

SCHRIFTLEITUNG

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

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;
RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. 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.
Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kle-
sczewski (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. (Friedrich Graf von
Westphalen, Köln); Prof. Dr. Frank
Saliger (Bucerius Law School Ham-
burg); RA Dr. Hellen Schilling, (Frank-
furt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada
(Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich
Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.
Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

- Widmung – Professor Dr. Manfred Seebode** S. 438
- Prof. Dr. *Michael Kahlo*, Universität Leipzig – **Manfred Seebode als Fakultätskollege** S. 438
- Prof. Dr. *Katharina Beckemper*, Universität Leipzig – **Der Bannbruch** S. 443
- Prof. Dr. *Karsten Gaede*, Bucerius Law School, Hamburg – **Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers – eine Chimäre?** S. 449
- Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski*, Universität Leipzig – **Die Gemeingefährlichkeit als systemprägendes Element der Brandstiftungsdelikte** S. 465
- Prof. Dr. *Hendrik Schneider*, Universität Leipzig – **Sonderstrafrecht für Ärzte?** S. 473

Entscheidungen

- BVerfG **Lebenslange Freiheitsstrafe und drohende Abschiebung**
- BGHSt **Tat im prozessualen Sinn bei Ordnungswidrigkeiten**
- BGHR **Passivlegitimation beim Schadensersatz gemäß Art. 5 Abs. 5 EMRK**
- BGH **Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr**
- BGH **Unbegründeter Antrag auf Entpflichtung des Pflichtverteidigers**
- BGH **Vollendetes Absetzen bei der Hehlerei**
- BGH **Psychische Beeinträchtigungen und Körperverletzung**
- BGH **Schranken der Strafschärfung bei einer Nähe zu Mordmerkmalen**
- BGH **Voraussetzungen für die Pauschgebühr nach § 51 RVG**
- BGH **Sperrwirkung des verdrängten § 29a BtMG**

Die Ausgabe umfasst 151 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten Gaede; 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. (Friedrich Graf von Westphalen, Köln); 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, November 2013, Ausgabe

11

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

1000. BVerfG 2 BvR 2129/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Mai 2013 (OLG Hamm / LG Wuppertal)

Resozialisierungsgebot (lebenslange Freiheitsstrafe; ausländische Strafgefangene; geplante Abschiebung aus der Strafhaft; fehlende Entlassungsperspektive; Erhaltung der Lebenstüchtigkeit; Vollzugslockerungen; Ausführung; personelle Ressourcen); effektiver Rechtsschutz (Absehen von der Begründung einer Beschwerdeentscheidung; Leerlaufen der Beschwerdemöglichkeit; erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten; Abweichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 11 StVollzG; § 109 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG

1. Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat, den Strafvollzug auf eine Resozialisierung auszurichten. Dies gilt auch für den Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Auch hier ist den schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzuges entgegenzuwirken und die Tüchtigkeit des Inhaftierten für ein Leben in Freiheit zu erhalten. Dem dienen insbesondere Vollzugslockerungen wie Urlaub, Ausgänge oder – soweit sich ein Gefangener für Lockerungen ohne Aufsicht noch nicht eignet – Ausführungen.

2. Auch wenn bei einem – insbesondere langjährig inhaftierten – Strafgefangenen (noch) keine konkrete Entlassungsperspektive besteht, dürfen ihm Lockerungen zumindest in Gestalt von Ausführungen nicht generell und nicht allein unter Hinweis auf den damit verbundenen

personellen Aufwand versagt werden. Wenngleich der Strafgefangene nicht verlangen kann, dass unbegrenzt personelle und sonstige Mittel aufgewendet werden, um Grundrechtsbeschränkungen zu vermeiden, setzen die Grundrechte auch Maßstäbe für die Beschaffenheit und Ausstattung von Vollzugsanstalten.

3. Diese Maßstäbe gelten grundsätzlich auch für ausländische Strafgefangene, die aus der Haft heraus abgeschoben werden sollen (Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10. Oktober 2012 – 2 BvR 2025/12 [= HRRS 2012 Nr. 1008]).

4. Ein Gericht verletzt das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebot, wenn es die Versagung von Ausführungen eines langjährig Inhaftierten zu seinem Sohn bestätigt, ohne sich dabei mit der selbstgesetzten Regelung einer Vollzugsanstalt auseinanderzusetzen, nach welcher der Gefangene wegen seines ausländerrechtlichen Status sowie mangels einer konkreten Entlassungsperspektive von Ausführungen ausgeschlossen ist. Einem Gericht ist es insoweit auch verwehrt, die unzureichenden Gründe der vollzugsbehördlichen Entscheidung durch eigene Gründe zu ersetzen.

5. Sieht das Beschwerdegericht nach § 119 Abs. 3 StVollzG von einer Begründung der Rechtsbeschwerdeentscheidung ab, so ist dies mit Art. 19 Abs. 4 GG nur vereinbar, wenn dadurch die Beschwerdemöglichkeit nicht leer läuft. Letzteres ist bereits dann anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung mit Grundrechten bestehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Entscheidung offenkundig von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abweicht.

1001. BVerfG 1 BvL 7/12 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 3. September 2013 (LG Berlin)

Berufsfreiheit (unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels; Glücksspielstaatsvertrag; Sportwettenmonopol des Landes Berlin); konkrete Normenkontrolle (Richtervorlage; Vorlagebeschluss; Darlegungsanforderungen; Entscheidungserheblichkeit; Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs; Dienstleistungsfreiheit).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; § 80 BVerfGG; § 284 Abs. 1 StGB; § 4 Abs. 4 GlüStV a.F.; § 10 Abs. 2 GlüStV; § 5 Satz 1 AG GlüStV BE

1. Ein Vorlagebeschluss nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG i. V. m. § 80 Abs. 2 BVerfGG ist nur dann ausreichend begründet, wenn das vorliegende Gericht umfassend darlegt, aus welchen Gründen es von der Verfassungswidrigkeit der zur Überprüfung gestellten Norm überzeugt ist und wenn es außerdem verdeutlicht, dass die Beantwortung der Verfassungsfrage unerlässlich für die Entscheidung über das Ausgangsverfahren ist.

2. Um hinsichtlich der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage den Begründungsanforderungen zu genügen, muss das Gericht sich insoweit eingehend mit der Rechtslage auseinandersetzen und die in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Rechtsauffassungen be-

rücksichtigen, soweit diese für die Entscheidungserheblichkeit von Bedeutung sein können.

3. Ist ein Gericht im Rahmen eines Strafverfahrens wegen eines Vorwurfs nach § 284 Abs. 1 StGB der Auffassung, ein durch die genannte Vorschrift strafbewehrtes staatliches Sportwettenmonopol verletze einen für einen österreichischen Wettanbieter tätigen türkischen Staatsangehörigen in dessen durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit, so ist zur Darlegung einer Entscheidungserheblichkeit auch eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Sportwetten erforderlich.

4. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beschränkt ein strafbewehrtes Verbot der Vermittlung von Wetten eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Anbieters unabhängig von dessen Staatsangehörigkeit das Recht des Wettanbieters auf freien Dienstleistungsverkehr. Eine mögliche unionsrechtliche Unanwendbarkeit der das Sportwettenmonopol begründenden Vorschriften könnte zur Folge haben, dass der Strafanspruch aus § 284 StGB entfiel, ohne dass es auf eine eventuelle Verfassungswidrigkeit des Wettmonopols ankäme.

5. An der Entscheidungserheblichkeit der möglichen Verfassungswidrigkeit eines Wettmonopols fehlt es auch dann, wenn – was das vorliegende Gericht zu erörtern hat – das dem Beschuldigten zur Last gelegte Verhalten nicht nur unter § 284 StGB fällt, sondern möglicherweise als Verstoß gegen das Verbot des Veranstaltens und Vermittelns von Glücksspielen im Internet (auch) nach § 4 Abs. 4 GlüStV a. F. strafbar ist.

976. BGH III ZR 405/12 – Urteil vom 19. September 2013 (OLG Karlsruhe)

BGHR; Schadensersatz und Passivlegitimation im Fall der nachträglich verlängerten Sicherungsverwahrung (Verstoß gegen das Recht auf Freiheit und Sicherheit und das Gesetzlichkeitsprinzip).

§ 67d StGB; Art. 5 Abs. 1, Abs. 5 EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK

1. Zum Schadensersatz und zur Passivlegitimation bei unter Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1, 5, Art. 7 Abs. 1 EMRK nachträglich verlängerter Sicherungsverwahrung. (BGHR)

2. Art. 5 Abs. 5 EMRK gewährt dem Betroffenen einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch wegen rechtswidriger Freiheitsbeschränkungen durch die öffentliche Hand, der vom Verschulden der handelnden Amtsträger unabhängig ist (Bearbeiter)

3. Die nachträgliche Verlängerung der Sicherungsverwahrung stellt keine „rechtmäßige“ Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EMRK dar. Denn die nachträgliche Anordnung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung verstößt gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EMRK (EGMR aaO Rn. 117 ff, 135, 137). Der Freiheitsentzug ist zudem nicht mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 (auch i.V.m. Art. 20 Abs. 3), 104 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar. (Bearbeiter)

4. Aus dem Umstand, dass die BRD im Verfahren der Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK als Vertragspartei Beschwerdegegner ist, folgt nicht, dass nur sie innerstaatlich passiv legitimiert ist. Im Rahmen der innerstaatlichen Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach Art. 5 Abs. 5 EMRK ist die Frage der Person des Verpflichteten durch Anwendung des Art. 34 GG zu klären. Danach ist der Hoheitsträger (Bund, Land oder sonstige Gebietskörperschaft) verantwortlich, dessen Hoheitsgewalt bei der rechtswidrigen Freiheitsentziehung ausgeübt wurde. (Bearbeiter)

5. Die Bemessung eines immateriellen Schadens ist grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters, der hier durch § 287 ZPO besonders freigestellt ist. Sie kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob die Festsetzung Rechtsfehler enthält, insbesondere ob das Gericht sich mit allen für die Bemessung der Entschädigung

maßgeblichen Umständen ausreichend auseinandergesetzt und um eine angemessene Beziehung der Entschädigung zu Art und Dauer der Beeinträchtigungen bemüht hat. Dies gilt auch im Fall des Art. 5 Abs. 5 EMRK. Es ist insoweit nicht zu beanstanden, wenn sich die Instanzgerichte an der Bemessungspraxis des EGMR in vergleichbaren Fällen orientieren. (Bearbeiter)

6. Es bleibt offen, ob § 839 Abs. 3 BGB oder § 254 BGB – der ebenfalls gebieten kann, einen belastenden hoheitlichen Akt durch geeignete Rechtsbehelfe abzuwehren – auf einen Anspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK anwendbar sind. Hat das Bundesverfassungsgericht die Anwendung der streitgegenständlichen Regelungen mit einem Urteil in Übereinstimmung mit der fachgerichtlichen Rechtsprechung zunächst als rechtmäßig beurteilt, kann dem Betroffenen nicht vorgehalten werden, er sei dagegen schuldhaft nicht eingeschritten. (Bearbeiter)

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

996. BGH 4 StR 308/13 – Beschluss vom 14. August 2013 (LG Bielefeld)

Rücktritt vom Versuch (Vorliegen eines beendeten Versuchs: subjektive Voraussetzungen); Ablehnung eines Beweisantrags wegen Ungeeignetheit.

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1, Fall 2 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 Fall 4 StPO

1. Ein beendeter Versuch, von dem nur unter den erschwerenden Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 StGB zurückgetreten werden kann, liegt auch dann vor, wenn sich der Täter im Augenblick des Verzichts auf eine mögliche Weiterführung der Tat keine Vorstellung von den Folgen seines bisherigen Verhaltens macht (vgl. BGHSt 40, 304, 306). Als innere Tatsache muss diese gedankliche Indifferenz des Täters gegenüber den von ihm bis dahin angestrebten oder doch zumindest in Kauf genommenen Konsequenzen aber positiv festgestellt werden; hierzu bedarf es einer zusammenfassenden Würdigung aller maßgeblichen objektiven Umstände.

2. Die völlige Ungeeignetheit eines Beweismittels liegt nur dann vor, wenn der Tatrichter ohne Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis feststellen kann, dass sich mit dem angebotenen Beweismittel das in dem Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht wird erzielen lassen; ein geminderter, geringer oder nur zweifelhafter Beweiswert reicht nicht aus (vgl. BGH NStZ 2008, 351, 352).

970. BGH 4 StR 332/13 – Beschluss vom 12. September 2013 (LG Münster)

Notwehr (erforderlicher Verteidigungswille).
§ 32 StGB

Eine Rechtfertigung durch Notwehr scheidet aus, wenn der Angeklagte einen tödlichen Tritt nicht mit dem erforderlichen Verteidigungswillen geführt hat. So liegt es etwa, wenn es dem Täter darum geht, eine endgültige Klärung der Auseinandersetzung herbeizuführen und „als eindeutiger Sieger des Zweikampfes aus dieser hervorzugehen“.

1006. BGH 3 StR 205/13 – Beschluss vom 23. Juli 2013 (LG Düsseldorf)

Fehlgeschlagener Versuch (Misslingen des Tatplans); rechtsfehlerhaft unterlassene Prüfung der Voraussetzungen einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 24 StGB; § 64 StGB

Das Misslingen des ursprünglichen Tatplans ist für sich genommen keine tragfähige Grundlage zur Bejahung eines rücktrittsunfähigen fehlgeschlagenen Versuchs. Das Scheitern eines Tatplanes kann indes zur Begründung dafür herangezogen werden, dass dem Täter die Undurchführbarkeit seines deliktischen Vorhabens i.S.e. fehlgeschlagenen Versuchs klar geworden ist.

984. BGH 2 StR 156/13 – Beschluss vom 27. August 2013 (LG Darmstadt)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Mittäterschaft: wertende Gesamtbetrachtung; keine täterschaftliche Begehung durch Ausspähen fremder Kartendaten).

§ § 152 b Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

Das Ausspähen fremder Kartendaten liegt weit im Vorfeld der eigentlichen Tat des Nachmachens von Zah-

lungskarten mit Garantiefunktion (§ 152 b Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 StGB), eine „Tatbestandsverwirklichung“ liegt darin nicht.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

975. BGH 4 ARs 7/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (BGH)

Anfrageverfahren zur Auslegung des vollendeten Absetzens (Absatzhilfe; Taterfolg).

§ 259 StGB

Eine Verurteilung wegen vollendeter Hehlerei durch Absetzen setzt die Feststellung eines Absatzerfolges voraus. Seine dem entgegenstehende Rechtsprechung gibt der 4. Strafsenat auf.

1007. BGH 3 StR 222/13 – Beschluss vom 20. August 2013 (LG Krefeld)

Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung beim Jugendlichen; Feststellung im Einzelfall; keine Beschränkung auf einvernehmlich vorgenommene sexuelle Handlungen).

§ 182 Abs. 3 Nr. 1 StGB

Nach der Auffassung des Senats ist § 182 Abs. 3 Nr. 1 StGB nicht auf solche Fälle zu beschränken, in denen die sexuellen Handlungen einvernehmlich vorgenommen werden (entgegen BGH HRRS 2007 Nr. 489 und BGH HRRS 2010 Nr. 739). Gegenteiliges ergibt sich nach Ansicht des Senats weder aus dem Merkmal des „Ausnutzens“ noch aus dem Sinn und Zweck der Norm.

990. BGH 4 StR 168/13 – Beschluss vom 18. Juli 2013 (LG Dortmund)

Körperverletzung (rein psychische Einwirkungen als Gesundheitsschädigung); Nötigung (Konkurrenz mehrerer Nötigungsversuche); Nachstellung (Konkurrenz mehrerer Nachstellungshandlungen); Bedrohung (Bedrohungserfolg;); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zustand der verminderten Schuldfähigkeit; Gefährlichkeitsprognose: umfassende Gesamtwürdigung, Taten von einiger Erheblichkeit; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

§ 223 Abs. 1 StGB; § 240 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 238 Abs. 1 StGB; § 241 Abs. 1 StGB; § 63 StGB; § 21 StGB; § 62 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Als Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweichenden Zustandes anzusehen. Dabei

kommt es nicht darauf an, auf welche Art und Weise die Beeinträchtigung erfolgt ist (vgl. BGHSt 36, 1, 6).

2. Rein psychische Empfindungen genügen bei keiner Handlungsalternative, um einen Körperverletzungserfolg gemäß § 223 Abs. 1 StGB zu begründen (vgl. BGHSt 48, 34, 36). Wirkt der Täter auf sein Opfer lediglich psychisch ein, liegt eine Körperverletzung daher erst dann vor, wenn ein pathologischer, somatisch-objektivierbarer Zustand hervorgerufen worden ist, der vom Normalzustand nachteilig abweicht (vgl. BGH aaO S. 36 f.). Bloß emotionale Reaktionen auf Aufregungen, wie etwa starke Gemütsbewegungen oder andere Erregungszustände, aber auch latente Angstzustände, stellen keinen pathologischen Zustand und damit keine Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB dar (vgl. BGH NStZ 1997, 123).

3. Der Tatbestand der Bedrohung setzt voraus, dass die Ankündigung des Verbrechens den Bedrohungsadressaten erreicht. Dies kann auch über Dritte erfolgen, wenn die Weitergabe der Drohung an den Adressaten vom Vorsatz des Täters umfasst ist.

4. In Fällen, in denen der Täter mehrfach zur Vollendung einer Nötigung ansetzt, um einen bestimmten Erfolg zu erreichen, liegt nur eine Tat im Rechtssinne vor, solange der Versuch nicht fehlgeschlagen ist, der Täter also von dem Misslingen des vorgestellten Ablaufs noch nichts erfahren hat oder nicht zu der Annahme gelangt ist, er könne die Tat nicht mehr ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten und anderen bereitliegenden Mitteln vollenden (vgl. BGH NJW 1996, 936, 937).

5. Ist im Rahmen des § 21 StGB die erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit auf das Zusammenwirken von Persönlichkeitsstörung und Betäubungsmittelkonsum zurückzuführen, so ist regelmäßig erforderlich, dass der Täter an einer krankhaften Betäubungsmittelabhängigkeit leidet, in krankhafter Weise betäubungsmittelüberempfindlich ist oder eine länger andauernde geistig-seelische Störung hat, bei der bereits geringer Betäubungsmittelkonsum oder andere alltägliche Ereignisse die erhebliche Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit auslösen können und dies getan haben (vgl. BGH NStZ 2012, 209).

6. Die Gefährlichkeitsprognose selbst ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit

des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu entwickeln (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 145, 147). An die Darlegungen und die vorzunehmende Abwägung sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je mehr es sich bei dem zu beurteilenden Sachverhalt unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 62 StGB) um einen Grenzfall handelt.

7. Die im Rahmen des § 63 StGB zu prognostizierte Gefährlichkeit muss sich auf Taten beziehen, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben. Eine Straftat von erheblicher Bedeutung liegt vor, wenn sie mindestens der mittleren Kriminalität zuzurechnen ist, den Rechtsfrieden empfindlich stört und geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe unter fünf Jahren bedroht sind, sind daher

nicht mehr ohne Weiteres dem Bereich der Straftaten von erheblicher Bedeutung zuzurechnen.

8. Für Straftaten nach § 238 StGB ist dies nicht ohne Weiteres zu bejahen (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 145, 147). Da auch insoweit das Höchstmaß der Freiheitsstrafe drei Jahre beträgt, kann auch die Nachstellung, wenn sie nicht mit aggressiven Übergriffen einhergeht, nicht generell als Straftat von erheblicher Bedeutung angesehen werden.

9. Es kann dahinstehen, ob die Tatbestandsvariante der „anderen vergleichbaren Handlung“ (§ 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB) ebenfalls verwirklicht ist und ob die insoweit in Rechtsprechung und Schrifttum geäußerten Bedenken (zum Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG) durchgreifen.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

954. BGH 2 StR 44/13 – Beschluss vom 29. August 2013 (LG Frankfurt am Main)

Strafschärfende Berücksichtigung der Verwirklichung der objektiven Voraussetzungen eines Mordmerkmals (Nähe zum Mordmerkmal; Vorsatz; Arglosigkeit; Wehrlosigkeit).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB

Es darf zwar straferschwerend berücksichtigt werden, wenn der Täter eines Totschlags objektiv zurechenbar die äußeren Mordmerkmale verwirklicht hat, auch wenn der Mordtatbestand in subjektiver Hinsicht nicht erfüllt ist. Hierfür müssen die Urteilsgründe jedoch die Verwirklichung der äußeren Mordmerkmale uneingeschränkt nachweisen. Es genügt nicht die „Nähe zu den äußeren Mordmerkmalen“.

994. BGH 4 StR 277/13 – Beschluss vom 28. August 2013 (LG Frankenthal)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zusammenhang zwischen Tat und Hang zum Konsum berauschender Mittel; Einbeziehung bereits abgeurteilter Taten in die Gesamtbetrachtung bei nachträglicher Bildung einer Gesamtstrafe).

§ 64 StGB; § 55 Abs. 1 StGB

1. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt setzt gemäß § 64 StGB – neben dem Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen – voraus, dass die Anlasstat im Rausch begangen wurde oder – zumindest mitursächlich – auf den Hang zurückgeht, wobei die erste dieser Alternativen ein Unterfall der zweiten Alternative ist (vgl. BGH NStZ 1998, 130 mwN). Die konkrete Tat muss in dem Hang ihre Wurzel finden, also Symptomwert für den Hang des

Täters zum Missbrauch von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln haben (vgl. BGH NStZ 1991, 128).

2. Im Rahmen einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung gemäß § 55 StGB kann das Gericht zwar erstmals auf eine Maßregel erkennen, wenn sich entweder aufgrund der neu abzuurteilenden Tat allein oder in Verbindung mit der schon abgeurteilten Tat die Erforderlichkeit der Maßregel ergibt (vgl. BGHSt 7, 180, 182). Die erstmalige Verhängung der Maßregel kann aber nicht allein mit dem Symptomcharakter der bereits rechtskräftig abgeurteilten Taten begründet werden.

952. BGH 2 StR 128/13 – Beschluss vom 13. August 2013 (LG Gießen)

Voraussetzungen der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schizophrenie und Aufhebung der Steuerungsfähigkeit; Einsichtsfähigkeit).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Allein die Diagnose einer Schizophrenie führt für sich genommen nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten Beeinträchtigung bzw. Aufhebung der Schuldfähigkeit. Erforderlich ist stets die konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich die festgestellte Störung bei Begehung der Taten auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat.

2. Bei akuten Schüben einer Schizophrenie ist in der Regel davon auszugehen, dass der Betroffene schuldunfähig ist, weil bereits die Einsichtsfähigkeit aufgehoben sein wird. Bei erhaltener Unrechtseinsicht kann zwar auch (allein) die Steuerungsfähigkeit aufgehoben sein. Die Frage der Steuerungsfähigkeit ist aber erst dann zu

prüfen, wenn der Täter das Unrecht der Tat eingesehen hat oder einsehen konnte. Psychische Störungen, bei denen sowohl die Einsichts- als auch die Steuerungsfähigkeit aufgehoben sind, stellen hingegen die Ausnahme dar (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 167, 168).

983. BGH 2 StR 131/13 – Urteil vom 11. September 2013 (LG Köln)

Raub (fehlende Drittbereicherungsabsicht bei Exzess

eines Mittäters); Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen; Einbeziehung aller Opfer der Tat).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 46a StGB

Wenn durch eine Straftat mehrere Opfer betroffen sind, muss für einen Täter-Opfer-Ausgleich hinsichtlich jedes Geschädigten zumindest eine Alternative des § 46a StGB erfüllt sein (vgl. BGH NStZ 2002, 364, 365).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

999. BGH 4 StR 503/12 – Beschluss vom 12. September 2013 (OLG Koblenz)

BGHSt; Verstoß gegen Vorschriften über Lenk- und Ruhezeiten im Straßenverkehr (Vorliegen einer Tat prozessualen Sinn bei Ordnungswidrigkeiten: keine Begründung einer Tat im prozessualen Sinn durch Beweismittelvorhaltungspflicht).

§ 8aFPersG; § 1 Abs. 6 Satz 4 FPersV; § 46 OWiG; § 155 Abs. 1 StPO; § 264 StPO

1. Es ist mit § 46 OWiG, § 264 StPO nicht zu vereinbaren, in Bußgeldsachen, die Verstöße gegen die Vorschriften über Lenk- und Ruhezeiten im Straßenverkehr zum Gegenstand haben, mehrere rechtlich selbständige Handlungen im Sinne des § 20 OWiG allein deshalb als eine prozessuale Tat anzusehen, weil der Betroffene sie innerhalb eines Kontroll- oder Überprüfungszeitraums begangen hat. (BGHSt)

2. Im Ordnungswidrigkeitenrecht gilt über § 46 OWiG der prozessuale Tatbegriff des Strafrechts. Die Tat im strafprozessualen Sinne (§§ 155, 264 StPO) ist der vom Eröffnungsbeschluss betroffene geschichtliche Lebensvorgang einschließlich aller damit zusammenhängenden oder darauf bezogenen Vorkommnisse und tatsächlichen Umstände, die geeignet sind, das in diesen Bereich fallende Tun des Angeklagten unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt als strafbar erscheinen zu lassen (st. Rspr.). Bei Tateinheit liegt stets eine prozessuale Tat vor. Materiell-rechtlich selbständige Taten sind in der Regel auch prozessual selbständig (vgl. BGHSt 35, 14, 19). Ein persönlicher Zusammenhang, die Verletzung des gleichen Rechtsguts oder der Umstand, dass die einzelnen Handlungen Teile eines Gesamtplans sind, reicht nicht, um mehrere selbständige Handlungen im materiell-rechtlichen Sinne zu einer einzigen Tat zu verbinden. (Bearbeiter)

3. Allein die Verpflichtung, die Aufzeichnung, also ein Beweismittel, vorzuhalten und aufzubewahren, kann eine prozessuale Tat nicht begründen. Die Regelungen über Aufzeichnungspflichten und Aufbewahrungsfristen stellen kein geeignetes Kriterium dar, die im Überprüfungszeitraum möglicherweise begangenen materiell-rechtlich

selbständigen Verstöße gegen Lenk- und Ruhezeitvorschriften im Straßenverkehr zu einer prozessualen Tat zu verbinden. (Bearbeiter)

4. Die Regelungen über die Aufzeichnung der Lenk- und Ruhezeiten im Straßenverkehr und deren Aufbewahrung bezwecken nicht die Umgrenzung eines prozessualen Tatzeitraumes, sondern haben einen anderen Hintergrund. Der in § 1 Abs. 6 Satz 4 FPersV bezeichnete Zeitraum von insgesamt 29 Tagen dient der wirksamen Durchsetzung von Straßenkontrollen. Der Zeitraum von 29 Tagen stellt indes keinen abschließenden „Sanktionierungszeitraum“ dar; auch Verstöße außerhalb dieses Zeitrahmens sind ohne weiteres nach § 8a FPersG zu ahnden, sofern nicht die allgemeinen Verjährungsregelungen eingreifen. (Bearbeiter)

5. Ob sich einzelne Verstöße gegen die in Rede stehenden Vorschriften über Lenk- und Ruhezeiten im Straßenverkehr überschneiden und durch dieselbe pflichtwidrige Handlung bzw. Unterlassung begangen worden sind, somit Tateinheitlich zusammentreffen oder ob eine prozessuale Tat deshalb vorliegt, weil einzelne materiell-rechtlich selbständige Handlungen nicht ohne Würdigung weiterer Teile des geschichtlichen Vorgangs beurteilt werden können (vgl. BGHSt 49, 359, 362 f.), ist sonach eine Frage des Einzelfalles, die nach allgemeinen Grundsätzen zu beantworten ist. (Bearbeiter)

1002. BGH 3 StR 117/12 – Beschluss vom 17. September 2013

Voraussetzungen einer über die gesetzlichen Gebühren hinausgehenden Pauschgebühr des Rechtsanwalts für die Vertretung in der Revisionshauptverhandlung (exorbitanter Mehraufwand).

§ 51 RVG

Die Bewilligung einer Pauschgebühr gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 und 3 RVG stellt die Ausnahme dar; die anwaltliche Mühewaltung muss sich von sonstigen – auch überdurchschnittlichen Sachen – in exorbitanter Weise abheben.

949. BGH 1 StR 443/10 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG München II)

Unbegründeter Antrag auf Entpflichtung des Pflichtverteidigers (zerrüttetes Vertrauensverhältnis: Bedeutung einer ursprünglich nicht geteilten Mitwirkung des Verteidigers an einer Verständigung).
§ 143 StPO; § 257c StPO

1. Die Behauptung, das Vertrauen zwischen Verteidiger und Angeklagten bestehe nicht mehr, kann für sich genommen einen Anspruch auf Widerruf der Bestellung eines Verteidigers nicht begründen. Sie muss auf konkreten Tatsachenvortrag gestützt sein (BGH StraFo 2008, 243 mwN).

2. Dies ist nicht stets dann erfüllt, wenn der Angeklagte als Grund anführt, der Pflichtverteidiger habe gegen seinen ausdrücklich geäußerten Wunsch in der Hauptverhandlung an einer Verständigung mitgewirkt. So liegt es jedenfalls dann, wenn der Angeklagte im Revisionsverfahren zur Begründung der Revision noch vortragen lässt, sowohl der Pflichtverteidiger als auch er selbst hätten dem Verständigungsvorschlag des Gerichts seinerzeit ausdrücklich zugestimmt; und sich sodann von diesem Pflichtverteidiger weiter verteidigen lässt.

978. BGH 1 StR 378/13 – Beschluss vom 22. August 2013 (LG Hof)

Beweiswürdigung des Tatrichters (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Führen eines gefährlichen Gegenstands (Konkurrenz zum Besitzen eines gefährlichen Gegenstands); Aufhebung des Urteils auch gegenüber einem nicht revidierenden Mitangeklagten.
§ 261 StPO; § 52 Abs. 1 Nr. 1 WaffG; § 357 Satz 1 StPO

1. Das Revisionsgericht muss die subjektive Überzeugung des Tatrichters von dem Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts grundsätzlich hinnehmen. Ebenso ist es ihm verwehrt, seine eigene Überzeugung an die Stelle der tatgerichtlichen Überzeugung zu setzen (st. Rspr.). Allerdings kann und muss vom Revisionsgericht überprüft werden, ob die Überzeugung des Tatrichters in den getroffenen Feststellungen und der ihnen zugrunde liegenden Beweiswürdigung eine ausreichende objektive Grundlage findet. Die entsprechenden Grundlagen müssen den Schluss erlauben, dass das festgestellte Geschehen mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Deshalb müssen die Urteilsgründe des Tatgerichts erkennen lassen, dass die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage beruht und die vom Tatrichter gezogene Schlussfolgerung nicht etwa nur eine Annahme ist oder sich als bloße Vermutung erweist, die letztlich nicht mehr als einen Verdacht zu begründen vermag.

2. Das Führen eines gefährlichen Gegenstands steht mit seinem Besitz regelmäßig in Tateinheit. Wird die tatsächliche Gewalt über einen verbotenen Gegenstand aber nur außerhalb der eigenen Wohnung ausgeübt, kommt nur eine Verurteilung wegen Führens in Betracht.

977. BGH 1 StR 305/13 – Beschluss vom 30. September 2013 (LG Karlsruhe)

Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit (Zulässigkeit: Präklusion, Verbindung mit Anhörungsrüge).
§ 24 Abs. 1 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 356a StPO

Entscheidet das Gericht über die Revision außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege, kann ein Ablehnungsgesuch in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO nur solange statthaft vorgebracht werden, bis die Entscheidung ergangen ist (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 314). Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Ablehnung mit einer Anhörungsrüge verbunden wird, die sich mangels Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG als unbegründet erweist.

987. BGH 2 StR 311/13 – Beschluss vom 21. August 2013 (LG Aachen)

Begriff der angeklagten Tat (Individualisierbarkeit auch bei Veränderung oder Erweiterung des Tatzeitraums).
§ 264 Abs. 1 StPO

Gemäß § 264 Abs. 1 StPO ist Gegenstand der Urteilsfindung „die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt.“ Zwar braucht eine Veränderung oder Erweiterung des Tatzeitraums die Identität zwischen Anklage und abgeurteilter Tat nicht aufzuheben, wenn die in der Anklage beschriebene Tat unabhängig von der Tatzeit nach anderen Merkmalen individualisiert und dadurch weiterhin als einmaliges, unverwechselbares Geschehen gekennzeichnet ist (vgl. BGHSt 46, 130). Bei gleichartigen, nicht durch andere individuelle Tatmerkmale als die Tatzeit unterscheidbaren Serientaten heben dagegen Veränderungen und Erweiterungen des Tatzeitraumes die Identität zwischen angeklagten und abgeurteilten Taten auf.

997. BGH 4 StR 311/13 – Beschluss vom 27. August 2013 (LG Stendal)

Form des Revisionsantrages (entbehrliche ausdrückliche Bezeichnung); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zustand der (verminderten) Schuldunfähigkeit; Gefährlichkeitsprognose: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).
§ 344 Abs. 1 StPO; § 63 StGB; § 62 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Fehlen eines ausdrücklichen Antrags im Sinne des § 344 Abs. 1 StPO unschädlich, wenn sich der Umfang der Anfechtung aus dem Inhalt der Revisionsbegründung ergibt. Dabei genügt es, wenn die Ausführungen des Beschwerdeführers erkennen lassen, dass er das tatrichterliche Urteil insgesamt angreift (vgl. BGH StV 2004, 120 mwN).

2. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstat(en) aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Tatbegehung hierauf beruht (vgl. BGH NStZ-RR

2009, 198). Dieser Zustand muss, um eine Gefährlichkeitsprognose tragen zu können, von längerer Dauer sein (vgl. BGHSt 34, 22, 27).

3. Eine Unterbringung nach § 63 StGB kommt nur in Betracht, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass der Täter infolge seines Zustandes in Zukunft Taten begehen wird, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 240, 241). Dies hat der Tatrichter anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu entscheiden (vgl. BGH StV 2002, 477 f.). Sind die zu erwartenden Delikte nicht wenigstens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen, ist diese Voraussetzung nur in Ausnahmefällen begründbar (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 303, 304). Die erforderliche Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlassat(en) zu entwickeln. An diese Darlegungen sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je mehr es sich bei dem zu beurteilenden Sachverhalt unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 62 StGB) um einen Grenzfall handelt (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 337, 338).

989. BGH 2 StR 397/13 – Beschluss vom 24. September 2013 (LG Mainz)

Revisionsbeschränkung unter Ausklammerung der Maßregelanordnung (Zulässigkeit); Vorwegvollzug der Strafe bei gleichzeitiger Maßregelanordnung (Berechnung des Vorwegvollzugs: keine Einbeziehung erlittener Untersuchungshaft).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 67 Abs. 2 StGB

1. Eine Beschränkung der Revision nach § 344 Abs. 1 StPO ist nur zulässig, soweit die Beschwerdepunkte nach dem inneren Zusammenhang des Urteils – losgelöst von seinem nicht angefochtenen Teil – tatsächlich und rechtlich unabhängig beurteilt werden können, ohne eine

Überprüfung des Urteils im Übrigen erforderlich zu machen. Weiter muss gewährleistet sein, dass die nach Teilanfechtung stufenweise entstehende Gesamtscheidung frei von inneren Widersprüchen bleiben kann (vgl. BGHSt 29, 359, 365 f.). Die Revisionsbeschränkung unter Ausklammerung eines Maßregelausspruchs ist deshalb unwirksam, wenn zugleich der Schuldspruch angegriffen wird, der von der Maßregelfrage nicht getrennt werden kann; die Feststellung einer Symptomtat ist unerlässliche Voraussetzung der Maßregelanordnung und damit auch für die Anordnung des Vorwegvollzugs (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 171, 172).

2. Erlittene Untersuchungshaft hat bei der Bestimmung des teilweisen Vorwegvollzugs der Strafe nach § 67 Abs. 2 StGB außer Betracht zu bleiben, weil Untersuchungshaft im Vollstreckungsverfahren auf den vor der Unterbringung zu vollziehenden Teil der Strafe angerechnet wird (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 171, 172).

947. BGH 1 StR 369/13 – Beschluss vom 2. September 2013 (LG Deggendorf)

Unwirksame Ermächtigung zur Revisionsrücknahme durch den Betreuer; begrenzte Kompetenz des Tatgerichts zur Verwerfung der Revision als unzulässig (vorgreifliche Beurteilung einer Rechtsmittelzurücknahme).

§ 302 Abs. 2 StPO; § 346 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

1. Ist auch die vorgreifliche Frage der Wirksamkeit der Rechtsmittelrücknahme zu prüfen war, obliegt die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsmittels dem Revisionsgericht.

2. Die Zustimmung des Betreuers stellt keine ausdrückliche Ermächtigung zur Rechtsmittelzurücknahme dar, weil sein Aufgabenbereich die Vertretung in Strafsachen nicht umfasst.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

980. BGH 1 StR 532/12 – Urteil vom 10. Juli 2013 (LG Augsburg)

Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (Zeitpunkt des Vorliegens der Beauftragten- oder Angestelltenstellung; Strafbarkeit nachträglicher Vorteilsgewährung; Straflosigkeit der Unternehmerbestechung; Anwendung auf den geschäftsführenden Alleingesellschafter einer Komplementär-GmbH); Untreue (Vermögensnachteil durch Schmiergeldzahlungen; verfassungsrechtliche Anforderungen an die Nachteilsbestimmung; Vermögensnachteil einer Personengesellschaft; Berechnung, Vermögensnachteil der Gesellschafter, Einverständnis der Gesellschafter); unzulässige Be-

weisverwendung (nicht in die Hauptverhandlung eingeführte Urkunde; Inbegriffsrüge).

§ 299 Abs. 1 StGB; § 266 Abs. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 261 StPO

1. Der Tatbestand des § 299 Abs. 1 beschränkt den Täterkreis ausdrücklich auf Angestellte und Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes, so dass die Vorteilsannahme des Betriebsinhabers hinsichtlich seines eigenen Betriebes vom Tatbestand nicht erfasst wird (vgl. BGHSt 57, 202, 211 mwN). Da der Tatbestand bereits mit dem Fordern, Sichversprechen-Lassen oder Annehmen des Vorteils vollendet ist, muss die Stellung als Angestellter

oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes und damit als tauglicher Täter des Sonderdelikts § 299 Abs. 1 StGB im Zeitpunkt der Tathandlung vorliegen.

2. Die Annahme eines Vorteils für in der Vergangenheit liegende Bevorzugungen wird nur dann ausnahmsweise von § 299 Abs. 1 StGB erfasst, wenn diese Bevorzugungen bereits Gegenstand einer Unrechtsvereinbarung waren. Dieser Ausnahmefall verlangt aber, dass die vorangegangene Unrechtsvereinbarung ihrerseits tatbestandsmäßig i.S.v. § 299 Abs. 1 StGB gewesen ist. Dementsprechend muss derjenige, der den Vorteil als Gegenleistung für die erfolgte Bevorzugung angenommen hat, bereits zum Zeitpunkt der früheren Unrechtsvereinbarung tauglicher Täter einer Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 1 StGB) sein.

3. In Fällen, in denen die Schmiergeldzahlungen zugunsten der Geschäftsführer durch Erhöhung der Zahlungsverpflichtungen auf die vertretene Gesellschaft verlagert werden, liegt ein strafrechtlich relevanter Vermögensnachteil i.S.v. § 266 StGB regelmäßig bereits darin, dass der geleisteten Zahlung in Höhe des auf den Preis aufgeschlagenen Betrages, der lediglich der Finanzierung des Schmiergeldes dient, keine Gegenleistung gegenübersteht (vgl. BGHSt 50, 299, 314 mwN.)

4. Die strafrechtlich auf den Zeitpunkt der vermögensschädigenden Handlung i.S.v. § 266 StGB zu beziehende Beurteilung der Herbeiführung eines Vermögensnachteils und dessen Höhe kann, was den relevanten Zeitpunkt betrifft, nicht durch handelsrechtliche Regelungen über die Gewinn- und Verlustverteilung innerhalb einer Kommanditgesellschaft (§§ 167 ff. HGB) überlagert werden. Zukünftige Entwicklungen des betroffenen Vermögens im Hinblick auf den Wert der Geschäftsanteile von Gesellschaftern können strafrechtlich lediglich insoweit von Bedeutung sein, als deren Berücksichtigung mit den dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG unterworfenen strafatbestandsmäßigen Anforderungen des Vermögensnachteils gemäß § 266 StGB zulässig ist. Von Verfassungen wegen sind die Strafgerichte bei der Auslegung des Merkmals des Vermögensnachteils gemäß § 266 Abs. 1 StGB gehalten, den von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach zu beziffern und diesen in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise im Urteil darzulegen (vgl. BVerfGE 126, 170, 211 und 216).

5. Im Rahmen von § 266 StGB kann eine Schädigung des Vermögens einer Kommanditgesellschaft nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lediglich zu einem strafatbestandsmäßigen Vermögensnachteil führen, als sie gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter „berührt“ (vgl. BGH NStZ 2013, 38 f. mwN).

6. Dem entsprechend kommt einem Einverständnis der jeweiligen Gesellschafter mit der Beeinträchtigung des Vermögens Bedeutung für das Vorliegen eines Vermögensnachteils und dessen Höhe zu (vgl. BGH NStZ 2013, 38, 39 mwN).

7. Angesichts der Anknüpfung des Vermögensnachteils an das Vermögen der das vermögensschädigende Verhalten nicht konsentierenden Gesellschafter kann bei der Bemessung der den Schuldumfang bestimmenden Höhe

des Vermögensnachteils grundsätzlich auf deren Gesellschafteranteile im Verhältnis zur Gesamteinlage abgestellt werden (vgl. BGH NStZ 2013, 38, 39).

1004. BGH 3 StR 143/13 – Beschluss vom 25. Juli 2013 (LG Osnabrück)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Erforderlichkeit der Feststellung einer subjektiven Zweckbestimmung als Tatgegenstand bei einer Macheite); Strafzumessung (minder schwerer Fall; Anwendung des Strafrahmens des nach Spezialitätsgrundsätzen zurückgetretenen Gesetzes auch bei der Höchststrafe).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30a BtMG

Der Senat neigt dazu, unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung in den Fällen eines minder schweren Falles des § 30a Abs. 3 BtMG, in denen nicht gleichzeitig die Voraussetzungen eines minder schweren Falles nach § 29a Abs. 2 BtMG gegeben sind, nicht nur die Mindest-, sondern auch die Höchststrafe dem an sich im Wege der Spezialität verdrängten § 29a Abs. 1 BtMG zu entnehmen (a.A. zuletzt BGH HRRS 2010 Nr. 584 m.w.N.). Dem steht nach Auffassung des Senats weder der Wille des Gesetzgebers entgegen noch der Grundsatz, dass der Täter nicht mit einer Strafe belegt werden darf, die den Strafrahmen des nach dem Schuldspruch angewendeten Strafgesetzes übersteigt.

955. BGH 2 StR 143/13 – Beschluss vom 14. August 2013 (LG Aachen)

Verhältnis zwischen dem bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge im minder schweren Fall und § 29a BtMG (Reichweite der Sperrwirkung).

§ 30a Abs. 3 BtMG; § 29a Abs. 1, Abs. 2 BtMG

§ 29a Abs. 1 BtMG entfaltet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lediglich hinsichtlich der Mindeststrafe eine Sperrwirkung gegenüber § 30a Abs. 3 BtMG; für die Höchststrafe gilt demgegenüber die für den Schuldspruch maßgebliche Bestimmung. Ob dieser Rechtsprechung, mit der Wertungswidersprüche in der Anwendung der Strafrahmen des Betäubungsmittelgesetzes nur an der Strafrahmenuntergrenze beseitigt werden, stets zu folgen ist, kann hier dahinstehen.

982. BGH 1 StR 94/13 – Beschluss vom 4. September 2013 (LG Augsburg)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitnehmerbeiträgen (Begriff des Arbeitnehmers; Konkurrenz von § 266a Abs. 1 und Abs. 2 StGB); Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung im großen Umfang.

§ 266a Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 611 BGB; § 11 Abs. 1 SchwarzArbG

1. Ob eine Person Arbeitgeber im Sinne von § 266a StGB ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das seinerseits diesbezüglich auf das Dienstvertragsrecht der §§ 611 ff. BGB abstellt. Arbeitgeber ist danach derjenige, dem gegenüber der Arbeitnehmer zur Erbringung von Arbeitsleistungen verpflichtet ist und zu dem er in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht, das sich vor allem durch die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers ausdrückt (vgl. BSGE 34, 111,

113). Das Bestehen eines solchen Beschäftigungsverhältnisses zum Arbeitgeber bestimmt sich dabei nach den tatsächlichen Gegebenheiten (st. Rspr.). Die Vertragsparteien können aus einem nach den tatsächlichen Verhältnissen bestehenden Beschäftigungsverhältnis resultierende sozialversicherungsrechtliche Abführungspflichten nicht durch eine abweichende Vertragsgestaltung beseitigen.

2. Um auf der Grundlage der maßgeblichen tatsächlichen Gegebenheiten das Vorliegen eines (inländischen) sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses zu beurteilen, ist eine wertende Gesamtbetrachtung bzw. Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände vorzunehmen (vgl. BSGE 51, 164, 167). In diese Gesamtbetrachtung sind vor allem das Vorliegen eines umfassenden arbeitsrechtlichen Weisungsrechts, die Gestaltung des Entgelts und seiner Berechnung (etwa Entlohnung nach festen Stundensätzen), Art und Ausmaß der Einbindung in den Betriebsablauf des Arbeitgeberbetriebes sowie die Festlegung des täglichen Beginns und des Endes der konkreten Tätigkeit einzustellen (vgl. BGH NStZ 2001, 599 f.).

3. In Fällen gleichzeitigen Verwirklichung von § 266a Abs. 1 StGB und § 266a Abs. 2 StGB ist im Tenor eine Verurteilung wegen Verstoßes gegen § 266a StGB nur als 'Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt' zum Ausdruck zu bringen. Die neben § 266a Abs. 1 StGB erfolgende Anwendung des § 266a Abs. 2 StGB wirkt sich lediglich auf den Schuldumfang aus und führt nicht zu einer Tateinheitlichen Verwirklichung verschiedener Tatbestände

981. BGH 1 StR 665/12 – Beschluss vom 21. August 2013 (LG Landshut)

Insolvenzverschleppung (Begriff der Zahlungsunfähigkeit: Bestimmung nach betriebswirtschaftlicher und wirtschaftskriminalistischer Methode).

§ 15a Abs. 4 InsO; § 17 Abs. 2 InsO

1. Nach § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Entscheidend ist allein der Zeitpunkt der Fälligkeit einer Forderung, der nur durch eine Stundungsvereinbarung hinausgeschoben werden kann. Von der Zahlungsunfähigkeit abzugrenzen ist die bloße Zahlungsstockung, d.h. der kurzfristig behebbare Mangel an flüssigen Mitteln.

2. Die Feststellung derselben erfolgt in der Regel durch die sogenannte betriebswirtschaftliche Methode. Dies setzt eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits voraus (vgl. BGH NJW 2000, 154). Zur Abgrenzung von der bloßen Zahlungsstockung ist diese Methode um eine Prognose darüber zu ergänzen, ob innerhalb einer Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist, etwa durch Kredite, Zuführung von Eigenkapital, Einnahmen aus dem normalen Geschäftsbetrieb oder der Veräußerung von Vermögensgegenständen. Das geschieht durch eine Finanzplanrechnung, aus der sich

die hinreichend konkret zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben der nächsten 21 Tage ergeben.

3. Die Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO kann aber auch durch sogenannte wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen belegt werden (wirtschaftskriminalistische Methode; vgl. BGH NJW 2000, 154). Als wirtschaftskriminalistische Warnzeichen kommen u.a. in Betracht die ausdrückliche Erklärung, nicht zahlen zu können, das Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche, Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern, der Sozialversicherungsabgaben oder der sonstigen Betriebskosten, Scheck- und Wechselproteste oder Insolvenzanträge von Gläubigern.

