stehen: Entweder aggregiert sie den notwendigen politischen Willen zur Erarbeitung und Umsetzung einer umfassenden Antikorruptionsstrategie. Oder sie agiert weiterhin punktuell und ambivalent mit der Folge, dass die EU in naher Zukunft legislative Maßnahmen ergreifen wird.

Die letztgenannte Option hat den Vorteil, dass sich die deutsche Politik nicht zu – im Einzelfall konflikträchtigen – Entscheidungen durchringen muss, sondern diese der EU überlassen kann. Sind diese auf supranationaler Ebene getroffen, könnte die Bundesregierung jene Abgeordnete, die sich beispielsweise gegen eine Verschärfung strafrechtlicher Korruptionsregeln wehren, schlicht darauf verweisen, dass Deutschland notfalls vom EuGH zur Umsetzung der verlangten Maßnahmen gezwungen werden wird. Doch hat dieses Vorgehen gravierende Nachteile. Sollte sich die Bundesregierung entschließen, auf für alle EU-Staaten verpflichtende Vorgaben aus Brüssel zu warten, so wäre sie von vornherein in ein recht enges rechtspolitisches Korsett eingebunden und vergäbe sich damit die Möglichkeit, passgenaue Regelungen für die Bundesrepublik zu entwickeln. Die Passgenauigkeit von Regelungen ist aber für den Erfolg einer Antikorruptionsstrategie von ausschlaggebender Bedeutung. Denn anders als ein verbreitetes technokratisches Rechtsverständnis annimmt kann das (Straf-)Recht nicht gleichsam hydraulisch auf die Gesellschaft einwirken und die Bürger in die gewünschte Rechnung lenken. Vielmehr beeinflussen sich das Recht und die Gesellschaft wechselseitig. Daher dürfen sich auch Antikorruptionsstrate-

⁴⁴ Vgl. dazu *Stam* NStZ 2013, 144 ff.

⁴⁵ Vgl. zur Interdependenz der Ordnungen *Eucken*, Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl. (1950), S. 52 f.

⁴⁶ Am Beispiel *Kubiciel* GA 2013, 226, 229 ff. – Für diesen Zusammenhang bedeutsam ist insbesondere die sozialpsychologische Deutung der positiven Generalprävention, s. dazu *Baurmann* GA 1994, 368 ff.; *Hörnle*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe – warum? (2011), S. 11, 21 f.; *Jakobs* ZStW 107 (1995), 844 f.; *Kubiciel*, a.a.O. (Fn. 34), S. 152 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 77 ff.

⁴⁷ Siehe <http://transparency.de/Tabellarisches-Ranking.2197.0.html>.

gien nicht zu weit von den vorherrschenden gesellschaftlichen Wertvorstellungen entfernen, wenn sie praktisch wirksam werden sollen.⁴⁸ In politischer Hinsicht hat die Option, auf Vorgaben aus Brüssel zu warten, den Nachteil für die deutsche Regierung und das Parlament, dass ein Erfolg der Antikorruptionsmaßnahmen nicht von ihnen, sondern den europäischen Institutionen verbucht werden könnte. Entscheidend ist aber ein anderer Punkt: Es widerspräche der von der Bundesrepublik Deutschland inzwischen eingenommenen Rolle in Europa, wenn sie EU-Empfehlungen zur Korruptionsbekämpfung im Inland ignorierte, während sie gute Regierungsführung in anderen (Euro-)Staaten anmahnt. Denn im supranationalen Gefüge der EU verhalten sich nicht nur die gesellschaftlichen Systeme eines Landes interdependent; die

⁴⁸ Näher dazu Kubiciel ZStW 120 (2008), 429, 442 ff.

Interdependenz der Ordnungen gilt für die Union und ihre Mitgliedsstaaten auch insgesamt: Wer Strukturreformen und *good governance* in anderen Staaten anmahnt, kann sich Antikorruptionsmaßnahmen im eigenen Land nicht verweigern, ohne sich in einen – außenpolitisch fatalen – performativen Selbstwiderspruch zu verfangen.

Aus diesen Gründen ist der (nächsten) Bundesregierung die erstgenannte Option, d.h. ein proaktives Vorgehen anzuraten. Damit böte sich zwanzig Jahre nach dem ersten Schritt auf dem Weg zu einer strengeren Antikorruptionspolitik die Chance für einen dauerhaften und alle gesellschaftlichen Subsysteme erfassenden Erfolg bei der Zurückdrängung der Korruption.

Aufsätze und Anmerkungen

Das Strafrecht im Dienste gesundheits-ökonomischer Steuerungsinteressen

Zuweisung gegen Entgelt als „Korruption“ de lege lata und de lege ferenda

Von Prof. Dr. jur. Hendrik Schneider, Leipzig und Rechtsanwalt Thorsten Ebermann, München*

I. Die Kriminalisierung erwünschter Kooperationen zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern

1. Aus der Praxis

Ein Krankenhaus schließt mit einem niedergelassenen Vertragsarzt einen „Kooperationsvertrag“ über die Erbringung bestimmter Behandlungsleistungen im Rahmen der stationären Versorgung ab. Der Vertrag sichert dem niedergelassenen Arzt eine lukrative Nebeneinnahme. Der Patient hat – im Falle einer erforderlichen Krankenhausbehandlung – u.a. den Vorteil, durch „seinen“ Arzt auch im Krankenhaus behandelt zu werden. Das Krankenhaus kann durch den Kooperationsvertrag, dessen Inhalt von den Vertragsparteien frei ausgehandelt wurde,

einen möglichen Ärztemangel kompensieren, und es löst ein gewichtiges „Marketingproblem“: Da die Möglichkeiten der Patientenwerbung für das Krankenhaus begrenzt sind, hofft es auf Zuweisungen durch den neu gewonnenen Kooperationspartner.

2. Strafrechtliche Risiken de lege lata und de lege ferenda

Der Fall wirft vielfältige rechtliche Fragestellungen auf.¹ Einerseits sind die Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Sektoren jüngst erweitert worden.² So kann der niedergelassene Arzt neben der Übernahme der so genannten prä- und poststationären Versorgung (die seit der jüngsten Gesetzesänderung sowohl im Krankenhaus als auch in seiner Praxis erfolgen kann, § 115a SGB V) für das Krankenhaus ambulante Operationen durchführen (§

* Prof. Dr. Hendrik Schneider ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie, Strafvollzugsrecht und Jugendstrafrecht sowie Strafverteidiger mit Schwerpunkt im Wirtschafts- und Medizinstrafrecht. Rechtsanwalt Thorsten Ebermann ist Geschäftsführer des Bundesverbandes Niedergelassener Kardiologen (BNK e.V.).

¹ Vgl. bereits zur Rechtslage vor den Reformen durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz und das PsychEntgG sowie vor der Entscheidung des Großen Senats, GSSt 2/11, Beschluss v. 29. März 2012 (BGH) = HRRS 2012 Nr. 612; Kölbel wistra 2009, 129 ff.; Schneider/Gottschaldt wistra 2009, 133 ff.; Schneider HRRS 2009, 484 ff.

² Clausen ZMGR 2012, 248 ff.; Möller/Makoski GesR 2012, 647 ff.; Ratzel/Szabados GesR 2012, 210 ff.

115b SGB V) sowie die Behandlungshauptleistung, zum Beispiel eine Operation, erbringen (Änderung des § 2 Abs. 2 KHEntG). Die Vertragsparteien können unter Berücksichtigung der Problematik der „Scheinselbstständigkeit“³ wählen, ob die Zusammenarbeit in Form eines Anstellungsverhältnisses oder auf Honorarbasis (d.h. als so genannter „Honorarkooperationsarzt“⁴) erfolgen soll. Um die Möglichkeit der Anstellung von Vertragsärzten in Krankenhäusern auf Teilzeitbasis zu liberalisieren, wurde zudem die Zulassungsverordnung für Vertragsärzte reformiert (Änderung des § 20 Abs. 2 Ärzte-TV).

Andererseits stehen die genannten Kooperationen zwischen den Sektoren im öffentlichen Diskurs unter einem Generalverdacht.⁵ Man spricht von einer „getarnten Zuweiserpauschale“ und bewertet derartige Kooperationsbeziehungen als sozialrechtlich und berufsrechtlich verbotene und sanktionsbewehrte Zuweisung gegen Entgelt (§§ 32 MBO-Ä, 73 Abs. 7 SGB V), wenn das Gehalt oder das Honorar des niedergelassenen Arztes nach den bislang allerdings noch ungeklärten Maßstäben als unangemessen hoch erscheint. Hintergrund der Überlegung ist eine „Eisbergtheorie“ der Vergütung. Eine hohe Vergütung indiziere, dass nur ein Teilbetrag (der über der Wasserlinie liegende Teil des Eisbergs) für die ärztliche Leistung gezahlt werde, während der überwiegende Teil der Vergütung (der unter der Wasserlinie liegende Teil des Eisbergs) das Honorar für die Zuweisung des Patienten darstelle.⁶

Handelt es sich bei dem niedergelassenen Vertragsarzt um einen angestellten Arzt in einem Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) ist, in Abhängigkeit von der privat- oder öffentlich-rechtlichen Trägerschaft des MVZ, schon jetzt der Anwendungsbereich der Korruptionsdelikte (§§ 299 f., §§ 331 ff. StGB) eröffnet,⁷ weil es sich bei dem niedergelassenen Arzt in diesen Fällen um den Angestellten eines geschäftlichen Betriebes oder (soweit das MVZ im Eigentum der Öffentlichen Hand steht) um einen Amtsträger handelt. Soweit, wie in den meisten Fällen, als Kooperationspartner des Krankenhauses ein freiberuflich tätiger Vertragsarzt in eigener Praxis tätig wird, versagt demgegenüber die in den Medien vielfach gescholtene,⁸ im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum jedoch überwiegend begrüßte⁹ Entscheidung des Großen Senats vom 29. März 2012¹⁰ den Zugang zu diesen Delikten. Nach dem gegenwärtig vorherrschenden Meinungsbild in Politik, Rechtsprechung und Wissenschaft soll die bestehende Regelungslücke jedoch alsbald

geschlossen werden. Bei den derzeit diskutierten Entwürfen wird explizit auch das Thema „Zuweisung gegen Entgelt“ aufgegriffen und als strafwürdig und strafbedürftig eingestuft: Gemäß dem Vorschlag der Regierungskoalition (der hier nicht näher zu thematisierenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist¹¹) dürfen

„Leistungserbringer und ihre Angestellten oder Beauftragten [...] keine Entgelte oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteile für sich oder Dritte als Gegenleistung dafür fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, dass sie andere Leistungserbringer oder Dritte bei der Verordnung von Leistungen, der Zuweisung an Leistungserbringer, [...] begünstigen oder bevorzugen. Ebenfalls unzulässig ist es, Leistungserbringern, ihren Angestellten oder Beauftragten solche Vorteile für diese oder Dritte anzubieten, zu versprechen oder zu gewähren [...].“

Dies soll mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden, wenn es sich nicht nur um einen geringfügigen wirtschaftlichen Vorteil handelt. Nach einem anderen Vorschlag¹² soll, um auch Betreiber von reinen Privatpraxen zu erfassen, ein § 299a StGB eingeführt werden, dessen Absatz 1 wie folgt lautet:

„Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb bevorzuge oder

2. sich in sonstiger unlauterer Weise beeinflussen lasse, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

¹¹ Vgl. hierzu insbesondere die Stellungnahme des Bundesverbandes der Pharmazeutischen Industrie, BPI e.V. unter <http://www.bpi.de/home/bpi-stellungnahmen-bpi-synopsen-bpi-gutachten/bpi-stellungnahmen/>.

¹² Vgl. den Gesetzesantrag der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 30.05.2013 (BR-Drucksache 451/13) sowie den diesbezüglich gleichlautenden Änderungsantrag 1 der SPD-Fraktion vom 08.05.2013 (BT-Ausschussdrucksache 17/140420) zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention (BT-Drucksache 17/13080).

³ Korthus Das Krankenhaus 2012, 614 ff.; Powietzka/Bölz KrV 2012, 137 ff.; Uffmann ZFA 2012, 1 ff.