1016. BGH 5 StR 258/13 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG Potsdam)

Verfallsanordnung trotz Weitergabe des Erlangten; Härtevorschrift (keine Identität von einer juristischen Person zugeflossenen Vermögensvorteilen mit solchen des Täters).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 111i StPO

1. Beim Erlangen i.S.v. § 73 Abs. 1, § 73a Satz 1 StGB handelt es sich um einen tatsächlichen Vorgang. Erlangt ist danach schon dann etwas, wenn der Gegenstand in irgendeiner Phase des Tatablaufs in die Verfügungsgewalt des Täters übergegangen ist und ihm so aus der Tat unmittelbar etwas wirtschaftlich messbar zugutekommt. Eine spätere Weitergabe des Erlangten ändert am Eintritt der Voraussetzungen des Verfalls von Wertersatz nach § 73 Abs. 1, § 73a Satz 1 StGB nichts und kann allenfalls noch im Rahmen der Prüfung der Härtevorschrift des § 73c StGB von Bedeutung sein.

2. Soll der Verfall hinsichtlich solcher Geldbeträge angeordnet werden, die an eine juristische Person geflossen sind, auf deren Vermögen der Täter Zugriff hat, kann nicht ohne weiteres der gesamte an die juristische Person gezahlte Betrag als Vermögensvorteil des Täters angesehen werden. Insoweit bedarf es vielmehr näherer Feststellungen u.a. hinsichtlich einer ggf. aufgehobenen Vermögensstrennung und hinsichtlich der Verteilung der Anteile an der juristischen Person.

1008. BGH 3 StR 226/13 – Beschluss vom 8. August 2013 (LG Wuppertal)

Erweiterter Verfall im Betäubungsmittelstrafrecht (Subsidiarität gegenüber dem einfachen Verfall).

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

1. Das deutsche Strafrecht wird von dem Grundsatz geprägt, dass strafrechtliche Sanktionen oder sonstige Rechtsfolgen nur verhängt werden dürfen, wenn eine konkrete Straftat in dem dafür vorgesehenen strafprozessualen Verfahren ordnungsgemäß zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen ist. Von diesem Grundsatz macht § 73d StGB eine Ausnahme, weshalb die Vorschrift gegenüber § 73 StGB subsidiär ist. Die Anwendung von § 73d StGB kommt erst in Betracht, wenn nach Ausschöpfung aller zulässigen Beweismittel ausgeschlossen werden kann, dass die Voraussetzungen des § 73 StGB erfüllt sind.

2. Dies schließt es aus, in dem Verfahren wegen einer Anlasstat, die auf § 73d StGB verweist, Gegenstände dem erweiterten Verfall zu unterwerfen, die der Angeklagte aus anderen, von der Anklageschrift nicht erfassten, aber zumindest möglicherweise konkretisierbaren Straftaten

erlangt hat; denn diese Taten können und müssen zum Gegenstand eines gesonderten Strafverfahrens gemacht werden, in dem die Voraussetzungen des vorrangig anwendbaren § 73 StGB zu prüfen sind.

Aufsätze und Anmerkungen

Widmung – Professor Dr. Manfred Seebode

15. September 1938 – 29. Oktober 2011

Das Portal HRR-Strafrecht ist, blickt man auf seine ursprüngliche Redaktion,¹ auch ein Kind Leipzigs. Dort war genügend Engagement und Interesse vorhanden, um die von Gerhard Strate angestoßene und getragene Idee einer frei verfügbaren und näher aufbereiteten strafrechtlichen Rechtsprechung zu verwirklichen. Zu den Menschen, die diese Bereitschaft wecken konnten und der heutigen HRRS einen freiheitlichen Anspruch mit auf ihren Weg gaben, gehörte unzweifelhaft der am 29. Oktober 2011 verstorbene Leipziger Strafrechtslehrer *Manfred Seebode*. Nach seinem Tod entstand schnell die Idee, im Zuge der in Leipzig geplanten Gedächtnisfeier eine Ausgabe der HRRS diesem insbesondere für mich prägenden Straf-

rechtslehrer zu widmen. Der Gedanke verselbständigte sich im Kontakt mit den heutigen Strafrechtslehrern der Leipziger Juristenfakultät zu einer Gedächtnisschrift. Sie wird unter Beteiligung einer großen Zahl weiterer Autorinnen und Autoren Anfang des kommenden Jahres im Berliner Wissenschaftsverlag erscheinen. Die HRRS publiziert mit dieser Ausgabe etwa ein Jahr nach der Gedenkfeier ausgewählte Beiträge vorab, um ebenfalls an *Manfred Seebode* zu erinnern. Ausgewählt wurden die Beiträge der Leipziger Strafrechtskollegen, ergänzt durch einen Beitrag aus der Redaktion der HRRS. Die Redaktion möchte damit einen Strafrechtswissenschaftler ehren, dem die praktische Realität der vollzogenen (Freiheits-)Strafe vertraut und die stets kritisch hinterfragte Legitimation der Strafe ein dringliches Anliegen war.

¹ Ihr gehörten in den Anfangsjahren an: Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Stephan Schlegel und Karsten Gaede (zudem studentische Hilfskraft am Lehrstuhl *Seebode*), zur Gründungszeit jeweils Studenten der Leipziger Juristenfakultät.

Karsten Gaede

Aufsätze und Anmerkungen

Manfred Seebode als Fakultätskollege

Erinnerung an Prof. em. Dr. Manfred Seebode

Von Prof. Dr. Michael Kahlo, Leipzig

I.

Als wir Leipziger Strafrechtler *Manfred Seebode*, dem langjährigen Sprecher unserer Fachgruppe an der Juristenfa-

kultät, zu seinem 70. Geburtstag am 15. September 2008 – einer guten akademischen Tradition folgend und mit seinem zuvor eingeholten Einverständnis – „seine Festschrift“ überreichten, waren wir zuversichtlich, dass unser Wunsch „ad multos annos“ in Erfüllung gehen würde. Zwar war uns nicht verborgen geblieben, dass es schon damals ernsthafte gesundheitliche Probleme gab, die ihn belasteten; aber er machte diese Belastungen – mit Rücksicht auf uns und andere, die er mit seinen Sorgen nicht belasten wollte – so sehr mit sich alleine ab,

* 15. September 1938 † 29. Oktober 2011. Der Beitrag ist die für die Veröffentlichung überarbeitete Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 2. November 2012 im Rahmen der Akademischen Gedächtnisfeier für Manfred Seebode im Alten Senatssaal der Universität Leipzig gehalten hat.

dass wir angesichts seiner nach außen gezeigten Vitalität und Lebensfreude glaubten hoffen zu dürfen, dass unser Wunsch für ihn in Erfüllung gehen würde; und dies bis zuletzt.

Indessen ist es anders gekommen: Für mich – wie wohl auch für die meisten anderen Fakultätskollegen – ganz überraschend und viel zu früh ist er am 29. Oktober 2011 verstorben.

Mit dem Faktum seines Todes ging und geht für uns, deren Gemeinschaft er als Mensch und Kollege so sehr bereichert hat, zunächst das Empfinden eines nicht nur endgültigen, sondern totalen Verlusts einher. Und doch, so kann man jedenfalls nach einiger Zeit vielleicht zu hoffen wagen, muss dieses Empfinden im Verhältnis zu einem verstorbenen Kollegen nicht unbedingt der Schlusspunkt sein, schon gar nicht im Hinblick auf einen wissenschaftlich so produktiven Strafrechtslehrer und als Person so liebenswürdigen und respektablen Menschen und Kollegen, wie *Manfred Seebode* dies gewesen ist. Man kann sich vielmehr seines Werks und seiner Person erinnern, und dies so, dass die Erinnerung das Vorbildliche und insofern auch für uns selbst Orientierende anwesend und lebendig hält.

Nun hatte er es – nach den Erfahrungen, die ich mit ihm gemacht habe – nicht gern, allzu sehr in den Mittelpunkt gerückt zu werden. Zu klar war ihm die Kraft der Eitelkeit bewusst, die sich nur umso stärker entfaltet, wenn einem allzu oft „gehuldigt“ wird. Freilich, so lässt sich immerhin einwenden, um diese Kraft kann es bei einer Würdigung nicht gehen, die sich erinnernd auf Person und Werk eines verstorbenen Kollegen bezieht. Und auch der zweite, hypothetische Einwand, der von ihm zu erwarten gewesen wäre, verfängt in seinem Falle nicht, führt doch mit Blick auf ihn, wie sich im Folgenden erweisen wird, die Befolgung der alten *Maxime*, wonach über Tote nur Gutes geredet werden soll („de mortuis nisi nihil bene“), gerade nicht zu den von ihm so ungeliebten Beschönigungen, insofern man – sei es auch noch so gut gemeint – ein unrealistisches und folglich in die Irre führendes Bild von dem Verstorbenen zu dessen Lebzeiten zu malen hätte.¹

Es wird also der (hypothetische) Wille desjenigen, dessen Werk und Person im Folgenden (und überhaupt durch dieses Heft der HRRS) posthum gedacht werden soll, auch nicht dadurch verletzt werden, dass man es

¹ In jüngster Zeit scheint freilich auch das Gegenteil „in Mode zu kommen“. Angetrieben durch die Sensationslust von Massenmedien, hat man damit begonnen, die „dunklen Seiten“ im Leben verstorbener ehemaliger „Personen der Zeitgeschichte“ aufzuspüren und über die dabei gefundenen „Erkenntnisse“ zu berichten, und dies ohne Rücksicht darauf, dass die Verstorbenen sich selbst nicht mehr zur Wehr setzen können und die hinterbliebenen Angehörigen in aller Regel durch Trauerarbeit und Anderes absorbiert sind, sie also meistens ebenfalls nicht in der Lage dazu sind, sich stellvertretend für die verstorbene Person zur Wehr zu setzen. Als Beispiel solcher „postmortaler Wahrheitsfindung“ sei hier nur auf zahlreiche neuere Berichte über das Privatleben *John F. Kennedys* verwiesen, der vor 50 Jahren (am 22. November 1963) einem Attentat zum Opfer gefallen ist.

unternimmt, im Rückblick ein möglichst wirklichkeitsgetreues Bild von „*Manfred Seebode als Fakultätskollege*“ zu zeichnen.

II.

Kollegialität, so konnte man von *Manfred Seebode* vorbildlich lernen, ist nicht allein formal durch die gemeinsame Zugehörigkeit zu einer Institution und/oder einer bestimmten Berufsgruppe zu definieren, sondern ist *eine Form sachorientierter praktizierter Solidarität*, die insbesondere in den Bereichen des akademischen Berufslebens gefordert ist, in denen der Zusammenhalt und das darin begründete Zusammengehörigkeitsgefühl eines Collegiums, etwa angesichts unterschiedlicher Meinungen und Interessen, auf die Bewährungsprobe gestellt wird, in denen sich also immer wieder praktisch erweisen muss, ob man sich auf die Einhaltung bestimmter Verhaltensstandards wechselseitig verlassen und deswegen einander vertrauen kann. Es war seine feste und nach meinen Erfahrungen mit ihm ausnahmslos gelebte Überzeugung, dass solche Solidarität die unverzichtbare Grundlage von Forschung, Lehre und Verwaltung in Universität und Fakultät bildet.

1.) Unter den vielen von ihm vorgelebten Facetten so verstandener Kollegialität ist zunächst insbesondere die *Offenheit* zu nennen, mit der er einem begegnete,² und die sich bei ihm mit einem originären *Sinn auch für die Situation sowie den Horizont des kollegialen Anderen* verband.

Diese Eigenschaft habe ich zum ersten Mal an ihm anlässlich meiner Bewerbung um die zum WS 1997/98 freigewordene Strafrechtsprofessur an der Leipziger Juristenfakultät erfahren (dürfen), und zwar zum einen an seiner erkennbar aufrichtigen kollegialen Aufgeschlossenheit für die von dem jungen Privatdozenten seinerzeit vorgetragenen Überlegungen zum Grund der Strafbefreiung beim Rücktritt von versuchter Tat; zum anderen dadurch, dass er bei unserem ersten Zusammentreffen nach meiner Bewerbung, Monate später, auf einer Strafrechtslehrertagung (in Berlin) in einer Vortragspause von sich aus auf mich zugeht und mich ansprach, um mir zu signalisieren, dass ich mir wegen des erhofften Rufs nach Leipzig keine Sorgen machen sollte; Verwaltungsverfahren benötigten, auch in der (ministerialen) Wissenschaftsverwaltung des Freistaates Sachsen, ganz einfach ihre Zeit.

² Diese Einstellung mag einem gerade unter Gebildeten selbstverständlich erscheinen, und doch ist sie es nicht, wie wohl jeder bestätigen kann, dem die Verhältnisse und manche Praxis im universitären Alltag aus eigener Erfahrung geläufig sind. – Schon *Kant* hat in seiner bahnbrechenden Untersuchung der „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ (1785) im Ersten Abschnitt („Übergang von der gemeinen sittlichen Vernunftkenntnis zur philosophischen“) realistisch und treffend darauf hingewiesen, dass der „gemeine Verstand“ (wie er es formulierte) in seinem praktischen Beurteilungsvermögen „beinahe noch sicherer“ sei als der Verstand von Intellektuellen (*Kant* spricht hier stellvertretend vom „Philosophen“), weil dessen Urteil sich typischerweise „durch eine Menge fremder, nicht zur Sache gehöriger Erwägungen leicht verwirren und von der geraden Richtung abweichend machen kann“ (vgl. GMS, Edition Weischedel Band VI, S. 31 unten.).

Diese Offenheit im Umgang auch mit heiklen Situationen in Berufungsverfahren (oder auch anderen Fakultätsangelegenheiten) habe ich auch später, inzwischen selbst zu seinem Fach- und Fakultätskollegen geworden, mehrfach an ihm erlebt. So erinnere ich mich daran, wie er mich im Rahmen eines (späteren) Berufungsverfahrens – nach Anhörung der Bewerbungsvorträge – vor dem Beginn der entscheidenden Sitzung der Berufungskommission, in der über die Aufstellung der Liste beraten werden sollte, beiseite nahm, um mir vorab zu sagen, dass er unter dem Eindruck der Vorträge zu einer anderen Reihung der Kandidatinnen und Kandidaten gekommen sei als der, die wir einige Tage zuvor unter dem Vorbehalt der Qualität der Bewerbungsvorträge vorbeprochen hatten, und dass er mich in der bevorstehenden Sitzung damit nicht überraschen wolle.

Als dritter Fall von solcher praktizierter kollegialer Solidarität sei hier ein Vorgang angesprochen, der sich anlässlich seiner bevorstehenden Emeritierung ereignete: So fragte er mich im Hinblick auf sein Ausscheiden, was ich denn davon hielte, wenn die Ausschreibung seiner Nachfolge entsprechend seiner Denomination erfolgen würde? Und, falls ich damit einverstanden sei, hätte er einen jungen Kollegen im Auge, den er bei Gelegenheit der letzten Strafrechtslehrertagung kennengelernt habe und den er mir (und den anderen strafrechtlichen Kollegen) gerne vorstellen würde. – Darauf, seine Intelligenz auch dafür einzusetzen, das Profil und die Besetzung einer vakanten Strafrechtsprofessur (sei es auch seiner eigenen ehemaligen) „mit List und Tücke“ oder gar Schlimmerem nach seinem eigenen Sinn einseitig zu bestimmen, wäre er nie gekommen. Vielmehr vertraute er auch hier der Kraft des Arguments sowie der Fruchtbarkeit der offen, sei es auch antagonistisch geführten diskursiven Auseinandersetzung, war ihm doch deutlich bewusst, was man zerstört, wenn man die Kollegialität (Offenheit) im Umgang miteinander durch die „Vermachtung“ von Gremien und überhaupt ein durch die Verfolgung von Partikularinteressen geleitetes Verhalten ersetzt.

2.) In den beiden zuletzt erwähnten Beispielen ist eine weitere Facette seines Verständnisses von Kollegialität schon angeklungen: Die *Beteiligung an der universitären Selbstverwaltung* war ihm *Kollegenpflicht*. So war er nicht nur über zehn Jahre hinweg Sprecher und Koordinator „seiner“ strafrechtlichen Fachgruppe an der Juristenfakultät, sondern war eine Wahlperiode lang Mitglied des Fakultätsrates der Juristenfakultät und hat in seiner aktiven Zeit sehr regelmäßig – häufig auch noch nach seiner Emeritierung – an den monatlichen Sitzungen des Collegiums teilgenommen, und dies obwohl ihm diese Sitzungen, wie ich von ihm selber weiß, nicht immer nur Freude bereitet haben. In diesem Zusammenhang erinnere ich mich vor allem an eine seiner „Würzburger Geschichten“, die er mir im Anschluss an eine einmal wieder eher zäh vergangene Gremiensitzung erzählte: Er habe dort, so berichtete er, einen Kollegen gehabt, der – wie dieser ihm anvertraut habe – über Jahre hinweg nach Gremiensitzungen der Würzburger Fakultät abends stets so misstrauisch nach Hause gekommen sei, dass seine Ehefrau die Sitzungstermine bereits an seinem Gesichtsausdruck habe ablesen können und ihm nach vielen Jahren stiller Duldung schließlich damit gedroht habe, sie werde sich

von ihm scheiden lassen, wenn er auch weiterhin nach Gremiensitzungen derart unleidlich nach Hause komme – woraufhin dieser Kollege seine Mitarbeit in den Gremien abrupt beendet habe.

Er wusste also gut, was ihn erwartete, als er sich selbstverständlich dazu bereit erklärte, das – nach dem damals noch geltenden Grundsatz der Anciennität – eines Tages (wenn ich mich recht entsinne war es im Jahr 2001, also etwa 2 Jahre vor seiner Emeritierung) gewissermaßen auf ihn zulaufende Amt des Dekans der Juristenfakultät zu übernehmen, ohne Rücksicht auf seine damals schon angeschlagene Gesundheit. Und es hat seinerzeit deshalb vieler und langer Gespräche mit ihm bedurft, um ihn am Ende doch davon zu überzeugen, mit Rücksicht auf seine gesundheitliche Verfassung davon Abstand zu nehmen.

3.) Kollegialität als eine Form von Solidarität hat *Manfred Seebode* auch in der *Begegnung mit ihm als strafrechtlichem Fachkollegen* praktiziert. Nicht nur, dass er auch mir als deutlich jüngeren Kollegen fachwissenschaftlich stets „auf Augenhöhe“ begegnete (wie man heute zu sagen pflegt), zu keiner Zeit also seinen Vorsprung an Denk- und Lebenserfahrung ausgespielt hat. Im Gegenteil: Kam es zu einem Fachgespräch, etwa über einen bei ihm in Arbeit befindlichen Aufsatz, zumeist in seinem Dienstzimmer, auf seiner schwarzen Ledercouch mit Pfeife oder Füllfederhalter in der Hand, erläuterte er mir häufig ganz offen nicht nur seine Gedankengänge mit allen ihren Umwegen, sondern auch seine nach wie vor bestehenden Zweifel an dem gefundenen Ergebnis und fragte offen nach, ob Argumentation und Resultat des Beitrags mich überzeugten.

Es lag ihm nicht, den großen „Strafrechts-Zampano“ zu spielen.³ Vielmehr ermutigte er, umgekehrt, einen dann und wann, einen Text, den man ihm gezeigt oder über den man mit ihm gesprochen hatte, doch zu veröffentlichen; dabei verband er diesen Vorschlag nicht selten damit, dass er sich anerkennend über den Inhalt eines Sonderdrucks äußerte, den man ihm kurz zuvor geschenkt und den er offensichtlich schon gelesen hatte.

4.) Obwohl er *Wilhelm von Humboldts* Ideal von „Einsamkeit und Freiheit“ als Kennzeichnung der Existenz von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern, wie ich finde, sehr nahe kam, nahm er doch auch, oft wunderbar humorvoll, Anteil am akademischen Leben seiner (Fach-)Kollegen. Diese *kollegiale Anteilnahme* zeigte sich für mich beispielhaft daran, dass er mir zu einem meiner Geburtstage, der in die Zeit meines neunjährigen Studiendekanats fiel, eine Zimmerpalme zur Verschönerung meines Dienstzimmers schenkte und mir diese mit einer Glückwunschkarte überreichte, die ich heute noch besit-

³ So nutzte er etwa auch die Schilderung seiner verschiedenen Beteiligungen als Gutachter in Strafgesetzgebungsverfahren (vgl. dazu Verf., Vorwort zur „Festschrift für Manfred Seebode“, Berlin (2008), S. XVII/XVIII) niemals dazu, seine Person, etwa durch die Ausschmückung seines „Auftritts“ vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, hervorzuheben. Vielmehr waren seine diesbezüglichen Erfahrungsberichte meist eher Berichte über die (organisierte) „Ohnmacht der Vernunft“ in diesen Verfahren, die ihren Ausgang schon von der erkennbar ergebnisorientierten Zusammenstellung der Gutachter nahm.

ze und auf der er unter anderem schrieb, er wünsche mir, dass mich die Tätigkeit als Studiendekan in meinem neuen Lebensjahr nicht allzu oft „auf die Palme“ bringen werde.

Und lebhaft in Erinnerung habe ich auch den Rat, den er mir zu meinem 50. Geburtstag gab, als er, gestützt auf eigene Erfahrung, seine persönlich überbrachten Glückwünsche mit der ermutigenden Aufforderung verband, die kommenden 10 Jahre intensiv für wissenschaftliche Projekte zu nutzen, da diese Dekade oftmals die letzte im Leben eines Wissenschaftlers sei, in der er unbehelligt durch gesundheitliche Sorgen arbeiten könne.

5.) Einen Sinn hatte er schließlich auch für *kollegiale Geselligkeit als ein verbindendes Element* im Umgang miteinander. Nicht nur, dass wir uns dann und wann zum Mittagessen verabredeten, bei dem dann übrigens häufig auch über anderes als Strafrecht gesprochen wurde, so dass ich über seine enorme Bildung, etwa auf dem Gebiet der Kunst, zuweilen sehr gestaunt habe. Vielmehr hat er es sich nicht nehmen lassen, die strafrechtlichen Fachkollegen – damals *Heribert Schumann, Diethelm Kleczewski* und mich – auch zu sich nach Hause zu einem schönen Abendessen mit mehreren Gängen einzuladen. Und zu erinnern ist hier auch etwa an seine großzügige Einladung im Anschluss an die Übergabe der ihm gewidmeten Festschrift in Leipzig, die neben den Beiträgerinnen und Beiträgern zu diesem Buch auch alle Fakultätsmitglieder einschloss.

III.

Als strafrechtswissenschaftlicher Fachkollege verband er aus meiner fakultätskollegialen Sicht *Festigkeit im Grundsätzlichen* mit einer beispielhaften *Humanität in seinem Strafrechtsdenken*.

1.) So ging *Manfred Seebodes* Denken (und dementsprechend auch seine wissenschaftlichen Arbeiten) von der festen Überzeugung aus, dass jede Wissenschaft – zumal die Strafrechtswissenschaft als ein die Wirklichkeit von Strafgerechtigkeit bezweckende Theoriezusammenhang – auf rational gesicherte, gewiss historisch sich entwickelnde, jedoch als solche nicht zu verhandelnde *Prinzipien* aufbaut, die – wie zum Beispiel das Prinzip der Strafgesetzlichkeit (Art. 103 Abs. 2 GG) – überwiegend ihren Niederschlag bereits in den Verfassungen moderner, republikanisch verfasster Staaten gefunden haben. Der zeitgenössische Zug zur „Flexibilisierung des Strafrechts“ (*Naucke*)⁴ war ihm nicht nur vollkommen fremd, sondern ein Dorn im Auge. Von den – wie *Immanuel Kant* dies einmal formulierte – „Modetönen des Zeitalters“ ließ *Manfred Seebodes* Denken und Handeln sich nicht

⁴ Darstellend und kritisch dazu vor allem *Wolfgang Naucke*, Strafrecht. Eine Einführung, 10. Auflage, Neuwied und Kriftel (2002), § 2 Rn. 32 ff., bes. Rn. 43 – 45 (zur Gewaltenteilung) sowie Rn. 52 (zur Flexibilisierung der gesetzlichen Straftatbeschreibungen und der Strafrahmenbestimmungen) und öfter; ähnlich bereits *ders.*, Versuch über den aktuellen Stil des Rechts, Kiel 1986, sowie *ders.*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte, Baden-Baden (2000).

beeindrucken. Es war und blieb zeit seines Lebens ein prinzipienfestes und gerade deshalb skrupulöses Ringen um tragfähige Begründungen für eine humane Strafrechtstheorie und -praxis, die nicht selten von der „herrschenden Meinung“ abwichen. Dabei verbanden sich seine wissenschaftlichen Skrupel – wie er mir einmal sagte, gehe es ihm jedenfalls mit Festschriftbeiträgen nicht selten so, dass er nach ihrer terminsbedingten Fertigstellung und Abgabe am Ende das Gefühl habe, es hätte sich auch die Gegenposition mit guten Gründen einnehmen lassen – nicht etwa mit relativistischen Vorstellungen von Strafrechtswissenschaft, sondern gemeint war eher die in dem alten „ars longa, vita brevis“ zum Ausdruck kommende Einsicht, dass ein Menschenleben (und gar ein bloßer Lebensabschnitt) viel zu kurz ist, um den letztlich bewegenden Fragen auf den Grund zu kommen; ein Ausdruck also von sokratischer Bescheidenheit.

2.) Und gerade diese Einsicht ist es wohl gewesen, in der die schon erwähnte *Humanität seiner strafrechtlichen Überzeugungen* ihre Wurzeln hatte. Nicht nur, dass seine Forschung und Lehre sich nicht allein auf die Dogmatik des Allgemeinen und Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs und auf das Strafverfahrensrecht beschränkte, sondern diese Dogmatik mit Kriminologie und Haftvollzug verband; er nahm vielmehr von Anfang an, soweit dies möglich war, auch wirklich Anteil am Schicksal Strafgefangener.⁵

So hatte ich das große Glück, im Sommersemester 2008, also lange nach seiner Emeritierung, ein *Seminar zum „Strafvollzug“* mit ihm veranstalten zu dürfen, in dem ich nicht nur sehr viel von ihm lernen konnte über die Empirie und Theorie dieser Materie, sondern an dessen Ende auch ein gemeinsamer Besuch der im Volksmund und in Häftlingskreisen „Roter Ochse“ genannten, weil aus roten Steinen gebaute Haftvollzugsanstalt in Halle mit den Studierenden stand, bei dem zu merken war, wie sehr er sich für die Biographien der Inhaftierten und die realen Bedingungen von deren Straftat interessierte und einsetzte und gerade deswegen ein hohes Ansehen bei der „Gefängnisleitung“ genoss.

Auch, dass er schon 1983 in den von ihm herausgegebenen *„Mitteilungen einer Untersuchungsgefangenen“* dieser eine eigene Plattform dafür gab, sich mit der Wirklichkeit ihres U-Haftvollzuges auseinanderzusetzen, gehört hierher.

Und schließlich kenne ich außer ihm (mit Ausnahme seines Nachfolgers, *Hendrik Schneider*, dem *Manfred Seebode* das Bild „hinterlassen“ hatte) keine Strafrechtsskollegin und keinen Strafrechtsskollegen, in deren bzw. dessen

⁵ Vgl. dazu, wie *Manfred Seebode* bereits als junger Assistent in Würzburg Anteil am Leben von vor allem jugendlichen (Straf-) Gefangenen nahm und sich im Rahmen der von ihm gegründeten „Aktionsgemeinschaft Sozialisation“ um Hafterleichterungen für diese sowie darum bemühte, den aus der Haft Entlassenen bei ihrem Übergang in ihr neues Leben in Freiheit behilflich zu sein, näher *Bernd-Jochen Strubel*, Manfred Seebode als Rechtspolitiker, in: Michael Kahlo u. a. (Hrsg.), Im Zweifel für die Freiheit. Gedächtnisschrift für Manfred Seebode (erweiterte Buchfassung), erscheint demnächst.

Dienstzimmer ein *Ölbild eines Strafgefangenen* hängt, das die Gefängnismauern aus der Hof-Perspektive einer JVA zeigt.⁶

3.) Feste althergebrachte Grundsätze vertrat *Manfred Seebode* als Kollege auch angesichts der aktuellen *Hochschulpolitik*: Die Erhebung der Einwerbung von insbesondere privaten Drittmitteln zu einer Dienstpflicht für Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer zu machen, hielt er – wie auch ich meine: sehr zu Recht – ebenso für einen Irrweg wie die nur scheinbar moderne Vorstellung, man könne rechtswissenschaftliche Forschungsleistungen von außen, gleichsam „nach Zahl, Maß und Gewicht“, bewerten und deswegen zur Grundlage einer sog. leistungsorientierten Besoldung machen.⁷

Sehr gut erinnere ich mich in diesem Zusammenhang an den Besuch eines früheren Kanzlers der Universität Leipzig an der Juristenfakultät, der den Zweck hatte, uns das damals neue Drittmittelkonzept der Universität nahebringen und uns dazu aufzufordern, doch mehr an solchen Mitteln einzuwerben, was *Manfred Seebode* dadurch beantwortete, dass er in seiner offenen, direkten Art darauf verwies, wie unrealistisch sich diese Aufforderung für einen Strafrechtswissenschaftler wie ihn ausnehme, es sei denn, er nehme das „großzügige“ Angebot der „Scientology Church“ an, die unlängst bei ihm angefragt habe, ob er sich vorstellen könne, für diese Rechtsgutachten zur Legalität von deren Praxis der Einwerbung von Mitgliedern zu machen.

⁶ Dazu passt auch, dass er mir einmal eine Weinflasche von der württembergischen Staatsdomäne Hohrindorf, Talheim (1998er Talheimer Hohe Eiche, Spätburgunder Kabinett) mitbrachte, die nach seinen Angaben den einzigen deutschen Wein herstellt, an dessen Produktion Strafgefangene beteiligt sind.

⁷ Dass die gesetzliche Realisierung dieser „Reformidee“ – wie weiterer hochschulpolitischer Gesetzesprojekte der zwischen 1998 und 2005 zuständigen und (mit-)verantwortlichen Ministerin für Bildung und Forschung *Edelgard Bulmahn* – schließlich in **verfassungswidrigen Formen** erfolgte (vgl. dazu nur die Entscheidung des BVerfG vom 14. Februar 2012, 2 BvL 4/10 zur Verfassungswidrigkeit der hessischen Besoldungsordnung), hat das Abwegige dieses Irrweges nur umso deutlicher erkennbar gemacht. Dabei stellt die verfassungsgerichtliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit nur die äußerste Grenze des Ungerechten dar. Auch diesseits dieser Grenze war die „Reformidee“, wie sich schnell zeigte, nichts anderes als der Versuch, unter dem verschleiernenden Deckmantel angeblich leistungsgerechter Besoldung (die es zuvor ja dann wohl nicht gegeben haben soll) die Bezahlung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern praktisch flächendeckend abzusenken und diese so zu Zusatzleistungen und zusätzlichen Anstrengungen zu zwingen. Angesichts dessen erscheint es schon bemerkenswert, dass ausgerechnet die gleich für mehrere verfassungswidrige Hochschulgesetze des Bundes und deren landesrechtliche Konkretisierung (mit-) verantwortliche (ehemalige) Ministerin und heutige Abgeordnete des deutschen Bundestages seit dem 22. Oktober 2013 das Amt einer stellvertretenden Bundestagspräsidentin bekleidet.

IV.

Was fehlt ist noch ein kurzer Blick auf *Manfred Seebode als Mensch*, so wie er als Privatmann innerhalb und außerhalb der Fakultät erlebbar war.

Als solcher kam er mir von Anfang an als ein „stattlicher Herr“ im besten Sinne vor, also ohne jeden Dünkel, immer gut angezogen, den angenehmen Seiten des Lebens bei allem Arbeitsfleiß, also stets nach getaner Arbeit, nicht abgeneigt. An einem guten Essen hatte er ebensolche Freude wie an einem guten Wein, wobei er önologisch vorrangig fränkisch sozialisiert gewesen ist, ohne sich dabei freilich auf Frankenweine wie den Würzburger Silvaner (im Bocksbeutel) zu beschränken.

Besonders zu den warmen Jahreszeiten konnte man ihn während seiner Mittags- oder Kaffeepause in seinem „Stammrestaurant“ in Leipzig, unweit der Fakultät, die Tageszeitung lesend antreffen, am liebsten auf der Terrasse in der Sonne sitzend. Dabei meist Pfeife rauchend. Überhaupt war die Tabakspfeife so etwas wie ein Persönlichkeitsmerkmal.⁸

Der Liberalität seines wissenschaftlichen und politischen Denkens entsprach ein hohes Maß an persönlicher Individualität, die er in ganz verschiedenen Hinsichten lebte. So verfügte er als Freund, ja Liebhaber von alten, großen Limousinen („Oldtimern“), die irgendwie stets zu ihm passten, immer über mehrere dieser Fahrzeuge, die er, wie mir schien: „nach Lust und Laune“, abwechselnd nutzte. Mit ihnen pendelte er, zunehmend nach seiner Emeritierung, auch zwischen Leipzig und Ligurien, wo er ein Domizil besaß. Dass er sich auf diesem zuweilen sogar selbst handwerklich betätigte, erfuhr ich anlässlich eines Anrufs bei ihm in Italien dadurch, dass er unser Ferngespräch damit begann mir zu erklären, er sei gerade dabei, ein Mäuerchen zu reparieren; und dass er während dieser Arbeitstätigkeit sich auch noch die „Essais“ von *Montaigne* in Form eines Hörbuchs „zu Gemüte führte“, gehörte seinerzeit für mich zu den ganz überraschenden Facetten seiner auch sonst in mancher Hinsicht (im positiven, erfrischenden Sinn) unkonventionellen Lebensführung.

Im Umgang mit Anderen war *Manfred Seebode* ausgesprochen großzügig und hilfsbereit, und dies im Verhältnis zu „seiner Fachgruppe“ auch über seine Emeritierung hinaus: Nicht nur, dass er an vielen der regelmäßigen Fachgruppentreffen der Leipziger Strafrechtler auch weiterhin teilnahm, sondern er war es auch, von dem der Vorschlag für das Generalthema der Leipziger Strafrechtslehrertagung (2011) kam⁹ und uns „Aktiven“ bei der Vorbereitung dieser Tagung mit Rat und Tat behilflich war, nicht

⁸ Dementsprechend hat *Jan Zopfs*, StrafrechtKollege aus Mainz, der vor seinem Wechsel nach Mainz ein Semester lang in Leipzig gewesen ist, in einem Brief an mich sehr anschaulich wie folgt geschrieben: „Mir ist der Pfeife rauchende Manfred Seebode in seinem gemütlichen Eckzimmer in der Otto-Schill-Straße 2 (dem früheren Sitz der Fakultät bis 2001; Einfügung vom Verf. dieses Beitrags) noch in guter Erinnerung, obwohl es nun schon 12 Jahre her ist.“

⁹ „Fragmentarisches Strafrecht in einer global vernetzten Welt?“

zuletzt auch dadurch, dass er seine guten Kontakte zu der damaligen Bundesministerin der Justiz (*Sabine Leutheusser-Schnarrenberger*) dazu nutzte, diese für einen Einführungsvortrag zu dem Kongress zu gewinnen.

V.

Damit bin ich am Ende meiner Erinnerung an „*Manfred Seebode als Fakultätskollege*“ angelangt, die ich – wie dies nicht nur aufgrund des „genius locii lipsiensis“, sondern auch wegen meiner eigenen wissenschaftlichen Herkunft aus Frankfurt am Main nahe liegt – nicht zufällig mit dem Rekurs auf ein Goethe-Zitat beschließen möchte: „Wer philosophiert“, hat *Goethe* einmal formuliert, „ist mit den Vorstellungen seiner Zeit nicht einig“.¹⁰ Auch *Manfred*

¹⁰ Zitiert nach *Stephan Sattler*, Vorwort zu Robert Spaemann, *Über Gott und die Welt*, Stuttgart (2012), S. 9.

Seebode war als Strafrechtskollege mit vielen gegenwärtig vorherrschenden und praktizierten Vorstellungen im Strafrecht und im Universitätsleben nicht einig. *Insofern* könnte man ihn – auch wenn er selbst sich ganz gewiss, schon aus Bescheidenheit, dagegen verwahrt hätte – auch einen Philosophen nennen. Dies freilich nicht im strikten, herkömmlichen Sinn, wohl aber im Sinne eines Akademikers, der sich als Strafrechtswissenschaftler Zeit seines Lebens eindringlich darum bemüht hat, der Wahrheit – im Strafrecht also: den Bedingungen der Strafgechtigkeit – auf den Grund zu kommen. Als Fakultätskollege, Ratgeber und Gesprächspartner fehlt er mir, aber gewiss nicht weniger der Fakultät und der gesamten „Zunft“ sehr. Nicht nur sein Lachen werde ich Zeit meines Lebens nicht vergessen.

Aufsätze und Anmerkungen

Der Bannbruch

Oder: Wie sich die Einfuhr von Vordrucken amtlicher Ausweise oder die Ausfuhr eines Gemäldes als Steuerstraftat verhält

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Universität Leipzig

Der verstorbene *Manfred Seebode* war immer um ein liberales, aber auch systematisches Strafrecht bemüht. Dass ein solches nicht selbstverständlich ist und der Gesetzgeber bisweilen sogar systematische Kapriolen einschlägt, kann kaum eine Vorschrift deutlicher als die Steuerstraftat des Bannbruchs nach § 372 AO und seine Mitspieler der Schmuggel nach § 373 AO und die Steuerhhelei nach § 374 AO aufzeigen. Hier scheint der Gesetzgeber die Forderung – auch *Seebodes* – nach einem systematischen Strafrecht nicht gehört zu haben. Der Bannbruch verschließt sich fast völlig einer geschlossenen Systematik. Dem Steuerstrafrecht zugehörig und als Straftat selbst ohne praktische Bedeutung, hat er doch weitreichende Auswirkungen über das Steuerstrafrecht hinaus.

Der hier unternommene kurze Abriss über den Bannbruch und das Beziehungsgeflecht des Bannbruchs, des Schmuggels und der Steuerhhelei und deren bisweilen fast humoresk anmutenden Konsequenzen sei dem Gedenken an *Manfred Seebode* und seinem Anliegen für ein kohärentes Strafrecht gewidmet.

I. Struktur des Bannbruchs

§ 372 AO gehört nach Aussage der Literatur zu den unbekanntesten und unbeliebtesten Tatbeständen des Strafrechts¹; er gilt als Überbleibsel², Fehlgriff oder Flickwerk³. Das ist angesichts der kruden Ergebnisse, die eine Anwendung des § 372 AO – vor allem als Grundtatbestand des § 373 AO – nach sich zieht, eine fast freundlich anmutende Bewertung⁴. Spielt man eine Subsumtion unterschiedlicher, willkürlich und zufällig ausgewählter Verbringungsverbote gedanklich durch, kann man sich einem Vergleich des Bannbruchs mit einem Überraschungsei kaum entziehen.

¹ MüKo-StGB/Wegner (2010), § 372 Rn. 1.

² Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hübner, 108. Lfg. (1984), Vor § 372 Rn. 34; Rolletschke/Kemper, Lfg. April 2013, § 372 Rn. 9.

³ Thoss, Abschied vom Bannbruch (2004), S. 7.

⁴ Siehe aber in aller Deutlichkeit Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hübner, (Fn. 2), Vor § 372 Rn. 24: „übereilt, auf einem dogmatischen Irrtum basierend, nicht zu Ende gedacht“. Im Ergebnis spricht sich Hübner für eine Grundgesetzwidrigkeit aus. Siehe dazu auch die Monographie von Thoss (Fn 3).

1. Blanketttatbestand des § 372 Abs. 1 AO

Dabei kommt der Tatbestand noch relativ unscheinbar daher: Nach § 372 Abs. 1 AO begeht einen Bannbruch, „wer Gegenstände entgegen einem Verbot einführt, ausführt oder durchführt“. Mehr als diesen einen Satz enthält der Tatbestand nicht. Er kann sich als Blanketttatbestand⁵ aber auch kurz fassen, weil das Verbot sich nicht aus dem Tatbestand selbst, sondern aus der Ausfüllungsnorm ergibt, die durchaus weit komplizierter sein kann und oft auch ist.

Ein-, Aus- und Durchführverbote gibt es zuhauf. Ungezählte Verbringungsverbote, deren Zweck unterschiedlicher nicht sein könnte, sind taugliche Ausfüllungsnormen des § 372 AO. Vom Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (z.B. durch das WaffG oder SprengG), über den Schutz der Gesundheit und das Leben von Menschen Tieren und Pflanzen (z.B. durch das LFGB, das Washingtoner Artenschutzabkommen oder das TierseuchenG) oder den Schutz des nationalen Kulturgutes durch das KultGutSchG reichen die Gründe für Verbringungsverbote. Ein Verstoß gegen jedes einzelne dieser Einfuhr-, Ausfuhr oder Durchführverbote ist konstruktiv immer auch ein Bannbruch nach § 372 AO.

2. Subsidiaritätsklausel nach § 372 Abs. 2 AO

Dass trotz der Vielzahl der Ausfüllungsnormen des Blanketttatbestandes sich die Verurteilungen wegen Bannbruchs nicht häufen⁶, liegt an der Subsidiaritätsklausel des Abs. 2: Der Täter wird danach nämlich nur dann nach § 370 Abs. 1, 2 AO bestraft, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften als Zuwiderhandlung gegen ein Einfuhr-, Ausfuhr- oder Durchführverbot mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist“. Im deutschen Recht⁷ gibt es aber kein Verbringungsverbot, das nicht zumindest eine Ordnungswidrigkeit nach sich zieht.

Der dabei angedrohte Bußgeldrahmen oder auch die Strafe weichen in den jeweiligen Tatbeständen z.T. stark voneinander ab, so dass der Bannbruch nicht nur vom Gegenstand, sondern auch von den angedrohten Sanktionen ein buntes Portfolio erfasst.

Nur zufällig seien hier einige Tatbestände ausgewählt mit den jeweiligen Sanktionsdrohungen, die – wie zu zeigen sein wird – von der AO kräftig durcheinander gewirbelt werden können. Nach § 16 KultgSchG kann mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft werden, wer ohne Genehmigung ein eingetragenes Kulturgut ausführt.

⁵ Franzen/Gast/Joecks/Jäger, 7. Auflage (2009), § 372 Rn. 3; Rolletschke/Kemper, (Fn. 2), § 372 Rn. 6; Flore/Tsambikakis/Klötzer-Assion, 2013, § 372 Rn. 1.

⁶ Veröffentlichte Entscheidungen gibt es nicht, dazu MüKo-StGB/Wegner, (Fn. 1), § 372 Rn. 2.

⁷ Bedeutung kann § 372 Abs. 1 AO allenfalls bei europäischen Verordnungen bekommen, dazu Kohlmann/Hilgers-Klautzsch, 45. Lfg. 2011, § 372 Rn. 24 ff.; Graf/Jäger/Wittig/Tully (2011), § 372 Rn. 3; Franzen/Gast/Joecks/Jäger, (Fn. 5), § 372 Rn. 5.

§ 25 Abs. 1 WeinG enthält das Verbot der irreführenden Angaben auf Weinflaschen; § 49 Nr. 4 WeinG stellt die Einfuhr von Wein mit ebendiesen Angaben unter eine Strafdrohung von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr.⁸ Nach § 50 Abs. 2 Nr. 7 WeinG handelt ordnungswidrig, wer Produkte einführt, bei denen Angaben verbotenerweise enthalten sind, die durch eine Rechtsverordnung (siehe dazu § 24 WeinG) als Auszeichnung anerkannt worden sind. Beispielhaft handelt deshalb ordnungswidrig, wer Produkte mit dem Gütezeichen „Erstes Gewächs“⁹ verbotenerweise einführt. Die Bußgeldandrohung geht bis zu 20.000 Euro.

§ 51 i.V.m. § 2 Abs. 1 oder 3 WaffG, jeweils in Verbindung mit Anlage 2 Abschnitt 1 Nr. 1.2.1. bedroht die Einfuhr einer Schusswaffe mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren; Abs. 2 enthält einen besonders schweren Fall, der mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren bedroht ist, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande unter Mitwirkung eines Bandenmitglieds begeht. Eine Ordnungswidrigkeit nach § 53 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 oder 3 WaffG, jeweils in Verbindung mit Anlage 2 Abschnitt 1 Nr. 1.3.6 ist das Verbringen einer Waffe, die unter Ausnutzung anderer als mechanischer Energie Verletzungen zufügen, also z.B. ein Elektroimpulsgerät. Diese Ordnungswidrigkeit kann mit Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden.

Definitiv sind all diese Verbote gleichzeitig auch ein Bannbruch, nur eben mit subsidiärer Strafdrohung. Konstruktiv gehören damit alle Verbote – zu den eventuellen Einschränkungen siehe unten – zum Steuerstrafrecht. Falls dies schon für Verbringungsverbote nach dem WeinG oder dem WaffG überraschen sollte; auch das Kernstrafrecht umfasst ungeahnt Steuerstraftaten.

Das StGB enthält in §§ 87 Abs. 1 Nr. 3; 184 Abs. 1 Nr. 4, 8, 9; 275 Abs. 1 und 328 Abs. 1 Ein-, Aus- und Durchführverbote, die ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 372 AO fallen. Der vereinzelt vorgenommene Versuch, wegen der weiten Fassung des Wortlauts Eingrenzungen vorzunehmen und die Vorschriften des StGB aus dem Bannbruch auszuklammern¹⁰, dürfte als gescheitert gelten. Zwar ist dieser Ansicht zuzugeben, dass die Rechtsfolgen dieser Taten abschließend geregelt und nicht etwa Strafschärfungsfolgen dem Nebenstrafrechts vorenthalten sein sollten. Das alleine ist aber kein Grund für eine begrenzte teleologische Reduktion des § 372 Abs. 1 AO, weil dieses Argument bei fast allen Verbringungsverboten heranzuziehen wäre. Auch der Vorschlag, wettbewerbsrechtliche Vorschriften aus dem Anwendungsbereich des Bannbruchs auszuschneiden, weil diese Taten nur auf Antrag verfolgt werden können¹¹, hat sich zu Recht nicht durchsetzen können. Es besteht kein Grund, entgegen dem klaren Wortlaut des § 372 Abs. 1 AO Einschränkungen vorzunehmen und – entweder mit der einen oder der anderen Begründung – einzelne Verbringungsverbote auszuklammern, weil letztlich bei so ziemlich jedem Ein-, Aus- oder Durchführverbot eingewandt

⁸ Zur Strafdrohung Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 138. Erglfg. (2010), Rn. 6.

⁹ § 12a Hessische AusführungsVO zum Weingesetz.

¹⁰ Franzen/Gast/Joecks/Voß, 6. Auflage (2005), Rn. 5.

¹¹ Franzen/Gast/Joecks/Voß, 6. Auflage (2005), Rn. 5.

werden könnte, die Einbeziehung durch den Bannbruch führe zu unsystematischen oder zumindest nur noch schwer nachvollziehbaren Folgen.

Deshalb ist auch z.B. die Einfuhr von Vordrucken amtlicher Ausweise nach § 275 Abs. 1 Nr. 3 StGB ein Ausfüllungstatbestand des Bannbruchs. Der Grundtatbestand enthält hier eine Strafandrohung von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren. Qualifiziert wird die Tat durch gewerbs- oder bandenmäßige Begehung, die nach § 275 Abs. 2 StGB mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bedroht ist.

Wegen der Subsidiaritätsklausel richtet sich die Bestrafung aber nicht nach § 370 AO, auf den § 372 Abs. 2 AO verweist, so dass der Bannbruch in all den genannten Fällen leer läuft. Blicke es allein bei der Anordnung des § 372 Abs. 2 AO, könnte man sich fragen, aus welchem Grunde der Paragraph nicht einfach gestrichen wird. Man könnte ihn abschaffen, müsste dies vielleicht auch fordern; zumindest aber störte er mangels seiner Anwendbarkeit in der Praxis nicht.

Die Auswirkungen des § 372 AO ergeben sich nicht aus dem Tatbestand selbst, sondern aus anderen Vorschriften der AO, die auf ihn Bezug nehmen. Der Bannbruch hat so gleich zwei Funktionen¹²: eine prozessuale – indem er aus Ein-, Aus- und Durchführverboten Steuerstraftaten macht und damit das Steuerstrafverfahrensrecht anwendbar ist – und eine materiellrechtliche, weil er als Grundtatbestand des Schmuggels und als Anknüpfungstat der Steuerhhelei dient.