⁴ Grundlegend zu den Begrifflichkeiten: Ebermann Aktuelle Kardiologie 2012, 213 f.

⁵ Symptomatisch: GKV-Spitzenverband (Hrsg.), Unzulässige Zusammenarbeit im Gesundheitswesen durch Zuweisung gegen Entgelt – Ergebnisse einer empirischen Studie im Auftrag des GKV Spitzenverbandes (wissenschaftliche Leitung: Bussmann).

⁶ Schneider/Eberhardt KU 2012, 38 f.

⁷ Str., näher: Schneider/Gottschaldt wistra 2009, 133 ff.

⁸ Nachweise bei Geiger NK 2013, 136 ff., 137.

⁹ Z.B. Brandt/Hotz PharmR 2012, 312 ff., 319; Sahan ZIS 2013, 386 ff.; Hecker JuS 2012, 852 ff., 855.

¹⁰ GSt 2/11, Beschluss v. 29. März 2012 (BGH) = HRRS 2012 Nr. 612.

II. Der Stellenwert der „Angemessenheit der Vergütung“ bei der Prüfung der einschlägigen Tatbestände

1. Die Begriffe des „Vorteils“ und der „Unrechtsvereinbarung“ – Problematische Verschleifung durch die Rechtsprechung des BGH

Nach ständiger Rechtsprechung wird der Begriff des Vorteils, der im geltenden Recht in §§ 299 f. und §§ 331 ff. StGB vorkommt und sich auch in den oben genannten Reformvorschlägen wiederfindet, als Leistung definiert, „auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert“.¹³

Obwohl sich bei synallagmatischen Verträgen der Anspruch auf die Vergütung aus dem Vertrag ergibt, subsumiert die Rechtsprechung¹⁴ auch den Leistungsaustausch auf der Grundlage von Vertragsbeziehungen, wie beispielsweise den oben genannten Kooperationsvertrag, unter den so ausgelegten Vorteilsbegriff. Ein Vorteil liege hier deshalb vor, weil bereits auf das Angebot zum Abschluss eines Vertrages (§ 145 BGB) kein Anspruch bestehe.

Durch diese problematische Vorverlagerung der Verantwortlichkeit in die Sphäre der Abgabe und des Empfangs von Willenserklärungen verliert das Merkmal des Vorteils jede eigenständige Bedeutung in der Dogmatik der Korruptionsdelikte. Denn in einer Zivilrechtsordnung, die auf den Prämissen der Vertragsfreiheit aufgebaut ist, besteht ein Anspruch auf ein Angebot nur in den seltenen Ausnahmefällen eines Kontrahierungszwanges, sodass im Ergebnis jede Offerte zur Übernahme einer vergüteten Nebentätigkeit als Vorteil zu werten ist.¹⁵ Die strafrechtliche Relevanz eines gegenseitigen Vertrages, wie er dem Ausgangsfall einer Kooperation zwischen Krankenhaus und Vertragsarzt zugrunde liegt, steht und fällt folglich mit dem unbeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung, in dem der Vorteilsbegriff aufgeht. Die Position der Rechtsprechung führt somit zu einer „Verschleifung“ von Tatbestandsvoraussetzungen, die das Bundesverfassungsgericht¹⁶ im Straftat-

bestand der Untreue zurecht als verfassungswidrig eingestuft hat.¹⁷ Nach dem hier vertretenen Standpunkt¹⁸ fällt daher der nachweisbare Leistungsaustausch auf der Grundlage gegenseitiger Verträge bereits nicht unter den Vorteilsbegriff, sodass es auf die Angemessenheit der Vergütung nicht ankommt.

Die anderslautende herrschende Meinung und ständige Rechtsprechung hat zur Folge, dass bei der Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vertragsarztes und seiner Kooperationspartner in erster Linie Indizien für oder gegen das Bestehen einer Unrechtsvereinbarung maßgeblich sind. Im Mittelpunkt des Prüfalgorithmus steht dabei der Topos der „Angemessenheit“¹⁹: Ein Indiz für die Unrechtsvereinbarung wird dann angenommen, wenn das vertragliche Angebot unangemessen hoch ausfällt („Eisbergtheorie“). Kein Indiz für die Unrechtsvereinbarung soll allenfalls dann bestehen, wenn die vorgesehene Vergütung so bescheiden ausfällt, dass für den niedergelassenen Arzt kein „Anreiz“ besteht, Patienten in das Krankenhaus seines Kooperationspartners einzuweisen. Welche Parameter bei der Angemessenheitsbeurteilung zugrunde zu legen sind, ist derzeit aber noch weitgehend offen.

2. Der Meinungsstand zur Angemessenheit der Vergütung bei Kooperationsverträgen

Umstritten ist zunächst, ob eine Orientierung an der GOÄ in Betracht kommt. Im Schrifttum wird dies teilweise mit der Begründung abgelehnt, derartige lukrative Verdienstmöglichkeiten verlockten zur vermehrten Einweisung in das Krankenhaus („Anreiztheorie“, siehe oben).²⁰ Konkrete Maßstäbe, an welchen Prämissen die Vergütung ansonsten zu orientieren sei, werden insofern aber nicht genannt.

Die Gegenauffassung befürwortet die Orientierung an der GOÄ,²¹ will insoweit aber teilweise nur den 1fachen Satz heranziehen,²² weil dies „nach dem Konzept der GOÄ die Regelvergütung“ darstelle. Insbesondere im medizinrechtlichen Schrifttum wird außerdem auf die Kalkulation des Krankenhauses verwiesen. Der Kooperationsarzt dürfe nicht mehr verdienen, als den kalkulierten ärztlichen Anteil an der DRG-Vergütung des Krankenhauses.²³

Problematisch ist, dass die genannten Positionen im Grunde nicht durch Argumente hinterlegt sind und im Ergebnis ein Maximum an Rechtsunsicherheit für die Vertragsparteien eröffnen. Da es durchgängig an konkre-

¹³ BGH 1 StR 372/01, Beschluss v. 23. Mai 2002 = NJW 2002, 2801.

¹⁴ BGH 5 StR 363/02, Beschluss v. 25. Februar 2003 = NStZ-RR 2003, 171: „... Soweit das LG indes mit Blick auf eine angemessene Honorierung dieser Nebentätigkeiten (Honorarzahungen und Nebenkostenerstattungen für Fachvorträge; Bezahlung der Organisation von Fortbildungsveranstaltungen) einen Vorteil im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB ausschließen wollte, lässt diese Folgerung außer acht, dass ein solcher Vorteil gerade in der Übertragung jener Nebentätigkeiten liegen kann, die der Angeklagte nicht zu beanspruchen hatte und die daher prinzipiell als Gegenleistung für Entscheidungen im Bereich der Herzschrittmacherauswahl in Betracht kommt“.

¹⁵ Kritisch insofern Schneider, in Boemke/Schneider, Korruptionsprävention im Gesundheitswesen (2011), S. 44 (mit weiteren Nachweisen).

¹⁶ BVerfG 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 – Rn 113, Beschluss v. 23. Juni 2010 = HRRS 2010 Nr. 656.

¹⁷ Näher: Schlösser HRRS 2011, 254 ff.

¹⁸ Siehe auch Schneider, in: Festschrift für Seebode (2008), S. 331 ff., 347 f. (auch unter Bezug auf die historische Auslegung); grundlegend: Lüderssen, Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts II (2007), S. 145.

¹⁹ Innovativ zur Problematik der Angemessenheit der Vergütung bei klinischen Studien, Anwendungsbeobachtungen und anderen Leistungen von Ärzten für die Pharmaindustrie: Geiger A&R 2013, im Druck.

²⁰ Kölbl NStZ 2011, 195 ff.

²¹ Seiler NZS 2011, 410 ff.

²² Clemens MedR 2011, 770 ff., 781.

²³ Clausen ZMGR 2012, 248 ff., 252; Clausen Wirtschaftsbrief für Urologen 6/2012.

ten Berechnungen fehlt, bleibt für den im Bereich des Medizincontrolling unerfahrenen Juristen ferner völlig unklar, durch welche wirtschaftlichen Unterschiede die genannten Meinungen gekennzeichnet sind. Dies bleibt in der Praxis des Gesundheitswesens nicht ohne Folgen.

3. Problematische Auswirkungen auf die Praxis der Kooperations-beziehungen

Die gegebene Rechtsunsicherheit führt nicht nur dazu, dass das Anliegen des Gesetzgebers, Kooperationen zwischen den Sektoren auszuweiten, unterlaufen wird, sondern ermöglicht den „Benefiziaren“ der unklaren Rechtslage auch eine problematische Instrumentalisierung des Strafrechts für eigene wirtschaftliche Zwecke:

- In Vertragsverhandlungen zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern wird die mögliche strafrechtliche (sowie sozialrechtliche, berufs- und wettbewerbsrechtliche) Relevanz lukrativer Angebote als Argument für eine Kürzung der geplanten oder bereits auf vertraglicher Grundlage geschuldeten Vergütung herangezogen.
- Gegner einer Absenkung der Sektorengrenzen beschwören die strafrechtliche Relevanz entsprechender Kooperationsverträge, um die Zusammenarbeit zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern insgesamt zu diskreditieren.²⁴ Das Strafrecht wird in diesen Fällen in den Dienst gesundheitspolitischer und -ökonomischer Steuerungsinteressen bestimmter Verbände gestellt.
- Wettbewerber des mit niedergelassenen Ärzten kooperierenden Krankenhauses drohen mit „whistle-blowing“, wenn sie vermuten, dass der wirtschaftliche Erfolg des Konkurrenten auf einer „Zuweisung gegen Entgelt“ beruht.
- Bestimmte politische Parteien und Organisationen nutzen die Diskussion um die „Zuweisung gegen Entgelt“ als Anschauungsmaterial, um insgesamt gegen die „Ökonomisierung des Gesundheitswesens“ zu plädieren.²⁵ Die vorliegende Debatte um die Angemessenheit der ärztlichen Vergütung im Rahmen eines Kooperationsvertrages ist dabei Teil eines größeren, von antikapitalistischen Ressentiments getragenen Argumentationszusammenhangs, der in Forderungen nach mehr staatlicher Kontrolle der Wirtschaft im Allgemeinen und des Gesundheitswesens im Besonderen, den Abbau der Privatsphäre zugunsten größerer Transparenz (z.B. bei Nebeneinnahmen, Gehältern) sowie der Einschränkung der Vertragsfreiheit zugunsten staatlicher Regulierung (z.B. bei Vorstandsbezügen,

²⁴ Aufschlussreich ist insoweit die Operationalisierung unzulässiger Vorteile in der Studie des GKV Spitzenverbandes, a.a.O. (Fn. 5).

²⁵ Näher: Schneider NK 2012, 30 ff.

Boni usw.) einmündet.²⁶ Zur Durchsetzung derartiger Interessen eignet sich das Gesundheitswesen besonders gut, weil erstens Sachverhalte, die mit der Thematik „Gesundheit“ und damit „Hilfsbedürftigkeit“ und „Vertrauen“ assoziiert sind, tief sitzende Emotionen berühren und zweitens Informationsasymmetrien zwischen den Beteiligten (Pharmaunternehmen, Ärzten, Krankenhäusern einerseits, Patienten andererseits) bestehen, bei denen „Verschwörungstheorien“ über korrupte Ärzte auf besonders fruchtbaren Boden fallen.

Neben diesen unmittelbaren Folgen des unberechenbaren Strafrechts für die Praxis des Gesundheitswesens sind problematische Fernwirkungen zu befürchten. Ein Strafrecht, dessen Grenzen nicht aus dem Wortlaut der Norm ersichtlich ist, das Expertenwissen voraussetzt und gleichwohl unklar bleibt, das für die Normadressaten inhaltlich fraglich ist und sich in ständiger hektischer Umbruchsituation befindet (vgl. z.B. die Diskussion über den Anwendungsbereich der Korruptionsdelikte auf den niedergelassenen Vertragsarzt²⁷), wird auf wenig Akzeptanz stoßen. Die Strafe, die auf der Grundlage derartiger Strafgesetze verhängt wird, verliert daher ihren Charakter als sozialetisches Unwerturteil und degeneriert zu einem allgemeinen „Haftungsrisiko“, von dem jeder einmal betroffen sein kann.²⁸

Folgt man dem hier vertretenen, Klarheit schaffenden Standpunkt einer Einschränkung des Vorteilsbegriffs bei gegenwärtigen Verträgen nicht, ist es dringend angezeigt, zumindest verlässliche Parameter für die Prüfung der Angemessenheit der Vergütung zu entwickeln, die sich dem bisherigen Meinungsbild, wie oben dargelegt, jedoch noch nicht entnehmen lassen.

III. Indikatoren für und gegen die Zuweisung gegen Entgelt

Hinsichtlich des normativen Ausgangspunktes ist zunächst hervorzuheben, dass es sich beim dem Begriff der „Angemessenheit“ um einen so genannten „Steigerungsbegriff“²⁹ handelt. Daraus folgt, dass es nicht die eine konkrete angemessene Vergütung geben kann, sondern lediglich bestimmte Korridore, die durch eine Untergrenze der schon und der Obergrenze einer noch angemessenen Vergütung abgesteckt sind. Für die Frage der Vergütung einer ärztlichen Leistung sind unterschiedliche Referenzsysteme in Rechnung zu stellen, aus denen sich gewisse Anhaltspunkte für die Endpunkte der Angemessenheitsprüfung ableiten lassen. Grundsätzlich ist zwischen der Frage der Angemessenheit der Vergütung des aufgrund eines freien Beschäftigungsverhältnisses mit

²⁶ Zu den volkswirtschaftlichen Hintergründen: Streeck, Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus (2013).

²⁷ Hierzu demnächst umfassend: Müller, Der niedergelassene Vertragsarzt als (un-) tauglicher Täter der Bestechungsdelikte (2013), im Druck.

²⁸ Näher: Schneider, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.): ILFS Band 6: Wirtschaft – Strafrecht – Ethik (2009), S. 61 ff.

²⁹ Grundlegend: Krümpelmann, Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff (1966).

dem Krankenhaus kooperierenden Honorarkooperationsarzt und der Angemessenheit des Gehalts des in Nebentätigkeit beim Krankenhaus angestellten niedergelassenen Vertragsarztes zu unterscheiden.

1. Die Vergütung der Leistung des Honorarkooperationsarztes

Die Vergütung des Honorarkooperationsarztes erfolgt in der Regel auf Rechnung und auf der Grundlage eines Vertrages, in dessen Anlagen die wesentlichen Behandlungsmaßnahmen und deren Vergütung aufgeführt sind. Als Beispiel wird vorliegend eine häufig vorkommende kardiologische Behandlungsmaßnahme, die perkutane Koronarangioplastie (Erweiterung eines verengten Herzkranzgefäßes) ohne schwere Komplikationen mit vorangegangener diagnostischer Untersuchung der Herzkranzgefäße (Koronarangiographie) herangezogen.³⁰ Wird diese im Krankenhaus durchgeführt, betragen die von der Krankenkasse des gesetzlich versicherten Patienten erstatteten Behandlungskosten rd. 2.566,00 €. Die so über InEK ermittelte DRG ist aufgrund unterschiedlicher Länderbasisfallwerte, verschiedener „case mixe“ innerhalb der einzelnen Krankenhäuser sowie individueller Eingangsdiagnostik deutlichen Schwankungsbreiten unterworfen.³² Geht man gleichwohl heuristisch von dieser Summe aus, betragen gemäß der Kalkulation des deutschen DRG-Instituts (InEK GmbH) die Kosten des ärztlichen Dienstes, sprich des Arztanteils, insgesamt 16,5 % dieses Erlöses, das heißt rund 423,00 €. Zieht man hiervon bestimmte Anteile (z.B. für die Anästhesie) ab, stünde rein kalkulatorisch ein Betrag von 343,00 € für den Honorarkooperationsarzt, auf den die Behandlungsmaßnahme übertragen wird, zur Verfügung.

Im System der ambulanten Versorgung gesetzlich versicherter Patienten würde demgegenüber das Honorar des Vertragsfacharztes rund 800,00 € betragen.³³ Dieser Betrag des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes (EBM) ist kalkuliert nach den regional unterschiedlich ausgestalteten €-Gebührenordnungen (€-GO) unter Zugrundelegung des sogenannten Orientierungspunktwertes. Allerdings schwankt dieser Vergütungsbetrag abhängig von folgenden Faktoren: Größe der Qualifikationsgebundenen Zusatzvolumina (QZV), Höhe des Regelleistungsvolumens (RLV) sowie durch den Vertragsarzt im aktuellen

Abrechnungsquartal erbrachter Leistungen im Vergleich zum Kalkulationsquartal des Vorjahres.³⁴

Bei Abrechnung auf GOÄ Basis könnten demgegenüber ca. 2.000,00 € abzüglich 15% gemäß § 6a GOÄ, also in etwa 1.700,00 €, verdient werden.³⁵

Auf der Grundlage dieser Kalkulation wäre demnach die Vergütung auf InEK-Basis schon angemessen (Untergrenze) und die Vergütung auf der Grundlage der GOÄ wäre noch angemessen (Obergrenze).

Hervorzuheben ist, dass keiner der genannten Beträge für sich beansprucht, den Wert der ärztlichen Behandlung abzubilden. Es handelt sich vielmehr lediglich um Vergütungsgrundlagen, die unterschiedlichen Steuerungsinteressen der jeweiligen Referenzsysteme Rechnung tragen. So dient die GOÄ gemäß § 11 Satz 2 BÄO dem Ausgleich der „berechtigten Interessen der Ärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten“. Auch die Kalkulation anhand der Maßstäbe der InEK GmbH ist lediglich ein Verteilungsmaßstab der Sach- und Personalkosten, der im konkreten Fall, z.B. weil das Krankenhaus bei bestimmten Teilleistungen Einsparungen erbringt, auch anders ausfallen kann. Nur aus pragmatischen Gründen und im Hinblick auf die Gewinnung der erforderlichen Rechtssicherheit bietet es sich an, die genannten Beträge im Rahmen der Angemessenheitsbeurteilung heranzuziehen. Eine Leistungsvergütung innerhalb dieser Grenzen ist nach dem hier vertretenen Standpunkt stets angemessen. Obwohl die Vergütung am Maßstab der GOÄ regelmäßig über der InEK Kalkulation liegen wird, scheidet diese als Maßstab für die Vergütung des Honorarkooperationsarztes nicht von vornherein aus. Denn erstens ist bei der InEK Kalkulation zu berücksichtigen, dass das Krankenhaus den entsprechenden Facharztstandard lediglich vorhalten muss, während der die Prozedur vornehmende Kooperationspartner des Krankenhauses selbst Facharzt sein muss und zweitens trägt der Honorarkooperationsarzt ein wirtschaftliches Risiko und muss Verdienstauffälle hinnehmen, weil er nicht zugleich auch in der eigenen Praxis tätig sein kann.

Bei der Orientierung an dem dargelegten Vergütungskorridor kommt es auch nicht darauf an, ob eine Vergütung einen „Anreiz“³⁶ zur vermehrten Einweisung darstellt. Derartige Anreize bestünden theoretisch auch dann, wenn der Kooperationsarzt „nur“ am Maßstab des EBM oder auf der Grundlage der InEK Kalkulation vergütet werden würde. Entscheidend ist weiterhin, dass der Begriff des Anreizes für rechtlich missbilligtes Verhalten letztlich mit einem nicht hinnehmbaren Generalverdacht gegen die beteiligten Ärzte operiert und diesen unterstellt, sich bei ärztlichen Entscheidungen von primär

³⁰ Abgekürzt Coro + PTCA (DRG: F56B).

³¹ Für die Vergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen wurde für die deutschen Krankenhäuser gemäß § 17b Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) ein durchgängiges, leistungsorientiertes und pauschalierendes Vergütungssystem eingeführt. Grundlage hierfür bildet das G-DRG-System (German-Diagnosis Related Groups-System), wodurch jeder stationäre Behandlungsfall mittels einer entsprechenden DRG-Fallpauschale vergütet wird.

³² Eine Universitätsklinik hat in der Regel aufgrund der meist komplexeren und schwerwiegender zu behandelnden Krankheitsbilder einen höheren DRG auslösenden „case mix“ als ein nicht universitäres Krankenhaus.

³³ Diagnostische Koronarangiographie (Coro) nebst Zusatzpauschale der Intervention (PTCA) – bereinigt um die Materialkosten – gemäß GOP 34291, 34292 und 01521 EBM auf Grundlage der €-GO des Landes Baden-Württemberg.

³⁴ An dieser Stelle möchten wir Herrn Dr. med. Benny Levenson für seine Unterstützung sowie für sein Input danken.

³⁵ Basis der Berechnung auch hier die Leistung eines diagnostischen Herzkatheters (Coro) sowie der PTCA mittels GOÄ-Positionen: 7, 253, 4x254, 272, 278, 491, 628, 360, 2x361, 5325, 4x5326, 5348, 5356, 5335, 2x60, 34 und 75. Zugrunde gelegt hierbei ist ein bei dieser (komplexen) Leistung um 2,3fach gesteigerter Satz; bei technischen Leistungen ein um das 1,8fache gesteigerter Satz.

³⁶ So aber Kölbl NStZ 2011, 195 ff.

monetären Motiven leiten zu lassen. Wer so argumentiert, müsste bei der anwaltlichen Vergütung auch die Möglichkeit der Vergütungsvereinbarung abschaffen. Denn auch hier bestünde – zumal bei der Abrechnung auf Stundensatzbasis – der „Anreiz“, das Mandat in die Länge zu ziehen und z.B. das Angebot des Staatsanwalts, das strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen Auflage einzustellen, deshalb auszuschlagen, weil die Möglichkeit besteht, im Haupt- und Rechtsmittelverfahren weitere Stunden abrechnen zu können.

Für den Staatsanwalt oder Richter, der Kooperationsverträge nach geltendem oder künftigem Recht beurteilt, besteht nach dem oben Gesagten die Aufgabe, die Vergütung des Honorarkooperationsarztes anhand der genannten Kalkulationssysteme nachzuvollziehen. Überschreitet die Vergütung die hier als Orientierungsmaßstab vorgesehene Obergrenze, ist aber nicht ohne weiteres auf eine Unrechtsvereinbarung zu schließen. Denn für die Zahlung hoher Gehälter kommen auch legitime Gründe in Betracht, die zu ermitteln wären (§ 160 Abs. 2 StPO). Zu denken ist insoweit an besondere Kompetenzen und Fähigkeiten des Kooperationsarztes, die entsprechend honoriert werden können, das Verhältnis von Angebot und Nachfrage (zum Beispiel in Regionen mit erheblichem Fachärztemangel) oder individuelle Spezifika der Kalkulation, die es dem Krankenhaus durch anderweitige Einsparungen ermöglichen, bei der ärztlichen Vergütung höhere Honorare zu zahlen. Gegenläufig wäre zu prüfen, in welchem Umfang die Klinik von den Zuweisungen des Vertragsarztes abhängig ist (teilweise werden nahezu 100 % der in der betreffenden Abteilung stationär versorgten Patienten zuvor ambulant durch den Honorarkooperationsarzt behandelt) und ob es diesbezüglich Anhaltspunkte für das Vorliegen von Umgehungsstrukturen gibt (z.B. die Rücküberweisung an den Hausarzt, der sodann die Krankenhausbehandlung verordnet).