II. Prozessuale Funktion des § 372 AO

Die Einordnung des Bannbruchs als Steuerstraftat ergibt sich aus § 369 Abs. 1 Nr. 2 AO. Danach ist auch der Bannbruch eine Steuerstraftat (Zollstraftat). Da der Bannbruch konstruktiv auch vorliegt, wenn die Bestrafung subsidiär ist, bleibt der Verstoß gegen ein außersteuerrechtliches Verbringungsverbot ein solcher. Damit liegt eine Steuerstraftat auch dann vor, wenn der Bannbruch in anderen Vorschriften mit Strafe bedroht ist.¹³ Verbringungsverbote, die auf den ersten und wohl auch den zweiten Blick mit Steuerstrafrecht überhaupt nichts zu tun haben, werden also über den Umweg der Konstruktion des Bannbruchs durch § 369 Abs. 1 Nr. 2 AO zu Steuerstraftaten erklärt.¹⁴

1. Ermittlungszuständigkeit der Zollverwaltung

Das hat eine Konsequenz, die nicht nur nachvollziehbar, sondern auch erstrebenswert erscheint, nämlich die Anwendung des Steuerstrafverfahrensrechts nach §§ 385 ff. AO, was wiederum die Ermittlungszuständigkeit der Zollverwaltung nach sich zieht. Diese Zuständigkeit ergibt sich aus § 386 Abs. 1 AO, nach dem bei dem Verdacht einer Steuerstraftat die Finanzbehörde den Sach-

verhalt ermittelt. Finanzbehörde ist dabei nach S. 2 das Hauptzollamt, das Finanzamt, das Bundesamt für Finanzen und die Familienkasse. Die Zuständigkeit bleibt auch dann erhalten, wenn die Strafdrohung des Bannbruchs verdrängt wird.¹⁵

Es ist aber sehr vernünftig, dass die Zollbeamten, welche die Grenzkontrolle vornehmen, auch die Zuständigkeit für die Ermittlungen bei einem Verstoß gegen ein Ein-, Aus- und Durchführverbot haben, auch wenn das Verbringungsverbot nicht steuerlicher Natur ist. Die Verbringung eines Verbringungsverbots zu einer Steuerstraftat hat damit einen sachlichen Grund, weil gegen die Zuständigkeit der Zollverwaltung für solche Verbote kaum etwas einzuwenden sein dürfte.

Durch das Zusammenspiel von § 372 mit §§ 369 Abs. 1 Nr. 2, 386 Abs. 1 AO ist deshalb die Zollverwaltung zuständige Ermittlungsbehörde, wenn eine Vorlage eines amtlichen Ausweises, Wein mit irreführenden Angaben oder eine Schusswaffe eingeführt, bzw. ohne Genehmigung ein gelistetes Kulturgut ausgeführt wird.

2. Umdeutung einer Ordnungswidrigkeit in eine Steuerstraftat?

Aber schon die eigentlich unproblematische Zuständigkeitszuweisung, die der Bannbruch bewirkt, ist weniger eindeutig, als man glauben mag. Das ist dem Gesetzeswortlaut des § 369 AO geschuldet: „*Steuerstraftaten (Zollstraftaten) sind: (...) Nr. 2 der Bannbruch*“.

Es muss die berechtigte Frage gestellt werden, ob §§ 372, 369 AO es schaffen, aus einer *Ordnungswidrigkeit* eine *Steuerstraftat* zu machen. Das wäre eine beachtliche Leistung: Eine so unscheinbare Norm in der AO würde es nicht nur schaffen, die Einfuhr einer Schusswaffe unerwartet dem Steuerstrafrecht zuschlagen, sondern würde mit einem einzigen Satz die Ordnungswidrigkeit der Einfuhr eines Elektroimpulsgerätes definitorisch zu einer Straftat erheben.

Auch eine einem Verbringungsverbot zuwiderlaufende Ordnungswidrigkeit ist ein Bannbruch im Sinne des § 372 AO, wie sich aus der Subsidiaritätsklausel „oder mit Geldbuße bedroht ist“ klar ergibt.¹⁶ Das ändert aber wenig daran, dass § 369 AO Steuerstraftaten kategorisiert und kaum in der Lage ist, eine Ordnungswidrigkeit zu einer Steuerstraftat hoch zu stufen. Wenig überraschend wird dies in der Literatur auch mehrheitlich so gesehen.¹⁷ § 369 Abs. 1 AO erfasse nur die Taten, die mit Strafe bedroht sind.

Dem ist nichts entgegenzusetzen: Eine Ordnungswidrigkeit kann keine Steuerstraftat sein.¹⁸ Das Gesetz ist hier

¹² Klein/Jäger, 11. Auflage (2012), § 372 Rn. 2.

¹³ Franzen/Gast/Joelck/Jäger, (Fn. 5), § 372 Rn. 42.

¹⁴ Kohlmann/Hilgers-Klautzsch, (Fn. 7), § 372 Rn. 3.

¹⁵ Bender, wistra 1990, 285 (286); MüKo-StGB/Schmitz, (Fn. 1), § 369 Rn. 13; siehe auch Rn. 14 bei Anwendung des „Schmuggelprivilegs“.

¹⁶ MüKo-StGB/Wegner, (Fn. 1), § 372 Rn. 96.

¹⁷ Klein/Jäger, (Fn. 12), § 369 Rn. 5; MüKo-StGB/Schmitz, (Fn. 1), § 369 Rn. 13; a.A. MüKo-StGB/Wegner, (Fn. 1), § 372 Rn. 3; siehe aber auch Rn. 96.

¹⁸ Franzen/Gast/Joelck/Jäger, (Fn. 5), § 369 Rn. 10.

in sich mit einem unauflösbaren Widerspruch behaftet.¹⁹ Auf der einen Seite sind auch bußgeldbewehrte Verbote definitorisch ein Bannbruch, auf der anderen Seite kann § 369 AO aus Ordnungswidrigkeiten nicht mit einem Federstrich eine Straftat machen. Da Letzteres als Grundsatz gelten muss, sind Ordnungswidrigkeiten trotz des eindeutigen Wortlauts des § 372 AO zwar ein Bannbruch – aber dennoch keine Steuerstraftaten.

Das sind konstruktiv nur die strafbedrohten Verbringungsverbote. Das heißt für den Zollbeamten, er ist zuständig für die Ermittlungen bei der Einfuhr von Schusswaffen und Wein mit irreführenden Angaben, nicht aber für Ermittlungen bei der Einfuhr von Elektroimpulsgeräten oder Wein mit einer Bezeichnung, die verbotenerweise verwendet wird, weil Letztere nur Ordnungswidrigkeiten und damit keine Steuerstraftaten sind. Die Zuständigkeit obliegt damit weiterhin der jeweiligen Verwaltungsbehörde, an welche die Zollbeamten – sollten sie bei einer etwaigen Grenzkontrolle auf einen Verdacht stoßen, der auf einen Verstoß eines bußgeldbewährten Verbringungsverbots schließen lässt – abgeben müssen.²⁰

Bevor der Zollbeamte dies jedoch tut, sollte er sehr genau hinschauen, ob sich seine Zuständigkeit nicht doch ergibt. Wenn nämlich die prozessuale Funktion des Bannbruchs im Zusammenspiel mit §§ 369, 386 AO es nach zutreffender Auffassung zwar nur schafft, aus außersteuerrechtlichen Straftaten und nicht auch aus Ordnungswidrigkeiten Steuerstraftaten zu konstruieren, so vermag es die materiell-rechtliche Funktion des § 372 in Verbindung mit § 373 AO sogar, aus Ordnungswidrigkeiten qualifizierte Straftaten zu machen.

III. Materiell-rechtliche Funktion des § 372 AO

Der Bannbruch ist unter bestimmten Voraussetzungen Grundtatbestand des § 373 AO, dem „gewerbsmäßigen, gewaltsamen und bandenmäßigen Schmuggel“. Mit der Überschrift Schmuggel wird eine populäre²¹, sonst in der Gesetzessprache nicht bekannte Bezeichnung verwendet²², die deutlich macht, dass sich § 373 AO nicht auf die Hinterziehung jeglicher Steuern, sondern nur auf die der Einfuhr- und Ausgangsabgaben bezieht, die ebenfalls als Steuerhinterziehung nach § 370 AO strafbar ist. Der Anwendungsbereich des § 373 AO erstreckt sich in Teilen aber auch auf den Bannbruch.

1. Qualifikation nach § 373 AO

§ 373 AO ist kein eigenständiger Straftatbestand, sondern enthält Strafschärfungsgründe für den Fall, dass die

¹⁹ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hübner, (Fn. 2), Vor § 372 Rn. 34.

²⁰ Mit abweichender Begründung, aber im Ergebnis auch Graf/Jäger/Wittig/Tully, (Fn. 7), § 372 Rn. 17. Siehe zu den daraus resultierenden Verwicklungen Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hübner, (Fn. 2), Vor § 372 Rn. 32.

²¹ MüKo-StGB/Wegner, (Fn. 1), § 373 Rn. 3.

²² Kritisch Hübschmann/Hepp/Spitaler/Engelhardt, 128. Lfg. (1989), § 373 Rn. 29.

Hinterziehung von Einfuhr- und Ausfuhrabgaben oder eben der Bannbruch unter erschwerenden Umständen begangen worden ist.

§ 373 Abs. 1 AO regelt den Erschwerungsgrund der gewerbsmäßigen Begehung. Diese ist im Fall des § 372 AO aber nur erfasst, wenn der Bannbruch durch Zuwiderhandlungen gegen Monopolvorschriften begangen worden ist. Da es in Deutschland nach der Abschaffung des Branntweinmonopols keine Monopolverbringungsverbote mehr gibt, läuft § 373 Abs. 1 AO als Qualifikation des Bannbruchs leer.

Anwendung findet aber § 373 Abs. 2 AO auf den Bannbruch. Von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird danach bestraft, wer einen Bannbruch begeht, bei dem er oder ein Beteiligter eine Schusswaffe (Nr. 1), eine Waffe oder sonst ein Werkzeug oder Mittel, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden (Nr. 2) bei sich trägt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung des Bannbruchs verbunden hat, handelt (Nr. 3).

Die qualifizierenden Umstände selbst – die der gewerbsmäßigen, gewaltsamen oder bandenmäßigen Begehungsweise – sind aus dem Kernstrafrecht wohlbekannt. Wer deshalb eine schlüssige und durchdachte Regelung dieser Strafschärfungsgründe erwartet, muss enttäuscht werden.

Das Zusammenspiel zwischen §§ 372 und 373 AO vermag nämlich etwas zu bewirken, was im Strafrecht ansonsten wohl kaum vorkommt: nicht nur eine Straftat, sondern auch eine Ordnungswidrigkeit kann Grundtatbestand dieser strafschärfenden Qualifikation sein.²³ Das dürfte unser Verständnis von der Systematik von Grundtatbestand und Qualifikation gründlich durcheinanderwirbeln. Ohne den Umweg über eine „einfache“ Strafbarkeit, nur durch die definitorische Einordnung als Bannbruch, wird deshalb aus der bußgeldbedrohten Einfuhr von Elektroimpulsgeräten oder Wein mit einer verbotenerweise verwendeten Auszeichnung eine Straftat mit einem Strafraum von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, wenn der Täter einen der Qualifikationstatbestände verwirklicht hat.

Das ist eine sonst im Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht wohl kaum aufzufindende Karriere von Tatbeständen: von einer angedrohten Geldbuße von zehn- bzw. zwanzigtausend Euro zu einer im Mindestmaß erhöhten Strafandrohung.

Damit der Ungereimtheiten aber nicht genug: Ausgeschlossen ist die Anwendung des § 373 Abs. 2 AO nämlich in den Fällen, in denen das Gesetz der Ausfüllungsnorm eine Strafschärfung enthält.²⁴ Dann liegt eine Sonderregelung vor, welche die Anwendung des § 373 Abs. 2 AO ausschließt. Enthält das Verbotsgesetz selbst Festlegungen für eine Strafschärfung, hat der Gesetzgeber

²³ Hübschmann/Hepp/Spitaler/Engelhardt, (Fn. 22), § 373 Rn. 23; Klein/Jäger, (Fn. 12), § 373 Rn. 12; MüKo-StGB/Wegner, (Fn. 1), § 373 Rn. 14.

²⁴ Franzen/Gast/Joelck/Jäger, (Fn. 5), § 373 Rn. 9; MüKo-StGB/Wegner (Fn. 1), § 373 Rn. 15; a.A. Ellinger/Strieker ZfZ 1978, 294, 295.

abschließend geregelt, welche erschwerenden Umstände die Tat qualifizieren sollen. Diese Entscheidung darf die AO mit ihren Vorschriften und dem allgemein geltenden § 373 Abs. 2 AO nicht überspielen. Dies gilt sogar dann, wenn das Verbotsgesetz nicht alle Qualifikationstatbestände, sondern engere Voraussetzungen enthält. Der Gesetzgeber hat auch in diesem Fall eine ausdrückliche Entscheidung darüber getroffen, welche Erschwerungsgründe den Grundtatbestand qualifizieren sollen.

Dies gilt im Übrigen nicht nur für Qualifikationen, sondern auch für besonders schwere Fälle. Auch in diesen Fällen sperrt das außersteuerrechtliche Gesetz die AO. Eine Erhöhung der Strafe im Verbotsgesetz hebt den § 373 Abs. 2 AO damit aus – unabhängig davon, wie sie gestaltet ist.

Das führt allerdings zu Ergebnissen, die sowohl rechtspolitisch als auch systematisch an Absurdität kaum noch zu überbieten sind.²⁵ Wenden wir den § 373 Abs. 2 AO auf die oben zufällig ausgewählten Verbringungsverbote an, ergibt sich ein fast groteskes Bild: Die Einfuhr von Vorlagen amtlicher Ausweise ist in § 275 Abs. 2 StGB qualifiziert nur für den Fall der gewerbs- oder bandenmäßigen Begehung und mit einer Strafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bedroht. Damit entfallen nicht nur die Qualifikationsgründe des Beisichführens einer Schusswaffe oder eines Mittels zur Verhinderung des erwarteten Widerstandes, sondern auch der Strafraum bleibt hinter § 373 Abs. 2 AO – von sechs Monaten bis zu zehn Jahren – zurück. Dieser Strafraum ist aber anwendbar auf diejenigen, die bandenmäßig oder mit einer Schusswaffe z.B. ein Elektroimpulsgerät einführt. Der Täter, der eine Schusswaffe bei sich führt, wird deshalb höher bestraft, wenn er im Grunde eine Ordnungswidrigkeit begeht als eine Straftat, die im Verbotsgesetz selbst mit einer erhöhten Strafe bedroht ist.

Noch deutlicher sind die Ungereimtheiten, wenn sich Ordnungswidrigkeit und Grundstrafatbestand in einem Verbotsgesetz befinden. Für die Einfuhr einer Schusswaffe sieht das WaffG einen besonders schweren Fall mit der Strafandrohung von einem bis zu zehn Jahren vor (§ 51 Abs. 2 WaffG). Das scheint mit der Strafandrohung des § 373 Abs. 2 AO jedenfalls im Grundsatz noch übereinzustimmen. Der besonders schwere Fall im WaffG ist aber z.B. bei der bandenmäßigen Begehung insofern eingeschränkt, als die Tat unter Mitwirkung eines Bandenmitgliedes begangen werden muss. Wirkt kein anderes Bandenmitglied mit, ist auch die Qualifikation des § 373 Abs. 2 AO gesperrt, obwohl dort diese Einschränkung nicht verlangt ist. Begeht der Täter aber eine Ordnungswidrigkeit nach § 53 WaffG, indem er ein Elektroimpulsgerät einführt, ist § 373 Abs. 2 AO einschlägig, auch wenn er ohne Mitwirkung eines Bandenmitgliedes bandenmäßig handelt. Der Täter ist also gut beraten, die Straftat und nicht die Ordnungswidrigkeit bandenmäßig zu begehen, weil Letztere mit einem höheren Strafraum qualifiziert ist.

²⁵ Etwas schwächer, aber ebenso kritisch MüKo-StGB/Wegner, (Fn. 1), § 373 Rn. 15: „normsystematisch auf den ersten Blick nicht verständliche Regelung“.

Dies sind im Übrigen keine geschickt ausgewählten Einzelfälle, sondern das Phänomen zieht sich durch einige der Verbringungsverbote, wenn sie eine Qualifizierung oder einen besonders schweren Fall der Straftat enthalten.²⁶ Wegen der hohen Strafdrohung ist der Täter in der Regel besser gestellt, wenn er bei einer qualifizierten Begehungsweise Straftaten statt Ordnungswidrigkeiten begeht, falls erstere im Verbotsgesetz selbst qualifiziert sind.²⁷

2. Begründung der Qualifikation

Das ist naturgemäß nur noch schwer zu rechtfertigen. Trotz dieser augenfälligen Ungereimtheiten wird Kritik am § 373 AO oft nur sehr verhalten laut, weil sich scheinbar Gründe finden lassen, die diese Qualifikation legitimieren. Diese sollen zum einen in der stärkeren gesetzwidrigen Willensbetätigung des Täters liegen; daneben sei das Rechtsgut stärker gefährdet und zuletzt werde der zum Schutz des Rechtsguts eingesetzte Grenzbeamte stärker gefährdet.²⁸

Zweifel an dem letzt genannten Grund müssen schon deshalb laut werden, weil an der Grenze keine Grenzbeamten mehr eingesetzt werden.²⁹ Nur noch an Flug- und Seehäfen sind überhaupt Grenzbeamte für den Schutz des Rechtsguts zuständig. Damit steht die Legitimation dieses Qualifikationsgrundes aber auf sehr wackeligen Beinen. Auch kann bezweifelt werden, ob der Täter eine stärkere gesetzwidrige Willensbetätigung zum Ausdruck bringt, wenn er einen Qualifikationstatbestand erfüllt. Bei der bandenmäßigen Begehung kann hier höchstens nicht die Ausführungs-, sondern die erhöhte Organisationsgefahr genannt werden. Kaum noch zu erklären ist aber, aus welchem Grunde das Rechtsgut stärker gefährdet ist, wenn der Täter bei der Tatbegehung eine Waffe bei sich trägt. Der Bannbruch schützt das jeweils durch das Verbringungsverbot geschützte Rechtsgut. Aus welchem Grunde aber z.B. die Wahrheit der Kennzeichnung bei Wein stärker gefährdet ist, wenn bei der Einfuhr eine Waffe getragen wird, leuchtet kaum ein. Wenn es um die Gefährlichkeit des Täters bei der Tathandlung geht, dann kann nur der Schutz der Grenzbeamten bezweckt sein.

Eine Strafbarkeit, die auf einen Schutz abzielt, der nur in den seltensten Fällen überhaupt notwendig erscheint, ist aber weit überzogen.³⁰ Das ist auch der Grund, weshalb es so wenige Straftatbestände gibt, die in den Verbringungsgesetzen selbst eine derartige Qualifikation enthalten. Es ist eine klare Entscheidung des Gesetzgebers, Straftatbestände nur im Ausnahmefall im Verbotsgesetz zu qualifizieren. Die Verfremdung zu einer Schmuggeltat unterläuft diese Grundentscheidung.

²⁶ Beispiele bei MüKo-StGB/Wegner, (Fn. 1), § 373 Rn. 15.

²⁷ Hier nur schwach tröstlich die Forderung von Engelhardt, man müsse im Einzelfall prüfen, ob die Bestrafung nach § 373 AO unverhältnismäßig sei, Hübschmann/Hepp/Spitaler/Engelhardt, (Fn. 20), § 373 Rn. 21.

²⁸ Franzen/Gast/Joecks/Jäger, (Fn. 5), § 373 Rn. 4.

²⁹ Rönnau NStZ 2000, 513, 517.

³⁰ So auch sehr deutlich Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hübner, (Fn. 2), Vor § 372 Rn. 26 f.; siehe auch Rönnau NStZ 2000, 513, 517.

Vor allem aber bleibt es ein Mysterium, aus welchem Grunde die Grenzbeamten weniger Schutz verdienen, wenn die Qualifikation in dem Verbotsgesetz selbst geregelt ist und das Tragen einer Schusswaffe dort kein Erschwerungsgrund ist³¹, der § 372 Abs. 2 AO aber dadurch gesperrt ist.

IV. Vortat der Steuerhehlerei

Doch damit der Wertungswidersprüche nicht genug. Der Bannbruch ist in der durch den Schmuggel qualifizierten Form taugliche Vortat für die Steuerhehlerei nach § 374 AO. Im Gegensatz zu § 403 RAO kommt nicht jeder Bannbruch als Vortat einer Steuerhehlerei in Betracht, sondern nur der nach §§ 372 Abs. 2 oder 373 AO zu bestrafende. An Bannbruchtaten, die durch eine Vorschrift außerhalb der AO als Zuwiderhandlung gegen ein Einfuhr-, Ausfuhr- oder Durchfuhrverbot mit Strafe oder Geldbuße bedroht sind, kann eine Steuerhehlerei nur deshalb anknüpfen, wenn jene zugleich einen Qualifikationstatbestand des § 373 AO verwirklichen.

1. Tatbestandstruktur des § 374 AO

Damit ist z.B. der Ankauf von Waren, die entgegen einem Verbringungsverbot eingeführt worden sind, dann eine taugliche Vortat der Steuerhehlerei, wenn der Täter bei der Einfuhr eine Waffe bei sich geführt oder die Tat bandenmäßig begangen hat. Das erstaunt. Welchen Rechtsgrund kann der Tatbestand der Steuerhehlerei haben, der nicht an den Verstoß gegen das Verbringungsverbot als solches anknüpft, sondern an eine strafscharfende Begehungsweise? Da der Bannbruch kein Vermögensdelikt ist, sondern sich seine Rechtsnatur nach dem im Einzelfall verletzten Verbringungsverbot richtet, ist kaum zu erklären, aus welchem Grunde die Steuerhehlerei an Tatmodalitäten des Bannbruchs anknüpfen sollte.

Es ist aber im Falle des Bannbruchs als Vortat schon grundsätzlich zweifelhaft, welcher Strafgrund der Steuerhehlerei ausgemacht werden kann. Zwar mögen durch die Tathandlungen der Steuerhehlerei die Gefahren, vor denen das Einfuhr- und Ausfuhrverbot schützen soll, verstärkt werden oder zumindest die Herstellung eines Zustandes, in denen diese Gefahren nicht mehr wirken, erschwert oder vereitelt werden.³² So hält etwa die Annahme einer Schusswaffe die Gefahr aufrecht oder verstärkt sie gar, weil das Auffinden der Waffe erschwert wird.³³ Das gilt aber schon nicht bei allen Verbringungsverboten.

Bisweilen wird sich damit beholfen, den Strafgrund der Steuerhehlerei mit der Vortat des Bannbruchs darin zu sehen, Nachfrageanreize einzudämmen.³⁴ Der Hehler schaffe durch seine Bereitschaft, die Waren abzunehmen,

einen starken Anreiz zur Begehung der Vortat.³⁵ Dieser Anreiz soll bei dem Bannbruch sogar noch schwerer wiegen als bei den in § 259 StGB genannten Vortaten, weil der Vortäter eines Bannbruchs anders als z.B. der Dieb die Waren in der Regel vor der Einfuhr selbst finanzieren muss. Nur der Täter, der das Absatzrisiko nicht tragen muss, werde sich darauf einlassen, die Waren gegen ein Verbringungsverbot einzuführen. Damit schafft der Steuerhehler ein starkes Motiv für den Verstoß gegen ein Einfuhrverbot.

Das ist zwar plausibel und einleuchtend. Die Struktur der Steuerhehlerei erklärt aber auch das Abstellen auf den Nachfrageanreiz nicht.³⁶ Da § 374 AO als Vortat eine Bannbruchtat voraussetzt, die eine Qualifikation nach § 373 erfüllt, ist die Strafbarkeit wegen Steuerhehlerei davon abhängig, dass der Täter bei der Einfuhr bandenmäßig gehandelt hat oder eine Schusswaffe bzw. ein anderes Mittel in Verwendungsabsicht mit sich geführt hat. Aus welchem Grund sollte aber der Anreiz, den der Hehler setzt, nur dann wirksam sein, wenn der Vortäter diese Tatmodalitäten erfüllt? Der Hehler dürfte wohl nur im Ausnahmefall überhaupt Einfluss auf die konkrete Begehung haben. Die wird ihn im Zweifel auch überhaupt nicht interessieren. Es ist deshalb schlicht nicht zu erklären, aus welchem Grunde nur die qualifizierte Begehungsweise taugliche Vortat für die Steuerhehlerei ist.³⁷ Um überhaupt etwas retten zu können, müsste konsequent – unter Anpassung der Strafandrohung – der Bannbruch als solcher taugliche Vortat der Steuerhehlerei sein, wie *Rönnau* überzeugend begründet hat.³⁸

2. Straflosigkeit der Hehlereihandlungen bei im Verbringungsgesetz geregelter Qualifikation

Die gesetzliche Regelung macht aber darüber hinaus auch einen schwer begründbaren Unterschied zwischen Straftaten, die nach §§ 372 Abs. 2 bzw. 373 AO und solchen, die nach einem anderen Gesetz zu ahnden sind und führt zu kaum noch hinnehmbaren Wertungswidersprüchen³⁹. Da die Strafbarkeit wegen Steuerhehlerei davon abhängt, dass die Qualifikation des § 373 Abs. 2 AO überhaupt anwendbar ist, bleibt eine Hehlereihandlung dann straflos, wenn das Verbotsgesetz selbst eine qualifizierte Strafdrohung enthält und § 373 Abs. 2 AO deshalb ausscheidet. Die Sachhehlerei nach § 259 StGB ist in diesen Fällen in der Regel ebenfalls nicht einschlägig, weil die Vortat keine gegen das Vermögen gerichtete Vortat ist.

Die Anknüpfung an den § 373 Abs. 2 AO führt also nicht nur zu wenig überzeugenden Ergebnissen, sie vermengt

³¹ Siehe die Beispiele bei MüKo-StGB/Wegner, (Fn. 1), § 373 Rn. 14.

³² Kohlmann/Hilgers-Klautzsch, 38. Lfg 2008, § 374 Rn. 12.

³³ Kohlmann/Hilgers-Klautzsch, (Fn. 32), § 374 Rn. 12..

³⁴ Flore/Tsambikakis/Schuster/Schulteheinrichs (Fn. 5), § 374 Rn. 1.

³⁵ So, aber durchaus kritisch MüKo-StGB/Wegner, (Fn. 1), § 374 Rn. 3.

³⁶ *Rönnau* NStZ 2000, 513, 517.

³⁷ *Rönnau* NStZ 2000, 513, 517.

³⁸ *Rönnau* NStZ 2000, 513, 517 f.; zustimmend Hübschmann/Hepp/Spitaler/Beckemper, (2013), § 374 Rn. 12.

³⁹ Siehe aber auch in Flore/Tsambikakis/Schuster/Schulteheinrichs, (Fn. 5), § 374 Rn. 10, die darauf hinweisen, dass diese Wertungswidersprüche hinzunehmen seien.

auch den Schutz des Rechtsguts mit den Strafgründen der Qualifikationsmerkmalen.⁴⁰

V. Epilog

Was bringt dem Rechtsanwender § 372 AO? In erster Linie wohl überraschende Ergebnisse. Schon die als noch nachvollziehbar zu begründende prozessuale Funktion und die Zuständigkeitsbegründung der Zollbehörden lässt sich kaum strukturiert darstellen. Die Regelungen der §§ 372, 373 Abs. 2, 374 AO sind in sich nicht schlüs-

⁴⁰ Rönnaus NStZ 2000, 513, 517.

sig und vermengen unterschiedliche Schutzrichtungen unzulässig miteinander. Als „Monstrum“ hat Volk⁴¹ den Steuerhehlereitatzbestand wegen seiner Anknüpfung an den Bannbruch bezeichnet. Das Monstrum dürfte in Wahrheit der Bannbruch sein, der – da sei Hübner⁴² zugestimmt – nicht bis zu Ende gedacht scheint. Die Vermutung, dass der verstorbene Manfred Seebode sich dieser Einschätzung angeschlossen hätte, ist jedenfalls nicht fernliegend.

⁴¹ Volk, Festschrift für Stree/Wessels, (1993), S. 493, 497.

⁴² Hübschmann/Hepp/Spitaler/Hübner, (Fn. 2), Vor § 372 Rn. 26.

Aufsätze und Anmerkungen

Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers – eine Chimäre?

Zugleich ein Beitrag zur angemessenen Einordnung präventiv erstatteter Gutachten*

Von Prof. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School, Hamburg

Die Vorhersehbarkeit der staatlichen Strafe war eines der zentralen Anliegen im wissenschaftlichen Werk Manfred Seebodes.¹ Ihm war bewusst, dass das auf den ersten Blick rein formale Gesetzmäßigkeitsprinzip unverzichtbar ist, wenn es gilt, eine Rechtsordnung zu entfalten, in der ein Bürger seine Freiheit tatsächlich nutzen kann.² Entsprechend trat er vehement für eine bedeutungserhaltende Lesart dieser verfassungsrechtlich verankerten Garantie ein.³ Gleichmaßen war für ihn ausgemacht, dass der strafrechtliche Schuldgrundsatz eine Bastion darstellt, ohne die eine grundrechtlich vermittelte Liberalität den Test der Wirklichkeit nicht übersteht.⁴

* Zugleich Anmerkungen zu den BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); BGHSt 58, 15, 27 ff. = HRRS 2012 Nr. 1046; BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461.

¹ Dafür siehe besonders anhand der sog. unechten Unterlassung Seebode, FS Spindel, S. 317, 320 ff.; ders. JZ 2004, 305 ff.; vgl. auch instruktiv zur Strafvereitelung Seebode JZ 1998, 781 ff.

² BVerfGE 64, 389, 393 ff.: Schutz der Freiheit vor staatlicher Willkür; 32, 346, 362; 109, 133, 172; 113, 273, 308 f.; Schürmann, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzmäßigkeitsprinzip (1986), S. 182 ff.; AnwK/Gaede, StGB, 2. Aufl. (2014 im Erscheinen), § 1 Rn. 1 f.

³ Siehe nochmals mit scharfer Kritik am BVerfG Seebode JZ 2004, 305, 306 f.: Gesetzmäßigkeitsprinzip dem Verfall preisgegeben.

⁴ Vgl. insoweit etwa aus jüngerer Zeit zu seinem Einsatz für eine schuldangemessene Handhabung des Heimtückemor-

Der folgende Beitrag greift eine Facette der strafrechtlichen Vorhersehbarkeit und der Schuld auf, die zunehmend an Bedeutung gewinnt: die strenge Abwehrhaltung gegenüber unvermeidbaren Verbotsirrtümern im Fall einer umstrittenen Rechtslage. Die gesetzlichen Grundlagen für eine vorhersehbare rechtliche Tatbewertung verlangen dem Bürger heute umfassend ab, die strafrechtliche Rechtslage über die Konsultation des Gesetzes hinaus aufzuklären (zur entsprechenden dualen Garantie der Vorhersehbarkeit im Rahmen des Schuldnerfordernisses sogleich I.). Dabei kommt es infolge der bestehenden Leistungsgrenzen des Gesetzmäßigkeitsprinzips vermehrt darauf an, wie ein möglicher Irrtum über das strafrechtliche Verbot rechtlich zu würdigen ist (zu den insofern bestehenden strengen Maßstäben auf der Schuldebene II.). Hier hat es den Anschein, als bekämpfe der BGH mit jüngst noch perfektionierten Kriterien eine gemeingefährliche Chimäre,⁵ um die fragile Ordnung des Rechts

des im Kontext des sog. Ausnutzungsbewusstseins Seebode StV 2004, 596 ff.

⁵ Die Chimäre entstammt der griechischen Mythologie. Sie beschreibt ein Mischwesen, das aus dem Körper eines Löwen bestand, der auf dem Rücken zudem einen Ziegenkopf und am Schwanzende entweder einen Schlangen- oder Drachenkopf aufwies. Die feuerspeiende Chimäre suchte Mensch und Tier in Lykien heim. Mit ihrer Tötung wurde Bellerophon betraut, der die Chimäre vom Rücken des geflügelten Pferdes Pegasus töten konnte, indem er ihr einen mit Blei versehenen Speer in den Rachen warf. Siehe zur of-

gegen vorgeschützte Irrtümer zu verteidigen. Selbst Bürger, die zur Klärung unklarer gesetzlicher Maßstäbe den Rat eines Anwalts⁶ einholen, können unschwer auch dann wegen einer Vorsatztat bestraft werden, wenn sie dem unrechtsverneinenden Rat eines Anwalts gefolgt sind. Zum Beispiel mit den Figuren des Gefälligkeitsgutachtens und des unsubstantiierten Ratschlages wird der Einwand einer nicht vorhersehbaren Bestrafung zur Vermeidung gekaufter Verbotsirrtümer zusätzlich abgeschnitten. Dies setzt nicht nur Standards für die zunehmende strafrechtliche Präventivberatung. Der schuldausschließende Verbotsirrtum, der bekanntlich seit langem ein kümmerliches Dasein fristet, könnte dadurch endgültig und zu Unrecht zu einer Chimäre in ihrem heute vorherrschenden Wortsinn geworden sein: zu einem Fabelwesen. Nicht immer im Anschluss an die Position *Manfred Seebodes*, wohl aber in seinem Geiste, will der Beitrag aufzeigen, dass auch dem Bürger, der sich in einer streitigen Rechtslage um das Recht sorgt, eine freiheitswidrige Überforderung droht. Der Beitrag will Ansätze dafür liefern, wie jener Überforderung praktikabel und ausgewogen entgegengewirkt werden kann (III.).

I. Bedingungen des Schuldvorwurfs – die duale Garantie der Vorhersehbarkeit

Strafe setzt Schuld voraus.⁷ Dieser ehrenvolle Satz gehört zu den Grundfesten des deutschen Strafrechts. Schuld bedeutet bei der Vorsatztat heute im Kern, dass wir einem konkreten Täter den Vorwurf machen können, er habe sich für die Tatbestandsverwirklichung entschieden, obgleich er dies infolge einer anderen Verhaltensoption vermeiden konnte.⁸ Eine unverzichtbare Bedingung dieser unrechtsvermeidenden Verhaltensoption liegt in der Vorhersehbarkeit der Unrechtsbewertung. Wer nicht erkennen kann, dass die Rechtsordnung sein Verhalten als Unrecht bewerten wird, kann nicht vom Appell des Rechts erreicht werden und sich entsprechend auch nicht von diesem Appell motivieren lassen. Wäre die Vorhersehbarkeit keine Voraussetzung der strafrechtlichen Schuld, müssten die Bürger ihre Freiheit in dem Wissen wahrnehmen, dass sie eine spätere Verurteilung für das gewählte Verhalten nicht gezielt verhindern können. Der Normadressat muss die Verhaltensnormen des Rechts deshalb mindestens erkennen können, damit er sich für ein unrechtsvermeidendes Verhalten entscheiden kann.

Selbst wenn ein Bürger das Unrecht aktuell erkannt hat, muss die Begehung dieses Unrechts aber noch nicht

fenbar ersten dokumentierten Erwähnung dieses Mythos die *Homer* zugeschriebene *Ilias*, 6. Gesang, Zeilen 155 ff., 175 ff.

⁶ Gleiches gilt prinzipiell auch für den Rat, den Hochschullehrer ggf. mündlich oder insbesondere schriftlich erteilen. Zusätzliche Probleme etwa des Ratschlages von abhängig beschäftigten Juristen bleiben dagegen außer Betracht, zu diesen siehe bereits *LK/Vogel*, 12. Aufl. (2007), § 17 Rn. 82; *Matt/Renzikowski/Gaede*, StGB (2013), § 17 Rn. 28.

⁷ Siehe statt vieler BVerfG 1 BvR 299/89, Beschl. v. 25.2.1998; *Roxin*, AT/I, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 51 ff. und monographisch etwa *Safferling*, Vorsatz und Schuld (2008).

⁸ Siehe neben der Regelung der §§ 15-17 StGB weithin grundlegend BGHSt GS 2, 194, 200 ff.; krit. etwa *Roxin* AT/I (Fn. 7), § 19 Rn. 20 ff.

zwingend zu einem Schuldvorwurf führen. Der Täter muss ebenso in der Lage sein, sein Verhalten nach der ihm möglichen Einsicht zu steuern. Und auch bei einer physisch bestehenden Handlungsmöglichkeit genügt das psychologische Faktum des erkannten Unrechts insoweit allein noch nicht.⁹ Für die strafrechtliche Schuld ist nicht schon jede psychologisch zugängliche Verhaltensalternative zureichend. Wir bewerten zum Beispiel zusätzlich, ob der Täter wegen eines Notstandes gemäß § 35 StGB entschuldigt handelte, als er sich zur Tatbegehung entschlossen hat. Wir sprechen auch deshalb von einem normativen Schuldbegriff.¹⁰

Nähere Aufmerksamkeit verdient zunächst die Frage, wie unsere Rechtsordnung die Vorhersehbarkeit der drohenden Strafe absichert. Dies geschieht *objektiv* durch den Bestimmtheitsgrundsatz (dazu 1.) und *subjektiv* ausgerichtet durch die Ausprägungen des Schuldgrundsatzes (dazu 2.).

1. Objektive Vorhersehbarkeit nach dem Gesetzlichkeitsprinzip

Der Bestimmtheitsgrundsatz garantiert, dass der Bürger aus dem Gesetzeswortlaut ablesen kann, wann sein Verhalten strafbar ist.¹¹ Art. 103 II GG will eine verlässliche Richtschnur geben, damit jeder Bürger seine Freiheitsrechte ohne Furcht vor einer willkürlich verhängten Strafe selbstbestimmt nutzen kann.¹² Dies zielt zwar nicht auf einen individuellen Bürger, sondern auf die Vorhersehbarkeit für die Bürger im Allgemeinen ab. Indem das Bestimmtheitsgebot eine geschriebene und aussagekräftige Erkenntnisgrundlage garantiert, trägt es aber dazu bei, dass *jeder Einzelne* das Unrecht einer Tat erkennen kann.¹³

Vornehmlich die jüngere Verfassungsrechtsprechung hat jedoch geltend gemacht, dass dem Gesetzgeber insoweit nur begrenzte Möglichkeiten zur Verfügung stehen, detaillierte Maßstäbe vorzuzeichnen.¹⁴ Die Anforderungen der Bestimmtheit garantieren vor diesem Hintergrund lediglich – aber auch immerhin –, dass die strafrechtliche Rechtspraxis auf ein Programm des Parlaments zurückgeführt werden kann.¹⁵ Eine Sicherheit in Detailfragen kann der Bürger aus dem Gesetz allein nicht erwarten; die

⁹ Siehe statt vieler *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, 6. Aufl. (2011), § 10 Rn. 2 ff.; *Roxin* AT/I (Fn. 7), § 19 Rn. 15 ff., vom Standpunkt eines weithin präventiv gedachten Schuldbegriffs.

¹⁰ Vgl. vorbereitend *Frank*, FS Juristische Fakultät Universität Gießen (1907), S. 519 ff. Zum heutigen Verständnis etwa m.w.N. *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 9), § 10 Rn. 2 ff.

¹¹ Dazu etwa BVerfGE 71, 108, 114 f.; 73, 206, 234 ff.; 78, 374, 381 f.; *LK/Dannecker* (Fn. 6), § 1 Rn. 53.

¹² BVerfGE 64, 389, 393; BVerfG NJW 2001, 1848, 1849; m.w.N. *AnwK/Gaede* (Fn. 2), § 1 Rn. 1 f.

¹³ *NK/Hassemer/Kargl*, 4. Aufl. (2013), § 1 Rn. 6, 44; näher m.w.N. *Grünwald* ZStW 76 (1964), 1, 10 ff.; für eine Teilerklärung über das Schuldprinzip *Roxin* AT/I (Fn. 7), § 5 Rn. 24; für das „Ausgehen vom“ Schuldgrundsatz BVerfGE 25, 269, 285 f.; 109, 133, 170 ff.

¹⁴ Dafür nur BVerfGE 126, 170, 194 ff. = HRRS 2010 Nr. 656.

¹⁵ Dazu neben dem BVerfG m.w.N. *NK/Hassemer/Kargl* (Fn. 13), § 1 Rn 19 f., 30 ff., 40 ff.

notwendig abstrakt formulierten Strafgesetze bedürfen der Konkretisierung im Wege der Auslegung.¹⁶ Sie ist in unserem gewaltenteilig organisierten Gemeinwesen vornehmlich der Judikative zugewiesen. Für den Bürger bedeutet dieser Problemzugang konkret, dass er sich in Einzelfragen insbesondere über eine ggf. vorherrschende Rechtsprechung beraten lassen muss, wenn der Gesetzeswortlaut ein Strafbarkeitsrisiko erkennbar macht und er die tatsächliche Strafbarkeit oder Straflosigkeit in Erfahrung bringen will.¹⁷ Auf eine Interpretation des Gesetzes darf er sich von vornherein nicht beschränken. Dies gilt auch für sog. normative Tatbestandsmerkmale, die sich wie die Fremdheit des Diebstahls in besonderer Weise auf rechtlich vorgeprägte Lebenssachverhalte beziehen.¹⁸

Das BVerfG legt insoweit aber *erstens* zugleich zugrunde, dass die Gerichte insbesondere bei offeneren Normen wie der Untreue eine *vorhersehbarkeitsfördernde Auslegung* verfolgen müssen.¹⁹ *Positiv* müssen die Gerichte die Strafgesetze im Sinne des gesetzgeberischen Programms präzisieren.²⁰ Damit wird es auch dem um Rat gefragten Rechtsanwalt leichter möglich, die Reichweite des Strafrechts anzugeben. *Negativ* dürfen die Gerichte die Schranken des Strafgesetzes nicht entgegen des heute erweiterten Analogieverbots übertreten.²¹ *Zweitens* setzt das BVerfG für seine Interpretation des von Art. 103 II GG entfalteten Schutzes seit längerem voraus, dass das Strafrecht noch einen *zusätzlichen* Filter bereithält. Das Gericht erwartet, dass die „strafrechtliche Irrtumsregelung ... angemessene Lösungen ... in Grenzfällen ermöglichen wird“.²² Insofern geht es davon aus, dass die verfassungsrechtlich regelmäßig dem Schuldnerfordernis zugerechnete²³ Irrtumslehre die realistisch begrenzte Leistungskraft des Gesetzes bzw. des Bestimmtheitsgrundsatzes einzelfallgerecht auffangen wird.²⁴ In einem

zu Unrecht völlig unbeachtet gebliebenen Einzelfall hat das Gericht bereits die Verletzung des Schuldgrundsatzes durch die vorschnelle Annahme eines *vermeidbaren* Verbotsirrtums gerügt.²⁵

Jene Deutung der Strafgesetzmäßigkeit weicht durchaus von dem ab, was Kritiker wie *Manfred Seebode* dem Gesetzlichkeitsprinzip abverlangen.²⁶ Gleichwohl wird man dem Problemzugang des Verfassungsgerichts grundsätzlich zustimmen müssen. Dafür müssen hier wenige Ausführungen genügen, weil der Verfasser seine Position schon an anderer Stelle näher dargelegt hat.²⁷

Zunächst schließt sich das Gericht mit Fug nicht der Literaturmeinung an, die das Ziel der Vorhersehbarkeit aus der Bürgerperspektive aufgeben und durch einen Verweis auf die Schuldebene ersetzen will.²⁸ Noch immer verweist das BVerfG zu Recht nur subsidiär auf den verfassungsrechtlich noch vergleichsweise wenig strikt konkretisierten Schuldgrundsatz und damit zugleich auf die stets mit der Ungewissheit der freien Beweiswürdigung verbundene subjektive Irrtumsebene.²⁹ Das gesetzliche Programm garantiert gemeinsam mit der Präzisierungspflicht eine nicht von besonders schwer beweisbaren innerpsychischen Sachverhalten abhängige erste Maßstabsbildung, die mit einem zunehmenden Konkretisierungsgrad klärend wirkt. Dabei bedeutet diese jüngst verdeutlichte besondere Gesetzesbindung der Strafgerichte aus Art. 103 II GG nicht, dass das Erfordernis einer überhaupt *im Anschluss an den Gesetzgeber* präzisierungsfähigen gesetzlichen Regelung verzichtbar wäre.

Das Gericht betont aber ebenso berechtigt, dass die Gesetzgebung in einem Gemeinwesen, das für Millionen Bürger Orientierung bieten und diversifizierte Lebenswelten ansteuern muss, notwendig durch Abstraktion geprägt ist.³⁰ Sie steht gemeinsam mit der prinzipiell unvermeidbaren Kontextbedingtheit und Wandlungsfähigkeit der Sprache bei einem methodenehrlichen Stand-

¹⁶ M.w.N. BVerfGE 126, 170, 195 ff. = HRRS 2010 Nr. 656; zust. etwa *Kuhlen* JR 2011, 246, 249 und NK/*Hassemer/Kargl* (Fn. 13), § 1 Rn 19 f.: Programmsicherung, nicht Präzision um jeden Preis.

¹⁷ Dafür nochmals BVerfGE 75, 329, 341 ff.: Bürger muss sich sachkundig machen; 126, 170, 195 ff. = HRRS 2010 Nr. 656: Strafbarkeit durch Auslegung zu ermitteln; siehe auch in krit. Wendung *Seebode* JZ 2004, 305, 307 f.: Bürger wird auf Judikate verwiesen.

¹⁸ BVerfGE 78, 205, 213 f.; 126, 170, 196 = HRRS 2010 Nr. 656; dazu bestätigend m.w.N. *Gaede*, Der Steuerbetrug (zur Publikation in Vorbereitung für 2014), Kap. D II. 2. c).

¹⁹ BVerfGE 126, 170, 197 ff. = HRRS 2010 Nr. 656; BVerfG NJW 2013, 365, 366 f. = HRRS 2012 Nr. 1043; NJW 2012, 907, 916 f. = HRRS 2012 Nr. 27; dazu auch m.w.N. NK/*Hassemer/Kargl* (Fn. 13), § 1 Rn. 70b: zwingende Mitverantwortung; *Gaede*, Der Steuerbetrug (Fn. 18), Kap. D II. 1. b) (1) c) und 2. c) (2) (b).

²⁰ BVerfGE 126, 170, 198 ff. = HRRS 2010 Nr. 656; *Böse* Jura 2011, 617, 620; *Kuhlen* JR 2011, 246, 248 ff.; *Saliger* NJW 2010, 3195 f.; näher AnwK/*Gaede* (Fn. 2), § 1 Rn. 19 f., 24 f.

²¹ BVerfGE 126, 170, 197 f. = HRRS 2010 Nr. 656; dazu näher einschließlich des Verschleifungsverbots *Kuhlen* JR 2011, 246, 248, 249; AnwK/*Gaede* (Fn. 2), § 1 Rn. 28 ff.

²² BVerfGE 75, 329, 343.

²³ Dazu etwa *Hörnle*, FS Tiedemann, S. 325, 340 ff.

²⁴ BVerfGE 78, 205, 213 f.: „Der Betroffene wird [!] bei Zweifeln über die Eigentumslage durch das strafrechtliche Vorsatzerfordernis in ausreichendem Maße geschützt.“; siehe auch zum unvermeidbaren Verbotsirrtum bei einem man-

gelnden Schutz gemäß Art. 103 II GG BVerfGE 95, 96, 140 ff. (Mauerschützenfälle); vereinzelt wurde die Rechtsprechung aufgegriffen in BGHSt 30, 285, 288. Näher zu den ggf. noch bedeutsameren Konsequenzen für den Vorsatz und den Tatbestandsirrtum, *Gaede*, Der Steuerbetrug (Fn. 18), Kap. D II. 2. c) (2) (a).

²⁵ Siehe bemerkenswert BVerfG 1 BvR 299/89, Beschl. v. 25.2.1998, weder bei Juris, noch bei Beck-Online.

²⁶ Zur Gefahr des Leerlaufs durch unbestimmte Rechtsbegriffe und abwägende Maßstäbe siehe etwa krit. *Seebode* JZ 2004, 305, 306 f.; *Seebode*, FS Spindel, S. 317, 324 ff.; LK/*Dannecker* (Fn. 6), § 1 Rn 184; *Lackner/Kühl*, 27. Aufl. (2011), § 1 Rn 2; *Welzel*, AT, 11. Aufl. (1969), S. 23; *Köhler*, AT (1997), S. 88; *Naucke*, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht (1973), S. 13 ff.; *Schürmann* (Fn. 2), S. 161 ff; MüKo/*Schmitz*, StGB, 2. Aufl. (2011), § 1 Rn. 46.