2. Vergütung des niedergelassenen Vertragsarztes im Anstellungsverhältnis zum Krankenhaus

Soweit zwischen Krankenhaus und Vertragsarzt ein Arbeitsverhältnis eingegangen wird, ist bei der Eingruppierung in die etablierten Entgeltgruppen, vgl. § 16 TV-Ärzte VKA (Entgeltgruppen I-IV) zu berücksichtigen, dass es nicht auf die Etikettierung, sondern auf die tatsächliche Übernahme der Tätigkeit eines Arztes in der entsprechenden Entgeltgruppe ankommt. So ist zum

Beispiel das Tätigkeitsspektrum eines Oberarztes in § 16 TV-Ärzte VKA, wie folgt definiert:

„Oberärztin/ Oberarzt ist diejenige Ärztin/ derjenige Arzt, der/ dem die medizinische Verantwortung für selbstständige Teil- oder Funktionsbereiche der Klinik bzw. Abteilung vom Arbeitgeber ausdrücklich übertragen worden ist.“

Größere Freiheit besteht dann, wenn der Vertragsfacharzt in der Position eines Chefarztes arbeitet. Insofern kann das Gehalt – wie bei Chefarztdienstverträgen allgemein üblich – frei ausgehandelt werden. Darüber hinaus ist die Aufnahme in die Wahlarztkette möglich, d.h. dem Vertragsarzt kann entweder die Befugnis zur Privatliquidation übertragen oder eine Beteiligungsvergütung eingeräumt werden.³⁷

IV. Fazit de lege lata und de lege ferenda

Die dargelegten Parameter zur Ermittlung der Angemessenheit der Vergütung sind lediglich Hilfskonstruktionen, um die Vertragsparteien vor einer willkürlichen Kriminalisierung und vor einem pauschalen Vorwurf der „Unrechtsvereinbarung“ zu schützen. Will man das Strafrecht aber grundsätzlich davor bewahren, für gesundheitsökonomische Steuerungsinteressen instrumentalisiert zu werden, müssten freilich andere Wege eingeschlagen werden.

Wie aufgezeigt, sind Kooperationen zwischen den Sektoren seitens des Gesetzgebers grundsätzlich erwünscht und bereits das Eingangsbeispiel verdeutlicht, dass sie auch den Interessen der Patienten dienen können. Auch vor diesem Hintergrund ist davor zu warnen, den Leistungsaustausch auf der Grundlage eines Kooperationsvertrages als Vorteil zu definieren und in den Anwendungsbereich der Korruptionsdelikte de lege lata und de lege ferenda einzubeziehen. Wer sich – wie die herrschende Meinung im strafrechtlichen Schrifttum und die ständige Rechtsprechung – hierüber hinwegsetzt, bricht mit dem Prinzip der „asymmetrischen Akzessorietät im Strafrecht“, denn was im Sozialrecht erlaubt und erwünscht ist, darf eigentlich durch das Strafrecht nicht für verboten erklärt werden.

³⁷ Näher: Jenschke Der Honorararzt, 21.12.2012; Hauser/Renzewitz/Schliephorst, Vertragsärztliche Tätigkeit im Krankenhaus, 2. Aufl. (2009), S. 154 ff.

Tatbegriff und Zwangsmittelverbot bei wiederholter Steuerhinterziehung

Anmerkung zu BGH 1 StR 26/12 = HRRS 2012 Nr. 1011

Von wiss. Mit. Dr. Peter Kasiske, LMU München

Der 1. Strafsenat des BGH hatte sich in der Entscheidung BGH 1 StR 26/12 vom 21.8.2012¹ mit dem Verhältnis mehrerer Hinterziehungshandlungen bezüglich desselben Steueranspruchs zueinander in verschiedenen Stadien des Besteuerungsverfahrens zu beschäftigen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte hatte zunächst im Festsetzungsverfahren unrichtige Angaben zu Besteuerungsgrundlagen gemacht und so eine zu niedrige Festsetzung seiner Umsatz- und Einkommensteuerschuld erreicht. Hierfür war er vom LG Mannheim im Jahr 2006 zu einer zweijährigen Bewährungsstrafe verurteilt worden. Zuvor war bereits ein Beitreibungsverfahren hinsichtlich der genannten Umsatz- und Einkommensteuerschuld eingeleitet worden. In diesem Verfahren behauptete der Angeklagte wahrheitswidrig seine Vermögenslosigkeit und gab im Jahr 2001, als bereits ein steuerstrafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen der unrichtigen Angaben im Festsetzungsverfahren gegen ihn eingeleitet war, auf das mit einer Zwangsmitteldrohung verbundene Verlangen des Finanzamts eine eidesstattliche Versicherung ab, in der er wiederum wesentliche Teile seines Vermögens verschwieg. Hierfür wurde er dann im Jahr 2011 erneut wegen Steuerhinterziehung verurteilt. Die zu besprechende Entscheidung betrifft die Revision gegen dieses zweite Urteil. Für die rechtliche Beurteilung kommt es dabei entscheidend darauf an, wie das Verhältnis zwischen der Hinterziehung im Festsetzungsverfahren zu den weiteren Hinterziehungshandlungen im Beitreibungsverfahren zu bestimmen ist. Die Frage ist dabei sowohl in materiell-rechtlicher als auch in prozessualer Hinsicht relevant. Einerseits ist zu klären, ob die Hinterziehung im Beitreibungsverfahren nur eine mitbestrafte Nachtat im Verhältnis zur Hinterziehung im Festsetzungsverfahren darstellt und daher schon unter dem Gesichtspunkt der Gesetzeskonkurrenz keiner gesonderten Aburteilung und Bestrafung zugänglich ist. Zum anderen könnte es sich bei den Hinterziehungen in den verschiedenen Stadien des Besteuerungsverfahrens zumindest prozessual um eine einzige Tat handeln, was sowohl im Hinblick auf einen möglichen Strafklageverbrauch als auch bezüglich der Anwendbarkeit des Zwangsmittelverbotes des § 393

Abs. 1 S. 2 AO Konsequenzen hätte. Der BGH hat in seiner Entscheidung eine bloße mitbestrafte Nachtat ebenso verneint² wie das Vorliegen einer einheitlichen prozessualen Tat.³ Auf dieser Grundlage sah er dann im Zusammenhang mit der Aufforderung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung weder einen Verstoß gegen § 393 Abs. 1 S. 2 AO noch gegen den Nemo-Tenetur-Grundsatz.⁴

1. Weitere Steuerhinterziehung als mitbestrafte Nachtat

Dass der BGH die erneute Hinterziehung im Beitreibungsverfahren nicht als mitbestrafte Nachtat qualifizieren will, überrascht angesichts der bisherigen Rechtsprechung zu ähnlichen Konstellationen nicht. So sieht der BGH auch in einer falschen Jahresumsatzsteuererklärung, die bereits in den vorangegangenen einzelnen Umsatzsteuervoranmeldungen gemachte unrichtige Angaben lediglich nochmals bestätigt, keine mitbestrafte Nachtat, sondern die Verwirklichung selbständigen neuen Unrechts.⁵ In der Literatur werden diese Fälle zumindest dann anders gesehen, wenn der Vorsatz des Täters bereits bei den Voranmeldungen auf eine endgültige Hinterziehung der Umsatzsteuer gerichtet war. Denn dann führe die falsche Jahressteuererklärung lediglich dazu, dem Täter die Vorteile aus den falschen Voranmeldungen zu sichern, weshalb die Annahme einer mitbestraften Nachtat sachgerecht sei.⁶ Auch im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte geltend gemacht, schon von Anfang an entschlossen gewesen zu sein, sein Hinterziehungsvorhaben gegebenenfalls auch im Beitreibungsverfahren weiter zu verfolgen. Spricht dies bereits für die Annahme einer mitbestraften Nachtat? Da die Steuerhinterziehung allgemein als betrugsähnlicher Straftatbestand angesehen

¹ BGH 1 StR 26/12 = HRRS 2012 Nr. 1011 = wistra 2012, 482 = NZWiSt 2012, 470 m. Anm. Stahl = PStR 2012, 265 m. Anm. Rübenstahl PStR 2013, 17.

² BGH HRRS 2012 Nr. 1011 Rn. 8.

³ BGH HRRS 2012 Nr. 1011 Rn. 6 f.

⁴ BGH HRRS 2012 Nr. 1011 Rn. 9 ff.

⁵ BGHSt 38, 165, 171; BGH NStZ 1982, 335; NJW 2009, 1979, 1981 f. = HRRS 2009 Nr. 483 Rn. 28.

⁶ Vgl. Schmitz/Wulf in: Münchner Kommentar zum StGB, Bd. 7 (2010), § 370 AO Rn. 483; Bülte in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), § 370 AO Rn. 349 ff. m.w.N.

wird⁷, liegt es nahe, in derartigen Fällen die Grundsätze des als Nachtat mitbestraften Sicherungsbetrugs auch auf Straftaten nach § 370 AO anzuwenden. Ein bloßer Sicherungsbetrag ist immer dann ausgeschlossen, wenn durch das Verhalten ein neuer Schaden begründet oder ein bestehender Schaden vertieft wird.⁸ Für den 1. Strafsenat führt nun bereits der Umstand, dass die Tathandlungen verschiedene Stadien des Besteuerungsverfahrens betreffen, dazu, dass neues Tatunrecht begründet wird und somit keine mitbestrafte Nachtat vorliegt.⁹ In den Entscheidungen zur Umsatzsteuerhinterziehung beruft sich der BGH darauf, dass Voranmeldungen und Jahreserklärung trotz der engen steuerrechtlichen Verzahnung jeweils ein unterschiedlicher Erklärungswert zukomme.¹⁰ Auch im vorliegenden Fall stellt der Senat auf ein durch die neuerlichen Erklärungen im Beitreibungsverfahren verwirklichtes neues Tatunrecht ab. Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. Denn das Unrecht der Steuerhinterziehung besteht nicht in der Abgabe unrichtiger Erklärungen, sondern in der dadurch bewirkten Steuerverkürzung.¹¹ Die entscheidende Frage ist daher die, ob die unrichtigen Erklärungen zu einer erneuten Steuerverkürzung und damit zu neuem Tatunrecht führen. In diesem Zusammenhang ist eine jüngere Entscheidung des 5. Strafsenats zum Sicherungsbetrag von Interesse: Dort wurde festgestellt, dass eine Täuschung im Arrestverfahren, durch die der Täter die Rückerlangung betrügerisch erworbener Vermögenswerte durch das Opfer vereitelt, nicht zu einem neuen Betrugsschaden führt und daher als mitbestrafte Nachtat straflos bleibt.¹² Allerdings lässt sich diese zu § 263 StGB ergangene Entscheidung nicht auf Fälle der Steuerhinterziehung übertragen. Denn § 370 AO ist zwar grundsätzlich in seiner deliktischen Struktur dem Betrug nachgebildet, anders als dieser begnügt er sich für den Taterfolg jedoch bereits mit einer Gefährdung der Durchsetzung des staatlichen Steueranspruchs, wie sich aus § 370 Abs. 4 S. 1 AO ergibt.¹³ Aufgrund dieses Charakters der Steuerhinterziehung als Gefährdungsdelikt geht die h.M. auch folgerichtig davon aus, dass eine wiederholte Steuerverkürzung hinsichtlich desselben Steueranspruchs grundsätzlich möglich ist.¹⁴ Im vorliegenden Fall ist daher zu fragen, ob durch die unrichtigen Erklärungen im Beitreibungsverfahren die Durchsetzung des Steueranspruchs erneut gefährdet worden ist. Dies wird man bejahen können. Denn nachdem die Falschangaben im Festsetzungsverfahren nicht dazu führten, dass die Steuern auf Dauer verkürzt werden konnten, führten die erneuten Täuschungen im Beitreibungsverfahren insoweit zur Schaffung einer neuen Gefahr der dauerhaften Nicht-

einbringlichkeit des Steueranspruchs.¹⁵ Daher ist dem BGH hier im Ergebnis zuzustimmen. Die weitere Hinterziehung im Beitreibungsverfahren stellt keine mitbestrafte Nachtat im Verhältnis zu der vorherigen Hinterziehung im Festsetzungsverfahren dar.