²⁷ Siehe AnwK/*Gaede* (Fn. 2), § 1 Rn. 19 f., 24 f. und ausführlicher *Gaede*, Der Steuerbetrug (Fn. 18), Kap. D II. 1. b) (1).

²⁸ Siehe dafür in jüngerer Zeit insbesondere *Ransiek*, Gesetz und Lebenswirklichkeit (1989), S. 20 ff.; *ders.*, FS Tiedemann, S. 171 ff.; *Walter*, Der Kern des Strafrechts (2006), S. 228 ff. Grundlegend für die Diskussion schon *Schmidhäuser*, GS Martens, S. 231, 238 ff.

²⁹ Dazu näher *Gaede*, Der Steuerbetrug (Fn. 18), Kap. D II. 1. b) (1) (a), (b).

³⁰ Auch aus der Phalanx der Kritiker so z.B. m.w.N. *Matt/Renzikowski/Basak* (Fn. 6), § 1 Rn 14, 21.

punkt³¹ einer Strafgesetzgebung entgegen, die bei erheblichen Konkretisierungsbedürfnissen ohne weiteres das Verdikt der Unbestimmtheit erhebt.³² Der Gesetzgeber kann nicht wie die Rechtsprechung agieren, die im Sinne einer verfassungsrechtlich leitenden sinnvollen Funktionszuordnung³³ in der Lage und berufen ist, durch die Auslegung *im Rahmen des Gesetzes* eine präzisierende Wirkung zu entfalten, indem sie etwa Fallgruppen bildet.

Schließlich und vor allem ist selbst die in der Tat *weiter gebotene* kritische Frage, ob der Gesetzgeber mit der Art und Weise seiner Regelung den Konkretisierungsbedarf eines Strafgesetzes *vermeidbar* gesteigert hat,³⁴ nicht ohne einen Rekurs auf die grundsätzliche Befugnis des verantwortlichen Parlaments zur Strafgesetzgebung zu beantworten. Forderungen nach einem Mehr an Bestimmtheit führen infolge der notwendig abstrakt zu leistenden Gesetzgebung nicht nur zu einer größeren Klarheit; sie setzen zugleich ggf. legitimen Regelungsansprüchen des Parlaments Grenzen und werfen unter Umständen die Frage einer unzureichenden Gleichbehandlung auf.³⁵ Soweit der Gesetzgeber die Schutzwürdigkeit eines Rechtsguts gegenüber einer Verhaltensweise in den Grenzen seiner materiellen Kriminalisierungsbefugnis bejaht und er Art. 103 II GG zum Anlass nähme, auf eine weiter formulierte und damit größeren Schutz bietende Norm infolge einer erheblichen Normprägung der betroffenen Sachverhalte zu verzichten, wirkt Art. 103 II GG nicht nur als Gebot zu einer formal besseren Gestaltung der Strafnorm, sondern als *materielle* Schranke der Kriminalisierungsbefugnis. Der geschilderte Zusammenhang erhellt, dass auch die Bestimmtheitsmaßstäbe mit der Frage nach den materiellen Grenzen der Strafgewalt des Parlaments zu verknüpfen sind. Sie zielen zwar nicht unmittelbar auf eine Reduktion des Strafrechts, wirken im Ergebnis jedoch strafrechtsbegrenzend.

Insgesamt muss es darum gehen, auf der Basis der *unverzichtbaren* gesetzlichen Programmvorgabe den Konkretisierungsbedarf auszuschließen, der ohne Preisgabe legitimer gesetzgeberischer Strafwürdigkeitsüberzeugungen im Rahmen einer notwendig abstrakten Gesetzgebung vermieden werden kann.³⁶ Hier darf indes der Pönalisie-

rungsprärogative des Parlaments auch gegenüber Art. 103 II GG, der die Wahrnehmung von Grundrechten vor unvorhersehbaren Bestrafungen abschirmen will, – anders als bisher regelmäßig der Fall – kein automatischer Vorrang eingeräumt werden.³⁷ Zudem darf allein das abstrakt erkennbare Risiko der Bestrafung für die geforderte Vorhersehbarkeit noch nicht stets genügen, weil damit überschießende Abschreckungseffekte in Kauf genommen wären.³⁸

2. Subjektive Vorhersehbarkeit nach der Schuldtheorie

Gehen wir in diesem Sinne zur subjektiven Dimension und damit zu den Irrtümern über. Die strafrechtliche Schuld befasst sich mit dem *individuell* Betroffenen. Wir fragen, ob wir ihm gegenüber einen Vorwurf erheben dürfen. Dass eine abstrakt formulierte Allgemeinheit ein Unrecht erkannt und deshalb von ihm abgesehen hätte, ist nicht entscheidend. Unter dem Aspekt der subjektiven Vorhersehbarkeit verlangen wir gemäß § 17 StGB das Folgende: Der mögliche Täter muss das Unrecht der Tat aktuell eingesehen haben oder es muss ihm zumindest möglich gewesen sein, das Unrecht einzusehen. Der Schuldvorwurf entfällt unter dem Aspekt der mangelnden Unrechtseinsicht folglich *nur* dann, wenn der Täter über das Verbotensein der Tat aktuell geirrt hat *und* er diesen Irrtum *nicht* vermeiden konnte. Der Vorsatz selbst verlangt insoweit für das Kenntniselement gemäß § 16 I 1 StGB allein die aktuelle Kenntnis des Sachverhalts, der den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht.³⁹ Nur dann, wenn ein Tatbestand ein normatives Tatbestandsmerkmal voraussetzt, muss der Täter die Rechtsstatsachen aktuell zutreffend erfassen, die jenes Merkmal ausfüllen.⁴⁰

hersehbarkeit muss die erforderliche Bestimmtheit in Abhängigkeit von den überhaupt vorhandenen Alternativen, dem zu regelnden Gegenstand und der Dringlichkeit des angestrebten Schutzes ermittelt werden. Dabei wird nicht übersehen, dass damit kein absoluter Bestimmtheitsmaßstab aufgestellt ist, sondern eine „kompromisshafte“ (*Kuhlen*, in: *Recht ohne Regeln?* [2011], hrsg. v. Murmann, S. 19, 22 f.) Relation verschiedener Aspekte vertreten wird. Noch immer kommt darin aber ein begründetes Optimierungsgebot zum Ausdruck, für dieses auch ohne die aaO. gegebenen Konkretisierungen etwa *LK/Dannecker* (Fn. 6), § 1 Rn. 195 f.; *Kuhlen*, FS Otto, S. 89, 95 f.

³¹ Dazu etwa *Kuhlen* JR 2011, 246, 249; *C. Becker* HRRS 2010, 383, 384 ff.; siehe auch *Demko*, Relativität der Rechtsbegriffe (2002), S. 170 ff.; *Puppe*, FS Rudolphi, S. 231, 233 f.; *NK/Hassemmer/Kargl* (Fn. 13), § 1 Rn. 102.

³² Näher dazu wieder *Gaede*, Der Steuerbetrug (Fn. 18), Kap. D II. 1. b) (1) (a).

³³ Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der sinnvollen Funktionszuordnung *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. (Neudruck 1999), Rn. 482 f., 485 ff.; zur Rechtsprechung etwa BVerfGE 68, 1, 86 f.

³⁴ Zur stets gebotenen Suche nach weniger klärungsbedürftigen Regelungsalternativen und auffindbaren Alternativen, siehe etwa schon *Naucke* (Fn. 25), S. 3 ff.; *SSW/Satzger*, StGB (2009), § 1 Rn 22; *NK/Hassemmer/Kargl* (Fn. 16), § 1 Rn 41, 20; *LK/Dannecker* (Fn. 6), § 1 Rn 196; *AnwK/Gaede* (Fn. 2), § 1 Rn 25. Zu diesem bewahrenswerten Ausgangspunkt auch BVerfGE 47, 109, 120 f.; 64, 389, 393; 105, 135, 153; BGH NJW 2005, 374, 375 f. = HRRS 2004 Nr. 1004.

³⁵ Näher hierzu und zum Folgenden *Gaede*, Der Steuerbetrug (Fn. 18), Kap. D II. 1. b) (1) (b) und Kap. B VI. 1.

³⁶ Näher dazu wieder *Gaede*, Der Steuerbetrug (Fn. 18), Kap. D II. 1. b) (1): Auf der Basis eines Mindestmaßes an Vor-

³⁷ Siehe zum eigenen, die maßstabsskeptische Ansicht des BVerfG kritisierenden verfassungsrechtlichen Standpunkt, *Gaede*, Der Steuerbetrug (Fn. 18), Kap. C III. 2. und knapp *AnwK/Gaede* (Fn. 2), § 1 Rn. 25.

³⁸ Dazu näher *Gaede*, Der Steuerbetrug (Fn. 18), D II. 1. b) (1) (b) und schon sehr krit. *Seebode* JZ 2004, 305, 308 f. sowie selbst BVerfGE 92, 1, 18: Verweis auf das erkennbare Risiko als fragwürdiges Argument.

³⁹ Zu diesem Standard des geltenden Rechts m.w.N. BVerfGE 41, 121, 122 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT (Fn. 9), § 10 Rn. 77 ff.; *Matt/Renzikowski/Gaede* (Fn. 6), § 17 Rn. 1 f.; für ablehnende Ansichten aus jüngerer Zeit *Herzberg*, FS Otto, S. 265, 277 ff.

⁴⁰ Siehe im hiesigen Kontext für die grundsätzliche Möglichkeit etwa BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); darüber hinaus m.w.N. BGHSt 5, 90, 92; BGH NJW 1980, 1005, 1006; *Matt/Renzikowski/Gaede* (Fn. 6), § 16 Rn. 20 f., 9 ff.

Mit dieser Regelung verzichtet der Gesetzgeber darauf, dass der Täter das Unrecht aktuell erfasst haben muss. Er stellt sich auf den Standpunkt der Schuldtheorie und lässt das *potenzielle Unrechtsbewusstsein* auch für den Vorwurf einer Vorsatztat genügen.⁴¹ Insofern geht das Gesetz davon aus, dass schon der vorsätzlichen Verwirklichung des im Tatbestand erfassten Unrechts ein – ggf. durch vorgestellte Rechtfertigungssachverhalte aber neutralisierter⁴² – gehaltvoller Appell zukommt, die Rechtmäßigkeit des eigenen Verhaltens zu hinterfragen und die tatsächliche Rechtswidrigkeit zu erkennen.⁴³ Danach muss bekanntlich etwa der Täter einer Sachbeschädigung aktuell verstanden haben, dass die von ihm zerstörte Sache fremd war. Dass wir die Sachbeschädigung als strafrechtliches Unrecht bewerten, muss ihm aber bei seiner Tat nicht zwingend bewusst gewesen sein. Es genügt, wenn er schon infolge seines Tatvorsatzes auf das vorliegende Unrecht schließen musste.

Diese Regelung wird heute zwar weitgehend begrüßt.⁴⁴ Das BVerfG sieht in ihr entgegen einer noch immer vernehmbaren Kritik⁴⁵ keinen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz.⁴⁶ Mindestens strafrechtswissenschaftlich ist die Regelung aber noch immer bemerkenswert. Indem wir das potenzielle Unrechtsbewusstsein genügen lassen, verzichten wir für die Vorsatztat auf die bewusste Entscheidung des Täters, Unrecht zu begehen. Der Gesetzgeber behandelt den „Unrechtsvorsatz“ und die „Unrechtsfahrlässigkeit“ innerhalb der Schuld grundsätzlich gleich; lediglich eine fakultative Strafmilderung ist eröffnet. Wir legen damit großzügige Maßstäbe an, um zu verhindern, dass die „Rechtsblindheit“ des Einzelnen oder der oft fahrlässige Umgang mit dem Recht unser Strafrecht ineffektiv machen können oder diverse neue

Fahrlässigkeitstatbestände erzwingen.⁴⁷ Dagegen lassen sich *de lege ferenda* noch immer gut vertretbare Einwände erheben.⁴⁸ *De lege lata* ist jene Lösung aber verfassungsrechtlich deshalb zu bestätigen, weil man von einer nicht unbegrenzten aber existenten Einschätzungs- und Typisierungsbefugnis des Strafgesetzgebers ausgehen muss.⁴⁹ Sie bezieht sich auch auf das Verhältnis von Schuld und Strafe⁵⁰ und insofern ebenso auf das Vorstellungsausmaß, das für den Vorwurf einer Vorsatzschuld zwingend gefordert werden muss. Hierfür und für die praktische Anwendung des § 17 StGB ist insoweit aber, wie schon an anderer Stelle ausgeführt wurde, dreierlei vorauszusetzen:⁵¹ *Erstens* müssen die Irrtumsregelungen der §§ 16, 17 StGB so ausgelegt bzw. abgegrenzt werden, dass ihr Zusammenspiel die subjektive Unrechtszurechnung nach der Schuldtheorie kohärent umsetzt. Der strenge § 17 StGB setzt danach einen § 16 I StGB voraus, der absichert, dass in der vorsätzlichen Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes tatsächlich ein bedeutungsvoller Appell an den Täter liegt, die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu prüfen.⁵² Da der Gesetzgeber die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum nicht legaldefiniert hat,⁵³ besteht *de lege lata* Anlass und Raum, den gesetzlichen Tatbestand des § 16 I StGB so auszulegen, dass die vom Gesetzgeber mit der Schuldtheorie erwartete Appellwirkung tatsächlich erwartet werden darf.⁵⁴ Die bisher in der Rechtsprechung oft vorherrschende intuitive „Abgrenzung“⁵⁵ ist demgegenüber unzureichend.

⁴¹ M.w.N. NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 1 f.; Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 1 f.; wegweisend Welzel SJZ 1948, 368 ff. Siehe auch BVerfGE 41, 121, 122: Gesetzgeber kodifiziert die Schuldtheorie.

⁴² Zur umstrittenen aber gebotenen Sonderbehandlung des Irrtums über Erlaubnistatumstände m.w.N. BGHSt 3, 105, 107; BGH NStZ 2001, 530; 1987, 20; Wesfels/Beulke/Satzger, 43. Aufl. (2013), Rn. 467 ff.; NK/Puppe (Fn. 13), § 16 Rn. 130 ff.; Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 16 Rn. 33 ff., § 17 Rn. 18.

⁴³ Zu diesem Appell klassisch Naka JZ 1961, 210 ff.; Welzel AT (Fn. 26), S. 163, 168; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl. (1976), S. 130 ff.; HK-GS/Duttge, 3. Aufl. (2013), § 17 Rn. 1; prinzipiell abl. aber etwa Herzberg, FS Otto, S. 265, 277 ff.; Jakobs, FS Rudolphi, S. 107, 110 ff.; Tiedemann, FS Geerds, S. 95 ff., 99, 103 f.

⁴⁴ Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum (1987), S. 291 ff.; MüKo/Joicks (Fn. 26), § 17 Rn. 1; LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 1 f., 7; grundsätzlich HK-GS/Duttge (Fn. 43), § 17 Rn. 1 ff.

⁴⁵ Aus der heute zumindest selteneren Kritik Freund AT, 2. Aufl. (2009), § 4 Rn. 75 ff., § 7 Rn. 89 ff.; HK-GS/Duttge (Fn. 43), § 17 Rn. 2: nur für sog. Kulturnormen schuldtheoretisch unbedenklich; MüKo/Joicks (Fn. 26), § 17 Rn. 84; Köhler AT (Fn. 26), S. 411 ff.; klassisch Schmidhäuser NJW 1975, 1807, 1810; ders. JZ 1979, 361, 366 ff.

⁴⁶ BVerfGE 41, 121 ff. m. abl. Bespr. Langer GA 1976, 193 ff.; Schmidhäuser JZ 1979, 361, 362 f., 368; zur Bindungswirkung der Auslegung nach der Schuldtheorie Kramer/Trittel JZ 1980, 393 ff.

⁴⁷ Dafür m.w.N. Stratenwerth/Kuhlen AT (Fn. 9), § 10 Rn. 78 ff.; HK-GS/Duttge (Fn. 43), § 17 Rn. 1 f.; für ein begründendes Verantwortungsprinzip insofern Welzel AT (Fn. 26), S. 160 ff.; zum größeren Verständnis gegenüber dem Irrtum im Tatsächlichen BVerfGE 41, 121, 125.

⁴⁸ Zur Kritik besonders Walter (Fn. 28), S. 408 ff.; Manso Porto, Normkenntnis aus belastenden Gründen (2009), S. 45; schon für die Befugnis zu einer weitgehenden Rückkehr zur Vorsatztheorie im Anschluss an Otto m.w.N. Herzberg, FS Otto, S. 265, 277 ff.

⁴⁹ BVerfGE 41, 121, 124 ff.; aus jüngerer Zeit besonders durchlässig BVerfG HRRS 2011 Nr. 280, 2009 Nr. 460; zu realistischen Möglichkeiten, den Spielraum gemäß Art. 3 I GG zu begrenzen, siehe Gaede, Der Steuerbetrug (Fn. 18), Kap. B VII.

⁵⁰ M.w.N. BVerfG HRRS 2011 Nr. 280, 2009 Nr. 460; BVerfGE 41, 121, 124 ff. Sie betrifft hier konkret die Frage, inwiefern der auch strafrechtlich zunächst konkretisierungsbedürftige normative Schuldbegriff in seiner Ausprägung als Gebot zu einer gerechten Abstimmung von Schuld und Rechtsfolge beachtet ist.

⁵¹ M.w.N. Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 2.

⁵² Zur Bedeutung des über den Vorsatz vermittelten Anlasses zur Prüfung der Rechtmäßigkeit siehe NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 54: Anlass zur Information über die Rechtslage vereinbart die Norm mit dem Schuldgrundsatz; Welzel AT (Fn. 26), S. 161 f.; Kuhlen (Fn. 44), S. 291 ff.; Köhler AT (Fn. 26), S. 407, 409 f.

⁵³ So zB Arth. Kaufmann, FS Lackner, S. 185, 186 f.; NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 3 f.

⁵⁴ Näher zum eigenen Ansatz schon Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 16 Rn. 9 ff. und § 17 Rn. 1 f.; ähnlich Arth. Kaufmann, FS Lackner, S. 185, 187 ff.; Tiedemann ZStW 81 (1969), 869, 878 ff.; LK/Vogel (Fn. 6), § 16 Rn. 31, § 15 Rn. 39; NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 95; i.E. weithin ähnlich über eine materielle Vorsatztheorie Otto Jura 1990, 645, 647; Herzberg, FS Otto, S. 265, 281 ff.

⁵⁵ Zu den „Kriterien“ BGH NStZ 2006, 214, 217 f. = HRRS 2006 Nr. 100; LK/Vogel (Fn. 6), § 16 Rn. 32; BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); zur intuitiven Na-

Zweitens ist darauf zu achten, dass die bereits akzeptierte Diskrepanz zwischen der Schuld des aktuell unrechtsbewusst agierenden Täters und dem rechtsfahrlässig agierenden Täter nicht durch eine *zusätzlich* entgrenzende Auslegung des § 17 StGB vertieft wird.⁵⁶ *Drittens* ist die fakultative Milderung des § 17 Satz 2 StGB in der Strafzumessung zu praktizieren. Die mit ihr auch durch den Gesetzgeber anerkannte regelmäßige Schuldeinschränkung darf in der Rechtsanwendung nicht kurzerhand übergangen werden.⁵⁷

II. Potenzielles Unrechtsbewusstsein – die Anforderungen des un-vermeidbaren Verbotsirrtums

Wann liegt nun aber das für die Vorsatzschuld noch akzeptierte potenzielle Unrechtsbewusstsein in einem Fall vor, in dem ein Bürger einen Anwalt um Rat ersucht, damit er den oft auch bei Strafgesetzen unvermeidlichen Auslegungsbedarf ausräumen kann? Gemäß § 17 StGB ist dafür nun zu fragen, wann erstens ein Verbotsirrtum vorliegt und wann dieser Irrtum zweitens vermeidbar war. Hier sind folgende Maßstäbe aufzunehmen:

1. Verbotsirrtum

Nach § 17 Satz 1 StGB liegt der Verbotsirrtum vor, wenn die nach dem Gesetz erforderliche Unrechtseinsicht zum Zeitpunkt der Tat nicht gegeben ist. Diese Unrechtseinsicht wird bejaht, wenn der Täter weiß, dass sein Tun oder Unterlassen gegen eine *verbindliche Rechtsvorschrift* verstößt.⁵⁸ Das Bewusstsein, sittlich verwerflich zu handeln, genügt nicht.⁵⁹ Dass der Täter die *strafrechtliche* Natur des betroffenen Ver- oder Gebots aktuell erkannt hat, fordert die Rechtsprechung dabei zu Unrecht⁶⁰ nicht.⁶¹ Die Praxis lässt damit für die Unrechtseinsicht

mit einer nennenswerten Unterstützung im Schrifttum das Bewusstsein genügen, dass das Verhalten, „gegen *irgendwelche* ... gesetzlichen Bestimmungen“ verstößt.⁶² Die Unrechtseinsicht wird auch dann bejaht, wenn der Täter „in Kenntnis der sozialen Sinnbedeutung der Tat“ handelt und *lediglich hofft*, das ihm bekannte Strafgesetz werde nicht anwendbar sein.⁶³ Weiß der Täter, dass er eine geltende Norm mit der Tat übertritt, hat er ein aktuelles Unrechtsbewusstsein. Erkennt er aktuell *keinen* Rechtsverstoß, liegt der Verbotsirrtum vor.

Wie zum Vorsatz ist jedoch zu beachten, dass der Täter das Unrecht nicht als sicher erkennen muss.⁶⁴ Die Unrechtseinsicht liegt schon dann vor, wenn der Täter während seiner Tatbegehung immerhin mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und er dies billigend in Kauf nimmt. Dann liegt ein sog. bedingtes Unrechtsbewusstsein vor, das einen Verbotsirrtum ebenfalls ausschließt.⁶⁵ Die bloße Erkenntnis, dass mit einer Handlung oder Unterlassung ein Unrecht verbunden sein könnte, genügt dem BGH danach grundsätzlich noch nicht für die Unrechtseinsicht.⁶⁶ Wir treffen insoweit nach umstrittener aber zutreffender Ansicht auf eine Parallele zum *dolus eventualis*, nach der das Unrechtsbewusstsein wie der Vorsatz nicht allein über ein Kenntniselement, sondern ebenso durch eine willentliche Stellungnahme charakterisiert wird.⁶⁷ Sie bezieht sich hier auf die Akzeptanz des (strafrechtlichen) Verbots.

Für unser Thema ist dieses bedingte Unrechtsbewusstsein überaus bedeutsam. Ist die Auslegung eines Strafgesetzes umstritten und klärt ein Anwalt seinen Mandan-

tur der Abgrenzung Fischer, StGB, 60. Aufl. (2013), § 17 Rn. 11; krit. m.w.N. Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 16 Rn. 9 ff.

⁵⁶ Dazu dann unten auch III. 2. b).

⁵⁷ Zu ihr näher Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 2 und 35 und unten III. 2. a). Zur gebotenen Erörterung zuletzt BGH HRRS 2013 Nr. 100.

⁵⁸ BGHSt GS 2, 194, 201 f.; 15, 377, 383; 45, 97, 101; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 60, 61 f.; Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 12 f.; präzisierend NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 18 f. und Rn. 39: kein Ersatz der Erkenntnis des rechtlichen Verbots; zust. MüKo/Joeks (Fn. 26), § 17 Rn. 23.

⁵⁹ BGH GA 1969, 61; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 60, 61; NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 15 f.

⁶⁰ Dazu zur Vermeidung von Wiederholungen bereits m.w.N. Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 9. Für die Forderung nach einer erkannten Strafbarkeit etwa auch AG Göttingen NJW 1983, 1209, 1210; LG Bückeburg NJW 2005, 3014, 3017; LK¹¹/Schroeder § 17 Rn. 7 f.; Otto ZStW 87 (1975), 536, 595; Köhler AT (Fn. 26), S. 403; Laubenthal/Baier GA 2000, 205, 208; Herzberg, FS Otto, S. 265, 273 f.; a.A. für das Disziplinarrecht NK/Neumann (Fn. 13) § 17 Rn. 27 ff.; Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 12; Schöнке/Schröder/Sternberg-Lieben, 28. Aufl. (2010), § 17 Rn. 5; i.E. auch OLG Stuttgart NStZ 1993, 344, 345: Tatunrecht muss erkennbar sein.

⁶¹ BGHSt GS 2, 194, 202; GS 11, 263, 266; BGH wistra 1986, 218; BGH NJW 2009, 3173, 3176 = HRRS 2009 Nr. 718;

2011, 1236, 1239 = HRRS 2011 Nr. 486; Fischer (Fn. 55), § 17 Rn. 3 f.; Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 13; HK-GS/Duttge (Fn. 43), § 17 Rn. 5; einschränkend für Berufsrecht BGHSt 52, 307 ff. m. abl. Anm. Müßig NStZ 2009, 421, 425.

⁶² M.w.N. BGHSt 56, 174, 182 = HRRS 2011 Nr. 486. Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewusstseins siehe aber BGHSt 10, 35, 38 ff.; 22, 314, 318; BGH NStZ 1996, 236, 237; OLG Karlsruhe NJW 2003, 1061, 1062; zu ihrer Inkonzistenz m.w.N. Otto Jura 1990, 645, 647; Zabel GA 2008, 33, 45 f.; Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 9; a.A. für die Vereinbarkeit mit dem eigenen Ansatz z.B. HK-GS/Duttge (Fn. 43), § 17 Rn. 8.

⁶³ M.w.N. BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461; Fischer (Fn. 54), § 13 Rn. 9c; siehe auch BGHSt 58, 15, 27 f., 31 = HRRS 2012 Nr. 1046; a.A. z.B. Dimakis, Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat (1992), S. 43 ff.

⁶⁴ M.w.N. Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 32.

⁶⁵ Zu beidem siehe etwa BGHSt 45, 219, 225; BGH NJW 1996, 1604, 1605 f.; 2002, 3415, 3417; 2011, 1236, 1239 = HRRS 2011 Nr. 486; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 60, 61: Inkaufnehmen aus Gleichgültigkeit.

⁶⁶ So im Ergebnis etwa BGH NJW 1996, 1604, 1605 f.; BGH NStZ 1996, 236, 237; AnWK/Schaefer (Fn. 2), § 17 Rn. 6; Neumann JuS 1993, 793, 795 f.; für die modifizierte Vorsatztheorie auch Otto Jura 1990, 645, 648.

⁶⁷ I.E. wie hier etwa Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, Verbot-irrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (1969), S. 120 ff.; Schöнке/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 60), § 17 Rn. 5; Fischer (Fn. 55), § 17 Rn. 5; HK-GS/Duttge (Fn. 43), § 17 Rn. 14; Köhler AT (Fn. 26), S. 405; m.w.N. Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 10; a.A. etwa Warda, FS Welzel, S. 499 ff., 501 ff.; Dimakis (Fn. 63), S. 47 ff., 57 ff., 60 ff.; Raschke NZWiSt 2013, 18, 19.

ten hierüber vor der Tat auf, tendiert der BGH zu einem bedingten Unrechtsbewusstsein.⁶⁸ Dies gilt selbst dann, wenn der Anwalt die Strafbarkeit *verneint* hat. In diesem Sinne hat jüngst der 1. Strafsenat des BGH in einem Fall entschieden, in dem ein Angeklagter Bauhaus-Replika entgegen des in Deutschland bestehenden Urheberrechtsschutzes ohne Lizenz auch an deutsche Kunden vertreiben wollte.⁶⁹ Hierzu baute er in Italien eine Vertriebsorganisation auf, um das großzügigere italienische Urheberrecht im Zuge der unionsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit über einen in Italien selbst bereits ausgelösten Eigentumsübergang einzusetzen. Erst durch eine Vorlage zum EuGH konnte hier geklärt werden, dass eine weite Auslegung des deutschen Urheberrechtsstrafrechts, die auch in Italien stattfindende Warenübereignungen erfasst, mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar war.⁷⁰ Der BGH betont aber auch in einem solchen Fall:⁷¹ Wenn der Mandant auf das mögliche Strafbarkeitsrisiko hingewiesen wird und sich damit mit der Strafbarkeit gedanklich auseinandersetzen musste, soll dies *stets* die allein erforderliche Einsicht wecken, dass die Strafbarkeit möglich sei. Die billigende Inkaufnahme der Strafbarkeit, die nach der Rechtsprechung als zweites Kriterium zu prüfen ist, wird nach diesem Ansatz bei bekanntermaßen streitigen Gesetzesauslegungen praktisch immer bejaht. In einem nicht erklärlichen Kontrast dazu haben vornehmlich Oberlandesgerichte ein bedingtes Unrechtsbewusstsein implizit verworfen und einen unvermeidbaren Verbotsirrtum bejaht, wenn sich widerstreitende Entscheidungen gegenüberstanden oder unionsrechtliche Zweifel bestanden und eine Abstandnahme vom erstrebten Verhalten für den Bürger unzumutbar erschien.⁷²

2. Unvermeidbarkeit des Irrtums

Wenn ein Verbotsirrtum danach überhaupt noch vorliegt, kommt es auf die Unvermeidbarkeit des Irrtums an. Vermeidbar ist ein Verbotsirrtum, wenn sein Vorhaben dem Täter unter Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse hätte Anlass geben müssen, dessen mögliche Rechtswidrigkeit aufzuklären, und er hierdurch das Unrecht eingesehen hätte.⁷³ Ist eines dieser Erfordernisse nicht erfüllt, ist der Verbotsirrtum unvermeidbar – der Täter handelt ohne Schuld. So kann ein Irrtum etwa unvermeidbar sein, wenn eine Behörde einen Bürger falsch informiert und er sein Handeln deshalb für zulässig hält.⁷⁴ Ein vermeidbarer Irrtum liegt zum Beispiel vor, wenn der Täter gebotene Erkundigungen ganz unterlässt, obschon er das Unrecht mit ihrer Hilfe eingesehen hätte.

Wenn der Bürger Anlass hatte, eine Rechtsfrage zu klären, muss er hierzu zunächst all seine Erkenntniskräfte und Wertvorstellungen einsetzen.⁷⁵ Regelmäßig genügt das eigene Nachdenken aber nicht. Selbst ein Rechtsanwalt darf sich nach der Rechtsprechung oft nicht mit eigenen Erkenntnissen zufrieden geben, die er als zweifelhaft erkannt hat⁷⁶ oder erkennen musste.⁷⁷ Zu nicht völlig alltäglichen Fragen muss der Laie Rechtsrat einholen,⁷⁸ indem er etwa⁷⁹ die Auskunft einer Behörde einholt⁸⁰ oder einen Rechtsanwalt⁸¹ hinzuzieht. Erfüllt der Normadressat diese Erkundigungspflicht und vertraut er infolge der gegebenen unrechtsverneinenden Auskunft auf ein rechtmäßiges Verhalten, ist der Irrtum *prinzipiell* unvermeidbar.⁸²

⁶⁸ Dazu BGHSt 4, 1, 4; 27, 196, 201 f.; 56, 174, 182 f. (zu zivilgerichtlichen Entscheidungen) = HRRS 2011 Nr. 486; 58, 15, 27 f. = HRRS 2012 Nr. 1046; BGH NStZ 2011, 461, 462 = HRRS 2011 Nr. 130; (mit gutem Grund infolge festgestellter Verschleierungsmaßnahmen); OLG Hamm JR 2004, 478, 479: Auskunft als möglicherweise rechtswidrig genüge; BayObLG NJW 1989, 1744, 1745; OLG Stuttgart NJW 1967, 122; OLG Köln MDR 1954, 374; zu kontroversen Entscheidungen gleichrangiger Gerichte *Fischer* (Fn. 54), § 17 Rn. 9c; zur entsprechenden Praxis auch *D. Meyer JuS* 1979, 250, 252 ff.; *Kunz GA* 1983, 457 ff.; einschränkend schon OLG Braunschweig NStZ-RR 1998, 251, 252: nicht bei völlig fehlendem Unrechtsbewusstsein nach Beratung durch Rechtsanwälte.

⁶⁹ Zu diesem sog. Eigenimportmodell BGHSt 58, 15 ff. = HRRS 2012 Nr. 1046; mit Anm. *Donle GRUR-Prax* 2013, 16; *Flehsig-Bisle ZUM* 2013, 130; *Raschke NZWiSt* 2013, 18.

⁷⁰ Dazu EuGH EuZW 2012, 663 ff. = HRRS 2012 Nr. 1087 und BGHSt 58, 15, 19 ff. = HRRS 2012 Nr. 1046.

⁷¹ BGHSt 58, 15, 27 f., 31 f. = HRRS 2012 Nr. 1046; siehe teilweise krit. auch *Raschke NZWiSt* 2013, 18, 20.

⁷² Für eine Entscheidung nach der Zumutbarkeit, die aber in die grundsätzlich psychologisch verstandene Prüfung des § 17 StGB integriert wird, OLG Stuttgart NJW 2008, 243, 244 f.: Irrtum „als unvermeidbar anzusehen“; OLG Celle NStZ-RR 2009, 110, 111 f.; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 59 (L) = BeckRS 2009, 27806; andeutend schon früh OLG Stuttgart NJW 1967, 122. Siehe i.E. auch BGH NJW 2007, 3078, 3079 = HRRS 2007 Nr. 843 vor dem Hintergrund einer ernsthaft möglichen unionsrechtlichen Unverhältnismäßigkeit, zu ihrem Eintritt zusf. *NK/Gaede* (Fn. 13), § 284 Rn. 21b f.

⁷³ *Fischer* (Fn. 55) § 17 Rn. 7 (mit Verweis auf BGH 1 StR 217/85); OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 263; BayObLG NJW 1989, 1744, 1745; OLG Köln NJW 1996, 472, 473; zum individuellen Aspekt hier nur näher *LK/Vogel* (Fn. 6), § 17 Rn. 34, 40.

⁷⁴ Zu dieser Fallgruppe aus jüngerer Zeit BGHSt 55, 121, 130 f. = HRRS 2010 Nr. 488; BGH NJW 2007, 3078, 3079 = HRRS 2007 Nr. 843; OLG Stuttgart NJW 2006, 2422 ff.

⁷⁵ StRspr., siehe BGHSt 4, 1, 5; 4, 236, 242 f.; 21, 18, 20; 58, 15, 29 = HRRS 2012 Nr. 1046; BGH NStZ 2000, 307, 309; BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); OLG Köln NJW 1996, 472, 473; *Fischer* (Fn. 55), § 17 Rn. 8.

⁷⁶ BGHSt 18, 192, 197; *Fischer* (Fn. 54), § 17 Rn. 9; siehe näher aber auch m.w.N. *LK/Vogel* (Fn. 6), § 17 Rn. 76.

⁷⁷ Dafür etwa BGHSt 5, 284, 289.

⁷⁸ *HK-GS/Duttge* (Fn. 43), § 17 Rn. 19; m.w.N. *Matt/Renzikowski/Gaede* (Fn. 6), § 17 Rn. 27: Selbstaufklärung weithin nur bei Rechtskundigen.

⁷⁹ Zu möglichen weiteren rechtskundigen Auskunftspersonen etwa BGHSt 5, 111, 118; OLG Hamburg NJW 1967, 213; für die seltene Akzeptanz der Auskünfte von Nichtjuristen BGHSt 40, 257, 264: erfahrener Arzt kann über zulässigen Behandlungsabbruch aufklären; zu Fachverbänden *LK/Vogel* (Fn. 6), § 17 Rn. 84.

⁸⁰ Dazu etwa OLG Frankfurt VRS 28, 423, 425 f.; BayObLG GA 1966, 182 f.; *Löw*, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB (2002), S. 122 f.

⁸¹ Für Beispiele BGHSt 20, 342, 372; BayObLG StV 1992, 421; *Fischer* (Fn. 55), § 17 Rn. 9.

⁸² Aus jüngerer Zeit BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461; BGH (Z) GRW 2011, 13; mustergültig auch BGHSt 48, 278, 289 und BGH NJW 1989, 409, 410.

Die Rechtsprechung setzt dafür jedoch voraus, dass sowohl die *Auskunftsperson* als auch die gegebene *Auskunft* aus der *Sicht des Täters* verlässlich sind. Danach muss der Bürger seit langem eine Fülle kumulativer Voraussetzungen kontrollieren, wenn er einen verlässlichen anwaltlichen Ratschlag behaupten will:

- So soll der Rechtsanwalt „keinerlei Eigeninteresse“ verfolgen dürfen.⁸³
- Der vor allem dadurch als unvoreingenommen bestimmte Rechtsanwalt muss „insbesondere sachkundig“ sein.⁸⁴
- Ferner muss der Bürger von dem gefragten Rechtsanwalt eine objektive,
- sorgfältige und
- verantwortungsbewusste Auskunft erhalten,⁸⁵
- die auf einer pflichtgemäßen Prüfung der Sach- und Rechtslage beruht.⁸⁶
- Der Auskunft muss der zutreffende und vollständige Sachverhalt zugrunde liegen.⁸⁷
- Führt der Anwaltsrat etwa wegen Widersprüchen oder erklärter Vorbehalte keine Klärung herbei, ist regelmäßig erneut ein Rechtsrat einzuholen.⁸⁸ Gleiches gilt, wenn an der Expertise für den Rechtssuchenden ersichtliche Zweifel bestehen, weil „plumpe Machenschaften zur Gesetzesumgehung“ empfohlen werden.⁸⁹
- Der anwaltliche Rat ist regelmäßig unmaßgeblich, wenn er offensichtlich der Rechtsauffassung des letztinstanzlich zuständigen Gerichts widerstreitet.⁹⁰

- Tritt eine zuständige Behörde bekanntermaßen für die Strafbarkeit ein, soll ein Irrtum nur ausnahmsweise unvermeidbar sein.⁹¹
- Überdies soll das Vertrauen auf den anwaltlichen Rat stets unbeachtlich sein, wenn die Unerlaubtheit des angestrebten Verhaltens bei einer mäßigen Anspannung von Verstand und Gewissen leicht erkennbar war.⁹²
- Schließlich warnt die Rechtsprechung den Bürger ganz allgemein: Selbst wenn ein Anwalt eine für den Bürger günstige Ansicht vertritt, darf der Bürger nicht vorschnell die Augen vor geteilten Ansichten und Entscheidungen verschließen und den günstigen Standpunkt übernehmen.⁹³

Als Bürger atmet man an dieser Stelle erst einmal tief durch. Der Laie, um den es hier geht, muss den Rechtsanwalt mit ca. zwölf Unterkriterien kontrollieren. An vielen verschiedenen Kautelen kann das Vertrauen auf die Beratung scheitern.

In den letzten Jahren wurden diese Kautelen noch ausgebaut. In einer Zeit, in der Strafverteidiger und auch Großkanzleien unter dem Zauberwort der Compliance vermehrt eine strafrechtliche Präventivberatung anbieten, hat der BGH zusätzliche Anforderungen aufgestellt, die der Anerkennung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums entgegenstehen können. In Fällen, die bisher die Freiheit der Meinungsäußerung und wirtschaftliche Unternehmungen betrafen, hat er weitere Schranken gesetzt:⁹⁴

- Ganz allgemein betont der BGH nunmehr auch in der amtlichen Sammlung, dass der Rat eines Anwalts nicht schon deshalb vertrauenswürdig ist, weil der Anwalt kraft seiner Berufsstellung vertrauenswürdig sei.⁹⁵
- Gefälligkeitsgutachten, die eher zur Absicherung als zur Klärung bestellt werden, können

⁸³ BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); BGHSt 4, 347, 353; 40, 257, 264; 58, 15, 29 f.: Auskunftspersonen möglicherweise voreingenommen; BGH NJW 2000, 2366, 2368; NStZ 2000, 307, 309: Schutzwürdigkeit des Vertrauens erforderlich; 2011, 461, 462 = HRRS 2011 Nr. 230; BayObLG NJW 1989, 1744, 1745; m.w.N. LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 79; zum notwendigen aber unbedenklichen Eigeninteresse des Rechtsanwaltes *Ignor/Rixen*, Handbuch des Arbeitsstrafrechts, 2. Aufl. (2008), § 1 Rn. 50; siehe zu diesem Aspekt auch sinnvoll einschränkend bereits BGHSt 48, 278, 288 f.

⁸⁴ M.w.N. etwa wieder BGHSt 58, 15, 29 = HRRS 2012 Nr. 1046; *Kirch-Heim/Samson wistra* 2008, 81, 83 f.: Sachkunde und Objektivität.

⁸⁵ M.w.N. BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); BGHSt 40, 257, 264; BGH NJW 2000, 2366, 2368.

⁸⁶ Dazu erneut etwa m.w.N. BGHSt 58, 15, 29 = HRRS 2012 Nr. 1046; BGH NStZ 2011, 461, 462 = HRRS 2011 Nr. 230; NK/Neumann (Fn. 16), § 17 Rn. 74 ff., krit. zur sorgfältigsten Prüfung, die der Rechtssuchende regelmäßig nicht einschätzen kann Rn. 76 und Löw (Fn. 80), S. 111 ff.

⁸⁷ Dazu statt vieler m.w.N. BGHSt 58, 15, 29 ff. = HRRS 2012 Nr. 1046: vollständige Kenntnis von allen tatsächlich gegebenen, relevanten Umständen; *Raschke* NZWiSt 2013, 18, 19 f.; m.w.N. *Fleischer* NZG 2010, 121, 124, mit einer treffenden Ausnahme für eine schuldlos unvollständige Sachverhaltsdarlegung.

⁸⁸ So im Ergebnis BGHSt 30, 270, 276 f. zum OWiG; OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 263; OLG Hamm NJW 1982, 659, 661; BayObLGSt 1971, 24, 29 f.; aus jüngerer Zeit auch BGHSt 58, 15, 29 f, 31 = HRRS 2012 Nr. 1046: Bürger darf sich nicht mit mehrdeutigen oder unklaren Auskünften zufriedengeben.

⁸⁹ KG JR 1977, 379, 380 m. Anm. *Rudolphi*.

⁹⁰ Vgl. dazu BGHSt 21, 18, 22; OLG Bremen NStZ 1981, 265 f.; NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 78.

⁹¹ BayObLGSt 1971, 149, 153; siehe mit dieser Tendenz zur Indizierung durch die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L). Siehe auch den problematischen Verweis auf die Einholung von Auskünften bei staatlichen Stellen BGH NStZ 2011, 461, 462 = HRRS 2011 Nr. 230.

⁹² BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461; BGHSt 2, 188, 193; OLG Braunschweig NStZ-RR 1998, 251; OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 263 f.; LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 86; *Fleischer* NZG 2010, 121, 124; krit. NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 79; verfehlt noch strenger bei Rückgriffen des Rechts auf „ethische Wertungen“ BayObLG NJW 1965, 163, 164; dazu schon *Kirch-Heim/Samson wistra* 2008, 81, 83.

⁹³ Dafür BGHSt 58, 15, 31 = HRRS 2012 Nr. 1046; BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461; OLG Köln NJW 1996, 472, 473; KG NVwZ-RR 2011, 647; zu einer unzureichenden mittelbaren Erkundigung über einen Mittäter BGH NStZ 2011, 461, 462 = HRRS 2011 Nr. 230.

⁹⁴ Zu den Fällen BGHSt 58, 15, 27 ff. = HRRS 2012 Nr. 1046; BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461.

⁹⁵ M.w.N. BGHSt 58, 15, 30 = HRRS 2012 Nr. 1046; so auch schon weniger beachtet BGH NStZ 2000, 307, 309.

keine unvermeidbaren Verbotsirrtümer begründen.⁹⁶

- Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind oder nach dem Willen des Anfragenden lediglich eine „Feigenblattfunktion“ erfüllen sollen, können den Täter ebenfalls nicht entlasten.⁹⁷
- *Namentlich* bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen fordert der BGH regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten.⁹⁸
- Eine nicht näher konkretisierte anwaltliche Auskunft, die dem BGH wenig substantiiert erscheint, soll der Angeklagte regelmäßig durch eine Anspannung seines Gewissens überwinden können.⁹⁹

Zu diesen Kriterien kommen vertiefte Feststellungslasten hinzu, welche die Rechtspraxis der Gerichte auch über den ausgelösten Arbeitsaufwand beeinflussen. Als Revisionsgericht verlangt der BGH gerade in jüngerer Zeit, dass die Tatgerichte detailliert darlegen, *weshalb* sie dem Angeklagten tatsächlich einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zugestehen.¹⁰⁰ Gerade dann, wenn ein Angeklagter eine mögliche Strafbarkeit zunächst erkannt hatte und er sodann die gegenteilige Beratung durch einen Anwalt einwendet, fordert der BGH eine *umfassende* Gesamtwürdigung, die alle belastenden Indizien ausschöpft, bevor ein unvermeidbarer Verbotsirrtum bejaht werden darf.¹⁰¹ War dem Angeklagten einmal aktuell bewusst, dass er sich in einem Grenzbereich befindet, lässt der BGH eine klare Tendenz erkennen, einen unvermeidbaren Verbot-

sirrtum nicht zu akzeptieren.¹⁰² Will das Gericht für den unvermeidbaren Verbotsirrtum auf ausschlaggebende anwaltliche Beratungen verweisen, muss es die konkreten anwaltlichen Ausführungen im Urteil schildern und herleiten, wie sich aus den Ausführungen eine das tatbestandliche Unrecht betreffende Fehlvorstellung entwickelt haben soll.¹⁰³

III. Bewertung der strengen Irrtumsmaßstäbe

Jene Maßstäbe vermögen nicht durchgängig zu überzeugen. Es ist zwar geboten, unvermeidbare Verbotsirrtümer auch dann nicht vorschnell zu bejahen, wenn der Bürger Erkundigungen eingeholt hat (dazu 1.). Der schuldauuschließende Verbotsirrtum ist aber gerade bei wenig klaren Strafgesetzen ebenso wenig wie eine Chimäre zu bekämpfen (dazu 2.). Eine lebensadäquatere und einzel-fallbezogene Anwendung der Maßstäbe ist erforderlich.

1. Begründete Vorsicht vor dem unvermeidbaren Verbotsirrtum

Die geschilderten Maßstäbe sind aus der Perspektive der Bürger sehr streng. Dies wird im Schrifttum seit langem vor allem für Tatbestände kritisiert, die nicht wie zum Beispiel der Diebstahl oder die Körperverletzung zu unserem Kernstrafrecht zählen.¹⁰⁴ Dennoch tritt der BGH weiter intensiv dafür ein, alle Strafgesetze gegenüber jedem Einzelnen durchzusetzen. Die Strafe soll nicht ohne Not an ggf. nur vorgeschützten Rechtsirrtümern scheitern. So kommt es dazu, dass unsere Tatgerichte den BGH nahezu leichter von der Strafe eröffnenden *Schuld* des Angeklagten¹⁰⁵ als von einem beachtlichen Irrtum überzeugen können.

⁹⁶ BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); BGHSt 58, 15, 30 = HRRS 2012 Nr. 1046; BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461; dazu auch schon *Dahs*, FS Strauda, S. 99 ff.; *Kunz GA* 1983, 457 ff.; *Fischer* (Fn. 55), § 17 Rn. 9a.

⁹⁷ BGHSt 58, 15, 30 = HRRS 2012 Nr. 1046; BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461; früh Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben* (Fn. 60), § 17 Rn. 18 und BGH NStZ 2000, 307, 309; BGHSt 48, 278, 289. Schon früher wurde ausgeführt, dass ein Irrtum, der auf einem Rechtsrat beruht, der allein zum Zweck einer Gesetzesumgehung eingeholt oder erteilt wurde, vermeidbar sein wird, KG JR 1977, 379 f. m. zust. Anm. *Rudolphi*; *Fischer* (Fn. 55), § 17 Rn. 9a.

⁹⁸ BGHSt 58, 15, 30, 31 f. = HRRS 2012 Nr. 1046; BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L) im Anschluss an *Kirch-Heim/Samson wistra* 2008, 81, 85; HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben* (Fn. 60), § 17 Rn. 18; *Raschke NZWiSt* 2013, 18, 19 f.; zu möglichen Ausnahmen aber schon *Fleischer NZG* 2010, 121, 125.

⁹⁹ BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L) und BGHSt 58, 15, 31 f. = HRRS 2012 Nr. 1046.

¹⁰⁰ BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); BGHSt 58, 15, 27 f. = HRRS 2012 Nr. 1046; früh schon BGH JZ 1978, 762 und NStZ 2000, 307, 309. Siehe aber zur Akzeptanz eines unvermeidbaren Verbotsirrtums BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461.

¹⁰¹ M.w.N. BGHSt 58, 15, 27 f. = HRRS 2012 Nr. 1046 insbesondere mit Verweis auf die problematischen Entscheidung BGH NStZ 2012, 160 (Vorsatz bei der Steuerhinterziehung, dazu m.w.N. *Gaede*, Der Steuerbetrug (Fn. 18), Kap. D. II. 2. c) (2) (a).

¹⁰² M.w.N. BGHSt 58, 15, 27 f., 29 f., 31 f. = HRRS 2012 Nr. 1046; BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); siehe anders aber BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461.

¹⁰³ BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L): pauschale Hinweise auf die Rechtmäßigkeit des eigenen Tuns sind unzureichend; siehe etwa schon BGH NStZ 2000, 307, 309.

¹⁰⁴ Zur Kritik der Norm z.B. *Schmidhäuser NJW* 1975, 1807, 1810; *ders. JZ* 1979, 361, 366 ff.; *Freund AT* (Fn. 45), § 7 Rn. 89 ff.; *HK-GS/Duttge* (Fn. 43), § 17 Rn. 2: nur für sog. Kulturnormen schuldtheoretisch unbedenklich; *MüKo/Joicks* (Fn. 26), § 17 Rn. 84; zur Kritik an der überstrengen Auslegung etwa *MüKo/Duttge* (Fn. 26), § 15 Rn. 23 ff., 27; *Lackner/Kühl* (Fn. 26), § 17 Rn. 7; *Roxin AT/I* (Fn. 7), § 21 Rn. 39, 45; *Stratenwerth/Kuhlen AT* (Fn. 9), § 10 Rn. 90 ff.

¹⁰⁵ Fälle, in denen der BGH einen Erörterungsmangel hinsichtlich eines möglicherweise zu Unrecht übersehenen unvermeidbaren Verbotsirrtums rügt, sind fast nicht aufzufinden. Sie betreffen etwa die besondere Konstellation des DDR-Grenzregimes, BGH HRR-Strafrecht 2002, 13 (5 StR 363/01, Beschl. v. 6.11.2001); siehe aber zu notwendigen Feststellungen bei vorliegenden Anhaltspunkten instruktiv *OLG Oldenburg NZV* 2010, 305. Positive Feststellungen zum Vorliegen des Unrechtsbewusstseins sollen in einem Urteil nur erforderlich sein, wenn ernstliche und nicht nur theoretische Zweifel vorliegen, die der Täter regelmäßig darlegen muss, da im Allgemeinen ohne seine Äußerung keine derartigen Zweifel veranlasst seien, *LK/Vogel* (Fn. 6),

Es bleibt dann aber die Frage, was diese Sichtweise noch von dem ehrenvollen Satz übrig lässt, Strafe würde Schuld voraussetzen. Definieren wir uns vielleicht die Schuld herbei, weil wir den Einzelnen als Sündenbock brauchen, um die Geltung unklarer Strafgesetze zu erhalten?¹⁰⁶ Muss der unvermeidbare Verbotsirrtum und mit ihm eine materiell verstandene Schuld des Einzelnen ein Trugbild bleiben, weil jede Rechtsordnung Verbotsirrtümer unnachgiebig ignorieren muss, um die Geltung ihrer Normen zu erhalten?¹⁰⁷

Eine derart pessimistische Sicht ist letztlich nicht angezeigt. Die gesetzliche Strenge gegenüber der Rechtsfahrlässigkeit muss nicht rein funktionalistisch erklärt werden. Wenn sein Verhalten andere Mitmenschen oder die gemeinsamen Güter aller Mitmenschen beeinträchtigen kann und *daher* ein Anlass zur Reflektion besteht,¹⁰⁸ ist die Pflicht eines jeden von uns begründet, sich der Zulässigkeit seines Verhaltens zu vergewissern.¹⁰⁹ Nur über eine solche Pflicht können wir eine Rechtsgemeinschaft denken und sichern, in der die Freiheitsräume eines jeden tatsächlich wechselseitig geachtet werden.¹¹⁰ Wenn sich die Normadressaten um die geltenden Rechtsmaßstäbe nicht sorgen müssten, könnte niemand rational darauf vertrauen, dass das Recht tatsächlich erkannt und sodann beachtet wird; die Rechtsgeltung bliebe dem Zufall überlassen. Verletzt ein Bürger seine Erkundigungspflicht, obwohl ihm sein Verhalten zur Erkundigung Anlass geboten hat, können wir ihm durchaus einen substantziellen Schuldvorwurf machen.¹¹¹ Dies gilt, soweit der Bürger das Recht durch seine Erkundigung erkennen konnte und der Pflichterfüllung keine individu-

ell unüberwindbaren Hindernisse entgegenstanden. Von einer Schuld lässt sich hier auch dann noch sprechen, wenn der Täter lediglich halbherzig an einen Rechtsanwalt herantritt, um seiner Pflicht *scheinbar* Genüge zu tun. Insoweit besteht ein gemeinsames Interesse daran, dass sich niemand gleichsam durch ein „Spiel über Bande“ von Rechtsmaßstäben befreien kann, die für jeden anderen gelten.¹¹² Deshalb ist auch im Fall einer eingeholten Rechtsberatung zu prüfen, ob die für das Recht zentrale Erkundigungspflicht tatsächlich erfüllt wurde.

2. Gefahr der Übersteigerung und Alternativen

Es besteht jedoch die Gefahr, die insoweit begründeten Anforderungen an den Bürger zu übersteigern. Wenn gleich die Einzelergebnisse der BGH-Rechtsprechung der letzten Jahre für sich genommen weithin Zustimmung verdienen, laufen die anerkannten Leitmaßstäbe darauf hinaus, den unvermeidbaren Verbotsirrtum in der tatgerichtlichen Praxis von vornherein zu marginalisieren:

a) Bedingtes Unrechtsbewusstsein bei konkretisierungsbedürftigen Gesetzen

Zunächst zum bedingten Unrechtsbewusstsein.¹¹³ Die Praxis bejaht die Schuld mit seiner Hilfe schon dann, wenn aus dem Anwaltsrat eine streitige Rechtslage hervorgeht. Wer weiß, dass die Strafbarkeit denkbar ist, hat nahezu stets Unrechtseinsicht. Die billigende Inkaufnahme der Strafbarkeit wird – von Sonderkonstellationen abgesehen¹¹⁴ – unterstellt, selbst wenn sich der Anwalt *gegen* die Strafbarkeit ausspricht. Diese pauschale Praxis wird weder dem Schuldgrundsatz noch den Freiheitsrechten des Bürgers gerecht:

Wenn die strafrechtliche Rechtslage wie so oft umstritten ist, werden im Kontext des Verbotsirrtums die Leistungsgrenzen des Bestimmtheitsgebots spürbar. Wie reagiert die Praxis nun aber bei der Irrtumsregelung auf diese Grenzen? Bemüht sie sich, die missliche Lage des Bürgers differenziert aufzufangen, so wie es das BVerfG in Grenzfällen erwartet? Bisher bedeutet die Position der Praxis, dass der Bürger im Zweifel *stets* von seinem Vorhaben abrücken muss. Selbst wenn es ernsthaft möglich ist, dass die Gerichte dem Bürger am Ende Recht geben werden, muss er zur Vermeidung eines Schuldvorwurfs auf die Ausübung seiner Grundrechte verzichten, weil

§ 17 Rn. 10; krit. unter dem Gesichtspunkt des Schweige-
rechts MüKo/Joecks (Fn. 26), § 17 Rn. 98.

¹⁰⁶ Partiiell mit dieser Kritik etwa Köhler AT (Fn. 26), S. 412.

¹⁰⁷ So weithin auf einer funktionalistisch-generalpräventiven Basis Jakobs AT, 2. Aufl. (1991), 19/6 ff.; *ders.*, Schuld und Prävention (1976), S. 8 ff., 18 f., 25 f., 33; Lesch JA 1996, 346, 347; partiell Manso Porto (Fn. 48), S. 26 ff., 81 ff.; AnwK/Schaefer (Fn. 2), § 17 Rn. 7; vgl. auch mit spezialpräventiven Aspekten zB Roxin, FS Henkel, S. 171, 181 ff., 187 ff. in einschränkender Absicht. Vgl. zur Kritik an diesem Standpunkt etwa Roos, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung (2000), S. 303 ff.; Schünemann, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (1984), S. 153, 176 ff.; Arth. Kaufmann (Fn. 43), S. 128 ff. (noch gegen die Lehre Mezgers); Stratenwerth/Kuhlen AT (Fn. 9), § 10 Rn. 6 ff.

¹⁰⁸ Näher zum erforderlichen konkreten Anlass m.w.N. Löw (Fn. 80), S. 157 f.; LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 37, 39, 52; MüKo/Joecks (Fn. 26), § 17 Rn. 44 ff.; Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 24; zum erforderlichen Anlass auch BVerfG 1 BvR 299/89, Beschl. v. 25.2.1998. Zu weit noch BGHSt GS 2, 194, 201 f., dagegen nur Stratenwerth/Kuhlen AT (Fn. 9), § 10 Rn. 83.

¹⁰⁹ Dafür etwa Rudolphi JR 1989, 387, 388; D. Meyer JuS 1979, 250, 253; ähnlich i.E. NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 54, 56; siehe überdies m.w.N. Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 2, 22 und 24.

¹¹⁰ Dies geht dabei vom klassischen Rechtsbegriffs Kants aus, nach dem das Recht die Koordination der äußeren Freiheit zum Gegenstand hat, Kant, Metaphysik der Sitten (Original 1797/1798, hier zitiert nach der Akademie-Textausgabe 1902 ff., Band VI, S. 203, Nachdruck, Berlin 1968), §§ B ff., S. 229 ff.; siehe im Kontext des Verbotsirrtums auch Köhler AT (Fn. 26), S. 409 f.

¹¹¹ Siehe so auch schon Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 2, 22 und 24.

¹¹² Siehe auch, wenngleich für eine freiheitliche Rechtsordnung ggf. zu weitgehend, LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 8, der die Frage aufwirft, ob es nicht problematisch ist, wenn gerade denjenigen ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zugänglich ist, die sich teuren Rechtsrat leisten können, der selten gegen ihre eigenen Interessen gegeben werde.

¹¹³ Zum problematischen Begriff siehe dabei nur Puppe, FS Rudolphi, S. 231, 234 f.

¹¹⁴ So hat die Justiz in Konstellationen, in denen *sie selbst* die Verfassungs- und Unionsrechtskonformität einer Norm bezweifelt, vereinzelt bereits zu Recht anerkannt, dass das Risiko einer von Rechtsprechung und Verwaltung herbeigeführten unklaren Rechtslage nicht einseitig dem Normadressaten aufgebürdet werden darf: BGH NJW 2007, 3078, 3079 = HRRS 2007 Nr. 843; OLG Stuttgart NJW 2006, 2422, 2424.

der BGH ihn verpflichtet, von einem Strafbarkeitsrisiko auf die tatsächlich bestehende Strafbarkeit zu schließen. Auch der Bürger, der sich über den Anwalt um das Recht gesorgt hat, wird hier mit der Unklarheit des Gesetzes belastet. Handelt der Bürger im Vertrauen auf seinen Rechtsanwalt und entscheiden sich die Gerichte letztlich für die strafbarkeitsbejahende Auslegung, wird er grundsätzlich wie derjenige behandelt, der die Tat im sicheren Wissen um das vorliegenden Unrecht begeht.

Dies vermag nicht zu überzeugen. Schon die vereinzelt anders lautenden Entscheidungen, die den Verbotsirrtum nicht schon am bedingten Unrechtsbewusstsein scheitern lassen, bestätigten, dass bestehende Entscheidungsdefizite nicht pauschal auf dem Rücken der Bürger ausgeglichen werden dürfen.¹¹⁵ Eine dem Staat zurechenbar unklare Rechtslage darf die Grundrechtswahrnehmung nicht im Übermaß beschränken. Wird der Bürger in einer mehrdeutigen Rechtslage zu einem „im Zweifel für die Strafbarkeit“ gezwungen, tritt aber genau dies ein. In diesem Fall müsste sich der Bürger nach einem Anwendungsbereich der Strafgesetze ausrichten, der diesen bei einer vorhersehbarkeitsfördernden Konkretisierung durch die Rechtsprechung gar nicht zukommen darf.¹¹⁶ Obwohl kein Strafgesetz einschlägig ist, würde das Strafrecht Eingriffe in die Handlungsfreiheit der Bürger und zum Beispiel auch in ihre Meinungsfreiheit auslösen. Dies muss bei der Ausdifferenzierung des nicht nur im Strafrecht wurzelnden, sondern auch verfassungsrechtlich verankerten Schuldgrundsatzes¹¹⁷ bedacht werden, der durch § 17 StGB einfachrechtlich ausgeprägt wird. Allein der Umstand, dass dem Bürger eine mögliche weite Auslegung bekannt ist und er damit die Chance hat, Strafe zu vermeiden, darf insoweit noch keinen Schuldvorwurf begründen. Wir benötigen auch hier eine Bewertung dieser psychologischen Ausgangslage. Wenn der Bürger die Last auf sich nimmt, das geltende Recht aufzuklären und er darüber gute Gründe erfährt, die für seine Handlungsbefugnis sprechen, sprechen diese Gründe regelmäßig gegen seine Schuld.¹¹⁸

aa) Normunabhängiger Lösungsansatz insbesondere an der Unzumutbarkeit

Da die Problemfallgruppe der unklaren Rechtslage nicht unmittelbar in der Psyche des Einzelnen und in der Art

und Weise seiner Erkundigung ihren Ursprung findet, nimmt es nicht wunder, dass eine konstruktiv überzeugende Lösung seit längerem auch in einem von § 17 StGB unabhängigen Schuldaußschlussgrund der Unzumutbarkeit gesucht wird.¹¹⁹ Nach ihm wäre mit erheblichen Nuancen in den vertretenen Positionen im Wesentlichen darauf abzustellen, ob wichtige Rechtspositionen des Bürgers die Abstandnahme von dem nur vielleicht rechtswidrigen/strafbaren Verhalten unzumutbar machen.¹²⁰ Diese Lösung erübrigt einen „Umweg“ über die psychologische Verarbeitung durch den einzelnen Bürger; sie ist insofern nicht von der freien Beweiswürdigung zu innerpsychischen Tatsachen abhängig. Dem Bürger würde in einer unklaren Rechtslage nicht länger über den ihm vorgehaltenen Verbotsirrtum der Vorwurf gemacht, eine erkennbare Rechtslage verkannt zu haben.¹²¹ Im Ergebnis kann jener Ansatz insbesondere bei neuem (Straf-)Recht dazu führen, dass das gemäß Art. 103 II GG noch als bestimmt zu akzeptierende Gesetz erst nach einer klärenden Konkretisierung durch die Rechtsprechung überhaupt schuldhaft verletzt werden kann.¹²²

Diese Lösung ist aber ebenso wie eine weithin parallele analoge Anwendung des § 17 StGB¹²³ besonders voraussetzungsvoll, weil sie auch für das aktiv begangene Voratzdelikt über § 35 StGB hinaus einen Schuldaußschlussgrund behauptet, den der Gesetzgeber selbst nicht angedeutet hat. Sie würde, wendete man sie nicht nur auf

¹¹⁵ Für diese Wertung etwa bereits NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 51 f.; Naucke, FS Roxin, S. 503, 516 f.; Frister AT, 6. Aufl. (2013), § 19 Rn. 5; Raschke NZWiSt 2013, 18, 19 und BGH NJW 2007, 3078, 3079 = HRRS 2007 Nr. 843; OLG Stuttgart NJW 2006, 2422, 2423 f.; 2008, 243, 244 f.; OLG Celle NStZ-RR 2009, 110, 111 f.; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 59 (L) = BeckRS 2009, 27806; BayObLG NStZ 2000, 148; LG Ravensburg NStZ-RR 2007, 353, 354; m.w.N. Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 22 f., 32.

¹¹⁶ Vgl. schon ohne Rekurs auf die Präzisierungspflichten Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 33: Ausrichtung nach beliebig behauptetem Unrecht aufgezwungen; Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 22 f.; siehe auch für die Berücksichtigung der Pressefreiheit bei den Erkundigungspflichten von Journalisten AG Dresden BeckRS 2010, 25700.

¹¹⁷ Zur dogmatischen Verankerung näher Hörnle, FS Tiedemann, S. 325 ff. Bemerkenswert wie hier schon BVerfG 1 BvR 299/89, Beschl. v. 25.2.1998.

¹¹⁸ Dafür auch m.w.N. Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 39 f.

¹¹⁹ Für diese Stimmen etwa Naucke, FS Roxin, S. 503, 516 f.; Neumann JuS 1993, 793, 798; NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 51 f., 71 f.; Puppe, FS Rudolphi, S. 231, 233 ff.; Lackner/Kühl (Fn. 26), § 17 Rn. 7: Unvermeidbarkeit bei ungeklärter Rechtsfrage; Löw (Fn. 79), S. 208 ff., 255 ff., 292 f.; Köhler AT (Fn. 26), S. 410; Velten, Normkenntnis und Normverständnis (2002), S. 399 ff., 457 f.; Zabel GA 2008, 33, 48 f., 53 ff.; ders., Schuldtypisierung als Begriffsanalyse (2007), S. 437 f. Aus der Rechtsprechung ähnlich auch OLG Stuttgart NJW 2008, 243, 244 f.; OLG Celle NStZ-RR 2009, 110, 111 f.; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 59 (L) = BeckRS 2009, 27806.

¹²⁰ Grundlegend Warda, FS Welzel, S. 499 ff., 508 ff.; ders., FS Lange, S. 119, 135 ff.; Naucke, FS Roxin, S. 503, 516 f.; Löw (Fn. 80), S. 208 ff., 255 ff., 292 f.; Köhler AT (Fn. 26), S. 410; LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 28, 68 f.; noch weitergehend bei einem vorliegenden „Normenchaos“ m.w.N. NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 33 f., 51 f., 70 ff.; ders. JuS 1993, 793, 798. Siehe etwa zur Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz oder der Mobilität des Bürgers OLG Celle NStZ-RR 2009, 110, 111 f.: Interesse des Einzelnen an der Vornahme der Handlung und Interesse der Allgemeinheit an ihrer Unterlassung für den konkreten Einzelfall abzuwägen; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 59 (L) = BeckRS 2009, 27806; siehe auch früh OLG Schleswig SchlHA 1966, 206, 207 m. zust. Anm. Naucke SchlHA 1966, 232, 234.

¹²¹ Zur Begründung der Ansicht über den mangelnden Vorwurf m.w.N. NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 51; a.A. insofern etwa m.w.N. Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 23.

¹²² Siehe etwa NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 52: kein Schuldvorwurf, bevor nicht eine gerichtliche Entscheidung für die Strafbarkeit vorlag, die nicht durch eine andere neutralisiert wurde. Wie Neumann aber auch Puppe, FS Rudolphi, S. 231, 233 ff.: Rechtsprechung sei weithin Rechtssetzung, vor dieser könne der Bürger nicht die für das (potenzielle) Unrechtsbewusstsein erforderliche Gewissheit erzielen.

¹²³ Für diese etwa m.w.N. Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 33 f.; wohl ebenso LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 28.

eine einstweilen divergente Rechtsprechung an, die Anwendbarkeit neuen *geltenden* Strafrechts bis zu seiner hinreichenden Konkretisierung bei entgegenstehenden Interessen des Einzelnen sperren und das Rückwirkungsverbot trotz der erfüllten Anforderungen des Art. 103 II GG in einem besonders weiten Umfang auf die Rechtsprechung ausdehnen.¹²⁴ Es wäre nicht ersichtlich, wie das Gesetz durch eine konkretisierende Rechtsprechung aus seinem paralyisierten Zustand heraustreten können sollte, da die Schuld des Betroffenen schon bei der Entscheidung über eine Anklageerhebung zu verneinen wäre. Überdies würde diese Lösung Fälle von Strafe befreien, in denen einzelne Bürger die Strafbarkeit vollends akzeptiert haben und zum Beispiel allein die vorübergehende Konkretisierungsbedürftigkeit zu ihrem Vorteil ausnutzen wollen. Jedenfalls hier lässt sich schwerlich vertreten, dass das bisher eine allgemeine Unzumutbarkeitsschranke verneinende Parlament mit dem Votum für eine Schuld des Angeklagten den verfassungsunmittelbaren Schuldgrundsatz verletzt: Es liegt eine willentliche Entscheidung für das vom Parlament bestätigte Unrecht vor.¹²⁵

Zudem wäre eine nahezu vollständig¹²⁶ objektivierte Betrachtung, die auf die vorhandenen und ggf. unterschiedlichen Vorstellungen des Einzelnen nicht mehr rekurriert, auf der Ebene der individuellen Schuld deplatziert. Wenn die Vorwerfbarkeit zum Beispiel stets entfallen soll, falls noch keine unrechtsbejahende Rechtsprechung vorliegt, wird das Problem nicht als Problem einer individuellen Schuld behandelt. Aus dem Umstand, dass ein Schuldproblem einen Ursprung in wenig klaren Gesetzen findet, folgt nicht, dass *auf der Ebene der Schuld* eine

rein objektive Abwägung der abstrakt oder für den Einzelnen vorhandenen Handlungsoptionen gestattet wäre. Grundsätzlich sind es gerade bei der Vorsatztat, wie § 17 StGB indiziell bestätigt, die individuellen *Vorstellungen* über das Unrecht, welche die Schuld wesentlich bestimmen. Eine rein objektive Anwendungssperre wäre hingegen nur geboten, wenn das objektive Gesetzlichkeitsprinzip selbst eine solche erzwingen würde. Sie müsste dann in der Tat auf die Vorstellung des konkreten Akteurs keine Rücksicht nehmen, da es auf die Schuld nicht mehr ankommt. Will man aber zum Gesetzlichkeitsprinzip der vorherrschenden Ansicht folgen, kann dies nicht über eine vorstellungs- und gesetzesferne Objektivierung der Schuld wieder korrigiert werden.¹²⁷

bb) Normgebundener Lösungsansatz innerhalb des § 17 StGB

Eine verbesserte Lösung muss insoweit die Handhabung des § 17 StGB selbst auf den Prüfstand stellen.¹²⁸ Dabei genügt es aber nicht, mit den Ansätzen einiger Oberlandesgerichte aus der unklaren Rechtslage und der mit ihr verbundenen Unzumutbarkeit auf die Unvermeidbarkeit des Irrtums zu schließen,¹²⁹ da zunächst erst zu begründen ist, inwiefern eine mangelnde Unrechtseinsicht und damit ein Irrtum i.S. des Gesetzes noch vorliegen soll. Insoweit drängt es sich geradezu auf, die Rechtsprechung zur Ernstnahme ihres eigenen Grundstandpunktes aufzufordern: Sie muss das bislang zumeist verkümmerte Kriterium der Inkaufnahme des Verbots und damit das zu Recht¹³⁰ von ihr anerkannte voluntative Element des

¹²⁴ Dabei wird hier nicht übersehen, dass heute zu Recht auch das BVerfG für Rechtsprechungsänderungen einen Vertrauensschutz erwägt, der infolge der anerkannten Konkretisierungsfunktion der Rechtsprechung in der Tat unvermeidlich ist, siehe zur Übernahme in das Prüfprogramm BVerfGE 126, 170, 199 = HRRS 2010 Nr. 656; BVerfGK 18, 430 ff. = HRRS 2011 Nr. 737 m. instr. Anm. Kuhlen HRRS 2012, 114 ff.; ders., JR 2011, 246, 248 ff.; Saliger NJW 2010, 3195, 3196; zu entsprechenden Literaturforderungen (vgl. etwa Neumann ZStW 103 [1991], 331 ff.; Schulz, FS Roxin II, S. 305, 313 ff.) bereits zust. m.w.N. AnwK/Gaede (Fn. 2), § 1 Rn. 41. Hier geht es jedoch darum, ob in der Lage einer noch fehlenden Konkretisierung das verfassungsrechtlich bestimmte Gesetz praktisch als unanwendbar betrachtet werden darf. Ein aus der Rechtsprechung entspringender Vertrauenstatbestand fehlt in diesem Fall.

¹²⁵ Teilweise anders etwa Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 34, der möglicherweise auch hier den „Übervorsichtigen“ schützen will. Soweit die Strafbarkeit jedoch bejaht wird, lässt sich das Verhalten schwerlich als übervorsichtig bewerten. Bleibt es hingegen straflos, führt die im Einzelfall mit der hier vertretenen Ansicht angenommene Unrechtseinsicht allein nicht zur Strafbarkeit.

¹²⁶ Allerdings werden insoweit bei der Objektivierung die konkreten objektiven Verhältnisse und die ggf. eingeholten oder unterlassenen Erkundigungen oft in die Prüfung einbezogen, so mit schuldbezüglicher Wirkung OLG Celle NStZ-RR 2009, 110, 111 f.; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 59 (L) = BeckRS 2009, 27806. Zum Beispiel Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 34 will die individuelle Vorstellung, ob die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit wahrscheinlich war, berücksichtigen. Ein so verstandener Unzumutbarkeits-/Analogieansatz nähert sich aber der hier vertretenen Position bereits weithin an.

¹²⁷ Insofern dürfte lediglich Raum bestehen, eine schuldabschließende Unzumutbarkeit in dem Sonderfall zu erwägen, in dem der Einzelne einen Unrechtszweifel in der Handlungssituation gar nicht beheben kann und er nach seiner Vorstellung nur die Wahl zwischen zwei jeweils als *rechtswidrig* betrachteten Verhaltensalternativen hat. Zu dieser Fallgruppe, in der dem Einzelnen schon jede Verhaltensalternative fehlen kann, siehe (mit weiterem Zugschnitt) Warda, FS Welzel, S. 499, 508 ff., 519 ff., 526 ff.; NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 34; ders. JuS 1993, 793, 796; HK-GS/Duttge (Fn. 43), § 17 Rn. 14; hier für eine analoge Anwendung des § 17 StGB Jakobs (Fn. 107), AT 19/30; Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 33 f.; zu den möglichen Umsetzungsoptionen Matt/Renzikowski /Gaede (Fn. 6), § 17 Rn. 11. Eine unsichere oder fehlende Rechtskenntnis des Bürgers, die auf staatlichen Regelungsdefiziten beruht, behandeln weithin objektiv wertend auch BGH NJW 2007, 3078, 3079 = HRRS 2007 Nr. 843; OLG Stuttgart NJW 2006, 2422, 2424; LG Ravensburg NStZ-RR 2007, 353, 354 als unvermeidbaren Verbotsirrtum.

¹²⁸ Siehe aus den Reihen der Kritiker auch für eine Teillösung über § 17 StGB NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 52.

¹²⁹ Dafür erneut nur grundlegend OLG Stuttgart NJW 2008, 243, 244 f.

¹³⁰ Nach anderer Ansicht soll bereits die erkannte Möglichkeit genügen, Unrecht zu begehen, NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 33; MüKo/Joeks (Fn. 26), § 17 Rn. 25; Kunz GA 1983, 457, 462 f.; Warda, FS Welzel, S. 499 ff., 504 ff., 517 ff.; weithin Stratenwerth/Kuhlen AT (Fn. 9), § 10 Rn. 84 f.; gegen das bedingte Unrechtsbewusstsein i.S. der Rechtsprechung auch Puppe, FS Rudolph, S. 231, 234 ff. (mit der oft anzutreffenden aber unzutreffenden Behauptung, dass die Rechtswidrigkeit des Tuns nicht Gegenstand des Willens sein könnte; tatsächlich kann es unschwer Gegenstand einer Vorstellung sein, entweder von der Rechtmäßigkeit des Tuns auszugehen oder sich trotz einer akzeptierten

Unrechtsbewusstseins wiederbeleben.¹³¹ Nur dann, wenn ein Täter die Unrechtsbegehung akzeptiert hat, liegt ein Schuldvorwurf nahe. Die Rechtsprechung muss im Sinne ihrer eigenen, bisher in der Rechtsanwendung regelmäßig entwerteten doppelsträngigen Formel wieder in jedem Einzelfall prüfen, ob der Einzelne nicht insbesondere wegen des anwaltlichen Ratschlages ernsthaft darauf vertraut hat, dass sich die eigene Auffassung durchsetzen wird bzw. zutrifft.¹³² Dann nimmt der Bürger den Verstoß gegen geltendes Recht nicht in Kauf,¹³³ ein unvermeidbarer Verbotsirrtum bleibt möglich.

Dieser Ansatz ist zwar von der freien Beweiswürdigung und damit davon abhängig, ob das Gericht dem Angeklagten glaubt, er habe auf eine bestehende Handlungsbefugnis vertraut. Dies könnte den Tatgerichten Raum geben, ein bedingtes Unrechtsbewusstsein weiter wie bisher im Zweifel unverändert zu bejahen. Der Charakter des individuellen Irrtums als Tatfrage ist jedoch zum einen unvermeidlich. Zum anderen kann und muss der BGH objektiverende Darstellungsanforderungen formulieren, die einem pauschalen Schluss auf das bedingte Unrechtsbewusstsein in Zukunft insbesondere für Konstellationen einer streitigen Rechtslage entgegenreten. Über Darlegungsanforderungen und die Identifikation verbreiteter Wertungsfehler kann er die reale Gefahr eines früh bejahten Unrechtsbewusstseins adressieren und eindämmen. Mit ihnen würde er den Gerichten signalisieren, dass sie das kumulativ hinzutretende voluntative Erfordernis ernst nehmen müssen und nicht allein das Ziel vor Augen haben dürfen, den eingewendeten Irrtum zu widerlegen. Entsprechend verfährt der BGH bereits seit langem zum Vorsatzerfordernis, zu dem er den sog. bedingten Vorsatz mit Fug gegen eine vorschnelle Unterstellung absichert.¹³⁴

In diesem Sinne muss der BGH den Tatgerichten zunächst stets eine Darlegung dazu abverlangen, weshalb der mögliche Täter das Tatunrecht akzeptiert haben sollte. Insofern sollte er vorgeben, dass die Gerichte stets auch diejenigen Gründe ermitteln und würdigen müssen, die für ein Vertrauen auf ein rechtmäßiges Verhalten streiten konnten. Hier müssen die bisher nur vereinzelt Ansätze aus der Rechtsprechung durchgängig einfließen, die das Risiko einer dem Staat zurechenbaren unklaren Rechtslage nicht einseitig dem Normadressaten aufbürden wollen.¹³⁵ Geht man davon aus, dass in einer freiheitlichen Rechtsordnung das *Verbot* und nicht die Freiheit einer Begründung bedarf,¹³⁶ wird ein bedingtes Unrechtsbewusstsein grundsätzlich nur dann auf der Hand liegen, wenn dem Täter während seines Tatverhaltens konkrete Gründe wie etwa eine aktuell für die Strafbarkeit eintretende Rechtsprechung bekannt waren, die für eine Strafbarkeit gerade in seinem Fall sprachen.¹³⁷ Zusätzlich sollten die folgenden Wertungen in die freie aber nicht willkürliche Beweiswürdigung Eingang finden:

Der BGH sollte den Gerichten *erstens* bewusst machen, dass sie einem Rückschaufehler unterliegen können: Wenn die Gerichte am Ende eines streitigen Verfahrens für die Strafbarkeit votieren, dürfte das eigene Votum ihre Sicht auf den Verbotsirrtum regelmäßig in dem Sinne beeinflussen, dass sie einen etwaig beachtlichen Irrtum als Hindernis auf dem Weg zur Durchsetzung der befürworteten strafrechtlichen Ahndung begreifen. Nachdem sich die Gerichte zur Befürwortung der Strafbarkeit durchgerungen haben, dürfte ihnen das im Verbotsirrtum repräsentierte Eingeständnis, dass eine andere Ansicht gut vertretbar war, regelmäßig besonders schwer fallen, weil es Zweifel am eigenen Votum aufrechterhält. Dieser Tendenz müssen die Gerichte aber widerstehen. Eine vertretbare Gegenansicht, von der ein Laie ausgegangen ist, darf nicht schon deshalb eine maßgebliche Bedeutung für den Laien abgesprochen werden, weil die eigene spätere Bewertung abweichend ausfällt.¹³⁸ Dies muss in Zukunft nicht nur in Fällen gelten, in denen in der Rechtsprechung selbst bereits verfassungs- oder unions-

Rechtswidrigkeit für das Verhalten zu entscheiden). Wie hier gegen die Aufgabe des voluntativen Elements bei § 17 StGB, welche die Tatschuld weiter marginalisieren könnte, siehe etwa schon treffend *Rudolphi* (Fn. 67), S. 120 ff.; *Samson/Kirch-Heim* wistra 2008, 81 f.; zur vorausliegenden Auseinandersetzung zum Tatvorsatz und zum eigenen Standpunkt begründend bereits m.w.N. *Matt/Renzikowski/Gaede* (Fn. 6), § 15 Rn. 15 ff.

¹³¹ Diejenigen, die das voluntative Element hier (und beim Vorsatz) ablehnen, müssten insofern – weichen sie nicht auf die Unzumutbarkeit aus – dafür streiten, das Wissensmoment strenger zu bestimmen bzw. zu handhaben, vgl. entsprechend *Puppe*, FS Rudolphi, S. 231, 235 f.; *Frister* AT (Fn. 115), § 19 Rn. 5: gewichtige Zweifel müssen für den Verbotsirrtum genügen; s. auch *Stratenwerth/Kuhlen* AT (Fn. 9), § 10 Rn. 84 f. und *Dimakis* (Fn. 63), S. 111 ff., 155 f., der die erkannte überwiegende Wahrscheinlichkeit der Unrechtsbegehung fordert.

¹³² Siehe im Ansatz auch noch BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L): „Insoweit kann das Vertrauen des Täters in juristische Auskünfte sowohl im Rahmen des Tatbestandsvorsatzes Bedeutung erlangen als auch sich im Bereich der Schuld auf die Strafbarkeit auswirken (vgl. *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81).“

¹³³ So auch wieder die beispielgebende Entscheidung BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461.

¹³⁴ Dazu zusf. *Matt/Renzikowski/Gaede* (Fn. 6), § 15 Rn. 15 ff.; aus jüngerer Zeit etwa auch zum Wirtschaftsstrafverfahren BGH HRRS 2013 Nr. 600; zu ambivalenten Indizien BGH HRRS 2013 Nr. 935.

¹³⁵ BGH NJW 2007, 3078, 3079 = HRRS 2007 Nr. 843: Risikowertung gerade bei der subjektiven Tatseite zu beachten; OLG Stuttgart NJW 2006, 2422, 2424; 2008, 243 ff.; OLG Karlsruhe NJW 2003, 1061, 1062; LG Ravensburg NStZ-RR 2007, 353, 354; grundsätzlich auch OLG Celle NStZ-RR 2009, 110, 111 f.; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 59 (L) = BeckRS 2009, 27806; zur ungenügenden Bezeichnung eines Gesetzes, die Normen praktisch unauffindbar macht, BayObLG NStZ 2000, 148.

¹³⁶ So schon OLG Stuttgart NJW 2008, 243, 245 u.a. mit Verweis auf *NK/Neumann* (Fn. 13), § 17 Rn. 72; siehe entsprechend auch gegen die bislang dem Bürger abverlangte Regele *in dubio contra libertate Puppe*, FS Rudolphi, S. 231, 232 ff.

¹³⁷ Bemerkenswert anders BGHSt 58, 15, 28 = HRRS 2012 Nr. 1046, dort wird dem Bürger entgegengehalten, dass er sich für die Straflosigkeit nicht auf eine bereits entsprechende Rechtsprechung berufen könne, siehe insoweit auch krit. *Raschke* NZWiSt 2013, 18, 20.

¹³⁸ Dahingehend zweifelhaft etwa die Würdigung im Fall *Mannesmann* bei BGH NJW 2006, 522, 529. Insoweit eher zutreffend etwa LG Köln NJW 2012, 2128, 2129.

rechtlich begründete Zweifel an der Strafbarkeit vorherrschen.¹³⁹

Zweitens dürfen die Gerichte ein bedingtes Unrechtsbewusstsein nicht nur deshalb bejahen, weil der Angeklagte bereit war, bis an die Grenzen des Gesetzes zu gehen. Insofern müssen die moralische Betrachtung und das gesetzlich bestimmte Recht getrennt bleiben.¹⁴⁰ Allein aus der diskutablen Unmoral des Zieles, die Grenzen des Gesetzes zu nutzen, darf nicht automatisch auf die *zusätzliche* Bereitschaft geschlossen werden, die Grenzen des Gesetzes auch zu *übertreten*.¹⁴¹

Drittens müssen die Gerichte auf besondere, stärker geschützte Grundrechte wie die Berufsfreiheit oder die Meinungsfreiheit achten. Würden die Gerichte etwa zu mehrdeutigen Äußerungen im Rahmen ihrer Tatsachewürdigung kurzerhand annehmen, dass ein anwaltlich beratener Kritiker des Staates stets auch zur Unrechtsbegehung bereit sei, wäre dies mit der Meinungsfreiheit nicht zu vereinbaren.¹⁴² Gerade bei Tatbeständen, bei denen nicht schon objektive Regelungen wie § 193 StGB der Meinungsfreiheit Geltung verschaffen, muss sich die strafrechtliche Rechtsanwendung ihrer grundrechtseinschränkenden Wirkungen bewusst sein.

Im Sinne dieser Leitgedanken hat vor kurzem auch der 3. Strafsenat des BGH durchaus mustergültig entschieden.¹⁴³ Er hat ein erstes positives Gegenbeispiel zum allgemeinen Trend gesetzt. Obwohl er dem Gutachten einer Rechtsanwältin zu einem rechtsgerichteten Liedtext im Ergebnis nicht gefolgt ist, hat er nicht allein wegen der vom Angeklagten grundsätzlich erkannten Tatgefahr ein bedingtes Unrechtsbewusstsein befürwortet. Der Senat hat vielmehr einen unvermeidbaren Verbotsirrtum bestätigt.¹⁴⁴ Er erkennt hier nun an, dass ein anwaltliches Gutachten nicht allein deshalb unbeachtlich ist, weil es in der nachträglichen Bewertung durch den BGH deutliche rechtliche Defizite offenbart.¹⁴⁵

¹³⁹ Für die dort bereits größere Bereitschaft, andere subjektive Perspektiven des Bürgers bereitwillig zu akzeptieren, BGH NJW 2007, 3078, 3079 = HRRS 2007 Nr. 843; OLG Stuttgart NJW 2006, 2422, 2424; 2008, 243 ff.; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 59 (L) = BeckRS 2009, 27806.

¹⁴⁰ Im Grunde wie hier schon *Stratenwerth/Kuhlen* AT (Fn. 9), § 10 Rn. 92; wohl a.A. KG JR 1977, 379 f. m. zust. Anm. *Rudolphi*; *Fischer* (Fn. 55), § 17 Rn. 9a; *LK/Vogel* (Fn. 6), § 17 Rn. 86.

¹⁴¹ Insofern *teilweise* wie hier *Fischer* (Fn. 55), § 17 Rn. 9a: Wird Rechtsrat mit dem Ziel eingeholt oder erteilt, ein bestimmtes moralisch verwerfliches Ziel ohne Gesetzesverstoß und damit erlaubt zu erreichen, bleibt der Rat maßgeblich. Anders soll es aber liegen, wenn der Rechtsrat allein zum Zweck einer Gesetzesumgehung eingeholt oder erteilt wird, dann soll ein aus dem Rechtsrat folgender Irrtum vermeidbar sein.

¹⁴² Siehe insoweit dazu, dass die Anforderungen der Meinungsfreiheit schon die Ebene der Tatbestandsfeststellung betreffen m.w.N. BVerfGE 94, 1, 8 ff.; BVerfG HRRS 2009 Nr. 557 („durchgeknallter Staatsanwalt“); BayObLG NStZ-RR 2002, 40, 41 f.; *Matt/Renzikowski/Gaede* (Fn. 6), § 185 Rn. 9, § 186 Rn. 3 f., zur besonderen Vorsicht bei Kritik an staatlichem Handeln § 193 Rn. 14 ff., 16 f.

¹⁴³ BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461.

¹⁴⁴ BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461.

¹⁴⁵ BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461.

b) Hohe Vermeidbarkeitshürden und lebensadäquate Maßstabsbildung

Auch die ausgebauten Kriterien, nach denen die Verlässlichkeit einer Rechtsauskunft erörtert werden, verdienen vor dem Hintergrund geringer Vorhersehbarkeitsmaßstäbe eine Erörterung. Ihr Ausbau fördert die Annahme eines vermeidbaren Verbotsirrtums und verstärkt damit die zweite Hürde, welche die Norm des § 17 StGB neben dem soeben behandelten bedingten Unrechtsbewusstsein für beachtliche Unrechtszweifel aufstellt.

Wenn man die Kriterien des BGH *einzelnen* durchgeht, scheint keine *umfassende* Kritik veranlasst. Es ließe sich insoweit zwar durchaus eine Analyse unternehmen, die einzelne Kriterien en Detail erörtert und ggf. nuanciert. So wird etwa der teilweise eingesetzte Rekurs auf das zu Detailfragen des Rechts tatsächlich schweigende Gewissen des Einzelnen seit langem einer weithin durchgreifenden Kritik unterzogen.¹⁴⁶ Grundsätzlich ist gegen die aufgezählten Kriterien für die Verlässlichkeit der Auskunftsperson und ihrer Auskunft indes nichts einzuwenden. Zum Beispiel das Kriterium der pflichtbewussten Prüfung beschreibt auch für die rechtskundige Auskunftsperson eine unvermeidliche Anforderung. Auch der erst seit kurzem klar formulierte Ausschluss von fremdbestimmten Gefälligkeitgutachten ist für sich genommen überzeugend. Soll das Recht für alle gleich gelten, darf es niemandem möglich sein, den Rechtsrat zu instrumentalisieren, um sich über *inszenierte* Verbotsirrtümer individuelle Sonderfreiräume zu erschließen. Holt jemand ein Gutachten belegtermaßen auf eine Art und Weise ein, die eine unabhängige Rechtsexpertise ausschließt oder gefährdet, kann und muss auch der Anfragende erkennen, dass er diesem Gutachten nicht oder nur sehr eingeschränkt vertrauen darf.

Dennoch besteht Anlass zu Kritik. Bei der Konturierung der Vermeidbarkeitsanforderungen ist mitzuführen, dass die Voraussetzungen für die Vorsatzschuld schon mit der Reduktion auf das potentielle Unrechtsbewusstsein sehr großzügig bemessen sind. Werden nun zusätzlich die Hürden für die Unvermeidbarkeit immer weiter perfektioniert, vertiefen wir diese aus der Perspektive des Schuldnerfordernisses längst bestehende Großzügigkeit. Es besteht die Gefahr, dass die hohen Anforderungen an einen unvermeidbaren Verbotsirrtum das tatsächlich vorhandene Maß an Schuld nochmals und im Übermaß herabsenken. In zweierlei Hinsicht ist insofern eine Zurückhaltung geboten:

Erstens ist bemerkenswert, dass sich der BGH derzeit allein darum bemüht, diejenigen Kriterien zu perfektionieren, die einen unvermeidbaren Verbotsirrtum im Fall einer anwaltlichen Beratung ausschließen können. Erforder-

¹⁴⁶ Für diese etwa *MüKo/Duttge* (Fn. 26), § 15 Rn. 26; *HK-GS/Duttge* (Fn. 43), § 17 Rn. 17; *Roos* (Fn. 107), S. 194 ff.; einschränkend auch OLG Stuttgart NJW 2006, 2422, 2423: allein im Kernstrafrecht aufrechtzuerhalten; *Fischer* (Fn. 54), § 17 Rn. 8; richtig einordnend *Otto* Jura 1990, 645, 649. In der Sache dürfte der Rekurs auf das Gewissen i.S. einer gewissenhaften Prüfung der Rechtslage „unter Anspannung ... [der] geistigen Erkenntniskräfte“ gemeint sein, vgl. BGHSt 45, 148, 155.

derlich sind aber ausgewogene Maßstäbe, welche die Tatgerichte nicht nur zur Widerlegung vorgeschützter Irrtümer anhalten. Der BGH sollte hierzu zugleich konkretisieren, wie dem ratsuchenden Laien die Kontrolle und Bewertung des anwaltlichen Rates eigentlich möglich sein sollte. Hier bleibt er indes bislang bei dem abstrakten Hinweis stehen, dass die Erkundigungspflicht aus der Perspektive des Anfragenden zu beurteilen ist, und dass die Umstände des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen sind.¹⁴⁷ Wann ein anwaltlicher Fehler für den Laien durch eigenes Nachdenken „leicht“ zu erkennen sein sollte, bleibt im Dunklen. Während die Gerichte heute ein ganzes Arsenal besitzen, mit dem sie dem Bürger eine unzureichende Erkundigung vorhalten können, vermag der Bürger eine ihm unmögliche Kontrolle des Rechtsanwaltes und seines Rates kaum belastbar einzuwenden.¹⁴⁸

Auch hier sollte ein Umdenken erfolgen. Es darf nicht ausschließlich die Sorge leitend sein, dass Irrtümer unsere fragile Rechtsordnung gefährden können. Die Regelung des § 17 StGB soll noch immer den Schuldgrundsatz mitverwirklichen; sie ist für diesen Zweck unverzichtbar.¹⁴⁹ Deshalb darf § 17 StGB nicht allein als Schutzwall gegen missliebige Irrtümer interpretiert werden.¹⁵⁰ Seine Handhabung muss verhindern, dass wir die Tatsache des Einzelnen zu einer Lebenslüge des deutschen Strafrechts verkommen lassen.¹⁵¹ Um dies besser als bisher zu sichern, sollte der BGH seine Maßstäbe ergänzen. Er sollte in den nun regelmäßig verwendeten „Textblöcken“ unterstreichen, dass die ausgebauten Kriterien des verlässlichen Rechtsrates dem Bürger noch immer nichts Unmögliches abverlangen dürfen.¹⁵² Die Erkundigungspflicht muss lebensadäquat darauf ausgerichtet werden, was dem Betroffenen zumutbar und damit realistisch abverlangt werden kann.¹⁵³ In diesem Sinne lässt sich einem Laien

zum Beispiel der Vorwurf, sein Anwalt habe eine Rechtsfrage nicht pflichtgemäß beurteilt, nur dann machen, wenn dem Laien konkrete Umstände bekannt waren, die eine sorgfältige Prüfung auch für ihn ausschließen müssten.¹⁵⁴ Schon für die Frage, ob eine schriftliche Begutachtung erforderlich ist oder ob eine klare Stegreifauskunft genügt, darf nicht unter der Hand die Perspektive des Juristen zugrunde gelegt werden.¹⁵⁵ Der Laie muss nicht zuletzt in methodischer Hinsicht auf den Anwalt vertrauen können, zumal gerade auch die methodischen Fertigkeiten den Unterschied zwischen einem Laien und einem Experten ausmachen. Arbeiten Anwälte unsorgfältig, müssen in erster Linie sie für ihre Fehler gerade stehen.¹⁵⁶ Auf den Mandanten kann die Verantwortung für eine sorgfältige Expertise hingegen nicht vollends abgewälzt werden.

Abschließend bedarf noch ein zweiter Aspekt eine Erörterung. Der BGH hat die zusätzlichen Kautelen für eine verlässliche Auskunft bemerkenswerterweise aufgestellt, obwohl er die jüngsten Fälle bereits mit den tradierten Kriterien lösen konnte. Zum Teil hatte hier ein Anwalt starke Vorbehalte geltend gemacht,¹⁵⁷ zum Teil hatte der Angeklagte selbst keinen Rechtsrat eingeholt¹⁵⁸ oder es lag ein belastbar dargelegter unvermeidbarer Verbotsirrtum vor.¹⁵⁹ Die jüngeren Fälle belegen weder ein Gefäl-

§ 19 Rn. 8 f.; HK-GS/Duttge (Fn. 43), § 17 Rn. 16, 19; vgl. im Grunde auch BGHSt GS 2, 194, 209: Zumutbarkeit; weiterführend auch Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 39 f.: Orientierung an zureichenden Gründen und an der Zumutbarkeit; ders., FS Tiedemann, S. 375, 389 f.