2. Weitere Steuerhinterziehung als selbständige Tat im prozessualen Sinn

Auch im Hinblick auf den prozessualen Tatbegriff bejahte der BGH zwei unterschiedliche Hinterziehungen und verneinte daher einen Strafklageverbrauch. Das ist insoweit überraschend, als der 5. Strafsenat des BGH in den genannten Fällen falscher Vorsteueranmeldungen diese zusammen mit der darauf folgenden unrichtigen Jahreserklärung trotz materiellrechtlicher Tatmehrheit als einheitliche prozessuale Tat i.S.v. § 264 StPO gesehen hat.¹⁶ Dabei sind die Kriterien, die den BGH in diesen Fällen zur Annahme einer einheitlichen prozessualen Tat veranlassten, auch in dem vorliegend entschiedenen Fall erfüllt: So betreffen die Taten jeweils denselben Steueranspruch im selben Veranlagungszeitraum und die Beteiligten des Steuerrechtsverhältnisses sind identisch.¹⁷ Der 1. Strafsenat rechtfertigt die Annahme unterschiedlicher Taten mit dem Gesichtspunkt, dass der Angeklagte durch die falschen Angaben im Beitreibungsverfahren nicht beabsichtigte, eine falsche Steuerfestsetzung zu erreichen, sondern verhindern wollte, dass hinsichtlich bereits festgestellter Ansprüche in sein Vermögen vollstreckt wird.¹⁸ Ob dieser Unterschied aber ausreicht, mit dem BGH unterschiedliche Lebenssachverhalte anzunehmen, erscheint fraglich. Nach ständiger Rechtsprechung bilden materiellrechtlich selbständige Taten dann eine einheitliche prozessuale Tat i.S.v. § 264 StPO „wenn sie innerlich derart miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen Handlung nicht ohne die Umstände, die zu der anderen Handlung geführt haben, richtig gewürdigt werden kann und ihre getrennte Würdigung und Aburteilung als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs empfunden wird“.¹⁹ So unscharf diese Formel auch sein mag, so lenkt sie doch den Blick auf ein maßgebliches Kriterium für die prozessuale Tatidentität: Dass nämlich die unterschiedlichen Handlungen aufgrund ihres jeweiligen Unrechts- und Schuldgehaltes derart miteinander verbunden sein müssen, dass durch eine separate Aburteilung ungerechte Ergebnisse zu befürchten wären, weil das verwirklichte Unrecht zu Lasten des Angeklagten doppelt berücksichtigt wird.²⁰ Auf dieser Grundlage hätte hier die Annahme einer einheitlichen prozessualen Tat nahegelegen. Zumal sich der BGH damit auch im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung befunden hätte. Entgegen der Auffassung des 1. Strafsenats unter-

⁷ MK-Schmitz/Wulf (Fn. 6), a.a.O. Rn. 8; ausführlicher Vergleich zwischen § 263 StGB und § 370 AO bei *Herbertz*, HRRS 2012, 318.

⁸ LK-Tiedemann § 263 Rn. 157.

⁹ BGH HRRS 2012 Nr. 1011 Rn. 8.

¹⁰ BGHSt 38, 165, 170 f.; 49, 359, 361 f. = HRRS 2005 Nr. 58 Rn. 18; BGH NJW 2009, 1979, 1981 f. = HRRS 2009 Nr. 483 Rn. 28.

¹¹ *Bülte*, a.a.O. Rn. 352 f. m.w.N.

¹² BGH wistra 2011, 230. Dazu kritisch *Bittmann* NStZ 2012, 289.

¹³ BGH 1 StR 537/12 Rn. 5 f.

¹⁴ Vgl. *Rolletschke* in: *Graf/Jäger/Wittig* (Fn. 6), § 370 AO Rn. 145 f.

¹⁵ So auch BGHR § 370 Abs. 1 AO Konkurrenzen 1 S. 2; anders aber *Rübenstahl* PStR 2013, 19.

¹⁶ BGHSt 49, 359, 362 ff. = HRRS 2005 Nr. 58 Rn. 12 ff.

¹⁷ Anders als im Fall „Zwick“, in dem der BGH die Verneinung einer prozessualen Tatidentität gerade mit den jeweils unterschiedlichen Verfahrensbeteiligten begründete BGHSt 43, 381, 393 f.

¹⁸ BGH HRRS 2012 Nr. 1011 Rn. 7.

¹⁹ BGHSt 13, 21, 25 f.

²⁰ Vgl. auch BGHSt 49, 359, 364 = HRRS 2005 Nr. 58 Rn. 15.

scheidet sich der vorliegende Fall nämlich nicht grundlegend von der in BGHSt 38, 37 verhandelten Konstellation, bei der der BGH eine prozessual einheitliche Tat annahm, nachdem der Angeklagte zunächst durch unrichtige Angaben im Festsetzungsverfahren und dann durch falsche Auskünfte im Rechtsmittelverfahren vor dem Finanzgericht die Hinterziehung desselben Steueranspruchs betrieben hatte. Zwar betrafen im hier entschiedenen Fall die Erklärungen des Angeklagten insoweit unterschiedliche Sachverhalte, als sie sich im Festsetzungsverfahren auf die Nichterzielung bestimmter Einnahmen bezogen, während sie im Beitreibungsverfahren die gesamte Vermögenssituation des Angeklagten zum Gegenstand hatten. Doch rechtfertigt dies unter dem Gesichtspunkt des Straflageverbrauchs keine Einordnung der verschiedenen Erklärungen als prozessual selbständige Taten. Denn im vorliegenden Fall war das Verhalten des Angeklagten im Festsetzungs- wie im Beitreibungsverfahren darauf gerichtet, die Durchsetzung desselben staatlichen Steueranspruchs zu vereiteln. Die Täuschungen im Beitreibungsverfahren sollten die Vorteile aus der Hinterziehung im Festsetzungsverfahren sichern. Dadurch wurde zwar in materiellrechtlicher Sicht ein neues Gefährdungsunrecht verwirklicht. Weil dessen Gegenstand aber derselbe Steueranspruch war, lässt sich der Unrechtsgehalt dieser Hinterziehungshandlung nicht von derjenigen im Festsetzungsverfahren trennen, so dass eine getrennte Aburteilung nicht sachgerecht wäre.²¹

Für die Annahme einer einheitlichen prozessualen Tat spricht hier außerdem, dass der Angeklagte von Anfang an entschlossen war, gegebenenfalls auch im Beitreibungsverfahren falsche Angaben zu machen, um die geschuldeten Steuern zu hinterziehen. Dieser einheitliche Vorsatz mag zwar nicht ausreichen, um materiellrechtlich eine Tateinheit zu begründen. Die von Anfang an auch das Beitreibungsverfahren einschließende Motivation des Täters schafft aber im Zusammenspiel mit der jeweils gleichen Angriffsrichtung und der Identität der Beteiligten im Steuerrechtsverhältnis einen deliktischen Sinnzusammenhang und führt so dazu, dass das Geschehen im Festsetzungs- und Beitreibungsverfahren zu einem einheitlichen Lebenssachverhalt und damit einer einzigen prozessualen Tat verbunden wird.²²

3. Zwangsmittelverbot und Nemo-Tenetur-Grundsatz

Die Annahme einer einheitlichen prozessualen Tat hat auch Auswirkungen auf die zweite Fragestellung, mit der sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung zu beschäftigen hatte: Ob nämlich die vom Angeklagten im Beitreibungsverfahren abgegebene eidesstattliche Versicherung wegen Verstoßes gegen den Nemo-Tenetur-Grundsatz einem Verwertungsverbot unterlag. Der BGH verneint dies, weil sich der Angeklagte bei Abgabe der eidesstattlichen Versicherung in keiner Konfliktsituation befunden habe, die ihn zu einer Selbstbelastung gezwun-

gen hätte. Nach Ansicht des 1. Strafsenats musste der Angeklagte hier nicht befürchten, sich durch die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung selbst zu belasten. Denn im Hinblick auf das bereits eingeleitete Strafverfahren wegen der Hinterziehung im Festsetzungsverfahren hätte ein Verwendungsverbot eingegriffen und hinsichtlich der weiteren Hinterziehung im Beitreibungsverfahren war noch gar kein Strafverfahren eingeleitet worden und es hätten auch noch keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte hierfür vorgelegen.²³ Diese Betrachtungsweise setzt allerdings voraus, dass man wie der BGH die Hinterziehungen in den unterschiedlichen Verfahrensstadien als selbständige Taten betrachtet. Sieht man die Hinterziehung im Festsetzungs- und diejenige im Beitreibungsverfahren hingegen als einheitliche prozessuale Tat, so ergibt sich ein anderes Bild. Dann stellt sich nämlich die Frage, ob der Aufforderung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nicht das Zwangsmittelverbot des § 393 Abs. 1 S. 2 AO entgegensteht. Dessen Reichweite erstreckt sich nach zutreffender herrschender Ansicht nämlich auf die gesamte prozessuale Tat.²⁴ Denn ein umfassender Schutz der Selbstbelastungsfreiheit ist nur gewährleistet, wenn die Erzwingung aller Mitwirkungshandlungen verboten ist, die der Aufklärung des Steueranspruchs dienen, der den Gegenstand des Strafverfahrens bildet. Das bereits eingeleitete Strafverfahren hinsichtlich der Hinterziehung im Festsetzungsverfahren wäre demnach somit grundsätzlich durchaus geeignet gewesen, auch für das Beitreibungsverfahren ein Zwangsmittelverbot zu begründen. Zwar ist die Aufforderung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nicht im Zwangsmittelkatalog des § 328 AO enthalten, auf den § 393 Abs. 1 S. 2 AO verweist. Entgegen dem BGH ist § 393 Abs. 1 S. 2 AO hier aber analog anzuwenden.²⁵ Der zum Kernbestand eines fairen rechtsstaatlichen Verfahrens zählende Nemo-Tenetur-Grundsatz begründet ein umfassendes Verbot, vom Beschuldigten selbstbelastende Angaben zu erzwingen. Die Aufforderung zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung bewirkt aber genau einen solchen Zwang, wenn der Betroffene befürchten muss, dass seine Angaben in einem Strafverfahren gegen ihn Verwendung finden können. Diese Zwangswirkung ist in ihrer Intensität auch vergleichbar mit derjenigen der in § 328 AO genannten Zwangsmittel, zumal die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gemäß § 284 Abs. 8 AO gegebenenfalls auch durch Haft erzwungen werden kann. Entgegen der Auffassung des BGH hätte die Aufforderung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im Beitreibungsverfahren hier also angesichts des bereits wegen der Hinterziehung im Festsetzungsverfahren eingeleiteten Strafverfahrens gar nicht erst erfolgen dürfen. Dass aus der Selbstbelastungsfreiheit nur ein Recht zu Schweigen, aber kein Recht zur Lüge und zur Begehung

²³ BGH HRRS 2012 Nr. 1011 Rn. 15 f.; zustimmend *Stahl*, NZWiSt 2012, 473.

²⁴ *Bülte* (Fn. 6) a.a.O. Rn. 26 ff. m.w.N.

²⁵ Ebenso *Rübenstahl* PStR 2013, 17; *Hellmann* in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, Lfg. 203 (Juni 2009), § 393 Rn. 72; *Hilgers-Klautzsch* in Kohlmann, Steuerstrafrecht Kommentar, 48. Lfg. (04.2013), AO § 393 Rn. 71; ebenso wie der BGH aber *Webel* in Flore/Tsambikakis, Steuerstrafrecht Kommentar (2013), § 393 AO Rn. 26; *Jäger* in Klein, AO, 11. Aufl. (2012), § 393 Rn. 23.

²¹ Ebenso *Rübenstahl* PStR 2013, 18 f.

²² Zur Begründung einer einheitlichen prozessualen Tat durch einheitliche Tatmotivation auch *Velten* in: SK-StPO, 4. Aufl. (2012), § 264 Rn. 28.

neuen Unrechts folgt,²⁶ ändert daran nichts. Denn daraus folgt nur, dass die fehlerhaften Angaben des Angeklagten in der eidesstattlichen Versicherung nicht unter Berufung auf den Nemo-Tenetur-Grundsatz gerechtfertigt werden können. Für die Frage der prozessualen Verwertbarkeit der Erklärungen ist hingegen allein entscheidend, dass die Behörden die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung von vornherein gar nicht hätten verlangen dürfen. Die entgegen diesem Verbot gewonnenen Beweisergebnisse dürfen nicht verwertet werden.