¹⁵⁴ Siehe insoweit bereits in einem Einzelfall entsprechend instruktiv BGH NJW 1989, 409, 410: keine konkreten Anhaltspunkte, die dem Anfragen Mängel des anwaltlichen Rates erkennbar machen; m.w.N. HK-GS/Duttge (Fn. 43), § 17 Rn. 16, 18. Die dortige Handhabung hat aber zu Unrecht nicht in das ständige Prüfprogramm der Rechtsprechung Eingang gefunden. Zu Recht fordert auch besondere Umstände, die Zweifel an der verlässlichen Auskunft bieten, BVerfG 1 BvR 299/89, Beschl. v. 25.2.1998.

¹⁵⁵ In diesem Sinne auch LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 85; NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 78; Schöne/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 60), § 17 Rn. 18; Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 62: bestimmte, eindeutige Stegreifauskunft möglich; vermittelnd Kirch-Heim/Samson wistra 2008, 81, 85; gegen den „Rat zwischen Tür und Angel“ aber etwa BayObLG StV 1992, 421; OLG Bremen NStZ 1981, 265 f.; Fischer (Fn. 54), § 17 Rn. 9a; Rudolphi JR 1977, 380, 381.

¹⁵⁶ Insoweit ist nicht zu vergessen, dass die Anwälte einer zivilrechtlichen Haftung unterliegen. Ggf. sind sie, was allerdings bedeutend voraussetzungsvoller ist, auch strafrechtlich über die mittelbare Täterschaft, die Anstiftung oder die Beihilfe an der Vorsatztat beteiligt und mögliche Täter eines etwaigen Fahrlässigkeitsdelikts, siehe etwa knapp dazu Dahs, FS Strauda, S. 99, 101 ff.

¹⁵⁷ BGHSt 58, 15, 30 f. = HRRS 2012 Nr. 1046, dort auch mit Einwänden zu einem ggf. erkennbaren schädlichen Eigeninteresse (dazu krit. Raschke NZWiSt 2013, 18, 20) und einer nicht auf dem entscheidenden Sachverhalt beruhenden Prüfung.

¹⁵⁸ BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L), der Angeklagte wollte sich dort auf eine pauschale Auskunft eines ebenfalls an der Ausstrahlung interessierten Senders verlassen und war mit den einschlägigen Parolen der Hitlerjugend vertraut; siehe auch Winkler jurisPR-StrafR 13/2008 Anm. 3.

¹⁵⁹ BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461.

¹⁴⁷ Siehe etwa die referierten Maßstäbe in BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461, wenngleich sie dort vorbildlich gehandhabt werden.

¹⁴⁸ Siehe auch bereits NK/Neumann (Fn. 13), § 17 Rn. 76 krit. zur sorgfaltsgemäßen Prüfung, die der Rechtssuchende regelmäßig nicht einschätzen kann, Löw (Fn. 80), S. 111 ff.; abl. zur eingeschränkten Anerkennung des Vertrauensgrundsatzes LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 49 f.

¹⁴⁹ Siehe aus der Rechtsprechung vorbereitend BGHSt GS 2, 194, 200 ff.; später etwa verfassungsrechtlich BVerfG 1 BvR 299/89, Beschl. v. 25.2.1998; LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 1 f.

¹⁵⁰ In diesem Sinne krit. zur aktuellen Praxis etwa Kunz GA 1983, 457, 459 ff.; Naucke, FS Roxin, S. 503 ff.; Velten (Fn. 119), S. 110 ff.; Roos (Fn. 107), S. 152 ff. (294 ff.); Rudolphi JR 1989, 387, 390.

¹⁵¹ In diese Richtung für die hL Roxin AT/I (Fn. 7), § 21 Rn. 41 f., 45; MüKo/Joehs (Fn. 26), § 17 Rn. 87; HK-GS/Duttge (Fn. 43), § 17 Rn. 3; SSW/Momsen (Fn. 34), § 17 Rn. 1; funktionalistisch Jakobs (Fn. 107), S. 18 f.: bei änderbarem Recht desavouiere nur wissentliches Zuwiderhandeln; Timpe GA 1984, 51, 54. Gegen übersteigerte Anforderungen in der Judikatur KG JR 1964, 68, 70; OLG Stuttgart NJW 2008, 243 ff.; praktisch BGHSt 48, 278, 288 f.

¹⁵² Zu der schon lange erhobenen Kritik, dass die vom BGH befürworteten Erkundigungspflichten – konsequent angewendet – das Sozialleben zum Erstarren bringen müssten, siehe schon Rudolphi (Fn. 67), S. 210; Roxin, FS Henkel, S. 171, 187 ff.; AnwK/Schaefer (Fn. 2), § 17 Rn. 9; Frister AT (Fn. 115), § 19 Rn. 8 f.

¹⁵³ Vgl. z.B. Rudolphi (Fn. 67), S. 238 ff., 249 ff.; Velten (Fn. 119), S. 110 ff., 344 ff., 399 ff., 456 ff.; Frister AT (Fn. 115),

ligkeitsgutachten noch eine feigenblatthafte Beratung abschließend.¹⁶⁰ Die neuen Kriterien relativieren den Wert des anwaltlichen Rechtsrats damit bisher vorsorglich. Es hat den Anschein, als wollte der BGH für die zunehmenden Präventivberatungen Signale aussenden. Scheinbar will er den Gerichten zurufen, dass sie sich weder durch sog. Szeneanwälte etwa in der rechten Musikbranche¹⁶¹ noch durch ggf. teuer bezahlte Stellungnahmen zu wirtschaftlichen Projekten¹⁶² von der Durchsetzung des Strafrechts abbringen lassen sollten.

Entsprechende Signale wären jedoch problematisch. Die aufgestellten Maßstäbe betreffen nicht nur die rechte Szene oder ein Management, das seine vielleicht bereits hohen Gewinne noch zu steigern sucht; sie gelten für jeden Bürger. Sie müssen nun zum Beispiel auch in Konstellationen wie dem Fall Putz subsumiert werden, in denen die Betreuer ihrer todkranken Mutter auf eine telefonische Stegreifauskunft des Anwaltes Putz die rechtswidrig fortgesetzte Ernährung ihrer Mutter aktiv unterbanden, indem sie den Schlauch der gesetzten PEG-Sonde durchtrennten.¹⁶³ Die Bürger können, um es zu wiederholen, gerade nicht schon aus dem Gesetz erfahren, welches Verhalten strafbar ist. Auch die Behörden bieten ihnen keine flächendeckende Rechtsaufklärung an. Sie weisen schwierige Rechtsfragen oft zurück.¹⁶⁴ Deshalb *muss* der Bürger vor allem bei Rechtsanwältinnen eine Beratung suchen, wenn er für die Zukunft ein Verhalten erwägt. Auf den Rat des Anwalts muss der Laie sodann vertrauen dürfen, weil er anderenfalls doch wieder *jedes* nach dem Gesetzeswortlaut auch nur *formulierbare* Risiko meiden müsste.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Siehe aber andeutend BGHSt 58, 15, 30 f. = HRRS 2012 Nr. 1046; ebenfalls allein andeutend BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L): „wie immer auch dieses Mal von unseren Rechtsanwältinnen als strafrechtlich nicht relevant und ohne Verstöße gegen die Jugendschutzordnung gewertet worden“.

¹⁶¹ Dazu BGH HRRS 2008 Nr. 458 = NStZ-RR 2009, 13 (L); siehe aber im Ergebnis hinreichend differenziert BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461.

¹⁶² Hierfür vornehmlich BGHSt 58, 15, 27 ff., 30 ff. = HRRS 2012 Nr. 1046. Siehe auch *Raschke* NZWiSt 2013, 18: Entscheidung gerade im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext beachtlich. Andeutend LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 8.

¹⁶³ Angesichts der hier betroffenen schwierigen Rechtsfragen, die erst BGHSt 55, 191 ff. = HRRS 2010 Nr. 704 verbessert zu lösen wusste, wäre nach den jüngsten BGH-Vorgaben angesichts der hier zu treffenden Entscheidung über Leben und Tod ein schriftliches Gutachten die naheliegende Forderung gewesen.

¹⁶⁴ So wird etwa aus Hamburg von einem Fall berichtet, in denen Hells Angels vergeblich nach Vereinsverböten anwaltlich unterstützt eine Auskunft begehren, ob veränderte „Kutten“ den strafrechtlichen Verböten noch unterfallen, zur nun bejahten Strafbarkeit mit dem Vorwurf einer unzureichenden Erkundigung LG Hamburg, Urteil v. 13.2.2013, 705 Ns 58/12 (nicht rechtskräftig). Weitere Fälle betreffen die bisher seitens der Staatsanwaltschaften unisono zurückgewiesene Forderung, Compliance-Programme zu zertifizieren.

¹⁶⁵ Dies gilt dabei trotz des Umstandes, dass sich nicht jeder Bürger gleichermaßen einen (teuren) Rechtsrat leisten kann, dahingehend aber zweifelnd LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 8. Soziale Ungleichheiten können die *Schuld eines Einzelnen*, der auf ein unabhängiges Rechtsgutachten vertraut, das nicht als Gefälligkeit belegt ist, schwerlich begründen. Die soziale Ungleichheit wäre nicht behoben, indem man

Wollen wir die damit für eine freiheitliche Gesellschaft wichtige Funktion der Rechtsberatung nicht entwerten, dürfen wir anwaltliche Gutachten nicht ohne Not in die Nähe eines „so oder so gekauften“ Feigenblattes rücken. Die Gerichte und schon die Staatsanwaltschaften müssen vielmehr stets prüfen, ob ein Gefälligkeitsgutachten vorliegt, bei dem die Auftragsvergabe zu einer verformten Analyse geführt hat. Ob wirklich eine Gefälligkeit vorliegt, wird oft die eigentlich entscheidende Frage sein. Das Gericht muss sich dafür mit dem Gutachten insbesondere inhaltlich auseinandersetzen und aufzeigen, weshalb eine Stellungnahme vorliegt, auf die sich der Täter nicht oder nur eingeschränkt verlassen durfte. Hierfür muss das Gericht auch anstreben, die be-¹⁶⁶ oder entlastenden Umstände der Auftragsvergabe festzustellen.¹⁶⁷ Insoweit kann dann, so wie in dem bereits erwähnten Fall des 3. Strafsenats [siehe III. 2 a) bb) am Ende], eine durchaus ernsthafte Beratung hervortreten, die für eine mangelnde Schuld den Ausschlag gibt. Nur dann, wenn der für den Angeklagten erkennbare Gefälligkeit- oder Feigenblattcharakter des anwaltlichen Ratschlages ggf. durch einen Indizienschluss¹⁶⁸ belegt ist, darf über diese Figur der unvermeidbare Verbotsirrtum verworfen werden.

IV. Zusammenfassung

Wir muten dem Bürger zu Recht zu, dass er sich um den tatsächlichen Bedeutungsgehalt der auslegungsbedürftigen Strafgesetze sorgen muss. Sowohl ein realistisches Verständnis des Gesetzlichkeitsprinzips, als auch die Schuldtheorie führen grundsätzlich nicht zu unzureichenden Vorhersehbarkeitsmaßstäben. Wir müssen aber spätestens bei der Handhabung des unvermeidbaren

„den Reichen“ als schuldig behandelt. Die Kritik müsste sich, von der gebotenen Einzelfallprüfung entsprechender Gutachten abgesehen, auf eine ggf. ungenügende Rechtsaufklärung etwa durch die Behörden richten. *Manfred Seebode* hätte eine etwaige Gegenposition absehbar als schlechthin freiheitswidrig gerügt.

¹⁶⁶ Insoweit kommt nicht nur in Betracht, dass die konkret erfolgreiche Gutachtenvergabe Eingriffe in die Unabhängigkeit des Gutachters aufweist. Es ist ebenso daran zu denken, dass zuvor andere Anwälte/Hochschullehrer angefragt worden sind, die den Auftrag infolge einer strafbarkeitsbejahenden Auffassung abgelehnt haben bzw. die sodann nicht mehr nach einem schriftlichen Gutachten gefragt worden sind, siehe nur *Dahs*, FS Strauda, S. 99, 100; LK/Vogel (Fn. 6), § 17 Rn. 87. Auch jene Umstände wären in die Prüfung des möglichen (bedingten) Unrechtsbewusstseins und der Vermeidbarkeit des Irrtums einzubeziehen.

¹⁶⁷ Erneut mustergültig BGH HRRS 2013 Nr. 445 = NStZ 2013, 461: Zurückweisung von früheren Versuchen, die rechtliche Analyse im Sinne des Angeklagten zu beeinflussen.

¹⁶⁸ Zu den insoweit ggf. auftretenden Problemen der belastenden Würdigung legitimen Verteidigungsverhaltens unter dem Gesichtspunkt des Teilschweigens siehe problematisch BGHSt 58, 15, 28, 30 f. = HRRS 2012 Nr. 1046: Beruft sich der Angeklagte zu seiner Verteidigung auf den Rechtsrat von Rechtsanwältinnen, verweigert er aber eine Überprüfung der Auskunftserteilung, indem er die Rechtsanwältinnen nicht von ihrer Schweigepflicht entbindet, kann dies zu seinen Lasten gewertet werden. Dieses nicht seltene Folgeproblem kann hier indes nicht näher verfolgt werden.

Verbotsirrtums bedenken, dass unserem Interesse an einer gleichen Rechtsdurchsetzung der Schuldgrundsatz und die Freiheitlichkeit unserer Rechtsordnung gegenüberstehen. Konkret müssen wir eine lebensadäquate und einzelfallbezogene Begründung dafür liefern, weshalb ein Bürger auch dann noch schuldhaft handeln sollte, wenn er sein Verhalten auf einen unrechtsverneinenden Rechtsrat stützt. Im Rahmen dieser Begründung dürfen wir präventiv erstattete Gutachten und unter Umständen auch Stegreifauskünfte insbesondere nicht deshalb pauschal abwerten, weil die Rechtsprechung die Rechtslage nachträglich anders bewertet. Nur mit einer solchen Begründung müssen wir nicht fürchten, dass der unvermeidbare Verbotsirrtum endgültig zu einer bekämpften Chimäre unseres *Schuldstrafrechts* wird.¹⁶⁹ Nur

¹⁶⁹ Auch der Held Bellerophon, der die Chimäre töten konnte,

damit werden wir auch dem Anspruch *Manfred Seebodes* gerecht, das Strafrecht als Teil einer freiheitlichen Rechtsordnung zu denken.

wurde in seinem guten Tun übermütig. Als er, so der Mythos, mit Pegasus auf den Olymp flog, wurde er von Zeus jäh auf den Boden der Tatsachen zurückgeholt. Eine umfassende verfassungsrechtliche Aktivierung des Schuldgrundsatzes ist derzeit zwar nicht absehbar. Ein allzu heldenhafter Kampf gegen den unvermeidbaren Verbotsirrtum mag in Zukunft aber auslösen, dass das BVerfG die Fachgerichte nicht nur an das Gesetzlichkeitsprinzip, sondern auch an den Schuldgrundsatz erinnert, siehe in diesem Sinne vereinzelt bereits BVerfG 1 BvR 299/89, Beschl. v. 25.2.1998. Die Strafrechtler sollten es so weit nicht kommen lassen, siehe auch zum Tatbestandsirrtum *Gaede*, *Der Steuerbetrug* (Fn. 18), Kap. D II. 2. c) (2) (a).

Aufsätze und Anmerkungen

Die Gemeingefährlichkeit als systemprägendes Element der Brandstiftungsdelikte

Von Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Universität Leipzig

Die durch das 6. StrRG neugefassten Vorschriften zur Strafbarkeit der Brandstiftung (§§ 306-306f StGB) gelten in weiten Teilen als „grob mißglückt“.¹ Die nachfolgende Abhandlung unternimmt es, drei zentrale Probleme der Brandstiftungsdogmatik dadurch zu lösen, dass sie die Gemeingefährlichkeit der Begehungsweise als systemprägendes Element dieser Straftatengruppe herausarbeitet. Wenn dies im Rahmen einer Gedächtnisschrift für *Manfred Seebode* geschieht, dann nicht, weil diese Bestimmungen im Zentrum seines wissenschaftlichen Schaffens standen. Vielmehr geschieht dies in dem Gedenken an die große Bedeutung, welche der verehrte Kollege der Gesetzgebungsarbeit gerade auf dem Gebiet des Strafrechts zugemessen hat. Wie sich dem Vorwort und dem Schrifttumsverzeichnis der zu seinem 70. Geburtstag erschienen Festschrift gut entnehmen lässt, hat *Manfred Seebode* auch als Rechtspolitiker namentlich durch die von ihm in einer Vielzahl von Gesetzgebungsverfahren erstatteten Gutachten gewirkt.² Nicht zuletzt drückt sich diese seine Haltung auch in dem hohen Rang aus, dem er dem Bestimmtheitsgrundsatz zugewiesen hat.³ Wer wie er von

diesem freiheitlich demokratischen Geist geprägt war, den muss es erschüttern und hat es, wie ich aus eigenen Gesprächen mit ihm erinnere, bedrückt, wenn legislative Arbeit von einer Vielzahl von Unklarheiten und Wertungswidersprüchen derart durchzogen ist, dass man den daran Beteiligten geneigt ist, „die Fähigkeit abzusprechen, ein Gesetzbuch zu machen“, mit *Hegel* gesprochen, bekanntlich „einer der größten Schimpfe“, der einem juristischen Stande angetan werden kann.⁴ Die folgenden Zeilen bemühen sich darum, das durch derartige Gesetze angeschlagene Ansehen dadurch wiederherzustellen, dass man mit den Mitteln der juristischen Auslegungskunst versucht zu retten, was zu retten ist.

Gemäß § 306 Abs. 1 StGB wird mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren bestraft, wer eine der dort in den Nr. 1–6 genannten, fremden Sachen in Brand setzt oder durch Brandlegung zumindest teilweise zerstört. In Rechtsprechung und Schrifttum ist bekanntlich umstritten, ob es sich hierbei nur um eine qualifizierte Sachbeschädigung handelt, oder ob dieser Tatbestand einen Eigentumsangriff mit einer gemeingefährlichen Begehungsweise kombiniert. Versteht man diese Norm in der zuerst genannten Weise, lässt sich zwar ohne Weiteres begründen, dass die Einwilligung des Eigentümers das Unrecht der Brandstiftung ausschließt. Man gerät dann

¹ *Fischer* NStZ 1999, 13, 14; ähnl. krit. auch *Cantzler* JA 1999, 474; *Schroeder* GA 1998, 571; *Radtke* ZStW 110 (1998), 848; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 35. Aufl. (2013), Rn. 956; *Wolters*, JR 1998, 271, 275.

² Festschrift für Manfred Seebode (2008), hrsg. v. *H. Schneider* u. a., S. XVII f.; S. 608 f.

³ Vor allem in: Festschrift für Günter Spendel, hrsg. v. *M. Seebode* (1992), S. 317 ff.; *JZ* 1998, 781 ff.; *JZ* 2004, 305 ff.

⁴ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820, hier zitiert nach der Theorie Werkausgabe von *E. Moldenhauer* und *M. Mickel* (1986), § 211 Anm., S. 362.

aber in das von *Liesching* aufgezeigte Dilemma, entweder die Strafbarkeit wegen Brandstiftung mit Todesfolge von der Eigentumslage abhängig machen, oder aber die einfache Brandstiftung entgegen dem Wortlaut des Gesetzestextes als Grunddelikt streichen zu müssen.⁵ Ferner zwingt diese Interpretation von § 306 Abs. 1 StGB dazu, das im Verhältnis zu § 306d I 3. Var. StGB auftretende „Strafrahmenrätsel“, wonach jemand mildere Strafe droht, wenn er nicht nur eine fremde Sache anzündet, sondern zudem noch einen anderen fahrlässig an der Gesundheit gefährdet⁶, so zu lösen, dass man Tateinheit zwischen beiden Delikten annimmt⁷, darüber dann aber zu dem befremdlichen Schuldspruch gezwungen wird, wegen (vorsätzlicher) Brandstiftung in Tateinheit mit fahrlässiger Brandstiftung zu verurteilen. Diese drei Probleme lassen sich, wie ich im Folgenden zeigen möchte, lösen, wenn man § 306 Abs. 1 StGB in bestimmter Weise als gemeingefährliches Delikt versteht. Hierzu soll als erstes zu dem Streit um die Angriffsrichtung der einfachen Brandstiftung Stellung bezogen werden (I.), um sodann den zugrunde zu legenden Begriff der Gemeingefährlichkeit zu präzisieren (II.). Auf dieser Basis zeigt der vorliegende Beitrag dann auf, wie die Einwilligung dennoch als Unrechtsaufhebungsgrund verstanden werden kann (III. 1.), dass die einfache Brandstiftung zu Recht in § 306c StGB als Grunddelikt genannt wird (III. 2.) und wie sich die Konkurrenzverhältnisse derart klären lassen, dass man zu einem sinnvollen Schuldspruch kommt (III. 2.).

I. Kritik der Reduktion der Brandstiftung auf eine Sachbeschädigung

1. Nach überwiegender Ansicht im Schrifttum erschöpft sich das in § 306 Abs. 1 StGB umschriebene Delikt in einem Angriff auf fremdes Eigentum.⁸ Genau wie § 303 I

⁵ *Liesching*, Die Brandstiftungsdelikte der §§ 306 bis 306c StGB nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts, (2002), S. 59 f.

⁶ Hierzu: *Fischer* NStZ 1999, 13, 13 f.

⁷ So der BGH NStZ-RR 2000, 209; zust. *Kindhäuser*, Lehr- und Praxiskommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl. (2013), § 306a Rn. 11; *Wolff*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Auflage hrsg v., *H. W. Laufhütte* (2008), § 306a Rn. 26; *Herzog/Kargl*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., hrsg. v. *U. Kindhäuser* u. a. (2013), § 306a Rn. 4; *Horn/Wolters*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., Stand: September (2010), hrsg. v. *H.-J. Rudolphi* u. a., § 306a Rn. 24 ff.; letztlich wohl genauso, obwohl stark zweifelnd: *Fischer*, Strafgesetzbuch, 60. Aufl., (2013), § 306a Rn. 10b.

⁸ *Cantzler* JA 1999, 474; *Eisele* JA 1999, 542; *Fischer*, (Fn. 5), § 306 Rn. 1; *Geppert* Jura 1998, 597, 599; *Hörmler* Jura 1998, 169, 180; *Krey/Heinrich*, Strafrecht Besonderer Teil 1: Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 15. Aufl. (2012), Rn. 1061; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 27. Aufl. (2011), § 306 Rn. 1; *Lesch* JA 1998, 474, 478; *Liesching*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 5), S. 35, 84 f. m. w. N.; *NK/Herzog/Kargl*, (Fn. 7), Vor § 306 Rn. 2; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil, Band II: Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 13. Aufl., München (2012), § 40 Rn. 1; *Sander/Hohmann* NStZ 1998, 273, 278; *Heine*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., (2010), § 306 Rn. 1; *Schroth*, BT, S. 173; *Wolters*, in: Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., hrsg. v. *H. Satzger* u. a. (2013), § 306 Rn. 1, *Wessels/Hettinger*, (Fn. 1), Rn. 956.

StGB schildere auch der § 306 Abs. 1 StGB einen Angriff auf fremde Sachen, der im Verhältnis zur einfachen Sachbeschädigung lediglich durch eine spezifische Schädigungsweise und einen eingegrenzten Kreis von Tatobjekten herausgehoben sei. Ferner enthält der Katalog der in § 306 Abs. 1 StGB genannten Tatobjekte nach der h. L. eine Vielzahl von Sachen, z. B. Wasserfahrzeuge, landwirtschaftliche Erzeugnisse, deren Entflammen typischerweise nur einen Schaden für fremdes Eigentum bedeuten, nicht aber auch eine Gemeingefahr vermitteln können. Der Charakter der einfachen Brandstiftung, ein Eigentumsdelikt zu sein, zeigt sich für diese Ansicht auch im Unterschied zu dem in § 306a StGB umschriebenen Verbrechen. Dort stehe für den Gesetzgeber die Gemeingefahr im Vordergrund, da er von der Eigentumslage abstrahiere. Schließlich überzeugt es die Anhänger dieser Auffassung nicht, jemanden nach § 306 Abs. 1 StGB zu bestrafen, wenn er mit Einwilligung des Eigentümers handle. Das wäre aber die Konsequenz einer Deutung von § 306 Abs. 1 als Kombinationsdelikt. Denn die Einwilligung könne zwar den Eigentumsangriff rechtfertigen, nicht aber das Schaffen einer Gemeingefahr.

Zuzugeben ist, dass der Katalog der Tatobjekte, die in § 306 Abs. 1 StGB geschildert sind, sehr weit geraten ist. Setzt man ihn jedoch mit der Rechtsfolge, die § 306 Abs. 1 StGB androht, in Beziehung, so wird schnell klar, dass nicht jedes noch so kleine Tatobjekt gemeint sein kann. Daher ist es auch einmütige Auffassung, den Katalog von Tatobjekten in § 306 Abs. 1 StGB restriktiv auszulegen.⁹ Einesteils wird dabei auf einen Mindestwert des Tatobjekts abgestellt.¹⁰ Hier orientiert man sich ersichtlich an der Definition „der Sachen von bedeutendem Wert“, deren konkrete Gefährdung in einer Vielzahl von Vorschriften im Strafgesetzbuch pönalisiert wird.¹¹ Nicht näher begründet wird dabei, warum dies im Rahmen von § 306 Abs. 1 StGB als maßgeblich heranzuziehen sei. Keines der anerkannten Kanones der Auslegung fordert eine solche Interpretation. Sie wird weder vom Wortlaut, noch von der Systematik, noch vom gesetzgeberischen Willen nahe gelegt. Einzig das Interesse, die Proportionalität zur hohen Strafdrohung von § 306 Abs. 1 StGB zu wahren, legt eine einschränkende Auslegung wie etwa diese nahe,¹² ohne sie aber zu erzwingen. Mit demselben Recht, könnte man auch beim Raub eine Beschränkung auf Sachen von bedeutendem Wert fordern, was ersichtlich niemand ernsthaft erwägt.

2. Näher liegt dagegen, die in § 306 Abs. 1 StGB aufgezählten Tatobjekte nach ihrer Eignung zur Gemeingefährdung näher zu bestimmen. Zwar kommt auch dies im Wortlaut des § 306 Abs. 1 StGB nur sehr unvollkommen

⁹ *Fischer*, (Fn. 7), § 306 Rn. 11.

¹⁰ LG Freiburg NStZE Nr. 3 zu § 308 a. F.; genauso zum geltenden Recht: *Fischer*, (Fn. 7), § 306 Rn. 10 m. w. N.; *Lackner/Kühl*, (Fn. 8), § 306 Rn. 2 m. w. N.; vgl. *w. Joecks*, Strafgesetzbuch Kommentar, 9. Aufl. (2010), § 306 Rn. 17.

¹¹ *Geppert* Jura 1998, 597, 599; *Lackner/Kühl*, (Fn. 8), § 306 Rn. 2 m. w. N.; *LPK-StGB/Kindhäuser*, (Fn. 7), § 306 Rn. 3; *Schönke/Schröder/Heine*, (Fn. 8), § 306 Rn. 3; *Schroeder* GA 1998, 571, 572; *SK-StGB/Horn/Wolters*, (Fn. 7), § 306 Rn. 8.

¹² Zur strafrahmenorientierten Auslegung grundlegend: *Kudlich* ZStW 115, 2003, 1, 6 ff.

zum Ausdruck.¹³ Doch stellt sich dieser Bezug ungewollt her, wenn man die Tatobjekte zu dem in § 306 Abs. 1 StGB genannten Tatmittel in Bezug setzt. Feuer hat die Eigenschaft, sich – einmal entfacht – selbstständig von einer Sache zur anderen fortzufressen und damit unbestimmt Viele zu gefährden.¹⁴ Folglich kann § 306 Abs. 1 StGB nur Tatobjekte meinen, die geeignet sind, das Feuer selbsttätig von einer Sache zur anderen mitzuteilen. Ferner haftet der Brandstiftung auch in den Augen des Gesetzgebers ein „Element der Gemeingefährlichkeit“ an.¹⁵ Auch die Systematik des Gesetzes spricht hierfür, denn der Gesetzgeber behielt die Einordnung der einfachen Brandstiftung in den 28. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches bei.¹⁶ Schließlich weist auch eine strafrahmenorientierte teleologische Erwägung in diese Richtung. Es gilt hier entsprechend, was *Kudlich* am Beispiel von § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgeführt hat:¹⁷ So wie dort die Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsentzug für ein abstraktes Gefährdungsdelikt eine relativ hohe Rechtsfolge darstellt, so die gleich hohe Mindeststrafe bei § 306 Abs. 1 für eine bloße Sachbeschädigung.¹⁸ So wie dort Sinn und Zweck der hohen Strafdrohung (insbes. Schuldausgleich, § 46 Abs. 1 S. 1 StGB) als verfehlt gilt, wenn bei der Brandstiftung ausgeschlossen ist, einen anderen Menschen konkret zu gefährden, so auch hier Sinn und Zweck der gleich hohen Mindeststrafe, falls die Brandstiftung hier ungeeignet ist, einen anderen Menschen zu gefährden.¹⁹ Nimmt man alles zusammen, kann dieses Gefährdungsmoment nur in der Gemeingefährlichkeit bestehen.

3. Dementsprechend tritt *Radtke* dafür ein, die Tatobjekte von § 306 Abs. 1 StGB durch Bezug auf die Gemeingefährlichkeit zu konkretisieren. Nach *Radtke* sind nur diejenigen Sachen taugliche Tatobjekte, deren Anzünden geeignet ist, eine Vielzahl von Menschen oder Sachgütern zu gefährden. Ist dies wegen der Art des Gegenstandes (z. B. eine Tüte Cornflakes, ein Paddelboot) ausgeschlossen, ist der objektive Tatbestand zu verneinen.²⁰ *Radtke*s Ansicht weist in die richtige Richtung, bedarf aber weiterer Konkretisierung. Auch wenn seiner Meinung nach schon der einfachen Brandstiftung eine Art von Gemeingefährlichkeit anhaftet, so ist es jedoch eine bloß generelle. Generelle Gemeingefährlichkeit abstrahiert aber gerade davon, ob ein Tatobjekt, einmal angezündet, auch im Einzelfall nach Art, Größe oder Lage geeignet ist, zumindest irgendeinen anderen Menschen zu gefährden. Gerade dies schien jedoch das Resultat der vorhergehenden

Ausführungen zu sein. Um Gewissheit zu erlangen, welche Form von Gemeingefährlichkeit hier maßgeblich ist, bedarf es einer Klärung ihres Begriffs.

II. Zum Begriff der Gemeingefährlichkeit

Positiv-rechtlicher Ausgangspunkt der Dogmatik der gemeingefährlichen Straftat ist der 28. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB, der die in ihm zu findenden Verbrechen und Vergehen ausdrücklich unter dieser Bezeichnung zusammenfasst. Eine Definition der Gemeingefahr findet sich hier nicht mehr.²¹ Selbst das Merkmal der Gemeingefahr erwähnt dort nur noch der § 323c StGB.²² Um die Rechtsnatur des gemeingefährlichen Delikts herauszuarbeiten, müssen verschiedene Bedeutungsebenen auseinandergehalten werden. Insbesondere ist zwischen (konkreter) Gemeingefahr und (abstrakter) Gemeingefährlichkeit zu unterscheiden.²³

1. Man kann Gemeingefahr als Sonderfall einer *konkreten Gefährdung* ansehen. In dieser Weise pflegt das Merkmal der Gemeingefahr im § 323c StGB bestimmt zu werden. Gemeine Gefahr wird dann zum einen definiert als ein Zustand, bei dem die Möglichkeit eines erheblichen Schadens an Leib oder Leben bzw. an bedeutenden Sachwerten für unbestimmt viele Personen nahe liegt.²⁴ Als Beispiele dienen dann Brände, Überschwemmungen und Verseuchungen.²⁵ Dies soll im Folgenden als „große“ Gemeingefahr angesprochen werden. Häufiger tritt neben die eben genannte Bestimmung eine Definition, welche das Schwergewicht nicht auf die Unbestimmtheit der Anzahl der betroffenen Personen legt, sondern auf die Unbestimmtheit des Betroffenen selbst. Gemeine Gefahr wird dann beschrieben als Gefährdung von Leben, Leib oder von bedeutenden Sachwerten eines unbestimmten Einzelnen, der die Allgemeinheit repräsentiert.²⁶ Dies nenne ich im weiteren Gang der Arbeit „kleine“ Gemeingefahr.

²¹ Von 1935 bis 1965 enthielt der damalige § 315 III StGB eine Definition, die freilich wegen ihrer Umstrittenheit gestrichen wurde, eingehend dazu: *Radtke*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 117 f. u. ö.

²² Darüber hinaus findet der Begriff sich in § 114 III, § 145 I Nr. 2, II Nr. 1, 2, § 243 I 2 Nr. 6 StGB.

²³ Grundlegend: *Siebenhaar* ZStW 4 (1884), S. 245, 267 Fn. 2; zur heutigen (durchaus uneinheitlichen), Verwendungsweise der Begriffe: *Hettinger* JuS 1997, L 41, 42 m. w. N.

²⁴ *Fischer*, (Fn. 7), § 243 Rn. 21; *Küper*, Strafrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. (2012), S. 152; *Lackner/Kühl*, (Fn. 8), § 323c Rn. 2; vgl. w. *Radtke*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 115; grds. krit. *Harzer*, Die tatbestandliche Situation der unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 323c StGB (1999), S. 147; *Kahlo*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt (2001), S. 336. Zur Frage der Berechtigung dieser Definition im Rahmen von § 323c StGB s. *Kluszczewski*, Strafrecht Besonderer Teil, Teil 3: Straftaten gegen Kollektivrechtsgüter, 2012, S. 96 f.

²⁵ Vgl. NK-StGB/*Wohlers/Gaede*, (Fn. 7), § 323c Rn. 8.

²⁶ MünchKommStGB/*Freund*, (Fn. 19), § 323c Rn. 101; NK-StGB/*Wohlers/Gaede*, (Fn. 7), § 323c Rn. 8; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Hecker*, (Fn. 8), § 323c Rn. 8; *SSW/Schöch*, (Fn. 8), § 323c Rn. 10. Dieses Verständnis lag auch der Rspr. des BGH zu § 315 III StGB a. F. zugrunde, vgl. BGHSt. 11, 199, 201 f.

¹³ Insofern zutreffend *Liesching*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 5), S. 35, 84 f. u. ö.; vgl. w. *Wessels/Hettinger*, (Fn. 1), Rn. 956.

¹⁴ Instrukтив: *Radtke*, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte (1998), S. 57 ff.

¹⁵ BT-Drucks. 13/8587, S. 87; zust. BGH, NJW 2001, S. 765; *Fischer*, (Fn. 5), § 306 Rn. 1, 11; *Krefß* JR 2001, 315.

¹⁶ BGH, NJW 2001, 765; im Anschluss an *Radtke* ZStW 110, 1998, 857, 861. Ebenso *Krefß* JR 2001, 315, 317; *Müller/Hönig* JA 2001, 517, 518.

¹⁷ *Kudlich* ZStW 115 (2003), 1, 11 f.

¹⁸ In ähnliche Richtung weisen auch die Überlegungen von *Fischer*, (Fn. 7), § 306 Rn. 11.

¹⁹ Vgl. zu dieser Strafrahmenerwägung auch: *Radtke*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., hrsg. v. *W. Joecks* (2003), § 306 Rn. 10; vgl. w. *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 306 Rn. 4a; *Sinn* Jura 2001, 803, 808.

²⁰ *Radtke* ZStW 110 (1998), 857, 861 f.; zust. *Schönke/Schröder/Heine*, (Fn. 8), § 306 Rn. 3.

2. Auf der anderen Seite lässt sich auch an einen Tatbestand *abstrakter Gefährdung* denken. So richtet die Definition des gemeingefährlichen Mittels als Merkmal von § 211 Abs. 2 StGB das Augenmerk auf die potenzielle Gefährdung, also eine besondere Form der abstrakten Gefährdung.²⁷ Ein Mittel wird dort überwiegend als gemeingefährlich angesehen, dessen Einsatz *in der konkreten Tatsituation* geeignet ist, Leib oder Leben einer Vielzahl von Menschen zu gefährden, weil der Täter die Auswirkungen nicht sicher beherrscht.²⁸ Dies heißt im Folgenden „große“ Gemeingefährlichkeit.

Das RG legte bei der Definition der Gemeingefahr demgegenüber den Akzent auf einen anderen Aspekt: Es betonte den Umstand, dass der Täter bei gemeingefährlichen Delikten (zerstörerische) Kräfte entfesselt, deren Ausdehnung er nicht oder nur unzureichend beherrscht (soweit er nicht sofort Gegenmaßnahmen einleitet).²⁹ Hieran knüpfte der Entwurf 1962 an. Seine Begründung sieht als entscheidenden Gedanken bei den gemeingefährlichen Straftaten an, dass der Täter „mit Mitteln vorgeht, die ... ihrer Art nach geeignet sind, eine Vielzahl von Menschen und bedeutende Sachwerte zu gefährden, und deren Auswirkung der Täter, wenn er sich ihrer einmal zu bedienen beginnt, regelmäßig nicht mehr in der Hand hat.“³⁰ Nach diesem Ansatz ist es im Unterschied zu den eben dargestellten Konstellationen nicht erforderlich, dass das Handeln des Täters auch im Einzelfall geeignet ist, andere zu gefährden. Vielmehr wird als ausreichend angesehen, wenn nach der Lebenserfahrung in einer Anzahl von Fällen („typischerweise“) eine Gefahr der Verletzung für eine unbestimmte Vielzahl individuell unbestimmter Güter eintreten kann.³¹ Es hat sich eingebürgert, hier von *genereller Gemeingefährlichkeit* zu sprechen.

3. Um zu einem konsistenten Begriff zu kommen, ist nun Folgendes zu bedenken:

a) Dem Vorverständnis scheint der Begriff der *großen Gemeingefahr* am nächsten zu kommen. Er steht auch am Ausgangspunkt der Dogmengeschichte. Die §§ 1495 ff. prALR II 20 verstanden unter gemeiner Gefahr eine Gefahr für die Allgemeinheit.³² Nicht ganz klar war, worin diese Allgemeinheit bestand.³³ Einesteils identifizierte man sie mit dem verfassten Allgemeinwillen aller, dem Staat, der für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu

sorgen hat. Andererseits bezog man es auf das Publikum im öffentlichen Raum. Während nach der erstgenannten Lesart sich im Prinzip jede Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung als Beeinträchtigung der polizeilichen Aufgabe des Staates verstehen ließ, machte es die zweite Lesart schwieriger, dasjenige Ausmaß der Gefährdung zu bestimmen, das eine gemeine Gefahr darstellt. Da nie wirklich alle Bürger eines Gemeinwesens durch eine Brandstiftung wirklich betroffen sein werden, ließ man daher auch die Gefährdung eines Teils der Öffentlichkeit genügen. Damit entstand aber auch schon für den Begriff der großen Gemeingefahr die Schwierigkeit festzulegen, welche Mindestzahl von Personen betroffen sein muss, damit ihre Beeinträchtigung der Gefährdung der Allgemeinheit gleichsteht.³⁴ Hier rächt sich die Unklarheit, was man unter der Allgemeinheit, die repräsentiert werden soll, verstanden wissen will.

Repräsentation bedeutet, kurz gesagt, dass etwas für ein anderes steht.³⁵ So repräsentiert der Bundespräsident das deutsche Volk nach außen, Art. 59 Abs. 1 S. 1 GG. In ähnlicher Weise lässt sich sagen, dass etwa ein Polizeibeamter, der zur Gefahrenabwehr einschreitet, den in Gesetzen niedergelegten Allgemeinwillen zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit repräsentiert. Die Repräsentation beruht hier beide Male auf einem Willensvermittlungszusammenhang, der den Repräsentanten durch Wahl oder Auftrag an die Repräsentierten zurückbindet. Daran fehlt es aber, wenn ein Teil der Öffentlichkeit für das gesamte Publikum stehen soll. Sein Gefährdung lässt sich daher nicht mehr als Gemeingefahr verstehen.

b) Um der Schwierigkeit zu begegnen, eine Mindestzahl Gefährdeter angeben zu müssen, wurde der hier sogenannte Begriff der *kleinen Gemeingefahr* gebildet.³⁶ Nach ihm ist ausreichend, wenn aus einer Vielzahl von Menschen eine individuell unbestimmte Person betroffen ist. Weil das Objekt, auf das sich die Tat richtet, nicht durch ihm eigentümliche Merkmale von anderen unterschieden ist, steht es jedem seiner Gattung gleich und repräsentiert somit die Allgemeinheit.³⁷ Nun lässt sich gewiss sagen, dass Menschen, die in einer Zivilgesellschaft zusammenleben, alle mit dem Opfer einer Straftat mitfühlen und sich somit gleichsam in ihm mitverletzt erachten.³⁸ Doch trifft dies auf alle Straftaten zu und gibt daher kein Kriterium her, die gemeingefährlichen Delikte eigens zu kennzeichnen. Ferner enthält diese Begriffsbestimmung eine *contradictio in adiecto*, soweit es um die konkrete Gefährdung eines individuell unbestimmten Opfers geht. Konkrete Gefahr meint die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts an einem Rechtsgut.³⁹ Daher ist dieses Rechtsgut durch die Umstände des Einzelfalls, nach denen man eine konkrete Gefahr annimmt, bereits hinreichend individualisiert und daher von anderen unterschieden. „Damit erscheint der Begriff nicht bestimmt,

²⁷ Kluszczewski, BT 3 (Fn. 24), S. 15.

²⁸ BGHSt. 38, 353 (354); Küper, BT (Fn. 24), S. 235. Teilweise wird auch hier eine konkrete Gefahr gefordert; teilweise wird die Leibesgefahr ausgeschlossen, vgl. Krey/Hellmann, BT 1 (Fn. 8), Rn. 68 m. w. N.; NK-StGB/Neumann, (Fn. 7), § 211 Rn. 85 f.; Rengier, BT II (Fn. 8), § 4 Rn. 46; vgl. w. SK-StGB/Horn, (Fn. 8), § 211 Rn. 49 f.

²⁹ RGSt 5, 309; 56, 95, 96, vgl. w. RGRspr 5, 557, 558; RG JW 1933, S. 700, 701.

³⁰ BT-Drs. IV/650, S. 497. Das bewegt sich in der Tradition der meisten Kodifikationen seit dem prALR, vgl. näher Radtke, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 91 ff., 137 u. ö.

³¹ Radtke, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 150.

³² Finger, in: Festgabe für Reinhard Frank, Band 1, hrsg. v. A. Hegler (1930), S. 230, 249.

³³ Vgl. Binding, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Band 2, Erste Abteilung, 2. Aufl., Leipzig (1904), § 208 I; Radtke, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 118.

³⁴ Radtke, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 117 (m. Fn. 308), S. 152; Zieschang, in: Festschrift für Ingeborg Puppe, hrsg. v. Paeffgen u. a. (2011), S. 1301, 1316 f.

³⁵ Eingehend Schulz, Art. Repräsentation, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, hrsg. v. J. Ritter (1971 ff.), Bd. 8, Sp. 790 ff.

³⁶ Vgl. Radtke, Brandstiftungsdelikte (Fn. 4), S. 121 f., 152 f.

³⁷ Grundlegend Siebenhaar ZStW 4 (1884), 245, 262, 267.

³⁸ Hegel, Rph. (Fn. 4), § 218 Anm., S. 372.

³⁹ Kluszczewski, BT 3 (Fn. 24), S. 9 f.

sondern vernichtet.⁴⁰ Es ist dieser Widerspruch in der Begriffsbestimmung, der die Handhabung der darauf fußenden Definition der Gemeingefahr in § 315 III StGB a. F. durch die Gerichte⁴¹ so unplausibel werden ließ, dass man sie im Jahre 1965 abschaffte.⁴²

c) Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen muss daher sein, die Allgemeinheit präzise zu bestimmen, welche durch eine Gemeingefahr angegriffen wird. Gemeingefährliche Straftaten richten sich nicht gegen den Staat und seine Einrichtungen. Sie richten sich gegen das geordnete Zusammenleben in der Zivilgesellschaft.⁴³ In dieser Gesellschaft ist das Miteinander der Menschen nicht vorstrukturiert durch prinzipiell auf Dauer angelegte Bindungen (als Familienglied oder als Staatsbürger). Vielmehr ergeben sich die Beziehungen der Personen untereinander je nach wechselndem Interesse aus einer Kette spontaner Entschlüsse, einmal hier mit diesem, einmal dort mit jenem Geschäfte zu machen oder Beziehungen zu pflegen. Weder ein Einzelner noch zwei Individuen stiften einen solchen Zusammenhang:⁴⁴ einer nicht, weil er sich mangels Vollmacht nicht anmaßen kann, für die anderen zu stehen, zwei nicht, weil es dann für beide Seiten nur ein- und dasselbe soziale Verhältnis gibt, nicht aber den beliebigen Wechsel der Kontakte. Erst das spontane Beziehungsgeflecht, das drei Personen aufbauen können, konstituiert im Kleinen einen zivilgesellschaftlichen Zusammenhang. Von einer Gemeingefahr lässt sich daher erst dann, sprechen, wenn mindestens *drei Personen* an ihren Rechtsgütern betroffen werden können. Das entspricht auch der überwiegend anerkannten Definition von Gemeingefährlichkeit beim Mord.⁴⁵

d) Nicht jede Gefährdung von mindestens drei Personen stellt freilich eine Gemeingefahr dar. Vielmehr hat der Gesetzgeber die im 28. Abschnitt des BT des StGB zu findenden Straftaten in erster Linie nach einer bestimmten Eigenschaft des verwendeten Tatmittels zusammengestellt:⁴⁶ der Benutzung von Kräften, die einmal entfesselt, für den Täter unbeherrschbar werden. Augenfällig ist dies für das Entfesseln von Elementarkräften (Feuer, Wasser, Strahlen, Gift etc.) wie es die Tatbestände der §§ 306-314 StGB umschreiben. Die *Unkontrollierbarkeit* der genannten *Tatmittel* hängt freilich ab von dem Gegenstand, an dem sich ihr zerstörerisches Potenzial realisiert. Daher ist es seit jeher ein zweites Element legislativer Technik gewesen, die Gemeingefährlichkeit dadurch zu umreißen, dass die Gesetze die *Tatobjekte* näher hervorhoben, deren Erfassung durch die Elementarkraft zu deren Unbeherrschbarkeit führt.⁴⁷

e) Zum Konzept des Gesetzgebers gehört es seit dem Erlass des RStGB 1871⁴⁸ und bis hin zum 6. StrRG⁴⁹ auch, die Gemeingefahr nicht stets als eigenes Tatbestandsmerkmal auszuformen. Vielmehr genügte es ihm, die Gemeingefährlichkeit des Geschehens durch Bezeichnung des Tatmittels sowie des Tatobjekts bzw. der Tatsituation generell zu umschreiben. Doch hat er diese legislative Technik außerhalb der Brandstiftungsdelikte bei nicht wenigen Tatbeständen schon immer dadurch ergänzt, dass er auch eine konkrete Gefahr an Leib, Leben oder für Sachen von bedeutendem Wert zumindest für einen anderen zur Tatbestandsverwirklichung zählte. Der weiteren Gesetzgebung von 1935 bis 1965 lag sodann der (teils bruchstückhaft, teils verunglückt verwirklichte) Gedanke zugrunde, den Tatbeständen dadurch Kontur zu verleihen, dass man neben die Umschreibung einer *generellen Gemeingefahr* das Tatbestandsmerkmal der konkreten Gefahr für einen anderen stellte, welches gleichzeitig als Indiz für die Gemeingefährlichkeit im Einzelfall diene.⁵⁰

Dieses Konzept ist nie einheitlich im Gesetz zum Ausdruck gekommen. Das liegt vor allem daran, dass sich der Gesetzgeber in einer Dichotomie gefangen sah, die als Gegenstück zur konkreten Gefahr allein die generelle Gemeingefährlichkeit kannte.⁵¹ Das verleitete ihn, immer dann, wenn ihm die konkrete Gefahr als zu hohe Strafbarkeitsschwelle erschien, auf eine lediglich typisierende Umschreibung der Gemeingefährlichkeit auszuweichen. Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik hat jedoch die Unvollständigkeit dieser Dichotomie erwiesen. Zwischen der konkreten Gefahr und der generellen Gefährlichkeit ist das Eignungsdelikt angesiedelt.⁵² Dem entspricht die *große Gemeingefährlichkeit*.

f) Wie dargetan, folgt das geltende Recht nicht dem Plan, bei jedem Delikt eine im Einzelfall bestehende Gemeingefährlichkeit zu verlangen. Vielmehr liegt ihm der Gedanke zugrunde, das Betroffensein eines Rechtsguts im Einzelfall als Indiz für die generelle Gemeingefährlichkeit zu nehmen. Wenn nun, wie dargestellt, eine konkrete Gefahr für ein Rechtsgut als Substrat ausscheidet, Anzeichen hierfür zu sein, dann bleibt als Kandidat nur noch übrig die Eignung, einen anderen gefährden zu können. Hat man ferner davon auszugehen, dass das Strafrecht vornehmlich dem Rechtsgüterschutz dient, reicht die bloß generelle Gemeingefährlichkeit einer Handlung nicht aus, um die Strafbarkeit zu begründen.⁵³ Um Kriminalunrecht darzustellen, muss ein Verhalten zumindest die im Einzelfall bestehende Eignung aufweisen, die freie Existenz eines anderen unmittelbar in ihrer Gänze, namentlich Leib oder Leben, zu gefährden. Nun folgt daraus nicht von selbst, dass überall dort, wo der Gesetzgeber die Gefährlichkeit einer Handlung lediglich typisierend umschreibt, deren im Einzelfall bestehende Eignung zur Gefährdung in den Tatbestand hineingelesen werden darf. Wie wir jedoch oben (I. 2.) gesehen haben, bietet

⁴⁰ *Binding*, Lehrbuch BT II 1 (Fn. 33), § 208 V. 3.

⁴¹ Hervorzuheben sind insbesondere: BGHSt 11, 199, 203 ff.; 14, 395, 398, 15, 138, 140 ff.

⁴² *Radtko*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 132 f.

⁴³ *Kleszczewski*, BT 3 (Fn. 24), S. 1, 5 ff., 16 ff.

⁴⁴ Vgl. *Binding*, Lehrbuch BT II 1 (Fn. 33), § 208 V. 3.

⁴⁵ MünchKommStGB/*Schneider* (Fn. 19), § 211 Rn. 108; *Rengier* StV 1986, 405, 409; krit. *Zieschang*, in: Puppe-FS (Fn. 34), S. 1301, 1316.

⁴⁶ *Radtko*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 57 ff.

⁴⁷ *Binding*, Lehrbuch BT II 1 (Fn. 33), § 208 VII. 2; *Radtko*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 153 f.

⁴⁸ Dazu: *Binding*, Lehrbuch BT II 1, (Fn. 33), § 208 VII. 2.

⁴⁹ *Radtko*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 153 f.

⁵⁰ *Radtko*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 130 f.

⁵¹ *Radtko*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 95 ff.

⁵² *Kleszczewski*, BT 3 (Fn. 24), S. 15.

⁵³ *Kleszczewski*, Ordnungswidrigkeitenrecht (2010), Rn. 33 f., 36 ff.; *ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil., 2. Aufl. (2012), Rn. 13 ff.

§ 306 StGB genügend Anhaltspunkte, die im Einzelfall bestehende Eignung der im Tatbestand umschriebenen Ausführungshandlung, Leib oder Leben eines anderen gefährden zu können, als Indiz für die generelle Gemeingefährlichkeit dieses Verhaltens zu verstehen. Mit dieser Auslegung lässt sich daher das vom Gesetzgeber verfolgte Konzept der Indizwirkung einer im Einzelfall bestehenden Beeinträchtigung eines Rechtsguts in modifizierter Form zur Geltung bringen.

4. Eine Brandstiftung erfüllt daher nur dann den Tatbestand von § 306 Abs. 1 StGB, wenn das Tatobjekt seiner Art nach in der Lage ist, einmal entflammt, mindestens drei Personen an Leib oder Leben zu gefährden, und diese generelle Gemeingefährlichkeit zugleich durch die Eignung des In-Brandsetzens, im Einzelfall mindestens einen anderen an Leib oder Leben zu gefährden, indiziert wird.

III. Die systemprägende Kraft des Merkmals der Gemeingefährlichkeit

An drei Beispielen möchte ich nun dartun, dass der soeben entwickelten Form von Gemeingefährlichkeit als Element der Brandstiftung systemprägende Kraft zukommt.

1. Gegen die hier präferierte Deutung der Brandstiftung als Kombinationsdelikt wendet die überwiegende Ansicht im Schrifttum ein, dies schließe es aus, die Einwilligung des Eigentümers als Unrechtsaufhebungsgrund anzusehen.⁵⁴ Während sich für die h. L. dieses Resultat zwanglos daraus ergibt, dass sie die einfache Brandstiftung als reines Sachbeschädigungsdelikt ansieht, erscheint ihr dieser Weg bei gemeingefährlicher Begehungsweise verbaut. So hat der BGH Kritik auf sich gezogen, als er der Einwilligung im Rahmen von § 306 StGB unrechtsausschließende Wirkung zugemessen hat⁵⁵, obwohl er die Brandstiftung als Kombination von Eigentumsangriff und Gemeingefährlichkeit deutet.⁵⁶ Die Anhänger der Lehre vom Kombinationsdelikt legitimieren dies wie folgt: Das volle Unrecht der einfachen Brandstiftung ist ihrer Ansicht nach nur erfüllt, wenn neben dem Angriff auf fremdes Eigentum auch eine Gemeingefährlichkeit festgestellt ist. Hier wird zwar konstatiert, eine Einwilligung in das Schaffen eines gemeingefährlichen Zustandes scheidet aus.⁵⁷ Gleichwohl sieht man durch die Einwilligung das Unrecht des Eigentumsangriffs als aufgehoben an. Es bleibt daher nur ein Torso des Kombinationsdelikts übrig, der für sich genommen das Regelatbild nicht ausfüllt und die Anordnung der schweren Rechtsfolge nicht trägt.⁵⁸

Die h. L. wendet gegen diesen Lösungsweg vor allem ein, dass es eine teilweise Rechtswidrigkeit eines Verhaltens nicht geben kann. Entweder ein Verhalten ist rechtswidrig und damit verboten, so die h. L., oder aber es ist erlaubt. Der Einwand hat seine Berechtigung, trifft aber nicht die Konstruktion des Kombinationsdelikts. Richtig ist, dass sich der Begriff der Rechtswidrigkeit nicht graduieren lässt, etwas entweder nur erlaubt oder aber verboten sein kann.⁵⁹ Wer die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ansieht und darüber zur Straflosigkeit der konsentierten Brandstiftung gelangen will,⁶⁰ verstrickt sich daher in einen Widerspruch. Freilich ist es nicht zwingend, die Einwilligung auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu verorten. Die besseren Argumente sprechen dafür, sie als ein negatives Tatbestandsmerkmal anzusehen.⁶¹ Art. 103 Abs. 2 GG ordnet an, dass die tatbestandsmäßige Umschreibung des strafbaren Handelns dem Zweck dient, jedermann zu verdeutlichen, welches Verhalten verboten und strafbar ist.⁶² Schon dem Tatbestand sollen sich danach die Merkmale entnehmen lassen, durch welche sich das strafwürdige Tun von sozialadäquatem Verhalten unterscheidet.⁶³ Nun statuiert § 903 S. 1 BGB als Grundsatz, dass der Eigentümer mit seiner Sache nach Belieben verfahren darf. Folglich wäre in einem Tatbestand, der eigenmächtige Zugriffe auf fremde Sachen mit konsentierten zusammenwirft, sozialadäquates Verhalten nicht von eigenmächtigen Schädigungen unterschieden. Gegen die Einordnung als negatives Tatbestandsmerkmal spricht auch nicht der § 228 StGB. Zwar bringt er hier die Einwilligung in den Zusammenhang mit der Deliktskategorie der Rechtswidrigkeit. Doch ist seine Aussage lediglich die, dass eine Körperverletzung mit Einwilligung „nur“ dann rechtswidrig sein kann, wenn sie trotz Einwilligung sittenwidrig bleibt. Dies schließt es nicht aus, das Fehlen der Einwilligung als Tatbestandsmerkmal anzusehen.⁶⁴

Schließt die Einwilligung des Eigentümers in das In-Brand-setzen seiner eigenen Sache das Unrecht der darin liegenden Sachbeschädigung aus, fehlt folglich ein konstitutives Element des gesamten Tatbestands von § 306 Abs. 1 StGB. Mithin scheidet hier eine Strafbarkeit aus, weil es bereits am Tatbestand fehlt.

2. Die Brandstiftung mit Todesfolge ist in § 306c StGB geregelt. Als Grunddelikte nennt diese Vorschrift nicht nur den § 306a, sondern ausdrücklich auch den § 306 StGB. Dies wird überwiegend akzeptiert.⁶⁵ *Liesching* will dagegen die einfache Brandstiftung als Grunddelikt streichen.⁶⁶ Hierzu sieht er sich methodisch durch eine teleologische Reduktion berechtigt. Ließe man § 306 StGB als Grunddelikt zu, gebe es Konstellationen, in denen allein die Fremdheit des Tatobjekts darüber entscheide, ob der

⁵⁴ S. o. Fn. 8.

⁵⁵ BGH NJW 2003, 1824; strikt gegen Einwilligungsfähigkeit: *Börner*, Ein Vorschlag zum Brandstrafrecht (2006), S. 9 f.

⁵⁶ BGH NJW 2001, 765.

⁵⁷ MünchKommStGB/*Radtke*, (Fn. 19), § 306 Rn. 60.

⁵⁸ MünchKommStGB/*Radtke*, (Fn. 19), § 306 Rn. 60; *Schönke/Schröder/Heine*, (Fn. 8), § 306 Rn. 1, sieht dies auch, kommt aber nur zur Annahme eines minder schweren Falles gem. § 306 II StGB.

⁵⁹ Dazu: *Kleszczewski*, BT 3 (Fn. 24), S. 28.

⁶⁰ So MünchKommStGB/*Radtke*, (Fn. 19), § 306 Rn. 60.

⁶¹ *Kleszczewski*, AT (Fn. 53), Rn. 97 ff.

⁶² BVerfGE 71, 108, 114; 73, 206, 234; 75, 329, 340 f.; 105, 135, 153; 126, 170; 130, 1.

⁶³ BVerfGE 92, 1, 17.

⁶⁴ Zutreffend: *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. (2006), § 13 Rn. 29.

⁶⁵ *Fischer*, (Fn. 8), § 306c Rn. 2; LPK-StGB/*Kindhäuser* (Fn. 7), § 306c Rn. 1; MünchKommStGB/*Radtke*, (Fn. 19), § 306c Rn. 6; *Lackner/Kühl*, (Fn. 8), § 306c Rn. 1.

⁶⁶ *Liesching*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 5), S. 59 f.

schwere Strafrahmen von § 306c StGB eröffnet sei. Wer sein eigenes Gebäude in Brand setze, von dem er wisse, dass dort ein Obdachloser hause, von dem er irrig annehme, er sei während des Brandes nicht zugegen, den könne man nur gem. § 222 StGB ahnden. Es könne daher nicht sein, dass derjenige, der bei gleicher Fallkonstellation ein fremdes Gebäude anzünde, erheblich schwerer, nämlich gem. § 306c StGB zu bestrafen sei.

Letzteres überzeugt nicht. Das Problem entsteht erst dadurch, dass *Liesching* den § 306 StGB als reines Sachbeschädigungsdelikt ohne jedes Element der Gemeingefährlichkeit konstruiert.⁶⁷ Diese Auslegung ist jedoch, wie in den ersten beiden Abschnitten dieses Beitrags entwickelt, zu verwerfen. Geht man – wie hier – davon aus, dass zum Tatbild der einfachen Brandstiftung auch die im Einzelfall bestehende Eignung des Tatobjekts gehört, einmal in Brand gesetzt, zumindest einen anderen an Leib oder Leben gefährden zu können, gehört es schon zur inneren Tatseite dieses Delikts, diese Möglichkeit zumindest billigend in Kauf zu nehmen. Somit bezieht sich der Vorsatz bei diesem Verbrechen ebenfalls schon auf die Gefährlichkeit für fremdes Wohlergehen. Wer darauf vertraut, dass das Anzünden einer fremden Sache im Einzelfall ungeeignet ist, einen anderen an Leib oder Leben zu gefährden, der ist nach der hier vorgeschlagenen Lösung nicht gem. § 306 Abs. 1 StGB strafbar. Nicht nur bei eigenen, auch bei fremden Sachen kommt daher in den von *Liesching* gebildeten Fällen stets nur eine Strafbarkeit gem. § 222 StGB (bei fremden Sachen ggf. i. V. m. §§ 303 ff. StGB) in Betracht.

Fazit: Da die einfache Brandstiftung ein spezifisches Element von Gemeingefährlichkeit aufweist, das folglich vom Vorsatz umfasst sein muss, ist sie ist zu Recht in § 306c StGB als Grunddelikt genannt.

3. Zu den auffälligsten Ungereimtheiten der Neufassung der §§ 306 ff. StGB gehört es bekanntlich, dass § 306d Abs. 1 3. Var. StGB seinem Wortlaut nach denjenigen paradoxerweise mit milderer Strafe bedroht, der nicht nur eines der in § 306 Abs. 1 StGB genannten Tatobjekte in Brand setzt, sondern darüber hinaus noch fahrlässig die Gesundheit eines anderen gefährdet. Der gleiche Widersinn findet sich im Verhältnis von § 306d Abs. 1 1. Var. zu § 306d Abs. 2 StGB. Der BGH sucht diese Unstimmigkeit dadurch zu vermeiden, dass er Tateinheit zwischen der Brandstiftung nach § 306 Abs. 1 StGB und der nach § 306d Abs. 1 3. Var. StGB mit der Folge annimmt, gem. § 52 Abs. 2 S. 1 StGB die Strafe dem Strafrahmen der erstgenannten Vorschrift zu entnehmen.⁶⁸ Der BGH führt zwei Argumente an: Zum einen sehe § 306a Abs. 2 StGB (auf den sich § 306d Abs. 1 3. Var. StGB beziehe) von der Eigentumslage ab, zum anderen gingen die Materialien zum 6. StrRG davon aus, dass das Eigentum nicht Schutzgut des § 306a Abs. 2 StGB sei.

⁶⁷ *Liesching*, Brandstiftungsdelikte (Fn. 5), S. 35, 84 f. m. w. N.

⁶⁸ BGH NStZ-RR 2000, 209; zust. *Kreß* JR 2001, 315, 319; LPK-StGB/*Kindhäuser*, (Fn. 7), § 306a Rn. 11; LK/*Wolff* (Fn. 7), § 306a Rn. 26; NK-StGB/*Herzog/Kargl*, § 306a Rn. 4; *Schönke/Schröder/Heine* (Fn. 8), § 306a Rn. 17; SK-StGB/*Horn/Wolters* (Fn. 7), § 306a Rn. 24 ff.; letztlich wohl genauso, obwohl stark zweifelnd: *Fischer*, (Fn. 7), § 306a Rn. 10b.

a) Nun trifft es zwar zu, dass § 306a Abs. 2 StGB sich auf alle der in § 306 Abs. 1 Nr. 1-6 StGB genannten Tatobjekte unabhängig von der Eigentumslage bezieht. Doch bedeutet dies nicht, dass die Strafdrohung von § 306a Abs. 2 StGB nicht die Aufgabe hat, fremdes Eigentum zu schützen. Vielmehr erfasst er auch Angriffe auf fremdes Eigentum, wenn diese eine konkrete Gesundheitsgefährdung zur Folge haben. Belegt § 306a Abs. 2 StGB aber auch derartige Angriffe mit erhöhter Strafe, trifft die Redeweise nicht zu, dass das Eigentum nicht durch ihn geschützt sei.

Auch der Verweis auf die Gesetzesmaterialien greift nicht durch. Bezogen wird sich auf die Rückäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf.⁶⁹ Diese Rückäußerung präsentiert einen neugefassten Entwurf von § 306 StGB, dessen erster Absatz dem Gesetz gewordenen § 306 Abs. 1 entspricht, während dessen zweiter Absatz wie folgt lautete:

„Ebenso wird bestraft, wer eine in Abs. 1 Nr. 1 bis 6 bezeichnete Sache in Brand setzt oder durch Feuer ganz oder teilweise zerstört und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet.“

Hinsichtlich dieser Entwurfsfassung trifft die Redeweise von den zwei verschiedenen Schutzrichtungen und die Annahme von Tateinheit zu. Im weiteren Laufe des Gesetzgebungsverfahrens schnitt man diesen Absatz freilich auf die Gesundheitsgefährdung zu und hielt es für angemessen, ihn als zweiten Absatz dem § 306a StGB zuzuordnen. Die Bestimmung steht nun in einem anderen Kontext: Während sie in der überarbeiteten Entwurfsfassung lediglich eine weitere Fallgruppe der einfachen Brandstiftung regelte und derselben Rechtsfolge (1 bis 10 Jahre Freiheitsstrafe) unterwarf, subsumiert nun das geltende Recht sie unter die schwere Brandstiftung und der auf diese gesetzten erhöhten Strafdrohung (1-15 Jahre Freiheitsstrafe). Wer hier an Tateinheit festhält, ist bei derartigen Fällen zu einem absonderlichen Schuldspruch wegen Brandstiftung in Tateinheit mit schwerer Brandstiftung genötigt. Einen derartigen Schuldspruch hat der BGH bei einer Tat, welche sowohl die Merkmale von § 306 Abs. 1 StGB als auch die von § 306a Abs. 1 StGB erfüllt zu Recht als befremdlich angesehen und abgelehnt.⁷⁰ Für das Verhältnis dieser beiden Tatbestände kam er daher zu der Annahme, dass die zuletzt genannte Vorschrift die zuerst genannte verdrängt.

Welche Figur der Gesetzeskonkurrenz dies bewirkt, gibt der BGH leider nicht an. Spezialität kann es nicht sein⁷¹, da es sich bei § 306a Abs. 1 StGB nicht um eine Qualifikation im strikt logischen Sinne handelt. So wie jener einen eigenen Anwendungsbereich behält, wenn es um fremde Sachen geht, die nicht zu den Aufenthaltsräumlichkeiten von § 306a I StGB zu zählen sind, so dieser, wenn es um Aufenthaltsräumlichkeiten geht, die nicht in fremdem Eigentum stehen. Auch Subsidiarität scheidet aus. Dann müsste das in § 306a Abs. 1 StGB geschilderte Verbrechen durch eine intensivere Begehungsweise ge-

⁶⁹ BT-Drs. 13/8587, S. 87.

⁷⁰ BGH NJW 2001, 765 (765 f.).

⁷¹ So aber: MünchKommStGB/*Radtke* (Fn. 19), § 306a Rn. 69.

kennzeichnet sein.⁷² Daran fehlt es aber, soweit der Täter eigene oder herrenlose Sachen anzündet. So bleibt nur die Figur der mitbestraften Begleittat. Die üblicherweise darunter gefassten Fallgruppen decken zwar sich nicht ohne Weiteres mit der hier gegebenen Konstellation. Indem aber die amtliche Überschrift von § 306a StGB alle seine Fälle (gegenüber der einfachen Brandstiftung von § 306 StGB) als schwere Brandstiftung bezeichnet, bringt der Gesetzgeber, wenngleich auch sachlich nicht vollständig berechtigt,⁷³ zum Ausdruck, dass er den Eigentumsangriff im Rahmen von § 306a StGB als nebensächlich und damit gleichsam als mitbestraft ansieht.⁷⁴ Nicht zuletzt liegt dies auch nach dem hier zu § 306 StGB entwickeltem Verständnis nahe. Danach ist auch schon die einfache Brandstiftung durch ein Element der Gemeingefährlichkeit geprägt. Da § 306a Abs. 1 StGB dieses Element durch die nähere Konkretisierung der Tatobjekte qualifiziert, lässt er den ggf. mit verwirklichten Eigentumsangriff in seiner Bedeutung weiter dahinter zurücktreten, sodass § 306a Abs. 1 StGB den § 306 StGB konsumiert.

Die vom BGH zu § 306a Abs. 1 StGB entwickelte Lösung kann nun auch als Vorbild für § 306a Abs. 2 StGB dienen. Denn wer den § 306a dort als vorgehendes Gesetz ansieht, muss dies erst recht hier tun.⁷⁵ Soll bereits die besondere Gestalt der Räumlichkeit die Kraft haben, den § 306 StGB zu verdrängen, muss dies a fortiori gelten, wenn die Brandstiftung sogar zu einer konkreten Gesundheitsgefahr führt. § 306a Abs. 2 StGB konsumiert daher § 306 StGB.

b) So wie die aus den amtlichen Überschriften der Straftatbestände zu bildenden Schuldsprüche den Ausweg bei den Konkurrenzen zwischen § 306 Abs. 1 StGB auf der einen Seite und § 306a Abs. 1 bzw. Abs. 2 StGB auf der anderen Seite weisen, so auch im Verhältnis von § 306 Abs. 1 zu § 306d Abs. 1 3. Variante. Wer wie der BGH und die h. L. zwischen diesen Delikten Tateinheit annimmt, der ist bei derartigen Fällen zu dem sehr befremdlichen Schuldspruch wegen (vorsätzlicher) Brandstiftung in Tateinheit mit fahrlässiger Brandstiftung gezwungen. Das kann nicht richtig sein. Wenn das Gesetz das in § 306d Abs. 1 3. Var. StGB umschriebene Vergehen (entgegen § 11 Abs. 2 StGB) als fahrlässige Tat wertet, bringt es damit zum Ausdruck, dass dieses Delikt im Verhältnis zur einfachen Brandstiftung als jedenfalls in einer entscheidenden Hinsicht durch die weniger intensive Begehungsweise geprägt sein soll.

Haftet man zu sehr am Wortlaut der beiden Vorschriften, muss einem diese Wertung als Irrsinn erscheinen. Denn danach wird etwas als weniger intensive Begehungsweise angesehen, bei dem zum In-Brand-Setzen einer Sache noch das fahrlässige Bewirken einer Gesundheitsgefahr hinzutritt. Schaut man etwas genauer hin, zeigt sich aber eine andere Tiefenstruktur: Wie dargelegt, umschreibt § 306 Abs. 1 StGB nicht nur ein In-Brand-Setzen von Sachen. Vielmehr muss dieses In-Brand-Setzen im Einzelfall die Eignung haben, einen anderen an Leib oder

Leben gefährden zu können. Dementsprechend besteht auch der subjektive Tatbestand aus zwei Komponenten: dem Vorsatz, eine fremde Sache anzuzünden, und dem Wissen, dass der gelegte Brand im Einzelfall die Eignung hat, einen anderen zu gefährden. Nun ist es aber so, dass derjenige, der eine Sache in dem Bewusstsein in Flammen setzt, dass dies geeignet sein kann, einen anderen an Leib oder Leben zu gefährden, immer auch fahrlässig im Hinblick auf eine sich daraus entwickelnde konkrete Gesundheitsgefahr handelt (s. o. III. 2.). Ist dem aber so, dann wäre die in § 306d Abs. 1 3. Var. StGB enthaltene Tatbeschreibung im Hinblick auf die innere Tatseite tautologisch, wenn sie sich nur auf die Fahrlässigkeit in Bezug auf die konkrete Gefahr bezöge. Nun scheint der Wortlaut von § 306d Abs. 1 3. Var. StGB genau dies nahelegen, entspricht er doch den sonst im Strafgesetzbuch verwendeten Formulierungen zur Beschreibung von konkreten Gefährdungsdelikten. Was die Wahl der Worte angeht, muss man auch davon ausgehen, dass diese auf ein, in der Tat peinliches, Versehen während der Gesetzgebungsarbeiten zurückgeht. Es wurde schlicht übersehen, dass die Vorschrift durch die Umbettung in den in Kraft getretenen § 306a Abs. 2 StGB nun in einem neuen Kontext steht. Die Tautologie lässt sich nun dadurch vermeiden, dass man als Bezugspunkt der Fahrlässigkeit nicht erst die konkrete Gesundheitsgefahr ansieht, sondern schon die Eignung des In-Brandsetzens, einen anderen Menschen zu gefährden. Zugegeben, darin liegt eine teleologische Reduktion des Wortlautes von § 306d Abs. 1 3. Var. StGB. Sie gründet sich auf die Besonderheit, dass die amtliche Überschrift von § 306d StGB auch das in Abs. 1 als 3. Variante umschriebene Vergehen als Fahrlässigkeitsdelikt bezeichnet. Und sie hat für sich, der einzige Weg zu sein⁷⁶, das Strafrahenrätsel aufzulösen:

Wer Vorsatz sowohl hinsichtlich des In-Brand-Setzens als auch hinsichtlich der Gefahreignung derselben hat, dem droht die in § 306 Abs. 1 StGB angedrohte Strafe von einem bis zu zehn Jahren Freiheitsentzug. Gleiches gilt für denjenigen, der dadurch zudem noch eine Gesundheitsgefahr für einen anderen verursacht, dabei aber darauf vertraut, dass es nicht zu dieser konkreten Gefahr kommt. Wer hingegen eine fremde Sache vorsätzlich in Brand setzt, dabei aber schon nicht ernst genommen hatte, dass dieses Feuer geeignet ist, einen anderen zu gefährden, der ist lediglich wegen fahrlässiger Brandstiftung gem. § 306d Abs. 1 3. Var. StGB im Höchstmaß mit fünf Jahren Freiheitsentzug zu bestrafen.

c) Schließlich lässt sich anhand dieses Leitfadens auch der Widerspruch beheben, der zwischen § 306d Abs. 1 1. Variante und Abs. 2 StGB besteht. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmungen wird derjenige, der fahrlässig eine der in § 306 Abs. 1 StGB genannte Sache in Brand setzt mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bedroht, während derjenige, welcher darüber hinaus dadurch noch fahrlässig einen anderen an der Gesundheit gefährdet,

⁷² Kluszczewski, AT (Fn. 54), Rn. 859.

⁷³ Dazu: Liesching, Brandstiftungsdelikte (Fn. 5), S. 62.

⁷⁴ Radtke, Brandstiftungsdelikte (Fn. 14), S. 390.

⁷⁵ Schroeder GA 1998, 572 (574), hält die Annahme von Idealkonkurrenz für abwegig.

⁷⁶ Fischer (NSTZ 1999, S. 13), hat ursprünglich einmal erwogen, die Tatobjekte von §§ 306a Abs. 2, 306d Abs. 1 3. Var. und § 306d Abs. 2 StGB auf eigene oder herrenlose Sachen zu beschränken. Das deckt sich aber nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers. Er hat diese Ansicht daher mittlerweile wieder aufgegeben, Fischer, (Fn. 7), § 306a Rn. 10b.

nur höchstens drei Jahre Freiheitsentzug zu erwarten hat. Zur Auflösung ist zunächst daran zu erinnern, dass objektiv aus der Sorgfaltspflichtwidrigkeit, die darin liegt, überhaupt aus Unachtsamkeit etwa ein bestimmtes Gebäude in Brand zu setzen, stets auch der Sorgfaltspflichtverstoß folgt, einen anderen zu gefährden, wenn denn der Sachverhalt so liegt, dass sich jemand zur Tatzeit in diesem Gebäude aufgehalten hat. Die doppelte Benennung der Fahrlässigkeit scheint daher auf eine ähnliche Tautologie hinauszulaufen wie diejenige, die wir bei § 306d Abs. 1 3. Variante ausgemacht hatten [s. o. III. 3. c)], wenn es nicht gelingt, für die Fahrlässigkeit unterschiedliche Bezugspunkte auszumachen. Nun haben wir gesehen, dass der Gesetzgeber den gemeingefährlichen Charakter der Brandstiftung durch Bezeichnung eines spezifischen Tatmittels und besonderer Tatobjekte zu umschreiben sucht (s. o. I. 2.). Dementsprechend lässt sich innerhalb der inneren Tatseite der Fahrlässigkeit unterscheiden: Einerseits kann der Täter bewusst mit Feuer hantieren, aber darauf vertrauen, dass keines der in § 306 Abs. 1 StGB genannten Tatobjekte in Brand gesetzt und daher auch niemand gefährdet wird. Andererseits kann der Täter schon darauf vertraut haben, dass als Folge seines Handels überhaupt kein Brand entsteht. Im zuletzt genannten Fall ist der Wille des Täters noch weiter entfernt, durch gemeingefährliches Verhalten einen anderen

zu gefährden. Während hier also die mildeste mögliche Rechtsfolge und damit die Anwendung von § 306d Abs. 2 StGB die angemessene Antwort darstellt, so im erstgenannten Fall die Anwendung von § 306d Abs. 1 1. Var. StGB.

IV. Fazit

Legt man die einfache Brandstiftung, wie gezeigt, als gemeingefährliches Delikt aus und zieht daraus für die anderen, darauf Bezug nehmenden Tatbestände die Konsequenzen, lässt sich der missglückten Fassung des Gesetzes eine konsistente Form geben. Das geschieht nun durch eine stark restriktive Interpretation des Gesetzes, die dem Gesetzgeber so gewiss nicht deutlich vor Augen stand. Da es ihm mit dem 6. StrRG vor allem darum ging, die Rechtsanwendung zu erleichtern und die Strafrahmen zu harmonisieren,⁷⁷ beides jedoch nur auf dem vorgeschlagenen Weg möglich ist, muss er sich dieses Ergebnis gefallen lassen.

⁷⁷ BT-Drucks. 13/8587, S. 1.

Aufsätze und Anmerkungen

Sonderstrafrecht für Ärzte?

Eine kritische Analyse der jüngsten Gesetzentwürfe zur Bestrafung der „Ärztelkorrption“

Von Prof. Dr. Hendrik Schneider, Universität Leipzig

I. Strafrecht zwischen den Mühlsteinen politischer und ökonomischer Steuerungsinteressen

Die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen des Strafrechts bildet ein Kernanliegen im Werk *Manfred Seebodes*.¹ Die Bestimmtheit der Strafgesetze, ihre Berechenbarkeit für den Bürger, die Gleichheit vor dem Gesetz sind zentrale Maximen, deren Einhaltung durch Strafgesetzgebung und Wissenschaft ihm vor dem Hintergrund seiner liberalen Staatsauffassung besonders

wichtig waren und mit denen er sich, durchaus auch gegen den Zeitgeist², in Politik und Strafrechtswissenschaft Gehör verschaffte und Bleibendes formuliert hat.

In dem ihm anlässlich seines 70. Geburtstags im Jahr 2008 gewidmeten Beitrag „Unberechenbares Strafrecht“ habe ich versucht, an dieses Leitmotiv meines geschätzten Vorgängers an der Leipziger Juristenfakultät anzuknüpfen und „vermeidbare Bestimmtheitsdefizite im Tatbestand der Vorteilsannahme und ihre Auswirkungen auf die Praxis des Gesundheitswesens“ aufzuzeigen. Damals war noch nicht vorhersehbar, dass die Thematik der „Ärztelkorrption“ alsbald (erneut) Schlagzeilen ma-

¹ Etwa *Seebode* DVBl. 1968, 177 f.; *ders.* JA 1979, 613 ff.; *ders.* JR 1986, 265 ff.; *ders.* StV 1989, 118 ff.; *ders.*, in: Festschrift für Spindel (1992), 317 ff.; *ders.*, in: Festschrift für Stree und Wessels (1993), 405 ff.; *ders.* StV 2004, 596 ff.; *ders.* JZ 2004, 305 ff.; *ders.*, in: Festschrift für Küper (2007), 577 ff.

² *Seebode* JR 1986, 265 ff.; *ders.*, in: Festschrift für Küper (2007), 577 ff.

chen und Gerichte³, Gesetzgeber⁴, Verbände⁵ und Wissenschaft⁶ in Atem halten würde. In der 17. Legislaturperiode befanden sich zwei unterschiedliche Entwürfe im Gesetzgebungsverfahren, die allerdings der Diskontinuität anheimgefallen sind.⁷ Der Vorschlag der Regierungs-

koalition⁸ wollte im Rahmen des als „Omnibusgesetz“ konzipierten Präventionsgesetzes ein Verbot der Bestechlichkeit/Bestechung von „Leistungserbringern“ im SGB V einführen (§§ 307c, 70 Abs. 3 SGB V).⁹ Über den Bundesrat, der den Vorschlag der Regierung blockiert hat, wurde demgegenüber der Regelungsentwurf eines § 299a StGB („Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen“) in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht.¹⁰ § 299a StGB geht deutlich weiter als der Entwurf der Regierungskoalition und erfasst insbesondere auch freiberuflich tätige Ärzte, die keine Zulassung zur Behandlung gesetzlich versicherter Patienten haben und demnach keine Leistungserbringer im Sinne des SGB V darstellen.¹¹

Die beiden Entwürfe sind das Resultat eines zähen Ringens um die Frage des „Ob“ und des „Wie“ der Schließung einer im Jahr 2005 erkannten Regelungslücke im Anwendungsbereich der Korruptionsdelikte. Genährt von tief sitzenden Viktimisierungängsten, Opfer eines korrupten Arztes zu werden¹², den im Gesundheitswesen besonders wirksamen Mechanismen des politisch-publizistischen Verstärkerkreislaufs¹³ und von Pathos getragenen Appellen auch aus der Wissenschaft¹⁴ und von Ärzten¹⁵, erzeugte die Thematik offensichtlich Zugzwänge im Wahlkampf. Denn während Bundesgesundheitsminister Bahr und andere Politiker der Regierungs-

³ OLG Braunschweig v. 23.02.2010 – Ws 17/10 = GesR 2010, 250; BGH v. 05.05.2011 – 3 StR 458/10 = HRRS 2011 Nr. 800 = NStZ 2012, 35; vorgehend dazu LG Stade v. 04.08.2010 – 12 KLS 19/09, 12 KLS 170 Js 18207/09 (19/09) = ZMGR 2011, 148; BGH v. 20.07.2011 – 5 StR 115/11 = HRRS 2011 Nr. 801 = NStZ-RR 2011, 303; vorgehend dazu LG Hamburg v. 09.12.2010 – 618 KLS 10/09 = GesR 2011, 164; BGH v. 29.03.2012 – GSSt 2/11 = BGHSt 57, 202 = HRRS 2012 Nr. 612.

⁴ BT-Drucks. 17/3685 v. 10.11.2010 (Antrag der Abgeordneten Franke u.a. und der SPD-Bundestagsfraktion: „Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen“); BT-Drucks. 17/9587 v. 09.05.2012 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zu dem Antrag der Abgeordneten Franke u.a. und der SPD-Bundestagsfraktion); BT-Drucks. 17/12213 v. 30.01.2013 (Antrag der Abgeordneten Franke u.a. und der SPD-Bundestagsfraktion: „Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen unter Strafe stellen“); BT-Drucks. 17/12451 v. 25.02.2013 (Antrag der Abgeordneten Vogler u.a. und der Bundestagsfraktion DIE LINKE: „Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidungen sichern – Korruptives Verhalten effektiv bekämpfen“); BT-Drucks. 17/12693 v. 13.03.2013 (Antrag der Abgeordneten Klein-Schmeink u.a. und der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: „Korruption im Gesundheitswesen strafbar machen“); BR-Drucks. 217/13 v. 22.03.2013 (Gesetzesentwurf der Bundesregierung: „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention“); BT-Drucks. 17/13080 v. 16.04.2013 (Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP: „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention“); Ausschussdrucks. 17(14)0416 v. 07.05.2013 (Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention); BT-Drucks. 17/13401 v. 08.05.2013 (Gesetzesentwurf der Bundesregierung: „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention“); BR-Drucks. 451/13 v. 30.05.2013 (Gesetzesantrag der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern: „Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“); BT-Drucks. 17/14184 v. 26.06.2013 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zu dem Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention).

⁵ Vgl. z.B. Ausschussdrucks. 17(14)0399(9) v. 10.04.2013 (Stellungnahme des BPI e.V. anlässlich der Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 17.04.2013); Ausschussdrucks. 17(14)0424(7) v. 12.05.2013 (Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes: „Keine halben Sachen: Gesetzesentwurf zur Prävention überarbeiten!“); Ausschussdrucks. 17(14)0424(9) v. 14.05.2013 (Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes zum Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention); Ausschussdrucksache 17(14)0424(8) v. 14.05.2013 (BVMed-Stellungnahme anlässlich der öffentlichen Anhörung am 15.05.2013 zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention).

⁶ Z.B. Geis GesR 2011, 641 ff.; Meseke BKK 2012, 318 ff.; ferner Dannecker ZRP 2013, 37 ff.; Braun MedR 2013, 277 ff.; ders., Industrie und Ärzteschaft (2011), 155 ff.; Steinhilper MedR 2010, 499 ff.; Nestler JZ 2009, 984 ff.; Schneider/Ebermann HRRS 2013, 219 ff.; Schneider StV 2010, 365 ff.; ders. HRRS 2010, 241 ff.

⁷ Derzeit (22.11.2013) scheint eine Verständigung im Rahmen der Koalitionsverhandlungen zwischen CDU/CSU und

SPD in der Arbeitsgruppe Gesundheit bezüglich der Schaffung einer Vorschrift im StGB erreicht zu sein, vgl. <http://www.tagesspiegel.de/politik/koalitionsverhandlungen-n-union-streitet-ueber-krankenhaeuser/9071698.html> (zugegriffen am 22.11.2013). Insgesamt ist das Ergebnis aber noch offen. Klar ist lediglich, dass das Anliegen der Neuschaffung eines Tatbestandes der Ärztekorrption auch in der 18. Legislaturperiode unter Anknüpfung an die hier geführte Diskussion weiterverfolgt werden soll. Daher bleibt der vorliegende Artikel relevant.

⁸ Gemeint ist die Koalition von CDU/CSU und FDP in der 17. Legislaturperiode.

⁹ BT-Drucks. 17/13080 v. 16.04.2013 (Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP: „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention“).

¹⁰ BR-Drucks. 451/13 v. 30.05.2013 (Gesetzesantrag der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern: „Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“).

¹¹ Hierzu bereits Schneider StV 2010, 365 ff.

¹² Näher Schneider/Kißling A&R 2012, 261 ff.; hierzu Dannecker ZRP 2013, 37 ff.

¹³ Scheerer Kriminologisches Journal 10/78, 223 ff.; hierzu Schneider, in: Boemke/Schneider, Korruptionsprävention im Gesundheitswesen (2010), 12 ff.

¹⁴ Fischer, StGB (2013), § 299, Rn. 10e zur Entscheidung des Großen Senats: „[...] Dies ist ein katastrophales und nicht vertretbares Ergebnis. Der GrSen hat die insoweit bestehenden „Missstände“ gesehen und an den Gesetzgeber appelliert, bestehende Lücken zu schließen (GSSt 2/11, Rn. 46). Diese Lücken sind rechtspolitisch nicht legitimierbar. Sie privilegieren teilweise hochorganisiert funktionierende korruptive Systeme zu Lasten der Versicherten. [...] Die Entscheidung des Großen Senats hat dazu geführt, dass die Schmiergeldeinnahmen im Vertragsarztssystem (wieder) legale Betriebseinnahmen im Rahmen der freiberuflichen Tätigkeit von Vertragsärzten [...] sind“. Näher zu den Hintergründen: Schneider Neue Kriminalpolitik 2012, 30 ff.

¹⁵ Dpa-Meldung vom 02.01.2013, Äußerungen der „Initiative unbestechlicher Ärzte“ (MEZIS).

koalition noch im Jahr 2012 der Sache nach auf die Prinzipien der ultima ratio und des fragmentarischen Strafrechts verwiesen und einer Kriminalisierung der Ärztekorrupcion zumindest kritisch gegenüberstanden¹⁶, bejahen auch sie ab der Jahreswende 2012/2013 den kriminalpolitischen Handlungsbedarf und begründen den in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Regelungsvorschlag (§§ 70 Abs. 3, 307c SGB V) mit dem Argument, die „bestehenden straf-, disziplinar- und berufsrechtlichen Regelungen“ reichten nicht aus, um „korrup­tive Verhaltensweisen in der Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern wirksam zu verhindern“¹⁷.

II. Die jüngsten Gesetzesentwürfe und die Argumente ihrer Verfasser

Der von der Regierungskoalition vorgeschlagene Entwurf des § 307c SGB V lautet:

„(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 70 Absatz 3 Satz 2 oder Satz 3, jeweils auch in Verbindung mit Satz 4, einen dort genannten und nicht nur geringfügigen wirtschaftlichen Vorteil annimmt oder gewährt.

(2) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig handelt.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sein denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Antragsberechtigt sind der betroffene Versicherte, seine gesetzliche Krankenkasse, die Kassenärztliche Vereinigung und die berufsständische Kammer, deren Mitglied der Täter ist, und deren andere Mitglieder. Antragsberechtigt sind auch Mitbewerber des Täters sowie die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 und 4 des Gesetzes

gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Verbände und Kammern.“¹⁸

Der Änderungsentwurf des § 70 Abs. 3 SGB V, auf den § 307c SGB V Bezug nimmt, lautet:

„Die Leistungserbringer, die andere Leistungserbringer oder Dritte an der Versorgung beteiligen, haben eine am Vertrauen des Versicherten in die Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen und am Gebot der Wirtschaftlichkeit orientierte Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Anbietervielfalt zu gewährleisten. Leistungserbringer und ihre Angestellten oder Beauftragten dürfen 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, der Abgabe von Mitteln oder der sonstigen Veranlassung von Leistungen für die Untersuchung oder Behandlung von Versicherten nach diesem Buch in unangemessener unsachlicher Weise begünstigen oder bevorzugen. Ebenfalls unzulässig ist es, Leistungserbringern, ihren Angestellten oder Beauftragten solche Vorteile für diese oder Dritte anzubieten, zu versprechen oder zu gewähren. Vorteile sind auch solche nach § 128 Absatz 2 Satz 3.“¹⁹

Der genannte Straftatbestand ist, wie § 299 StGB, als relatives Antragsdelikt ausgestaltet. Die Tathandlungen werden allerdings auf die Annahme bzw. das Gewähren des Vorteils begrenzt. Die Qualifikation des Abs. 2 greift ein Regelbeispiel des § 300 StGB auf.

Der Entwurf des § 299a StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen) ist, wie oben bereits dargelegt, weiter gefasst und lautet wie folgt:

„(1) 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.

¹⁶ Deutscher Bundestag, Aktuelle Stunde am 28.06.2012 (auf Verlangen der SPD: Korruption im Gesundheitswesen bekämpfen – Konsequenzen aus dem BGH-Urteil ziehen), Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/187, Stenographischer Bericht der 187. Sitzung, 22361 A. vgl. ferner Monstadt (MdB, CDU/CSU Bundestagsfraktion anlässlich der 2./3. Beratung zum Antrag der SPD (BT-Drucks. 17/3685) am 30.11.2012 (Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/212, Stenographischer Bericht der 212. Sitzung, 26007 D): „Bei den Ärzten eine Spezialregelung einzuführen und einen Sonderstrafatbestand im StGB zu schaffen, ist nicht nur überflüssig, sondern stellt Ärzte in Deutschland unter Generalverdacht. Das ist nicht die Politik dieser christlich-liberalen Koalition. Ich halte es da gerne mit Herrn Lanfermann: Wo keine Lücke ist, werden wir auch nicht tätig.“ Für den Hinweis auf die genannten Sitzungsprotokolle danke ich Herrn Dr. Meseke, Leiter der Stelle zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen beim GKV-Spitzenverband anlässlich seines Vortrages am 23.08.2013 bei der Tagung „Vermögensstraftaten und Korruption im Gesundheitswesen“ an der Deutschen Richterakademie Trier.

¹⁷ BT-Drucks. 17/14184 v. 26.06.2013 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention), 32.

¹⁸ Ausschussdrucks. 17(14)0416 v. 07.05.2013 (Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention), 2.

¹⁹ Ausschussdrucks. 17(14)0416 v. 07.05.2013 (Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention), 1.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, 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. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb bevorzugen oder
2. sich in sonstiger unlauterer Weise beeinflussen lassen.²⁰

Im Zusammenhang mit der Einführung des § 299a StGB soll auch § 300 StGB entsprechend angepasst und bei § 299a StGB für anwendbar erklärt werden. Ferner ist die Aufnahme des § 299a StGB in den Katalog des § 100a StPO (Überwachung der Telekommunikation) geplant.

Beide Entwürfe sind von der Annahme getragen, es bestehe eine Regelungslücke im Rechtsgüterschutz durch Strafrecht, die durch die Neukriminalisierung der Ärztekorrumpion geschlossen werden soll. Alternativen zum Strafrecht hätten sich nicht als wirksam erwiesen. Die Ärztekammern erführen zu spät von entsprechenden Verfehlungen, so dass eine Ahndung mit den Mitteln des Berufsrechts aus Gründen der Verjährung nicht möglich sei. Dasselbe gelte für die Verfolgung der Verletzung sozialrechtlicher Normen wie § 128 SGB V, die ohnehin primär an nichtärztliche Leistungserbringer adressiert seien. Ferner bereite die Aufklärung des Sachverhalts Schwierigkeiten. Da Korruption im Verborgenen stattfindet und Vorteilsgeber sowie Vorteilsnehmer ein Interesse an Geheimhaltung und Verschleierung hätten²¹, sei es kaum möglich, ohne hoheitliche Eingriffsbefugnisse einen Tatverdacht zu erhärten²².

Seitens der Opposition²³ wurde eine Regelung im StGB befürwortet, weil ein Straftatbestand im SGB V aufgrund des systematischen Zusammenhangs dieses Gesetzes Sachverhalte ausklammere, die auf die Behandlung von Privatpatienten bezogen seien.²⁴ Ferner habe der Gesetz-

geber im Zusammenhang mit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz²⁵ im Jahr 1997 die Entscheidung getroffen, den Tatbestand der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in das StGB zu transferieren.²⁶ Insofern sei es inkonsequent, hinsichtlich der Ärzte eine Regelung im Nebenstrafrecht vorzusehen.²⁷ Nicht einzusehen sei auch, dass die Tathandlungen im Gegensatz zu den §§ 331 ff., 299 f. StGB auf die Annahme und das Gewähren von Vorteilen begrenzt sei²⁸ und eine Strafschärfung nur in den Fällen des gewerbsmäßigen Handelns vorgesehen²⁹ werde. Daher sei die Fassung des § 299a StGB gegenüber der Lösung der Regierungskoalition im SGB V vorzugswürdig.

III. Kritische Analyse der beiden Regelungsentwürfe

1. Regelungsbedarf

Bereits der nunmehr von allen politischen Parteien, dem Großen Senat des Bundesgerichtshofs³⁰ und Stimmen aus der Wissenschaft³¹ behauptete Regelungsbedarf im Hinblick auf einen Straftatbestand der Ärztekorrumpion erscheint fraglich und noch nicht hinreichend geklärt.³²

Unter einem verfassungsrechtlichen Blickwinkel geht es um die ultima ratio Funktion des Strafrechts und damit um die Frage, ob das tatbestandsmäßige Verhalten „in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Ver-

rechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“), 10.

²⁵ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997, BGBl. I 2038, in Kraft getreten am 20.08.1997.

²⁶ Ausschussdrucks. 17(14)0399(19) v. 12.04.2013 (Stellungnahme Prof. Dr. Bussmann zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit am 17.04.2013 und den eingereichten Anträgen der SPD-Bundestagsfraktion, BT-Drucks. 17/12213, Bundestagsfraktion BUNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 17/12693, Bundestagsfraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 17/12451), 82.

²⁷ BT-Drucks. 17/14184 v. 26.06.2013 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention), 28.

²⁸ Ausschussdrucks. 17(14)0424(9) v. 14.05.2013 (Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention), 5 f.

²⁹ Ausschussdrucks. 17(14)0420 v. 08.05.2013 (Änderungsanträge der SPD-Bundestagsfraktion zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention- BT-Drucks. 17/13080), 2, 6, wonach die Regelbeispiele des § 300 StGB für einen etwaigen § 299a StGB Anwendung finden sollen.

³⁰ BGH v. 29.03.2012 – GSSt 2/11 = BGHSt 57, 202 = HRRS 2012 Nr. 612.

³¹ Braun MedR 2013, 277 ff., 284; Dannecker ZRP 2013, 37 ff.; bereits Dieners/Taschke PharmR 2000, 309 ff., 319. Zurückhaltend demgegenüber Geiger CCZ 2012, 172 ff., 177: soweit der Gesetzgeber Regelungsbedarf sehe, möge er zumindest „einen ausgewogenen Weg“ beschreiten.