4. Fazit

Insgesamt wäre es auch angesichts der früheren Rechtsprechung zu ähnlich gelagerten Konstellationen konsequenter gewesen, wenn der BGH hier eine einheitliche prozessuale Tat bejaht und entsprechend einen Strafklageverbrauch angenommen hätte. Unterschiedliche prozessuale Taten wären nur dann anzunehmen gewesen, wenn die Hinterziehung im Beitreibungsverfahren erst nach Aburteilung der ersten Hinterziehung im Festsetzungsverfahren erfolgt wäre. Denn der Strafklagever-

brauch kann sich wegen der Zäsurwirkung des Urteils nicht auf strafbares Verhalten erstrecken, das erst nach der Aburteilung stattfindet.²⁷

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass Hinterziehungen im Festsetzungs- und Beitreibungsverfahren hinsichtlich desselben Steueranspruchs als einheitliche prozessuale Tat zu sehen sind, so hat dies für die Praxis zur Konsequenz, dass in Verfahren wegen Steuerhinterziehung grundsätzlich das Verhalten des Angeklagten im gesamten Besteuerungsverfahren in den Blick genommen werden muss, um auch weitere Hinterziehungshandlungen außerhalb des Festsetzungsverfahrens erfassen zu können. Das Zwangsmittelverbot des § 393 Abs. 1 S. 2 AO, das sich richtigerweise auch auf die Aufforderung zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung erstreckt, gilt dann auch im Beitreibungsverfahren, wenn im Hinblick auf Verfehlungen im Festsetzungsverfahren bereits ein steuerstrafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist oder aus Sicht der Behörden zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Steuerhinterziehung vorliegen.

²⁶ BGH HRRS 2012 Nr. 1011 Rn. 10.

²⁷ BGHSt 9, 324, 326 f.; OLG Hamm NStZ 2011, 102.

Aufsätze und Anmerkungen

Was darf das Revisionsgericht?

Eine Erwiderung auf VRiBGH Basdorf in der NStZ 4/2013 (S. 186 ff)

Von Andrea Groß-Bölting, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Strafrecht, Wuppertal

Der Aufsatz des Vorsitzenden des fünften Strafsenats des BGH, *Clemens Basdorf*, mit der im Titel aufgeworfenen Frage, was das Revisionsgericht dürfe, muss den Widerspruch von Strafverteidigern herausfordern. Dies gilt sowohl für einzelne inhaltliche Darstellungen, als auch für das mutmaßliche Ziel des Artikels und das möglicherweise hinter allem stehende Verständnis vom Strafprozess im Allgemeinen und dem Revisionsverfahren im Besonderen.

Zunächst verwundert das förmlich greifbare Bedauern *Basdorfs* bei der Offenbarung seines damaligen dissenting vote unter Zurückstellung des Beratungsgeheimnisses, im Jahr 1992 keinen tragbaren Grund für die Verwerfung des geschilderten Revisionsverfahrens gefunden zu haben und mit dem Vorschlag, eine Ressourcen schonende Beweisaufnahme direkt durch den BGH durchführen zu lassen, damals nicht durchgedrungen zu sein. Sitzt der Stachel nach so vielen Jahren so tief? Ist der Fall im Gedächtnis noch so präsent, weil der Erfolg einer Angeklag-

tenrevision – ausnahmsweise? – nicht verhindert werden konnte? Ist das Trauma so groß, dass es geboten ist, dass ein amtierender Senatsvorsitzender seine individuellen Rechtsansichten und deren Einfluss auf konkrete Senatsentscheidungen – damals und heute – veröffentlicht?

Auch der Eindruck, dass möglicherweise eine Entscheidung des eigenen Senats aus dem Vorjahr einer (weiteren) Erklärung in einem Aufsatz bedürfen könnte, irritiert ein wenig, weil Strafverteidiger aus ihrer praktischen Erfahrung davon ausgehen, dass ein Gericht durch seine Entscheidungen spricht.

Gleichwohl bin ich für den Aufsatz *Basdorfs* sehr dankbar. Er gibt Gelegenheit zur offenen Kommunikation, zum Diskurs und zum Einblick in die Gedanken, die Revisionsrichter bei ihrer Arbeit bewegen, ohne dass Verteidiger dies aus Halbsätzen oder Zwischentönen – stets nicht sicher nachweisbar – herauslesen müssten. Das ist bei dieser Veröffentlichung anders.

Allerdings offenbart der Aufsatz aus Verteidigersicht mehr, als dem Autor lieb sein dürfte.

Die zumindest so geschilderte händeringende Suche nach einem Grund, die zulässig erhobene formelle Rüge bezüglich einer rechtsfehlerhaften Behandlung eines Beweisantrags durch das Tatgericht als unbegründet verwerfen zu können, wäre – wenn sich die Beratung so zugetragen haben sollte – nicht nur ein Fehlverständnis von der Bedeutung revisionsrechtlicher Kontrolle von erstinstanzlichen Urteilen. Die Schilderung *Basdorfs* legt nahe, dass in der Beratung ein wesentlicher Aspekt darin gesehen wurde, unsinnige Förmelerei tunlichst zu vermeiden, wenn doch schon jedem das Ergebnis klar ist. Warum sollte ein im Ergebnis richtiges Urteil aufgehoben werden, nur weil ein formeller Fehler bei der Ablehnung eines Beweisantrags gemacht wurde, der Angeklagte aber sicher der Täter war?

Ein betriebswirtschaftlich einleuchtender, moderner Gedankengang. Ein Gedankengang, der voraussetzt, dass der verfassungsrechtlich immer noch als unschuldig zu betrachtende Angeklagte auch der wirkliche Täter ist.¹ Ein Gedankengang, der der Verlockung der Ressourcenfokussierung und dem Glauben aufsitzt, ein gerechtes Ergebnis könne auch ohne ordnungsgemäßes Strengbeweisverfahren auf andere Weise – weniger mühsam – erzielt werden. Ein Gedankengang, der Widerstand erfordert!

Sind die Mühen, Hürden und Regeln, welche die StPO zur Ermittlung der materiellen Wahrheit erfordert, ohne tiefergehende Bedeutung und ohne eigenen Wert? Sind sie nicht mehr einfachgesetzlich umgesetztes Verfassungsrecht, das den Bürger vor dem allzu schnellen Zugriff staatlicher Macht schützen soll? Gilt dieser Schutz nicht mehr für alle, sondern nur für die abgrenzbare Gruppe der „guten“ Angeklagten? Woher nimmt ein Gericht/ein Richter die Gewissheit von der Schuld eines Angeklagten, wenn diese nicht in einem gesetzlich vorgeschriebenen, justizförmigen Verfahren festgestellt wurde? Warum sollte Verteidigungsvorbringen, die beim Angeklagten sichergestellten Spuren stammten nicht vom Getöteten, ohne Bedeutung für den Schuldnachweis sein? Seit wann ist die schützende Form des Verfahrens verhöhnbar und vernachlässigungswert? Seit wann dürfen Richter entscheiden, welche gesetzliche Regelung richtig und welche – zum Wohle eines vermeintlich guten Ziels – schlicht missachtet werden darf? Und seit wann ist es möglich, dass dies von einem Vorsitzenden eines Strafsenats des Bundesgerichtshofs öffentlich vertreten wird, ohne dass es einen Aufschrei unter den Strafrechtler gibt?

Ein derartiges Grundverständnis kann in einem Rechtsstaat nicht akzeptiert werden. Es beseitigt die Legitimität

¹ Interessanterweise kann belegt werden, dass neue Hauptverhandlungen nach Urteilsaufhebungen auch ohne jeden Bezug zum Aufhebungsgrund oft zu anderen Tatsachenfeststellungen führen (*Vogelsang*, Die Bedeutung erfolgreicher Verfahrensrügen für das nachfolgende tatrichterliche Urteil, eine rechtstatsächliche Untersuchung der Aufhebungsentscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen der Jahre 1992 und 1993 sowie der entsprechenden tatrichterlichen Urteile [2001]).

des staatlichen Strafanspruchs und verletzt die Grundrechte des Angeklagten.

Daran vermag eine wohlwollende, schmunzelnde oder schulterklopfende Goutierung anderer oder die Gewissheit, dem – ökonomisierten – Zeitgeist zu entsprechen, nichts zu ändern. Und daran vermag auch eine noch so kreative Begründung und ein noch so hehres Ziel für einen Rechtsbruch nichts zu ändern. Im Rechtsstaat heiligt der Zweck eben nicht die Mittel.

Basdorf beschreibt in seinem Aufsatz, dass er 20 Jahre später von dem Fall aus dem Jahr 1992 eingeholt zu werden scheint. Diesmal hat der Strafsenat unter seinem Vorsitz im Revisionsverfahren eine Beweiserhebung durchgeführt. Der Autor schreibt: „Diesmal hat der Senat im Revisionsverfahren veranlasst, dass dem Angeklagten eine neue DNA-Probe entnommen und diese begutachtet wurde. *Erwartungsgemäß* (Hervorhebung durch die Autorin) erbrachte die Begutachtung Übereinstimmung sowohl mit der unter den Alias-Personalien abgelegten Probe als auch mit der Tatortspur. Im Anschluss daran hat der Senat die Revision verworfen.“ Wohl gemerkt nach § 349 Abs. 2 StPO – wegen *offensichtlicher* Unbegündetheit!²

Im Text heißt es wenige Zeilen weiter: „Es sollte kein Zweifel bestehen, dass ein in Gegenwart des Angeklagten gestellter Antrag mit einer Behauptung, deren Wahrheitswidrigkeit jedenfalls der Angeklagte nachweislich genau kennt..., als verlogen und daher missbräuchlich zu behandeln ist.“

Nicht nur einem Verteidiger drängt sich die Frage auf, woraus sich die Erkenntnis des Rechtsmissbrauchs der Verteidigung in den Augen von *Basdorf* ergeben sollte. Auch wenn jedem Juristen noch im Studium vermittelt wird, dass die sprachliche Nutzung von Floskeln wie „es sollte kein Zweifel bestehen, dass“ gerade ein starker Hinweis auf angebrachte Zweifel ist, soll dem gesetzlich in der StPO nicht geregelten, richterrechtlichen allgemeinen Missbrauchsgedanken kurz nachgegangen werden.

Die neuere Rechtsprechung hat für einige Fallkonstellationen eine Missbrauchsgeneralklausel bemüht, deren Wirkung die Einschränkung oder Verwirkung von Prozessrechten nach sich zieht.³ Wenn ein Verfahrensbeteiligter die ihm eingeräumten Möglichkeiten zur Wahrnehmung seiner verfahrensrechtlichen Belange dazu

² Die vom Bundesverfassungsgericht verwendete Definition („Nach allgemeiner Ansicht ist eine Revision "offensichtlich" unbegründet, wenn für jeden Sachkundigen ohne längere Prüfung erkennbar ist, dass das Urteil in sachlich-rechtlicher Hinsicht keine Fehler aufweist und die Revisionsrügen des Beschwerdeführers dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg verhelfen können“ – BVerfG NStZ 2002, 487, 489) ist bei einer zuvor notwendigen Beweiserhebung nicht erfüllt.