³² Der gegenwärtige Diskurs geht freilich in die entgegengesetzte Richtung. Der Regelungsbedarf wird als so dringlich angesehen, dass ein Untätigbleiben des Gesetzgebers eine Verletzung des „Untermaßverbots“ darstellt.

²⁰ BR-Drucks. 451/13 v. 30.05.2013 (Gesetzesantrag der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern: „Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“), 7.

²¹ BT-Drucks. 17/12693 v. 13.03.2013 (Antrag der Abgeordneten Klein-Schmeink u.a. und der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: „Korruption im Gesundheitswesen strafbar machen“), 3.

²² BR-Drucks. 451/13 v. 30.05.2013 (Gesetzesantrag der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern: „Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“), 9.

²³ Gemeint sind die nicht an der Regierung der 17. Legislaturperiode beteiligten Parteien SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN sowie DIE LINKE.

²⁴ BT-Drucks. 17/12451 v. 25.02.2013 (Antrag der Abgeordneten Vogler u.a. und der Bundestagsfraktion DIE LINKE: „Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidungen sichern – Korruptives Verhalten effektiv bekämpfen“), 3; BR-Drucks. 451/13 v. 30.05.2013 (Gesetzesantrag der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern: „Entwurf eines Straf-

hinderung daher besonders dringlich“ sei.³³ Bei der Prüfung dieses strafrechtsbegrenzenden Übermaßverbots bei Kriminalisierungsvorschlägen im Einzelfall ist zunächst auf das Rechtsgut abzustellen, dessen Schutz den Eingriff in die Freiheit legitimeren soll.³⁴ Soweit sich dieses bestimmen lässt, wäre die Angemessenheit der vorgesehenen Regelungen und deren Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne zu prüfen.³⁵ Eine solche Herangehensweise lässt sich insbesondere auf die Dogmatik der Praktischen Konkordanz³⁶ stützen, die auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei der Prüfung von Grundrechtseingriffen durch Gesetz explizit³⁷ und implizit³⁸ herangezogen wird. Zudem ist dem Strafrecht der Gedanke einer Güterabwägung nicht fremd, sondern tritt beispielsweise bei der Prüfung der widerstreitenden Interessen im Rahmen von § 34 StGB in Erscheinung.³⁹

Bei § 299a StGB liegt bereits aufgrund der Systematik auf der Hand, dass – ebenso wie bei § 299 StGB – der Schutz des Wettbewerbs im Vordergrund steht.⁴⁰ Entsprechend wird in der Entwurfsbegründung ausgeführt, es sei beabsichtigt, einen Straftatbestand zu schaffen, „der den freien Wettbewerb im gesamten, also im öffentlichen und privaten Gesundheitsbereich schützt“⁴¹. Der Entwurf der Regierungskoalition beabsichtigt offensichtlich ebenfalls den Schutz des Wettbewerbs, will darüber hinaus aber auch Vertrauen der Versicherten in unabhängige medizinische Entscheidungen und das Vermögen der gesetzli-

chen Krankenversicherungen vor durch Korruption bedingten Mehrkosten schützen. Da demnach ein Plus an Rechtsgüterschutz durch ein Minus an Strafrecht, d.h. einen restriktiver gefassten Straftatbestand erzielt werden soll, wird deutlich, dass die Regierungskoalition die Verhältnismäßigkeit der Regelung anders als die Oppositionsparteien beurteilt und die weniger eingriffsintensive Norm vorzieht. Allerdings handelt es sich bei den Vermögensinteressen der Gesetzlichen Krankenversicherung und auch bei den Interessen der Patienten bei näherem Hinsehen lediglich um Reflexe eines Schutzes des freien Wettbewerbs.⁴² Denn soweit dieser wirksam vor Verzerrungen durch wirtschaftliche Eigeninteressen, z.B. der beteiligten Ärzte, geschützt ist, wirkt sich dies auch positiv auf die beiden anderen Rechtsgüter aus: Das Vermögen der GKV ist nicht mit Aufschlägen, etwa durch Kick-Back Zahlungen an Ärzte belastet und die Verordnung von Arzneimitteln und Medizinprodukten orientiert sich ausschließlich an medizinisch-sachlichen Erwägungen. Demnach dürfte bei der Begründung der Neukriminalisierung (Strafwürdigkeit) und bei der Auslegung der Norm den Interessen der Patienten und dem Vermögen der GKV (bzw. dem Vermögen der Privatpatienten) keine eigenständige Bedeutung beizumessen sein.⁴³

Wenn demnach beide Entwürfe primär das Rechtsgut des „lauteren Wettbewerbs“ schützen, bleibt fraglich, ob die geplanten Regelungen mit dem fragmentarischen Charakter der bisherigen Tatbestände zum Schutz des freien Wettbewerbs insgesamt vereinbar sind. Da wesentliche Prämissen des freien Wettbewerbs keinen Schutz durch Kriminalstrafrecht genießen⁴⁴, wäre z.B. zu erwägen, ob es ausreichend ist, eine Regelung, die, wie der Entwurf des § 307c SGB V deutlich restriktiver als § 299 StGB gefasst ist und ausschließlich im Bereich des Gesundheitswesens Anwendung finden soll, als Ordnungswidrigkeit auszugestalten. Auch in diesem Fall wäre eine empfindliche Ahndung möglich (z.B. über § 29a OWiG) und die zuständige Behörde hätte die erforderlichen Ermittlungs- und Eingriffskompetenzen (§ 46 OWiG), so dass den Bedenken insbesondere der Oppositionsparteien hinsichtlich der Aufklärung der deliktischen Sachverhalte Rechnung getragen wäre.

³³ BVerfG v. 09.03.1994 – 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, 2 BvL 63/92, 2 BvL 64/92, 2 BvL 70/92, 2 BvL 80/92, 2 BvR 2031/92 = BVerfGE 90, 145 ff., 172; v. 10.04.1997 – 2 BvL 45/92 = BVerfGE 96, 10, 25.

³⁴ Die Rechtsgutslehre als begrenzendes Institut ablehnend: *Appel*, *Verfassung und Strafe* (1999), 343 ff., 356, 381 ff.; *Deckert ZIS* 2013, 270 ff.

³⁵ Näher *Deckert ZIS* 2013, 266 ff., 270.

³⁶ *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1999), Rn. 72, 318.

³⁷ BVerfG v. 06.10.2009 – 1 BvR 693/09 = NJW 2010, 220; BVerfG v. 31.05.2006 – 2 BvR 1693/04 = HRRS 2006 Nr. 565; BGH v. 22.07.2002 – II ZR 90/01 = NJW 2002, 3536; BAG v. 22.06.2010 – 1 AZR 179/09 = NZA 2010, 1365.

³⁸ BVerfG v. 25.04.1972 – 1 BvL 13/67 = BVerfGE 33, 52; BVerfG v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01 = BVerfGE 110, 226; BGH v. 05.05.2004 – 5 StR 139/03 = HRRS 2004 Nr. 602 = StV 2004, 578.

³⁹ *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (2010), § 34, Rn. 22 ff.; *Neumann*, in: *K/N/P* (2013), § 34, Rn. 65 ff.; *Erb*, in: *MüKo StGB* (2011), § 34, Rn. 105 ff.

⁴⁰ *Dannecker*, in: *K/N/P* (2013), § 299, Rn. 4; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (2011), § 299, Rn. 1; *Heine*, in: *Schönke/Schröder* (2010), § 299, Rn. 2. Zum Teil wird auch das individuelle Vermögen der Mitbewerber und deren Chancengleichheit als daneben geschütztes Rechtsgut erachtet, vgl. *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht* BT (2011), § 5, Rn. 197; ebenso werden Vermögensinteressen des Geschäftsherrn als Schutzgut angesehen, vgl. *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht* (2010), § 10, Rn. 760; *Blessing*, in: *Müller-Gugenberger/Bieneck* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht* (2006), § 53, Rn. 54; *Pragal* sieht als geschütztes Rechtsgut „die Nichtkäuflichkeit übertragener oder sonst besonders fremdverantwortlicher Entscheidungsmacht sowie des diesbezüglichen Vertrauens der Allgemeinheit“ an, vgl. *Pragal ZIS* 2006, 63, 71.

⁴¹ BR-Drucks. 451/13 v. 30.05.2013 (Gesetzesantrag der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern: „Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“), 10.

⁴² Solche Reflexe gerade ablehnend: Ausschussdrucks. 17(14)0420 v. 08.05.2013 (Änderungsanträge der SPD-Bundestagsfraktion zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention- BT-Drucks. 17/13080), 3: So soll ein § 299a den Schutz der „Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen“ nicht nur als Reflex bedingen.

⁴³ Auch bei § 299 StGB ist streitig, ob neben dem Rechtsgut des lauteren Wettbewerbs weitere Rechtsgüter geschützt werden (siehe hierzu bereits Fn. 40) oder ob es sich insoweit nur um eine Reflexwirkung handelt, so explizit *Wollschläger*, in: *AnwaltKommentar StGB* (2011), § 299, Rn. 2; *Dannecker*, in: *K/N/P* (2013), § 299, Rn. 4; *Sahan*, in: *Gräf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (2011), § 299, Rn. 4. Im Ergebnis auch *Fischer*: „Vermögensinteressen der Mitbewerber sowie des Geschäftsherrn sind nur mittelbar geschützt“ vgl. *Fischer*, *StGB* (2013), § 299, Rn. 2.

⁴⁴ Überblick bei *Achenbach*, in: *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.): *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* (2012), 215 (3. Teil, erstes Kapitel, Rn. 2).

Im Fall der Ausgestaltung als Straftatbestand ist im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und auch aufgrund des Prinzips der Allgemeinheit des Gesetzes⁴⁵ demgegenüber begründungsbedürftig, weshalb ein Sonderdelikt „nur“ für Angehörige eines Heilberufs bzw. Leistungserbringer im Gesundheitswesen geschaffen werden soll. Denn der Missbrauch entsprechender Vertrauenspositionen ist auch bei anderen Angehörigen freier Berufe und sonstigen Selbständigen, die – wie Ärzte – im Auftrag einer Privatperson tätig sind, straflos möglich. Der Architekt, der seinem privaten Auftraggeber einen KickBack Zahlung durch das begünstigte Unternehmen honorieren lässt, ist ebenso wenig nach § 299 StGB strafbar⁴⁶ wie der Rechtsanwalt, der in einer Fragestellung, für die er nicht ausgewiesen ist, einen Kollegen namhaft macht, von dem er einen Anteil des aufgrund einer Vergütungsvereinbarung gezahlten Honorars als „Werbepremie“ erhält.

Für die Benachteiligung der Ärzte gegenüber anderen Freiberuflern und sonstigen Selbständigen ist kein sachliches Differenzierungskriterium ersichtlich, das die aufgezeigte Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Denn Informationsasymmetrien, die das Verhältnis von Arzt und Patient prägen, gibt es auch bei anderen beratenden Berufen, wie zum Beispiel den oben bereits angeführten Architekten, Anwälten oder Steuerberatern. Ob es in der Ärzteschaft „hochorganisiert funktionierende korruptive Systeme“⁴⁷ gibt, die sich zwischen den Angehörigen anderer Berufe nicht finden, darf bezweifelt werden. Verlässliche Daten zu Struktur und Umfang von Korruption im Gesundheitswesen liegen nicht vor.⁴⁸ Die im Raum stehenden Zahlen⁴⁹ sind Schätzungen ohne valide Tatsachengrundlage.⁵⁰ Außerdem unterliegt das Gesundheitswesen einer ausgeprägten Kontrolle, die sich gegen-

über anderen Zweigen des Wirtschaftslebens maßgeblich auf das Entdeckungsrisiko und damit auf die „Sichtbarkeit“ des Fehlverhaltens auswirkt. Auf den Internetseiten der Gesetzlichen Krankenkassen wird jedermann die Möglichkeit eingeräumt, Verdachtsmomente anonym zu melden.⁵¹ Zuständig für die Entgegennahme und die Bearbeitung der Hinweise sind die gem. § 197a SGB V obligatorisch einzurichtenden Stellen „zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen“. Meldungen können auch an die „Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen“ (§ 81a SGB V) gerichtet werden, die seitens der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen einzurichten sind. Aufgrund der genannten Instrumente zur Steigerung des Entdeckungsrisikos ist es plausibel, von einem Transfer vom Dunkelfeld in das Hellfeld registrierter Gesetzesverletzungen auszugehen.⁵² Diese Veränderung der Dunkelzifferrelation kann leicht als Anstieg der Fallzahlen missinterpretiert werden und zur Dramatisierung der Lage beitragen.⁵³ Wenn demnach kein sachliches Kriterium für eine unterschiedliche strafrechtliche Würdigung korruptiven Verhaltens zwischen freiberuflich tätigen Ärzten einerseits und anderen Angehörigen der freien Berufe und sonstigen Selbständigen andererseits vorliegt, ist die Einführung des Sonderstrafrechts für Ärzte diskriminierend und unverhältnismäßig.⁵⁴

Soweit der Gesetzgeber im Rahmen seines Ermessens und aufgrund einer veränderten gesellschaftlichen Wahrnehmung der Ausnutzung von Macht- und Vertrauensstellungen wirtschaftlich „mächtiger“ Personen den Anwendungsbereich der einschlägigen Bestimmungen des Korruptionsstrafrechts erweitern will, wäre folglich ein breiter angelegtes Reformvorhaben vorzugswürdig.

Entsprechende Entwürfe zur Korrektur des § 299 StGB, die nicht, wie die beiden Regelungsvorschläge zur Ärztekorrruption, zu einer selektiven Benachteiligung einer bestimmten Berufsgruppe führen, haben sich bislang allerdings nicht als mehrheitsfähig erwiesen.⁵⁵ Die ge-

⁴⁵ So bereits Ausschussdrucks. 17(14)0399(9) v. 10.04.2013 (Stellungnahme des BPI e.V. anlässlich der Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 17.04.2013) m.w.N. Insoweit ist zudem darauf hinzuweisen, dass das Postulat der Allgemeinheit eines Strafgesetzes im Zusammenhang mit § 130 Abs. 4 StGB vom BVerfG konturiert wurde. Der Sonderrechtscharakter dieses Gesetzes wurde nur ausnahmsweise ob „des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, den die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat“ für als mit der Verfassung vereinbar erklärt, vgl. BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08 = BVerfGE 124, 300 = HRRS 2012 Nr. 94. Generell werden daher an die Zulässigkeit von Sonderrecht hohe Anforderungen zu stellen sein, die vorliegend nicht erfüllt sind.

⁴⁶ Vorbehaltlich einer je nach Sachverhaltskonstellation denkbaren Verwirklichung des § 266 StGB.

⁴⁷ Fischer, StGB (2013), § 299, Rn. 10e.

⁴⁸ Näher: Schneider, in: Boemke/Schneider, Korruptionsprävention im Gesundheitswesen (2010), 15 ff.

⁴⁹ BT-Drucks. 17/12451 v. 25.02.2013 (Antrag der Abgeordneten Vogler u.a. und der Bundestagsfraktion DIE LINKE: „Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidungen sichern – Korruptives Verhalten effektiv bekämpfen“), 2: „jährlich 5 bis 17 Mrd. Euro“; BT-Drucks. 17/3685 v. 10.11.2010 (Antrag der Abgeordneten Franke u.a. und der SPD-Bundestagsfraktion: „Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen“), 1: „zwischen 5 und 18 Mrd. Euro pro Jahr“.

⁵⁰ Näher: Schneider Neue Kriminalpolitik 2012, 30 ff.

⁵¹ Meldemöglichkeit bei der AOK, <http://www.aok.de/bundesweit/gesundheits/behandlung-fehlverhalten-15086.php> (zugegriffen am 01.09.2013); Meldemöglichkeit bei der Barmer, https://www.barmer-gek.de/barmer/web/Portale/Ver sicherte/UeberUns/UeberUns/Gremien/Korruptionsvorsor ge/Korruptionspr_C3_A4vention.html (zugegriffen am 01.09.2013); Meldemöglichkeit bei der IKK, Fehler! **Hyperlink-Referenz ungültig.** (zugegriffen am 01.09.2013).

⁵² Vgl. Schneider/John, Das Unternehmen als Opfer von Wirtschaftskriminalität (2013); Boemke/Grau/Kißling/Schneider Denkströme. Journal der sächsischen Akademie der Wissenschaften 9/2012, S. 79 ff.

⁵³ Siehe z.B.: Korzilius Deutsches Ärzteblatt 2013 110(5), A-169 / B-155 / C-155.

⁵⁴ Insofern wäre auch ein rechtswidriger Eingriff in Art. 3 GG diskussionswürdig. Allerdings misst das BVerfG – insbesondere im Bereich des Strafrechts – der Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers in der Regel große Bedeutung bei, vgl. BVerfG v. 15.12.1959 – 1 BvL 10/55 = BVerfGE 10, 234; BVerfG v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 = BVerfGE 45, 187; BVerfG v. 17.01.1979 – 1 BvL 25/77 = BVerfGE 50, 142; BVerfG v. 27.03.1979 – 2 BvL 7/78 = BVerfGE 51, 60; BVerfG v. 09.03.1994 – 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, 2 BvL 63/92, 2 BvL 64/92, 2 BvL 70/92, 2 BvL 80/92, 2 BvR 2031/92 = BVerfGE 90, 145.

⁵⁵ Vgl. etwa die Formulierungsvorschläge von Pragal ZIS 2006, 63 ff., 80.; Erb, in: Festschrift für Geppert (2011),

planten Regelungen zur Ärztekorrption, die auch wegen des Rückenwinds aus Karlsruhe in Gestalt des Urteils des Großen Senats⁵⁶ (so genannte „Transmitterfunktion“ der Judikatur bei der Genese von Straftatbeständen⁵⁷), aufgrund politischer Opportunitätserwägungen und einer Eigendynamik fortschreitender Verrechtlichung im Gesundheitswesen gegenwärtig konsensfähig sind, leisten demgegenüber der Entwicklung eines strafrechtlichen „Flickenteppichs“ Vorschub, der selektives Strafrecht schafft, kaum auf die Akzeptanz der Normunterworfenen setzt und generalpräventiv nicht erfolgreich sein kann.⁵⁸

2. Regelungsinhalt

Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Ausgestaltung der geplanten Straftatbestände ergeben sich insbesondere bei § 307c SGB V. Der Straftatbestand soll erst ab Überschreiten einer im Gesetz durch den Begriff „nicht nur geringfügigen wirtschaftlichen Vorteil“ umschriebenen Erheblichkeitsschwelle eingreifen. Die genannte Formulierung hält einer verfassungsrechtlichen Überprüfung anhand des Maßstabs des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG nicht stand.⁵⁹

Der Regelungsentwurf, mit dem sich in der 17. Legislaturperiode offensichtlich nur der Gesundheits-, nicht aber der Rechtsausschuss auseinander gesetzt hatte, trat an die Stelle eines früheren Diskussionsvorschlags der Regierungskoalition, in der die Erheblichkeitsschwelle noch positiv (ebenso wie bei dem zwischenzeitlich aus Gründen mangelnder Bestimmtheit aufgehobenen § 370a AO⁶⁰) mit wirtschaftlichem Vorteil „großen Ausmaßes“ umschrieben war. Sowohl der Begriff des „großen Ausmaßes“ als auch die Formulierung „nicht nur geringfügig“ lassen nicht erkennen, ab wann der Tatbestand ein-

111; Überblick über die Gesetzgebungsvorhaben im Bereich des § 299 StGB bei Rönau, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.): Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2012), 295 ff. (3. Teil, zweites Kapitel, Rn. 77 ff.).

⁵⁶ BGH v. 29.03.2012 – GSSt 2/11 = BGHSt 57, 202 = HRRS 2012 Nr. 612.

⁵⁷ Schick, in: Winkler/Schilcher (Hrsg.): Gesetzgebung (1981), 84 ff., 89.

⁵⁸ Zum Strafzweck der Generalprävention im Wirtschaftsstrafrecht: Schneider, in: Festschrift für Heinz (2012), 663 ff.

⁵⁹ Auch im Hinblick auf die Regelung des § 70 Abs. 3 SGB V, auf die § 307c SGB V verweist, ist die Verfassungskonformität der Regelung fraglich. Aus Raumgründen beschränkt sich die Darstellung vorliegend auf die Erheblichkeitsschwelle des „geringfügigen wirtschaftlichen Vorteils“, vgl. hierzu auch Ausschussdrucks. 17(14)0399(9) v. 10.04.2013 (Stellungnahme des BPI e.V. anlässlich der Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 17.04.2013) m.w.N.

⁶⁰ Harms, in: Festschrift für Kohlmann (2003), 413 ff., 423 ff., 426: „völlig konturenlos“, vgl. ferner BGH v. 22.07.2004 – 5 StR 85/04 = HRRS 2004 Nr. 714 = NJW 2004, 2990: „Das in dem Straftatbestand der gewerbsmäßigen und bandenmäßigen Steuerhinterziehung gemäß § 370a AO entscheidende Verbrechenmerkmal der Steuerverkürzung „in großem Ausmaß“ erscheint unter Bedacht auf Art. 103 Abs. 2 GG nicht ausreichend bestimmt. Es läßt sich nicht erkennen, unter welchen Voraussetzungen dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, welche Anknüpfungspunkte maßgeblich sein sollen und ob es auf den jeweiligen Einzelfall ankommt oder ob bei einer Vielzahl von Hinterziehungstaten eine Gesamtbetrachtung des Tatbildes entscheidend sein soll.“

greifen soll. Auch die Entwurfsbegründung bleibt insoweit defizitär: „Kleinigkeiten“ reichten nicht aus, es komme vielmehr auf die „Umstände des Einzelfalls“, die „geschäftliche Beziehung der Beteiligten“ und die jeweilige „Wettbewerbssituation“ an.⁶¹ Weiterhin kann das Prinzip der Sozialadäquanz⁶², auf das bei § 299 f. und §§ 331 ff. StGB zur Begrenzung des Tatbestands abgestellt wird⁶³, nicht konkretisierend herangezogen werden, weil dieses in der Systematik der Korruptionsdelikte ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal darstellt.

Ein in der Entwurfsbegründung nicht ausdrücklich reflektierter Grund für die Einfügung der genannten Erheblichkeitsschwelle könnte die gleichlautende Formulierung in §§ 81a Abs. 4, 197 Abs. 4 SGB V sein. Dort ist geregelt, dass die „Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen“ der Staatsanwaltschaft dann einen Verdacht zu melden haben, wenn sich dieser auf „strafbare Handlungen von nicht nur geringfügiger Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung“ bezieht. Allerdings ist der Anwendungsbereich der genannten Bestimmungen umstritten und löst in der Praxis immer wieder Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitarbeitern der genannten Stellen und den zuständigen Staatsanwälten aus. Soweit im sozialrechtlichen Schrifttum hinsichtlich der Erheblichkeitsschwelle der §§ 81a Abs. 4, 197 Abs. 4 SGB V auf § 248a StGB verwiesen wird⁶⁴, führt dies im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter, weil sich das Adjektiv „geringwertige“ dort zumindest auf einen eindeutig bestimmbareren Gegenstand der fremden Sache bezieht, der Vorteilsbegriff demgegenüber bereits an sich diffus⁶⁵ bleibt und außerdem weder § 248a noch § 263 Abs. 4 StGB die Bedeutung eines gesetzlichen Straftatbestands, für die Art. 103 Abs. 2 GG ohne jede Einschränkung gilt, haben. Auch die Parallele zu § 153 StPO, auf die von einem Teil des sozialrechtlichen Schrifttums bei § 81a SGB V abgestellt wird⁶⁶, lässt sich zur Konkretisierung des § 307c SGB V nicht fruchtbar machen. Die Begriffe der geringen Schuld bzw. der geringen Folgen (§ 153 StPO) und des geringfügigen Vorteils (307c SGB V) können schon deshalb nicht dieselbe Bedeutung haben, weil anderenfalls eine Einstellung gem. § 153 StPO bei Vorliegen des § 307c SGB V

⁶¹ Ausschussdrucks. 17(14)0416 v. 07.05.2013 (Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention), 8.

⁶² Grundlegend: Welzel ZStW 58, 491 ff.

⁶³ Heine, in: Schönke/Schröder (2010), § 331, Rn. 18, 29a; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I (2012), Rn. 1112; Korte, in: MüKo StGB (2006), § 331, Rn. 126 ff.; Kuhlen, in: K/N/P (2013), § 331, Rn. 41, 98; Kudlich/Oglakcioglu, Wirtschaftsstrafrecht (2011), Rn. 387 f.; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht (2010), § 27, Rn. 33; Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht (2010), Rn. 793; Schäfer/Liesching ZRP 2008, 174; Warmtjen/Schelling PharmR 2010, 511 f.; Harriehausen NSTz 2013, 261.

⁶⁴ Kols, in: BeckOK Sozialrecht (2013), § 81a SGB V, Rn. 10.; Hess, in: KassKomm SGB V (2013), § 81a, Rn. 9; Jousen, in: K/S/W SGB V (2009), § 81a, Rn. 4; Steinmann-Munzinger, in: jurisPK SGB V (2008), § 81a, Rn. 17.

⁶⁵ Schneider, in: Festschrift für Seebode (2008), 331 ff.; Schneider/Ebermann HRRS 2013, 219 ff.

⁶⁶ Auktor, in: LPK SGB V (2012), § 81a, Rn. 13; Ellbogen MedR 2006, 457, 459 f.; Engelhard, in: Hauck/Noftz SGB V (2013), § 81a, Rn. 15.

nicht möglich und die prozessuale Regelung daher durch das materielle Recht systemwidrig „ausgehebelt“ wäre.

IV. Schlussfolgerungen

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen erweisen sich beide Entwürfe als „Gelegenheitsgesetze“⁶⁷, die – dies gilt jedenfalls für den hier näher untersuchten Entwurf des § 307c SGB V – selektives Strafrecht zudem inhaltlich unzureichend umsetzen wollen. Die aufgezeigten verfassungsrechtlichen Argumente gegen ein Sonderstrafrecht für Ärzte lassen erkennen, dass Reformansätze grundsätzlicher, das heißt bei einer berufsgruppenunabhängigen Reform des § 299 StGB ansetzen sollten. Die Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 299 StGB auf Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes lässt sich weder aus dem Schutzzweck noch aus den Materialien ableiten.⁶⁸ Zwar dürfte die Wettbewerbs-

verzerrung durch Kick-Back Zahlungen bei einem Handeln im Auftrag eines geschäftlichen Betriebes häufig größeres Gewicht haben als das Handeln im Auftrag einer Privatperson, weil insofern in der Regel größere Umsatzvolumina betroffen sind. Zwingend ist dies allerdings nicht. Außerdem könnte man derartige Differenzen bei der Strafzumessung berücksichtigen. Eine Reform des § 299 StGB, die derartige Ungereimtheiten im Anwendungsbereich der Vorschrift beseitigen möchte, führt jedenfalls dann nicht zwangsläufig zum Einbezug aller Selbstständigen und Geschäftsinhaber in den Radius der Norm, wenn sich die Korrektur auf die Streichung des Merkmals des Handelns im Auftrag eines „geschäftlichen Betriebes“ bezöge. Zur näheren Verdeutlichung sei auf den Formulierungsvorschlag von Erb⁶⁹ verwiesen.

Zwingend bzw. „alternativlos“ ist diese Lückenschließung indes nicht. Schließlich gibt es keinen Grund zu der Annahme, dass die Einwirkung durch Strafrecht im Bereich des Wirtschaftslebens erfolgversprechender ist als bei der Bekämpfung der Elends-, Straßen- und Drogenkriminalität.⁷⁰

⁶⁷ *Schick*, in: Winkler/Schilcher (Hrsg.): Gesetzgebung (1981), 84 ff., 90 m.w.N.

⁶⁸ Hierzu jetzt umfassend *Müller*, Der niedergelassene Vertragsarzt als (un-)tauglicher Täter der Bestechungsdelikte (im Druck).

⁶⁹ *Erb*, in: Festschrift für Geppert (2011), 111 f.

⁷⁰ *Schneider*, in: Festschrift für Heinz (2012), 663 ff.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

947. BGH 1 StR 369/13 – Beschluss vom 2. September 2013 (LG Deggendorf)

Unwirksame Ermächtigung zur Revisionsrücknahme durch den Betreuer; begrenzte Kompetenz des Tatgerichts zur Verwerfung der Revision als unzulässig (vorgefährliche Beurteilung einer Rechtsmittelzurücknahme).
§ 302 Abs. 2 StPO; § 346 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

948. BGH 1 StR 443/10 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG München II)

Unterbliebene Belehrung über die Risiken einer Absprache (Beruhen).
§ 257c Abs. 5 StPO; § 337 StPO

949. BGH 1 StR 443/10 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG München II)

Unbegründeter Antrag auf Entpflichtung des Pflichtverteidigers (zerrüttetes Vertrauensverhältnis: Bedeutung einer ursprünglich nicht geteilten Mitwirkung des Verteidigers an einer Verständigung).
§ 143 StPO; § 257c StPO

950. BGH 1 StR 462/13 – Beschluss vom 17. September 2013

Unbegründeter Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.
§ 346 Abs. 1 StPO

951. BGH 1 StR 524/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Nürnberg-Fürth)

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

952. BGH 2 StR 128/13 – Beschluss vom 13. August 2013 (LG Gießen)

Voraussetzungen der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schizophrenie und Aufhebung der Steuerungsfähigkeit; Einsichtsfähigkeit).
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

953. BGH 2 StR 143/13 – Beschluss vom 14. August 2013 (LG Aachen)

Verwerfung als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

954. BGH 2 StR 44/13 – Beschluss vom 29. August 2013 (LG Frankfurt am Main)

Strafschärfende Berücksichtigung der Verwirklichung der objektiven Voraussetzungen eines Mordmerkmals (Nähe zum Mordmerkmal; Vorsatz; Arglosigkeit; Wehrlosigkeit).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB

955. BGH 2 StR 143/13 – Beschluss vom 14. August 2013 (LG Aachen)

Verhältnis zwischen dem bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge im minder schweren Fall und § 29a BtMG (Reichweite der Sperrwirkung).

§ 30a Abs. 3 BtMG; § 29a Abs. 1, Abs. 2 BtMG

956. BGH 2 StR 258/13 – Beschluss vom 12. September 2013 (LG Aachen)

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

957. BGH 2 StR 290/13 – Beschluss vom 21. August 2013 (LG Koblenz)

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

958. BGH 2 StR 298/13 – Beschluss vom 11. September 2013 (LG Trier)

Abweichung von Urteilsformel und Urteilsgründen zur Höhe der Strafe (Abgrenzung vom offenkundigen Fassungsversehen; eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts).

§ 267 StPO; § 46 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

959. BGH 2 StR 326/13 – Beschluss vom 10. September 2013 (LG Bonn)

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

960. BGH 2 StR 375/13 – Beschluss vom 12. September 2013 (LG Erfurt)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung).

400 Abs. 1 StPO

961. BGH 2 StR 433/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Koblenz)

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

962. BGH 2 StR 443/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Meiningen)

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

963. BGH 2 ARs 327/13 (2 AR 228/13) – Beschluss vom 10. September 2013 (AG Königs Wusterhausen; AG Bremerhaven)

Gebotene Entscheidung über die Zuständigkeit durch das gemeinschaftliche obere Gericht.
§ 12 Abs. 2 StPO; § 8 Abs. 1 StPO

964. BGH 4 StR 247/13 – Beschluss vom 10. September 2013

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

965. BGH 4 StR 267/13 – Beschluss vom 10. September 2013 (LG Frankenthal)

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

966. BGH 4 StR 316/13 – Beschluss vom 25. September 2013 (LG Halle)

Geltung des Rekonstruktionsverbotes (Bedeutung einer Zeugenaussage).
§ 261 StPO

967. BGH 4 StR 319/13 – Beschluss vom 10. September 2013 (LG Paderborn)

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

968. BGH 4 StR 322/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Münster)

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

969. BGH 5 StR 453/13 (alt: 5 StR 114/12) – Beschluss vom 21. Oktober 2013 (LG Berlin)

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

970. BGH 4 StR 332/13 – Beschluss vom 12. September 2013 (LG Münster)

Notwehr (erforderlicher Verteidigungswille).
§ 32 StGB

971. BGH 4 StR 342/13 – Beschluss vom 24. September 2013 (LG Arnsberg)

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

972. BGH 4 StR 365/13 – Beschluss vom 12. September 2013 (LG Stuttgart)

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

973. BGH 4 StR 369/13 – Beschluss vom 24. September 2013 (LG Münster)

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

974. BGH 4 StR 406/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Bochum)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (nahe liegender Hang).
§ 64 StGB

975. BGH 4 ARs 7/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (BGH)

Anfrageverfahren zur Auslegung des vollendeten Absetzens (Absatzhilfe; Taterfolg).
§ 259 StGB

976. BGH III ZR 405/12 – Urteil vom 19. September 2013 (OLG Karlsruhe)

BGHR; Schadensersatz und Passivlegitimation im Fall der nachträglich verlängerten Sicherungsverwahrung (Verstoß gegen das Recht auf Freiheit und Sicherheit und das Gesetzlichkeitsprinzip).
§ 67d StGB; Art. 5 Abs. 1, Abs. 5 EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK

977. BGH 1 StR 305/13 – Beschluss vom 30. September 2013 (LG Karlsruhe)

Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit (Zulässigkeit: Präklusion, Verbindung mit Anhörungsrüge).
§ 24 Abs. 1 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 356a StPO

978. BGH 1 StR 378/13 – Beschluss vom 22. August 2013 (LG Hof)

Beweiswürdigung des Tatrichters (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Führen eines gefährlichen Gegenstands (Konkurrenz zum Besitzen eines gefährlichen Gegenstands); Aufhebung des Urteils auch gegenüber einem nicht revidierenden Mitangeklagten.
§ 261 StPO; § 52 Abs. 1 Nr. 1 WaffG; § 357 Satz 1 StPO

979. BGH 1 StR 469/10 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG München)

Verständigung (Belehrungspflicht des Gerichts).
§ 257c Abs. 5 StPO

980. BGH 1 StR 532/12 – Urteil vom 10. Juli 2013 (LG Augsburg)

Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (Zeitpunkt des Vorliegens der Beauftragten- oder Angestelltenstellung; Strafbarkeit nachträglicher Vorteilsgewährung; Straflosigkeit der Unternehmerbestechung; Anwendung auf den geschäftsführenden Alleingesellschafter einer Komplementär-GmbH); Untreue (Vermögensnachteil durch Schmiergeldzahlungen; verfassungsrechtliche Anforderungen an die Nachteilsbestimmung; Vermögensnachteil einer Personengesellschaft: Berechnung, Vermögensnachteil der Gesellschafter, Einverständnis der Gesellschafter); unzulässige Beweisverwendung (nicht in die Hauptverhandlung eingeführte Urkunde; Inbegriffsrüge).
§ 299 Abs. 1 StGB; § 266 Abs. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 261 StPO

981. BGH 1 StR 665/12 – Beschluss vom 21. August 2013 (LG Landshut)

Insolvenzverschleppung (Begriff der Zahlungsunfähigkeit: Bestimmung nach betriebswirtschaftlicher und wirtschaftskriminalistischer Methode).
§ 15a Abs. 4 InsO; § 17 Abs. 2 InsO

982. BGH 1 StR 94/13 – Beschluss vom 4. September 2013 (LG Augsburg)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitnehmerbeiträgen (Begriff des Arbeitnehmers; Konkurrenz von § 266a Abs. 1 und Abs. 2 StGB); Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung im großen Umfang.
§ 266a Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 611 BGB; § 11 Abs. 1 SchwarzArbG

983. BGH 2 StR 131/13 – Urteil vom 11. September 2013 (LG Köln)

Raub (fehlende Drittbereicherungsabsicht bei Exzess eines Mittäters); Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen; Einbeziehung aller Opfer der Tat).
§ 249 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 46a StGB

984. BGH 2 StR 156/13 – Beschluss vom 27. August 2013 (LG Darmstadt)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Mittäterschaft: wertende Gesamtbetrachtung; keine täterschaftliche Begehung durch Ausspähen fremder Kartendaten).
§ § 152 b Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

985. BGH 2 StR 190/13 – Urteil vom 25. September 2013 (LG Aachen)

Beweiswürdigung (Gesamtbetrachtung des Tatrichters).
§ 261 StPO

986. BGH 2 StR 287/13 – Urteil vom 11. September 2013 (LG Köln)

Strafmilderung bei versuchtem Mord.
§ 211 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

987. BGH 2 StR 311/13 – Beschluss vom 21. August 2013 (LG Aachen)

Begriff der angeklagten Tat (Individualisierbarkeit auch bei Veränderung oder Erweiterung des Tatzeitraums).
§ 264 Abs. 1 StPO

988. BGH 2 StR 324/13 – Beschluss vom 26. September 2013 (LG Trier)

Rücktritt vom Versuch (Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs); versuchte gefährliche Körperverletzung (Verhältnis zum versuchten Totschlag).
§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 StGB; § 212 StGB

989. BGH 2 StR 397/13 – Beschluss vom 24. September 2013 (LG Mainz)

Revisionsbeschränkung unter Ausklammerung der Maßregelanordnung (Zulässigkeit); Vorwegvollzug der Strafe bei gleichzeitiger Maßregelanordnung (Berechnung des Vorwegvollzugs: keine Einbeziehung erlittener Untersuchungshaft).
§ 344 Abs. 1 StPO; § 67 Abs. 2 StGB

990. BGH 4 StR 168/13 – Beschluss vom 18. Juli 2013 (LG Dortmund)

Körperverletzung (rein psychische Einwirkungen als Gesundheitsschädigung); Nötigung (Konkurrenz mehrerer Nötigungsversuche); Nachstellung (Konkurrenz mehrerer Nachstellungshandlungen); Bedrohung (Bedrohungserfolg); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zustand der verminderten Schuldfähigkeit; Gefährlichkeitsprognose: umfassende Gesamtwürdigung, Taten von einiger Erheblichkeit; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).
§ 223 Abs. 1 StGB; § 240 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 238 Abs. 1 StGB; § 241 Abs. 1 StGB; § 63 StGB; § 21 StGB; § 62 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

991. BGH 4 StR 220/13 – Beschluss vom 12. September 2013

Wiederaufnahmeantrag (zuständiges Gericht).
§ 140a Abs. 1 Satz 2 GVG; § 367 Abs. 1 Satz 1 StPO

992. BGH 4 StR 228/13 – Urteil vom 12. September 2013 (LG Bochum)

Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe (Einbeziehung einer vorherigen Verfallsanordnung).
§ 55 Abs. 1, Abs. 2 StGB

993. BGH 4 StR 273/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Halle)

Fehlende Beeidigung eines Dolmetschers.
§ 189 GVG

994. BGH 4 StR 277/13 – Beschluss vom 28. August 2013 (LG Frankenthal)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zusammenhang zwischen Tat und Hang zum Konsum berauschender Mittel; Einbeziehung bereits abgeurteilter Taten in die Gesamtbetrachtung bei nachträglicher Bildung einer Gesamtstrafe).
§ 64 StGB; § 55 Abs. 1 StGB

995. BGH 4 StR 281/13 – Beschluss vom 13. August 2013 (LG Stendal)

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Verfolgungsverjährung); Adhäsionsklage (inhaltliche Anforderungen).
§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 404 Abs. 1 Satz 2 StPO

996. BGH 4 StR 308/13 – Beschluss vom 14. August 2013 (LG Bielefeld)

Rücktritt vom Versuch (Vorliegen eines beendeten Versuchs: subjektive Voraussetzungen); Ablehnung eines Beweisantrags wegen Ungeeignetheit.
§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1, Fall 2 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 Fall 4 StPO

997. BGH 4 StR 311/13 – Beschluss vom 27. August 2013 (LG Stendal)

Form des Revisionsantrages (entbehrliche ausdrückliche Bezeichnung); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zustand der (verminder-

ten) Schuldunfähigkeit; Gefährlichkeitsprognose: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 63 StGB; § 62 StGB

998. BGH 4 StR 330/13 – Beschluss vom 10. September 2013 (LG Münster)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begründung der Tat auf der Grundlage einer psychischen Störung).

§ 63 StGB

999. BGH 4 StR 503/12 – Beschluss vom 12. September 2013 (OLG Koblenz)

BGHSt; Verstoß gegen Vorschriften über Lenk- und Ruhezeiten im Straßenverkehr (Vorliegen einer Tat prozessualen Sinn bei Ordnungswidrigkeiten: keine Begründung einer Tat im prozessualen Sinn durch Beweismittelvorhaltungspflicht).

§ 8aFPersG; § 1 Abs. 6 Satz 4 FPersV; § 46 OWiG; § 155 Abs. 1 StPO; § 264 StPO

1000. BVerfG 2 BvR 2129/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Mai 2013 (OLG Hamm / LG Wuppertal)

Resozialisierungsgebot (lebenslange Freiheitsstrafe; ausländische Strafgefangene; geplante Abschiebung aus der Strafhaft; fehlende Entlassungsperspektive; Erhaltung der Lebenstüchtigkeit; Vollzugslockerungen; Ausföhrung; personelle Ressourcen); effektiver Rechtsschutz (Absehen von der Begründung einer Beschwerdeentscheidung; Leerlaufen der Beschwerdemöglichkeit; erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten; Abweichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts). Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 11 StVollzG; § 109 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG

1001. BVerfG 1 BvL 7/12 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 3. September 2013 (LG Berlin)

Berufsfreiheit (unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels; Glücksspielstaatsvertrag; Sportwettenmonopol des Landes Berlin); konkrete Normenkontrolle (Richtervorlage; Vorlagebeschluss; Darlegungsanforderungen; Entscheidungserheblichkeit; Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs; Dienstleistungsfreiheit).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; § 80 BVerfGG; § 284 Abs. 1 StGB; § 4 Abs. 4 GlüStV a.F.; § 10 Abs. 2 GlüStV; § 5 Satz 1 AG GlüStV BE

1002. BGH 3 StR 117/12 – Beschluss vom 17. September 2013

Voraussetzungen einer über die gesetzlichen Gebühren hinausgehenden Pauschgebühr des Rechtsanwalts für die Vertretung in der Revisionshauptverhandlung (exorbitanter Mehraufwand).

§ 51 RVG

1003. BGH 3 StR 135/13 – Beschluss vom 1. Oktober 2013 (LG Oldenburg)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache (Erforderlichkeit einer konkreten Begründung der Bedeutungslosigkeit);

Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Feststellung einer die Tat fördernden Handlung).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 29 BtMG; § 27 StGB

1004. BGH 3 StR 143/13 – Beschluss vom 25. Juli 2013 (LG Osnabrück)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Erforderlichkeit der Feststellung einer subjektiven Zweckbestimmung als Tatgegenstand bei einer Machete); Strafzumessung (minder schwerer Fall; Anwendung des Strafrahmens des nach Spezialitätsgrundsätzen zurückgetretenen Gesetzes auch bei der Höchststrafe).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30a BtMG

1005. BGH 3 StR 175/13 – Beschluss vom 6. August 2013 (LG Hannover)

Geiselnahme (stabile Bemächtigungslage; Erstreben eines über den zur Bemächtigung erforderlichen Zwang hinausgehenden Nötigungserfolgs; funktionaler und zeitlicher Zusammenhang zwischen geplanter Nötigung und Bemächtigung).

§ 239b StGB

1006. BGH 3 StR 205/13 – Beschluss vom 23. Juli 2013 (LG Düsseldorf)

Fehlgeschlagener Versuch (Misslingen des Tatplans); rechtsfehlerhaft unterlassene Prüfung der Voraussetzungen einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 24 StGB; § 64 StGB

1007. BGH 3 StR 222/13 – Beschluss vom 20. August 2013 (LG Krefeld)

Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung beim Jugendlichen; Feststellung im Einzelfall; keine Beschränkung auf einvernehmlich vorgenommene sexuelle Handlungen).

§ 182 Abs. 3 Nr. 1 StGB

1008. BGH 3 StR 226/13 – Beschluss vom 8. August 2013 (LG Wuppertal)

Erweiterter Verfall im Betäubungsmittelstrafrecht (Subsidiarität gegenüber dem einfachen Verfall).

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

1009. BGH 3 StR 233/13 – Beschluss vom 20. August 2013 (LG Mönchengladbach)

Strafzumessung beim versuchten schweren Raub (Verhältnis von vertyptem Milderungsgrund und minder schwerem Fall); rechtsfehlerhaft unterlassene Prüfung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 46 StGB; § 49 StGB; § 250 Abs. 3 StGB; § 64 StGB

1010. BGH 3 StR 244/12 – Beschluss vom 17. Juli 2012 (LG Wuppertal)

Zurückverweisung bei nicht erschöpfender Aburteilung im ersten Rechtszug (Anhängigkeit der nicht abgeurteilten Taten nach der Zurückverweisung).

§ 266 StPO; § 352 StPO

1011. BGH 3 StR 259/13 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG Hildesheim)

Konkurrenzverhältnis bei Deliktsserie (Mittäterschaft; Beurteilung für jeden Beteiligten gesondert; tateinheitli-

che Verwirklichung bei Vornahme einer einheitlichen Vorbereitungshandlung mit Wirkung für mehrere Serientaten).

§ 25 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1012. BGH 3 StR 290/13 – Beschluss vom 1. Oktober 2013 (LG Lüneburg)

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

1013. BGH 3 StR 292/13 – Beschluss vom 1. Oktober 2013 (LG Osnabrück)

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

1014. BGH 5 StR 214/13 – Urteil vom 9. Oktober 2013 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung hinsichtlich der Voraussetzungen des Tötungseventualvorsatzes bei Vornahme höchstgefährlicher Sexualpraktiken (hier: Herbeiführung von Sauerstoffmangel durch Verklebung der Atemwege).

§ 261 StPO; § 15 StGB

1015. BGH 5 StR 237/13 – Urteil vom 18. September 2013 (LG Kiel)

Verfall (Ermittlung der Höhe des erlangten Etwas; Schätzung des Wertes eines dem Angeklagten gehörenden Grundstücks).

§ 73 StGB; § 73b StGB

1016. BGH 5 StR 258/13 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG Potsdam)

Verfallsanordnung trotz Weitergabe des Erlangten; Härtevorschrift (keine Identität von einer juristischen Person zugeflossenen Vermögensvorteilen mit solchen des Täters).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 111i StPO

1017. BGH 5 StR 311/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Potsdam)

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

1018. BGH 5 StR 322/13 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG Kiel)

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

1019. BGH 5 StR 351/13 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG Berlin)

Beihilfe zum Diebstahl.
§ 242 StGB; § 27 StGB

1020. BGH 5 StR 373/13 – Beschluss vom 18. September 2013 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1021. BGH 5 StR 375/13 – Urteil vom 18. September 2013 (LG Kiel)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (doppelte Berücksichtigung mildernder Umstände bei Strafrahenwahl und Strafbestimmung; eingeschränktes Gewicht).

§ 46 StGB; § 50 StGB

1022. BGH 5 StR 381/13 – Beschluss vom 9. Oktober 2013 (LG Potsdam)

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

1023. BGH 5 StR 399/13 – Beschluss vom 9. Oktober 2013 (LG Neuruppin)

Widersprüchliche Strafhöhe in Urteilstenor und Urteilsgründen („Durchentscheidung“ auf die niedrigere Strafe).

§ 260 StPO; § 267 StPO

1024. BGH 5 StR 403/13 – Beschluss vom 18. September 2013 (LG Dresden)

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

1025. BGH AK 17 – 19/13 – Beschluss vom 10. Oktober 2013

Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung; Verabredung zum Mord; dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft.

§ 129a Abs. 1 StGB; § 211 StGB; § 30 Abs. 2 StGB; § 121 Abs. 1 StPO; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO

1026. BGH AK 17 – 19/13 – Beschluss vom 10. Oktober 2013

Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung; Verabredung zum Mord; dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft.

§ 129a Abs. 1 StGB; § 211 StGB; § 30 Abs. 2 StGB; § 121 Abs. 1 StPO; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO

1027. BGH AK 17 – 19/13 – Beschluss vom 10. Oktober 2013

Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung; Verabredung zum Mord; dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft.

§ 129a Abs. 1 StGB; § 211 StGB; § 30 Abs. 2 StGB; § 121 Abs. 1 StPO; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO

1028. BGH 4 StR 287/13 – Beschluss vom 10. September 2013 (LG Frankenthal)

Zustand der erheblich verminderten Schuldfähigkeit.
§ 21 StGB