³ BGH NStZ 2011, 294, 295; BGH NJW 2006, 708, 709 = BGH HRRS 2006, Nr. 103; BGH NJW 2006, 3579, 3580 f = BGH HRRS 2006, Nr. 713; BGHSt 38, 111, 113; abl. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl. (2013), Rn. 174; *Fischer* StV 2010, 423, 428.

benutzt, ausschließlich verfahrenswidrige Zwecke zu verfolgen, soll ein solcher Missbrauch vorliegen.⁴

Die Bewertung dessen, was gerade ausschließlich verfahrensfremden Zwecken dient, übernimmt nicht der Angeklagte, sondern ein Gericht, das sich zu Unrecht mit Arbeit konfrontiert sieht. Im Ergebnis bedeutet dies eine Beschränkung der Grundrechte des Angeklagten auf rechtliches Gehör und auf effektiven Rechtsschutz. Für eine derartige Beschränkung von Grundrechten reicht eine richterrechtliche Legitimation nicht aus, es bedürfte gesetzlicher Regelungen, die es trotz zahlreicher gesetzgeberischer Aktivitäten an den Vorschriften der StPO und trotz der seit vielen Jahren geführten Missbrauchsdebatte bis heute – aus gutem Grund – nicht gibt. Die neue Rechtsprechung zur Missbrauchsgeneralklausel begegnet daher grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Der Gedanke im Aufsatz *Basdorfs* geht aber noch etwas weiter. Für seine Bewertung der Missbräuchlichkeit reicht bereits die Tatsache aus, dass der Antrag „verlogen“ war. Ein verlogenes Handeln eines Angeklagten als Missbrauch von Verfahrensrechten (auch durch den Verteidiger) zu qualifizieren, erfordert logisch eine irgendwie geartete Verpflichtung des Angeklagten zur Wahrheit. Diese ist der StPO aber völlig fremd. Ein Angeklagter, der sicher weiß, dass er Täter der angeklagten Tat ist, darf seine Beteiligung bestreiten, er darf Prozesshandlungen vornehmen, die Zweifel säen oder die zur Unwertbarkeit gesicherter Beweise führen. Das Menschenbild des Grundgesetzes und damit dasjenige der StPO geht davon aus, dass es menschlich und legitim, ja geboten ist, nicht durch die Verpflichtung zur Wahrheit an der eigenen Verurteilung mitwirken zu müssen.

Woraus ergibt sich also die Zulässigkeit dieser neuen Beschränkung des Beweisantragsrechts des Angeklagten? Aus der dogmatischen Einordnung dieser Prüfung als Freibeweisverfahren im Rahmen der Beruhensprüfung?

Die weiteren Ausführungen *Basdorfs* nähren den Verdacht, es könnte mit der dogmatischen Einordnung dieses neuen Prüfungsschrittes vielleicht doch nicht so weit her sein und es könnte sich um einen kreativen Trick handeln, die dem Revisionsgericht gesetzlich nicht zustehende Nachholung von tatrichterlicher Beweiserhebung im Strengbeweisverfahren zu ummanteln.⁵ Schaut

⁴ Vgl. hierzu die kritische Darstellung von *Eschelbach* ZAP 2013, 681 ff; ebenfalls krit. *Jahn* StV 2009, 663, 666

⁵ Es ist ebenfalls der BGH, der dem Tatrichter die Umgehung des Strengbeweisverfahrens durch Freibeweis revisionsrechtlich untersagt (BGH StV 1995, 339).

man nämlich etwas genauer hin, so zeigt sich, dass der fünfte Strafsenat seine Erhebungen im Freibeweis brauchte, um die Schuld des Angeklagten erst sicher nachweisen zu können. Erst nach diesem Schuldnachweis stellte sich seine Verfahrensrüge als „verlogen“ und nur deshalb (sic!) als *offensichtlich* unbegründet dar. Das Vorgehen des Senats stellt die StPO auf den Kopf.

Wenn der Autor auf die Einzelfallgerechtigkeit und Wahrheitsfindung vor dem Hintergrund allgemeiner Gerechtigkeit widerstreitender Ressourcenknappheit abstellt, zielt das auf „zu Recht verurteilte“ Angeklagte (woher das Revisionsgericht diese Gewissheit in jedem Einzelfall nimmt, ist mir noch nicht klar), die keine Erzwangung der Tatsacheninstanz wegen eines Verfahrensfehlers erreichen können sollen. Die Argumentation liegt auf einer Linie mit der von Tatrichtern manchmal freimütig geäußerten Überzeugung, dass die Staatsanwaltschaft schon keinen Unschuldigen anklage, so dass den Justizjuristen ein freisprechendes Urteil prinzipiell sachlich falsch zu sein und die Rolle eines möglichst zu vermeidenden Übels einzunehmen scheint.⁶ Der Gedankengang widerspricht aber der verfassungsrechtlichen Unschuldsvermutung.⁷ Die – subjektive – richterliche Überzeugung von der Schuld des Angeklagten steht am Ende des justizförmigen Verfahrens. Sie ist keine Legitimation für dessen Beschneidung und Abkürzung. Ob es „angemessen“ erscheint, einem Angeklagten die Wiederholung einer Tatsacheninstanz zu ermöglichen, ist keine zulässige Frage für das Revisionsgericht. Die Wertentscheidung, wann dies zu erfolgen hat, hat das Gesetz abschließend getroffen.

Zudem stellt sich die Frage, wohin die revisionsrechtliche Beweiserhebung im Freibeweis führen soll. Welche Maßstäbe soll es dafür geben? Welche Kontrolle und Grenzen gibt es? Richterliche Lust und Laune ist jedenfalls kein Maßstab.

Die Antwort auf die von *Basdorf* gestellte Frage, was das Revisionsgericht darf, müsste m.E. lauten: Alles, aber auch nur das, was das Gesetz ihm ausdrücklich erlaubt.

⁶ Vgl. hierzu *Thielmann* ZRP 2010, 89 ff.

⁷ Der Gedankengang widerspricht auch der Erkenntnis, dass rechtskräftige Fehlurteile vorkommen, und der Erfahrung, dass ihre Rechtskraft dann sogar – sachlich zu Unrecht – hartnäckig verteidigt wird (vgl. Beispiele bei *Bock/Eschelbach/Geipel/Hettinger/Röschke/Wille* GA 2013, 328, 334 ff; *Rick* StraFo 2012, 400 ff; *Rückert*, Unrecht im Namen des Volkes [2007]).

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

491. BVerfG 2 BvR 553/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. März 2013 (OLG Köln / LG Aachen)

Sicherungsverwahrung (Vertrauensschutz in „Altfällen“); Verhältnismäßigkeit (strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen; milderer Mittel; Führungsaufsicht); Wahrheitserforschung (bestmögliche Sachaufklärung; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 68a StGB; § 68b StGB

492. BVerfG 2 BvR 1238/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. Mai 2013 (OLG Nürnberg)

Sicherungsverwahrung (Vertrauensschutz in „Altfällen“); Verhältnismäßigkeit (strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen; Rückfallrisiko; Deliktsschwere; Wechselwirkung; milderer Mittel; Führungsaufsicht); Wahrheitserforschung (bestmögliche Sachaufklärung; verfassungsge-

richtliche Kontrolldichte; Sachverständigengutachten); psychische Störung (dissoziale Persönlichkeitsstörung; Beeinträchtigung der Lebensführung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG

493. BVerfG 2 BvR 2671/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Mai 2013 (OLG Hamm / LG Bielefeld)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Abwägung im Einzelfall; Freiheitsgrundrecht; Freiheitsanspruch; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; milderer Mittel; Auflagen; Führungsaufsicht); Gefahr (künftige rechtswidrige Taten; Konkretisierung); Fortdauerentscheidung (Begründungsanforderungen; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67a StGB

494. BGH 3 StR 101/13 – Beschluss vom 14. Mai 2013 (LG Düsseldorf)

Maßstäbe für die Gestaltung der Urteilsgründe (keine Wiedergabe sämtlicher Vorstrafen; keine umfassende Dokumentation der Beweisaufnahme bzw. Mitteilung sämtlicher Zeugenaussagen in ihren Einzelheiten).
§ 267 StPO

495. BGH 3 StR 36/13 – Beschluss vom 16. April 2013 (LG Duisburg)

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

496. BGH 3 StR 42/13 – Beschluss vom 21. März 2013 (LG Duisburg)

Verspäteter Antrag auf Wiedereinsetzung.
§ 45 Abs. 1 Satz 1 StPO

497. BGH 3 StR 46/13 – Beschluss vom 16. April 2013 (LG Mönchengladbach)

Wirksame Beschränkung der Revision auf die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 344 Abs. 1 StPO; § 64 StGB

498. BGH 3 StR 52/13 – Beschluss vom 21. März 2013 (LG Hildesheim)

Rechtsfehlerhafte Anordnung des Wertersatzverfalls (keine hinreichenden Feststellungen zum wertmäßigen Vorhandensein des Erlangten beim Angeklagten).
§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Abs. 1 S. 2 StGB

499. BGH 3 StR 60/13 – Beschluss vom 3. April 2013 (LG Mönchengladbach)

Verschlechterungsverbot (Verbot der Erhöhung einer Einzelstrafe nach Zurückverweisung).
§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

500. BGH 1 StR 320/12 – Urteil vom 20. Februar 2013 (LG Kempten)

Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (Ausschluss durch hypothetische Einwilligung; Einwilligung; Aufklärungspflichten; mutmaßliche Einwilligung; Patientenautonomie; Erlaubnistatbestandsirrtum); fahrlässige Tötung; Betrug (Täuschung; Behauptung der Abrechenbarkeit einer Leistung, Tatsache; Dreiecksbetrug; Vorsatz: Tatbestandsirrtum); Darstellungsanforderungen an einen Freispruch; Inbegriffsrüge (Inbegriff der Hauptverhandlung; Zulässigkeit der Verfahrensrüge; Rekonstruktionsverbot).
§ 223 StGB; § 227 StGB; § 224 StGB; § 222 StGB; § 263 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 17 StGB; Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 GG, Art. 1 Abs. 1 GG; § 267 Abs. 5 StPO; § 261 StPO

501. BGH 3 StR 61/13 – Beschluss vom 3. April 2013 (LG Duisburg)

Verhältnis von Handeltreiben und Bestimmen einer minderjährigen Person zum Handeltreiben/zur Einfuhr im Betäubungsmittelstrafrecht.
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB

502. BGH 3 StR 94/13 – Beschluss vom 30. April 2013 (LG Krefeld)

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

503. BGH 3 StR 116/13 – Beschluss vom 30. April 2013 (LG Mönchengladbach)

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

504. BGH 3 StR 247/12 – Urteil vom 21. März 2013 (LG Duisburg)

BGHSt; Beweiswürdigung (Beweiswert eines mit der Tatspur übereinstimmenden DNA-Identifizierungsmusters); Anforderungen an die Wiedergabe des Inhalts von Sachverständigengutachten in den Urteilsgründen.
§ 261 StPO; § 267 StPO

505. BGH 3 StR 438/12 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Stralsund)

Untreue (keine Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtsanwalts bei fehlender Selbständigkeit und Entscheidungsfreiheit bei der Wahrnehmung der Interessen des Mandanten, hier: Erhebung einer von vornherein erfolglosen Widerklage).
§ 266 StGB

506. BGH 3 StR 486/12 – Urteil vom 7. Februar 2013 (LG Neubrandenburg)

BGHSt; Verstoß gegen eine Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht (verfassungsrechtlich gebotene Bestimmtheit der Weisung).
§ 145a Satz 1 StGB; § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

507. BGH 3 StR 529/12 – Beschluss vom 4. April 2013 (LG Wuppertal)

Anordnung des Verfalls bei rechtsirriger Annahme einer nicht angeklagten Tat (Vorrang des einfachen Verfalls gegenüber dem erweiterten Verfall; Wirksamkeit der Anklage trotz Zählfehler; fortdauernde Anhängigkeit bei rechtsirriger Annahme hinsichtlich der Reichweite der Anklage).
§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 264 StPO

508. BGH 3 StR 529/12 – Beschluss vom 4. April 2013 (LG Wuppertal)

Berichtigung des Schuldspruchs
§ 260 StPO

509. BGH 5 StR 85/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Berlin)

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

510. BGH 5 StR 88/13 – Beschluss vom 22. April 2013 (LG Saarbrücken)

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

511. BGH 5 StR 261/12 (alt: 5 StR 555/09) – Urteil vom 11. April 2013 (LG Potsdam)

Rechtsbeugung durch Zusammenziehung von Verfahren zur rechtswidrigen Begründung von Zuständigkeiten zum Erlass von Haftbefehlen (Anforderungen an die Feststellung sachfremder Motive); Rechtsbeugung durch

Stellung eines Haftbefehlsantrags seitens eine intern unzuständigen Staatsanwaltes (i.d.R. keine Rechtsbeugung bei materiell-rechtlich vertretbarer Antragsstellung); Beweiswürdigung beim Vorwurf der Rechtsbeugung.

§ 339 StGB; § 2 StPO; § 4 StPO; § 112 StPO; § 125 StPO; § 261 StPO

512. BGH 5 StR 104/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Berlin)

Anforderungen an die Abgrenzung zwischen Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit und Aufhebung der Schuldfähigkeit (hier bei drogeninduziertem paranoiden Zustandsbild; verminderte Schuldfähigkeit); Unwirksamkeit der Beschränkung des Rechtsmittels bzgl. Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 64 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

513. BGH 5 StR 115/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Dresden)

Rücktritt von der gefährlichen Körperverletzung (keine Bewertung der Rücktrittsmotivation bei freiwilliger Tatabaufgabe).

§ 24 StGB; § 224 StGB

514. BGH 5 StR 261/12 (alt: 5 StR 555/09) – Beschluss vom 11. April 2013

Keine Auferlegung der Kosten des Nebenklägers zu Lasten der Staatskasse bei zum Freispruch des Angeklagten führender Revision.

§ 472 StPO

515. BGH 1 StR 465/12 – Urteil vom 19. Februar 2013 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Gefahrenprognose: Gesamtwürdigung, zu erwartende schwere Sexualstraftaten: sexueller Missbrauch von Kindern, schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, konventionskonforme und richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Strafrechts).

§ 66 Abs. 1 StGB; § 176 Abs. 1 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; RL 2011/93/EU

516. BGH 1 StR 654/12 – Beschluss vom 6. März 2013 (LG Traunstein)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zustand der Schuldunfähigkeit: Zusammenhang zwischen psychischer Störung und Anlasstaten; Gefährlichkeitsprognose: Relevanz der Anlasstaten).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

517. BGH 2 StR 1/13 – Urteil vom 10. April 2013 (LG Trier)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (Verbindung mit Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Gefährlichkeitsprognose: Gefahr schwerer Sexual- oder Gewaltstraftaten).

§ 66 StGB; § 64 StGB; § 72 StGB

518. BGH 2 StR 115/12 – Urteil vom 27. März 2013 (LG Aachen)

Schwerer Raub (Vollendung der Wegnahme bei leicht transportablen Gegenständen; Mittäterschaft).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB; § 25 Abs. 2 StGB

519. BGH 2 StR 16/13 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Aachen)

Bandenmäßiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Eigennützigkeit: Gesamtvorteil einer Bande, Abgrenzung Mittäterschaft und Beihilfe).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

520. BGH 2 StR 206/12 – Urteil vom 27. Februar 2013 (LG Bad Kreuznach)

Adhäsionsverfahren.

§ 403 StPO

521. BGH 2 StR 37/13 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Frankfurt)

Strafmilderung bei Hilfe zur Aufklärung von schweren Straftaten (Anlasstat muss nicht Katalogtat sein).

§ 46b Abs. 1 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 100a Abs. 2 StPO

522. BGH 2 StR 49/13 – Beschluss vom 14. März 2013 (LG Koblenz)

Strafzumessung (Beutehöhe als Bemessungsgrund).

§ 46 StGB

523. BGH 2 StR 275/12 – Beschluss vom 13. März 2013 (LG Darmstadt)

Betrug (Schadensberechnung bei betrügerisch erlangtem Darlehen); Untreue; Beihilfe (Anforderungen an den Vorsatz bezüglich der rechtswidrigen Haupttat); Anordnung des Verfalls (keine Ansprüche Dritter aus der Tat bei für die Tat Erlangtem).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 266 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 73 Abs. 1 StGB

524. BGH 2 StR 401/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Wiesbaden)

Verbreitung kinderpornographischer Schriften; Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung.

§ 184b Abs. 1 StGB; § 66 StGB

525. BGH 2 StR 474/12 – Beschluss vom 13. März 2013 (LG Darmstadt)

Betrug (kausaler Irrtum; Schadensberechnung bei betrügerisch erlangtem Darlehen); Beihilfe zur Untreue.

§ 263 Abs. 1 StGB; § 266 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

526. BGH 2 StR 525/12 – Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Adhäsionsverfahren (Schmerzensgeld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts).

§ 403 StPO; § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 I GG, Art. 2 I GG; § 253 Abs. 2 BGB

527. BGH 2 StR 604/12 – Urteil vom 10. April 2013 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft).

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

528. BGH 2 StR 633/12 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Erfurt)

Betrug (nachträgliche Verfügung über erlangtes Vermögen; Tateinheit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

529. BGH 4 StR 39/13 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Essen)

Aufrechterhaltung der Beschlagnahme zu Zwecken des Verfalls (Erörterung von Härtefällen).
§ 111i Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 1 StGB; § 73c StGB

530. BGH 4 StR 42/13 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Dessau-Roßlau)

Gefährliche Körperverletzung (das Leben gefährdende Behandlung; Grad der Gefährlichkeit); Schuldunfähigkeit wegen Drogenabhängigkeit (nur ausnahmsweise erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit; Ermittlung im zweistufigen Verfahren; Anforderungen an die Begründung; selbstständige Entscheidung der Rechtsfrage durch den Richter).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 20 StGB; § 261 StPO

531. BGH 4 StR 125/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Detmold)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Rechtskraft der einbezogenen Verurteilung).

§ 55 Abs. 1 StGB

532. BGH 4 StR 296/12 – Urteil vom 25. April 2013 (LG Kaiserslautern)

Berufsverbot (Voraussetzungen: insbesondere bei erstmaliger Straffälligkeit); Beschränkung der Revision (Auslegung des Revisionsziels).

§ 70 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 344 StPO

533. BGH 4 StR 336/12 – Beschluss vom 8. Mai 2013 (OLG Oldenburg)

BGHSt; Vorlageverfahren (entsprechende Anwendung des § 121 Abs. 2 GVG für die Rechtsbeschwerde im Sinne des OWiG); Protokollurteil (Ordnungswidrigkeitsverfahren: Entbehrlichkeit der schriftlichen Begründung im Sitzungsprotokoll); keine nachträgliche Ergänzung von Gründen nach Verlassen des inneren Dienstbereichs (Verfahrensabschluss durch Übersendung der Akten: Entscheidung des erkennenden Richters).

§ 121 Abs. 2 GVG; § 46 Abs. 1 OWiG; § 71 Abs. 1 OWiG; § 275 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 StPO; § 77b Abs. 1 OWiG; § 36 Abs. 1 StPO; § 41 StPO

534. BGH 4 StR 418/12 – Urteil vom 25. April 2013 (LG Hagen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Handeltreibens, Tateinheit).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

535. BGH 4 StR 89/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Bielefeld)

Verfahrenshindernis der Verjährung.

§ 78 StGB

536. BGH 4 StR 90/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Bielefeld)

Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Strafmilderung wegen Hilfe bei Tataufklärung (Anforderung an die Aufklärungshilfe; Begriff der Tat).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, § 26 StGB; § 31 Nr. 1 BtMG

537. BGH 1 StR 112/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Ravensburg)

Gefährliche Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (Kompression des Brustkorbs).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

538. BGH 1 StR 14/13 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Cottbus)

Steuerhinterziehung; Betrug (doppelte Beantragung der Eigenheimzulage; Konkurrenzen).

§ 370 AO; § 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 11 Abs. 1 und 2 EigZulG

539. BGH 4 StR 471/12 – Beschluss vom 25. April 2013 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

540. BGH 1 StR 42/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

541. BGH 1 StR 516/12 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Traunstein)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

542. BGH 1 StR 586/12 – Urteil vom 9. April 2013 (LG Mannheim)

BGHSt; Pflichtwidrigkeit und Täterschaft bei der Steuerhinterziehung durch Unterlassen (eigene Erklärungspflicht des Verfügungsberechtigten: steuernder Hintermann und weisungsabhängige Strohleute; Mittäterschaft: Abgrenzung von Allgemeindelikt und Sonderdelikt, Ingerenz, Garantenstellung; bandenmäßige Begehung); Strafzumessung bei der Beihilfe (atypische Tatherrschaft).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 AO; § 35 AO; § 25 Abs. 2 StGB; § 13 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 18 UStG; § 2 UStG; § 14c Abs. 2 UStG; § 27 StGB

543. BGH 1 StR 667/12 – Beschluss vom 21. März 2013 (LG München I)

Doppelverwertungsverbot bei der gefährlichen Körperverletzung (das Leben gefährdende Behandlung).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

544. BGH 2 StR 413/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Darmstadt)

Wirksame Rücknahme der Revision.

§ 302 StPO

545. BGH 2 StR 42/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Köln)

Mangelnde Feststellungen zum unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln (Beihilfe zum Handeltreiben).

§ 29 BtMG; § 27 StGB

546. BGH 2 StR 442/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Frankfurt am Main)

Hinreichend konkrete Erfolgsaussicht bei der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Verwendung des unzureichenden Kriteriums der Aussichtslosigkeit).
§ 64 StGB

547. BGH 2 StR 458/12 – Beschluss vom 25. April 2013

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

548. BGH 2 StR 506/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Bonn)

Einbeziehung anwaltsgerichtlicher Sanktionen in die Strafzumessung.
§ 46 StGB; § 114 Abs. 1 BRAO

549. BGH 2 StR 525/11 – Beschluss vom 11. April 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge; unzulässiges Ablehnungsgesuch gegen Richter des BGH.
§ 356a StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO

550. BGH 2 StR 583/12 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Aachen)

Schwerer und besonders schwerer Raub (Fesselung; Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs; Mittäterschaft; Teilrücktritt).
§ 249 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b; Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

551. BGH 2 StR 586/12 – Beschluss vom 13. März 2013 (LG Gera)

Beihilfe zum Bandendiebstahl (Beendigung; Zusage von Tatbeiträgen; Handlungseinheit; Konkurrenzen).
§ 27 StGB; § 242 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 52 StGB

552. BGH 2 StR 592/12 – Beschluss vom 11. April 2013 (LG Koblenz)

Absicht der rechtswidrigen Bereicherung bei der Erpressung (Wille zu einem Vertragsschluss; Abgrenzung zur Nötigung).
§ 253 StGB; § 240 StGB

553. BGH 2 StR 632/12 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Frankfurt am Main)

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

554. BGH 2 ARs 123/13 2 AR 86/13 – Beschluss vom 10. April 2013

Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichts.
§ 13a StPO; § 14 StPO; § 9 StPO

555. BGH 2 ARs 377/12 (2 AR 334/12) – Beschluss vom 06. Mai 2013 (BGH)

Unbegründete Gegenvorstellung.
Vor § 1 StPO

556. BGH 2 ARs 96/13 (2 AR 75/13) – Beschluss vom 17. April 2013 (OLG München)

Unzulässige Beschwerde.
§ 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 StPO

557. BGH 4 StR 102/13 – Beschluss vom 9. April 2013 (LG Hagen)

Mangelhafte Strafzumessung infolge unzureichender Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten.
§ 46 StGB

558. BGH 4 StR 104/13 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Frankenthal)

Infolge der mangelnden Verantwortungsübernahme durch den Verteidiger unzulässige Revision.
Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 345 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

559. BGH 4 StR 86/13 – Beschluss vom 24. April 2013 (LG Münster)

Unbegründeter Antrag des Beschuldigten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision (Verschulden des Beschuldigten durch falsches Verständnis der Rechtsmittelbelehrung).
§ 44 StPO; § 341 Abs. 1 StPO

560. EGMR Nr. 42931/10 (4. Kammer) – Urteil vom 22. Januar 2013 (Camilleri v. Malta)

Gesetzlichkeitsprinzip (Vorhersehbarkeit der Strafdrohung und Ermessen des Staatsanwalts bei der Wahl des urteilenden Gerichts: unkontrollierter Einfluss auf die zulässigen Rechtsfolgen und die eröffneten Rechtsmittel; Bestimmtheitsgrundsatz: Präzisionsgebot); Recht auf ein faires Strafverfahren (auf Gesetz beruhendes Gericht; gesetzlicher Richter: Unparteilichkeit und bewegliche Zuständigkeit; Waffengleichheit); unerlaubtes Handeln mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.
Art. 7 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG

561. BGH 4 StR 296/12 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Kaiserslautern)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO